Минобрнауки России
Федеральное государственное бюджетное
образовательное учреждение высшего
профессионального образования
Тульский государственный университет

А.А. Горюнкова

ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ МАТЕРИАЛЫ К ПРАКТИЧЕСКОЙ И САМОСТОЯТЕЛЬНОЙ РАБОТЕ СТУДЕНТОВ

ПО ДИСЦИПЛИНЕ:
ОСНОВЫ ПАТЕНТОВЕДЕНИЯ И ЗАЩИТА ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ

Направление подготовки: 280200 (553500) “ Защита окружающей среды ”

Степень (квалификация) – магистр техники и технологии

Форма обучения: очная

Тула 2012

Лекция 1. Понятия "интеллектуальная собственность", "право интеллектуальной собственности", "исключительные права", "имущественные и личные неимущественные права", их особенности и специфика. Интеллектуальная собственность от 16 века до наших дней.

Право интеллектуальной собственности сравнительно молодо - ему чуть более 500 лет. Его основные составные части - *авторское право* и *право промышленной собственности* - развивались неодинаково. Предпосылкой возникновения авторского права явилось изобретение печатного станка. До этого книги переписывались вручную, стоили очень дорого и были недоступны широкому кругу читателей. Когда же появились печатные станки, тиражировать книги стало гораздо легче. Однако вместе с этим возникло негативное явление, позднее получившее название - "пиратство". Так, для того, чтобы отпечатать книгу, издателю нужно было затратить значительное время и средства на проверку текста и другие организационные моменты. "Пират" же, купив готовую книгу, экономил время и деньги, просто перепечатывая ее на своем станке. Естественно, его книга стоила гораздо меньше, а "добропорядочный" книгоиздатель нес убытки. Книгоиздатели нашли выход из этого положения - они стали требовать у правителей выдавать им специальные грамоты, которые юридически закрепляли за ними монопольное право печатать ту или иную книгу.

Такие грамоты были прообразом современного авторского права. Постепенно назрела необходимость не выдавать отдельные грамоты, а принять специальный законодательный акт, который бы устанавливал общие правила, регулирующие такие отношения.

Одним из первых известных актов (первым законом об авторском праве) явился английский Статут Анны, изданный в 1709 г., который получил свое название по имени правившей тогда королевы. Он начинался такими словами: "Печатники, книготорговцы и другие лица взяли на себя свободу печатать, перепечатывать и выпускать в свет книги без разрешения авторов или собственников, вследствие чего последним и их семьям наносился значительный ущерб, а часто причинялось и полное разорение; во избежание таких происшествий в будущем и для побуждения ученых мужей к писанию полезных книг постановлено..."[1)].

Право промышленной собственности развивалось несколько иначе. В те далекие времена существовали мастерские, в которых изготавливались мечи, подковы и другая продукция из металла. В таких мастерских работали, как правило, члены одной семьи. Если в семье рождался мальчик, то с уверенностью можно было сказать, чем он будет заниматься, когда вырастет: он пойдет по стопам отца и деда. Опыт многих поколений ремесленников накапливался и давал удивительные результаты: в мастерских ковалась прочнейшая сталь, секрет изготовления которой никто, кроме членов семьи, не знал. Технология производства передавалась из поколения в поколение. Естественно, государство было заинтересовано в том, чтобы наладить производство такой чудо-стали в промышленных масштабах. Ремесленники в

этом заинтересованы не были, поскольку раскрытие секрета приведет к возникновению конкуренции и подорвет их материальное состояние. Несмотря на это, был найден компромисс: государство гарантировало данному ремесленнику право в течение определенного периода времени производить продукцию по только ему известной технологии в обмен на раскрытие секрета.

Постепенно стали появляться всё новые и новые объекты интеллектуальной собственности. Возникновение большинства из них обусловлено развитием техники: фотография, фонограмма, передача организации эфирного или кабельного вещания, топология интегральной микросхемы и др. Сравнительно недавно появились программы для ЭВМ. Они также являются объектами авторского права и приравниваются в настоящее время к литературным произведениям.

Новые объекты, правовой режим которых еще предстоит четко определить, возникают и в наше время. Это мультимедийные, "сетевые" произведения, Интернет-сайты и др.

Сегодня интеллектуальная собственность играет все возрастающую роль. Практически ни один промышленный товар не обходится без включения в него какого-либо объекта интеллектуальной собственности. В некоторых из них количество таких объектов исчисляется десятками. Например, даже если взять такой простой товар, как коробка для компакт-диска, то и в ней заключен результат интеллектуальной деятельности. Поскольку пользование объектами интеллектуальной собственности строится на возмездной основе, то все изготовители этих коробок обязаны производить так называемые "лицензионные отчисления" в пользу патентообладателей. Таким образом, себестоимость коробки для компакт-диска сводится не только к затратам на сырье и рабочую силу, но и к затратам за пользование объектами интеллектуальной собственности.

Иногда существенная часть цены продукта обусловлена именно затратами на объекты интеллектуальной собственности, а не на сырье и рабочую силу. В особенности это относится к таким специфическим товарам, как программное обеспечение. Для развития экономики нужно стремиться повышать долю интеллектуальной собственности в себестоимости промышленных товаров. Россия пока не может похвастаться успехами в этой области, в то время как значительная часть бюджета США формируется за счет оборота объектов интеллектуальной собственности. При этом, США добились того, что их интеллектуальная собственность пользуется спросом в огромном количестве стран, например сфера производства кинокартин (которые также являются объектами авторского права).

В имуществе многих высокотехнологичных компаний доля нематериальных активов многократно превосходит долю материальных. Показателен пример компании Microsoft, которая занимает одно из первых мест по уровню капитализации, в то время как основой для этого являются ее "нематериальные", но достаточно дорогие программы.

Другой объект интеллектуальной собственности - товарный знак, также может иметь весьма высокую стоимость. В экономике юридическое понятие

"товарный знак (знак обслуживания)" заменяется понятием "брэнд", и в настоящее время в числе самых быстрорастущих в стоимостном выражении являются брэнды Apple, Yahoo и Amazon, которые оцениваются в десятки миллиардов долларов, а самым дорогим на протяжении многих лет остается Coca-Cola.

Термин "***интеллектуальная собственность***" является собирательным для объектов, являющихся результатом интеллектуальной деятельности человека, а также приравненным к ним результатам. К таким объектам относятся, например, произведения искусства, литературы, фонограммы, изобретения, товарные знаки, топологии интегральных микросхем и др. Иногда, когда речь идет об объектах "интеллектуальной собственности" применительно к их способности приносить доход, употребляется термин "интеллектуальный капитал".

Таким образом, интеллектуальная собственность - это совокупность личных и имущественных исключительных прав на результаты творческой интеллектуальной деятельности и приравненные к ним объекты.

Право интеллектуальной собственности - это подотрасль гражданского права и представляет собой совокупность правовых норм, регулирующих использование объектов интеллектуальной собственности. Эта подотрасль состоит из нескольких институтов, среди которых особо выделяют авторское право (плюс смежные права) и право промышленной собственности.

Наряду с понятием "интеллектуальная собственность", нередко употребляется примерно в том же значении понятие "***исключительные права***". Использование другими лицами объектов интеллектуальной собственности допускается только с согласия правообладателя. "Исключительное право" уже в самом названии содержит существенную характеристику: владелец этого права "исключает" всех остальных от использования объекта.

Обладатель исключительного права на объект интеллектуальной собственности может передать это право другому лицу полностью или частично по договору, разрешить другому лицу использовать этот объект и вправе распорядиться им иным образом, если только это не противоречит действующему законодательству. Исключительные права переходят также по наследству и в порядке правопреемства при реорганизации юридического лица, которое обладает исключительными правами.

Исключительные права, которые передаются по договору, должны быть четко в нем перечислены. Если же передаваемые права не перечислены в договоре, то они предполагаются непереданными, пока не доказано иное, то есть пока заинтересованная сторона не докажет, что такие права были переданы (презумпция "неисключительности").

Обладатель исключительного права на объект интеллектуальной собственности может правомерно его использовать по своему усмотрению в любой форме и любым способом. Ограничения исключительных прав возможны только в том случае, если они наносят ущерб нормальному использованию объекта интеллектуальной собственности или ущемляют

необоснованным образом законные интересы правообладателя. Такие ограничения установлены национальным законодательством.

Исключительные права не являются единственным, гарантированным правом интеллектуальной собственности. Существует также категория ***личных неимущественных прав***. Эту категорию легче всего рассмотреть на примере авторского права. Дело в том, что авторское право содержит самый большой перечень личных неимущественных прав среди всех институтов интеллектуальной собственности. Когда говорится о правах автора произведения, то имеется в виду две группы прав: имущественные (о которых говорилось выше) и личные неимущественные права. Последние тесно связаны с личностью автора-творца. Понятие личности применимо только к человеку, следовательно, эта группа прав не может принадлежать юридическому лицу или государству. Более того, личные неимущественные права являются непередаваемыми, так как находятся в неразрывной связи с личностью автора.

Личные неимущественные права, такие как право авторства, право на имя и право на защиту репутации автора, охраняются бессрочно, поскольку общество должно знать, кто создал то или иное произведение. Таким образом, даже если автор произведения умер, никто не имеет права присвоить себе перечисленные выше бессрочно охраняемые права.

Личные неимущественные права присущи не только авторскому, но и праву промышленной собственности. Так, за автором изобретения признается право авторства. Кроме того, автор вправе присвоить изобретению любое название, в том числе свое имя.

Если пытаться анализировать термин "интеллектуальная собственность", то можно сказать, что он означает некий вид собственности, однако это верно лишь отчасти. Дело в том, что исторически правоведы пытались обосновать, что права на результаты интеллектуальной деятельности нуждаются в такой же защите, как и собственность традиционная, но право собственности рассматривается в большинстве законодательств как право на вещь. Что же касается интеллектуальной собственности, то она нематериальна и связана с какой-либо материальной вещью лишь постольку, поскольку объект интеллектуальной собственности фиксируется в такой вещи. Например, произведение литературы фиксируется на листе бумаги. Однако если автор имеет исключительное право на это произведение и право собственности на листок бумаги, то передача другому лицу листа бумаги с произведением не влечет передачи прав на произведение. Можно сказать, что у второго лица возникает лишь право собственности на листок бумаги, и не больше. Говоря юридическим языком, исключительное право на объект интеллектуальной собственности существует независимо от права собственности на материальный объект, в котором такой объект выражен.

Необходимо отметить, что ряд законодательных актов Российской Федерации вносит путаницу в право интеллектуальной собственности, поскольку употребляет различные термины: "интеллектуальная продукция", "интеллектуальные ценности", "продукты интеллектуального и творческого труда", "результаты интеллектуальной деятельности". Гражданский кодекс РФ

в ст. 128 и 138 отождествляет понятие "интеллектуальной собственности" с понятием "исключительные права".

Право интеллектуальной собственности призвано закрепить компромисс между автором и обществом. Если государство будет гарантировать слишком много прав автору, то знакомство с его творениями будет затруднено для общества. Если же у общества, конкретного индивида, будет слишком много прав, в ущерб интересам автора, то тогда исчезнет стимул к созданию новых произведений, изобретений и др. Например, лучшим стимулом для программиста создать новую программу является гарантия того, что за свой труд он получит справедливое вознаграждение. К примеру, существует программа Back2Life, которая восстанавливает удаленные файлы даже в том случае, если "Корзина" операционной системы Windows была очищена. Первоначально эту программу можно было купить на российском рынке. Это продолжалось до тех пор, пока "пираты" не сделали экономически невыгодной работу по ее улучшению. И тогда программист перестал распространять программу в России и заключил лицензионное соглашение с зарубежными партнерами. Теперь программа продается исключительно в других странах.

Пример с программой Back2Life весьма показателен: охрана интеллектуальной собственности имеет своей целью поощрение научного и художественного творчества, изобретательства и новаторства.

Правовая охрана объектов интеллектуальной собственности может предоставляться либо в силу создания самого объекта, либо после совершения определенных действий. В первом случае не требуется выполнение каких-либо формальностей для того, чтобы получить такую охрану, а в другом такие формальности (обычно - регистрация) являются необходимыми, или, говоря строго юридически, правоустанавливающими.

Во многих государствах основные правовые нормы, касающиеся интеллектуальной собственности, помещены в гражданские кодексы. Специальное же регулирование находится в законах, которые уточняют и детализируют положения кодексов.

Современное национальное правовое регулирование отношений, возникающих по поводу объектов интеллектуальной собственности, разрозненно содержится в ряде нормативно-правовых актов. В их числе необходимо особо выделить:

- Гражданский кодекс Российской Федерации;
- Закон РФ от 9 июля 1993 г. № 5351-1 "Об авторском праве и смежных правах";
- Закон РФ от 23 сентября 1992 г. № 3523-1 "О правовой охране программ для электронных вычислительных машин и баз данных";
- Закон РФ от 23 сентября 1992 г. № 3520-1 "О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров";
- Патентный закон Российской Федерации от 23 сентября 1992 г. № 3517-1;

- Закон РФ от 6 августа 1993 г. № 5605-1 "О селекционных достижениях";
- Закон РФ от 23 сентября 1992 г. № 3526-1 "О правовой охране топологий интегральных микросхем";
- Федеральный закон от 29 июля 2004 г. № 98-ФЗ "О коммерческой тайне";
- Закон РФ от 20 февраля 1995 г. № 24-ФЗ "Об информации, информатизации и защите информации";
- Закон РФ от 4 июля 1996 г. № 85-ФЗ "Об участии в международном информационном обмене";
- Федеральный закон от 7 июля 2003 г. № 126-ФЗ "О связи".

Одним из основных понятий не только в праве интеллектуальной собственности, но и вообще в праве является понятие субъекта права. Его можно определить как лицо, наделенное определенными правами и обязанностями. Так, автор является ***субъектом авторского права***, изобретатель - ***субъектом права промышленной собственности***.

Субъектами права интеллектуальной собственности являются не только физические, но и юридические лица. Автор, например, может передать свое право на распространение созданного им литературного произведения другому субъекту - какой-либо организации. В праве интеллектуальной собственности принято говорить о лице, которому принадлежит какое-либо право, как о правообладателе.

Объектами авторского права и смежных прав являются произведения науки, литературы и искусства, исполнения, фонограммы и передачи организаций эфирного или кабельного вещания. Причем объектом авторского права является произведение, а объектами смежных прав - исполнения, фонограммы, передачи организаций эфирного или кабельного вещания.

Объектами права промышленной собственности являются изобретения, полезные модели, промышленные образцы, средства индивидуализации участников делового оборота, товаров, работ и услуг, а именно фирменные наименования, товарные знаки (знаки обслуживания), наименования мест происхождения товаров. В состав института "право промышленной собственности" включаются также нормы о недобросовестной конкуренции. В самостоятельные объекты выделены селекционные достижения, топологии интегральных микросхем и секреты производства.

Среди всех этих объектов можно выделить те, которые признаются результатами интеллектуальной деятельности (произведение, исполнение, фонограмма, передача организации вещания, изобретение, полезная модель, промышленный образец, селекционное достижение, топология интегральной микросхемы, секреты производства) и те, которые приравниваются к таковым (все средства индивидуализации участников делового оборота, товаров, работ, услуг и другие объекты).

Передача прав оформляется договором, именуемым по иностранной аналогии лицензией. Это понятие необходимо отличать от понятия лицензии в административной сфере, где лицензия - это специальное государственное

разрешение на осуществление лицензируемого вида деятельности при обязательном соблюдении лицензионных требований и условий, выданное лицензирующим органом юридическому лицу или индивидуальному предпринимателю. Виды деятельности, на которые выдаются такие лицензии, исчерпывающе определены в законодательстве и к интеллектуальной собственности не имеют никакого отношения. В сфере интеллектуальной собственности этот термин используется в ином смысле - лицензия предполагает гражданско-правовой договор между правообладателем и пользователем (строго юридически, между лицензиаром и лицензиатом). Предметом такого договора является предоставление разрешения использовать соответствующий объект интеллектуальной собственности. Лицензионный договор может предусматривать:

1. предоставление лицензиату права использования объекта интеллектуальной собственности с сохранением за лицензиаром права его использования и права выдачи лицензии другим лицам (неисключительная лицензия);
2. предоставление лицензиату права использования объекта интеллектуальной собственности с сохранением за лицензиаром права его использования в части, не охватываемой лицензией, но без права выдачи лицензии другим лицам (исключительная лицензия).

Если в лицензионном договоре не указано, какая лицензия предоставляется (исключительная или неисключительная), то она предполагается неисключительной.

Как уже было сказано, право интеллектуальной собственности призвано закрепить баланс между интересами "творцов" и пользователей. А баланс предполагает, что исключительное право предоставляется лишь на определенный срок, по истечении которого каждый может беспрепятственно пользоваться результатами интеллектуальной деятельности. Однако закон может предусматривать продление этого срока (например, для товарных знаков). Можно утверждать, что исключительные права на объекты авторского права и смежных прав всегда ограничены во времени, однако исключительные права на некоторые объекты права промышленной собственности могут быть продлены неограниченное число раз (например, для товарных знаков, что обусловлено их функцией). На такие же объекты права промышленной собственности, как изобретение, полезная модель и некоторые другие, исключительные права предоставляются на определенный срок.

Важная характеристика исключительных прав заключается в том, что они территориально ограничены. Исключительные права охраняются только на территории определенной страны, а в силу международных договоров охрана может предоставляться и в других государствах. Об этой особенности необходимо всегда помнить, даже учитывая то, что в настоящее время действует ряд многосторонних международных договоров, нацеленных на предоставление охраны во многих государствах одновременно. При передаче права на объект интеллектуальной собственности в договоре обязательно

должна быть указана территория государства (государств), на которую распространяются передаваемые права.

Развитие интеллектуальной собственности обусловило создание международной межправительственной организации в этой сфере - Всемирной организации интеллектуальной собственности (далее - ВОИС) со штаб-квартирой в Женеве.

ВОИС призвана содействовать охране интеллектуальной собственности в сотрудничестве с государствами и в соответствующих случаях во взаимодействии с международными организациями, а также обеспечивать административное сотрудничество Парижского союза по охране промышленной собственности, Бернского союза по охране прав авторов на литературные и художественные произведения, Мадридского союза по международной регистрации знаков, Гаагского союза по международному депонированию промышленных образцов, а также других союзов и международных соглашений по охране интеллектуальной собственности, административные функции которых выполняет ВОИС.

Основными функциями ВОИС являются содействие заключению новых международных договоров и гармонизации законодательств, сбор и распространение информации, относящейся к охране интеллектуальной собственности, осуществление, поощрение исследований в этой области, а также обеспечение деятельности служб, облегчающих международную охрану интеллектуальной собственности и в определенных случаях проведение процедуры международной регистрации в этой области.

Организация появилась в результате принятия в 1967 году конвенции, учреждающей ВОИС. В преамбуле к конвенции, в частности, сказано, что государства принимают ее, "стремясь, в целях поощрения творческой деятельности, содействовать охране интеллектуальной собственности во всем мире". Это означает, что государства ставят технический прогресс в зависимость от охраны интеллектуальной собственности.

К объектам интеллектуальной собственности, признаваемым конвенцией относятся:

- литературные, художественные и научные произведения;
- исполнения артистов, звукозаписи, радио- и телевизионные передачи;
- изобретения во всех областях человеческой деятельности;
- научные открытия;
- промышленные образцы;
- товарные знаки, знаки обслуживания, фирменные наименования и коммерческие обозначения.

Этот перечень не является исчерпывающим - "интеллектуальная собственность" включает права в отношении всех других объектов, относящихся к интеллектуальной деятельности в производственной, научной, литературной и художественной областях. Примечательно, что в списке присутствует и такой объект, как "научное открытие", охраны которому нет практически ни в одном государстве.

В ВОИС входит более 170 государств, и можно говорить о том, что это одна из самых массовых международных межправительственных организаций. СССР являлся членом ВОИС с 1970 года, а Российская Федерация является таковым в качестве его правопреемника.

Если в общих чертах попытаться ответить на вопрос, насколько законодательство об интеллектуальной собственности различных стран отличается от российского, то в целом можно сказать, что в развитых странах правовое регулирование в этой сфере достаточно унифицировано. В большей степени это касается авторского права, поскольку тут процесс унификации начался еще в конце XIX века, со времен принятия Бернской конвенции и учреждения Бернского союза. В последнее десятилетие унификация продолжается, особенно активно принимаются новые договоры, к некоторым присоединяется Россия. Еще большее единообразие наблюдается в законодательстве стран СНГ.

В сфере охраны промышленной собственности успехи унификации не столь значительны, и, например, в вопросах охраны товарных знаков (торговых марок) российская система законодательства и правоприменительная практика несколько отличается от существующей в США и Англии, где полноценной охраной пользуются так называемые "общеизвестные торговые марки".

Лекция 2. Авторское право и смежные права.

Авторское право и *смежные права* являются одной из основных частей всей системы права интеллектуальной собственности. Авторское право защищает права авторов произведений и иных правообладателей, которым соответствующие права принадлежат в силу закона или договора. Смежные права охраняют интересы исполнителей, производителей фонограмм и организаций эфирного и кабельного вещания.

К основным законам, регулирующим общественные отношения по поводу использования произведений, относятся *Закон Российской Федерации* от 09.07.93 № 5351-1 "*Об авторском праве и смежных правах*" (далее ЗоАП) и Закон Российской Федерации от 23.09.92 № 3523-1 "О правовой охране программ для электронных вычислительных машин и баз данных" (далее ЗоПЭВМ). Необходимо отметить, что рассматриваемые отношения регулируются также международными договорами и соглашениями, участницей которых является Российская Федерация. Эти международные документы в соответствии со ст. 15 Конституции РФ имеют приоритет над национальным российским законодательством. Они значительно расширяют круг охраняемых произведений и объектов смежных прав за счет того, что они предоставляют правовую охрану иностранным произведениям в России, а российским за рубежом. Как уже было сказано, если международным договором, участницей которого является Россия, устанавливаются иные правила, чем те, что содержатся в российском законодательстве, то приоритет имеют правила международного договора.

Способность обладания авторскими правами - одна из составляющих содержания правоспособности граждан, которая возникает с момента рождения и прекращается со смертью. Таким образом, реализовать свои творческие возможности путем создания произведения (сочинить стихи, нарисовать картину) физическое лицо может в любом возрасте и независимо от состояния здоровья. Однако самостоятельно осуществлять свои авторские права (например, передавать свои права по авторскому договору) автор сможет только по достижении 14 лет (см. ст. 26 ГК РФ). До этого момента за малолетнего автора распоряжаться авторским правами могут его родители, усыновители или опекуны.

На возможность самостоятельного осуществления авторских прав может влиять состояние здоровья авторов. Законодательство предусматривает ограничения самостоятельного осуществления прав для лиц, признанных судом недееспособными. Таковыми могут быть признаны лица, которые вследствие психического расстройства не могут понимать значение своих действий или руководить ими. Распоряжаться авторскими правами за недееспособных авторов могут их опекуны. А для заключения авторских договоров ограниченно дееспособными авторами (ставящими свою семью в тяжелое материальное положение вследствие злоупотребления спиртными напитками или наркотическими средствами) необходимо согласие их попечителей.

В соответствии со ст. 4 ЗоАП, *автором* является физическое лицо, творческим трудом которого создано произведение. Автором не может быть какая-либо организация, государственный орган, юридическое лицо. Автор - всегда лицо физическое, то есть человек. В определении содержится и еще одно ключевое понятие - творчество. "Творчество - это деятельность человека, порождающая нечто качественно новое и отличающееся неповторимостью, оригинальностью и общественно-исторической уникальностью"[1)]. Само произведение, созданное человеком, должно обладать этим признаком. Например, правообладатели произведений музыканта-авангардиста Джона Кейджа, который сочинил "4 минуты тишины" (точнее, "4'33"), предъявили претензии Ванессе Мэй, которая на своем диске также "сочинила" композицию, представляющую собой минуту полнейшей тишины. Есть ли здесь творчество?

Объектом авторского права является произведение. Объектами смежных прав являются исполнения исполнителей (актеров, певцов, музыкантов и др.), постановки, фонограммы производителей фонограмм, передачи организаций эфирного и кабельного вещания. Произведение может принадлежать к трем большим областям человеческой деятельности: науке, литературе и искусству.

Авторское право распространяется на произведения науки, литературы и искусства, являющиеся результатом творческой деятельности, независимо от назначения и достоинства произведения, а также от способа его выражения (см. ст. 6 ЗоАП). Таким образом, законодательство не делает различий между высокохудожественными и "никудышными" произведениями.

Даже произведения, содержащие или представляющие собой призывы к осуществлению экстремистской деятельности или развязыванию войны, что предусматривает уголовную ответственность в соответствии со ст. 280 или ст.

354 Уголовного кодекса РФ, будут иметь авторско-правовую охрану, что не мешает их авторам быть привлеченными к уголовной ответственности в соответствии с указанными статьями.

Для авторского права главное, чтобы произведение существовало в какой-либо объективной форме: письменной, устной, в виде звуко- или видеозаписи, изображения, в объемно-пространственной или любой другой форме. Авторское право распространяется как на обнародованные произведения, так и на необнародованные. Обнародование - это осуществленное с согласия автора действие, которое впервые делает его доступным для ознакомления широкой публики.

Таким образом, произведение должно отвечать всего двум требованиям: быть творческим и существовать в какой-либо объективной форме.

Авторское право не распространяется на идеи, методы, процессы, системы, способы, концепции, принципы, открытия, факты (см. п. 4 ст. 6 ЗоАП). Авторское право защищает только форму как таковую, но никак не содержание. К примеру, автор написал роман, сюжет которого заключается в многолетнем противоборстве двух внеземных цивилизаций. Никто не может без разрешения автора копировать текст романа и распространять его, переводить и т.д., то есть защищается форма. Вместе с тем автор не может запретить другому лицу написать еще один роман о противоборстве двух внеземных цивилизаций, поскольку сюжет произведения относится к категории содержания или идеи, а они не охраняются авторским правом. Известно, что в искусстве существует приблизительно 120 различных сюжетов, и поэтому охранять сюжет означает монополизировать его, то есть ограничивать других лиц в его использовании. Интересен в этом отношении пример с романом о волшебнике Гарри Поттере. В России уже сравнительно давно появились его аналоги с такими главными героями, как Таня Гроттер или Ларин Петр.

Другой пример: в среде софтверных компаний на Западе какое-то время назад возникли споры относительно того, защищаются ли авторским правом форматы хранения данных. Компании-конкуренты, обеспечившие возможность импорта/экспорта данных, а также чтение форматов файлов программы-оригинала были обвинены в нарушении исключительных прав. Суды, однако, признали, что права на программу в данном случае не нарушаются, поскольку ни одна часть программы (то есть форма в виде фрагмента кода, набора конкретных данных и т.д.) не заимствуется, а используются лишь идеи и способы хранения данных, которые реализованы с помощью оригинальных программных модулей.

Какие произведения науки, литературы и искусства охраняются авторским правом? Исчерпывающего ответа на этот вопрос нет. ЗоАП в ст. 7 содержит лишь примерный перечень:

- литературные произведения (включая программы для ЭВМ);
- драматические и музыкально-драматические произведения, сценарные произведения;
- хореографические произведения и пантомимы;
- музыкальные произведения с текстом или без текста;

- аудиовизуальные произведения (кино-, теле- и видеофильмы, слайдфильмы, диафильмы и другие кино- и телепроизведения);
- произведения живописи, скульптуры, графики, дизайна, графические рассказы, комиксы и другие произведения изобразительного искусства;
- произведения декоративно-прикладного и сценографического искусства;
- произведения архитектуры, градостроительства и садовопаркового искусства;
- фотографические произведения и произведения, полученные способами, аналогичными фотографии;
- географические, геологические и другие карты, планы, эскизы и пластические произведения, относящиеся к географии, топографии и к другим наукам;
- производные произведения (переводы, обработки, аннотации, рефераты, резюме, обзоры, инсценировки, аранжировки и другие переработки произведений науки, литературы и искусства);
- сборники (энциклопедии, антологии, базы данных) и другие составные произведения;
- другие произведения.

Следует учитывать, что авторско-правовая охрана составным произведениям представляется в случае, если по подбору и расположению материалов они являются результатами творческой деятельности. Так, в большинстве случаев авторско-правовая охрана не предоставляется арифметическим таблицам, телефонным справочникам, картам вин, каталогам книг и цен и т.п.

В соответствии с ЗоАП составные и производные произведения охраняются авторским правом независимо от того, являются ли *объектами авторского права* произведения, на которых они основаны или которые они включают, однако авторское право на такие произведения возникает в случае, если учтены права авторов первоначальных произведений или произведений, которые они включают.

Указание на то, что к объектам авторского права также относятся "другие произведения", позволяет отнести к таковым даже те виды произведений, которые на момент разработки закона не были известны, а появились позже в результате технического прогресса. Вопрос об отнесении к тому или иному виду произведений флэш-анимации, сайтов в Интернете и т.п. еще может иметь место, но не вызывает сомнений, что в любом случае эти объекты охраняются авторским правом.

Особое внимание в российском законодательстве уделяется правовой охране *программ для ЭВМ* и баз данных. Правовая охрана программ для ЭВМ (приравненным к литературным произведениям) распространяется на все виды программ для ЭВМ (в том числе на операционные системы), которые могут быть выражены на любом языке и в любой форме, включая исходный текст и объектный код. Программа для ЭВМ - это объективная форма представления

совокупности данных и команд, предназначенных для функционирования электронных вычислительных машин (ЭВМ) и других компьютерных устройств с целью получения определенного результата. Под программой для ЭВМ подразумеваются также подготовительные материалы, полученные в ходе ее разработки, и порождаемые ею аудиовизуальные отображения (ст. 1 ЗоПЭВМ).

Базе данных в российском законодательстве предоставляется такая же правовая охрана, как и сборнику. "База данных - это объективная форма представления и организации совокупности данных (например: статей, расчетов), систематизированных таким образом, чтобы эти данные могли быть найдены и обработаны с помощью ЭВМ" (ст. 1 ЗоПЭВМ). Правовая охрана распространяется на базы данных только в том случае, если они представляют собой результат творческого труда по подбору и организации данных. Необходимо отметить, что в последнее время в мире намечается тенденция предоставлять охрану и так называемым "нетворческим" или "инвестиционным" базам данных. Это обосновывается тем, что для создания таких баз данных затрачиваются огромные финансовые и человеческие ресурсы, а отсутствие их правовой охраны сводит к минимуму их ценность и не позволяет быть окупаемым продуктом.

Поскольку закон предусматривает и "другие объекты" авторского права, то вопрос об отнесении того или иного, прямо не указанного в тексте закона объекта к числу таковых не всегда однозначен и порой решается только судом. Например, так решался вопрос о телевизионной программе.

Весной 1998 года президиум ВАС РФ рассмотрел материалы дела по спору "Студии ТВ "ГИЦ" и редакции газеты "Резонанс" (г. Юрга, Кемеровская область) о взыскании 55 тыс. рублей убытков за нарушение ответчиком договорных обязательств и авторских прав истца на программу передач Юргинского телевидения и 5,5 тыс. рублей штрафа в доход бюджета.

Как стало известно из материалов дела, "Студия ТВ "ГИЦ" в лице его директора Зорина, который одновременно является главным редактором Юргинского телевидения, и редакция газеты "Резонанс" 26.06.96 заключили договор, по которому Юргинское телевидение обязалось предоставлять редакции газеты для опубликования свою программу передач за 5 тыс. рублей в месяц. Срок действия договора истекал 01.01.97.

Редакция с 01.09.96 прекратила печатать указанную телепрограмму, сообщив о расторжении договора 07.09.96 в статье "Почему со страниц юргинских газет исчезла программа ЮТВ".

Со ссылкой на необходимость опубликования программы передач "Студия ТВ "ГИЦ" организовала выпуск собственной газеты "Десяточка".

С декабря 1996 г. в газете "Резонанс" возобновилось публикование телепрограммы Юргинского телевидения, однако редакция оплату по договору не производила, поскольку получала ее теперь из других источников. Редакция публиковала эту телепрограмму и в 1997 г.

"Студия ТВ "ГИЦ", полагая, что ответчик нарушил его авторские права и договорные обязательства, потребовала взыскания с истца 55 тыс. рублей, в том

числе 50 тыс. рублей упущенной выгоды (за 4 месяца 1996 года и 6 месяцев 1997 года) и 5 тыс. рублей расходов на выпуск газеты "Десяточка", а также в доход соответствующего бюджета штрафа, предусмотренного п. 2 ст. 49 ЗоАП.

Первоначально удовлетворяя исковые требования, арбитражный суд Кемеровской области исходил из того, что программа передач как объект авторского права подлежит охране в соответствии с названным законом. Арбитражный суд счел, что предметом спора является программа передач как совокупность передаваемых в эфир материалов, созданная в результате творческой деятельности. То, в какой последовательности и в какое время идут в эфир передачи различных видов и жанров, какой категории слушателей и зрителей они интересны, - все это в целом может являться результатом творческой деятельности. В указанном смысле программа передач схожа со сборниками и другими составными произведениями, которые признаются объектами авторского права в силу того, что включенный в них материал расположен по оригинальной схеме.

Однако авторское право охраняет лишь форму, а не содержание произведения. Согласно п. 4 ст. 6 ЗоАП, авторское право не распространяется на идеи, положенные в основу построения программы, так же как и на методы, процессы, системы, способы, концепции, открытия, факты.

Как следовало из материалов дела, предметом спора между истцом и ответчиком являлась программа передач как доводимая до слушателей (зрителей) информация о том, что и когда будет передано в эфир.

Такая информация при отсутствии оригинальной формы ее подачи не образует самостоятельного произведения, а подпадает под понятие "сообщение о событиях и фактах, имеющее информационный характер", и поэтому в соответствии со ст. 8 ЗоАП не является объектом авторского права.

При таких обстоятельствах ссылка истца на наличие авторского права на программу передач Юргинского телевидения неправомерна. Требование о взыскании убытков и штрафа необоснованно. Таким было окончательное решение суда.

Необходимо также учитывать, что авторским правом охраняется не только само произведение, но и его часть, включая название, если она является оригинальной и может использоваться самостоятельно.

Вместе с тем авторское право содержит ряд исключений: так, не являются объектами авторского права официальные документы (судебные решения, законы и т.п.), государственные символы и знаки, произведения народного творчества, сообщения о событиях и фактах, имеющие информационный характер.

В нашей стране авторское право возникает в силу факта создания произведения. Для возникновения и осуществления авторского права не требуется регистрации произведения, иного специального оформления произведения, прав на него или соблюдения каких-либо формальностей. Этим положением российское законодательство несколько отличается от зарубежного, например американского, в котором предусмотрено "депонирование" экземпляра произведения в Библиотеке конгресса США.

Именно поэтому эта библиотека является крупнейшей в мире. Тем не менее на иностранных граждан в силу международных договоров это правило не распространяется.

Стоит заметить, что отечественным Федеральным законом "Об обязательном экземпляре документов" также предусмотрена своеобразная форма обязательного депонирования опубликованных произведений. Например, согласно ст. 13 этого закона, программы, распространяемые на машиночитаемых носителях и признающиеся электронными изданиями, должны предоставляться производителем в количестве 4 экземпляров в НИИ "Интеграл" или НТЦ "Информрегистр". Но такое депонирование никак не влияет на осуществление авторских прав, так же как и добровольная (факультативная) регистрация программ и баз данных, возможность которой для правообладателей предусмотрена ст. 13 ЗоПЭВМ. Свидетельство о государственной регистрации программы или базы данных будет служить лишь дополнительным (наряду с иными) доказательством принадлежности авторских прав.

Что касается всемирно известного символа ©, то он может использоваться обладателем исключительных авторских прав для оповещения о своих правах. Законченная надпись должна состоять из трех элементов и находиться на каждом экземпляре произведения: латинской буквы "С" в окружности, имени (наименования) обладателя исключительных авторских прав и года первого опубликования произведения.

История обязательности (в прошлом) этого знака такова. Знак © появился и изначально существовал лишь в странах с англосаксонской системой права. В соответствии с американским законодательством без так называемого "уведомления об авторских правах" автор мог утратить права в отношении созданных им обнародованных произведений.

Интернационализация культурной жизни поставила перед государствами важный вопрос: как сделать так, чтобы права авторов - граждан одного государства могли быть надежно защищены в других государствах. Здесь на поверхность всплыли все различия в законодательствах и правовых системах. Подписанная еще в 1886 г. Бернская конвенция изначально предусматривала, что для пользования авторскими правами не требуется выполнять какие бы то ни было формальности.

Долгое время США не присоединялись к Бернской конвенции, в частности, именно по причине наличия в ней положений о запрете требования выполнения формальностей.

В 1952 г. появилась Всемирная конвенция об авторском праве. Она содержала в себе гораздо меньше положений, которые бы требовали от государств изменять свое законодательство, но при этом гарантировала определенный минимум международной авторско-правовой охраны. Всемирная конвенция позволила сосуществовать странам с англосаксонской системой права вместе со странами с континентальной системой права (практически все страны Европы).

Однако сохранялось положение, при котором в случае, если авторы - граждане государств с континентальной системой права - хотели получить охрану в странах с англосаксонской системой права, они должны были выполнять предписанные формальности, в частности делать "уведомление об авторских правах".

Была определена форма "уведомления об авторских правах". Надлежащим признавалось уведомление, сделанное следующим образом: "*Copyright* [дата] by [имя автора]" либо "c [дата] [имя автора]". Зачастую в качестве даты указывался временной промежуток, например "1997-1999". Интересно отметить, что столь распространенная форма указания на наличие авторских прав, как "(c)" (то есть буква "c" в круглых скобках), никогда не признавалась надлежащим уведомлением.

Такая ситуация сохранялась до 1 марта 1989 г., когда последняя (по дате присоединения) из крупнейших стран с англосаксонской системой права - США - присоединилась к Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений. После присоединения к Бернской конвенции в законодательство стран с англосаксонской системой права вносились соответствующие изменения, которые сделали необязательным использование "уведомления об авторских правах".

Тем не менее в России до сих пор (номинально) действует "Инструкция о порядке проставления знака охраны авторского права на произведениях науки, литературы и искусства, издаваемых в СССР" (утв. Госкомиздат СССР от 3 июля 1989 г. № 212).

Согласно этой инструкции, "все охраняемые на территории СССР произведения должны быть обозначены знаком охраны авторского права. Наличие знака охраны авторского права (символ авторского права) означает, что авторские права на произведение охраняются; по этому знаку определяется, кому принадлежат авторские права на данное произведение".

Кроме того, "знаком охраны авторского права должны обозначаться издания, содержащие в себе охраняемые авторским правом произведения науки, литературы и искусства:

- все виды книжных и журнальных изданий, а также брошюры, буклеты, листовки, плакаты, каталоги, календари и т.д.;
- все виды изданий изобразительного искусства (эстампы, репродукции, альбомы, плакаты, открытки, художественно оформленные конверты для граммофонных пластинок и т.д.);
- картографические издания (карты, карты-схемы, атласы и т.д.)".

Несмотря на это, в настоящее время знак © не несет в себе существенного юридического наполнения, хотя по-прежнему широко используется. Он позволяет в простой форме правообладателю довести до сведения всех третьих лиц информацию о своих правах. При этом указание имени автора (наименования правообладателя) на экземпляре произведения, даже при отсутствии знака ©, влечет за собой презумпцию авторства. Это означает, что пока суду не будет представлено доказательств обратного, автором

(правообладателем) будет считаться лицо, указанное на экземплярах произведения.

Помимо индивидуальных работ, произведения могут также создаваться и в соавторстве, то есть совместным творческим трудом нескольких лиц (Ильф и Петров, братья Стругацкие). Оказание третьими лицами финансового, организационного, технического содействия автору в процессе создания произведения не влияет на авторство произведения.

Право на использование произведения в целом принадлежит соавторам совместно. Взаимоотношения соавторов определяются соглашением между ними.

Вообще, произведение, созданное в соавторстве, может образовывать единое целое или состоять из частей, имеющих самостоятельное значение. В последнем случае каждый из соавторов вправе использовать созданную им часть произведения, имеющую самостоятельное значение, по своему усмотрению.

К рассматриваемой теме близка еще одна - в авторском праве существует такое понятие, как "служебное произведение". *Служебное произведение* - это такое произведение, которое создано работником в порядке выполнения служебных обязанностей или служебного задания работодателя. Такие произведения не редкость, так как большинство людей осуществляют свою работу по трудовому договору, то есть состоят с нанимателем в трудовых отношениях (это необходимо отличать от гражданско-правовых отношений, оформляемых, например, договором подряда или заказа). Работник сам не может использовать по своему усмотрению созданное им служебное произведение, поскольку исключительные права на его использование принадлежат работодателю, если только в договоре между автором и работодателем не предусмотрено иного.

Это же правило применимо и к программам для ЭВМ и базам данных. Однако ЗоПЭВМ содержит еще одно положение: "Исключительное право на программу для ЭВМ или базу данных, созданные при выполнении работ по государственному контракту для федеральных государственных нужд или нужд субъекта Российской Федерации, принадлежит исполнителю (подрядчику), если государственным контрактом не установлено, что это право принадлежит Российской Федерации или субъекту Российской Федерации, от имени которых выступает государственный заказчик" (п. 2 ст. 12 ЗоПЭВМ).

Дуализм авторского права означает, что, с одной стороны, авторское право на произведение не связано с правом собственности на материальный объект, в котором произведение выражено, а с другой - предполагает как *личные неимущественные*, так и *имущественные права*.

К личным неимущественным правам относятся:

- право авторства (право признаваться автором произведения);
- право на имя (право использовать или разрешать использовать произведение под подлинным именем автора, псевдонимом либо без обозначения имени, то есть анонимно);

- право на обнародование (право обнародовать или разрешать обнародовать произведение в любой форме, включая право на отзыв);
- право на защиту репутации (право на защиту произведения, включая его название, от всякого искажения или иного посягательства, способного нанести ущерб чести и достоинству автора);
- право на неприкосновенность (целостность) программы для ЭВМ (право на защиту как самой программы для ЭВМ или базы данных, так и их названий от всякого рода искажений или иных посягательств, способных нанести ущерб чести и достоинству автора).

Личные неимущественные права принадлежат автору независимо от его имущественных прав и сохраняются за ним даже в случае передачи или уступки исключительных прав на использование произведения.

Личные неимущественные права (за исключением права на обнародование) охраняются бессрочно. Помимо личных неимущественных, автору в отношении его произведения принадлежат исключительные права на использование произведения в любой форме и любым способом. Этот блок прав, в противовес личным неимущественным, обычно именуется имущественными правами, поскольку именно они позволяют автору извлекать материальную выгоду из своего произведения, ибо извлечение денег из искусства порой является не меньшим искусством. Исключительные права автора на использование произведения означают право осуществлять или разрешать следующие действия:

- право на воспроизведение (воспроизводить произведение);
- право на распространение (распространять экземпляры произведения любым способом: продавать, сдавать в прокат и т.д.);
- право на импорт (импортировать экземпляры произведения в целях распространения, включая экземпляры, изготовленные с разрешения обладателя исключительных авторских прав);
- право на публичный показ (публично показывать произведение);
- право на публичное исполнение (публично исполнять произведение);
- право на передачу в эфир (сообщать произведение, включая показ, исполнение или передачу в эфир, для всеобщего сведения путем передачи в эфир и/или, последующей передачи в эфир);
- право на сообщение для всеобщего сведения по кабелю (сообщать произведение, включая показ, исполнение или передачу в эфир, для всеобщего сведения по кабелю, проводам или с помощью иных аналогичных средств);
- право на перевод (переводить произведение);
- право на переработку (переделывать, аранжировать или другим образом перерабатывать произведение);
- право на доведение до всеобщего сведения (сообщать произведение таким образом, при котором любое лицо может иметь

доступ к нему в интерактивном режиме из любого места и в любое время по своему выбору);

- право на модификацию программы для ЭВМ или базы данных, в том числе перевод программы для ЭВМ или базы данных с одного языка на другой.

Указанные выше права охраняются от нарушения любого лица. Сказанное подтверждается судебной практикой, сформировавшейся еще в прошлом веке. Так, товарищество, обладатель исключительных прав на художественный фильм, обратилось в арбитражный суд с иском к торговой фирме о конфискации у ответчика видеокассет с этим фильмом, находящихся в продаже, и взыскании с него полученного дохода вместо возмещения убытков.

Суд обоснованно отклонил довод ответчика о приобретении им продаваемых кассет у третьего лица по договору купли-продажи и невозможности в связи с этим нести ответственность. В соответствии с п. 2 ст. 16 ЗоАП распространение экземпляров произведения является самостоятельным имущественным правом автора (правообладателя), поэтому нарушением авторских прав является любое распространение без разрешения правообладателя.

Торговая фирма не отрицала, что ее действия привели к возникновению у правообладателя убытков. Покупая товар у третьего лица, фирма не проверяла наличия у него права на распространение видеокассет с упомянутым фильмом (тогда как истец доказал отсутствие у третьего лица такого права), то есть не приняла всех зависящих от нее мер, позволяющих предотвратить нанесение правообладателю убытков вследствие незаконного распространения видеокассет.

Таким образом, суд сделал вывод о причинении убытков истцу неправомерными действиями ответчика и принял решение о конфискации контрафактных экземпляров произведения и взыскании дохода вместо возмещения убытков.

Исключительные права относятся к категории имущественных прав, поэтому все перечисленные правомочия связаны с использованием произведения в гражданском обороте и получением выгоды от такого использования. Если внимательно посмотреть на список авторских правомочий, то становится видна их историчность, обусловленная появлением новых способов ознакомления публики с произведением. Одним из последних правомочий является право на доведение до всеобщего сведения. И хотя формулировка несколько тяжеловесна, очевидно, что за автором закрепляется право на размещение своего произведения в глобальных компьютерных сетях, например в Интернете. Другими словами, никто, кроме автора, не может разместить произведение в свободном доступе в Интернете. При этом не имеет значения цель такого размещения (для извлечения прибыли или нет). Необходимо обратить внимание, что данное положение вступает в силу только с 1 сентября 2006 г., однако эффективная защита авторских прав на произведения, размещенные в Интернете, возможна уже сейчас.

Серьезным испытанием для авторского права и смежных прав в настоящее время являются так называемые пиринговые сети (от англ. p2p - peer2peer, "равный равному"). Пиринговые сети позволяют легко обмениваться через сеть Интернет различными файлами (музыка, фильмы, тексты и т.п.). Для этого пользователь скачивает специальную программу-клиент (eMule, KaZaa и др.), делает доступными папки на своем компьютере для других пользователей и подсоединяется к Интернету. Далее программа-клиент ищет компьютеры пользователей, которые находятся в режиме онлайн. Пользователю, для того чтобы найти файл, необходимо только ввести его имя, а программа сама сформирует список компьютеров, с которых его можно скачать.

Это часто называется обменом файлами, а сети, используемые для этого, - файлообменными. Однако юридически в результате таких действий происходит не обмен в привычном смысле слова, а копирование (в терминологии ЗоАП - воспроизведение) файлов. Таким образом, скопированный файл есть как на компьютере, с которого производилась загрузка, так и на компьютере, который файл скачивал.

Одним из первых файлообменных сервисов в Интернете был сайт Napster. Популярность его была такова, что им заинтересовались американские звукозаписывающие компании (RIAA - Recording Industry Association of America - организация, объединяющая большинство из них). В результате судебных тяжб Napster был признан "содействующим" нарушению авторских и смежных прав. Суд пришел к выводу, что Napster не нарушал чьи-либо права, поскольку он не воспроизводил файлы в сети Интернет, но создал возможность для воспроизведения путем составления списка песен и компьютеров, с которых возможна закачка. Napster являлся централизованной пиринговой сетью. В настоящее же время ситуация (возможно, из-за этого знаменитого судебного дела) изменилась: списки файлов и компьютеров больше не хранятся на одном центральном сервере - система стала децентрализованной, и поэтому бороться с нарушениями авторского права стало тяжелее.

В 2004 г. борьба с нарушителями авторского права пользователями файлообменных сетей в США велась очень активно. Американская ассоциация звукозаписывающих компаний (RIAA) продолжила акцию по привлечению к ответственности пользователей файлообменных сетей, и на начало 2005 года RIAA было подано 8500 исков против пользователей файлообменных сетей, требуя по каждому иску по 5000 долларов США штрафных выплат.

С точки зрения российского законодательства существование файлообменных сетей тоже является нарушением авторских (смежных) прав, однако эти сети пока не столь развиты, чтобы представлять серьезную угрозу отечественной музыкальной индустрии. В российском сегменте Интернета контрафактные экземпляры музыкальных композиций можно легко найти.

Однако существует точка зрения, что файлообменные сети не только не угрожают звукозаписывающим компаниям, но и способствуют приобретению компакт-дисков с песнями, ранее прослушанными при скачивании из сети Интернет. Известная компания Apple Computers пошла именно таким путем и открыла в Интернете сервис iTunes, с помощью которого можно скачать из

огромного архива музыкальную композицию за 99 центов. Всего через несколько месяцев компания объявила, что количество скачанных песен превысило миллион.

Другим вопросом, порожденным сетью Интернет, была дискуссия о правомерности установки гиперссылок на контрафактные произведения. Дело в том, что стандарт гипертекстового документа предусматривает использование специальных ссылок на ресурсы, доступ к которым пользователь почти мгновенно может получить, перейдя по ссылке. После "нажатия" на ссылку искомые объекты загружаются в оперативную память компьютера. Другими словами, происходит воспроизведение (копирование) объекта. Причем пользователь может и не желать такого копирования, но поделать с этим ничего не может.

Как расценивать действия пользователя, который на своем сайте делает гипертекстовую ссылку на другой сайт, содержащий контрафактный экземпляр произведения? С одной стороны, такой пользователь не воспроизводит произведение и этим самым не нарушает соответствующее право автора или иного правообладателя. С другой стороны, посетитель сайта, кликнув по ссылке, загружает в память своего компьютера экземпляр произведения, а действия владельца сайта способствуют нарушению авторского права.

Отечественной судебной практике известен такой пример - дело по поводу романа В. Сорокина "Голубое сало". В 1999 году текст романа был размещен на сайте в сети Интернет неизвестным лицом. Ответчик по делу А. Чернов поместил на своем сайте гиперссылку на этот роман. Истец посчитал такие действия распространением произведения и потребовал удалить ссылку и выплатить ему материальную компенсацию за нарушение авторских прав. Однако суд не признал такие действия ответчика использованием произведения и отказал в иске.

Другой проблемой является проставление ссылок с одного сайта на другой таким образом, что у пользователя первого сайта может возникнуть ошибочное впечатление, что он все еще "находится" на этом сайте. Широкую известность приобрело дело, рассмотренное в США, в котором истец - владелец сайта А по бронированию и продаже билетов в сети Интернет обвинял другое лицо (владельца сайта В) в том, что проставление гиперссылки с сайта В на сайт А нарушает его права. При этом гиперссылка владельца сайта В отсылала к форме по покупке билета ("глубокая" ссылка), а не на титульную страницу сайта А. Истец небезуспешно обосновывал свою позицию тем, что у посетителя сайта В, который заказывает билет, возникает впечатление, что служба заказа билетов принадлежит именно владельцу сайта В.

Отечественной судебной практике дела, связанные с использованием фреймов и "глубоких" ссылок, неизвестны, в то время как за рубежом уже выработана достаточно объемная судебная практика по таким делам. Однако нередко авторы стремятся злоупотребить своим правом.

Авторское право представляет собой баланс интересов автора и общества, его существование невозможно без ряда взаимных ограничений. К числу некоторых ограничений прав автора следует отнести:

- случаи использования произведения без согласия автора и без выплаты авторского вознаграждения;
- случаи использования произведения без согласия автора, но с выплатой авторского вознаграждения.

К первому пункту, например, относится цитирование произведений в научных, исследовательских, полемических, критических и информационных целях. Однако при цитировании всегда обязательно указание имени автора цитируемого произведения и источника заимствования, а также цитировать можно не любой объем произведения а только такой, который оправдан целью цитирования.

В связи с этим интересно судебное дело, хотя и относящееся к избирательному праву, но также уместное в этом контексте.

Судебная коллегия по гражданским делам Верховного суда Российской Федерации в конце 2003 года рассмотрела дело по заявлению А. об отмене регистрации кандидата в депутаты Р.

Суд установил, что А., зарегистрированный кандидат по тому же избирательному округу, обратился в суд с заявлением об отмене регистрации Р. в связи с допущенными нарушениями п. 1 ст. 64 Федерального закона "О выборах депутатов Государственной Думы Федерального собрания Российской Федерации", а именно нарушением законодательства России об интеллектуальной собственности.

28 октября 2003 г. в типографии ООО "Х" тиражом 70 тысяч экземпляров по заказу Р. был изготовлен агитационный печатный материал "Право и милосердие", на второй странице которого помещена статья "Лишнее звено. Домкомы А.". В качестве иллюстрации к этой статье помещено изображение первой страницы агитационного печатного материала А. Оригинал-макет листовки является произведением, авторские права на которое принадлежат ему.

Решением Санкт-Петербургского городского суда от 27 ноября 2003 г. в удовлетворении иска А. было отказано. Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации сочла это решение подлежащим оставлению без изменения по следующим основаниям.

В соответствии с пп. 8 п. 6 ст. 95 Федерального закона "О выборах депутатов Государственной Думы Федерального собрания Российской Федерации" регистрация кандидата может быть отменена судом в случае нарушения кандидатом п. 1 ст. 64 указанного закона. Этим пунктом запрещена агитация, нарушающая законодательство об интеллектуальной собственности.

В соответствии с п. 1 ст. 19 ЗоАП допускается без согласия автора и без выплаты авторского вознаграждения, но с обязательным указанием имени автора, произведение которого используется, и источника заимствования цитирование в оригинале и в переводе в научных, исследовательских, полемических, критических и информационных целях из правомерно обнародованных произведений в объеме, оправданном целью цитирования, включая воспроизведение отрывков из газетных и журнальных статей в форме обзоров печати.

Статья Р. помещена в рубрике в порядке дискуссии, является продолжением цикла статей, публикуемых в газете "Право и милосердие", носит полемический и учебно-просветительский характер и проиллюстрирована фрагментом листовки, а именно изображением титульного листа, содержащим фотографию А. и название "Краткая инструкция по созданию домкомов".

По мнению суда, применительно к настоящему делу изображение титульного листа агитационной листовки А., помещенное в статье "Лишнее звено. Домкомы А.", может рассматриваться как цитата.

Агитационная листовка А. была обнародована. Объем помещенного изображения незначителен и с учетом характера и жанра статьи определяется ее целью. Имя автора листовки и источник заимствования в статье приведены.

Согласно ст. 21 ЗоАП, допускается свободное использование произведений фотографии, изобразительного искусства, которые постоянно расположены в местах, открытых для свободного посещения. Агитационная листовка с фотографией А. распространялась среди избирателей в ходе проведения предвыборной агитации, размещалась на стендах информации в уличных пикетах, то есть находилась в местах, которые могли быть посещены любыми людьми в течение всего срока, когда разрешена агитация.

На основании п. 1 ст. 19 и ст. 21 ЗоАП судом сделан вывод о правомерности свободного использования Р. части агитационной листовки А. и отсутствии в его действиях нарушения законодательства об интеллектуальной собственности.

К случаям использования произведений без согласия автора и без выплаты авторского вознаграждения также относится его воспроизведение в личных целях. Однако даже в личных целях запрещено воспроизведение баз данных, существенных частей из них, а также программ для ЭВМ. Воспроизведение программы для ЭВМ или базы данных допускается в случае, если:

- копия предназначена только для архивных целей и для замены правомерно приобретенного экземпляра в случаях, когда оригинал программы для ЭВМ или базы данных утерян, уничтожен или стал непригоден для использования;
- копия или преобразование объектного кода в исходный текст (декомпилирование программы для ЭВМ) необходимы для достижения способности к взаимодействию независимо разработанной лицом программы для ЭВМ с другими программами, которые могут взаимодействовать с декомпилируемой программой. При этом ЗоАП устанавливаются дополнительные требования, которые нужно соблюдать при декомпилировании программы.

Пользователь также вправе внести в программу для ЭВМ или базу данных изменения, осуществляемые исключительно в целях ее функционирования на технических средствах пользователя, осуществлять любые действия, связанные с функционированием программы для ЭВМ или базы данных в соответствии с ее назначением, в том числе запись и хранение в

памяти ЭВМ (одной ЭВМ или одного пользователя сети), а также исправление явных ошибок, если иное не предусмотрено договором с автором (пп. 1 п. 1 ст. 25 ЗоАП).

Уже названным случаем использования произведения без согласия автора, но с выплатой авторского вознаграждения является воспроизведение аудиовизуального произведения или звукозаписи произведения исключительно в личных целях. При этом вознаграждение непосредственно выплачивается изготовителями или импортерами аудио- и видеооборудования и материальных носителей (видео- и аудиопленки, компакт-диски, иные материальные носители). Потребитель, таким образом, выплачивает это вознаграждение косвенно, так как оно уже включено в цену вышеназванного оборудования и носителей информации

В отличие от личных неимущественных прав, срок охраны имущественных прав автора ограничен временем его жизни и 70 годами после его смерти. Авторское право на произведение, созданное в соавторстве, действует в течение всей жизни и 70 лет после смерти последнего автора, пережившего других соавторов.

В случае если произведение обнародовано анонимно или под псевдонимом, авторское право действует в течение 70 лет после даты его правомерного обнародования. Если в течение указанного срока автор произведения, выпущенного анонимно или под псевдонимом, раскроет свою личность или его личность не будет далее оставлять сомнений, то авторское право на произведение действует в течение жизни автора и 70 лет после его смерти.

Если произведение впервые выпущено в свет после смерти автора, то авторское право действует в течение 70 лет после выпуска произведения.

После истечения этих сроков произведение переходит в общественное достояние. Это означает, что любое лицо может свободно использовать произведение без выплаты авторского вознаграждения. При этом должно соблюдаться право авторства, право на имя и право на защиту репутации автора, поскольку они являются личными неимущественными правами и охраняются вечно.

Правообладателями (обладателями имущественных авторских правомочий) могут являться не только авторы, но и их наследники, а также лица, которым исключительные имущественные права перешли в силу закона или на основании договора.

Поскольку авторское право действует в течение всей жизни автора и 70 лет после его смерти, после смерти автора авторское право переходит по *наследству*. Однако не все авторские права переходят его наследникам, исключение составляют такие личные неимущественные права, как: право авторства, право на имя и право на защиту репутации автора произведения (см. ст. 29 ЗоАП).

Согласно общим положениям о наследовании, предусмотренным частью III ГК РФ, наследование авторских прав осуществляется по закону или по завещанию. Завещание представляет собой одностороннюю сделку гражданина

по распоряжению имуществом на случай смерти. Наследниками по завещанию могут быть любые физические и юридические лица, государство в целом, а также государственные и муниципальные образования. Наследниками по закону могут быть физические лица, а также Российская Федерация. Российская Федерация наследует в случае, если отсутствуют иные наследники как по закону, так и по завещанию, либо никто из наследников не имеет права наследовать или все наследники отстранены от наследования, либо никто из наследников не принял наследства, либо все наследники отказались от наследства и при этом никто из них не указал, что отказывается в пользу другого наследника.

Лекция 3. Смежные права, понятие, сущность. Субъекты и сбъекты смежных прав.

Ранее мы выяснили, что объектами авторского права являются произведения науки, литературы и искусства, являющиеся результатом творческой деятельности, независимо от назначения и достоинства произведения, а вот *объектами смежных прав* являются исполнения[1)], постановки, фонограммы[2)], передачи организаций эфирного или кабельного вещания[3)]. Примечательно, что постановки в международных соглашениях не включаются в число объектов смежных прав.

Согласно "Глоссарию терминов по авторскому праву и смежным правам Всемирной организации интеллектуальной собственности", *смежные права* - это права, предоставляемые для охраны интересов *исполнителей, производителей фонограмм* и организаций вещания в связи с публичным использованием произведений авторов, всевозможных выступлений артистов или доведением до всеобщего сведения событий, информации и каких-либо звуков или изображений[4)].

Субъектами смежных прав являются *исполнители* (музыканты, певцы, пародисты, актеры, танцоры и др.), производители фонограмм (изготовители фонограммы) и *организации эфирного* или *кабельного вещания*.

В ст. 4 ЗоАП дается следующее определение *исполнителя*: это актер, певец, музыкант, танцор или иное лицо, которое играет роль, читает, декламирует, поет, играет на музыкальном инструменте или иным образом исполняет произведения литературы или искусства (в том числе эстрадный, цирковой или кукольный номер), а также режиссер-постановщик спектакля и дирижер.

В этой же статье дается определение изготовителя фонограммы, хотя далее по тексту ЗоАП употребляется термин "производитель фонограммы". Итак, "*изготовитель (производитель) фонограммы* - физическое или юридическое лицо, взявшее на себя инициативу и ответственность за первую звуковую запись исполнения или иных звуков; при отсутствии доказательств иного изготовителем фонограммы признается физическое или юридическое лицо, имя или наименование которого обозначено на этой фонограмме и (или) на содержащем ее футляре обычным образом".

Важно отметить, что производитель фонограммы - это лицо, которое ответственно за первую звуковую запись. На практике производитель фонограммы заказывает тиражирование записей сторонней организации. Запись - это фиксация звуков и (или) изображений с помощью технических средств в какой-либо материальной форме, позволяющей осуществлять их неоднократное восприятие, воспроизведение или сообщение.

Исполнитель осуществляет свои права при условии соблюдения прав автора исполняемого произведения. Производитель фонограммы, организация эфирного или кабельного вещания осуществляют свои права в пределах прав, полученных по договору с исполнителем и автором записанного на фонограмме или передаваемого в эфир или по кабелю произведения. Следует заметить, что организациям вещания могут принадлежать права на собственные (охраняемые и/или неохраняемые) авторским правом произведения (выпуски новостей, спортивные передачи).

Таким образом, *субъектами смежных прав* могут быть не только физические, но и юридические лица. Из этого следует: у исполнителей могут быть как имущественные права, так и личные неимущественные права, а у производителей фонограмм и у организаций эфирного или кабельного вещания могут быть только имущественные права.

Права исполнителя признаются за ним в случаях, если:

1. исполнитель является гражданином Российской Федерации;
2. исполнение, постановка впервые имели место на территории Российской Федерации;
3. исполнение, постановка записаны на охраняемую в Российской Федерации фонограмму;
4. исполнение, постановка не записаны на фонограмму, но включены в охраняемую на территории Российской Федерации передачу в эфир или по кабелю.

Права производителя фонограммы признаются за ним в случаях, если:

1. производитель фонограммы является гражданином Российской Федерации или юридическим лицом, имеющим официальное местонахождение на территории Российской Федерации;
2. фонограмма впервые опубликована на территории Российской Федерации.

Права организации эфирного или кабельного вещания признаются за ней в случае, если:

- организация имеет официальное местонахождение на территории Российской Федерации и
- осуществляет передачи с помощью передатчиков, расположенных на территории Российской Федерации.

Словосочетание "смежные права" означает то, что эти права находятся рядом с авторскими правами, бок о бок. Однако это не совсем так. Дело в том, что смежные права в некоторой степени вторичны по отношению к авторским правам. Они возникают, как правило, когда автор передает свое право на исполнение исполнителю своего произведения (например, автор музыки

заключает договор с музыкантом-исполнителем), а производитель фонограммы, организация эфирного или кабельного вещания получают свои права от исполнителя и автора записанного на фонограмме или передаваемого в эфир или по кабелю произведения. Поскольку существует указанная зависимость смежных прав от авторского права, их можно было бы назвать не "смежными", а, например, "относящимися" правами (в английском языке и многих международных договорах применяется термин related rights), чтобы подчеркнуть эту зависимость. В любом случае об этой зависимости смежных прав по отношению к авторскому праву необходимо всегда помнить.

При внимательном изучении законодательства о смежных правах становится очевидна некоторая его несогласованность. Так, аудиовизуальным произведением является "произведение, состоящее из зафиксированной серии связанных между собой кадров (с сопровождением или без сопровождения их звуком), предназначенное для зрительного и слухового (в случае сопровождения звуком) восприятия с помощью соответствующих технических устройств; аудиовизуальные произведения включают кинематографические произведения и все произведения, выраженные средствами, аналогичными кинематографическим (теле- и видеофильмы, диафильмы и слайдфильмы и тому подобные произведения), независимо от способа их первоначальной или последующей фиксации". На самом деле, аудиовизуальное произведение фактически является аудиовизуальным исполнением и, следовательно, должно регулироваться нормами законодательства о смежных правах со всеми вытекающими негативными для правообладателя последствиями (например, сокращение срока охраны). Признание кино- и видеофильмов и т.п. произведениями, а не исполнениями - это скорее уступка крупным кинокомпаниям, которые смогли пролоббировать свои интересы на законодательном уровне.

Так же как и в авторском праве, для возникновения и осуществления смежных прав не требуется выполнения каких-либо формальностей. Производитель фонограммы и исполнитель для оповещения о своих правах вправе (но не обязан) использовать знак охраны смежных прав, который помещается на каждом экземпляре фонограммы и/или на каждом содержащем ее футляре и представляет собой латинскую букву "Р" в окружности, указание имени для исполнителей или наименования для производителей фонограмм обладателя *исключительных смежных прав*, а также указание года первого опубликования фонограммы. Необходимо отметить, что проставление знака охраны желательно, если объект предназначается для распространения не только на территории России. Дело в том, что в силу международных соглашений в странах, где для возникновения прав существуют определенные формальности (депонирование экземпляров, регистрация и т.п.), они считаются выполненными иностранными авторами (иными субъектами), если проставлен знак охраны. Сам по себе символ "Р" в окружности происходит от первых букв английских слов Performer и Phonogram Producer - исполнитель и производитель фонограммы соответственно. В отношении передач вещательных организаций какого-либо знака охраны не существует.

Исполнителю принадлежат следующие личные неимущественные права:

- право на имя;
- право на защиту исполнения или постановки от всякого искажения или иного посягательства, способного нанести ущерб чести и достоинству исполнителя.

Исключительное право на использование исполнения или постановки, принадлежащее исполнителю, означает право использовать исполнение или постановку в любой форме, право осуществлять или разрешать осуществлять следующие действия, а также получать вознаграждение за каждый вид использования:

1. передавать в эфир или сообщать для всеобщего сведения по кабелю исполнение или постановку, если используемые для такой передачи исполнение или постановка не были ранее переданы в эфир или не осуществляются с использованием записи;
2. записывать ранее не записанные исполнение или постановку;
3. воспроизводить запись исполнения или постановки;
4. передавать в эфир или по кабелю запись исполнения или постановки, если первоначально эта запись была произведена не для коммерческих целей;
5. сдавать в прокат опубликованную в коммерческих целях фонограмму, на которой записаны исполнение или постановка с участием исполнителя. Это право при заключении договора на запись исполнения или постановки на фонограмму переходит к производителю фонограммы. При этом исполнитель сохраняет право на вознаграждение за сдачу в прокат экземпляров такой фонограммы;
6. сообщать запись исполнения или постановки для всеобщего сведения таким образом, при котором любое лицо может иметь доступ к ней в интерактивном режиме из любого места и в любое время по своему выбору (право на доведение до всеобщего сведения). Указанное право означает прежде всего право исполнителя на размещение своего исполнения в сети Интернет. Правда, точно так же, как и автор произведения, исполнитель приобретет это право только с 1 сентября 2006 года. Это относится и к соответствующему праву производителя фонограммы и организаций эфирного или кабельного вещания.

Исключительные права исполнителя могут передаваться по договору другим лицам. Заключение договора между исполнителем и изготовителем аудиовизуального произведения на создание аудиовизуального произведения влечет за собой автоматически предоставление исполнителем вышеперечисленных прав, за исключением права на прокат и права на доведение до всеобщего сведения.

Более того, предоставление исполнителем таких прав ограничивается использованием аудиовизуального произведения и, если в договоре не установлено иное, не включает прав на отдельное использование звука или изображения, зафиксированных в аудиовизуальном произведении.

У производителя фонограммы нет личных неимущественных прав - только исключительное имущественное право. Исключительное право на использование фонограммы означает право использовать фонограмму в любой форме, право осуществлять или разрешать осуществлять следующие действия, а также получать от этого вознаграждение:

1. воспроизводить фонограмму;
2. переделывать или любым иным способом перерабатывать фонограмму;
3. распространять экземпляры фонограммы, то есть продавать, сдавать их в прокат и т.д.;
4. импортировать экземпляры фонограммы в целях распространения, включая экземпляры, изготовленные с разрешения производителя этой фонограммы;
5. сообщать фонограмму для всеобщего сведения таким образом, при котором любое лицо может иметь доступ к ней в интерактивном режиме из любого места и в любое время по своему выбору (право на доведение до всеобщего сведения).

Право на распространение экземпляров фонограммы путем сдачи их в прокат принадлежит производителю фонограммы независимо от права собственности на эти экземпляры. Однако если экземпляры правомерно опубликованной фонограммы введены в гражданский оборот посредством их продажи, то допускается их дальнейшее распространение без согласия производителя фонограммы и без выплаты вознаграждения (это так называемое исчерпание прав). На практике это означает, что, единожды передав права на те или иные фонограммы, правообладатель не может более претендовать на вознаграждение за каждый проданный компакт-диск. Кроме того, он не должен давать согласия на продажу каждого экземпляра фонограммы, что привело бы музыкальный рынок к коллапсу. Но принцип исчерпания прав совсем не означает, что с музыкального компакт-диска пользователь может скопировать дорожки ("треки") и разместить их в локальной сети или вообще в сети Интернет. Поскольку существует большая опасность того, что пользователь именно так и поступит, производители фонограмм стараются техническими средствами защитить свои права. Так, некоторые диски могут читаться домашней стереоаппаратурой и не читаться компьютерным CD-приводом. Но, как показывает практика, практически любая защита может быть со временем преодолена. Именно поэтому законодатель ввел в ЗоАП новую статью 48-1, запрещающую такие действия (подробнее об этом будет сказано далее).

Проводя аналогию с авторским правом, можно заметить и ограничения относительно смежных прав исполнителя и производителя фонограммы. Так, без согласия производителя фонограммы, опубликованной в коммерческих целях, и исполнителя, исполнение которого записано на такой фонограмме, но с выплатой им вознаграждения разрешается:

1. публичное исполнение фонограммы;
2. передача фонограммы в эфир;
3. сообщение фонограммы для всеобщего сведения по кабелю.

Однако данное изъятие не касается права исполнителя и производителя фонограммы на доведение до всеобщего сведения фонограммы. Учитывая, что это правомочие касается прежде всего размещения исполнения и фонограммы в сети Интернет, можно констатировать огромный ущерб имущественным правам исполнителя и производителя фонограммы, который может нанести такое действие, произведенное без согласия соответствующих субъектов.

Сбор, распределение и выплата вознаграждения осуществляются одной из организаций, управляющих правами производителей фонограмм и исполнителей на коллективной основе в соответствии с соглашением между этими организациями. Если этим соглашением не предусмотрено иное, указанное вознаграждение распределяется между производителем фонограммы и исполнителем поровну.

В соответствии с п. 3 ст. 39 ЗоАП: "Размер вознаграждения и условия его выплаты определяются соглашением между пользователем фонограммы или объединениями (ассоциациями) таких пользователей, с одной стороны, и организациями, управляющими правами производителей фонограмм и исполнителей, с другой стороны, а в случае, если стороны не достигнут такого соглашения, - специально уполномоченным органом Российской Федерации". Пользователи фонограмм должны предоставлять организации, управляющей правами производителей фонограмм и исполнителей, программы, содержащие точные сведения о количестве использований фонограммы, а также иные сведения и документы, необходимые для сбора и распределения вознаграждения.

Также допускается без согласия правообладателя воспроизведение фонограммы в личных целях (п. 2 ст. 42 ЗоАП) при условии выплаты вознаграждения производителем носителя информации и записывающего устройства.

Несмотря на это, отечественные и зарубежные правообладатели настойчиво стремятся пресекать любые попытки копирования, в том числе и для личных (в том числе архивных) целей. Так, Американская ассоциация кинокомпаний (MPAA) предъявила иск к 321 Studios за то, что та выпустила программу DVD X Copy gold для копирования DVD-дисков. Сама компания говорит, что программа предназначена исключительно для резервного копирования, причем скопировать диск можно только один раз. MPAA настаивает на том, что этим самым нарушаются права кинопроизводителей.

И у производителя фонограммы, и у организации эфирного или кабельного вещания не может быть личных неимущественных прав. Таким организациям принадлежит исключительное право использовать передачу в любой форме и давать разрешение на использование передачи, а также получать вознаграждение от использования.

Исключительное право на использование передачи означает право организации эфирного вещания (кабельного вещания) разрешать осуществление следующих действий:

1. одновременно передавать в эфир ее передачу другой организации эфирного вещания (для организации кабельного вещания -

одновременно сообщать для всеобщего сведения по кабелю ее передачу другой организации кабельного вещания);

2. сообщать передачу для всеобщего сведения по кабелю (для организации кабельного вещания - передавать передачу в эфир);

3. записывать передачу;

4. воспроизводить запись передачи;

5. сообщать передачу для всеобщего сведения в местах с платным входом.

Что касается ограничения прав исполнителей, производителей фонограмм и организаций вещания, то допускается без согласия соответствующих субъектов и без выплаты вознаграждения использование исполнения, постановки, передачи в эфир, передачи по кабелю и их записей, а также воспроизведение фонограмм в целях:

- обучения;
- научного исследования;
- цитирования в форме небольших отрывков при условии, что такое цитирование осуществляется в информационных целях;
- включения в обзор о текущих событиях небольших отрывков из исполнения, постановки, фонограммы, передачи и др.

Также организация эфирного вещания может без согласия автора и без выплаты дополнительного вознаграждения делать запись краткосрочного пользования того произведения, в отношении которого эта организация получила право на передачу в эфир, при условии что такая запись производится организацией эфирного вещания с помощью ее собственного оборудования и для ее собственных передач. При этом организация обязана уничтожить такую запись в течение шести месяцев после ее изготовления, если более продолжительный срок не был согласован с автором записанного произведения. Такая запись может быть сохранена без согласия автора произведения в официальных архивах, если запись носит исключительно документальный характер (см. ст. 24 ЗоАП).

Важно при этом помнить, что ЗоАП содержит исчерпывающий перечень таких исключений, а предусмотренные ограничения применяются без ущерба нормальному использованию фонограммы, исполнения, постановки, передачи в эфир или по кабелю и их записей, а также включенных в них произведений литературы, науки и искусства и без ущемления законных интересов исполнителя, производителя фонограммы, организации эфирного или кабельного вещания и авторов указанных произведений.

В завершение рассмотрения смежных прав необходимо остановиться на сроках их охраны. Итак, личные неимущественные права (исполнителя), как и в авторском праве, охраняются бессрочно.

Имущественные права действуют в течение 50 лет для:

- исполнителя - после первого исполнения или постановки;
- производителя фонограммы - после первого опубликования фонограммы либо после ее первой записи, если фонограмма не была опубликована в течение этого срока;

- организации эфирного вещания - после осуществления такой организацией первой передачи в эфир;
- организаций кабельного вещания - после осуществления такой организацией первой передачи по кабелю.

Вообще, смежные права нередко оказываются в центре столкновений интересов хозяйствующих субъектов, которые завершаются зачастую только в судах. Так, в 2001 году состоялось одно из первых в нашей стране судебных дел, посвященных нарушению авторских и смежных прав в сети Интернет. Суть дела, как и само решение, носит дискуссионный, а не догматичный характер. Потому для удобства анализа и обсуждения информация приводится в несколько развернутом виде.

Это дело известно как спор Zvuki.RU против RMP.RU. Истец обратился в суд с иском о защите авторских прав, мотивируя свои требования тем, что заключил с авторами песен лицензионные договоры на исключительное использование фонограмм в сети Интернет, создал самостоятельное мультимедийное произведение "Энциклопедия русской музыки ЗВУКИ.РУ", разместил их на своем web-сайте. Ответчик, являясь владельцем другого web-сайта, "Русский музыкальный портал", нарушил его смежные права, размещая на своем сайте те же фонограммы песен.

Как следует из материалов дела, истец заключил лицензионные договоры с Хавтаном Е.Л. от 19.02.2000 и с ЗАО "ХОР" от 26.04.2000. По договору от 19.02.2000 лицензиар безвозмездно предоставил лицензиату (истцу) эксклюзивное разрешение (имеется в виду "исключительное право") на право использования ряда фонограмм музыкальных произведений, исполняемых группой "Браво", элементов их графического оформления, а также текстов песен в целях создания лицензиатом самостоятельных мультимедийных произведений, обнародуемых под эгидой последнего в компьютерной сети Интернет исключительно. По договору от 26.04.2000 лицензиар предоставил лицензиату (истцу) эксклюзивное разрешение на право использования ряда фонограмм музыкальных произведений Янки Дягилевой в самостоятельных мультимедийных произведениях лицензиата в компьютерной сети Интернет исключительно.

Как следует из содержания заключенных истцом договоров, лицензиары передали ему права на ранее записанные фонограммы, размещенные на компакт-дисках.

В соответствии со ст. 4 ЗоАП воспроизведением фонограммы является изготовление одного или более экземпляров фонограммы или ее части на любом материальном носителе. При записи ранее изготовленной фонограммы музыкального произведения в память ЭВМ производится воспроизведение фонограммы на жестком диске персонального компьютера.

Из оформления представленных сторонами магнитных компакт-дисков следует, что изготовителем компакт-дисков, на которых записаны спорные произведения группы "Браво", и правообладателем на эти произведения является ЗАО "Дженерал Рекордз". В соответствии со ст. 38 ЗоАП производителю фонограммы принадлежат исключительные права на

использование фонограммы в любой форме. Исключительное право на использование фонограммы означает право осуществлять или разрешать осуществлять следующие действия[1)]:

- воспроизводить фонограммы;
- переделывать или любым способом перерабатывать фонограммы;
- распространять экземпляры фонограмм, то есть продавать, сдавать их в прокат и т.д.;
- импортировать экземпляры фонограммы в целях распространения, включая экземпляры, изготовленные с разрешения производителя фонограммы.

Исключительные права производителя фонограммы могут передаваться по договору другим лицам.

Таким образом, только производителю фонограммы принадлежат права давать разрешение на воспроизведение фонограммы в виде ее записи на жесткий диск персонального компьютера. Между тем права производителя фонограммы ЗАО "Дженерал Рекордз" истцу не передавались. Заявление представителя истца, что ЗАО "Дженерал Рекордз" ликвидировано, не подтверждается материалами дела. Кроме того, ликвидация юридического лица сама по себе не влечет за собой передачу прав на фонограмму авторам и исполнителям.

Права на фонограммы Янки Дягилевой ЗАО "ХОР" приобрел у Владыкиной А.Н. по договору от 01.10.99. В свою очередь, Владыкина (бывш. Волкова) А.Н. распорядилась этими правами на основании доверенности от 06.05.99, выданной Дягилевым С.И., отцом погибшей Я. Дягилевой. Указанная доверенность ограничивает полномочия поверенного правом быть представителем только в любых издательствах РФ. Деятельность ЗАО "ХОР" по изготовлению фонограмм не является издательской деятельностью, поэтому Владыкина А.Н. была не вправе по этой доверенности распоряжаться правами авторов и исполнителя. Кроме того, как видно из материалов дела, ЗАО "ХОР" осуществило фактическое тиражирование (воспроизведение) фонограмм, изготовленных "Гроб рекордз". Истец не представил никаких доказательств того, что права на такое воспроизведение первоначальным производителем фонограмм были представлены. Таким образом, ЗАО "ХОР", не являясь правомерным изготовителем фонограммы, было не вправе передавать истцу соответствующие права, и истцу эти права также не перешли.

В качестве доказательства нарушения своих прав истец представил Акт экспертизы № 02-27/01 от 29.08.2000, назначенной нотариусом Ништ З.И. Указанная экспертиза была назначена и проведена в порядке обеспечения доказательств в соответствии со ст. 102-103 Основ законодательства РФ о нотариате (далее - Основы).

Как следует из ст. 103 Основ, при выполнении процессуальных действий по обеспечению доказательств нотариус руководствуется соответствующими нормами гражданского процессуального законодательства Российской

Федерации. При этом нотариус извещает о времени и месте обеспечения доказательств стороны и заинтересованных лиц.

Ответчик не был извещен о проведенной экспертизе, тем самым экспертиза была проведена с нарушением Закона - ст. 102-103 Основ. Неизвещение ответчика лишило его предоставленной ч. 2 ст. 74 ГПК возможности представлять вопросы, по которым требуется заключение эксперта.

Заключение эксперта не позволяет установить факт воспроизведения именно спорных фонограмм.

Эксперт Никитин А.Б., опрошенный в судебном заседании, пояснил, что судить об идентичности записанных с сайта ответчика и прослушанных им фонограмм с теми, которые записаны на соответствующих магнитных компакт-дисках, он может исключительно как слушатель. Однако, учитывая, что для точной идентификации экземпляров фонограммы на компакт-диске и на жестком диске ЭВМ нужны специальные технические и музыковедческие познания, эксперту же соответствующие вопросы не ставились, а специальными музыковедческими познаниями он не обладал, факт воспроизведения именно спорных фонограмм нельзя считать установленным.

Кроме того, как видно из содержания Акта экспертизы и из пояснения эксперта в судебном заседании, вопросы, поставленные на разрешение эксперта, не требовали специальных познаний, поэтому нельзя считать представленный акт экспертизы надлежащим доказательством.

По утверждению ответчика, структура сайта www.rmp.ru, администратором которого был ответчик, позволяла размещать на нем музыкальные фонограммы в формате MP3 любому пользователю Интернета, располагающему фонограммами, записанными в соответствующем формате.

Свидетель Мастерков С.О., музыкант группы "Чердак Офицера", допрошенный в судебном заседании, показал, что в августе 2000 г., то есть во время существования сайта и администрирования его ответчиком, он совершенно свободно со своего персонального компьютера осуществил запись фонограммы песен своей группы на сайт ответчика www.rmp.ru. При таких обстоятельствах нет никаких оснований утверждать, что спорные фонограммы были воспроизведены на сайте самим ответчиком.

Суд счел, что ответчиком было создано техническое решение, позволяющее хранить фонограммы в формате MP3 на своем сайте, прослушивать их пользователями Интернет, записывать их на жесткие диски своих персональных компьютеров или со своего персонального компьютера - на сайт ответчика. Создание подобного технического решения ответчиком не является с точки зрения Закона РФ "Об авторском праве и смежных правах" нарушением прав авторов, исполнителей и изготовителей фонограмм[2)].

Статьей 26 ЗоАП установлено, что в изъятие из положений ст. 37-38 ЗоАП допускается без согласия автора произведения, исполнителя и производителя фонограммы, но с выплатой им вознаграждения воспроизведение аудиовизуального произведения или звукозаписи произведения исключительно в личных целях. Вознаграждение за

воспроизведение, указанное в пункте 1 этой статьи, выплачивается изготовителями или импортерами оборудования (аудио- и видеомагнитофоны, иное оборудование) и материальных носителей (звуко- и/или видеопленки и кассеты, лазерные диски, компакт-диски, иные материальные носители), используемых для такого воспроизведения.

Как установлено в ходе судебного разбирательства, доступ пользователей к фонограммам, размещенным на сайте ответчика, бесплатен. Как следует из Акта экспертизы, эксперт совершенно свободно воспроизвел соответствующие фонограммы. Поэтому воспроизведение этих фонограмм не носит коммерческого характера, а осуществляется в личных целях. Ответчик не является ни изготовителем, ни импортером оборудования и материальных носителей, на которых осуществляется воспроизведение[3)].

Кроме того, в соответствии с пп. 3 п.1 ст. 39 ЗоАП допускается без согласия производителя фонограммы, опубликованной в коммерческих целях, передача фонограммы в эфир и сообщение фонограммы для всеобщего сведения по кабелю. Спорные фонограммы содержатся на носителях (CD), имеющихся в широкой продаже, следовательно, фонограммы были опубликованы в коммерческих целях. Доступ в Интернет имеет неограниченное число пользователей, информация распространяется как проводным, так и беспроводным путем. Поэтому указанная норма Закона применима и к рассматриваемому спору[4)].

Пользователи фонограмм, как следует из ст. 39 ЗоАП, должны выплачивать вознаграждение одной из организаций, управляющих правами производителя фонограмм на коллективной основе. Следовательно, фактические обстоятельства, являющиеся предметом спора, являются только основанием для предъявления соответствующей организацией требований о выплате вознаграждения пользователями, но не основанием для удовлетворения заявленного истцом иска. Кроме того, Законом не определено, кого считать пользователями фонограмм, размещенных в сети Интернет: администратора соответствующего сайта или лиц, размещающих фонограммы на сайте или воспроизводящих их на свои персональные компьютеры.

Следует также учитывать, что ст. 26-39 ЗоАП предусматривают выплату именно и только вознаграждения правообладателям. Истец же требует применить к ответчику меры ответственности, предусмотренные ст. 49 ЗоАП.

Таким образом, действия, вменяемые истцом ответчику, не являются нарушением ни авторских, ни смежных прав и основанием к привлечению ответчика к ответственности, предусмотренной Законом РФ "Об авторском праве и смежных правах".

Исходя из вышеизложенного, основания для удовлетворения заявленного иска отсутствуют, вследствие чего суд решил в иске отказать

Лекция 4. Передача прав на произведение авторского права. Коллективное управление имущественными правами. Защита прав.

Передача прав на произведение авторского права

Как уже говорилось, у автора могут быть как имущественные, так и личные неимущественные права. Личные неимущественные права тесно связаны с личностью самого автора. А раз так, то переход их к другому лицу невозможен. Имущественные же права могут переходить от одного лица к другому. Они могут переходить от работника к работодателю, если работником создано произведение в порядке выполнения служебных обязанностей или служебного задания работодателя (служебное произведение). Переход имущественных прав возможен также по наследству. Автор и сам может распорядиться своими имущественными правами, передав их на основании договора.

Передача авторских прав оформляется договором. Автор может передать свои права на время или уступить их. Различие между передачей прав и уступкой состоит в том, что в первом случае автор предоставляет права на время меньшее срока охраны авторского права. Во втором же случае автор предоставляет права на все время действия своих исключительных имущественных прав. С определенной долей условности можно передачу прав сравнить с арендой (арендованное имущество рано или поздно вернется к арендодателю), а уступку - с продажей (при продаже имущество выбывает из собственности продавца навсегда).

Автору, как известно, принадлежит широкий круг правомочий (см. ст. 16 ЗоАП). Автор может предоставить другому лицу либо одно из прав, либо несколько сразу. Возможно огромное количество вариантов объема и *условий передаваемых прав*.

Более того, предоставляемые права распространяются на определенную территорию. К тому же, в силу различных международных соглашений, права автора охраняются не только на территории России. Например, автор может передать одному лицу право на воспроизведение своей книги на территории России и одновременно заключить соглашение с иностранным лицом о передаче права на перевод на территории другой страны.

Надо отметить, что не только автор может заключать договоры о предоставлении прав. Стороной в договоре, предоставляющей права, может быть не автор, а какое-либо иное лицо (в случаях, когда имущественные права автора уже кому-то им переданы).

ЗоАП в ст. 18-26 предусматривает ограничения имущественных прав, то есть случаи, когда любое лицо может использовать произведение без согласия правообладателя на такое использование, но с выплатой вознаграждения либо без такового. Однако данные случаи нельзя рассматривать в качестве передачи прав, это лишь исключения, при которых бездоговорное использование произведений не будет признаваться нарушением. Никаких имущественных прав у лиц, пользующихся этими исключениями, не появляется.

ЗоАП различает два вида *авторского договора*.

- *Авторский договор о передаче исключительных прав*. "Авторский договор о передаче исключительных прав разрешает использование произведения определенным способом и в установленных договором пределах только лицу, которому эти права передаются, и дает

такому лицу право запрещать подобное использование произведения другим лицам" (п. 2 ст. 30 ЗоАП). Другими словами, если автор предоставил другому лицу какие-либо исключительные права (либо одно из прав, либо несколько прав, предусмотренных ст. 16 ЗоАП), то сам автор уже не может передать эти же права другому лицу. Более того, заключение такого договора означает, что лицо, которому передаются исключительные права, само, вместо автора, будет запрещать другим лицам пользоваться теми же правами, что и те, которые были переданы по договору. В общем, такое лицо вправе отслеживать нарушения переданного ему права другими лицами. При этом автор не вмешивается до тех пор, пока не выяснится, что такое лицо, несмотря на нарушения переданных ему прав, само не осуществляет их защиту. В этом случае автор сам вправе осуществлять защиту переданных исключительных прав.

- *Авторский договор о передаче неисключительных прав*. "Авторский договор о передаче неисключительных прав разрешает пользователю использование произведения наравне с обладателем исключительных прав, передавшим такие права, и/или другим лицам, получившим разрешение на использование этого произведения таким же способом" (п. 3 ст. 30 ЗоАП). В этом случае автор передает права и тем не менее вправе передать эти же права другому лицу. Таким образом, передаются неисключительные права, а автор или иной правообладатель считается обладателем исключительных прав, что четко указано в статье. Более того, за автором сохраняется право на защиту переданных по договору прав. Соответственно, лицо, которому права передаются, в случае выявленного нарушения должно обратиться к автору.

Важное положение, имеющее практическое значение, закреплено в п. 4 ст. 30: "Права, передаваемые по авторскому договору, считаются неисключительными, если в договоре прямо не предусмотрено иное". Бывает, что стороны в договоре не указывают, какие права передаются (исключительные или нет). В такой ситуации Закон недвусмысленно говорит о том, что в таком случае передаваемые права считаются неисключительными.

Авторский договор должен обязательно содержать ряд условий. Если они не предусмотрены в нем, то договор считается не заключенным. К *существенным условиям авторского договора* ЗоАП относит:

- способы использования произведения (конкретные права, передаваемые по данному договору;
- размер вознаграждения и/или порядок определения размера вознаграждения за каждый способ использования произведения;
- порядок и сроки выплаты вознаграждения.

Стороны договора могут также определить и иные условия, которые сочтут существенными для данного договора.

Что касается срока, на который передается право, то он должен содержаться в авторском договоре. Если все-таки стороны его не предусмотрели, то действует следующее правило: договор может быть

расторгнут автором по истечении пяти лет с даты его заключения, если пользователь будет письменно уведомлен об этом за шесть месяцев до расторжения договора.

То же самое касается и условия о территории, на которую передается право, - оно должно содержаться в договоре. Если же его нет, то действие передаваемого права ограничивается территорией Российской Федерации.

При определении объема передаваемых прав не допускается расширительное толкование: "Все права на использование произведения, прямо не переданные по авторскому договору, считаются не переданными" (п. 2 ст. 31 ЗоАП). Другими словами, сторона не может ссылаться на то, что некоторые права стороны подразумевали передать, - передаваемые права должны быть прямо перечислены в договоре. Предметом авторского договора не могут быть права на использование произведения, неизвестные на момент заключения договора.

Вознаграждение может быть определено в авторском договоре:

- в виде процента от дохода за соответствующий способ использования произведения;
- в виде зафиксированной в договоре суммы, если невозможно установить вознаграждение в виде процента от дохода в связи с характером произведения или особенностями его использования;
- иным образом, если опять же невозможно установить вознаграждение в виде процента от дохода в связи с характером произведения или особенностями его использования.

Таким образом, законодателем расценивается вознаграждение в виде процента за соответствующий способ использования произведения как в наибольшей степени соответствующее интересам автора. Предусмотрена еще одна гарантия: "Минимальные ставки авторского вознаграждения устанавливаются Советом Министров - Правительством Российской Федерации. Минимальные размеры авторского вознаграждения индексируются одновременно с индексацией минимальных размеров заработной платы" (п. 3 ст. 31 ЗоАП). Более того, если в авторском договоре об издании или ином воспроизведении произведения вознаграждение определяется в виде фиксированной суммы, то в договоре должен быть установлен максимальный тираж произведения. Это еще более защищает имущественные права автора (право на вознаграждение).

Естественно, что правообладатель не может передать прав больше, чем имеет сам. Права, переданные по авторскому договору, могут передаваться полностью или частично другим лицам лишь в случае, если это прямо предусмотрено договором (п. 4 ст. 31 ЗоАП). Имеется в виду, что сторона в договоре, получившая от автора некоторые права, может заключить еще один договор с третьим лицом о передаче тех же прав лишь в случае, если такое право предоставлено ей самой первоначальным договором.

Интересным примером сказанного стал спор ЗАО "Медиа-Лингва" с ОАО "Рамблер Интернет Холдинг" и ГУП "Издательство "Русский язык" о защите авторских прав.

Иск был заявлен о признании исключительных прав истца на использование в компьютерной форме четырех словарей; о прекращении действий ОАО "Рамблер Интернет Холдинг" по использованию в компьютерной форме этих словарей на своем сайте в информационной сети Интернет и обязательстве передать истцу контрафактные экземпляры электронных словарей, взыскании 10% штрафа в доход бюджета от суммы компенсации, а также о солидарном взыскании с ОАО "Рамблер Интернет Холдинг" и ГУП "Издательство "Русский язык", привлеченного в качестве второго ответчика, компенсации за нарушение авторских прав. В судебном заседании истец уточнил, что основанием заявленного иска не является нарушение прав на программы для ЭВМ.

Ответчики иск оспорили, заявив, что истец не обладает авторскими правами на спорные словари, так как его договоры со вторым ответчиком на использование словарей в компьютерной форме расторгнуты в одностороннем порядке в связи с неисполнением денежных обязательств, права на использование словарей переданы первому ответчику на основании договора.

Истец основывал свои исключительные имущественные авторские права на использование спорных словарей в компьютерной форме на трех договорах, по которым это право передано ему ГУП "Издательство "Русский язык". Суд не признал эти договоры расторгнутыми в одностороннем порядке издательством, так как в материалах дела отсутствовали доказательства, подтверждающие соблюдение вторым ответчиком порядка их расторжения, установленного сторонами.

Суд пришел к выводу о том, что по вышеуказанным договорам ГУП "Издательство "Русский язык" передало истцу не весь объем исключительных прав на использование словарей в компьютерной форме, а только исключительное право на распространение словарей, что прямо следует из того, как стороны определили объем исключительных прав, передаваемых истцу издательством. Исключительность права компании "Медиа-Лингва" на территории России означает, что издательство не может передать право распространения словарей в компьютерной форме никаким третьим лицам без письменного согласия компании.

В силу ч. 2 ст. 30 ЗоАП истец имеет право запрещать использование словарей другим лицам только в отношении своих исключительных прав на их распространение.

Первый ответчик не отрицал факта использования спорных словарей на своем сайте в международной информационной сети Интернет, однако, исходя из норм ст. 4 ЗоАП, определяющих основные понятия Закона, суд счел такое использование "как воспроизведение словарей путем записи в память ЭВМ и сообщение произведения для всеобщего сведения через Интернет либо публичный показ (аналогия норм ст. 16 ЗоАП[1]).

Суд счел, что, поскольку истец не получал от ГУП "Издательство "Русский язык" исключительных прав на воспроизведение и сообщения словарей для всеобщего сведения (публичный показ), издательство правомерно передало эти права по договору с ОАО "Рамблер Интернет Холдинг".

Отсутствие у истца прав на компьютерное использование словарей путем воспроизведения и публичного показа словарей именно в Интернете подтверждается, по мнению суда, также наличием в договорах с издательством условий об ограничении территории использования прав Россией и странами СНГ, что само по себе исключает возможность использования Интернета как глобальной международной компьютерной информационной сети только на территории, ограниченной Россией и странами СНГ.

Таким образом, суд признал отсутствие нарушения исключительных авторских прав истца и решил в иске отказать, взыскав с ЗАО "Медиа-Лингва" госпошлину в доход федерального бюджета.

Предметом авторского договора не могут быть права на использование произведений, которые автор может создать в будущем (п. 5 ст. 31 ЗоАП). Таким образом, все договоры, в которых предусматривается, что автор предоставляет другой стороне не только права на уже существующие произведения, но и на все те, которые он создаст в будущем, не действительны, то есть не порождают каких-либо правовых последствий. Однако автор может взять на себя обязательство создать конкретное произведение и передать права на него по авторскому договору заказа, о нем речь пойдет ниже.

ЗоАП защищает и будущее творчество автора: "Условие авторского договора, ограничивающее автора в создании в будущем произведений на данную тему или в данной области, является недействительным" (п. 6 ст. 31 ЗоАП). Точно так же и все другие условия авторского договора, противоречащие положениям ЗоАП, являются недействительными, то есть не порождают правовых последствий.

Авторский договор может быть заключен в одной из двух форм: *письменной* или *устной*. ЗоАП предусматривает возможность заключения авторского договора и в устной, и в письменной форме, при этом максимально ограничивая применение сторонами устной формы. В устной форме может быть заключен только авторский договор об использовании произведения в периодической печати (статьи и письма, направляемые авторами в газеты и журналы). Правилом же является то, что авторские договоры должны заключаться в письменной форме. Договор на использование программы для ЭВМ или базы данных также заключается в письменной форме, хотя имеет некоторые особенности. Согласно п. 2 ст. 32 ЗоАП, при продаже экземпляров программ для ЭВМ и баз данных и предоставлении массовым пользователям доступа к ним допускается применение особого порядка заключения договоров. Этот особый порядок и один из способов заключения договора предусмотрен Законом Российской Федерации "О правовой охране программ для электронных вычислительных машин и баз данных". Он состоит в том, что условия такого авторского договора могут быть описаны на передаваемых экземплярах программ для ЭВМ и баз данных, и когда пользователь разрывает упаковку экземпляра программы для ЭВМ, тем самым он выражает согласие с условиями авторского договора (так называемая "оберточная *лицензия*").

Что касается условий договора о передаче исключительных прав на программу или базу данных, то ЗоПЭВМ практически повторяет положения ЗоАП и предусматривает следующие существенные условия:

- объем и способы использования программы для ЭВМ или базы данных;
- порядок выплаты и размер вознаграждения;
- срок действия договора.

Договоры о полной или частичной передаче исключительного права не нуждаются в каком-либо государственном утверждении или регистрации. Исключением являются договоры о передаче исключительных прав на программы для ЭВМ и базы данных. Их стороны могут зарегистрировать такой договор в Роспатенте. Статья 13 ЗоПЭВМ вводит "право на регистрацию". Сведения об изменении правообладателя на основе зарегистрированного договора вносятся в Реестр программ для ЭВМ или Реестр баз данных и публикуются в официальном бюллетене Роспатента.

Особняком в серии авторских договоров стоит *авторский договор заказа* (подробнее см. ст. 33 ЗоАП). Согласно этому типу договоров, автор обязуется создать произведение в соответствии с условиями договора и передать его заказчику. Примечательно, что ЗоАП предоставляет самим сторонам сформулировать условия о предоставлении имущественных прав (так называемое "квалифицированное умолчание"). Вполне естественно, что заказчик заинтересован не только в том, чтобы фактически получить готовое произведение, но и в том, чтобы приобрести имущественные права на него. ЗоАП содержит всего несколько положений относительно такого договора, поэтому сторонам нужно как можно полнее описать права и обязанности, предмет договора, ответственность и ряд других ключевых положений.

В число наиболее сложных произведений, подлежащих авторско-правовой охране, входит интернет-сайт. В договоре о его создании желательны условия о промежуточных и конечных сроках исполнения, возможность заказчика следить за ходом работы. Стороны, как правило, составляют техническое задание, в котором оговаривается структура сайта, оптимизация под конкретные браузеры, используемые службы, сервисы и технические решения (флэш, php, апплеты) и т.п. Часто на исполнителе также лежит обязанность разместить сайт в Интернете и даже периодически обновлять его содержание. Исполнитель может также выполнять роль хостинг-провайдера. Окончание работ оформляется, как правило, актом сдачи-приемки. Возможно проведение испытания сайта в реальных или приближенных к ним условиях. Если обнаружены недостатки, исполнитель должен их устранить.

Установленная законодательством ответственность по авторскому договору дифференцируется в зависимости от характера правонарушения. Сторона, не исполнившая или ненадлежащим образом исполнившая обязательства по авторскому договору, обязана возместить убытки, причиненные другой стороне, включая упущенную выгоду. Если автор не предоставил заказное произведение в соответствии с условиями авторского договора заказа, он обязан возместить реальный ущерб, причиненный

заказчику. Согласно ст. 15 Гражданского кодекса Российской Федерации, убытки состоят из реального ущерба и упущенной выгоды. Реальный ущерб - это расходы, которые лицо, чье право нарушено, произвело или должно будет произвести для восстановления нарушенного права, утрата или повреждение его имущества. Упущенная выгода - это неполученные доходы, которые это лицо получило бы при обычных условиях гражданского оборота, если бы его право не было нарушено. Если лицо, нарушившее право, получило вследствие этого доходы, лицо, право которого нарушено, вправе требовать возмещения наряду с другими убытками упущенной выгоды в размере не меньшем, чем такие доходы. Указанные меры ответственности, согласно ст. 34 ЗоАП, применяются в случае нарушения каких-либо договорных обязательств, при нарушении же исключительных авторских прав, не связанном с исполнением условий договора, возможно применение более жестких санкций, указанных в ст. 49 ЗоАП, а также уголовной или административной ответственности.

Отдельно следует рассмотреть получившее широкое распространение за рубежом, а последнее время и в нашей стране так называемую *GPL* (General Public License).

Общий смысл GPL и подобных *открытых лицензий* (LGPL, BSD, MIT) заключается в расширении полномочий пользователя программы и одновременном возложении на него некоторых обязанностей, которые не свойственны традиционным авторским договорам. И все это в совокупности представляет собой качественно новое явление во взаимоотношениях автора и пользователя. Важно сразу отметить, что открытые лицензии никак не влияют на личные неимущественные права авторов программ - они имеют дело лишь с некоторыми имущественными правами. Скорее наоборот, авторы программ, распространяемых на основе открытых лицензий, осознают особую важность неимущественных прав. Проставление знака охраны, года первого опубликования и имени (наименование) автора (или иного правообладателя) является установившейся практикой при распространении программ по таким лицензиям.

Иногда "открытая" лицензия ассоциируется с бесплатными программами (так называемое *freeware*), но это заблуждение. Если употребляется слово free в GPL-лицензии и ей подобных, то речь, как правило, идет не о цене (free означает в переводе с английского не только "бесплатный", но и "свободный"), а о свободе использования. Программа же может распространяться согласно GPL-лицензии как платно, так и бесплатно.

Вообще, GPL-лицензия больше ориентирована на профессиональных пользователей компьютеров, особенно на программистов. Она предусматривает "свободу": воспроизведения программы, распространения и переработки (модификации, адаптации - термины ЗоАП и ЗоПЭВМ).

Все программы, распространяемые на основании GPL-лицензии, содержат прикрепленный исходный текст программы. Пользователь может свободно воспроизводить и распространять программу и ее текст. При этом пользователь может брать плату за воспроизведение программы. Однако возлагается и обязанность. Распространение программы должно

сопровождаться и распространением с ней ее исходного текста. Часто такие программы называются "open-source-программами" (программами с открытым кодом). Дальнейшее воспроизведение, распространение программы не могут быть на иных условиях, чем те, по которым пользователь приобрел программу, то есть пользователь не может каким-либо образом приобрести больше имущественных прав на программу, чем те, которые получены им по GPL-лицензии. Этого не происходит даже в том случае, если пользователь разработал свою программу на основе распространяемой по GPL-лицензии.

Исходный текст прилагается к программе с тем, чтобы можно было ее перерабатывать (модифицировать, адаптировать). Имея исходный текст, пользователь может устранять ошибки ("баги"), а также убедиться в том, что в программе нет так называемых лазеек или шпионских модулей (backdoor, spyware).

Использование "свободной" программы означает, что ее можно переработать и создать свою программу - "производное произведение" в терминах ЗоАП. Однако при распространении своей программы на автора возлагается обязанность информировать о том, что некоторые файлы первоначальной программы были изменены. Это нужно для того, чтобы не нанести ущерб авторам первоначальной программы в случае, если производная программа окажется некачественной и нефункциональной. Более того, распространять свою производную программу автор должен на условиях GPL-лицензии, что логично, поскольку вторая программа появилась на свет благодаря программе, распространяемой именно на таких условиях.

В рассматриваемой сфере широкую известность получило судебное дело между SCO и IBM по поводу операционной системы Linux (SCO утверждает, что в Linux содержится часть кода от Unix, права на которую принадлежат SCO). IBM парирует тем, что SCO распространяла части кода от Unix (которые есть и в Linux) по свободной лицензии GNU GPL. SCO основывает свою позицию на том, что GPL сама по себе не является юридически корректной. Доводы юристов базируются на том, что концепция неограниченного копирования идет вразрез с законом США об авторском праве, допускающим создание лишь одной резервной копии на каждого пользователя программного обеспечения.

Есть и противоположные подходы к GPL. Так, например, немецкий суд обязал компанию выполнить предписанные в лицензии GNU GPL требования. Случай затрагивает Netfilter, сетевое программное обеспечение с открытым кодом, используемое для защиты сети от нежелательного трафика. Один из авторов Netfilter подал иск на голландскую компанию Sitecom, обвинив ее в использовании программного обеспечения в беспроводном сетевом продукте без соблюдения правил лицензии GPL. В итоге мюнхенский суд одобрил требования авторов программы по прекращению поставки продукта без выполнения требований GPL и запретил немецкому подразделению Sitecom распространять Netfilter, не снабдив его текстом лицензии GPL и свободно распространяемыми исходными кодами Netfilter.

Естественно, что любой автор заинтересован в том, чтобы получить достойное вознаграждение за свой труд. Традиционно программы распространялись на носителях информации за деньги, которые пользователь уплачивал при покупке экземпляра программы. Однако во многом благодаря распространению пиратства разработчики стали искать новые способы получения вознаграждения. Так появилось явление *shareware* - условно бесплатные программы. Программа бесплатна в течение определенного периода времени, в течение которого пользователь может определить, нужна ли она ему или нет. Затем программа перестает функционировать до уплаты пользователем определенной суммы разработчикам. Возможен также другой вариант - программа бесплатна, но ее функциональность ограничена. Если же нужен более профессиональный вариант, то за такую версию программы необходимо заплатить.

Еще один вариант - *adware* - программа, содержащая рекламу. Сама программа распространяется бесплатно, а автор получает вознаграждение от рекламодателей за размещение рекламы и от пользователей, которые заинтересованы в том, чтобы рекламы не было.

Наиболее "радикальным" способом получения вознаграждения является "система чаевых". В этом случае программа распространяется бесплатно. Однако, если пользователю она нравится и он заинтересован в том, чтобы автор продолжил работать над ее улучшением, пользователь может заплатить любую сумму либо определенную автором минимальную цену. Но сознательность общества еще не достигла того уровня, чтобы всерьез говорить об этом способе авторского вознаграждения. Известный писатель-фантаст С. Кинг пробовал через сеть Интернет распространять свой роман "Растение". При этом скачать его можно было бесплатно, и если он понравится читателю, то ему предлагалось заплатить 1 доллар. Как только писатель "накапливал" определенную сумму, он садился за написание продолжения. И хотя эксперимент не удался, такой способ получения оплаты за труд нельзя признать абсолютно безнадежным.

Коллективное управление имущественными правами

Как известно, почти любое коммерческое использование авторского произведения должно быть согласовано с правообладателем. Такая возможность есть не всегда, а для организаций телевизионного и радиовещания, для сетевых информационных ресурсов, содержащих десятки и сотни произведений, это становится непосильной задачей. Для решения этих вопросов была разработана уникальная правовая конструкция, получившая название "*коллективное управление имущественными правами*".

Коллективное управление осуществляется в целях обеспечения имущественных прав авторов, исполнителей, производителей фонограмм и иных обладателей авторских и смежных прав в случаях, когда их практическое осуществление в индивидуальном порядке затруднительно (публичное исполнение, в том числе на радио и телевидении, воспроизведение произведения путем механической, магнитной и иной записи, репродуцирование и другие случаи). Понятно, что популярный автор не может

заключить соглашение с каждым, кто хочет использовать его произведение. Если кто-то исполняет произведение на концерте, автор может вообще не знать об этом факте.

Изначальная цель организаций по коллективному управлению правами - помочь авторам, исполнителям, то есть по большей части физическим лицам, в тех случаях, когда самостоятельное управление правами для них действительно затруднено; коллективное управление правами на программы или на кинофильмы, например создающиеся крупными корпорациями, нигде в мире не практикуется.

В современных условиях исполнитель чужого произведения, как правило, заключает соглашение не с автором, а с организацией по коллективному управлению (эта организация в терминах ЗоАП "выдает лицензии") и делает ей денежные отчисления, которые затем получает автор. Исполнитель может заключать соглашения об использовании произведения напрямую с автором, но не всегда это возможно. Также и авторам система коллективного управления помогает заключать договоры и получать гонорары, когда самостоятельное управление правами для них затруднительно.

Для коллективного управления имущественными правами создаются организации, управляющие имущественными правами указанных лиц на коллективной основе. Допускается создание либо отдельных организаций по различным правам и различным категориям обладателей прав, либо организаций, управляющих разными правами в интересах разных категорий обладателей прав, либо одной организации, одновременно управляющей авторскими и смежными правами.

Полномочия на коллективное управление имущественными правами передаются непосредственно обладателями авторских и смежных прав добровольно на основе письменных договоров, а также по соответствующим договорам с иностранными организациями, управляющими аналогичными правами.

В функции организации по коллективному управлению входит:

- согласовывать с пользователями размер вознаграждения и другие условия, на которых выдаются лицензии;
- предоставлять лицензии лицам на использование прав, управлением которых занимается такая организация;
- собирать вознаграждение;
- распределять и выплачивать собранное вознаграждение представляемым ею обладателям авторских и смежных прав и др.

Защита прав

Но, как показывает практика, несмотря на существование различных форм сотрудничества с правообладателями, авторские и смежные права регулярно нарушаются.

В российском законодательстве за нарушение авторских и смежных прав предусмотрено три вида ответственности: гражданско-правовая, административная, уголовная.

Гражданско-правовая ответственность выражается, как правило, в возмещении убытков, под которыми понимаются как фактические потери правообладателя (то есть "реальный ущерб" - расходы, которые лицо, чье право нарушено, произвело или должно будет произвести для восстановления нарушенного права, утрата или повреждение его имущества), так и упущенная выгода (неполученные доходы, которые это лицо получило бы при обычных условиях гражданского оборота, если бы его право не было нарушено). Если лицо, нарушившее право, получило вследствие этого доходы, лицо, право которого нарушено, вправе требовать возмещения наряду с другими убытками упущенной выгоды в размере не меньшем, чем такие доходы.

Вместо возмещения убытков правообладатель может потребовать выплаты компенсации в размере от 10 тыс. до 5 млн. рублей, либо в двукратном размере стоимости экземпляров произведений или объектов смежных прав, либо в двукратном размере стоимости прав на использование произведений или объектов смежных прав, определяемой исходя из цены, которая при сравнимых обстоятельствах обычно взимается за правомерное использование произведений или объектов смежных прав. Важно отметить, что компенсация подлежит взысканию при доказанности факта правонарушения независимо от наличия или отсутствия убытков.

Сказанное подтверждается судебной практикой. В 90-х г. XX века рекламное агентство обратилось в арбитражный суд с иском к товариществу о взыскании с ответчика компенсации в сумме 2000 минимальных размеров оплаты труда[1)] на основании пп. 5 п. 1 ст. 49 ЗоАП в связи с воспроизведением на витрине магазина рисунка, обладателем авторских прав на который является рекламное агентство.

Поскольку истец не доказал, что имел намерение использовать произведение в предпринимательской деятельности и понес из-за использования ответчиком рисунка расходы или утратил возможность получения реальных доходов, судом первой инстанции в иске было отказано.

При этом суд сослался на ст. 49 ЗоАП, предусматривающую обязанность нарушителя авторских прав возместить правообладателю понесенные неправомерными действиями убытки, включая упущенную выгоду.

Вышестоящим судом указанное решение было обоснованно отменено по следующим основаниям. Установленная пп. 5 п. 1 ст. 49 ЗоАП мера ответственности применяется по выбору истца вместо возмещения убытков или взыскания дохода. Требование об уплате компенсации могло быть удовлетворено при наличии доказательств только несанкционированного использования произведения, то есть факта правонарушения, а размер компенсации определяется судом исходя из конкретных обстоятельств.

Не всегда гражданско-правовая ответственность является единственно возможной. Нередко используется и административная ответственность. Административная ответственность выражается чаще всего в виде штрафов и/или конфискации контрафактных экземпляров произведения или фонограммы, материалов и оборудования, используемых для их воспроизведения. Кодекс Российской Федерации об административных

правонарушениях предусматривает, что ввоз, продажа, сдача в прокат или иное незаконное использование экземпляров произведений или фонограмм в целях извлечения дохода в случаях, если экземпляры произведений или фонограмм являются контрафактными либо на экземплярах произведений или фонограмм указана ложная информация об их изготовителях, о местах их производства, а также об обладателях авторских и смежных прав, а равно иное нарушение авторских и смежных прав в целях извлечения дохода, влечет наложение административного штрафа на граждан в размере от 15 до 20 минимальных размеров оплаты труда с конфискацией контрафактных экземпляров произведений и фонограмм, а также материалов и оборудования, используемых для их воспроизведения, и иных орудий совершения административного правонарушения; на должностных лиц от 30 до 40 минимальных размеров оплаты труда с конфискацией контрафактных экземпляров произведений и фонограмм, а также материалов и оборудования, используемых для их воспроизведения, и иных орудий совершения административного правонарушения; на юридических лиц - от 300 до 400 минимальных размеров оплаты труда с конфискацией контрафактных экземпляров произведений и фонограмм, а также материалов и оборудования, используемых для их воспроизведения, и иных орудий совершения административного правонарушения (ст. 7.12 КоАП).

Еще одним видом ответственности, предусмотренным российским законодательством, является уголовная ответственность. Статья 146 УК ("Нарушение авторских и смежных прав") предусматривает ответственность за присвоение авторства (плагиат), если это деяние причинило крупный ущерб автору или иному правообладателю. Отдельно уголовная ответственность предусмотрена за совершенные в крупном размере:

1. незаконное использование объектов авторского права или смежных прав;
2. приобретение, хранение, перевозку контрафактных экземпляров произведений или фонограмм в целях сбыта.

Деяния, предусмотренные ст. 146 УК РФ, признаются совершенными в крупном размере, если стоимость экземпляров произведений или фонограмм либо стоимость прав на использование объектов авторского права и смежных прав превышают 50 тыс. рублей, а в особо крупном размере - 250 тыс. рублей.

Такое преступление совершается с прямым или косвенным умыслом, то есть лицо, по меньшей мере, осознает, что совершает противоправное деяние, но относится к его последствиям безразлично. Таким образом, даже за плагиат возможна уголовная ответственность.

По данным Федеральной службы по интеллектуальной собственности, патентам и товарным знакам (далее - Роспатент), в 2004 году в России возбуждено более 1000 уголовных дел против производителей пиратской продукции и около 700 преступников подверглись уголовному наказанию. Теневой объем продаж различной контрафактной продукции в России составляет около 100 млрд. рублей ежегодно.

Все чаще правообладатели используют различные технические средства для защиты авторских и смежных прав в электронной среде. Технические средства защиты можно классифицировать следующим образом:

- технические средства, увеличивающие накладные расходы при копировании;
- технические средства, контролирующие распространение копий (например, шесть географических зон DVD-дисков);
- технические средства, защищающие от несанкционированного доступа.

Следуя в ногу со временем, ЗоАП содержит нормы о технических средствах защиты авторских и смежных прав. "Техническими средствами защиты авторского права и смежных прав признаются любые технические устройства или их компоненты, контролирующие доступ к произведениям или объектам смежных прав, предотвращающие либо ограничивающие осуществление действий, которые не разрешены автором, обладателем смежных прав или иным обладателем исключительных прав в отношении произведений или объектов смежных прав" (см. п.1 ст.48-1 ЗоАП).

В сфере технических средств ЗоАП запрещает:

- осуществление без разрешения правообладателя действий, направленных на снятие ограничений использования произведений или объектов смежных прав, установленных путем применения технических средств защиты авторского права и смежных прав;
- изготовление, распространение, сдача в прокат, предоставление во временное безвозмездное пользование, импорт, реклама любого устройства или его компонентов, их использование в целях получения дохода либо оказание услуг в случаях, если в результате таких действий становится невозможным использование технических средств защиты авторского права и смежных прав либо эти технические средства не смогут обеспечить надлежащую защиту указанных прав.

Кроме того, ЗоАП запрещает удаление или изменение содержащейся в электронном произведении информации об авторском праве и о смежных правах. Информация об авторском праве и о смежных правах - это любая информация, которая идентифицирует произведение или объект смежных прав автора, обладателя смежных прав или иного обладателя исключительных прав, либо информация об условиях использования произведения или объекта смежных прав, которая содержится на экземпляре произведения или объекта смежных прав, приложена к ним или появляется иным образом, а также любые цифры и коды, в которых содержится такая информация. К примеру, в тэгах (служебной части) MP3-файлов часто содержится такая информация. Современные защищенные форматы файлов (например, WMA, PDF) могут содержать также информацию об условиях использования произведения, такую как: срок действия лицензий, количество возможных запусков, ограничения на копирование. Эта информация в любом виде также, согласно ст. 48-2 ЗоАП, является защищаемой информацией об авторском праве и смежных правах.

Если такая информация будет кем-то удалена, то это не означает, что объект авторского или смежных прав можно свободно воспроизводить, распространять или использовать

Лекция 5. Компьютерная программа (программа для ЭВМ) - понятие и правовой режим.

Охраноспособность программ и их отдельных элементов

Для понимания того, что именно из компьютерных разработок и в каком объеме охраняется авторско-правовым законодательством, необходимо проанализировать понятие "программа для ЭВМ". Напомним, *программа для ЭВМ* - это объективная форма представления совокупности данных и команд, предназначенных для функционирования электронных вычислительных машин (ЭВМ) и других компьютерных устройств с целью получения определенного результата.

Традиционно авторским правом применительно к программам защищается:

1. то, что непосредственно создано разработчиком и существует в символьном (литеральном) представлении до исполнения программы;
2. то, что порождается в ходе функционирования программы, это так называемые нелитеральные (non-literal) элементы.

Из законодательного определения, приведенного в ст. 1 ЗоПЭВМ и без изменений повторенного в ст. 4 ЗоАП, следует, что в российском законодательстве термином охватывается три группы объектов: 1) объективная форма представления совокупности данных и команд, предназначенных для функционирования ЭВМ и других компьютерных устройств; 2) подготовительные материалы; 3) порождаемые программой аудиовизуальные отображения. Общее требование к этим трем группам объектов - объективная форма представления (отображения), то есть возможность фиксации на каком-либо материальном носителе.

По внешнему выражению литеральные элементы программы (первая и вторая группы объектов) могут существовать:

- в машиночитаемой форме, это исполняемый код, некоторые промежуточные формы существования набора команд и данных (псевдо-код, объектный код и т.п.);
- в форме, доступной для понимания человеком, в виде исходного текста или подготовительных материалов (блок-схем и т.п.), при этом для признания их охраноспособными не важно, на каком носителе закреплен текст (на диске, на бумаге).

К нелитеральным элементам, порождаемым программой аудиовизуальным отображениям относятся, в частности, отдельные изображения, звуковое сопровождение, видеоряды - все то, что проявляется в процессе исполнения программы. Общее требование к таким элементам для признания их охраноспособными - оригинальность, то есть такой объект должен быть результатом творческой деятельности разработчика.

По большому счету можно было бы признать программой любое произведение, выраженное в цифровой форме, ведь это наборы кодов или сигналов, которые заставляют некое техническое устройство функционировать определенным образом, например воспроизводить звук или изображение. Однако отличия имеются.

Программа - это всегда набор данных и команд, предназначенных для функционирования компьютерных устройств. Вне памяти компьютеров программы как таковые ни к какому результату приводить не могут.

Иные произведения, выраженные в цифровой форме, наоборот, могут "жить" своей самостоятельной, не зависимой от компьютерного устройства жизнью: литературное произведение может быть распечатано, надиктовано в виде фонограммы; музыкальная фонограмма может быть изготовлена в цифровой форме (например, в формате mp3) или иными способами механической записи (например, на виниловой пластинке), сущность фонограммы от этого не изменяется, поскольку на носителе записана лишь звуковая информация, а не команды, реализующие в соответствии с замыслом разработчика определенный алгоритм.

Авторским правом также может охраняться оригинальное название программного продукта. Забегая вперед, следует отметить, что название программы может охраняться и законодательством о товарных знаках, если соответствующее обозначение прошло процедуру регистрации.

В силу прямого указания Патентного закона "алгоритмы и программы для вычислительных машин" не признаются патентоспособными изобретениями. Вместе с тем не исключена возможность патентования устройств или способов, технический результат применения которых определяется в том числе программным обеспечением

Классификация программ

Программы, применявшиеся в первых вычислительных машинах на заре компьютерной эры, решали различные задачи, связанные с преобразованием вводимой информации, от расчетов баллистических траекторий полетов снарядов до перебора миллионов комбинаций шифротекста с целью его расшифровки. Ввод определенной информации (например, с помощью перфокарт) позволял добиваться требуемого результата работы программируемых устройств, например станков. Проще говоря, ЭВМ была не чем иным, как машиной по переработке вводимой информации, а программа являлась одним из элементов машины, определяющим алгоритм такой переработки.

Позже, с развитием технологий хранения больших объемов информации в цифровом виде, собственно программы стали дополняться базами данных; и уже с базами данных программные продукты из инструмента обработки информации превратились для человека в источник нового знания. Появились экспертные системы, обучающие программы, программы для тестирования.

Появление мультимедийных технологий и широкое распространение персональных домашних компьютеров с начала 90-х годов прошлого столетия способствовали появлению нового, относительно самостоятельного класса

программ, носящих уже не инструментальный, а развлекательный характер. Эти программы вызывают эмоциональные и эстетические переживания, то есть по своему воздействию схожи скорее с традиционными произведениями искусства.

Сегодня, с точки зрения человека, взаимодействующего с различными компьютерными устройствами, можно выделить как минимум три функциональные составляющие, приписываемые программному обеспечению:

- программа как инструментальное средство обработки информации и решения других прикладных задач пользователя;
- программа как источник нового знания (познавательной и справочной информации);
- программа как произведение, способное оказывать эмоциональное воздействие и обладающее эстетическими качествами.

Выделение функциональных составляющих носит весьма условный характер, тем не менее позволяет продемонстрировать разноплановость современных программных продуктов и несводимость их только к инструментальным системам, своего рода "цифровым средствам производства". Наоборот, совершенствование техники и телекоммуникационных каналов приводит к более тесной интеграции программ с иными произведениями - музыкой и фотографией, литературными и видеоработами. Программы превращаются в комплексные составные объекты авторского права.

Мировая практика свидетельствует о том, что в абсолютных показателях количество реализуемых экземпляров так называемых продуктов домашнего назначения сейчас существенно превышает число реализуемых копий программ делового назначения. Деление программ по основному типу пользователей (домашние и деловые программы) в значительной степени предопределяет, как будет показано ниже, формы их распространения.

Важно разделять программное обеспечение на заказные и тиражные программы.

Заказное программное обеспечение (в англоязычной литературе custom software, bespoke software) исторически более ранний класс ПО. Собственно говоря, во времена больших ЭВМ в 60-70-х гг. XX века *системные программы* поставлялись исключительно производителями оборудования вместе с самим оборудованием, а *прикладное ПО* писалось под конкретные задачи коллективами штатных программистов или сторонними организациями по подрядным договорам в соответствии с техническим заданием. Сторонние коллективы программистов предлагали клиенту в этом случае не готовый программный продукт, а свои услуги по написанию, настройке и сопровождению программного обеспечения. Такие прикладные программы были приспособлены под нужды конкретной организации (только организация тогда могла позволить себе иметь ЭВМ) и в неизменном виде для других пользователей были малоинтересны.

Тиражные программы (в англоязычной литературе *canned software*, *packaged software*, *standard software*) представляют собой системные, прикладные или *развлекательные* программные продукты, потребительские

свойства которых позволяют удовлетворять потребности широкого круга пользователей. Такие программы с конца 70-х гг. начали поставляться в виде стандартизованных, готовых к непосредственной эксплуатации пользователями пакетов. В наши дни дистрибутивы с такими программами обычно тиражируются достаточно большими количествами на носителях (отсюда и название) или распространяются через Интернет. Возможности по изменению или наращиванию функциональности в таких программных пакетах либо отсутствуют, либо предоставлены пользователю в незначительной степени (настройка интерфейса, подключение внешних компонентов и т.п.).

Данное деление также весьма условно, поскольку на практике можно встретить множество комбинированных вариантов поставок. Например, существует гибко настраиваемое тиражное ПО, которое позволяет взыскательному пользователю в случае необходимости произвести тонкую настройку типового прикладного решения под свои нужды, в том числе нарастить необходимую функциональность. С точки зрения клиента, заключающего комплексный договор на поставку и внедрение автоматизированных систем, зачастую нелегко понять, где кончается поставка тиражных программных компонентов и начинаются услуги самого поставщика по написанию или настройке заказанного ПО. Заказные разработки могут писаться на основе и с использованием какой-то определенной технологической платформы представляющей собой тиражный продукт.

Но с позиций юридической квалификации отношений между заказчиком и поставщиком небесполезно все же разделять эти два класса ПО: важное различие между тиражным и заказным ПО состоит в степени участия заказчика в процессе разработки программы, в возможности влиять на качество и функциональные характеристики ПО.

Особенности правового режима

Для понимания природы отношений между пользователями программы и правообладателем необходимо рассмотреть важный теоретический принцип авторского права - принцип исчерпания прав.

В отношении традиционных объектов ИС - книг с литературными произведениями или пластинок с музыкальными записями - всегда четко можно понять, в каком случае речь идет о передаче прав на экземпляр (то есть на материальный носитель), а в каком о передаче прав на использование самого произведения. Достаточно легко можно выявить различия и между двумя категориями пользователей: пользователями экземпляра - лицами, которые приобрели в собственность носитель (книгу, кассету, диск) и применяют его по прямому назначению, и пользователями произведения - лицами, которые приобрели права, позволяющие извлекать выгоду от эксплуатации произведения (переводить, тиражировать, распространять, сдавать в прокат и т.п.)[1].

Так, приобретая книгу в книжном магазине, покупатель не получает прав на использование литературного произведения, он лишь получает в собственность один экземпляр этого произведения, при этом никаких договоров с автором или издательством покупатель не заключает. В п. 2 ст. 16

ЗоАП в числе прочего записано, что автору принадлежит исключительное право на распространение произведения. Не нарушается ли это право в случае, например, если покупатель решит подарить кому-нибудь купленную книгу?

Ответ на этот вопрос будет отрицательным, поскольку в отношении поступивших в продажу экземпляров правомерно опубликованных произведений действует так называемый принцип исчерпания прав. Суть его состоит в том, что правомерно введенный в оборот экземпляр произведения в дальнейшем может распространяться без согласия автора и без выплаты ему вознаграждения - это значит, что легально выпущенные книга или диск могут быть впоследствии перепроданы, обменены, подарены, и испрашивать на это согласия правообладателя и заключать с ним по этому поводу какой-либо договор нет необходимости.

Принцип исчерпания права на распространение, также именуемый иногда "правилом первой продажи", сформулирован в п. 3 ст. 16 ЗоАП. Значение этого правила велико, ведь, по сути, отсутствие в законодательстве оговорки об исчерпании прав существенно затруднило бы доведение произведений до потребителя, поскольку расходы на построение дистрибьюторских и розничных сетей с учетом того, что каждому посреднику необходимо заключать договор с каждым правообладателем, были бы недопустимо велики.

Правило первой продажи вместе с тем имеет строго территориальную привязку. Подразумевается, что экземпляр должен поступить в продажу и может распространяться на территории одного и того же государства, иначе при ввозе экземпляров с территории другого государства может быть нарушено исключительное право правообладателя на импорт. В Европейском союзе, однако, действует правило, согласно которому исчерпание прав наступает при первой продаже на территории любого государства в пределах Евросоюза.

Исчерпания прав не происходит, если произведение начало распространяться сетевыми или иными способами, не связанными с продажей материальных носителей. К примеру, начало распространения произведения через Интернет не означает, что у обладателей копий такого произведения появляется возможность самостоятельно в дальнейшем заниматься их распространением.

К экземплярам программ для ЭВМ также применимо правило первой продажи, специальная оговорка об этом содержится в ст. 16 ЗоПЭВМ. Однако с программами дело обстоит немного сложнее.

Форма выражения в виде символов, объединенных в языковые конструкции, позволила, как отмечалось выше, приравнять в свое время программы к литературным произведениям. Но авторско-правовой режим охраны программ сразу охарактеризовался рядом особенностей, ведь основной формой выражения для программ являлась цифровая форма записи на машинных носителях, не характерная тогда еще для иных объектов авторского права. Цифровое представление предопределяло возможность чрезвычайно легкого воспроизведения и распространения программных продуктов, а также возможность внесения в программы изменений и заимствования их частей. Разработчики первых законопроектов, посвященных правовой охране

компьютерных программ, также предвидели, что, кроме распространения на материальных носителях, ПО достаточно широко будет распространяться и по компьютерным сетям[2)]. В связи с этим авторско-правовой режим охраны программ, предусмотренный в законодательстве многих государств, несколько отличается от режима, предусмотренного для литературных произведений. В чем же состоят ключевые отличия этого режима?

Прежде всего, отсутствие возможности свободного личного использования программ (ст. 18 ЗоАП). Для иных произведений право свободного использования в личных целях традиционно и означает фактически неконтролируемую возможность копирования и модификации до тех пор, пока это использование не выходит за рамки личного. По сути, экземпляр произведения, попав в руки покупателя, оказывается в полной его власти. Например, приобретенную книгу человек может перевести, переработать, отсканировать - все это не будет признаваться нарушением, если останется в рамках его личного домашнего использования и не выйдет во "внешний мир".

Наоборот, порядок пользования экземпляром программы строго регламентирован. Он может быть прописан в законе или в соглашении с правообладателем. Точнее, закон предусматривает, что такие правила устанавливаются правообладателем, но если правообладателем каких-либо специальных условий (обычно более льготных) не предусмотрено, будут действовать обязательные нормы закона. Такие "правила по умолчанию" сформулированы в ст. 25 ЗоАП и ст. 15 ЗоПЭВМ, и сводятся они к установлению закрытого перечня случаев свободного воспроизведения и модификации программы, в частности:

- прямо оговаривается возможность воспроизводить программу только для работы на одном устройстве или в отношении одного пользователя в сети (презумпция однопользовательской лицензии);
- вводятся определенные ограничения на модификацию программы - это случаи декомпиляции и адаптации программы, которые могут предприниматься исключительно в целях обеспечения совместимости с программными и аппаратными средствами лица, правомерно обладающего экземпляром программы, а также исправления ошибок;
- кроме этого, допускается изготовить одну копию программы для архивных целей.

Из вышесказанного следует вторая особенность авторско-правового режима охраны программ - возможность для правообладателя устанавливать различные условия использования приобретенного пользователем экземпляра, например допускать загрузку программы в память более чем одного устройства. Ниже будет затронут вопрос о том, в какой форме могут быть выражены эти условия.

Итак, в случаях с традиционными литературными произведениями правообладатель не может контролировать использование отдельно проданного экземпляра, приобретатель распоряжается им по собственному усмотрению с учетом ограничений, установленных Законом (в частности, ст. 18, 19 ЗоАП). В

случаях с программами правила пользования экземпляром могут быть установлены правообладателем, а при отсутствии установленных правил действуют специальные положения законодательства, изложенные в ст. 25 ЗоАП и ст. 15 ЗоПЭВМ. Несоблюдение установленных правил использования экземпляра может быть квалифицировано как нарушение авторских прав

В какой форме могут быть выражены условия использования экземпляра конечным пользователем?

Прежде всего, конечно, это документация в бумажном или электронном виде, сопровождающая поставку программы, в том числе *оберточные лицензии*, которые уже упоминались в разделе 2. Условия использования ПО могут быть изложены и на web-странице, с которой производится загрузка программы (далее в тексте любые документы с изложением условий использования программы, сопровождающие поставку, будут именоваться "оберточными лицензиями", если специально не указано иное).

Но правила пользования экземпляром могут неявно следовать из характера применяемых в нем технических средств защиты (например, ограничивающих количество одновременно работающих в сети пользователей) и даже из названия самого программного продукта.

Надо отметить, что наличие в отечественном законодательстве и законодательстве некоторых других государств "правил по умолчанию" и, в частности, презумпции однопользовательской лицензии, позволяет производителям тиражного ПО вообще не включать в комплект поставки какие-либо лицензионные соглашения и иные подобные документы. Например, ст. 24 эстонского Закона об авторском праве 1992 г. гласит, что, если договором с правообладателем не предусмотрено иное, законный пользователь компьютерной программы имеет право совершать действия, необходимые "для использования программы на устройстве или приборах, в объеме и целях, для которых эта программа была приобретена". Эстонский закон не содержит прямо выраженной презумпции однопользовательской лицензии, тем не менее он также позволяет при отсутствии формального соглашения с правообладателем установить надлежащий порядок использования экземпляра, в частности исходя из обстоятельств его приобретения (содержание рекламных материалов, спецификации, информация на упаковке).

Вместе с тем для большинства зарубежных разработчиков наличие оберточных лицензий при поставке даже самого простого тиражного ПО является правилом. Оберточные лицензии имеют еще одно практическое значение: кроме установления порядка пользования экземпляром, они часто содержат напоминания о недопустимости нарушения авторских прав и возможных правовых последствиях такого нарушения, что для неискушенных в правовых вопросах пользователей иногда бывает не лишним.

Предусмотренная законодательством возможность правообладателя самому определять и устанавливать различные правила использования экземпляров программ для конечных пользователей позволила, таким образом, выработать понятие программного продукта. Программный продукт - термин скорее экономический, чем юридический. Им именуют как сами экземпляры

программного обеспечения, то есть код программы на каком-либо носителе, так и иные средства, определяющие правомочия конечных пользователей в отношении данного кода: документы, лицензии и/или технические средства - все то, что передается пользователю и в конечном итоге определяет его возможности по использованию кода (по времени, количеству рабочих мест, функциональности, допустимости внесения изменений или даже распространения в составе своих продуктов и т.п.). От широты предоставляемых правомочий, естественно, зависит и цена продукта.

Как это ни парадоксально, но упаковка с программным продуктом может и вовсе не содержать носителя с самой программой: вместо диска там могут оказаться отпечатанные на фирменных бланках лицензии, аппаратные ключи защиты и иные подобные аксессуары. Да и наименования у программных продуктов могут быть не совсем привычные. Например, в прайс-листах фирм-поставщиков ПО вполне можно встретить номенклатурные позиции вроде "Дополнительной лицензии на продукт X на 50 рабочих мест" или "Продукт Y. Открытая лицензия для предприятия". На основе одной разработанной программы могут быть сформированы несколько рыночных продуктов: LITE-И PRO-версии, однопользовательские и многопользовательские версии и т.п.

Варьирование "пучком" правомочий позволяет, с одной стороны, поставщику тиражных программ устанавливать гибкую ценовую политику в отношении своих продуктов. С другой стороны, у пользователя появляется выбор, и он приобретает только тот набор правомочий, который необходим для удовлетворения его текущих потребностей.

В главе 4 был описан общий порядок передачи прав на произведения. Такие сделки должны по общему правилу сопровождаться заключением авторского договора. Однако на практике большая часть сделок, с помощью которых программное обеспечение как домашнего, так и делового назначения приобретается сегодня конечными пользователями, не сопровождается подписанием каких-либо договоров и соглашений (в их традиционном понимании) с авторами или правообладателями. В этой связи может возникнуть вопрос: передаются ли конечным пользователям какие-либо имущественные права на программы в результате таких сделок?

Однозначно ответить на него нельзя. Для начала надо выяснить, являются ли оберточные лицензии полноценными договорами о передаче прав. И наоборот, могут ли договоры о передаче прав заключаться в форме оберточных лицензий или иными нетрадиционными для письменных договоров способами (см. п. 2, 3 ст. 434 ГК РФ)?

На второй вопрос сразу можно ответить положительно: п. 2 ст. 32 ЗоАП допускает со ссылкой на ЗоПЭВМ, что авторские договоры (то есть договоры, предметом которых является передача имущественных авторских прав) могут заключаться "в особом порядке", "например, путем изложения условий договора на передаваемых экземплярах программ для ЭВМ". Таким образом, оберточные лицензии действительно могут признаваться полноценными авторскими договорами.

Однако из этой нормы Закона не следует, что все оберточные лицензии автоматически являются авторскими договорами и в результате приобретения программного продукта пользователь всегда приобретает имущественные права на программу.

Выше указывалось, что, во-первых, российское законодательство позволяет разработчикам распространять ПО без явного изложения условий использования экземпляров (поскольку в законе на этот случай есть диспозитивные "правила по умолчанию"), во-вторых, к экземплярам программ применимо правило первой продажи. Кроме того, само программное обеспечение делится на тиражное и заказное, и эти два класса сильно отличаются друг от друга по степени участия конечного пользователя в процессе разработки, что, в свою очередь, способно повлиять и на принадлежность ему прав.

Становясь обладателем экземпляра программы, конечный пользователь в некоторых случаях действительно приобретает определенный объем имущественных авторских прав на программу, а в некоторых случаях никаких авторских прав на программу не получает, несмотря даже на то, что ПО сопровождает оберточная лицензия или иной подобный документ ("правила по умолчанию", дозволяющие в определенных рамках свободное воспроизведение программ, делают специальную передачу прав для многих программных продуктов ненужной).

В итоге, для того, чтобы понять, передаются ли приобретателю экземпляра какие-либо права на саму программу, требуется в каждом конкретном случае анализировать условия оберточных лицензий и иных документов, сопровождающих поставку программного продукта.

В следующей главе будет дан обзор основных доступных на современном рынке ПО способов приобретения программных продуктов. Он в какой-то степени позволит прояснить ситуацию с передачей прав

Лекция 6. Передача прав на программное обеспечение по авторскому договору. Продажа экземпляров программного обеспечения.

Приобретение прав на программу по авторскому договору

Говоря о приобретении прав на программный продукт по авторскому договору, всегда имеют в виду полное или частичное классическое приобретение имущественных прав на него. Такой договор должен соответствовать требованиям ст. 31, 32 ЗоАП, поэтому, как правило, он заключается в письменной форме, скрепляется подписями и, при необходимости, печатями сторон. Авторским договором предусматриваются условия использования программы как объекта авторского права, в частности положения, позволяющие:

- тиражировать и распространять ее среди третьих лиц на определенных носителях или сетевыми способами;
- включать программу в неизменном или модифицированном виде в собственные программные продукты;

- сдавать экземпляры программы в прокат;
- осуществлять иные права, названные в числе исключительных авторских прав в ст. 16 ЗоАП.

Стороны, как правило, имеют возможность согласовывать пункты такого договора, включая условия о качестве и последствиях несоответствия переданного ПО указанным в договоре требованиям, то есть в общем случае он не является договором присоединения (ст. 428 ГК РФ). При подписании такого договора программы нередко передаются в виде исходных кодов, поэтому типичными условиями договоров о *передаче прав* являются ограничения, связанные с нераспространением переданных технологий и информации, которым стороны присваивают статус коммерческой тайны.

Схема приобретения прав применима как к уже полностью разработанному и протестированному тиражному ПО, так и к программам, которые еще предстоит разработать в соответствии с техническим заданием заказчика. В последнем случае договор о передаче прав включает элементы договора заказа (ст. 33 ЗоАП) и договора подряда (гл. 37 ГК РФ).

Надо отметить, что приобретатель прав на готовую программу обладает довольно ограниченными возможностями по предъявлению претензий по качеству. Он, если об этом нет специальной оговорки в договоре, не может требовать устранения каких-либо недостатков программы после совершения сделки. Поскольку предметом договора является не товар, а права на произведение, художественная, прикладная и потребительская ценность которого для авторского права не имеет никакого значения, все разногласия по качеству программного кода между правообладателем и приобретателем должны быть улажены до подписания акта передачи прав.

Единственное, за что может отвечать правообладатель, это пороки прав. Правообладатель должен гарантировать наличие у него самого необходимого объема прав, а также их лицензионную чистоту. В случае предъявления к приобретателю претензий со стороны третьих лиц, на первоначального правообладателя может быть возложена обязанность компенсировать приобретателю прав понесенные убытки в соответствии со ст. 34 ЗоАП. Договором могут быть предусмотрены иные санкции, а также порядок согласованных действий правообладателя и приобретателя при предъявлении претензий третьими лицами.

С точки зрения налоговых последствий для организаций такие сделки всегда классифицируются как приобретение/реализация имущественных прав, а в случае приобретения исключительных прав последние подлежат постановке на учет в качестве нематериальных активов организации (см. Приказ Минфина РФ от 16 октября 2000 г. № 91н "Об утверждении Положения по бухгалтерскому учету "Учет нематериальных активов" ПБУ 14/2000)

Продажа экземпляров программ

Вторая схема - *покупка экземпляра программы* (фактически - коробки с носителем) по договору купли-продажи - альтернатива случаю приобретения имущественных прав на программу. Экземпляры многих программ можно, подобно книгам, приобрести в обычных розничных магазинах. Коробки часто

не содержат никаких оберточных лицензий, а если и содержат, то изложенные в них условия не предоставляют пользователю каких-либо прав на тиражирование, распространение или модификацию ПО, то есть, по сути, мало чем отличаются от предусмотренных законодательством правил использования экземпляров программ (см. ст. 25 ЗоАП). В отличие от случаев передачи прав, которые могут носить срочный характер, экземпляр навсегда переходит в собственность покупателя и, соответственно, используется им бессрочно.

Подобным образом распространяются, как правило, недорогие (в среднем стоимостью до 150 долл.) программные продукты делового и домашнего назначения, включая самую массовую категорию программ - компьютерные игры. Для недорогого тиражного ПО производители устанавливают наиболее либеральные правила обращения на рынке, поскольку такие продукты с наименьшими издержками должны дойти до максимального числа конечных потребителей.

Обычно программное обеспечение распространяется правообладателем не самостоятельно, а через сеть дистрибьюторов, дилеров и иных посредников. В отношении ПО, распространяемого по договору купли-продажи, действует уже упоминавшееся правило "первой продажи", согласно которому дальнейшее распространение правомерно введенного в оборот экземпляра программы допускается без согласия правообладателя, то есть без заключения с каждым из посредников каких-либо специальных договоров, санкционирующих перепродажу.

Поставка лицензионной программной продукции конечным пользователям оформляется стандартными товаросопроводительными документами (накладные, счета-фактуры, товарные чеки и т.д.). Достаточно, чтобы такие документы соответствовали общим требованиям, предусмотренным законодательством в области бухгалтерского учета и налогообложения.

Довольно узким местом при поставке на массовый рынок считаются вопросы, связанные с качеством ПО. Сказанное в минимальной степени относится к редким дефектам носителей информации, которые без лишних формальностей обмениваются поставщиками ПО, а касается качества самого программного кода, количество ошибок в котором при всем усердии разработчиков стремится к нулю, но редко с ним на практике сравнивается. Проблемы, однако, возникают не только и не столько из-за недостатков кода, но и из-за разнообразных (иногда малооправданных) ожиданий пользователей относительно функциональных характеристик, которыми, по мнению последних, должен обладать конкретный тиражный программный продукт.

К поставке ПО в полной мере применимы правила ст. 469 ГК, касающиеся качества передаваемого по договору купли-продажи товара.

Прежде всего, товар должен соответствовать стандартам и иным обязательным требованиям к качеству, установленным законодательством. Однако в настоящее время отсутствуют какие-либо обязательные ГОСТы или технические регламенты, устанавливающие требования к характеристикам программного обеспечения.

При отсутствии официально установленных требований к качеству ст. 469 ГК предписывает обращаться к условиям договора купли-продажи - качество передаваемого товара может являться договорным условием. Выше отмечалось, что при продаже недорогих тиражных продуктов как такового согласования и подписания договора между покупателем и поставщиком не происходит. Вместе с тем договорными условиями о качестве при определенных условиях могут быть признаны описания функциональных характеристик программных продуктов в сопроводительных и рекламных материалах, зафиксированные где-либо заявления поставщика о некоторых функциональных возможностях программного продукта, ссылки на результаты обязательной или добровольной сертификации.

Согласно действующему законодательству, в частности Постановлению Правительства РФ от 13.08.97 № 1013 "Об утверждении перечня товаров, подлежащих обязательной сертификации, и перечня работ и услуг, подлежащих обязательной сертификации", Постановлению Госстандарта РФ от 30.07.02 № 64 "О номенклатуре продукции и услуг (работ), подлежащих обязательной сертификации" и другим нормативным актам, программы для ЭВМ и базы данных не подлежат в настоящее время обязательной сертификации. В связи с этим сертификаты соответствия на программные продукты оформляются только в рамках процедур добровольной сертификации. Если разработчик публично декларирует соответствие программного продукта определенным требованиям, в том числе предъявляет добровольно полученные сертификаты соответствия, то несоответствие ПО этим требованиям может повлечь признание поставленного ПО товаром ненадлежащего качества.

Сообщенные покупателем цели, для которых приобретается программный продукт, могут рассматриваться также как договорные условия. В названном случае ПО должно быть полностью пригодно для использования в соответствии с целями приобретения, о которых покупатель заранее поставил в известность продавца.

И наконец, при отсутствии договорных условий о качестве поставляемого товара (или невозможности их однозначно определить), согласно той же ст. 469 ГК, применяется правило, согласно которому поставляемый товар, по крайней мере, должен быть пригоден для целей, для которых товар такого рода обычно используется. Данное правило, однако, едва ли применимо к программным продуктам. Поскольку на рынке ПО относительно немного взаимозаменяемых продуктов и практически каждая программа обладает набором уникальных свойств, ссылки на некую "программу такого же рода, используемую обычно для тех же целей", маловероятны.

Несколько более строгие требования предъявляются к розничной продаже программных продуктов потребителям - гражданам, которые приобретают экземпляры ПО для личного (домашнего) использования. Наряду с Законом "О защите прав потребителей" при розничной торговле следует руководствоваться "Правилами продажи отдельных видов товаров", утвержденными Постановлением Правительства РФ № 55 от 19.01.98 (в ред. от 12.07.03). Надо отметить, что при продаже экземпляров программ применяются

лишь общие положения Правил, но не специальный раздел XII, который устанавливает особенности продажи аудио- и видеопродукции. Программы экономического и домашнего назначения являются самостоятельным классом объектов авторского права и не относятся к классу "аудиовизуальных произведений" или "фонограмм", поэтому на реализацию экземпляров программной продукции раздел XII Правил не распространяется.

По этой же причине неприменимо к экземплярам программной продукции и "Положение о лицензировании деятельности по воспроизведению (изготовлению экземпляров) аудиовизуальных произведений и фонограмм на любых видах носителей", в соответствии с которым заводы-изготовители аудио- и видеоносителей обязаны получать *лицензии*. Тиражирование носителей с программными продуктами не относится сегодня к лицензируемым видам деятельности, и номера лицензий производителей на носителях и упаковке могут не указываться.

В отличие от заказного ПО, тиражные программные продукты выпускаются партиями, в пределах которых все экземпляры идентичны, в связи с этим у покупателя, как правило, нет возможности влиять на набор функциональных возможностей и тем более на качество ПО до момента его приобретения и инсталляции. Потребитель может либо купить предлагаемый стандартный продукт, либо отказаться от его приобретения - это своего рода расплата за существенно более низкую, по сравнению с заказным ПО, стоимость продукта. В этих условиях особое значение приобретает достоверность и объем информации, которая позволит ему сделать осознанный выбор в пользу конкретного программного продукта и будет доведена до потребителя в момент совершения сделки.

В настоящее время минимальный набор сведений, наносимых на упаковку экземпляров программ, поступающих в розничную торговлю, должен соответствовать требованиям ГОСТ Р 51121-97 "Товары непродовольственные. Информация для потребителя. Общие требования".

Распространение программных продуктов на условиях стандартных лицензий

Промежуточным способом приобретения программ является приобретение тиражных программных продуктов в форме так называемых стандартных лицензий.

Надо отметить, что в деловой практике термины "программный продукт" и "лицензия" часто отождествляются. И в этом случае под лицензией понимается не традиционный договор о передаче прав на объект интеллектуальной собственности, а стандартизированные наборы условий, определяющих правомочия по использованию экземпляра программы, предлагаемые неопределенному кругу лиц. Как указывалось выше, набор условий может выражаться как в письменном документе (лицензионном соглашении, оберточной лицензии), а также следовать из иных обстоятельств совершения сделки.

Сделки, связанные с использованием программ на условиях стандартных лицензий, по сути своей являются договорами присоединения (ст. 428 ГК РФ),

так как пользователь не имеет возможности изменять условия такой лицензии, а может либо согласиться с ее условиями в целом, либо отказаться от совершения сделки. Также, поскольку приобрести программный продукт на предлагаемых условиях может любое обратившееся лицо (либо определенный в условиях поставки класс лиц, например образовательные учреждения), стандартные лицензии можно признать публичными договорами (ст. 426 ГК РФ).

Вообще же попытки проанализировать все многообразие стандартных лицензий с точки зрения их правовой природы могут вызвать некоторые затруднения в связи с большим количеством разновидностей последних.

Можно, например, выделить класс *лицензий с "ограничительными" условиями*. В соответствии с ними программные продукты распространяются по льготным ценам или вообще бесплатно. Вместе с тем такие льготные лицензии накладывают на приобретателя определенные ограничения, связанные с использованием и распоряжением экземпляром. В итоге у конечного пользователя оказывается правомочий не больше (а чаще меньше), чем предусмотрено законодательно установленными "правилами по умолчанию". Ограничения можно встретить следующего рода:

- по кругу субъектов, которые могут использовать ПО;
- по возможности дальнейшего распоряжения экземпляром программы;
- по сфере применения ПО (например, только для личного некоммерческого пользования);
- по сроку его использования и др.

В качестве примера льготных стандартных лицензий можно назвать лицензии для образовательных и правительственных учреждений, OEM-лицензии, поставляющиеся исключительно с оборудованием и "привязанные" к нему, NFR (not-for-resale) и бета-версии, распространяющиеся среди партнеров разработчика или в презентационных целях, льготные продукты для пользователей предыдущих версий программы (upgrades). К классу стандартных ограниченных лицензий можно отнести и большинство схем распространения freeware- и shareware-продуктов в Интернете, - как правило, условиями лицензии запрещается использование программ в коммерческой деятельности, дополнительно могут быть установлены ограничения по доступным для данного пользователя функциям или сроку использования экземпляра. Ограничения по сроку или по количеству запусков приложения позволяют также реализовывать такие схемы эксплуатации ПО, как аренда ПО и подписки на ПО (subscriptions).

Другой класс схем лицензирования условно можно назвать "*расширенным*", поскольку эти лицензии предоставляют конечному пользователю более широкий круг правомочий по сравнению с установленными в ст. 25 ЗоАП "правилами по умолчанию".

Одной из разновидностей расширенных лицензий являются *пакетные лицензии* (volume licenses), на условиях которых обычно поставляется относительно дорогостоящее программное обеспечение делового назначения.

Специфика данной формы поставки предопределена в значительной степени особенностями самих пользователей; как правило, это организации, с юридической точки зрения представляющие собой одно лицо, однако нуждающиеся в автоматизации большого количества рабочих мест своих сотрудников. Как отмечалось выше, при отсутствии специальных установленных правообладателем правил использования экземпляра действует презумпция однопользовательской лицензии, согласно которой организация должна была бы закупить количество экземпляров, соответствующее количеству компьютеров, на которых планируется использовать программу. Очевидной альтернативой закупки многочисленных коробок с дисками на каждое рабочее место является приобретение одного экземпляра с возможностью воспроизведения и использования программы на многих рабочих местах.

В качестве примера можно привести несколько моделей пакетного лицензирования:

1. лицензии по количеству компьютеров - определяется, на каком конкретно количестве компьютеров может использоваться программа; здесь же можно упомянуть неограниченные лицензии, позволяющие использовать программу на всех компьютерах, принадлежащих данной организации, независимо от того, где они находятся;
2. лицензии по количеству сетевых рабочих мест - определяется предельное количество пользователей в сети, которые могут одновременно работать с программой или подключаться к серверу в сети, включая неограниченные лицензии, позволяющие применять программу на всех компьютерах, подключенных к одной локальной сети или к одному сегменту сети;
3. территориально ограниченные лицензии - определяются территориальные границы (например, здание, населенный пункт, регион), в пределах которых программа может свободно использоваться сотрудниками организации; соответственно, для региональных подразделений организации потребуется приобрести аналогичные дополнительные лицензии;
4. персональное лицензирование - допускается открепление лицензий от пула лицензий предприятия для работы сотрудников дома или в командировках; как только человек перестает быть сотрудником данной организации, он теряет право использовать программу.

Производными от пакетных лицензий являются схемы так называемого открытого лицензирования (open licenses), заключающиеся в том, что, разместив единовременно крупный заказ на ПО, организация в дальнейшем получает возможность закупать программы с фиксированной скидкой. Некоторые схемы пакетного лицензирования допускают возможность распространения действия лицензий не только на головную компанию, но и на ее аффилированных лиц (дочерних или зависимых компаний, являющихся отдельными юридическими лицами)

Особым типом лицензий с расширенными условиями можно признать лицензии, сопровождающие инструментальные средства разработки ПО и "наборы разработчика" (SDK). Согласно таким лицензиям, пользователям может быть предоставлено право без выплаты дополнительного вознаграждения включать в создаваемые продукты отдельные типовые примеры, подготовленные правообладателем (sample code), и распространять вместе со своими продуктами библиотеки в виде объектного кода или даже сложные "движки" (redistributable components).

Особняком среди стандартных схем распространения тиражных продуктов стоят уже рассматривавшиеся в разделе 2 лицензии на так называемое свободное ПО (free software). Философия свободного программного обеспечения зиждется на четырех основных свободах, которые в привычных юристам терминах можно изложить следующим образом:

- свобода воспроизводить на компьютере и запускать программу для любых целей;
- свобода изучения работы программы и адаптации ее к нуждам пользователя;
- свобода тиражировать и распространять полученные копии свободного ПО;
- свобода улучшать программу, то есть модифицировать ее и распространять в модифицированном виде.

Необходимым условием реализации указанных свобод является доступ к исходным текстам программ. Это означает, что программы, в том числе и модифицированные пользователем, в дальнейшем также должны распространяться с приложением всех исходных текстов. Режим использования таких программ по широте предоставленных имущественных прав чем-то отдаленно напоминает режим произведений, перешедших в общественное достояние.

Однако, поскольку программы могут существовать как в виде открытых исходных текстов, так и в виде исполняемого кода, существует риск присвоения такого "общественного достояния" недобросовестными пользователями. После незначительной переработки и компиляции свободное ПО может быть выдано за их собственные (но уже закрытые) программы, которые такие предприимчивые пользователи могут вводить в коммерческий оборот, например, путем переуступки прав на них (на практике плагиат исходного кода программ очень трудно доказуем). Дабы избежать указанного присвоения, энтузиастами свободного ПО были разработаны стандартные условия, подобные GNU General Public License (GNU GPL). GPL одновременно с предоставлением поистине неограниченных свобод пользователю требуют от него всегда поставлять с программой полный ее исходный код. Такой режим своеобразного общественного достояния без возможности коммерческой эксплуатации прав на свободные программы тем не менее не исключает возможности получения коммерческой выгоды, в частности от продажи носителей со свободным ПО, оказания услуг или поддержки пользователей. Режим GPL, однако, не избавляет пользователей от рисков другого рода: никто

не может гарантировать лицензионной чистоты всего полученного кода - вполне может выясниться, что некоторые из "улучшений", внесенных в код свободной программы, были позаимствованы без надлежащего разрешения из других проектов, что делает дальнейшее распространение такой программы в целом незаконным.

Приведенный краткий обзор различных схем поставок программных продуктов с использованием стандартных лицензий дает некоторое представление о разнообразии и неоднородности условий таких сделок. Можно попытаться выделить лишь некоторые общие моменты:

- в отличие от традиционной купли-продажи экземпляров передача материального носителя в таких сделках носит второстепенное значение или полностью отсутствует, программа и обновления к ней вообще могут поставляться по сети;
- использование программы конечным пользователем, как правило, не выходит за рамки внутреннего (в рамках организации и ее аффилированных лиц) использования, пользователь не может извлекать доход от распоряжения имущественными правами на саму программу (традиционные авторские договоры обычно предусматривают передачу прав именно в целях их коммерческой эксплуатации);
- условия лицензионных соглашений стандартизованы и не подлежат согласованию с пользователем и изменению;
- стандартные лицензии могут допускать использование программ сразу несколькими лицами, например несколькими аффилированными организациями (такая многосубъектность также нетипична для авторских договоров);
- программные продукты часто облекаются в форму лицензий, которые присутствуют отдельными строками в прайс-листах поставщиков ПО и сами становятся объектом купли-продажи, при этом конечный пользователь может "покупать" лицензии не напрямую у правообладателя, а у различных посредников;
- лицензии-продукты распространяются иногда в виде программных или аппаратных компонентов технических средств защиты авторского права, и вместо бумажного документа обладатель лицензии может получить некое устройство, ключевой файл, пароль и т.п.

Названные особенности, как указывалось выше, не позволяют однозначно квалифицировать все сделки по поставке ПО на основе стандартных лицензий как куплю-продажу товара или как передачу имущественных прав по авторскому договору.

С этим связан определенный род проблем: неоднозначность правовой квалификации сделок ведет к неопределенности в налогообложении и таможенном оформлении объектов сделок. А это, как известно, может повлечь наложение санкций уже со стороны государства.

И в западной, и в отечественной юридической литературе можно встретить различные рассуждения о соответствии такой практики

распространения компьютерных программ действующему национальному законодательству.

Насколько юридически корректна форма таких лицензий? Не окажется ли, что различные положения о передаче пользователю широкого диапазона прав окажутся недействительными и пользователя обвинят в нарушении авторских прав (особенно это актуально для таких экзотических форм лицензирования, как GPL)?

В целом можно констатировать, что указанные типы сделок, хоть и являются по форме своего выражения достаточно необычными для российской правовой системы, тем не менее не противоречат российскому законодательству в области интеллектуальной собственности. Это своеобразный смешанный тип договоров, порядок заключения которого и форма определяются на сегодняшний день сложившимися на мировом рынке программного обеспечения деловыми обыкновениями. Надо признать, кстати, что подобная практика положительно сказалась на развитии рынка ПО, поскольку позволила в значительной степени снизить транзакционные издержки при поставке ПО массовым пользователям. Разнообразие схем лицензирования в конечном счете способствует оптимизации затрат на приобретение ПО, что отвечает интересам самих пользователей. Есть надежда, что указанные особенности распространения программ найдут в скором времени отражение в налоговом и таможенном законодательстве, что позволит устранить неопределенность для поставщиков и потребителей программных продуктов.

Судебная практика развитых стран также идет по пути признания юридической силы стандартных лицензий. Показательно в этом отношении дело ProCD, Inc. против Zeidenberg, рассмотренное американским судом в 1996 г.

Истец (ProCD, Inc) разработал справочную систему, в состав которой входила программа управления базой данных. Указанная система предлагалась на рынке в виде двух продуктов: версии на компакт-дисках стоимостью 150 долл., предназначенной исключительно для личного использования частными лицами, а также онлайн-версии, за доступ к которой взималась почасовая оплата.

Ответчик (Zeidenberg) приобрел диски для своего предприятия и в нарушение условий лицензии начал оказывать услуги по предоставлению информации из справочной системы за плату.

Положения о недопустимости использования системы в коммерческих целях содержались в оберточной лицензии, текст которой, однако, помещался не на упаковке программного продукта, а присутствовал лишь в электронном виде на диске. Отсутствие возможности ознакомиться с текстом лицензии до приобретения и установки программы на компьютере явилось одним из основных аргументов ответчика в пользу того, что данная оберточная лицензия не имеет юридической силы и, соответственно, не может устанавливать ограничения на использование им экземпляра программы.

Суд не согласился с доводами ответчика. В своем решении суд, в частности, отметил, что "небольшая часть продаж программного обеспечения сопровождается подробным изучением внешнего вида коробок. Потребитель может разместить заказ по телефону в соответствии с описанием ПО, которое публикуется в каталогах; значительная часть ПО заказывается через Интернет потребителями, которые ранее коробок с этим ПО не видели. Растет доля ПО, которое поставляется по проводам, в этом случае коробка как таковая вообще отсутствует, имеется только поток электронов, набор информации, который включает данные, прикладную программу, инструкции, описание технических ограничений и, наконец, условия приобретения программы. Сама покупка заключается в том, что пользователь получает серийный номер, который активирует функции программы".

В итоге суд признал ответчика связанным условиями оберточной лицензии.

Уже в 2005 г. в деле разработчиков Netfilter против Sitecom GmbH немецкий суд[1)] признал юридическую силу и применимость условий лицензии GPL. Причем в данном случае ссылка шла на текст лицензионного соглашения, размещенный на сайте GNU на английском языке (при отсутствии официального немецкого перевода). Условия GPL были признаны разновидностью стандартных договорных условий, используемых в деловом обороте, применение которых к отношениям сторон обязательств допускается ст. 306(2) Германского гражданского уложения.

Одной из тенденций развития современного авторского права является, по наблюдениям многих специалистов, распространение специального правового режима, введенного для программ, на любое цифровое содержимое, будь то литературные, музыкальные или аудиовизуальные произведения. Предпосылки для применения гибких схем лицензирования в отношении любых объектов авторского права, выраженных в цифровой форме, в частности, заложены Директивой ЕС от 22.05.01 2001/29/ЕС "О гармонизации некоторых аспектов авторского права и смежных прав в информационном обществе". Уже сейчас в сети Интернет развиваются сервисы, позволяющие, наряду с приобретением экземпляра произведения (музыкального диска, к примеру), воспользоваться более льготной ограниченной лицензией на загрузку и прослушивание музыкальной композиции определенное количество раз или в течение определенного периода времени.

Лекция 7. Компьютерное пиратство. Виды и методы борьбы с ним.

Компьютерное пиратство и основные методы борьбы с ним

Компьютерное пиратство - одна из серьезнейших проблем, тормозящих развитие отечественной индустрии программного обеспечения. Что разработчики могут противопоставить массовым нарушениям? Исходя из зарубежного и отечественного опыта, наряду с применением технических средств защиты авторского права могут быть использованы иные подходы,

позволяющие уменьшить отрицательное влияние пиратства на бизнес, в частности:

- "пропаганда", которая заключается в демонстрации достоинств лицензионной продукции и разъяснении недостатков пиратских копий, организации PR-кампаний в СМИ по проблемам компьютерного пиратства и т.д.;
- "обучение", проведение тематических семинаров, конференций, публикация методической и справочной литературы, позволяющей пользователю избрать менее затратные, но вместе с тем законные способы приобретения ПО;
- "силовые методы", или юридический путь, который основывается на выявлении производителей и распространителей нелегальной продукции и привлечении их к уголовной или административной ответственности. Такие процедуры невозможны без активного участия правоохранительных органов государства: подразделений МВД, прокуратуры, антимонопольной и таможенной служб, судебной системы.

Не всегда приемлемыми оказываются для производителей методы ценовой борьбы с "пиратами". В условиях, когда распространители пиратских копий избавлены от несения расходов, связанных с начальным этапом жизненного цикла программ (проектирование, кодирование, тестирование, маркетинговые мероприятия, связанные с выводом продукта на рынок), ценовая конкуренция с ними практически невозможна. Абсолютно неприменима она к программным продуктам делового назначения ввиду того, что при достаточно большой себестоимости разработки и поддержки таких продуктов их тиражи относительно невелики (по сравнению с программами домашнего назначения). Впрочем, добросовестная конкуренция невозможна с любыми субъектами, изначально строящими свою коммерческую деятельность на противоправной основе.

Ниже будут рассмотрены основные разновидности компьютерного пиратства.

Разновидности компьютерного пиратства

Производство и распространение контрафактных носителей с программными продуктами

Наиболее масштабным и опасным видом пиратства является тиражирование и распространение контрафактных носителей. Согласно ст. 49 ЗоАП, контрафактными считаются экземпляры, изготовление и распространение которых влечет за собой нарушение авторских прав. Отечественная правоохранительная система накопила уже некоторый опыт по пресечению правонарушений такого рода.

Так, в апреле 2003 г. в Подольском городском суде состоялось слушание по обвинению гражданина О. по ст. 146 ч. 1 УК РФ (нарушение авторских прав) и ст. 171 ч. 1 УК РФ (незаконное предпринимательство). Гражданин О. привез на автомашине и реализовал 10 тыс. контрафактных компакт-дисков с

программным обеспечением, после чего был задержан сотрудниками ГУВД Московской области.

В итоге суд приговорил гражданина О. к полутора годам лишения свободы по ст. 146 ч. 1 и двум годам (условно) по ст. 171 УК РФ, иск правообладателей удовлетворил, изъятые диски постановил уничтожить.

Контрафактную продукцию можно разделить на две большие категории.

Во-первых, это грубые подделки, выпускаемые, как правило, маленькими партиями на носителях типа CD-R, DVD-R (так называемые "золотые" диски, допускающие запись в бытовых условиях и снабженные отпечатанными на принтере вкладышами), а также диски, изготовленные заводским способом, на которых присутствуют сборники программного обеспечения или локализованные без договора с зарубежным правообладателем игры. Оформление вкладышей к таким дискам целиком зависит от фантазии "пиратов". Такие подделки легко отличить по внешним признакам.

Вторая форма пиратства связана с производством контрафактной продукции, внешний вид которой практически полностью соответствует легальным образцам. При этом основным объектом пиратских подделок "один в один" остаются jewel-версии игр и другой продукции домашнего назначения, случаи подделок коробочных версий программных продуктов "один в один" в России пока крайне редки. Контрафактное происхождение такого рода продукции без соответствующего исследования выявить довольно сложно. Такие диски можно иногда распознать по отсутствию регистрационной анкеты или по совпадающим (не уникальным) номерам на анкетах пользователя, более низкому качеству полиграфии и другим признакам.

Сегодня носители с легальным программным обеспечением производятся и распространяются, как правило, либо в экономичном (*jewel-box, slim-box* и т.д.), либо в коробочном варианте.

Упаковка jewel-box представляет собой традиционную пластиковую коробочку с вложенными в нее компакт-диском и красочным вкладышем. На рабочей поверхности носителя CD-ROM, как правило, присутствует маркировка IFPI с кодами завода-производителя диска, а также номер партии. На вкладыше размещается информация о производителе, адресах и/или телефонах его линии консультации, часто вкладыш сопровождается регистрационной анкетой пользователя. Сама коробочка чаще всего запаивается в целлофан и/или оклеивается фирменными стикерами, гарантирующими целостность комплекта (хотя, конечно, повреждение упаковки, допускаемое иногда продавцами, само по себе не свидетельствует о контрафактности). Упаковка типа jewel в основном применяется для недорогих программных продуктов домашнего назначения. Например, в таком виде поставляется большинство отечественных компьютерных игр, справочников, словарей и обучающих программ.

Программное обеспечение делового назначения реализуется в розничной торговле в основном в виде коробочных версий. Для правомерно введенных в гражданский оборот экземпляров таких программных продуктов, как правило, характерны следующие признаки:

- передаваемый покупателю носитель и пакет сопроводительных материалов упакованы в картонную коробку, которая выполняется типографским способом с использованием многокрасочной печати. На упаковку наносятся выходные данные производителя, его товарные знаки, артикульный номер продукта;
- внутри коробки содержатся сопроводительные документы (руководство пользователя и регистрационная карточка конечного пользователя программ, которые применяют многие фирмы для последующей технической поддержки, иногда - лицензионное соглашение). Техническое руководство пользователю по установке и основным навыкам работы с продуктом выполнено в виде буклета, где описаны основные функции продукта и даются рекомендации по его установке и использованию;
- программные продукты некоторых производителей комплектуются техническими средствами защиты (ключевыми дискетами, аппаратными ключами защиты), без наличия которых легальные копии программ функционировать не смогут;
- некоторые программные продукты содержат сертификат подлинности, обладающий различными средствами защиты (водяные знаки, голографические и термочувствительные полоски). Сертификат подлинности располагается на коробке, содержащей программный продукт, или вкладывается в нее;
- на нерабочую поверхность носителя (CD-ROM) чаще всего наносится специальная маркировка с указанием названия продукта, наименования правообладателя и номера продукта по внутрифирменному рубрикатору или регистрационного номера комплекта;
- программные продукты практически никогда не выпускаются в "сборниках", на одном компакт-диске содержится лишь один программный продукт

Продажа вычислительной техники с предустановленным без согласия правообладателя программным обеспечением

Установка нелегальных экземпляров программ для ЭВМ на жесткий диск персональных компьютеров и продажа таких компьютеров вместе с программным обеспечением - также один из наиболее распространенных видов компьютерного пиратства.

Очевидно, что фирмы, реализующие персональные компьютеры с предустановленным программным обеспечением, имеют конкурентное преимущество перед продавцами компьютерной техники, которые такой предустановки не производят. Многие производители программного обеспечения предлагают фирмам-сборщикам специальные схемы лицензирования OEM-поставки для продажи новых компьютеров вместе с предустановленным программным обеспечением.

Поставщики вычислительной техники имеют право устанавливать OEM-версии программных продуктов на реализуемую технику в режиме аудита, позволяющем продавцу продемонстрировать работоспособность техники. Если

покупатель изъявляет желание приобрести компьютер с предустановленным на нем программным обеспечением, ему должен быть передан OEM-пакет, представляющий собой нераспечатанную пластиковую упаковку, в которую в большинстве случаев вложен материальный носитель (обычно - компакт-диск), а также техническое руководство пользователя. Если же покупатель отказывается от предустановки, то продавец обязан полностью удалить программу из памяти компьютера, включая командные файлы.

Некоторые крупные производители вычислительной техники, имеющие договоры с правообладателем, изначально закладывают в цену нового компьютера стоимость OEM-версии программ, при этом они самостоятельно осуществляют установку и активацию программных продуктов, а пользователю вместе с компьютером вместо OEM-пакета передается лишь фирменный носитель с резервными копиями программ.

Однако некоторые фирмы, торгующие компьютерной техникой, не соблюдают изложенную выше процедуру, причем наиболее часто встречаются следующие два типа нарушений авторских прав на программы для ЭВМ при их распространении вместе с новыми компьютерами. Во-первых, все еще широко распространена практика установки программ на компьютеры с контрафактных (неправомерно введенных в гражданский оборот) носителей. Такая установка может происходить как с диска продавца, так и с диска покупателя по инициативе любой из сторон. Во-вторых, многие продавцы, приобретшие один или несколько экземпляров OEM-версий программных продуктов, устанавливают их на большее число реализуемых персональных компьютеров

Установка и настройка нелицензионных версий программного обеспечения по заказу пользователя

Не меньший урон правообладателям наносит присутствие на рынке услуг так называемых "черных внедренцев". В газетах, на страничках в Интернете, в вагонах метро нередко можно обнаружить рекламные объявления, в которых различные специалисты предлагают свою помощь по установке и настройке программ, компьютеров и сетей. Нередко такие "специалисты" подспудно занимаются распространением нелицензионного программного обеспечения. У "черного внедренца" имеется, как правило, один носитель (контрафактный или лицензионный - не столь важно), с которого и производится установка программы на компьютеры всех заказчиков. В случае с дорогостоящими программами делового назначения, в которых разработчиками применяются специальные системы защиты от копирования и управления доступом, после установки нарушители производят взлом таких систем. По желанию заказчика ему может быть предложена "резервная" (контрафактная) копия установленной программы.

В действиях такого установщика, как правило, содержатся признаки сразу двух преступлений, предусмотренных соответствующими статьями *Уголовного кодекса*: 146 "Нарушение авторских и смежных прав" - за незаконное копирование и распространение программного продукта и 272 "Неправомерный доступ к охраняемой законом компьютерной информации" - за взлом технических средств защиты авторского права (ст. 48.1 ЗоАП). Часто такие

лица не имеют официального статуса предпринимателя, в связи с чем их деятельность дополнительно может быть квалифицирована как незаконное предпринимательство (ст. 171 УК РФ).

На практике встречаются ситуации, когда добросовестный пользователь вводится "черным внедренцем" в заблуждение относительно лицензионности поставленного ему программного продукта. Пользователю, например, могут выписываться счета на поставку легального продукта, его могут даже снабдить какими-то фрагментами документации на программу, но в итоге у него на компьютере оказывается пиратская версия. В тех случаях когда пользователь после внесения соответствующей предоплаты не получает полноценный лицензионный продукт, можно говорить о посягательстве на собственность в форме мошенничества со стороны "внедренца" (ст. 159 УК РФ).

Нелегальное распространение программ по телекоммуникационным каналам

Нелегальное распространение программного обеспечения по электронной почте, через Интернет и иные информационные сети общего доступа - один из наиболее серьезных видов правонарушений, наносящий разработчикам поистине огромный ущерб. За считанные часы с одного сервера могут быть распространены тысячи копий программного продукта.

Ниже приводится примерный перечень действий, признаваемых нарушениями авторских прав (естественно, в том случае, когда они осуществляются без согласия правообладателя). В частности, это:

- загрузка любого произведения, в том числе программ и/или их компонентов, электронной документации, на сервер в сети Интернет. Поскольку исключительное право на воспроизведение нарушается самим фактом копирования файлов, не имеет значения цель размещения материалов (например, "только для зарегистрированных пользователей", "для личных нужд хозяина сайта" и т.д.), а также то, ограничен ли доступ к ресурсу (пароли для пользователей и "проверенных партнеров" и т.п.);
- пересылка любого произведения, в том числе программ и их компонентов по сети, посредством электронной почты или иных программ обмена данными;
- открытие общего доступа к сетевому ресурсу (в том числе с парольной идентификацией), например к диску или директориям, содержащим легальные копии программ и/или их компонентов, таким образом, что третьи лица получают возможность скопировать эти программы - указанное действие подпадает под так называемое "предоставление доступа сетевыми и иными способами", предусмотренное ст. 1 ЗоПЭВМ.

Выше в главе 2 уже упоминалось судебное решение по делу "В. Сорокин и "Ад Маргинем" против А.Чернова", которым суд признал, что постановка ссылки на незаконно воспроизведенное на другом сервере литературное произведение не является нарушением, поскольку факт использования произведения ответчиком (а именно воспроизведения) не был доказан.

В отношении постановки гиперссылок на нелегальные копии программ при тех же обстоятельствах было бы вынесено, скорее всего, иное решение, поскольку размещение ссылки есть способ введения программы в оборот, являющийся, согласно ст.1 ЗоПЭВМ, одной из форм использования программы.

Нарушения, допускаемые конечными пользователями

Можно выделить несколько типов нарушений, допускаемых конечными пользователями.

Первый тип - полное нелицензионное использование. Имеются в виду случаи, например, когда у организации нет ни одного законно приобретенного экземпляра используемого программного обеспечения.

Так, приговором Центрального окружного суда г. Сочи в 2002 г. гражданин М. был признан виновным по ст. 146 УК РФ в нарушении авторских прав и приговорен к штрафу в 30 тыс. рублей в доход государства. Существо обвинения состояло в том, что гражданин М., являясь руководителем небольшого предприятия, приобрел контрафактный компакт-диск с программным обеспечением и отдал распоряжение установить его на компьютеры организации, которая использовала эти программы в течение 2 лет, до тех пор, пока факт нарушения не был выявлен сотрудниками правоохранительных органов. В рамках этого уголовного дела был удовлетворен и гражданский иск представителя правообладателя. При этом суд, используя возможности, предоставленные ст. 54 УПК ("Гражданский ответчик") и ст. 1068 ГК РФ ("Ответственность юридического лица или гражданина за вред, причиненный его работником") признал ответчиком именно организацию, а не осужденного гражданина М.

Второй тип нарушений - выход за пределы установленных правообладателем условий использования конкретного экземпляра ПО.

Наиболее типичный способ выхода за пределы лицензионных условий - превышение числа рабочих мест. Данная ситуация характерна для программного обеспечения, использующегося в многопользовательском режиме, более чем на одном рабочем месте. Например, организация приобретает экземпляр, предназначенный для использования на трех рабочих местах, а установка и использование его производится на 30 компьютерах.

Встречаются нарушения и иного плана: пользователь - головная организация - приобретает один лицензионный экземпляр программного продукта, с которого производится установка программы во всех подразделениях и филиалах юридического лица, в том числе и тех, которые располагаются в удаленных регионах. Надо учитывать, что если программы лицензируются на определенное количество рабочих мест или локальных сетей (сетевые версии), а не на организацию в целом, то количество приобретаемых экземпляров сетевых версий программного продукта должно соответствовать числу подразделений, имеющих собственные локальные сети, в которых планируется использовать данный продукт. Некоторые правообладатели оговаривают возможность использования сетевых версий программ только на компьютерах, подключенных к локальной сети в пределах одного здания.

Подобная ситуация стала предметом судебного разбирательства в 2004 г. в Омске. Там экземпляр программы, предназначенный для использования на неограниченном числе компьютеров в рамках одной локальной сети (так называемая Site license), был в нарушение лицензионных условий установлен на компьютерах еще в семи удаленных филиалах организации. При этом для того, чтобы добиться нормального функционирования "сверхлимитных" экземпляров программы, инженер АСУ А. пошел на взлом встроенной в программу системы защиты, что в итоге добавило в квалификацию его действий наряду с нарушением авторских прав (ст. 146 УК РФ) еще и "использование программы, повлекшей несанкционированное блокирование и модификацию компьютерной информации" (ст. 273 УК РФ). Решением Кировского районного суда г. Омска гражданин А. был приговорен к лишению свободы сроком 1 год и 6 месяцев (условно) и выплате штрафа в пользу государства.

Таким образом, легальный пользователь должен располагать либо определенным числом коробочных или OEM-версий продукта (по числу компьютеров, где он используется, или по числу локальных сетей, если приобретаются сетевые версии с неограниченным количеством пользователей), либо иметь отдельную лицензию на право использования определенного числа копий продукта, либо иметь специальную неограниченную лицензию, позволяющую использовать программу на любых компьютерах, принадлежащих организации, независимо от того, где они находятся. Пользователю крайне рекомендуется вести учет приобретаемого ПО и хранить все документы и принадлежности, подтверждающие легальное происхождение программ.

Менее распространенное, но также встречающееся нарушение - использование наряду с легально приобретенными базовыми компонентами дополнительных (но уже нелицензионных) компонентов, существенно расширяющих общую функциональность системы.

Иногда пользователи внешне "прикрывают" незаконное использование программы покупкой более дешевой ее версии. Например, приобретается локальная версия продукта, а фактически на компьютеры производится установка сетевой версии со взломанной системой защиты. Очевидно, осознавая преимущества сервисов, которыми обеспечиваются лицензионные экземпляры ПО, и приобретая какое-то минимальное количество лицензий, недобросовестные пользователи все же получают поддержку разработчика (пусть и не совсем полноценную). К тому же создается видимость хоть какого-то юридического прикрытия, ведь определенное количество лицензий все же имеется в наличии, и, если повезет, не очень дотошные проверяющие могут не заметить несоответствия и ответственности удастся избежать. Разновидностями такого рода нарушений является несоблюдение разработчиками порядка использования и распространения компонентов третьих лиц в составе собственных продуктов.

Устранение рисков, связанных с использованием нелицензионного ПО

Для менеджмента и юридических служб организаций-пользователей ПО одной из важнейших задач является минимизация рисков, связанных с возможным нарушением авторских прав. Рассмотренные выше случаи в зависимости от масштаба нарушения (стоимость незаконно используемого ПО, направленность умысла, характер вреда) могут быть квалифицированы либо как уголовные преступления (ст. 146, 272, 273 УК РФ) либо как административные проступки (ст. 7.12 КоАП РФ). В последнем случае ответственность может быть возложена и на физическое лицо-нарушителя, и на организацию. Дополнительно к уголовным и административно-правовым санкциям, налагаемым от имени государства, правообладатель имеет возможность требовать материального возмещения в гражданско-правовом порядке. Ст. 49 Закона РФ "Об авторском праве и смежных правах" позволяет правообладателю по своему выбору требовать с нарушителя:

1. возмещения убытков;
2. выплаты компенсации в размере от 10 тысяч рублей до 5 миллионов рублей, определяемом по усмотрению суда;
3. выплаты компенсации в двукратном размере стоимости экземпляров аналогичных лицензионных программных продуктов.

Можно рассматривать отдельно правовые последствия для организации, нарушившей авторские права (возмещение убытков), и для конкретных сотрудников (судимость, уголовное наказание). Но одно, как правило, никогда не обходится без другого, если речь идет о корпоративных нарушениях. Привлечение к ответственности даже одного рядового сотрудника компании способно повлечь за собой выемки, допросы, изъятия документов, что в условиях жесткой конкуренции может явиться серьезным ударом для компании.

Проверочные мероприятия, проведенные органами правопорядка, могут лечь в основу как уголовного, административного, так и арбитражного процесса. Решения судов по уголовным и административным делам имеют так называемое преюдициальное значение, то есть в арбитражном процессе на них можно ссылаться как на неопровержимое доказательство имевшего место факта нарушения. А при доказанности факта, как было указано выше, у правообладателя появляется возможность потребовать взыскания компенсации в размере от 10 тысяч до 5 миллионов рублей, убытки при этом доказывать вообще не обязательно. Кроме этого, конфискации (с передачей правообладателю или уничтожением) подлежат все контрафактные экземпляры, а также оборудование для их воспроизведения.

Итак, нарушения авторских прав на программы могут иметь серьезные последствия, поэтому важно понять причины, по которым могут быть допущены такие нарушения. Если отбросить в сторону деятельность явно криминальных группировок и рассматривать только случаи использования контрафактного ПО конечными корпоративными пользователями, наряду с корыстными мотивами можно назвать целый ряд предпосылок, способствующих нарушению авторских прав.

У корпоративных нарушителей, например, проблемы в какой-то степени могут лежать в организационной плоскости. Зачастую в компании отсутствует какая-либо формальная политика автоматизации и использования информационных ресурсов, нет инструкций для сотрудников, не ведется учет ПО. Самые вопиющие случаи - когда представители ИТ-службы организации толком не знают, что и где установлено на компьютерах у работников. Сотрудники же фирмы фактически самостоятельно решают, какие программные продукты необходимы им для работы, а какие являются лишними, сами программы устанавливаются с принесенных из дома носителей. Все эти факторы в совокупности создают серьезные риски для компании.

Причиной нарушений может стать и банальная халатность - недостаточное внимание к условиям лицензионных соглашений и иных документов, сопровождающих программный продукт. Например, разработчики могут включить в свой коммерческий продукт компоненты третьих лиц, которые, согласно лицензионному соглашению, должны использоваться только в ознакомительных некоммерческих целях.

Нарушения могут возникнуть и из-за заблуждений относительно разрешенных или запрещенных законодательством действий. Например, поверхностное изучение ст. 25 ЗоАП позволяет некоторым пользователям сделать вывод о возможности декомпиляции и адаптации программы с целью нейтрализации примененной производителем системы защиты, "мешающей" выполнять с программой определенные действия. Но суд, скорее всего, определит, что такая "адаптация" это не что иное, как обход технических средств защиты авторского права, который запрещен ст. 48-1 ЗоАП. Кроме того, в отношении любых исключений, перечисленных в ст. 25 ЗоАП, действует общее правило о том, что применение таких исключений не должно наносить неоправданного ущерба нормальному использованию программы, а также ущемлять необоснованным образом законные интересы правообладателя (п. 3 ст. 25 ЗоАП)[1)]. Но дело в том, что порядок нормального использования программы установлен правообладателем, а его нарушение в большинстве случаев ведет к ущемлению его законных интересов.

В подобных спорных случаях желательно обращаться за разъяснениями к квалифицированным юристам, а по возможности и к самому производителю ПО.

Лекция 8. Тема: Правовая защита интеллектуальной собственности

В зависимости от правового режима выделяют три группы объектов интеллектуальной собственности.

К первой группе относятся объекты, регулирование которых осуществляется специальными законами или нормами, содержащимися в законодательстве. В настоящее время в России правовыми нормами (патентным законом РФ, законом РФ «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров») охраняются объекты интеллектуальной собственности, которые могут быть закреплены за

физическими и юридическими лицами в форме авторского права, изобретательского и патентного права, права на промышленные образцы, полезные модели, звукозаписи, радио- и телевизионные передачи, программы для электронных вычислительных машин и баз данных и пр.

Создателю объекта интеллектуальной собственности, находящегося под правовой охраной, принадлежит авторское право.

Авторское право, защищенное патентом, предоставляет исключительное право на использование объекта интеллектуальной собственности по усмотрению создателя в течение конкретного отрезка времени. Данное право собственника поддерживается государством и закрепляется юридически.

Предоставление патента – это распространенный способ возмещения затрат средств, времени и человеческого капитала частных организаций и отдельных специалистов на получение такого общественного товара как новые научно-технические знания. В течение срока действия патента патентообладатель обеспечивает экономическую эксплуатацию объекта интеллектуальной собственности и доступ к нему иных экономических агентов.

Таблица: Временные рамки для различных действий, предусмотренные патентным законом Российской Федерации

Вид действия	**Изобретение**	**Полезная модель**	**Промышленный образец**
Подача заявки			
Подача после опубликования сведений	6 мес.	6 мес.	6 мес.
Подача исправлений	2 мес.	2 мес.	2 мес.
Экспертиза заявки			
Формальная экспертиза	Через два часа после подачи заявки		
Ходатайство о проведении экспертизы по существу	3 года	Не проводится	Не подается
Возражение на решение об отказе	3 мес.	-	3 мес.
Жалоба на решение об отказе	6 мес.	-	6 мес.
Опубликование сведений о заявках и патентах			
Сведения о заявке	18 мес.	Не проводится	
Сведения о патентах	После завершения рассмотрения		
Действия патента			
Полный срок действия	20 лет	5 лет	10 лет
Уплата годовых пошлин	с 3-го года действия	с 1-го года действия	с 3-го года действия

Патент РФ не имеет по своей правовой природе каких-либо признаков, которые отличали бы его от классического патента. Эта природа заключается в

исключительном праве патентоообладателя на использование охраняемых патентов изобретении, полезных моделей или промышленных образцов на территории России. Это право включает в себя и право запретить использование защищенных объектов другими лицами, которые могут получить доступ к такому использованию только через режим лицензионного договора. Только для так называемых «служебных» объектов промышленной собственности, создаваемых за счет средств бюджета всех уровней, допускается использование служебной разработки без заключения лицензионного договора между бюджетным инвестором (работодателем) и автором (патентообладателем).

Применение патентной системы компенсации затрат на проведение НИОКР имеет свои преимущества по сравнению с предоставлением прямых субсидий:

- правительству не надо делать выбор из множества претендентов на получение государственного финансирования (льготы предоставляются тому, кто первым добился конкретных результатов)
- за нововведения платят обычно потребители, которые действительно в нем нуждаются, а не все налогоплательщики, как в случае бюджетного финансирования (рынок оценивает полезность новшества)

Недостатки данной системы состоят в следующем:

- дороговизна и продолжительность процесса патентования и поддержки его в силе
- трудности учета и, следовательно, защиты на стадии оформления патентной заявки всего круга патентуемых решений, позволяющих универсально охватить все особенности конструкции, технологии, организации объекта интеллектуальной собственности
- патент обычно получает тот, кто первым добился результата и подал заявку в патентное ведомство
- организации или изобретатели, работавшие в том же направлении, не только не получают никакой компенсации затраченных ресурсов, но и обязаны приобрести лицензию на право дальнейшего использования новшества у обладателя патента даже в том случае, если они пришли к аналогичным результатам совершенно самостоятельно и почти одновременно.

При определении продолжительности действия патента следует учитывать, что увеличение срока действия стимулирует расширение масштабов НИОКР в частном секторе, с одной стороны, и усиливает монопольные позиции обладающей патентом организации на рынке и тем самым препятствует более широкому использованию новшества, с другой стороны.

Ко второй группе относятся объекты промышленной и интеллектуальной собственности, которые обеспечиваются правами в пределах сформулированных понятий или установленного перечня сведений (коммерческие сведения, промышленные секреты, «ноу-хау»). Первоначально

«ноу-хау» понималось как информация, необходимая для осуществления изобретения и специально упущенная заявителем в патентном описании (смысл – «знать, как применить патент»), с течением времени термин «ноу-хау» утратил первоначальное значение и стал обозначать «знать, как сделать». Под «ноу-хау» обычно понимают:

- технологические, конструкторские решения и секреты, не охраняемые патентами, или нововведения, которые могли бы быть защищены патентами, но незапатентованы по тем или иным причинам
- конфиденциальные сведения различного характера.

Основные признаки «ноу-хау»:

- неизвестность неопределенному кругу лиц и отсутствие свободного доступа к информации
- наличие явных усилий владельца «ноу-хау» по его сохранению в секрете
- коммерческая и промышленная ценность соответствующей информации.

Неправомерное использование «ноу-хау» влечет за собой имущественную ответственность, которая включает в себя компенсацию его владельцу прямого ущерба, упущенной выгоды и моральных издержек.

Гарантом охраны «ноу-хау» выступают основы гражданского законодательства.

Т.о., в общем виде, под «ноу-хау» понимаются технические знания, опыт, производственные секреты, которые позволяют облегчить и ускорить освоение производства продукции, однако не могут быть предметом патентования и поэтому не пользуются патентной защитой (при передачи прав на их использование оговаривается конфиденциальность информации, и предусматриваются санкции за ее нарушение).

К третьей группе относятся объекты, не определенные правами, регулирование которых осуществляется в договорной форме или на уровне локальных актов.

Основной правовой формой взаимоотношений научных организаций, заказчиков и иных потребителей научно-технической продукции, включая министерства и ведомства, является договор (на создание, передачу и внедрение научно-технической продукции, оказание научно-технических, инженерно-консультационных и иных услуг), а также лицензионные и иные соглашения, включая соглашения о совместной научно-производственной деятельности и участия в прибылях.

Суть отношений, регулируемых данным договором заключается в том, что одна сторона (исполнитель) по заданию другого лица (заказчика) обязуется выполнить для него за определенную плату научную работу, результат которой переходит в собственность заказчика. При этом риск случайных неудач по договору несет исполнитель. Основными источниками регулирования данного типа договора являются Основы Гражданского законодательства бывшего СССР и гражданский кодекс РФ.

Лицензионное соглашение – это договор о предоставлении прав на коммерческое и производственное использование изобретений, технических знаний, товарных знаков. Лицензионное соглашение предусматривает уплату лицензиатом определенного вознаграждения лицензиару:

- роялти – регулярные платежи, размер которых устанавливается в виде доли прибыли или суммы продаж продукции, произведенной по лицензии
- паушальный платеж – фиксированная сумма вознаграждения (выплачивается единовременно или по частям; применяется в ограниченном числе случаев, в том числе, при продаже лицензии вместе с оборудованием, при продаже лицензии неизвестной организации, при опасности утечки производственных секретов, а также тогда, когда лицензиат не хочет допустить контроля над своей деятельностью или существуют ограничения на перевод прибыли из страны, где расположен лицензиат).

Лицензия – это разрешение, выдаваемое патентовладельцем (лицензиаром) ЮЛ и ФЛ (лицензиатам) на коммерческое использование изобретения, защищенного патентом, в течение определенного срока и за определенное вознаграждение. Право собственности на него остается за лицензиаром. Предоставление лицензии регулируется лицензионным соглашением между лицензиатом и лицензиаром.

Различают три основных вида лицензий:

- неисключительная (простая) лицензия позволяет лицензиару самому использовать изобретения или технические знания или выдавать лицензию другим лицам
- исключительная лицензия лишает лицензиара права использовать изобретение или технические знания в пределах определенной территории и предоставлять ее на данное изобретение другим лицам для использования в пределах территории, на которой действует лицензиат (разновидность данной лицензии – ограниченная исключительная лицензия – сужает возможность лицензиата по использованию лицензии за пределами обозначенной в лицензионном соглашении территории)
- полная лицензия предполагает полный отказ лицензиара от самостоятельного использования изобретения.

Лекция 9. Патент - понятие, назначение. Объекты патентного права – изобретение.

Российское законодательство не содержит в явном виде определения *патента*, но на практике под патентом понимается документ, выдаваемый от имени государства лицу, подавшему заявку в установленном законом порядке, в подтверждение его прав на изобретение, полезную модель или промышленный образец. Если лицо хочет, чтобы его техническая идея охранялась, то оно должно получить патент, который будет означать право лица на использование его изобретения, полезную модель или промышленный образец. Это значит, что если кто-то захочет воспользоваться в своей

хозяйственной деятельности запатентованным объектом, то он должен будет получить разрешения от правообладателя. Согласно п. 3 ст. 3 *Патентного закона РФ* (далее по тексту ПЗ), патент удостоверяет приоритет, авторство *изобретения*, *полезной модели* или *промышленного образца* и исключительное право на изобретение, полезную модель или промышленный образец. Под правом авторства понимается право признаваться автором изобретения. Под исключительным правом понимается то, что использование соответствующего объекта возможно либо самим правообладателем либо с его прямого разрешения. Наличие патента предоставляет патентообладателю возможность защиты от недобросовестных конкурентов. Однако его действие ограничено временем. Срок действия патентов таков:

- патент на изобретение действует в пределах 20 лет с момента подачи заявки в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности (Роспатент);
- патент на полезную модель - в пределах пяти лет с даты подачи заявки;
- патент на промышленный образец - в пределах десяти лет.

Существует также процедура продления патентов. Срок охраны изобретения и промышленного образца можно продлить, но не более чем на пять лет, для полезной модели этот срок ограничен тремя годами.

Объектами патентного права являются:

1. Изобретение. В качестве изобретения охраняется техническое решение в любой области, относящееся к продукту (в частности, устройству, веществу, штамму микроорганизма, культуре клеток растений или животных) или способу (процессу осуществления действий над материальным объектом с помощью материальных средств). Изобретению предоставляется правовая охрана, если оно является новым, имеет изобретательский уровень и промышленно применимо. Остановимся на этих составляющих подробнее.

Во-первых, новизна изобретения. Изобретение является новым, если оно не известно из уровня техники. Уровень техники включает любые сведения, ставшие общедоступными в мире до даты приоритета изобретения. Под общедоступными понимаются сведения, содержащиеся в источнике информации, с которым любое лицо может ознакомиться само либо о содержании которого ему может быть законным путем сообщено. Датой, определяющей включение источника информации в уровень техники, является для:

- опубликованных патентных документов - указанная на них дата опубликования;
- отечественных печатных изданий и печатных изданий СССР - указанная на них дата подписания в печать;
- отечественных печатных изданий и печатных изданий СССР, на которых не указана дата подписания в печать, а также для иных печатных изданий - дата выпуска их в свет, а при отсутствии возможности ее установления - последний день месяца или 31 декабря

указанного в издании года, если время выпуска в свет определяется соответственно лишь месяцем или годом;

- депонированных рукописей статей, обзоров, монографий и других материалов - дата их депонирования;
- отчетов о научно-исследовательских работах, пояснительных записок к опытно-конструкторским работам и другой конструкторской, технологической и проектной документации, находящейся в органах научно-технической информации, - дата их поступления в эти органы;
- нормативно-технической документации - дата ее регистрации в уполномоченном на это органе;
- материалов диссертаций и авторефератов диссертаций, изданных на правах рукописи, - дата их поступления в библиотеку;
- принятых на конкурс работ - дата их выкладки для ознакомления, подтвержденная документами, относящимися к проведению конкурса;
- визуально воспринимаемых источников информации (плакаты, модели, изделия и т.п.) - документально подтвержденная дата, с которой стало возможно их обозрение;
- экспонатов, помещенных на выставке, - документально подтвержденная дата начала их показа;
- устных докладов, лекций, выступлений - дата доклада, лекции, выступления, если они зафиксированы аппаратурой звуковой записи или стенографически в порядке, установленном действовавшими на указанную дату правилами проведения соответствующих мероприятий;
- сообщений по радио, телевидению, кино - дата такого сообщения, если оно зафиксировано на соответствующем носителе информации в установленном порядке, действовавшем на указанную дату;
- сведений о техническом средстве, ставших известными в результате его использования, - документально подтвержденная дата, с которой эти сведения стали общедоступными;
- сведений, полученных в электронном виде, - через Интернет, через онлайн-доступ, отличный от сети Интернет, CD- и DVD-дисков - либо дата публикации документов, ставших доступными с помощью указанной электронной среды, если она на них проставлена, либо, если эта дата отсутствует, - дата помещения сведений в эту электронную среду при условии ее документального подтверждения.

При установлении новизны изобретения в уровень техники также включаются (при условии их более раннего приоритета) все поданные в Российской Федерации другими лицами заявки на изобретения и запатентованные в Российской Федерации изобретения. Уровень техники включает любые сведения, ставшие общедоступными в мире до даты приоритета изобретения. Приоритет изобретения устанавливается по дате подачи заявки в федеральный орган исполнительной власти по

интеллектуальной собственности. Это общее правило определения приоритета по российскому законодательству. Наряду с ним существуют специальные правила, например конвенционный приоритет. Этим видом приоритета могут воспользоваться участники Парижской конвенции по охране промышленной собственности. Заявитель, желающий воспользоваться правом конвенционного приоритета в отношении заявки на изобретение, обязан сообщить об этом в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности и представить в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности заверенную копию первой заявки не позднее 16 месяцев с даты ее подачи в патентное ведомство государства - участника Парижской конвенции по охране промышленной собственности. Соответственно подается две заявки: первая в уполномоченный международный орган, вторая в национальный патентный орган - Федеральную службу по интеллектуальной собственности, патентам и товарным знакам (Роспатент). Существуют и другие льготные правила установления приоритета:

- по дате подачи тем же заявителем в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности более ранней заявки, раскрывающей это изобретение, не отозванной и не признанной отозванной на дату подачи заявки, по которой испрашивается такой приоритет, если заявка подана не позднее 12 месяцев с даты подачи более ранней заявки на изобретение. При подаче заявки, по которой испрашивается такой приоритет, более ранняя заявка признается отозванной;
- по дате поступления дополнительных материалов, если они оформлены заявителем в качестве самостоятельной заявки, которая подана до истечения трехмесячного срока с даты получения заявителем уведомления федерального органа исполнительной власти по интеллектуальной собственности о невозможности принятия во внимание дополнительных материалов в связи с признанием их изменяющими сущность заявленного решения и при условии, что на дату подачи такой самостоятельной заявки заявка, содержащая указанные дополнительные материалы, не отозвана и не признана отозванной;
- по дате подачи тем же заявителем в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности первоначальной заявки, раскрывающей эти изобретение, а при наличии права на установление более раннего приоритета по первоначальной заявке - по дате этого приоритета, если на дату подачи выделенной заявки первоначальная заявка на изобретение не отозвана и не признана отозванной.

Во-вторых, изобретательский уровень. Изобретение имеет изобретательский уровень, если оно для специалиста явным образом не следует из уровня техники, в частности, в том случае, когда не выявлены решения, имеющие признаки, совпадающие с его отличительными признаками, или такие решения выявлены, но не установлена известность влияния отличительных признаков на указанный заявителем технический результат. То есть

изобретение не будет соответствовать изобретательскому уровню, если оно представляет собой добавление каких-либо элементов и изначально ясно, что конечный результат будет достигнут именно такими действиями. Проверка соблюдения указанных условий включает:

- определение наиболее близкого аналога;
- выявление признаков, которыми заявлено изобретение;
- выявление из уровня техники решений, имеющих признаки, совпадающие с отличительными признаками рассматриваемого изобретения;
- анализ уровня техники с целью установления известности влияния признаков, совпадающих с отличительными признаками заявленного изобретения, на указанный заявителем технический результат.

В-третьих, промышленная применимость. Изобретение является промышленно применимым, если оно может быть использовано в промышленности, сельском хозяйстве, здравоохранении и других отраслях деятельности. Под этим понимается использование изобретения на практике, а не только теоретические технические решения. При установлении возможности использования изобретения в промышленности, сельском хозяйстве, здравоохранении и других отраслях деятельности проверяется, указано ли назначение изобретения в описании, содержавшемся в заявке на дату подачи. Кроме того, проверяется, приведены ли в описании, содержащемся в заявке, и в указанных документах средства и методы, с помощью которых возможно осуществление изобретения в том виде, как оно охарактеризовано в каждом из пунктов формулы изобретения. Формула должна выражать сущность объекта, то есть она должна содержать совокупность его существенных признаков, достаточную для достижения указанного заявителем технического результата. Если о возможности осуществления изобретения и реализации им указанного назначения могут свидетельствовать лишь экспериментальные данные, проверяется наличие в описании изобретения примеров его осуществления с приведением соответствующих данных.

Если установлено, что соблюдены все указанные требования, изобретение признается соответствующим условию промышленной применимости.

Не считаются изобретениями и не могут быть зарегистрированы:

- открытия, а также научные теории и математические методы;
- решения, касающиеся только внешнего вида изделий и направленные на удовлетворение эстетических потребностей;
- правила и методы игр, интеллектуальной или хозяйственной деятельности;
- программы для электронных вычислительных машин;
- решения, заключающиеся только в представлении информации.

В соответствии с этим положением исключается возможность отнесения указанных объектов к изобретениям только в случае, если заявка на выдачу патента на изобретение касается указанных объектов как таковых.

Не признаются патентоспособными:

- сорта растений, породы животных;
- решения, противоречащие общественным интересам, принципам гуманности и морали;
- топологии интегральных микросхем.

Под топологией интегральных микросхем понимается зафиксированное на материальном носителе пространственно-геометрическое расположение совокупности элементов интегральной микросхемы и связей между ними.

Лекция 10. Объект патентного права - полезная модель.

Полезная модель. В качестве полезной модели охраняется техническое решение, относящееся к устройству. Условиями патентоспособности полезной модели будут являться новизна и промышленная применимость. Законодатель не требует наличия изобретательского уровня для полезных моделей. Это означает снижение уровня творческой деятельности, которое должно присутствовать в данном объекте. Как видно из определения, в качестве полезной модели может признаваться техническое решение, относящееся только к устройству, в отличие от изобретений, которыми, помимо устройства, могут быть вещество, штамм микроорганизма, культура клеток растений или животных, процесс осуществления действий над материальным объектом с помощью материальных средств. Выделяется несколько критериев патентоспособности полезной модели.

Во-первых, новизна полезной модели. Полезная модель является новой, если совокупность ее существенных признаков не известна из уровня техники. Уровень техники включает ставшие общедоступными до даты приоритета полезной модели опубликованные в мире сведения о средствах того же назначения, что и заявленная полезная модель, а также сведения об их применении в Российской Федерации. В уровень техники также включаются, при условии их более раннего приоритета, все поданные в Российской Федерации другими лицами заявки на изобретения и полезные модели и, запатентованные в РФ. Не признается обстоятельством, препятствующим признанию патентоспособности полезной модели, такое раскрытие информации, относящейся к полезной модели, автором, заявителем или любым лицом, получившим от них прямо или косвенно эту информацию, при котором сведения о сущности полезной модели стали общедоступными, если заявка на полезную модель подана в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности не позднее шести месяцев с даты раскрытия информации. При этом обязанность доказывания данного факта лежит на заявителе. Для полезной модели применяются правила приоритета, аналогичные описанным выше.

Во-вторых, промышленная применимость. Полезная модель является промышленно применимой, если она может быть использована в промышленности, сельском хозяйстве, здравоохранении и других отраслях

деятельности. Для этого признака применяются те же правила, что и для изобретения.

В качестве полезных моделей правовая охрана не предоставляется:

- решениям, касающимся только внешнего вида изделий и направленным на удовлетворение эстетических потребностей;
- топологиям интегральных микросхем;
- решениям, противоречащим общественным интересам, принципам гуманности и морали.

Лекция 11. Объект патентного права - промышленный образец.

Промышленный образец. В качестве промышленного образца охраняется художественно-конструкторское решение изделия промышленного или кустарно-ремесленного производства, определяющее его внешний вид. Промышленный образец сильно отличается от изобретения или полезной модели, он даже похож на один из объектов авторского права, поскольку имеет в совокупности с художественным решением также конструкторское. Примером может служить стеклянная бутылка спрайта, имеющая оригинальный внешний вид изделия. Закон приводит два критерия патентоспособности промышленного образца - новизна и оригинальность.

Новизна промышленного образца. Промышленный образец признается новым, если совокупность его существенных признаков, нашедших отражение на изображениях изделия и приведенных в перечне существенных признаков промышленного образца, неизвестна из сведений, ставших общедоступными в мире до даты приоритета промышленного образца. Общедоступными считаются сведения, содержащиеся в источнике информации, с которым любое лицо может ознакомиться само либо о содержании которого ему может быть законным путем сообщено. В область общедоступных сведений с даты приоритета включаются также все промышленные образцы, запатентованные (в том числе и тем же лицом) в Российской Федерации (то есть промышленные образцы, зарегистрированные в соответствующих Государственных реестрах СССР и Российской Федерации). При установлении новизны промышленного образца также учитываются, при условии их более раннего приоритета, все поданные в Российской Федерации другими лицами заявки на промышленные образцы и запатентованные в Российской Федерации промышленные образцы. Понятие приоритета было дано выше. Проверка новизны промышленного образца проводится в отношении всей совокупности его существенных признаков, нашедших отражение на изображениях изделия и приведенных в перечне существенных признаков промышленного образца.

Оригинальность. Промышленный образец признается оригинальным, если его существенные признаки обусловливают творческий характер особенностей изделия. К существенным признакам промышленного образца относятся признаки, определяющие эстетические и/или эргономические особенности внешнего вида изделия, в частности форма, конфигурация, орнамент и сочетание цветов. Не признается обстоятельством,

препятствующим признанию патентоспособности промышленного образца, такое раскрытие информации, относящейся к промышленному образцу, автором, заявителем или любым лицом, получившим от них прямо или косвенно эту информацию, при котором сведения о сущности промышленного образца стали общедоступными, если заявка на промышленный образец подана в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности не позднее шести месяцев с даты раскрытия информации. При этом обязанность доказывания данного факта лежит на заявителе.

Существенные признаки, характеризующие промышленный образец, обусловливают творческий характер особенностей изделия, в частности если хотя бы для одного из существенных отличительных признаков, включенных заявителем в перечень, не выявлены решения, которым присущ этот признак, или такие решения выявлены, однако этот признак обеспечивает наличие у рассматриваемого промышленного образца особенности, не присущей выявленным решениям.

Проверка соблюдения указанных условий может включать:

- определение наиболее близкого аналога;
- выявление существенных признаков, которыми заявленный промышленный образец, представленный на изображениях и охарактеризованный заявителем в перечне существенных признаков, отличается от наиболее близкого аналога (существенных отличительных признаков);
- выявление из сведений, ставших общедоступными в мире до даты приоритета, сведений о решениях, имеющих признаки, совпадающие с существенными отличительными признаками рассматриваемого промышленного образца;
- сравнение особенностей рассматриваемого промышленного образца, обусловленных его существенными отличительными признаками, и особенностей выявленных решений, обусловленных признаками, совпадающими с отличительными признаками выявленных решений.

Представленная информация дает довольно четкое представление о возможностях и основаниях получения патента на изобретение, полезную модель или промышленный образец.

В последнее время участились споры по поводу так называемых софтверных патентов. Например, дело компании Kodak против корпорации, разработавшей Java-программы. Суть претензии сводилась к запрету использования возможности, благодаря которой одна программа может "просить помощи" у другой программы в выполнении некоторых функций. В России пока не было споров, однако уже выданы патенты. Например, в 1999 году был выдан патент на полезную модель под названием "Система предоставления информации". По сути, патент охватывает всю баннерную рекламу в сети Интернет.

Порой дело доходит до абсурда. Например, свидетельством № 2002104831 (24580) с датой приоритета 28 февраля 2002 г. еще раз

охватывается реклама в Интернете, а также функционирование Интернета как такового.

Существование таких противоречивых документов связано с упрощенной процедурой проведения экспертизы для полезных моделей. Стоит отметить и то, что многие владельцы такого рода патентов вряд ли смогут предъявить к кому-либо серьезные претензии, которые окончатся решением суда в их пользу.

В настоящее время патентование программного обеспечения на законодательном уровне получило распространение в США. Дискуссии о целесообразности такого подхода идут и в Европе.

Патентование программных продуктов защищает его разработчиков, безусловно, сильнее, чем авторское право, но возможности для произвола таковы, что классический баланс интересов автора и общества тут значительно нарушается.

Создавая какой-либо программный продукт, автор должен проводить большое, длительное и дорогостоящее исследование, чтобы выяснить, не будет ли его разработка нарушать чьи-либо права, а если это так, то заключить с владельцами патентов лицензионные соглашения об использовании запатентованных элементов и производить лицензионные отчисления, установленные правообладателем. Все это приведет к значительному сокращению разработчиков программного обеспечения, поскольку решения всех названных проблем по силам только компаниям, располагающим достаточными средствами.

Кроме того, это позволяет даже средней по размерам компании довольно легко монополизировать какую-либо область разработки и реализации программных продуктов и либо представлять на рынок только свои продукты, устанавливая для конкурентов лицензионные платежи, сопоставимые с себестоимостью программного продукта, либо обеспечить себе безбедное существование за счет лицензионных отчислений, но в этом случае рынок будет иметь программные продукты со значительно завышенной стоимостью.

Примером сказанного является ситуация на рынке графических редакторов. Компания Adobe имеет такое количество патентов в области обработки изображения, что создание конкурентом какой-либо альтернативной программы по работе с изображением, без нарушения при этом прав на технологии, защищенных патентами, нецелесообразно, поскольку такая программа будет иметь неприемлемые качество и функциональность

Лекция 12. Передача прав. Лицензионный договор - понятие, виды. Недействительность патента, оспаривание патента. Досрочное прекращение действия патента. Ответственность: гражданско-правовая, административная, уголовная.

Как известно, патентообладателю принадлежит исключительное право на изобретение, полезную модель или промышленный образец. Никто не вправе использовать запатентованные изобретение, полезную модель или промышленный образец без разрешения патентообладателя. Это означает, что

патентообладатель имеет право запретить использование этих объектов любым лицам, кроме случаев, предусмотренных законом.

Под использованием понимаются случаи, когда продукт содержит запатентованное изобретение или полезную модель, а в способе использован каждый признак изобретения или полезной модели, приведенный в независимом пункте формулы изобретения или полезной модели, либо признак, эквивалентный ему и ставший известным в качестве такового в данной области техники.

Запатентованный промышленный образец признается использованным в изделии, если такое изделие содержит все существенные признаки промышленного образца, зафиксированные на изображениях изделия и приведенные в перечне существенных признаков промышленного образца. Таким образом, использование - это введение в хозяйственный оборот продукта, созданного с применением изобретения, полезной модели или промышленного образца, а также применение способа, охраняемого патентом на изобретение.

Это подтверждает судебная практика. Президиум Высшего арбитражного суда, пересматривая одно из уже вынесенных решений, прямо указал: "Предприятие-ответчик без разрешения правообладателя осуществляло производство, предлагало к продаже и продавало изделия, изготовленные, по мнению истца, с использованием запатентованного изобретения и полезной модели, что является нарушением исключительного права патентообладателя. Это должно быть прекращено и влечь обязанность возместить патентообладателю причиненные убытки в соответствии с гражданским законодательством и ст. 14 Патентного закона Российской Федерации". Однако для того, чтобы установить, было ли на самом деле использование, необходимо провести экспертизу: для установления всех признаков изобретения, включенных в независимый пункт формулы изобретения по патенту и свидетельству на полезную модель, а также для ответа на вопрос, был ли использован в изделиях, произведенных ответчиком, каждый признак изобретения и полезной модели, включенный в независимый пункт формы изобретения и полезной модели, либо эквивалентный ему признак, то есть для разъяснения вопросов, требующих специальных познаний, необходимо проведение экспертизы.

Патентный закон содержит перечень действий третьих лиц, которые считаются *нарушением прав патентообладателя* по отношению к его изобретению, полезной модели или промышленному образцу: ввоз на территорию Российской Федерации, изготовление, применение, предложение о продаже, продажу, иное введение в гражданский оборот или хранение для этих целей продукта, в котором использованы запатентованные изобретение, полезная модель или изделия, в котором использован запатентованный промышленный образец. Некоторые пункты необходимо рассмотреть более подробно.

- Ввоз на территорию РФ. Нарушением в данном случае будет являться сам факт пересечения продуктом границы РФ.

- Изготовление. Производство нового продукта с применением изобретения, полезной модели или промышленного образца.
- Предложение о продаже. В данном случае имеется в виду адресованное одному или нескольким конкретным лицам предложение о купле-продаже (обмену и другим операциям по введению в хозяйственный оборот) продукта, изготовленного с применением изобретения, полезной модели или промышленного образца, которое достаточно определенно выражает намерение лица, сделавшего предложение, считать себя заключившим договор с адресатом, которым будет принято предложение. Достаточно самого предложения к заключению договора, чтобы нарушить права патентообладателя. Под предложением к продаже понимается также реклама с использованием продукта, изготовленного с применением изобретения, полезной модели или промышленного образца. Реклама - это распространяемая в любой форме, с помощью любых средств информация о физическом или юридическом лице, товарах, идеях и начинаниях (рекламная информация), которая предназначена для неопределенного круга лиц и призвана формировать или поддерживать интерес к этим физическим, юридическим лицам, товарам, идеям и начинаниям и способствовать реализации товаров, идей и начинаний.
- Продажа. Деятельность лица по реализации продукта, изготовленного с применением изобретения, полезной модели или промышленного образца, посредством заключения договора купли-продажи. По договору купли-продажи одна сторона (продавец) обязуется передать продукт, изготовленный с применением изобретения, полезной модели или промышленного образца, в собственность другой стороне (покупателю), а покупатель обязуется принять этот продукт и уплатить за него определенную денежную сумму (цену).
- Хранение. В данном случае понимается накопление продукта, изготовленного с применением изобретения, полезной модели или промышленного образца, для дальнейшей реализации.

С другой стороны, не признаются нарушением исключительного права патентообладателя:

- применение продукта, в котором использованы запатентованные изобретение, полезная модель или изделия, в котором использован запатентованный промышленный образец, в конструкции, вспомогательном оборудовании или при эксплуатации транспортных средств иностранных государств (водного, воздушного, автомобильного и железнодорожного транспорта и космической техники) при условии, что эти транспортные средства временно или случайно находятся на территории Российской Федерации и указанные продукт или изделие используются исключительно для нужд транспортного средства. Такое действие не признается нарушением исключительного права патентообладателя в отношении транспортных средств иностранных

государств, предоставляющих такие же права в отношении транспортных средств, зарегистрированных в Российской Федерации;

- проведение научного исследования продукта, способа, в которых использованы запатентованные изобретение, полезная модель или изделия, в котором использован запатентованный промышленный образец, либо эксперимента над этими продуктом, способом или изделием;
- использование запатентованных изобретения, полезной модели или промышленного образца при чрезвычайных обстоятельствах (стихийные бедствия, катастрофы, аварии) с уведомлением патентообладателя в кратчайший срок и последующей выплатой ему соразмерной компенсации;
- использование запатентованных 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 (дохода);
- разовое изготовление в аптеках по рецептам врачей лекарственных средств с использованием запатентованного изобретения;
- ввоз на территорию Российской Федерации, применение, предложение о продаже, продажа, иное введение в гражданский оборот или хранение для этих целей продукта, в котором использованы запатентованные изобретение, полезная модель или изделия, в котором использован запатентованный промышленный образец, если эти продукт или изделие ранее были введены в гражданский оборот на территории Российской Федерации патентообладателем или иным лицом с разрешения патентообладателя

Говоря об ограничении патентных прав, стоит сказать о праве преждепользования. Любое физическое или юридическое лицо, которое до даты приоритета изобретения, полезной модели, промышленного образца добросовестно использовало на территории Российской Федерации созданное независимо от его автора тождественное решение или сделало необходимые к этому приготовления, сохраняет право на дальнейшее его безвозмездное использование без расширения объема такого использования.

Для возникновения права преждепользования необходимо наличие одновременно следующих условий:

1. Создание объекта патентного права независимо от автора запатентованного объекта.
2. Добросовестность, то есть использование объекта патентного права без намерения причинить вред патентообладателю.
3. Рассматриваемые действия должны быть совершены до даты приоритета.
4. Дальнейшее использование объекта должно вестись без расширения объема использования.

Вообще, любое лицо, не являющееся патентообладателем, вправе использовать изобретение, полезную модель, промышленный образец, защищенные патентом, лишь с разрешения патентообладателя (на основе *лицензионного договора*). По лицензионному договору патентообладатель (лицензиар) обязуется предоставить право на использование охраняемого объекта промышленной собственности в объеме, предусмотренном договором, другому лицу (лицензиату), а последний принимает на себя обязанность вносить лицензиару обусловленные договором платежи и осуществлять другие действия, предусмотренные договором. Под любыми лицами понимаются как физические, так и юридические лица. Юридическим лицом признается организация, которая имеет в собственности, хозяйственном ведении или оперативном управлении обособленное имущество и отвечает по своим обязательствам этим имуществом, может от своего имени приобретать и осуществлять имущественные и личные неимущественные права, нести обязанности, быть истцом и ответчиком в суде.

В соответствии с п. 5 ст. 13 Патентного закона лицензионный договор на использование запатентованных изобретения, полезной модели или промышленного образца подлежит регистрации в федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности. Без указанной регистрации лицензионный договор считается *недействительным*.

В зависимости от объема *передаваемых прав* договоры (как и в сфере авторского права) делятся на исключительную и неисключительную лицензии.

- Исключительная лицензия. При исключительной лицензии лицензиату передается исключительное право на использование объекта промышленной собственности в пределах, оговоренных договором, с сохранением за лицензиаром права на его использование в части, не передаваемой лицензиату. Это означает, что лицензиар (патентообладатель) после заключения такого вида договора не вправе передавать права в том же объеме третьим лицам.
- Неисключительная лицензия. При неисключительной лицензии лицензиар, предоставляя лицензиату право на использование объекта промышленной собственности, сохраняет за собой все права, подтверждаемые патентом, в том числе и на предоставление лицензий третьим лицам. Это означает, что лицензиар (патентообладатель) после заключения такого вида договора вправе передавать права в том же объеме третьим лицам.

Помимо этого, выделяют еще два вида лицензий: открытая и принудительная.

Открытая лицензия. Патентообладатель может подать в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности (Роспатент) заявление о предоставлении любому лицу права на использование объекта промышленной собственности (открытая лицензия). Размер патентной пошлины за поддержание патента в силе снижается в этом случае на 50% с года, следующего за годом опубликования сведений Роспатентом о таком заявлении. Лицо, изъявившее желание использовать указанный объект

промышленной собственности, обязано заключить с патентообладателем договор о платежах. Споры по условиям договора рассматриваются Палатой по патентным спорам Федеральной службы по интеллектуальной собственности, патентам и товарным знакам. Заявление патентообладателя о предоставлении права на открытую лицензию отзыву не подлежит. В интересах национальной безопасности Правительство Российской Федерации имеет право разрешить использование объекта промышленной собственности без согласия патентообладателя с выплатой ему соразмерной компенсации. Споры о размере компенсации разрешаются Палатой по патентным спорам.

Принудительная лицензия. В ряде случаев закон обязывает владельца патента заключить договор с лицом, потребовавшим заключения такого договора. Такой договор получил название принудительной лицензии. То есть, если запатентованные изобретение или промышленный образец не используются либо недостаточно используются патентообладателем и лицами, которым переданы права на них, в течение четырех лет с даты выдачи патента, а запатентованная полезная модель в течение трех лет с даты выдачи патента, что приводит к недостаточному предложению соответствующих товаров или услуг на товарном рынке или рынке услуг, любое лицо, желающее и готовое использовать запатентованные изобретение, полезную модель или промышленный образец, при отказе патентообладателя от заключения с этим лицом лицензионного договора на условиях, соответствующих установившейся практике, имеет право обратиться в суд с иском к патентообладателю о предоставлении принудительной неисключительной лицензии на использование на территории Российской Федерации таких изобретения, полезной модели или промышленного образца, указав в исковых требованиях предлагаемые им условия предоставления такой лицензии, в том числе объем использования, размер, порядок и сроки платежей. В случае, если патентообладатель не докажет, что неиспользование или недостаточное использование изобретения, полезной модели или промышленного образца обусловлено уважительными причинами, суд принимает решение о предоставлении указанной лицензии и об условиях ее предоставления. Суммарный размер платежей должен быть установлен не ниже, чем цена лицензии, обычно определяемая при сравнимых обстоятельствах.

В случае если патентообладатель не может использовать изобретение, на которое он имеет исключительное право, не нарушая при этом прав обладателя другого патента на изобретение или полезную модель, отказавшегося от заключения лицензионного договора на условиях, соответствующих установившейся практике, патентообладатель имеет право обратиться в суд с иском к обладателю другого патента о предоставлении принудительной неисключительной лицензии на использование на территории Российской Федерации изобретения или полезной модели обладателя другого патента, указав в исковых требованиях предлагаемые им условия предоставления такой лицензии, в том числе объем использования, размер, порядок и сроки платежей, если изобретение, на которое он имеет исключительное право, представляет собой важное техническое достижение, имеющее существенные экономические

преимущества перед изобретением или полезной моделью обладателя другого патента.

Патент в течение всего срока его действия может быть *оспорен* и признан *недействительным* полностью или частично в случаях:

- несоответствия запатентованных изобретения, полезной модели или промышленного образца условиям патентоспособности;
- наличия в формуле изобретения или полезной модели либо перечне существенных признаков промышленного образца, которые содержатся в решении о выдаче патента, признаков, отсутствовавших на дату подачи заявки в описании изобретения или полезной модели и в формуле изобретения или полезной модели, если заявка на дату ее подачи содержала формулу, либо на изображениях изделия;
- выдачи патента при наличии нескольких заявок на идентичные изобретения, полезные модели или промышленные образцы, имеющих одну и ту же дату приоритета;
- выдачи патента с указанием в нем в качестве автора или патентообладателя лица, не являющегося таковым, или без указания в патенте в качестве автора или патентообладателя лица, являющегося таковым.

Возражение против выдачи патента подается в Палату по патентным спорам. Возражение должно содержать обоснование неправомерности выдачи патента. Дела по возражениям рассматриваются коллегиально на заседании Палаты по патентным спорам в составе не менее трех ее членов, включая председательствующего и ответственного за рассмотрение, утвержденном председателем Палаты по патентным спорам.

По результатам рассмотрения возражения Палата по патентным спорам может принять одно из трех решений: об удовлетворении возражения, об отказе в удовлетворении, о прекращении делопроизводства.

Действие патента может быть прекращено *досрочно* на основании заявления, поданного патентообладателем в Патентное ведомство или при неуплате в установленный срок пошлин за поддержание патента в силе.

Возникающие конфликты гражданско-правового характера полномочен рассматривать суд. Нарушители прав патентообладателя могут быть также привлечены к административной и уголовной ответственности.

В соответствии с законодательством суды рассматривают вопросы:

- об авторстве на изобретение, полезную модель, промышленный образец. Например, когда истец, который является автором изобретения, заявляет иск о признании авторства и выдаче нового патента, где будут вписаны его ФИО. Это дает ему право претендовать на получение вознаграждения, а также распоряжение имущественными правами. В отличие от патентообладателя, авторами изобретения, полезной модели, промышленного образца всегда являются физические лица. Кроме имущественных прав, они обладают неимущественным неотчуждаемым правом авторства.
- об установлении патентообладателя.

- о нарушении исключительного права на использование охраняемого объекта промышленной собственности и других имущественных прав патентообладателя. Например, любые случаи использования, о которых говорилось выше.
- о заключении и исполнении лицензионных договоров на использование охраняемого объекта промышленной собственности. Например, принудительное заключение договора при неиспользовании изобретения в течение четырех лет.
- о праве преждепользования и о праве послепользования.
- о размере, сроке и порядке выплаты вознаграждения автору изобретения, полезной модели, промышленного образца.
- другие споры, связанные с охраной прав, удостоверяемых патентом.

В соответствии с действующим законодательством органом, осуществляющим внесудебное урегулирование споров в сфере товарных знаков, называется Палата по патентным спорам.

В ее компетенцию входит рассмотрение следующих споров:

- возражение на решение об отказе в выдаче патента или о выдаче патента на изобретение, полезную модель, промышленный образец;
- возражение на решение о признании заявки на изобретение, полезную модель и промышленный образец отозванной;
- возражение против выдачи патента на изобретение, полезную модель и промышленный образец;
- возражение против действия на территории Российской Федерации ранее выданного авторского свидетельства или патента СССР на изобретение, свидетельства или патента СССР на промышленный образец, евразийского патента на изобретение, выданного в соответствии с Евразийской патентной конвенцией от 9 сентября 1994 г.

За нарушение патентного законодательства установлена ответственность административная (ч. 2 ст. 7.12 КоАП предусматривает, что незаконное использование изобретения, полезной модели либо промышленного образца, разглашение без согласия автора или заявителя сущности изобретения, полезной модели либо промышленного образца до официального опубликования сведений о них, присвоение авторства или принуждение к соавторству влечет наложение административного штрафа в размере от 15 до 20 минимальных размеров оплаты труда; на должностных лиц - от 30 до 40 минимальных размеров оплаты труда; на юридических лиц от 300 до 400 минимальных размеров оплаты труда) и уголовная (ст. 147 УК РФ гласит, что незаконное использование изобретения, полезной информации или промышленного образца, разглашение без согласия автора или заявителя сущности изобретения, полезной модели или промышленного образца до официальной публикации сведений о них, присвоение авторства или принуждение к соавторству, если эти деяния причинили крупный ущерб, наказываются штрафом в размере до 200 тысяч рублей или в размере

заработной платы или иного дохода осужденного за период до 18 месяцев, либо обязательными работами на срок от 180 до 240 часов, либо лишением свободы на срок до двух лет. Те же деяния, совершенные группой лиц по предварительному сговору или организованной группой, наказываются штрафом в размере от 100 тысяч до 300 тысяч рублей или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период от одного года до двух лет, либо арестом на срок от четырех до шести месяцев, либо лишением свободы на срок до пяти лет).

Лекция 13. Фирменное наименование - понятие и назначение. Товарный знак и знак обслуживания. Общеизвестный товарный знак. Регистрация товарного знака.

Фирменные наименования

В числе объектов исключительных прав на средства индивидуализации ГК РФ в первую очередь называет *фирменное наименование* юридического лица. Фирменное наименование предназначено для индивидуализации участников гражданского оборота. Как имя и фамилия индивидуализируют физическое лицо, так фирменное наименование индивидуализирует юридическое лицо.

Фирменное наименование (наименование юридического лица) состоит из двух частей - указания на организационно-правовую форму и собственно уникального наименования юридического лица (ООО "Самокат", ЗАО "Умницы", АНО "Интернет и Право", ГУП "Университет" и т.п.), а в предусмотренных законом случаях дополнительно должен указываться характер деятельности юридического лица. Например, "банк" для соответствующих кредитных организаций.

Есть и другие требования. Так, наименования "Российская Федерация" и "Россия", а также образованные на их основе слова и словосочетания в названиях коммерческих организаций (кроме партий, профсоюзов и религиозных объединений) могут использоваться только с согласия Правительства РФ.

Юридическое лицо, фирменное наименование которого зарегистрировано в установленном порядке, имеет исключительное право его использования. Право использования фирменного наименования может быть передано другим лицам, например, на основании договора коммерческой концессии.

Лицо, неправомерно использующее чужое зарегистрированное фирменное наименование, по требованию обладателя права на фирменное наименование обязано прекратить его использование и возместить причиненные убытки. Однако закон запрещает использование только "полного" фирменного наименования (то есть включающего указание на организационно-правовую форму). Так, в Письме ВАС РФ от 29 мая 1992 г. № С-13/ОПИ-122 "Об отдельных решениях совещаний по арбитражной практике" арбитражным судам рекомендовалось удовлетворять иски об изменении наименований

юридических лиц, только если наименования совпадают в полном объеме (в произвольной и обязательной частях).

В то же время по-прежнему действует Положение о фирме, утвержденное постановлением ЦИК и СНК СССР от 22 июня 1927 г. Пункт 11 Положения содержит следующее: "Всякий, кто на основании настоящего постановления обладает правом на фирму, может требовать в судебном порядке прекращения пользования тождественной или схожей фирмой со стороны других лиц, а равно возмещения убытков, причиненных таким пользованием, поскольку у него право на фирму возникло раньше других и поскольку вследствие тождества или сходства фирм возникает опасность их смешения".

Разрешение споров о наименованиях юридических лиц в России в скором времени столкнется еще с одной проблемой, уже известной миру. При регистрации юридического лица проверка уникальности наименования в прежние годы проводилась в рамках только одного субъекта Российской Федерации. При этом на стадии регистрации заявители получали отказ лишь в том случае, если наименования регистрируемой и уже существующей организации (включая организационно-правовую форму), совпадали в полном объеме. Подобная политика привела к созданию ситуации, когда одновременно существуют фирмы с очень похожими наименованиями даже в рамках одного субъекта РФ. Например, только в Москве зарегистрировано более 500 организаций, в наименовании которых присутствует слово "Альфа". Такие "Альфы" есть в каждом субъекте.

Ситуация еще более осложнилась с момента вступления в силу Федерального закона "О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей". Дело в том, что в его положениях отсутствует требование о предварительной проверке уникальности фирменного наименования создаваемой организации. В результате существование юридического лица даже с идентичным наименованием не является по смыслу Закона основанием для отказа в государственной регистрации. Указанный пробел открыл путь к появлению у коммерческих предприятий с безупречной деловой репутацией множества компаний-двойников

Товарный знак и знак обслуживания

В период становления рыночной экономики на российском рынке появилось большое количество товаров как отечественных, так и зарубежных производителей. В качестве средства индивидуализации товаров юридических и физических лиц получили распространение специальные обозначения, именуемые *товарными знаками*.

Товарные знаки позволяют потребителю ориентироваться во всем многообразии представленных товаров, выявлять различия между аналогичными изделиями и способствуют уверенности в том, что создаваемое ими представление о продукте соответствует действительности. Покупая товары, маркируемые товарными знаками, покупатели получают больше информации о производителе, продукте и его отдельных свойствах.

Применение товарных знаков на товарах направлено не только на указание правообладателя, но и на подтверждение качества предлагаемых

потребителям товаров. Товарный знак играет роль эффективного фактора, способствующего повышению ответственности изготовителей за качество выпускаемой продукции и товаров. Гарантируя качество и рекламируя товары, знак выступает одним из важнейших факторов рыночного спроса на него.

Как устанавливает *Закон Российской Федерации "О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров"* от 23.07.92 №3520-1, *товарный знак* и *знак обслуживания* - это обозначения, служащие для индивидуализации товаров, выполняемых работ или оказываемых услуг юридических или физических лиц. Разница между товарным знаком и знаком обслуживания заключается в том, что первый предназначен для индивидуализации товаров, а второй - для индивидуализации услуг. Правовой режим этих понятий практически одинаков, поэтому далее будет использоваться термин "товарный знак".

Поскольку сфер коммерческой деятельности достаточно много, то было бы нецелесообразно регистрирующему органу регистрировать один товарный знак на все сферы деятельности. В связи с этим сначала на национальном, а затем и на международном уровне была принята единая Международная классификация товаров и услуг (МКТУ). На сегодняшний день она состоит из 42 классов. *Регистрируя* товарный знак, заявитель указывает, по какому классу (или классам) осуществляется регистрация. Правообладатель будет иметь правовую охрану своего товарного знака только по классу регистраций.

Такие известные товарные знаки, как Microsoft, Lotus, зарегистрированы в России на нескольких правообладателей, по разным классам МКТУ. Возможно, именно благодаря этому в конце XX века на российском рынке появились такие товары, как пиво Windows 99 и сигареты Балтика.

Необходимыми условиями для охраны товарных знаков являются: наличие условного обозначения (это может быть словесное, графическое или другое обозначение) и новизна.

Новыми товарными знаками будут считаться такие товарные знаки, которые по своей сути не являются тождественными или сходными до степени смешения с:

- товарными знаками, ранее зарегистрированными или заявленными на регистрацию в РФ в отношении однородных товаров или услуг, то есть по одному и тому же классу МКТУ;
- *общеизвестными товарными знаками*, охраняемыми в силу международных договоров;
- известными на территории РФ фирменными наименованиями;
- наименованиями мест происхождения товаров.

Обозначение считается сходным до степени смешения с другим обозначением, если оно ассоциируется с ним в целом, несмотря на их отдельные отличия. Так, челябинской таможней в отношении ООО "Торговый дом "Южный" был составлен протокол о нарушении ст. 4 Закона РФ "О товарных знаках...", выразившемся в незаконном использовании чужого товарного знака "Ласточка" без разрешения правообладателя - ОАО "Рот-Фронт" - на конфетах шоколадных "Конти-Ласточка" в количестве 1500 кг,

ввезенных ОАО "Челябкоммерс" в соответствии с контрактом, заключенным между ООО "Конти-Экспорт" (Украина) и ООО "Торговый дом "Южный". В соответствии с п. 2.1 и 14.4 Правил составления, подачи и рассмотрения заявки на регистрацию товарного знака и знака обслуживания, обозначение считается сходным до степени смешения с другим обозначением, если оно ассоциируется с ним в целом, несмотря на их отдельные отличия. Судом по ходатайству таможни при отсутствии возражений со стороны ООО ТД "Южный" была назначена экспертиза, проведение которой поручено Южно-Уральской ТПП. В соответствии с определением суда экспертиза должна была установить степень схожести словесного обозначения "Конти-Ласточка", нанесенного на этикетку конфет, производимых ПО "Киев-Конти", с товарным знаком "Ласточка", правообладателем которого является ОАО "Рот-Фронт". Согласно экспертному заключению ЮУ ТПП, словесное обозначение "Конти-Ласточка", нанесенное на этикетку кондитерских изделий конфет, производимых ПО "Киев-Конти", является лексически изобретенным и обладающим различительной способностью относительно товарного знака "Ласточка", владельцем которого является ОАО "Рот-Фронт". При таких обстоятельствах суд счел, что в действиях заявителя отсутствует состав правонарушения, предусмотренного ст. 14.10 КоАП РФ.

Наконец, обозначение может считаться товарным знаком лишь тогда, когда оно в установленном законом порядке зарегистрировано. По общему правилу лишь с момента официального признания обозначения товарным знаком можно говорить о нем как о самостоятельном объекте правовой охраны. Порядок регистрации установлен Роспатентом.

Закон Российской Федерации "О товарных знаках..." допускает к регистрации в качестве товарных знаков разнообразные условные обозначения, которые различаются между собой по форме выражения, сфере использования, кругу пользователей и т.д.

По форме своего выражения товарные знаки могут быть словесными, изобразительными, объемными, комбинированными и другими (ст. 5 Закона). Под другими понимаются звуковые, световые и обонятельные товарные знаки.

Словесный товарный знак (слова, сочетания букв, имеющие словесный характер, словосочетания, предложения, другие единицы языка, а также их сочетания) обычно представлен в виде оригинального слова, словосочетаний и фраз. Это могут быть придуманные, фантазийные слова, сочетание букв (BMW), слов и цифр ("Шанель № 5"), имена собственные ("Алла"), географические названия (московская), иностранные слова и т.д.

Изобразительный товарный знак (изображения живых существ, предметов, природных и иных объектов, а также фигуры любых форм, композиции линий, пятен, фигур на плоскости) - это обозначение в виде разнообразных значков, рисунков, орнаментов, символов, изображений всевозможных предметов и т.п. Они могут представлять собой конкретные и абстрактные изображения, символы, а также оригинальные композиции.

Объемный товарный знак (трехмерные объекты, фигуры и комбинации линий, фигур) - это знак, представляющий трехмерный объект, форма которого

непосредственно не обусловлена функциональным значением. Объемный товарный знак чаще всего - это форма самого изделия например, мыло, шоколад, выполненные в виде сказочных животных), внешний вид бутылок (например, Coca-Cola), коробок, оригинальных упаковок и т.д. При этом форма не должна иметь функционального назначения.

Звуковой товарный знак предназначен для восприятия органами слуха, но не должен относиться к человеческой речи. Примерами звуковых товарных знаков могут являться позывные радиостанций, фрагменты заставок телепередач и др.

Обонятельный товарный знак предназначен для восприятия органами обоняния.

Световой (цветовой) товарный знак представляет собой световые эффекты, образующиеся благодаря сочетанию цветов и способные отличать товар. Чаще всего под этим видом товарного знака понимается цветовое оформление упаковки или необычное цветовое исполнение самого товара, не вызванное его назначением.

К комбинированным товарным знакам относятся обозначения, содержащие в себе комбинацию различных элементов: словесных, изобразительных и т.д

Товарные знаки различают по принадлежности. В зависимости от принадлежности различным правообладателям различают:

- индивидуальные товарные знаки (зарегистрированные на имя конкретного юридического лица или физического лица, занимающегося предпринимательской деятельностью);
- коллективные товарные знаки (предназначены для обозначения товаров, производимых и/или реализуемых объединениями организаций и обладающих едиными качественными или иными общими характеристиками).

Особо выделяют *общеизвестные товарные знаки*. Общеизвестными признаются товарные знаки, которые в результате их интенсивного использования стали на указанную в заявлении дату в Российской Федерации широко известны среди соответствующих потребителей в отношении товаров определенного юридического или физического лица.

Процедура регистрации товарного знака достаточно длительна и дорога. Кроме того, она имеет ряд существенных ограничений. Прежде всего, обладателем исключительного права на товарный знак (правообладателем) может быть юридическое лицо или осуществляющее предпринимательскую деятельность физическое лицо. Кроме того, законодательство содержит ряд оснований для отказа в регистрации.

Во-первых, не допускается регистрация в качестве товарных знаков обозначений, не обладающих различительной способностью или состоящих только из элементов:

- вошедших во всеобщее употребление для обозначения товаров определенного вида;
- являющихся общепринятыми символами и терминами;

- характеризующих товары, в том числе указывающих на их вид, качество, количество, свойство, назначение, ценность, а также на время, место, способ производства или сбыта.

Исключением для данного перечня являются случаи, когда указанные элементы могут быть включены как неохраняемые элементы в товарный знак, если они не занимают в нем доминирующего положения или являются обозначениями, которые приобрели различительную способность в результате их использования.

Во-вторых, не могут быть зарегистрированы (кроме как с согласия соответствующего правообладателя) в качестве товарных знаков обозначения, тождественные или сходные до степени смешения с:

- товарными знаками других лиц, заявленными на регистрацию (если заявки на них не отозваны) или охраняемыми в Российской Федерации, в том числе в соответствии с международным договором Российской Федерации, в отношении однородных товаров и имеющими более ранний приоритет;
- товарными знаками других лиц, признанными общеизвестными в Российской Федерации товарными знаками в отношении однородных товаров.

В-третьих, не допускается регистрация в качестве товарных знаков обозначений, представляющих собой или содержащих элементы:

- являющиеся ложными или способными ввести в заблуждение потребителя относительно товара или его изготовителя;
- противоречащие общественным интересам, принципам гуманности и морали.

В-четвертых, не могут быть зарегистрированы в качестве товарных знаков обозначения, тождественные:

- охраняемому в Российской Федерации фирменному наименованию (его части) в отношении однородных товаров, права на которые в Российской Федерации возникли у иных лиц ранее даты приоритета регистрируемого товарного знака;
- названию известного в Российской Федерации на дату подачи заявки произведения науки, литературы или искусства, персонажу или цитате из такого произведения, произведению искусства или его фрагменту без согласия обладателя авторского права или его правопреемника, если права на эти произведения возникли ранее даты приоритета регистрируемого товарного знака;
- фамилии, имени, псевдониму или производному от них обозначению.

В-пятых, не могут быть зарегистрированы в качестве товарных знаков в отношении любых товаров обозначения, тождественные или сходные до степени смешения с наименованиями мест происхождения товаров, охраняемыми в соответствии с Законом, за исключением случаев, если эти обозначения включены как неохраняемые элементы в товарные знаки,

регистрируемые на имя лиц, имеющих право пользования такими наименованиями.

В-шестых, не допускается регистрация в качестве товарных знаков обозначений, состоящих только из элементов, представляющих собой сокращенные или полные наименования международных межправительственных организаций и другие знаки отличия, или сходных с ними до степени смешения обозначений. Такие элементы могут быть включены как неохраняемые элементы в товарный знак, если на это имеется согласие соответствующего компетентного органа.

В-седьмых, не допускается регистрация в качестве товарных знаков обозначений, тождественных или сходных до степени смешения с официальными наименованиями особо ценных объектов культурного наследия народов Российской Федерации либо объектов всемирного культурного или природного наследия, если такая регистрация испрашивается на имя лиц, не являющихся их собственниками (владельцами) и не имеющих согласия собственников или лиц, уполномоченных на это собственниками, на регистрацию таких обозначений в качестве товарных знаков.

В-восьмых, не допускается регистрация в Российской Федерации в качестве товарных знаков обозначений, представляющих собой или содержащих элементы, которые охраняются в одном из государств - участников международного договора в качестве обозначений, идентифицирующих вина или спиртные напитки как происходящие с его территории (производимые в границах географического объекта этого государства) и имеющие особое качество, репутацию или другие характеристики, которые главным образом определяются их происхождением, если товарный знак предназначен для обозначения вин или спиртных напитков, не происходящих с территории данного географического объекта.

Регистрация товарного знака действует в течение десяти лет с даты подачи заявки в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности. Срок действия регистрации товарного знака может быть продлен по заявлению правообладателя, поданному в течение последнего года ее действия, каждый раз на десять лет

Наименование места происхождения товара

Наименование места происхождения товара - это обозначение, представляющее собой либо содержащее современное или историческое наименование страны, населенного пункта, местности или другого географического объекта или производное от такого наименования и ставшее известным в результате его использования в отношении товара, особые свойства которого исключительно или главным образом определяются характерными для данного географического объекта природными условиями и/или людскими факторами. Не признается наименованием места происхождения товара обозначение хотя и представляющее собой или содержащее название географического объекта, но вошедшее в Российской Федерации во всеобщее употребление как обозначение товара определенного вида, не связанное с местом его изготовления.

Для признания обозначения наименованием места происхождения товара необходимо соблюдение ряда условий.

Во-первых, обозначение должно содержать прямое или косвенное указание на то, что товар происходит из конкретной страны, области или местности. Например, минеральная вода "нарзан", "тульский пряник" и т.д.

Во-вторых, связь обозначения товара с его особыми свойствами, которые являются характерными для данного географического объекта. Например, "хохломская роспись".

В-третьих, его регистрация. Основном отличием такого средства индивидуализации, как "наименование места происхождения товара", является то, что право на его использование может получить любое лицо, отвечающее определенным требованиям (например, производящим определенные товары в данном регионе), причем такое право не будет носить монопольный характер (то есть такое же право может иметь другое лицо, отвечающее этим же требованиям).

Свидетельство на наименование места происхождения товара действует в течение десяти лет с даты подачи заявки в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности. Срок действия свидетельства может быть продлен по заявлению обладателя свидетельства и при условии представления им заключения компетентного органа, в котором подтверждается, что обладатель свидетельства производит в границах соответствующего географического объекта товар, обладающий указанными в реестре свойствами.

Использование товарного знака (знака обслуживания) и наименования места происхождения товара

Использованием товарного знака считается применение его на товарах, для которых товарный знак зарегистрирован, и/или их упаковке правообладателем или лицом, которому такое право предоставлено на основе лицензионного договора. Использованием может быть признано также применение товарного знака в рекламе, печатных изданиях, на официальных бланках, на вывесках, при демонстрации экспонатов на выставках и ярмарках, проводимых в Российской Федерации, при наличии уважительных причин неприменения товарного знака на товарах и/или их упаковке.

Использованием наименования места происхождения товара считается применение его на товаре, этикетках, упаковке, в рекламе, проспектах, счетах, бланках и иной документации, связанной с введением товара в гражданский оборот.

Наименование места происхождения товара является специфичной категорией, по поводу которой нередко возникают споры. Так, ЗАО "Висма" обратилось в Арбитражный суд Ставропольского края с иском к Пятигорскому центру стандартизации, метрологии и сертификации и к Пятигорскому органу по сертификации продукции и услуг о признании недействительным решения последнего об отмене действия сертификата соответствия на минеральную воду "нарзан кавказский". Пятигорский орган по сертификации продукции и услуг принял решение об отмене действия сертификата и лицензии на применение

знака соответствия на минеральную воду "нарзан кавказский". Основанием для принятия данного решения послужило отсутствие у истца при выдаче сертификата свидетельства на право пользования наименованием места происхождения товара "нарзан" и ошибочная выдача ему отмененных актов.

Как указал суд, в соответствии с п. 2 ст. 40 Закона Российской Федерации "О товарных знаках..." не допускается использование зарегистрированного наименования места происхождения товара лицами, не имеющими свидетельства, даже если при этом указывается подлинное место происхождения товара или наименование используется в переводе либо в сочетании с такими выражениями, как "род", "тип", "имитация" и тому подобными, а также использование сходного обозначения для однородных товаров, способного ввести потребителя в заблуждение относительно места происхождения и особых свойств товара.

Наименование места происхождения товара "нарзан" зарегистрировано в порядке, установленном названным Законом. Свидетельство на право пользования указанным наименованием выдано другим лицам, право которых охраняется государством. Истец не имел свидетельства на право пользования наименованием места происхождения товара "нарзан", что подтверждается материалами дела и истцом не оспаривается. Получение данного сертификата является формой незаконного использования наименования места происхождения товара.

Как уже говорилось, владелец товарного знака обладает исключительными правами на него. Правообладатель вправе использовать товарный знак и запрещать использование товарного знака другими лицами. Никто не может использовать охраняемый в Российской Федерации товарный знак без разрешения правообладателя. В соответствии с Законом "О товарных знаках..." нарушением исключительного права правообладателя (незаконным использованием товарного знака) признается использование без его разрешения в гражданском обороте на территории Российской Федерации товарного знака или сходного с ним до степени смешения обозначения в отношении товаров, для индивидуализации которых товарный знак зарегистрирован, или однородных товаров, в том числе размещение товарного знака или сходного с ним до степени смешения обозначения:

- на товарах, на этикетках, упаковках этих товаров, которые производятся, предлагаются к продаже, продаются, демонстрируются на выставках и ярмарках или иным образом вводятся в гражданский оборот на территории Российской Федерации, либо хранятся и/или перевозятся с этой целью, либо ввозятся на территорию Российской Федерации;
- при выполнении работ, оказании услуг;
- на документации, связанной с введением товаров в гражданский оборот;
- в предложениях к продаже товаров;
- в сети Интернет, в частности в доменном имени и при других способах адресации.

Товары, этикетки, упаковки этих товаров, на которых незаконно используется товарный знак или сходное с ним до степени смешения обозначение, являются контрафактными.

Предложение к продаже продукции с товарным знаком, используемым без разрешения его владельца, является нарушением прав на товарный знак. Судебной практике известен пример, когда часовой завод обратился в арбитражный суд с иском о пресечении нарушения прав на товарный знак к комиссионному магазину, выставившему на продажу часы, имеющие изображение его товарного знака, производителем которых завод не является. Возражая против заявленных требований, ответчик ссылался на то, что он не является изготовителем часов, а только занимается их реализацией. В соответствии с ч. 2 ст. 4 Закона "О товарных знаках..." предложение к продаже является элементом введения товара в хозяйственный оборот, поэтому представляет собой самостоятельное нарушение прав владельца товарного знака. Исходя из этого, арбитражный суд удовлетворил иск к ответчику, обязав его снять с реализации часы с товарным знаком истца.

Приведенное судебное решение иллюстрирует правило, согласно которому перепродажа товара, законно введенного в оборот, не требует специального согласия правообладателя товарного знака, помещенного на таком товаре (так называемое "*исчерпание права*"). Но воспользоваться правом об исчерпании права можно только в случае законного введения товара в оборот, чего не было в приведенном примере

В соответствии с действующим законодательством правовая охрана товарного знака может быть прекращена досрочно в отношении всех или части товаров в связи с неиспользованием товарного знака непрерывно в течение любых трех лет после его регистрации. Заявление о досрочном прекращении правовой охраны товарного знака в связи с его неиспользованием может быть подано любым лицом в Палату по патентным спорам по истечении указанных трех лет при условии, если этот товарный знак не используется до подачи такого заявления. Доказательства использования товарного знака представляются правообладателем. При решении вопроса о досрочном прекращении правовой охраны товарного знака в связи с его неиспользованием могут быть приняты во внимание представленные правообладателем доказательства того, что товарный знак не использовался по не зависящим от него обстоятельствам.

Например, компания "Ян Бехер-Карловарска Бехеровка, а.с." обратилась в Арбитражный суд города Москвы с заявлением о признании недействительным решения Палаты по патентным спорам о досрочном прекращении правовой охраны товарного знака по международной регистрации в связи с его неиспользованием на территории Российской Федерации и обязании Роспатента отказать в удовлетворении заявления ЗАО "Бехер" о досрочном прекращении охраны указанного товарного знака.

В 1981 г. была предоставлена правовая охрана на территории СССР международной регистрации комбинированного товарного знака со словесным элементом "JB" в отношении товаров 33-го класса Международной

классификации товаров и услуг, а именно ликеров. Владельцем указанного товарного знака является "Ян Бехер-Карловарска Бехеровка, а.с.".

После этого ЗАО "Бехер" подало в патентную палату заявление о досрочном прекращении действия правовой охраны названного товарного знака на территории Российской Федерации в связи с его неиспользованием.

Патентная палата удовлетворила заявление общества и досрочно полностью прекратила правовую охрану указанного товарного знака на территории Российской Федерации в связи с его неиспользованием в течение пяти лет со ссылкой на ст. 22 Закона Российской Федерации "О товарных знаках...".

При рассмотрении заявления ЗАО "Бехер" патентная палата установила, что ликер с наименованием "Бехеровка" закрытое акционерное общество "П.Р. Русь" приобрело у компании, однако не приняла во внимание представленные обладателем права на товарный знак доказательства фактического использования спорного товарного знака на этикетках ликера, поставляемого в Российскую Федерацию по контрактам с ЗАО "П.Р. Русь". Отсутствие в копиях грузовых таможенных деклараций в графе 31 "Наименование товара" описания товарного знака и ссылки на международную регистрацию не позволило патентному органу принять данные декларации в качестве доказательств использования товарного знака на товаре или упаковке.

Как было установлено судом апелляционной инстанции, чешская компания поставляла ЗАО "П.Р. Русь" свою продукцию (ликер "Бехеровка") для дальнейшей продажи его на российском рынке. Спорный товарный знак, нанесенный на этикетку ликера "Бехеровка", использовался на всей производимой истцом продукции названного вида. Согласно представленным доказательствам, товар поставлялся в Россию в том виде, в котором он продавался потребителям. Продавцы не видоизменяли упаковку и маркировку ликера. Следовательно, компания сама использовала на территории Российской Федерации свой товарный знак. Таким образом, вопрос был закрыт.

Помимо судебного урегулирования спора, связанного с товарным знаком, существует еще одна правовая форма - так называемое "внесудебное урегулирование спора". Обращение во внесудебные органы возможно, если это прямо предусмотрено законом.

В соответствии с действующим законодательством органом, осуществляющим внесудебное урегулирование споров в сфере товарных знаков, является *Палата по патентным спорам* Российского агентства по патентам и товарным знакам.

В рассматриваемой сфере в ее компетенцию входят следующие споры:

- возражение на решение, принятое по результатам формальной экспертизы заявки на регистрацию товарного знака и знака обслуживания (далее - товарный знак), регистрацию и предоставление права пользования наименованием места происхождения товаров или на предоставление права пользования уже зарегистрированным наименованием места происхождения товара, об отказе в принятии ее к рассмотрению;

- возражение на решение экспертизы заявленного обозначения по заявке на регистрацию товарного знака, регистрацию и предоставление права пользования наименованием места происхождения товаров или на предоставление права пользования уже зарегистрированным наименованием места происхождения товара, а также на решение о предоставлении или об отказе в предоставлении охраны, осуществленной в соответствии с Мадридским соглашением о международной регистрации знаков от 14 апреля 1891 г. или Протоколом к Мадридскому соглашению о международной регистрации знаков, принятым в Мадриде 27 июня 1989 г.;
- возражение на решение о признании отозванной заявки на регистрацию товарного знака, регистрацию и предоставление права пользования наименованием места происхождения товаров или на предоставление права пользования уже зарегистрированным наименованием места происхождения товара;
- возражение против предоставления правовой охраны товарному знаку, наименованию места происхождения товара, выдачи свидетельства на право пользования наименованием места происхождения товара, против действия на территории Российской Федерации произведенной в СССР регистрации товарного знака, знака обслуживания, а также против предоставления охраны международной регистрации знака на территории Российской Федерации;
- возражение против предоставления правовой охраны товарному знаку на имя агента или представителя лица, которое является обладателем исключительного права на этот товарный знак в одном из государств - участников Парижской конвенции по охране промышленной собственности от 20 марта 1883 г.
- заявление о признании товарного знака общеизвестным в Российской Федерации;
- заявление о досрочном прекращении правовой охраны товарного знака в случае превращения зарегистрированного товарного знака в обозначение, вошедшее во всеобщее употребление как обозначение товаров определенного вида;
- заявление о досрочном прекращении правовой охраны товарного знака, а также о досрочном прекращении правовой охраны международной регистрации знака на территории Российской Федерации в связи с неиспользованием товарного знака непрерывно в течение любых трех лет после его регистрации или предоставления правовой охраны международной регистрации знака на территории Российской Федерации;
- заявление о прекращении правовой охраны наименования места происхождения товара и действия свидетельства на право пользования наименованием места происхождения товара или о прекращении действия свидетельства на право пользования наименованием места происхождения товара;

- возражение против предоставления правовой охраны общеизвестному в Российской Федерации товарному знаку.

К компетенции суда в рассматриваемой сфере отнесено решение следующих споров:

- о нарушении исключительного права на товарный знак;
- о досрочном прекращении правовой охраны коллективного знака вследствие его использования на товарах, не обладающих едиными качественными или иными едиными характеристиками;
- о заключении и об исполнении лицензионного договора и договора о передаче исключительного права на товарный знак (договора об уступке товарного знака);
- о незаконном использовании наименования места происхождения товара.
- об авторстве изобретения, полезной модели, промышленного образца.

Помимо "традиционных" форм нарушений прав правообладателей, все чаще возникают правонарушения, связанные с *использованием товарного знака в доменном имени* компьютерной сети Интернет.

Согласно ст. 4 Закона Российской Федерации "О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров", нарушением исключительного права правообладателя (незаконным использованием товарного знака) признается использование без его разрешения в гражданском обороте на территории Российской Федерации товарного знака или сходного с ним до степени смешения обозначения в отношении товаров, для индивидуализации которых товарный знак зарегистрирован, или однородных товаров, в том числе размещение товарного знака или сходного с ним до степени смешения обозначения, в сети Интернет, в частности в доменном имени и при других способах адресации. Технически домен - область пространства иерархических имен сети Интернет, которая обслуживается набором серверов доменных имен (DNS) и централизованно администрируется. Юридически доменное имя (домен) - это уникальное символьное имя, служащее для индивидуализации информационных ресурсов в российской доменной зоне международной компьютерной сети Интернет.

Основное назначение доменного имени, как и товарного знака, - индивидуализация товаров, выполняемых работ или оказываемых услуг юридических или физических лиц только в сети Интернет, и касается это информационных ресурсов (сайтов). К примеру, существует товарный знак Primer, зарегистрированный по определенному классу МКТУ. Некое лицо, не являющееся правообладателем, регистрирует доменное имя www.Primer.ru и начинает продавать товары по тому же классу, что и правообладатель (дилер или конкурент). В этом случае будут нарушены исключительные права владельца товарного знака, так как подобные действия противоречат законодательству.

Характерным примером является спор о домене Google.ru. Истец "Гугл Текнолоджи Инк." обратился в суд с требованием признать действия ООО

"Гугл.Ру" по регистрации (администрированию) и использованию домена второго уровня google.ru нарушением прав компании "Гугл Текнолоджи Инк." на товарный знак Google.ru, а также запретить ООО "Гугл.Ру" использовать в доменном имени второго уровня google.ru обозначение Google, исключительными правами на которое обладает "Гугл Текнолоджи Инк.". Выслушав представителей сторон, суд счел, что исковые требования подлежат удовлетворению в полном объеме. Компания "Гугл Текнолоджи Инк." (Google Technology Inc.) является владельцем товарного знака Google. Ответчик - ООО "Гугл.Ру" - использовал в доменном имени обозначение Google, на сайте им предоставляются услуги по поиску информации в сети Интернет, то есть фактически осуществляется деятельность, аналогичная деятельности "Гугл Текнолоджи Инк". Товарный знак истца и обозначение, используемое ответчиком в сети Интернет (в доменном имени), являются словесными обозначениями, сходными до степени смешения по звуковым, графическим признакам.

Следует заметить, что отечественной судебной практике известны случаи признания нарушения прав правообладателя (и последующая передача домена), несмотря на неиспользование зарегистрированного доменного имени. Так, например, было с доменами Aristry.ru и Nutrilite.ru (в рамках одного иска).

Применительно к доменам, зарегистрированным в доменных зонах общего пользования (.com, .net, .org, .biz, .info и т.п.), а также в некоторых национальных зонах возможно использование уникальной, внесудебной процедуры разрешения доменных споров, разработанной Всемирной организацией интеллектуальной собственности (ВОИС) и основанной на Политике для разрешения доменных споров (Uniform domain name disputes resolution policy, UDRP) и Правилах для разрешения доменных споров UDRP.

Политикой и Правилами создана принципиально новая система внесудебного урегулирования споров для рассмотрения случаев регистрации доменов с заведомо недобросовестными намерениями. Используя эту систему, сформированные в рамках специальных Арбитражных центров комиссии выносят решения по спору владельца товарного знака и обладателя сходного доменного имени. Легитимность решений обеспечивается стандартной оговоркой в договоре о регистрации доменного имени, согласно которой владелец доменного имени дает согласие на подобного рода рассмотрение.

С момента вступления в силу указанных документов были аккредитованы несколько центров, уполномоченных рассматривать споры о доменах. Свыше 90% рассмотрений приходятся на два из них: Арбитражный и посреднический центр всемирной организации интеллектуальной собственности (World Intellectual Property Organization Arbitration and Mediation Center) и Национальный арбитражный форум (National Arbitration Forum).

Каждый арбитражный центр, помимо Политики и Правил, руководствуется собственными Дополнительными процедурными правилами, которые устанавливают отдельные процессуальные особенности рассмотрения арбитражными комиссиями доменных споров.

За годы своего существования арбитражные центры оправдали свое назначение, рассмотрев более десяти тысяч дел. Данная процедура оказалась лояльной и очень выгодной владельцам товарных знаков. Как показывает статистика, удовлетворяется примерно 80% заявлений о передаче доменов.

Каким образом документы UDRP распространяют свое действие на владельцев доменов в десятках странах? Дело в том, что Политика (как и Правила) принята всеми аккредитованными регистраторами доменных имен в зонах .com, .net и .org. Она также принята отдельными администраторами национальных доменов первого уровня, в их числе и доменные зоны некоторых стран СНГ. Всего более 40 доменных зон попадают под действие этих документов.

Политика процессуально несколько необычна для российской правовой системы: стороны договора обязаны участвовать в споре, если жалобу на предмет договора подает третье лицо.

Вообще правовая природа рассмотрения споров в рамках Политики уникальна. Действие Политики не опирается на нормы национального права какого-либо государства в мире. Отсутствуют и международные договоры, прямо предусматривающие применение ее положений. Правовой основой применения Политики является договор между уполномоченной ICANN регистрирующей организацией и администратором домена, в котором ясно выражено согласие последнего участвовать в "обязательном административном процессе". Иными словами, Политика и Правила являются обязательными договорными условиями, введенными лицом, оказывающим услугу, то есть в конечном счете ICANN как организации, обеспечивающую техническую сторону функционирования Интернета.

Политика является частью договора о регистрации доменного имени, содержащего ссылку на нее, и устанавливает условия в связи с возможными спорами между заявителем (администратором домена) и любой другой стороной, за исключением регистратора, в отношении регистрации и использования доменного имени.

Политика предполагает, что, подавая заявление на регистрацию доменного имени или заявление на продление или возобновление регистрации доменного имени, заявитель (администратор домена) подтверждает:

- во-первых, все, что им указано в договоре о регистрации доменного имени, является полной и достоверной информацией;
- во-вторых, ему неизвестно, что регистрация его доменного имени может нарушить или иным образом ограничить права третьих лиц;
- в-третьих, доменное имя не регистрируется с незаконной целью;
- в-четвертых, доменное имя не будет использоваться в нарушение каких-либо законов и правил. Определение того, является ли нарушением чьих-либо прав регистрация доменного имени, - обязанность заявителя (администратора домена).

В соответствии с Политикой регистратор оставляет за собой право отменить регистрацию, передать домен иному лицу или внести другие изменения в регистрационные данные при следующих обстоятельствах:

- если в соответствии с установленными Политикой правилами от администратора домена (или доверенного лица) будут получены письменные или электронные инструкции на совершение таких действий;
- если регистратором будут получены определения или решения суда, обладающего соответствующей юрисдикцией, требующие совершения определенных действий;
- если регистратором будет получено решение административной комиссии, содержащее требование совершить эти действия при условии, что решение вынесено в административном процессе, в котором администратор был одной из сторон процесса и который был проведен в соответствии с Политикой;
- в соответствии с условиями договора о регистрации доменного имени или по иным юридическим основаниям.

Политика устанавливает обязанность администратора домена участвовать в обязательном административном процессе в случае, если третье лицо (истец) подаст жалобу, в которой укажет, что доменное имя администратора домена идентично или сходно до степени смешения с товарным знаком или знаком обслуживания, на который истец имеет права, у администратора нет прав или законных интересов в отношении зарегистрированного доменного имени, доменное имя было зарегистрировано и используется им недобросовестно.

Для того чтобы добиться передачи доменного имени, заявителю (истцу) необходимо доказать совокупность трех фактов.

Во-первых, необходимо доказать, что спорное доменное имя идентично или сходно до степени смешения с товарным знаком или знаком обслуживания, правообладателем которых он является.

Во-вторых, необходимо доказать, что у владельца доменного имени нет прав или законных интересов в отношении доменного имени.

В-третьих, доменное имя было зарегистрировано и используется недобросовестно. Обстоятельствами, свидетельствующими о том, что регистрация и использование доменного имени являются недобросовестными (третий элемент), признаются (перечень не является исчерпывающим):

- указание на то, что ответчик зарегистрировал или приобрел доменное имя в первую очередь с целью продажи, "сдачи в аренду" или иной передачи доменного имени истцу, который является владельцем товарного знака, или его конкуренту за сумму, превышающую подтвержденные расходы ответчика, относящиеся к регистрации доменного имени;
- указание на то, что ответчик зарегистрировал доменное имя с целью не дать владельцу товарного знака возможность отразить знак в соответствующем доменном имени, при условии, что такие действия нарушителем совершались неоднократно;

- указание на то, что ответчик зарегистрировал доменное имя, в первую очередь, с целью нанесения ущерба деловым интересам конкурента;
- указание на то, что, используя доменное имя, ответчик намеренно пытался привлечь с коммерческой целью пользователей Интернета к своему Интернет-ресурсу, создавая возможность того, что принадлежащий истцу знак будет воспринят как имеющий отношение к источнику существования, финансирования, организационной принадлежности или одобрению ресурса ответчика или продукции (услуг), предоставляемой посредством ресурса ответчика.

Если истец считает, что регистрацией домена нарушены его права и он может обосновать свою позицию, то он вправе подать заявление в один из арбитражных центров.

В ответ на поданное заявление в течение 20 дней с даты начала административного разбирательства ответчик (администратор домена) должен направить в административный центр отзыв. В отзыве ответчик должен доказать добросовестность владения доменным именем. Подтверждением добросовестности будут являться доказанность одного из следующих положений:

- использование доменного имени или демонстрация подготовки к использованию доменного имени или имени, ему идентичного, для добросовестного предложения услуг или товаров до возникновения спора;
- администратор домена (физическое или юридическое лицо) был широко известен по доменному имени, независимо от наличия прав на одноименный товарный знак или знак обслуживания;
- администратор домена использует его наименование в законных некоммерческих или добросовестных целях без намерения извлечь коммерческую выгоду путем переманивания потребителей через введение их в заблуждение или дискредитации товарного знака или знака обслуживания, по поводу которых предъявлены претензии.

Одним из самых ценных положений Политики является то, что она исходит из принципа добросовестности и признания разумного приоритета прав владельца товарного знака, поскольку любой существующий на ее основе договор о регистрации доменного имени требует заявителя подтвердить добросовестность регистрации.

Следует заметить, что Политика из всех средств индивидуализации выделяет только товарные знаки. Это объясняется тем, что на момент ее разработки более 80% конфликтов в "доменной" сфере основывались на нарушении прав на товарный знак.

Такое предпочтение неоправданно, и уже сейчас ВОИС рассматривает вопрос о распространении Политики и на другие средства индивидуализации, в частности: фирменные наименования; названия географических объектов; фамилии, имена, псевдонимы известных людей или производных от них обозначений; наименования международных организаций

Очевидно, что любой товарный знак (знак обслуживания) имеет какую-либо ценность, и это можно использовать. В числе основных форм *передачи прав на товарный знак*: уступка, лицензия, франчайзинг. Рассмотрим их чуть подробнее.

Во-первых, *уступка* товарного знака. Исключительное право на товарный знак в отношении всех или части товаров, для которых он зарегистрирован, может быть передано правообладателем другому юридическому лицу или осуществляющему предпринимательскую деятельность физическому лицу по договору о передаче исключительного права на товарный знак (договору об уступке товарного знака). Уступка товарного знака не допускается, если она может явиться причиной введения в заблуждение потребителя относительно товара или его изготовителя. Однако это не включает выпуск товаров ненадлежащего качества новым правообладателем.

Например, ТОО обратилось в арбитражный суд с иском о запрещении акционерному обществу выпускать товары с товарным знаком, владельцем которого является истец на основании договора об уступке ему товарного знака третьим лицом. Акционерное общество иск не признало, полагая, что сделка по уступке товарного знака ничтожна, так как создает искаженное представление о товаре и его изготовителе. Изготовление продукции ненадлежащего качества новым владельцем товарного знака не может служить основанием для признания сделки по уступке товарного знака недействительной, так как условие о качестве товара не является содержанием такой сделки, в отличие от лицензионного договора.

Во-вторых, *лицензионный договор*. Право на использование товарного знака может быть предоставлено правообладателем (лицензиаром) другому юридическому лицу или осуществляющему предпринимательскую деятельность физическому лицу (лицензиату) по лицензионному договору в отношении всех или части товаров, для которых он зарегистрирован. Лицензионный договор должен содержать условие о том, что качество товаров лицензиата будет не ниже качества товаров лицензиара и что лицензиар будет осуществлять контроль за выполнением этого условия. В отличие от уступки товарного знака, качество выпускаемой продукции здесь будет иметь значение. Содержание договоров аналогично договорам об уступке патентных прав. Договор о передаче исключительного права на товарный знак (договор об уступке товарного знака) и лицензионный договор регистрируются в федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности. Без этой регистрации указанные договоры считаются недействительными.

В-третьих, *франчайзинг,* который в нашем законодательстве приобрел форму коммерческой концессии (глава 54 ГК РФ). "Франчайзинг" (от англ. franchise - льгота, привилегия) означает соглашение, по которому одна компания (франчайзер) предоставляет другой право участвовать в хозяйственной деятельности с использованием товарного знака франчайзера. Строго говоря, термин "франчайзинг", пришедший к нам с Запада, не полностью тождествен "коммерческой концессии". В странах с

англосаксонской системой права им обозначаются сделки по использованию торговых марок, а это более широкое понятие, чем зарегистрированный товарный знак.

Франчайзинг достаточно распространен в России. Именно на основе такого соглашения существуют компании, работающие под брэндами "МакДоналдс", "Пицца-хат", "Баскин Роббинс", "Русское бистро", "Ростикс" и другие.

По договору коммерческой концессии одна сторона (правообладатель) обязуется предоставить другой стороне (пользователю) за вознаграждение на срок или без указания срока право использовать в предпринимательской деятельности пользователя комплекс исключительных прав, принадлежащих правообладателю, в том числе право на фирменное наименование и/или коммерческое обозначение правообладателя, на охраняемую коммерческую информацию, а также на другие предусмотренные договором объекты исключительных прав - товарный знак, знак обслуживания и т.д.

Договор коммерческой концессии предусматривает использование комплекса исключительных прав, деловой репутации и коммерческого опыта правообладателя в определенном объеме (в частности, с установлением минимального и/или максимального объема использования), с указанием или без указания территории использования применительно к определенной сфере предпринимательской деятельности (продаже товаров, полученных от правообладателя или произведенных пользователем, осуществлению иной торговой деятельности, выполнению работ, оказанию услуг).

Российское законодательство допускает и так называемую "субконцессию", то есть договором коммерческой концессии может быть предусмотрено право пользователя разрешать другим лицам использовать предоставленный ему комплекс исключительных прав или части этого комплекса на условиях субконцессии, согласованных им с правообладателем либо определенных в договоре коммерческой концессии.

Определенная уникальность договора коммерческой концессии заключается в том, что его стороны могут предусмотреть такие ограничения конкуренции, которые для всех других случаев были бы недопустимы. Например, сторонами договора может быть предусмотрено:

- обязательство правообладателя не предоставлять другим лицам аналогичные комплексы исключительных прав для их использования на закрепленной за пользователем территории либо воздерживаться от собственной аналогичной деятельности на этой территории;
- обязательство пользователя не конкурировать с правообладателем на территории, на которую распространяется действие договора коммерческой концессии в отношении предпринимательской деятельности, осуществляемой пользователем с использованием принадлежащих правообладателю исключительных прав;

- отказ пользователя от получения по договорам коммерческой концессии аналогичных прав у конкурентов (потенциальных конкурентов) правообладателя;
- обязательство пользователя согласовывать с правообладателем место расположения коммерческих помещений, используемых при осуществлении предоставленных по договору исключительных прав, а также их внешнее и внутреннее оформление.

Ограничительные условия могут быть признаны недействительными по требованию антимонопольного органа или иного заинтересованного лица, если эти условия с учетом состояния соответствующего рынка и экономического положения сторон противоречат антимонопольному законодательству.

За незаконное использование товарного знака (знака обслуживания), наименования место происхождения товара действующим законодательством предусмотрены различные меры ответственности.

Так, за незаконное использование товарного знака законодательством предусмотрена ответственность.

Во-первых, гражданско-правовая. Защита гражданских прав от незаконного использования товарного знака, помимо требований о прекращении нарушения или взыскания причиненных убытков, осуществляется также путем публикации судебного решения в целях восстановления деловой репутации потерпевшего, а также удаления за счет нарушителя с контрафактных товаров, этикеток, упаковок незаконно используемого товарного знака или сходного с ним до степени смешения обозначения либо уничтожения за счет нарушителя контрафактных товаров, этикеток, упаковок в случае невозможности удаления с них незаконно используемого товарного знака или сходного с ним до степени смешения обозначения, за исключением случаев обращения этих контрафактных товаров, этикеток, упаковок в доход государства или их передачи правообладателю по его заявлению в счет возмещения убытков или в целях их последующего уничтожения.

Лицо, незаконно использующее зарегистрированное наименование места происхождения товара или сходное с таким наименованием обозначение, обязано по требованию обладателя свидетельства на право пользования наименованием места происхождения товара, государственного органа, прокурора или общественной организации:

1. Прекратить его использование, а также возместить причиненные убытки в соответствии с гражданским законодательством.
2. Опубликовать судебное решение в целях восстановления деловой репутации потерпевшего.
3. Удалить с контрафактных товаров, этикеток, упаковок незаконно используемое наименование места происхождения товара или сходное с ним до степени смешения обозначение либо уничтожить контрафактные товары, этикетки, упаковки в случае невозможности удаления с них незаконно используемого наименования места происхождения товара или сходного с ним до степени смешения обозначения.

Правообладатель и обладатель свидетельства на право пользования наименованием места происхождения товара вместо требования о взыскании причиненных убытков вправе требовать от лица, незаконно использующего товарный знак или наименование места происхождения товара, выплаты определяемой судом денежной компенсации в размере от 1 тысячи до 50 тысяч минимальных размеров оплаты труда, установленных федеральным законом.

Во-вторых, административная ответственность. Незаконное использование чужого товарного знака, знака обслуживания, наименования места происхождения товара или сходных с ними обозначений для однородных товаров влечет наложение административного штрафа на граждан в размере от 15 до 20 минимальных размеров оплаты труда с конфискацией предметов, содержащих незаконное воспроизведение товарного знака, знака обслуживания, наименования места происхождения товара; на должностных лиц - от 30 до 40 минимальных размеров оплаты труда с конфискацией предметов, содержащих незаконное воспроизведение товарного знака, знака обслуживания, наименования места происхождения товара; на юридических лиц - от 300 до 400 минимальных размеров оплаты труда с конфискацией предметов, содержащих незаконное воспроизведение товарного знака, знака обслуживания, наименования места происхождения товара.

В-третьих, уголовная ответственность. Незаконное использование чужого товарного знака, знака обслуживания, наименования места происхождения товара или сходных с ними обозначений для однородных товаров, если это деяние совершено неоднократно или причинило крупный ущерб, наказывается штрафом в размере до 200 тысяч рублей или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период до 18 месяцев, либо обязательными работами на срок от 180 до 240 часов, либо исправительными работами на срок до двух лет.

Лекция 14. Топология интегральной микросхемы - понятие, правовой режим. Селекционное достижение.

К числу менее распространенных объектов исключительных прав следует отнести: селекционные достижения и топологии интегральных микросхем.

Топологии интегральных микросхем

Топология интегральной микросхемы - это зафиксированное на материальном носителе пространственно-геометрическое расположение совокупности элементов интегральной микросхемы и связей между ними. Интегральная микросхема - это микроэлектронное изделие окончательной или промежуточной формы, предназначенное для выполнения функций электронной схемы, элементы и связи которого нераздельно сформированы в объеме и/или на поверхности материала, на основе которого изготовлено изделие.

Основным признаком охраноспособности топологии интегральной микросхемы является оригинальность. Оригинальной является топология, созданная в результате творческой деятельности автора и являющаяся

неизвестной автору и/или специалистам в области разработки топологий на дату ее создания. Топология признается оригинальной до тех пор, пока не доказано обратное. Топологии, состоящей из элементов, которые являются известными специалистам в области разработки топологий на дату создания этой топологии, предоставляется правовая охрана только в том случае, если совокупность таких элементов в целом удовлетворяет требованию оригинальности.

Автором охраняемой топологии признается физическое лицо, в результате творческой деятельности которого эта охраняемая топология была создана. Если охраняемая топология создана совместно несколькими физическими лицами, каждое из этих лиц признается автором такой охраняемой топологии. Не признаются авторами физические лица, не внесшие личного творческого вклада в создание охраняемой топологии, а оказавшие автору только техническую, организационную или материальную помощь либо способствовавшие оформлению права на использование охраняемой топологии. Таким образом, нельзя признать автором лицо, которое производило регистрацию топологии интегральной микросхемы в Роспатенте, так как это не является творческой деятельностью.

Автору или иному правообладателю принадлежит исключительное право на охраняемую топологию, в том числе право использовать охраняемую топологию по своему усмотрению, в частности путем изготовления и распространения интегральной микросхемы с такой топологией, включая право запрещать использование этой топологии другим лицам без соответствующего разрешения. Порядок пользования правами, принадлежащими нескольким авторам охраняемой топологии или иным правообладателям, определяется договором между ними.

Нарушением исключительного права на охраняемую топологию признается совершение следующих действий без разрешения автора или иного правообладателя:

- воспроизведение охраняемой топологии в целом или ее части путем включения в интегральную микросхему или иным образом, за исключением воспроизведения только той ее части, которая не является оригинальной.
- ввоз на территорию Российской Федерации, продажа и иное введение в оборот охраняемой топологии, интегральной микросхемы с этой топологией или включающего в себя такую интегральную микросхему изделия.

С другой стороны, не признается нарушением исключительного права на охраняемую топологию интегральной микросхемы:

- осуществление действий, составляющих исключительное право, в отношении интегральной микросхемы, в которую включена незаконно воспроизведенная охраняемая топология, а также любого включающего в себя такую интегральную микросхему изделия в случаях, если лицо, совершающее такие действия, не знало и не должно было знать, что в нее включена незаконно воспроизведенная охраняемая

топология. После получения уведомления о незаконном воспроизведении охраняемой топологии указанное лицо выплачивает правообладателю компенсацию за использование охраняемой топологии, соразмерную той, которая могла бы быть выплачена при сравнимых обстоятельствах за аналогичную топологию.

- использование охраняемой топологии в личных целях, не преследующих получения прибыли, а также в целях оценки, анализа, исследования или обучения. Под использованием топологии в целях получения прибыли понимается воспроизведение, распространение любым способом топологии, топологии интегральной микросхемы с этой топологией или включающего в себя такую топологию интегральной микросхемы изделия в целях получения прибыли.
- распространение интегральной микросхемы с охраняемой топологией, введенной в оборот законным путем.

Исключительное право на охраняемую топологию интегральной микросхемы действует в течение десяти лет. Начало срока действия исключительного права на охраняемую топологию определяется по наиболее ранней из следующих дат:

- по дате первого использования охраняемой топологии, под которой подразумевается наиболее ранняя документально зафиксированная дата введения в оборот в Российской Федерации или любом иностранном государстве этой топологии, интегральной микросхемы с этой топологией или включающего в себя такую интегральную микросхему изделия.
- по дате регистрации топологии в федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности (если таковая была осуществлена).

Правообладатель топологии интегральной микросхемы (ТИМ) может подать заявку на регистрацию топологии в Роспатент. Это является необязательным действием, однако регистрация увеличивает количество способов защиты прав.

Предоставление права на использование ТИМ осуществляется обычно на основе исключительной или неисключительной лицензии.

Исключительная лицензия. В этом случае лицензиату передается исключительное право на использование произведения в пределах, оговоренных договором, с сохранением за лицензиаром права на использование произведения в части, не передаваемой лицензиату. Договор о передаче исключительного права на зарегистрированную топологию подлежит регистрации в федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности.

Неисключительная лицензия. При неисключительной лицензии за лицензиаром остаются все права, в том числе право на предоставление лицензий третьим лицам. Договоры о передаче права на использование охраняемой топологии могут быть зарегистрированы в федеральном органе

исполнительной власти по интеллектуальной собственности по соглашению сторон.

Селекционные достижения

Права на селекционные достижения. *Селекционное достижение* - сорт растений, порода животных. Под сортом понимается группа растений, которая независимо от охраноспособности определяется по признакам, характеризующим данный генотип или комбинацию генотипов, и отличается от других групп растений того же ботанического таксона одним или несколькими признаками. Сорт может быть представлен одним или несколькими растениями, частью или несколькими частями растения при условии, что такая часть или части могут быть использованы для воспроизводства целых растений сорта. Под породой животных понимается группа животных, которая независимо от охраноспособности обладает генетически обусловленными биологическими и морфологическими свойствами и признаками, причем некоторые из них специфичны для данной группы и отличают ее от других групп животных. Порода может быть представлена женской или мужской особью или племенным материалом.

Регистрация (патентование) селекционного достижения является обязательным условием его правовой охраны.

Критерии охраноспособности селекционного достижения

Во-первых, новизна. Сорт, порода считаются новыми, если на дату подачи заявки на выдачу патента семена или племенной материал данного селекционного достижения не продавались и не передавались иным образом другим лицам селекционером, его правопреемником или с их согласия для использования селекционного достижения:

- на территории Российской Федерации - ранее чем за один год до этой даты;
- на территории другого государства - ранее чем за четыре года или, если это касается винограда, древесных декоративных, плодовых культур и лесных пород, ранее чем за шесть лет до указанной даты.

Во-вторых, отличимость. Селекционное достижение должно явно отличаться от любого другого общеизвестного селекционного достижения, существующего к моменту подачи заявки. Общеизвестным селекционным достижением может быть селекционное достижение, находящееся в официальных каталогах, справочном фонде или имеющее точное описание в одной из публикаций. Подача заявки на выдачу патента или на допуск к использованию также делает селекционное достижение общеизвестным с даты подачи заявки при условии, что на селекционное достижение был выдан патент или что селекционное достижение было допущено к использованию.

В-третьих, однородность. Растения сорта, животные породы должны быть достаточно однородны по своим признакам с учетом отдельных отклонений, которые могут иметь место в связи с особенностями размножения.

В-четвертых, стабильность. Селекционное достижение считается стабильным, если его основные признаки остаются неизменными после

неоднократного размножения или в случае особого цикла размножения, в конце каждого цикла размножения.

Завершая анализ критериев охраноспособности селекционного достижения, необходимо остановиться на объеме прав правообладателя. Дело в том, что исключительное право патентообладателя состоит в том, что любое лицо должно получить от обладателя патента лицензию на осуществление с семенами, племенным материалом охраняемого селекционного достижения следующих действий:

- производство и воспроизводство;
- доведение до посевных кондиций для последующего размножения;
- предложение к продаже;
- продажа и иные виды сбыта;
- вывоз с территории Российской Федерации;
- ввоз на территорию Российской Федерации;
- хранение в перечисленных выше целях.

Право патентообладателя распространяется также на растительный материал, товарных животных, которые были произведены соответственно из семян или от племенных животных, введенных в хозяйственный оборот без разрешения обладателя патента. Необходимо получить разрешение обладателя патента на охраняемое селекционное достижение для совершения вышеописанных действий с семенами сорта, племенным материалом породы, которые:

- существенным образом наследуют признаки охраняемых (исходных) сорта, породы, если эти охраняемые сорт, порода сами не являются селекционными достижениями, существенным образом наследующими признаки других селекционных достижений;
- не явно отличаются от охраняемых сорта, породы;
- требуют неоднократного использования охраняемого сорта для производства семян.

Селекционным достижением, существенным образом наследующим признаки другого (исходного) охраняемого селекционного достижения, признается селекционное достижение, которое при явном отличии от исходного:

- наследует наиболее существенные признаки исходного селекционного достижения или селекционного достижения, которое само наследует существенные признаки исходного селекционного достижения, сохраняя при этом основные признаки, отражающие генотип или комбинацию генотипов исходного селекционного достижения;
- соответствует генотипу или комбинации генотипов исходного селекционного достижения, за исключением отклонений, вызванных применением таких методов, как индивидуальный отбор из исходного сорта, породы, отбор индуцированного мутанта, беккросс, генная инженерия

Применительно к селекционным достижениям существуют открытая и принудительная лицензии.

Открытая лицензия означает, что патентообладатель может опубликовать в официальном бюллетене Госкомиссии заявление о том, что любое лицо, при условии уплаты обусловленных в заявлении платежей, вправе использовать его селекционное достижение с момента уведомления об этом патентообладателя. Госкомиссия вносит в Государственный реестр охраняемых селекционных достижений запись о предоставлении открытой лицензии с указанием размера платежей.

Принудительная лицензия может быть выдана только при соблюдении следующих условий:

- заявление о выдаче принудительной лицензии поступило по истечении трех лет с даты выдачи патента;
- патентообладатель отказал заявителю в праве производить или реализовывать семена, племенной материал или не готов предоставить такое право;
- отсутствуют уважительные причины, препятствующие патентообладателю предоставить заявителю право на использование его селекционного достижения;
- лицо, испрашивающее принудительную лицензию, доказало, что в финансовом и иных отношениях оно в состоянии компетентно и эффективно пользоваться лицензией;
- уплачена установленная пошлина за выдачу принудительной лицензии.

Передача прав на использование селекционного достижения возможна на основании *лицензионного договора*.

По лицензионному договору (исключительная или неисключительная лицензия) патентообладатель (лицензиар) передает право на использование селекционного достижения другому лицу (лицензиату) в порядке расчетов, обусловленных договором, или безвозмездно. При исключительной лицензии лицензиату передается исключительное право на использование селекционного достижения в пределах, оговоренных договором, с сохранением за лицензиаром права на использование селекционного достижения в части, не передаваемой лицензиату. При неисключительной лицензии за лицензиаром остаются все права, предоставляемые патентом на селекционное достижение, в том числе право на предоставление лицензий третьим лицам. Лицензионный договор заключается в письменной форме. Исключительная лицензия действительна после ее регистрации в Государственной комиссии Российской Федерации по испытанию и охране селекционных достижений.

Указанная комиссия, на правах внесудебного органа рассмотрения споров, полномочна рассматривать следующие вопросы.

Во-первых, о признании патента недействительным. Госкомиссия признает патент недействительным, если будет установлено, что:

- патент был выдан на основании неподтвердившихся данных об однородности и стабильности селекционного достижения, представленных заявителем;
- на дату выдачи патента селекционное достижение не соответствовало критерию новизны или отличимости;
- лицо, указанное в патенте в качестве патентообладателя, не имело законных оснований для получения патента.

Во-вторых, об аннулировании патента. Патент аннулируется Госкомиссией, если:

- селекционное достижение более не соответствует условиям однородности и стабильности;
- патентообладатель не предоставил по просьбе Госкомиссии в течение 12 месяцев семена, племенной материал, документы и информацию, которые необходимы для проверки сохранности селекционного достижения, или не предоставил возможности провести инспекцию селекционного достижения на месте в этих целях;
- патентообладатель не уплатил в установленный срок пошлину за поддержание патента в силе;
- аннулируется название селекционного достижения, а патентообладатель не предложил другого подходящего названия.

Вынесенное решение не является окончательным и может быть обжаловано в суде.

Лекция 15. Коммерческая тайна. Понятие, признаки, правовой режим. Законные способы получения коммерческой тайны. Режим коммерческой тайны. Исключения. Меры по охране конфиденциальности информации.

Коммерческая тайна - это *конфиденциальность информации*, позволяющая ее обладателю при существующих или возможных обстоятельствах увеличить доходы, избежать неоправданных расходов, сохранить положение на рынке товаров, работ, услуг или получить иную коммерческую выгоду. Именно таким образом определяет понятие "коммерческая тайна" Федеральный закон "О коммерческой тайне". Информация, составляющая коммерческую тайну, - научно-техническая, технологическая, производственная, финансово-экономическая или иная информация (в том числе составляющая секреты производства - ноу-хау), которая имеет действительную или потенциальную коммерческую ценность в силу неизвестности ее третьим лицам, к которой нет свободного *доступа* на законном основании и в отношении которой обладателем такой информации введен *режим коммерческой тайны*. Отсюда вытекают ее основные признаки.

Во-первых, информация имеет действительную или потенциальную коммерческую ценность в силу неизвестности ее третьим лицам. Это вовсе не означает, что информацией обладает только одно лицо, одной и той же информацией могут обладать двое и более лиц, главное - чтобы она не стала

общеизвестной тем, для кого она представляет коммерческий интерес (субъекты права на коммерческую тайну).

Во-вторых, к информации нет свободного доступа на законном основании. Это означает, что если информация получена из открытых источников, например из СМИ, то она не будет признаваться коммерческой тайной. Судебной практике известен случай, когда "Театр актера и куклы "Гонг" обратился в Арбитражный суд с иском о признании исключительного имущественного права на использование создаваемых его работниками в порядке исполнения служебных обязанностей еженедельных программ передач телекомпании "Гонг". Истец также просил обязать ответчиков (редакции газет "Каменский рабочий", "Каменские ведомости" и "Новый компас") прекратить публикацию в своих газетах упомянутых программ и взыскать с них компенсацию в сумме 20 минимальных размеров оплаты труда, установленных законодательством. "Театр актера и куклы "Гонг" являлся учредителем средства массовой информации - телекомпании "Гонг", программы которой транслировались по пятому частотному каналу в городе Каменск-Уральском. Информация о программах телепередач, публикуемая истцом в бесплатной газете "Удача", перепечатывается ответчиками.

Как указывается в решении, согласно ст. 128 ГК РФ, информация является объектом гражданских прав, которая в соответствии со ст. 139 ГК РФ может охраняться как коммерческая тайна. При этих условиях действует запрет на использование информации без согласия ее правообладателя.

По мнению суда, для режима служебной или коммерческой тайны главным требованием является неизвестность информации третьим лицам, отсутствие свободного доступа к охраняемой информации, то есть обеспечение ее владельцем условий конфиденциальности. Программы телепередач, подготовленные истцом, названным требованиям не соответствовали. Естественно, в иске было отказано[1)].

В-третьих, обладатель информации принимает меры к охране ее конфиденциальности (режим коммерческой тайны). *Режим коммерческой тайны* - правовые, организационные, технические и иные принимаемые обладателем информации, составляющей коммерческую тайну, меры по охране ее конфиденциальности.

Право на отнесение информации к категории коммерческой тайны, на определение перечня и состава такой информации принадлежит ее обладателю.

Несмотря на строгий режим коммерческой информации, существуют законные способы ее получения.

Во-первых, при осуществлении исследований, систематических наблюдений или иной деятельности, несмотря на то что содержание полученной информации может совпадать с содержанием информации, составляющей коммерческую тайну, обладателем которой является другое лицо.

Во-вторых, получение от ее обладателя на основании договора или на другом законном основании.

Информация, составляющая коммерческую тайну, будет считаться полученной незаконно, если ее получение осуществлялось с умышленным преодолением принятых обладателем информации, составляющей коммерческую тайну, мер по охране конфиденциальности этой информации, а также если получающее эту информацию лицо знало или имело достаточные основания полагать, что эта информация составляет коммерческую тайну, обладателем которой является другое лицо, и что осуществляющее передачу этой информации лицо не имеет на передачу этой информации законных оснований.

Справедливости ради надо заметить, что не все сведения могут быть отнесены к информации, составляющей коммерческую тайну. В соответствии с действующим законодательством режим коммерческой тайны не может быть установлен лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность, в отношении следующих сведений:

- содержащихся в учредительных документах юридического лица, документах, подтверждающих факт внесения записей о юридических лицах и об индивидуальных предпринимателях в соответствующие государственные реестры;
- содержащихся в документах, дающих право на осуществление предпринимательской деятельности;
- о составе имущества государственного или муниципального унитарного предприятия, государственного учреждения и об использовании ими средств соответствующих бюджетов;
- о загрязнении окружающей среды, состоянии противопожарной безопасности, санитарно-эпидемиологической и радиационной обстановке, безопасности пищевых продуктов и других факторах, оказывающих негативное воздействие на обеспечение безопасного функционирования производственных объектов, безопасности каждого гражданина и безопасности населения в целом;
- о численности, о составе работников, о системе оплаты труда, об условиях труда, в том числе об охране труда, о показателях производственного травматизма и профессиональной заболеваемости и о наличии свободных рабочих мест;
- о задолженности работодателей по выплате заработной платы и по иным социальным выплатам;
- о нарушениях законодательства Российской Федерации и фактах привлечения к ответственности за совершение этих нарушений;
- об условиях конкурсов или аукционов по приватизации объектов государственной или муниципальной собственности;
- о размерах и структуре доходов некоммерческих организаций, о размерах и составе их имущества, об их расходах, о численности и об оплате труда их работников, об использовании безвозмездного труда граждан в деятельности некоммерческой организации;

- о перечне лиц, имеющих право действовать без доверенности от имени юридического лица;
- обязательность раскрытия которых или недопустимость ограничения доступа к которым установлена федеральными законами

Помимо названного, можно говорить об определенных привилегиях государственных органов в доступе к информации, составляющей коммерческую тайну. Обладатель информации, составляющей коммерческую тайну, по мотивированному требованию органа государственной власти, иного государственного органа, органа местного самоуправления обязан предоставить им на безвозмездной основе информацию, составляющую коммерческую тайну. Мотивированное требование должно быть подписано уполномоченным должностным лицом, содержать указание цели и правового основания затребования информации, составляющей коммерческую тайну, и срок предоставления этой информации, если иное не установлено федеральными законами.

В случае отказа обладателя информации, составляющей коммерческую тайну, предоставить ее органу государственной власти, иному государственному органу, органу местного самоуправления данные органы вправе затребовать эту информацию в судебном порядке. Обладатель информации, составляющей коммерческую тайну, а также органы государственной власти, иные государственные органы, органы местного самоуправления, получившие такую информацию, обязаны предоставить эту информацию по запросу судов, органов прокуратуры, органов предварительного следствия, органов дознания по делам, находящимся в их производстве.

Обладатель информации, составляющей коммерческую тайну, - лицо, которое владеет информацией, составляющей коммерческую тайну, на законном основании и ограничило доступ к этой информации, а также установило в отношении нее режим коммерческой тайны.

Для придания информации режима коммерческой тайны ее обладатель должен принять определенные меры для обеспечения ее неизвестности третьим лицам. Меры по охране конфиденциальности информации, принимаемые ее обладателем, должны включать в себя:

- определение перечня информации, составляющей коммерческую тайну;
- ограничение доступа к информации, составляющей коммерческую тайну, путем установления порядка обращения с этой информацией и контроля за соблюдением такого порядка;
- учет лиц, получивших доступ к информации, составляющей коммерческую тайну, и/или лиц, которым такая информация была предоставлена или передана;
- регулирование отношений по использованию информации, составляющей коммерческую тайну, работниками на основании трудовых договоров и контрагентами на основании гражданско-правовых договоров;

- нанесение на материальные носители (документы), содержащие информацию, составляющую коммерческую тайну, грифа "Коммерческая тайна" с указанием обладателя этой информации (для юридических лиц - полное наименование и место нахождения, для индивидуальных предпринимателей - фамилия, имя, отчество гражданина, являющегося индивидуальным предпринимателем, и место жительства).

После соблюдения указанных мер режим коммерческой тайны считается установленным. Меры по охране конфиденциальности информации признаются разумно достаточными, если:

1. Исключается доступ к информации, составляющей коммерческую тайну, любых лиц без согласия ее обладателя.
2. Обеспечивается возможность использования информации, составляющей коммерческую тайну, работниками и передачи ее контрагентам без нарушения режима коммерческой тайны. Под контрагентом понимается сторона гражданско-правового договора, которой обладатель информации, составляющей коммерческую тайну, передал эту информацию.

Отдельного рассмотрения заслуживает правовой режим информации, составляющей коммерческую тайну, ставшей доступной физическому лицу - работнику в процессе выполнения его трудовых обязанностей.

Очевидно, что обладателем информации, составляющей коммерческую тайну, полученной в рамках трудовых отношений, является работодатель. Под трудовым договором понимается соглашение между работодателем и работником, в соответствии с которым работодатель обязуется предоставить работнику работу по обусловленной трудовой функции, обеспечить условия труда, своевременно и в полном размере выплачивать работнику заработную плату, а работник обязуется лично выполнять определенную этим соглашением трудовую функцию, соблюдать действующие в организации правила внутреннего трудового распорядка.

В целях охраны конфиденциальности информации работодатель обязан:

- ознакомить под расписку работника, доступ которого к информации, составляющей коммерческую тайну, необходим для выполнения им своих трудовых обязанностей, с перечнем информации, составляющей коммерческую тайну, обладателями которой является работодатель и его контрагенты;
- ознакомить под расписку работника с установленным работодателем режимом коммерческой тайны и с мерами ответственности за его нарушение;
- создать работнику необходимые условия для соблюдения им установленного работодателем режима коммерческой тайны.

Со своей стороны, в целях охраны конфиденциальности информации работник обязан:

- выполнять установленный работодателем режим коммерческой тайны;

- не разглашать информацию, составляющую коммерческую тайну, обладателями которой являются работодатель и его контрагенты, и без их согласия не использовать эту информацию в личных целях;
- не разглашать информацию, составляющую коммерческую тайну, обладателями которой являются работодатель и его контрагенты, после прекращения трудового договора в течение срока, предусмотренного соглашением между работником и работодателем, заключенным в период срока действия трудового договора, или в течение трех лет после прекращения трудового договора, если указанное соглашение не заключалось;
- возместить причиненный работодателю ущерб, если работник виновен в разглашении информации, составляющей коммерческую тайну, ставшей ему известной в связи с исполнением им трудовых обязанностей;
- передать работодателю при прекращении или расторжении трудового договора имеющиеся в пользовании работника материальные носители информации, содержащие информацию, составляющую коммерческую тайну.

Помимо рассмотренных субъектов, обладатель коммерческой тайны взаимодействует с другими хозяйствующими субъектами в рамках гражданско-правовых отношений с контрагентами. Отношения между обладателем информации, составляющей коммерческую тайну, и его контрагентом в части, касающейся охраны конфиденциальности информации, регулируются законом и договором. В договоре должны быть определены условия охраны конфиденциальности информации, в том числе в случае реорганизации или ликвидации одной из сторон договора в соответствии с гражданским законодательством, а также обязанность контрагента по возмещению убытков при разглашении им этой информации вопреки договору. В случае если иное не установлено договором между обладателем информации, составляющей коммерческую тайну, и контрагентом, контрагент в соответствии с законодательством Российской Федерации самостоятельно определяет способы защиты информации, составляющей коммерческую тайну, переданной ему по договору. Контрагент обязан незамедлительно сообщить обладателю информации, составляющей коммерческую тайну, о допущенном контрагентом либо ставшем ему известном факте разглашения или угрозы разглашения, незаконном получении или незаконном использовании информации, составляющей коммерческую тайну, третьими лицами. Обладатель информации, составляющей коммерческую тайну, переданной им контрагенту, до окончания срока действия договора не может разглашать информацию, составляющую коммерческую тайну, а также в одностороннем порядке прекращать охрану ее конфиденциальности, если иное не установлено договором. Сторона, не обеспечившая в соответствии с условиями договора охраны конфиденциальности информации, переданной по договору, обязана возместить другой стороне убытки, если иное не предусмотрено договором.

В соответствии с законом права обладателя информации, составляющей коммерческую тайну, возникают с момента установления им в отношении

такой информации режима коммерческой тайны, о чем было сказано выше. Обладатель информации, составляющей коммерческую тайну, имеет право:

- устанавливать, изменять и отменять в письменной форме режим коммерческой тайны;
- использовать информацию, составляющую коммерческую тайну, для собственных нужд в порядке, не противоречащем законодательству Российской Федерации;
- разрешать или запрещать доступ к информации, составляющей коммерческую тайну, определять порядок и условия доступа к этой информации;
- вводить в гражданский оборот информацию, составляющую коммерческую тайну, на основании договоров, предусматривающих включение в них условий об охране конфиденциальности этой информации;
- требовать от юридических и физических лиц, получивших доступ к информации, составляющей коммерческую тайну, органов государственной власти, иных государственных органов, органов местного самоуправления, которым предоставлена информация, составляющая коммерческую тайну, соблюдения обязанностей по охране ее конфиденциальности;
- требовать от лиц, получивших доступ к информации, составляющей коммерческую тайну, в результате действий, осуществленных случайно или по ошибке, охраны конфиденциальности этой информации;
- защищать в установленном законом порядке свои права в случае разглашения, незаконного получения или незаконного использования третьими лицами информации, составляющей коммерческую тайну, в том числе требовать возмещения убытков, причиненных в связи с нарушением его прав.

Специфика режима коммерческой тайны предполагает и соответствующую ответственность за нарушения этого режима. В зависимости от характера нарушения и нарушителя ответственность может быть различная.

Во-первых, дисциплинарная. Согласно Трудовому кодексу, трудовой договор может быть расторгнут по инициативе работодателя, в связи с разглашением охраняемой законом коммерческой тайны, ставшей известной работнику в связи с исполнением им трудовых обязанностей.

Во-вторых, гражданско-правовая. Лица, незаконными методами получившие информацию, которая составляет коммерческую тайну, обязаны возместить причиненные убытки. Такая же обязанность возлагается на работников, разгласивших коммерческую тайну вопреки трудовому или гражданско-правовому договору. Под убытками понимаются расходы, которые лицо, чье право нарушено, произвело или должно будет произвести для восстановления нарушенного права (реальный ущерб), а также неполученные доходы, которые это лицо получило бы при обычных условиях гражданского оборота, если бы его право не было нарушено (упущенная выгода).

В-третьих, уголовная. Ст. 183 УК РФ предусматривает, что собирание сведений, составляющих коммерческую тайну, путем похищения документов, подкупа или угроз, а равно иным незаконным способом, наказывается штрафом в размере до 80 тысяч рублей или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период от одного до шести месяцев, либо лишением свободы на срок до двух лет.

Незаконные разглашение или использование сведений, составляющих коммерческую тайну, без согласия их владельца лицом, которому она была доверена или стала известна по службе или работе, наказываются штрафом в размере до 120 тысяч рублей или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период до одного года с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до трех лет либо лишением свободы на срок до трех лет. Те же деяния, причинившие крупный ущерб или совершенные из корыстной заинтересованности, наказываются штрафом в размере до 200 тысяч рублей или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период до 18 месяцев с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до трех лет либо лишением свободы на срок до пяти лет.

Лекция 16. Авторское право и смежные права. Промышленная собственность. Товарные знаки и знаки обслуживания. Селекционные достижения.

Авторское право и смежные права

Как уже говорилось, право на объекты интеллектуальной собственности имеет территориальный характер. Оно не действует само по себе (автоматически) на территории других государств. Для того чтобы, например, права правообладателя охранялись на территории другой страны или нескольких стран сразу, необходимо заключение соответственно двустороннего или многостороннего международного договора.

Первым универсальным договором в сфере промышленной собственности была Парижская конвенция по охране промышленной собственности 1883 г. Затем появилось универсальное соглашение в области авторских прав - Бернская конвенция по охране литературных и художественных произведений 1886 г.

Перечень охраняемых объектов авторского права постепенно расширялся. Так, в сфере авторского права и смежных прав с развитием техники (звукозапись, радиотрансляция и т.д.) назрела необходимость выделить группу прав организаций - производителей фонограмм и организаций эфирного и кабельного вещания (субъекты смежных прав). Этот процесс сопровождался принятием на международном уровне изменений в соглашения между государствами и заключением новых международных договоров.

В настоящий момент Российская Федерация является участницей ряда международных соглашений, ключевые из которых необходимо упомянуть.

Бернская конвенция по охране литературных и художественных произведений 1886 г. Текст соглашения пересматривался несколько раз (в 1908, 1928, 1948, 1967 и 1971 г.). В числе участников конвенции более 145 государств. Российская Федерация присоединилась в 1994 г., при этом Россия сделала уведомление, что действие Бернской конвенции не распространяется на произведения, которые на дату вступления Конвенции в силу для Российской Федерации уже являются на ее территории общественным достоянием. Этим нарушается принцип ретроохраны, то есть охраны произведений, которые на момент вступления Конвенции в силу еще не стали общим достоянием в стране происхождения вследствие истечения срока охраны (ст. 18 Конвенции).

По своей сути, Конвенция базируется на трех принципах.

Принцип "национального режима" - произведения, созданные в одной из стран - участниц Конвенции, получают в других странах-участницах такую же охрану, как и произведения, созданные собственными гражданами.

Принцип "автоматической охраны" - национальный режим не зависит от выполнения каких-либо формальностей (депонирование произведения, регистрация и т.п., которые существуют в некоторых странах, таких как США, Англия).

Принцип "независимости охраны" - произведение охраняется в странах - участницах Конвенции независимо от того, предоставлена ли охрана в стране происхождения произведения.

Ст. 2 Конвенции определяет круг охраняемых произведений и приводит их примерный перечень: "Термин "литературные и художественные произведения" охватывает все произведения в области литературы, науки и искусства, каким бы способом и в какой бы форме они ни были выражены, как-то: книги, брошюры и другие письменные произведения; лекции, обращения, проповеди и другие подобного рода произведения; драматические и музыкально-драматические произведения; хореографические произведения и пантомимы; музыкальные сочинения с текстом или без текста; кинематографические произведения, к которым приравниваются произведения, выраженные способом, аналогичным кинематографии; рисунки, произведения живописи, архитектуры, скульптуры, графики и литографии; фотографические произведения, к которым приравниваются произведения, выраженные способом, аналогичным фотографии; произведения прикладного искусства; иллюстрации, географические карты, планы, эскизы и пластические произведения, относящиеся к географии, топографии, архитектуре или наукам".

Конвенция предусматривает деление авторских прав на имущественные и личные неимущественные. К последним относится право требовать признания своего авторства на произведение и противодействовать всякому извращению, искажению или иному изменению этого произведения, а также любому другому посягательству на произведение, способному нанести ущерб чести или репутации автора.

К имущественным правам Конвенция относит:

- право на перевод;
- право на воспроизведение;

- право на публичное исполнение и передачу исполнения для всеобщего сведения драматических, музыкально-драматических и музыкальных произведений;
- право на передачу произведений в эфир или публичное сообщение этих произведений любым другим способом беспроволочной передачи знаков, звуков или изображений;
- право автора литературного произведения на публичное чтение своего произведения, осуществляемое любыми средствами или способами;
- право автора на передачу любым способом чтения своего произведения для всеобщего сведения;
- право авторов литературных и художественных произведений на переделки, аранжировки и другие изменения своих произведений;
- право авторов литературных и художественных произведений на кинематографическую переделку и воспроизведение своих произведений и распространение переделанных или воспроизведенных таким образом произведений, а также право на публичное представление и исполнение переделанных или воспроизведенных таким образом произведений и сообщение их по проводам для всеобщего сведения.

Другим заслуживающим внимание документом является *Всемирная конвенция об авторском праве* 1952 г. Российская Федерация участвует в Конвенции в редакции 1952 г. с 27 мая 1973 г., а в редакции 1971 г. - с 9 марта 1995 г. Всемирная конвенция не действует с обратной силой в отличие от Бернской конвенции.

Важное положение, имеющее практическое значение, содержится в статье III Всемирной конвенции. Если какое-либо государство предусматривает соблюдение формальностей для цели предоставления охраны произведению (депонирование произведения, регистрация, оговорка о сохранении авторского права, нотариальные удостоверения, уплата сборов, изготовление или выпуск в свет экземпляров произведения на территории данного государства), то для иностранных авторов, произведения которых впервые выпущены в свет вне территории этого государства, эти формальности считаются выполненными, если начиная с первого выпуска в свет этих произведений все их экземпляры, выпущенные с разрешения автора или любого другого обладателя его прав, будут носить знак с указанием имени обладателя авторского права и года первого выпуска в свет; этот знак, имя и год выпуска должны быть помещены таким способом и на таком месте, которые ясно показывали бы, что авторское право сохраняется.

Всемирная конвенция признает право на перевод, но ограничивает его в связи с потребностями развивающихся государств. Если зарубежное произведение не было переведено на национальный язык государства по истечении семи лет с момента его выпуска в свет, то любой гражданин этого государства - участника Конвенции может получить от компетентного органа данного государства неисключительную лицензию на перевод и выпуск в свет

переведенного таким образом произведения на национальном языке, на котором оно до этого не было выпущено в свет.

Срок охраны произведений, на которые распространяется действие Конвенции, не может быть короче периода, охватывающего время жизни автора и двадцать пять лет после его смерти. Но если государство ограничивает этот срок для произведений определенных категорий периодом, исчисляемым со времени первого выпуска в свет произведения, то оно вправе сохранить такие отступления или распространить их на произведения других категорий. Для произведений всех этих категорий срок охраны не может быть короче 25 лет, считая со времени первого выпуска в свет (п. 2 ст. 4).

Еще один важный международный документ - *Конвенция об охране интересов производителей фонограмм от незаконного воспроизводства их фонограмм* 1971 г. Российская Федерация - участница Конвенции с 13 марта 1995 г.

Как признается в Конвенции: "Каждое государство-участник обязуется охранять интересы производителей фонограмм, являющихся гражданами других государств-участников, от производства копий фонограмм без согласия производителя и от ввоза таких копий всякий раз, когда упомянутые производство или ввоз осуществляются с целью их распространения среди публики, а также от распространения этих копий среди публики" (ст. 2). Таким образом, за производителем фонограмм закрепляется право на воспроизведение и право на импорт. Естественно, ввоз (импорт) фонограмм для личных нужд не подпадает под действие этого права.

"В тех случаях когда одно из государств-участников в соответствии со своим национальным законодательством требует выполнения формальностей в качестве условий, при которых обеспечивается охрана интересов производителей фонограмм, эти формальности считаются выполненными, если все разрешенные копии фонограмм, распространяемые среди публики, или их упаковка имеют специальную надпись в виде символа Р (в круге) с указанием года первого издания, проставленную так, чтобы было отчетливо видно, что данная фонограмма находится под охраной; если копии или их упаковка не устанавливают производителя фонограмм, его правопреемника или обладателя лицензии путем упоминания его фамилии, марки или другого соответствующего обозначения, то надпись должна также включать фамилию производителя, его правопреемника или обладателя исключительной лицензии" (ст. 5).

Кроме того, Россия является участницей *Конвенции об охране прав исполнителей, производителей фонограмм и вещательных организаций* 1961 г. (Римская конвенция).

Это первое международное соглашение по смежным правам, которое охватывает всех субъектов: исполнителей, производителей фонограмм, вещательных организаций. После этой конвенции международные соглашения в области смежных прав касались только отдельных субъектов и их прав.

Россия стала участницей этой конвенции с 26 мая 2003 г. По состоянию на конец 2004 г. участниками Конвенции являются 79 государств.

Конвенция основана на принципе "национального режима", который относится ко всем трем субъектам смежных прав. Конвенция предусматривает, какими правами пользуются исполнители, производители фонограмм и организации вещания.

Срок охраны, предоставляемый в соответствии с Конвенцией, длится по меньшей мере до конца двадцатилетнего периода, исчисляемого с конца года, в котором:

1. была осуществлена запись фонограмм и включенных в них исполнений;
2. имели место не включенные в фонограммы исполнения;
3. имела место передача в эфир

Помимо названных, Российская Федерация является участницей *Брюссельской конвенции о распространении несущих программы сигналов, передаваемых через спутники* 1974 г.

Конвенция о распространении несущих программы сигналов, передаваемых через спутники (далее - Брюссельская конвенция), была подписана в Брюсселе 21 мая 1974 г. Для СССР указанная конвенция вступила в силу 20 января 1989 г., Российская Федерации является участницей конвенции как правопреемница СССР.

Брюссельская конвенция направлена на запрещение противозаконного распределения программонесущих сигналов, передаваемых с помощью спутника. Дело в том, что вещание через спутники не охватывается определением Римской конвенции "передача в эфир" ("передача беспроволочными средствами звуков или изображений и звуков для приема публикой"), поскольку на момент принятия Конвенции "публика" еще не могла непосредственно принимать сигналы со спутников - обязательно присутствовал посредник, который, принимая сигналы со спутника, затем распространял их по кабелю.

Согласно положениям Брюссельской конвенции, договаривающие государства вправе выбирать способ предотвращения противозаконного распространения сигналов. Положения Брюссельской конвенции не распространяются на случаи передачи сигналов от органа-источника или по его поручению и излучения через спутники для непосредственного использования публикой. Таким образом, из сферы действия Конвенции исключается распространение сигналов, полученных от спутников прямого вещания, позволяющих принять передачи непосредственно при помощи радиоприемников и телевизоров без использования наземной станции. Кроме того, положения данной конвенции не применяются к распространению вторичных сигналов, полученных от сигналов, которые уже были распространены лицом, для которого эти сигналы предназначались.

Ст. 4 Брюссельской конвенции предусматривается ряд исключений в целях повышения образовательного уровня населения развивающихся стран. Разрешается использовать несущие программы сигналы, если сигналы несут короткие выдержки из передаваемой с помощью спутника сигналов программы, содержащие сообщения о текущих событиях, предназначенные для

использования в информационных целях или в качестве цитат, или передаваемая сигналами программа распространяется в развивающихся странах в образовательных или научно-исследовательских целях.

Однако в указанной конвенции новые права организациям вещания непосредственно не предоставляются.

Среди региональных международных соглашений, участницей которых является Российская Федерация, необходимо отметить *Соглашение о сотрудничестве в области охраны авторского права и смежных прав* 1993 г.

Соглашение предусматривает, что "государства-участники предпримут необходимые меры для разработки и принятия законопроектов, обеспечивающих охрану авторского права и смежных прав на уровне требований Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений, Женевской конвенции об охране производителей фонограмм от неразрешенного воспроизведения их фонограмм, Римской конвенции об охране прав исполнителей, производителей фонограмм, организаций телерадиовещания".

В соответствии с соглашением, "государства-участники будут проводить совместную работу по борьбе с незаконным использованием объектов авторского права и смежных прав и через свои компетентные организации будут содействовать разработке конкретных программ и мероприятий" (ст. 4 Соглашения).

В то же время необходимо отметить, что в сфере авторского права и смежных прав в настоящий момент Россия не является участником следующих значимых международных документов:

- Договор ВОИС по авторскому праву 1996 г.;
- Договор ВОИС по исполнениям и фонограммам 1996 г.;
- Соглашение о торговых аспектах прав интеллектуальной собственности (ТРИПС) 1994 г.

Присоединение к указанным документам необходимо ожидать в ближайшем будущем, поскольку это предусмотрено Соглашением о партнерстве и сотрудничестве с Европейским союзом 1994 г.

Договор ВОИС по авторскому праву является ключевым в этой области, хотя оба названных договора ВОИС 1996 г. приняли вызов цифровых технологий и, в частности, в согласованном заявлении к ст. 1 Договора по авторскому праву закрепили следующее положение: "право на воспроизведение в том виде, как оно определено в Бернской конвенции (ст. 9), и допускаемые этой статьей исключения полностью применяются в цифровой среде и, в частности к использованию произведений в цифровой форме. Понимается, что размещение охраняемого произведения в цифровой форме в электронном средстве является воспроизведением в смысле ст. 9 Бернской конвенции".

Также в соответствии с Договором по авторскому праву авторы литературных и художественных произведений пользуются исключительным правом разрешать любое сообщение своих произведений для всеобщего сведения, включая их "доведение до всеобщего сведения таким образом, что представители публики могут осуществлять доступ к таким произведениям из

любого места и в любое время по их собственному выбору" (ст. 8). Эта замысловатая формулировка относится прежде всего к сети Интернет.

Договор также ввел понятие "информации об управлении правами". Это информация, которая "идентифицирует произведение, автора произведения, обладателя какого-либо права на произведение или информацию об условиях использования произведения и любые цифры или коды, в которых представлена такая информация, когда любой из этих элементов информации приложен к экземпляру произведения или появляется в связи с сообщением произведения для всеобщего сведения" (п. 2 ст. 12).

Договор ВОИС по исполнениям и фонограммам, как и предыдущий, ориентирован на цифровые технологии, но уже применительно к своей сфере. В преамбуле Договора содержатся, в частности, такие слова: "Договаривающиеся стороны... признавая глубокое влияние развития и сближения информационных и коммуникационных технологий на производство и использование исполнений и фонограмм...". Этим определено содержание последующих статей - многие из них обусловлены возникновением новой среды распространения исполнений и фонограмм, цифровой среды.

Например, ст. 10 признает исключительное право исполнителей "разрешать доведение до всеобщего сведения своих исполнений, записанных на фонограммы, по проводам или средствами беспроволочной связи таким образом, что представители публики могут осуществлять доступ к ним из любого места и в любое время по их собственному выбору". Аналогичная статья (ст. 14) введена в отношении права производителей фонограмм.

Интерес представляет ст. 18: "Договаривающиеся стороны предусматривают соответствующую правовую охрану и эффективные средства правовой защиты от обхода существующих технических средств, используемых исполнителями или производителями фонограмм в связи с осуществлением своих прав по Договору и ограничивающих действия в отношении их исполнений или фонограмм, которые не разрешены исполнителями или производителями фонограмм или не допускаются законом".

Еще одним упоминавшимся документом "на подходе" к подписанию со стороны России является *Соглашение о торговых аспектах прав интеллектуальной собственности (ТРИПС)*. Оно вступило в силу 1 января 1995 г. и обязательно для всех стран - членов Всемирной торговой организации.

Это соглашение универсально не только по количеству стран-участниц, но и по кругу прав на объекты интеллектуальной собственности, которые оно охватывает: авторское право и смежные права, право на товарные знаки, географические указания, промышленные образцы, патенты, топологии (топографии) интегральных микросхем, закрытую информацию (п. 2 ст. 1 Соглашения).

Соглашение базируется на принципе "национального режима", режима "наибольшего благоприятствования".

Промышленная собственность

Наиболее важными документами, затрагивающими вопросы международного права и сотрудничества в сфере патентного права, являются

Конвенция по охране промышленной собственности 1883 г. и Договор о патентной кооперации 1970 г.

Конвенция по охране промышленной собственности 1883 г. Объектами охраны промышленной собственности являются патенты на изобретения, полезные модели, промышленные образцы, товарные знаки, знаки обслуживания, фирменные наименования и указания происхождения или наименования места происхождения, а также пресечение недобросовестной конкуренции. Основное назначение Конвенции - упрощенная регистрация объектов патентного права субъектами одних государств на территории других государств, стран - участниц соглашения. Однако нет такого юридического понятия, как "всемирный патент", то есть нельзя запатентовать изобретение или промышленный образец один раз и так, чтобы он получил правовую охрану во всем мире. Необходимо подавать заявки в компетентные органы каждой страны для получения в ней охраны. Страны - участницы Конвенции образуют условный Союз по охране промышленной собственности. Любое лицо, надлежащим образом подавшее заявку на патент на изобретение, полезную модель, промышленный образец в одной из стран Союза, или правопреемник этого лица пользуется для подачи заявки в других странах правом приоритета (заявители имеют право подавать в течение года заявки в странах Союза, и эти заявки будут считаться новыми, несмотря на то что они ранее уже поданы в других странах). Основанием для возникновения права приоритета признается всякая подача заявки, имеющая силу правильно оформленной национальной подачи заявки в соответствии с национальным законодательством каждой страны Союза или с двусторонними или многосторонними соглашениями, заключенными между странами Союза. Вследствие этого последующая подача заявки в одной из прочих стран Союза не может быть признана недействительной на основании действий, совершенных в этот промежуток времени, в частности на основании другой подачи заявки, опубликования изобретения или его использования, выпуска в продажу экземпляров образца, применения знака, и эти действия не могут послужить основанием для возникновения какого-либо права третьих лиц или какого-либо права личного владения. Права, приобретенные третьими лицами до дня первой заявки, которая служит основанием для права приоритета, сохраняются в соответствии с внутренним законодательством каждой страны Союза. Таким образом, при подаче международной заявки у лица возникает право конвенционного приоритета. Срок приоритета составляет 12 месяцев для патентов на изобретения и для полезных моделей и шесть месяцев для промышленных образцов. Более того, Патентный закон Российской Федерации гласит, что если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем те, которые содержатся в Патентном законе, то применяются правила международного договора. В случае противоречия российского патентного законодательства и международного соглашения будут применяться положения последнего. В выдаче патента не может быть отказано, и патент не может быть признан недействительным на основании того, что продажа продукта, запатентованного или изготовленного запатентованным способом, подвергнута

на основании национального законодательства ограничениям или сокращениям. Ввоз патентообладателем в страну выдачи патента объектов, изготовленных в той или иной стране Союза, не влечет за собой утраты основанных на нем прав. Для уплаты пошлин, предусмотренных для сохранения прав промышленной собственности, предоставляется льготный срок, составляющий не менее шести месяцев, при условии уплаты дополнительной пошлины, если такая пошлина устанавливается национальным законодательством. В каждой из стран Союза не рассматриваются как нарушение прав патентообладателя:

1. Применение на борту судов других стран Союза средств, составляющих предмет его патента, в корпусе судна, в машинах, оснастке, механизмах и другом оборудовании, когда эти суда временно или случайно находятся в водах данной страны, при условии, что эти средства используются исключительно для нужд судна.
2. Применение средств, составляющих предмет патента, в конструкции или при эксплуатации воздушных или наземных средств передвижения других стран Союза или вспомогательного оборудования для этих средств передвижения, когда указанные средства передвижения временно или случайно находятся в данной стране.

Если продукт ввозится в страну Союза, где существует патент, охраняющий способ производства указанного продукта, патентообладатель имеет в отношении ввезенного продукта все права, какие ему предоставляет законодательство импортирующей страны на основе патента на способ производства в отношении продуктов, изготовленных в данной стране.

Договор о патентной кооперации. Основное назначение данного документа - облегчение подачи заявок на патентование изобретения, полезной модели, промышленного образца. Государства - участники договора образуют союз для сотрудничества в области подачи заявок на охрану изобретений, проведения по ним поиска и экспертизы, а также по оказанию специальных технических услуг. Этот союз именуется Международным союзом патентной кооперации. В договоре предусмотрены следующие положения: международная заявка и международный поиск, международная заявка, заявление, процедура, применяемая Международным поисковым органом и т.д.

Примерная схема так называемой "международной регистрации" такова:

1. Заявитель подает заявку, в которой указывает перечень стран, где он желал бы получить охрану.
2. Ведется международный поиск, публикация и предварительная экспертиза.
3. Заявитель еще раз выбирает перечень стран из указанного им списка.
4. Заявки поступают в компетентные органы каждой из заявленных стран.

Рассмотренная регистрация довольно удобна для правообладателя, поскольку позволяет с минимальными усилиями и затратами получить правовую охрану своей разработке в нескольких странах мира.

Существуют и другие международные соглашения, обеспечивающие межгосударственную охрану патентным документам. Отдельно следует выделить *Евразийскую патентную конвенцию*, принятую странами СНГ.

Государства - участники Конвенции предприняли попытку создания межгосударственной системы получения правовой охраны на основе единого патента, действующего на территории всех государств-участников.

Для выполнения административных задач, связанных с функционированием Евразийской патентной системы и выдачей евразийских патентов, была учреждена Евразийская патентная организация. Ее органами являются Административный совет и Евразийское патентное ведомство. Ведомство выдает евразийский патент на изобретение, которое является новым, имеет изобретательский уровень и промышленно применимо.

Владелец евразийского патента обладает исключительным правом использовать, а также разрешать или запрещать другим использование запатентованного изобретения. Владелец евразийского патента может передавать свое право или выдавать на него лицензии.

Срок действия евразийского патента составляет 20 лет с даты подачи евразийской заявки. За поддержание в силе евразийского патента ежегодно уплачиваются пошлины. Для продолжения действия евразийского патента патентовладелец должен указать название каждого государства, в котором он желает продолжения действия патента. Такое указание направляется в Евразийское ведомство одновременно с уплатой пошлины за поддержание евразийского патента в силе. Эта пошлина уплачивается в отношении каждого указанного государства.

Однако существуют и прямые международные соглашения, участником которых является Российская Федерация, и распространяются они на страны СНГ.

Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Республики Беларусь о сотрудничестве в области охраны промышленной собственности (Минск, 20 июля 1994 г.).

Согласно соглашению, это сотрудничество между странами включает в себя:

- во-первых, решение вопросов, связанных с охраной и использованием прав на изобретения, промышленные образцы, товарные знаки и другие объекты промышленной собственности;
- во-вторых, упрощение процедуры подачи и рассмотрения заявок на выдачу охранных документов заявителей Российской Федерации в Республике Беларусь и заявителей Республики Беларусь в Российской Федерации;
- в-третьих, обмен информацией, нормативными и иными документами, а также опытом в области охраны промышленной собственности.

В области охраны промышленной собственности физические и юридические лица одного государства пользуются на территории другого государства теми же правами, преимуществами и средствами правовой защиты,

которые предоставлены в настоящее время или будут предоставлены правовыми актами другого государства собственным физическим и юридическим лицам. По ходатайству Государственного патентного ведомства Республики Беларусь при Совете министров Республики Беларусь (Белгоспатент) Комитет Российской Федерации по патентам и товарным знакам (Роспатент) проводит информационный поиск и подготавливает заключения экспертизы по заявкам на выдачу патентов Республики Беларусь на изобретения и промышленные образцы, исходя из условий патентоспособности, установленных правовыми актами Российской Федерации. Роспатент оказывает содействие Белгоспатенту в организации работы по комплектованию национального патентного фонда, разработке автоматизированных патентно-информационных систем, подготовке и стажировке специалистов в организациях Роспатента, а также в публикации сведений об объектах промышленной собственности, заявляемых или охраняемых правовыми актами Республики Беларусь, с использованием полиграфической базы и информационных изданий Роспатента.

Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Украины о сотрудничестве в области охраны промышленной собственности (Киев, 30 июня 1993 г.).

В соответствии с соглашением государства признают действие на своих территориях ранее выданных охранных документов СССР на объекты промышленной собственности на условиях, установленных законодательством каждой стороны. В нормативных актах предусмотрено право на преобразование авторских свидетельств СССР на изобретения и свидетельств СССР на промышленные образцы в национальные патенты, не ограничивая возможность такого преобразования сроками, меньшими, чем сроки действия патента на изобретение и патента на промышленный образец. Стороны признают, что любое физическое или юридическое лицо, которое до даты подачи ходатайства о выдаче национального патента по заявке на выдачу авторского свидетельства (свидетельства) СССР или по авторскому свидетельству (свидетельству) СССР добросовестно в интересах своего дела или своего предприятия использовало в Российской Федерации или Украине изобретение (промышленный образец) или сделало необходимые к этому приготовления, имеет право продолжать использование изобретения (промышленного образца) или использовать его в соответствии с такими приготовлениями без заключения лицензионного соглашения. При этом указанное лицо выплачивает авторам изобретения (промышленного образца) вознаграждение в соответствии с законодательством того государства, в котором имело место указанное использование или приготовление.

Аналогичные соглашения существуют между Правительством Российской Федерации и

- Правительством Азербайджанской Республики (Москва, 18 июля 1994 г.);
- Правительством Республики Армения (Москва, 25 июня 1993 г.);

- Правительством Республики Казахстан (Москва, 28 марта 1994 г.);
- Правительством Киргизской Республики (Бишкек, 13 октября 1995 г.);
- Правительством Республики Узбекистан (Ташкент, 27 июля 1995 г.).

Товарные знаки и знаки обслуживания

В числе основополагающих международных документов этой сферы необходимо вновь назвать *Конвенцию по охране промышленной собственности* 1883 г. О сущности Конвенции было сказано выше, здесь необходимо остановиться на ее положениях, связанных с особенностями, касающимися товарных знаков, знаков обслуживания и наименований мест происхождения товара.

В соответствии с Конвенцией срок приоритета равен шести месяцам. Подачи заявки и регистрации товарных знаков определяются в каждой стране Союза (стране - участнице Конвенции) ее национальным законодательством. Однако знак, заявленный гражданином страны Союза в какой-либо другой стране Союза, не может быть отклонен или признан недействительным на основании того, что он не был заявлен, зарегистрирован или возобновлен в стране происхождения. Знак, надлежащим образом зарегистрированный в какой-либо стране Союза, рассматривается как независимый от знаков, зарегистрированных в других странах Союза, включая страну происхождения. Каждый товарный знак, надлежащим образом зарегистрированный в стране происхождения, может быть заявлен в других странах Союза и охраняется таким, как он есть. Страны Союза обязуются охранять знаки обслуживания. Они не обязаны предусматривать регистрацию этих знаков. Страны Союза обязуются или по инициативе администрации, если это допускается законодательством данной страны, или по ходатайству заинтересованного лица отклонять или признавать недействительной регистрацию и запрещать применение товарного знака, представляющего собой воспроизведение, имитацию или перевод другого знака, способные вызвать смешение со знаком, который по определению компетентного органа страны регистрации или страны применения уже является в этой стране общеизвестным в качестве знака лица, пользующегося преимуществами Конвенции, и используется для идентичных или подобных продуктов. Это положение распространяется и на те случаи, когда существенная составная часть знака представляет собой воспроизведение такого общеизвестного знака или имитацию, способную вызвать смешение с ним. В РФ по заявлению юридического или физического лица общеизвестным в Российской Федерации товарным знаком может быть признан товарный знак, охраняемый на территории Российской Федерации на основании его регистрации, товарный знак, охраняемый на территории Российской Федерации без регистрации в соответствии с международным договором Российской Федерации, а также обозначение, используемое в качестве товарного знака, но не имеющее правовой охраны на территории Российской Федерации, если такие товарные знаки или обозначение в

результате их интенсивного использования стали на указанную в заявлении дату в Российской Федерации широко известны среди соответствующих потребителей в отношении товаров этого лица.

Для предъявления требования об аннулировании указанного знака предоставляется срок не менее пяти лет, исчисляемый с даты регистрации знака. Страны Союза имеют право установить срок, в течение которого может быть потребовано запрещение применения знака. Срок не устанавливается для предъявления требования об аннулировании или запрещении применения знаков, зарегистрированных или используемых недобросовестно. Страны Союза договариваются отклонять или признавать недействительной регистрацию и запрещать путем соответствующих мер использование без разрешения компетентных властей в качестве товарных знаков или в качестве элементов этих знаков гербов, флагов и других государственных эмблем стран Союза, введенных ими официальных знаков и клейм контроля и гарантии, а также всякое подражание этому с точки зрения геральдики.

Еще необходимо упомянуть о международной системе регистрации товарных знаков, получившей название "Мадридская система". Она основывается на *Мадридском соглашении о международной регистрации знаков* (1891 г.) и Мадридском протоколе, относящимся к Мадридскому соглашению (1989 г.).

Назначение соглашения - предоставление товарному знаку, зарегистрированному в Международном бюро, такой же правовой охраны, как если бы он был заявлен в странах - участницах Мадридского соглашения непосредственно. Основываясь на этом соглашении, предприниматели стран-участниц могут обеспечить во всех других странах - участницах соглашения охрану своих знаков, применяемых для товаров или услуг и зарегистрированных в стране происхождения, путем подачи заявок на указанные знаки в Международное бюро ВОИС интеллектуальной собственности, учреждающей Всемирную организацию интеллектуальной собственности при посредстве ведомства указанной страны происхождения.

Для осуществления международной регистрации товарного знака его обладатель подает заявку в Международное бюро ВОИС в Женеве и в этой заявке указывает страны, в которых желает получить охрану. ВОИС перенаправляет заявку в страны, указанные в заявке. Эти страны проводят экспертизу заявки по своим национальным критериям, и каждая страна самостоятельно определяет вопрос о предоставлении правовой охраны товарному знаку на ее территории.

Для обращения к Мадридской системе товарный знак уже должен иметь национальную регистрацию (или должна быть хотя бы подана национальная заявка). Если в течение первых пяти лет национальная регистрация будет аннулирована, то это повлечет и автоматическое аннулирование международной регистрации, однако по истечении этого срока международная регистрация становится независимой от национальной и продолжает действовать даже в случае аннулирования регистрации в родной стране.

Любая заявка на международную регистрацию должна быть представлена на специальном бланке. Ведомство страны происхождения знака удостоверяет, что данные, приводимые в этой заявке, соответствуют данным национального реестра, и указывает даты, номера заявки и регистрации знака в стране происхождения, а также дату подачи заявки на международную регистрацию.

Регистрационный документ, полученный на основе Мадридского соглашения, содержит:

- дату международной регистрации;
- дату действительного внесения знака в Международный реестр;
- период в двадцать или десять лет, за который была уплачена основная пошлина;
- порядковый номер международной регистрации;
- имя и адрес владельца знака и, в случае необходимости, адрес, который должен быть использован для переписки;
- если в адресе владельца указана страна иная, чем страна происхождения, причина, по которой указанная страна рассматривается как страна происхождения;
- изображение знака в черно-белом исполнении и, если испрашивается охрана цвета, изображение знака в цветном исполнении;
- в случае необходимости указание цвета или сочетания цветов;
- в случае необходимости указание категорий и разделов Международной классификации изобразительных элементов знаков;
- указание "объемный знак", если он является таковым;
- в случае необходимости транслитерацию, а также перевод;
- указание "коллективный знак", "сертификационный знак" или "гарантийный знак", если он является таковым;
- товары и услуги, для которых испрашивается охрана знака, сгруппированные по классам Международной классификации товаров и услуг;
- страну происхождения, даты, номера заявки и регистрации знака, действующей в этой стране на дату подачи заявки на международную регистрацию;
- когда это применимо, указание о том, что подача заявки в стране происхождения или любая другая подача заявки в другой стране - участнице Парижской конвенции по охране промышленной собственности, указанной заявителем, является, по его утверждению, первой подачей заявки, а также дату и номер другой заявки.

Таким образом, Мадридское соглашение предоставляет возможность достаточно удобно осуществлять регистрацию товарного знака в более 50 странах мира одновременно

Селекционные достижения

Одной из определяющих международных организаций является "Международный союз по охране новых сортов растений" (Union Internacionale pour la Protection des Obtention Vegetales, UPOV). Союз является

межгосударственной организацией, штаб-квартира которой расположена в Женеве.

"Международный союз" учрежден *Международной конвенцией по охране новых сортов растений*, которая была подписана в Париже в 1961 г., вступила в силу в 1968 г. И неоднократно пересматривалась.

Конвенция выполняет две основные функции:

1. предписывает минимальный объем прав, которые государства-члены должны предоставлять своим селекционерам, то есть она устанавливает минимальный объем охраны;
2. устанавливает стандартные критерии для предоставления охраны: новизну, отличимость, однородность, стабильность и соответствующее наименование.

Членами "Международного союза" являются более 50 государств. Они взяли на себя обязательство предоставлять права селекционеров на новые сорта растений в соответствии с принципами, установленными Конвенцией.

Любое государство, имеющее соответствующее законодательство по охране сортов растений, посредством членства в "Международном союзе" имеет возможность делиться собственным опытом и использовать объединенный опыт других государств-членов, а также вносить свой вклад в содействие международной селекции растений.

Совет "Международного союза" состоит из представителей членов Союза. Каждое государство, являющееся членом Союза, имеет в совете один голос. Для решения стоящих перед Союзом задач совет "Международного союза" учредил следующие органы:

1. Консультативный комитет.
2. Административный и законодательный комитет.
3. Технический комитет, состоящий из технических рабочих органов:
   - по сельскохозяйственным культурам;
   - по автоматизации и компьютерным программам;
   - по плодовым культурам;
   - по овощным культурам;
   - по декоративным и лесным культурам;
   - технический рабочий орган по компьютерным программам;
   - рабочая группа по биохимическим и молекулярным технологиям и частичному профилированию ДНК.

Эти органы состоят из представителей и экспертов государств-членов. На своих периодических встречах они обсуждают и утверждают рекомендуемые методики проведения испытаний, компьютерные программы и базы данных по испытанию и охране сортов растений, административной и правовой деятельности

Лекция 17. Электронная цифровая подпись - понятие, правовой режим. Деятельность удостоверяющего центра. Порядок использования ЭЦП.

В становлении полноценного электронного документооборота Россия отстает от других стран. Если у нас этот процесс начался сравнительно недавно, то за рубежом заключение договоров на основании обмена информацией без использования бумажного носителя получило широкое распространение уже в начале 70-х годов XX века. С появлением компьютерных сетей, в том числе Интернета, развитие электронного документооборота совершило не только количественный, но и качественный скачок.

Правовое регулирование применения *электронной цифровой подписи* (далее - ЭЦП) в России осуществляется на основе ГК РФ и Федерального закона от 10 января 2002 г. № 1-ФЗ "Об электронной цифровой подписи". Еще до вступления в силу этого закона термин "электронная цифровая подпись" содержится более чем в полусотне нормативных актов, но лишь этот закон содержит комплексную правовую базу для широкого ее использования в предпринимательской деятельности и развития электронной коммерции в нашей стране.

Назначение закона: не только существенно облегчить ведение коммерческой деятельности, но и создать условия для качественного развития информационных технологий и нового этапа взаимодействия граждан с государственными и муниципальными органами.

Основное назначение электронной цифровой подписи в том, чтобы гарантировать подлинность информации, содержащейся в электронном документе, а также дать возможность доказать любой третьей стороне (партнеру по сделке, суду), что электронный документ был подписан именно отправителем или по его поручению и именно в том виде, в каком он предъявляется.

Как указывается в самом законе, его цель - обеспечение правовых условий использования ЭЦП в электронных документах, при соблюдении которых электронная цифровая подпись в электронном документе признается равнозначной собственноручной подписи в документе на бумажном носителе. Действие этого закона распространяется на отношения, возникающие при совершении гражданско-правовых сделок и в других предусмотренных законодательством Российской Федерации случаях, но его действие не распространяется на отношения, возникающие при использовании иных аналогов собственноручной подписи.

В целом суть Закона основывается на ч. 2 ст. 160 Гражданского кодекса Российской Федерации, которая устанавливает, что использование ЭЦП при совершении гражданско-правовых сделок допускается в случаях и в порядке, предусмотренных законом, иными правовыми актами или соглашением сторон.

В то же время в соответствии с той же статьей ГК сделка в письменной форме должна быть совершена путем составления документа, выражающего ее

содержание и подписанного лицом или лицами, совершающими сделку, или должным образом уполномоченными ими лицами (п. 1 ст. 160 ГК РФ). Между тем в соответствии с Законом "Об электронной цифровой подписи" достаточно лишь подтвердить подлинность электронной цифровой подписи (соответствие закрытого и открытого ключей), чтобы признать сделку юридически обязательной. Три указанных термина в рамках Закона раскрываются следующим образом:

Подтверждение подлинности электронной цифровой подписи в электронном документе - положительный результат проверки соответствующим сертифицированным средством ЭЦП с использованием сертификата ключа подписи принадлежности электронной цифровой подписи в электронном документе владельцу сертификата ключа подписи и отсутствия искажений в подписанном данной электронной цифровой подписью электронном документе.

Закрытый ключ электронной цифровой подписи - уникальная последовательность символов, известная владельцу сертификата ключа подписи и предназначенная для создания в электронных документах электронной цифровой подписи с использованием средств электронной цифровой подписи.

Открытый ключ электронной цифровой подписи - уникальная последовательность символов, соответствующая закрытому ключу электронной цифровой подписи, доступная любому пользователю информационной системы и предназначенная для подтверждения с использованием средств электронной цифровой подписи подлинности электронной цифровой подписи в электронном документе.

Из указанного положения Закона следует противоречивый вывод: сделка, заключенная неуполномоченным лицом с использованием электронной подписи другого лица, станет обязательной для владельца такой подписи, что идет вразрез с общими положениями гражданского права.

В соответствии с российским законом *электронная цифровая подпись* - реквизит электронного документа, предназначенный для защиты данного электронного документа от подделки, полученный в результате криптографического преобразования информации с использованием закрытого ключа электронной цифровой подписи и позволяющий идентифицировать владельца сертификата ключа подписи, а также установить отсутствие искажения информации в электронном документе. *Сертификат* ключа подписи - документ на бумажном носителе или электронный документ с электронной цифровой подписью уполномоченного лица *удостоверяющего центра*, которые включают в себя открытый ключ электронной цифровой подписи и которые выдаются удостоверяющим центром участнику информационной системы для подтверждения подлинности электронной цифровой подписи и идентификации владельца сертификата ключа подписи.

Приведенное выше - не единственное определение электронной цифровой подписи в российском законодательстве, известны и другие. Не перечисляя все, можно привести лишь некоторые из них:

1. Электронная цифровая подпись - вид аналога собственноручной подписи, являющийся средством защиты информации, обеспечивающим возможность контроля целостности и подтверждения подлинности электронных документов. Электронная цифровая подпись позволяет подтвердить ее принадлежность зарегистрированному владельцу и является неотъемлемой частью электронного документа (пакета электронных документов).

2. Электронная цифровая подпись - вид аналога собственноручной подписи, являющийся средством защиты информации, используемым при обмене электронными документами между Банком России и его клиентами и обеспечивающим возможность контроля целостности и подтверждения подлинности электронных документов. Электронная цифровая подпись позволяет подтвердить ее принадлежность зарегистрированному владельцу.

3. Электронная цифровая подпись - последовательность символов, полученная в результате криптографического преобразования исходной информации, которая позволяет подтверждать целостность и неизменность этой информации, а также ее авторство.

Как было показано, законодательство разных стран тоже содержит различные определения электронной подписи, и существенные законодательные отличия этим не ограничиваются. Например, лицо, обладающее электронной цифровой подписью, в российском законе именуется "владельцем сертификата ключа подписи".

В соответствии с Законом владельцем может быть только физическое лицо. Такой подход принят и в европейском законодательстве. Естественно, как и в случае с собственноручной подписью, физическое лицо может действовать от имени юридического лица, но на такое полномочие обязательно должно быть указано в сертификате ключа подписи. В законодательстве других стран, например США, допускается принадлежность электронной подписи не только физическим, но и юридическим лицам. "Американский" подход неудачен, поскольку при этом возрастает вероятность несанкционированного использования электронной подписи юридического лица, при котором сложно установить конкретное физическое лицо, осуществившее подписание электронного документа.

В соответствии с российским законом электронная цифровая подпись в электронном документе равнозначна собственноручной подписи в документе на бумажном носителе при одновременном соблюдении следующих условий:

- сертификат ключа подписи, относящийся к этой электронной цифровой подписи, не утратил силу (действует) на момент проверки или на момент подписания электронного документа при наличии доказательств, определяющих момент подписания;
- подтверждена подлинность электронной цифровой подписи в электронном документе;
- электронная цифровая подпись используется в соответствии со сведениями, указанными в сертификате ключа подписи.

Особую роль в легитимном функционировании системы электронной цифровой подписи играет удостоверяющий центр. Деятельность удостоверяющего центра заключается в том, что он:

- изготавливает сертификаты ключей подписей;
- создает ключи электронных цифровых подписей по обращению участников информационной системы с гарантией сохранения в тайне закрытого ключа электронной цифровой подписи;
- приостанавливает и возобновляет действие сертификатов ключей подписей, а также аннулирует их;
- ведет реестр сертификатов ключей подписей, обеспечивает его актуальность и возможность свободного доступа к нему участников информационных систем;
- проверяет уникальность открытых ключей электронных цифровых подписей в реестре сертификатов ключей подписей и архиве удостоверяющего центра;
- выдает сертификаты ключей подписей в форме документов на бумажных носителях и/или в форме электронных документов с информацией об их действии;
- осуществляет по обращениям пользователей сертификатов ключей подписей подтверждение подлинности электронной цифровой подписи в электронном документе в отношении выданных им сертификатов ключей подписей;
- может предоставлять участникам информационных систем иные связанные с использованием электронных цифровых подписей услуги.

Удостоверяющий центр при изготовлении сертификата ключа подписи принимает на себя следующие обязательства по отношению к владельцу сертификата ключа подписи:

- вносить сертификат ключа подписи в реестр сертификатов ключей подписей;
- обеспечивать выдачу сертификата ключа подписи обратившимся к нему участникам информационных систем;
- приостанавливать действие сертификата ключа подписи по обращению его владельца;
- уведомлять владельца сертификата ключа подписи о фактах, которые стали известны удостоверяющему центру и которые существенным образом могут сказаться на возможности дальнейшего использования сертификата ключа подписи;
- иные установленные нормативными правовыми актами или соглашением сторон обязательства.

Со своей стороны, владелец сертификата ключа подписи обязан:

- не использовать для электронной цифровой подписи открытые и закрытые ключи электронной цифровой подписи, если ему известно, что эти ключи используются или использовались ранее;

- хранить в тайне закрытый ключ электронной цифровой подписи;
- немедленно требовать приостановления действия сертификата ключа подписи при наличии оснований полагать, что тайна закрытого ключа электронной цифровой подписи нарушена.

При несоблюдении указанных требований возмещение причиненных убытков возлагается на владельца сертификата ключа подписи.

Любое лицо может быть одновременно владельцем любого количества сертификатов ключей подписей. Закон содержит указание, что электронный документ с электронной цифровой подписью имеет юридическое значение при осуществлении отношений, указанных в сертификате ключа подписи. Данное требование следует признать неудачным, поскольку не каждый будущий владелец электронной подписи имеет достаточно юридических знаний для точного указания всех правоотношений, в которых он предполагает ее применять.

Помимо этого, в соответствии с законом сертификат ключа подписи должен содержать следующие обязательные сведения:

- уникальный регистрационный номер сертификата ключа подписи, даты начала и окончания срока действия сертификата ключа подписи, находящегося в реестре удостоверяющего центра;
- фамилия, имя и отчество владельца сертификата ключа подписи или псевдоним владельца. В случае использования псевдонима удостоверяющим центром вносится запись об этом в сертификат ключа подписи;
- открытый ключ электронной цифровой подписи;
- наименование средств электронной цифровой подписи, с которыми используется данный открытый ключ электронной цифровой подписи;
- наименование и место нахождения удостоверяющего центра, выдавшего сертификат ключа подписи.

Кроме того, в сертификате ключа подписи (на основании подтверждающих документов) может указываться должность (с указанием наименования и места нахождения организации, в которой установлена эта должность), квалификация владельца сертификата ключа подписи и иные сведения, подтверждаемые соответствующими документами.

Действие сертификата ключа подписи может быть приостановлено удостоверяющим центром на основании указания лиц или органов, имеющих такое право в силу закона или договора, а в корпоративной информационной системе также в силу установленных для нее правил пользования

В соответствии с указанием полномочного лица (органа) о приостановлении действия сертификата ключа подписи удостоверяющий центр оповещает об этом пользователей сертификатов ключей подписей путем внесения в реестр сертификатов ключей подписей соответствующей информации с указанием даты, времени и срока приостановления действия сертификата ключа подписи, а также извещает об этом владельца сертификата

ключа подписи и полномочное лицо (орган), от которого получено указание о приостановлении действия сертификата ключа подписи.

Законодательство предусматривает аннулирование сертификата ключа подписи. Это осуществляется удостоверяющим центром в ряде случаев:

- по истечении срока его действия;
- при утрате юридической силы сертификата соответствующих средств электронной цифровой подписи, используемых в информационных системах общего пользования;
- если удостоверяющему центру стало достоверно известно о прекращении действия документа, на основании которого оформлен сертификат ключа подписи;
- по заявлению в письменной форме владельца сертификата ключа подписи;
- в иных установленных нормативными правовыми актами или соглашением сторон случаях.

При аннулировании сертификата ключа подписи удостоверяющий центр оповещает об этом пользователей сертификатов ключей подписей путем внесения в реестр сертификатов ключей подписей соответствующей информации с указанием даты и времени аннулирования сертификата ключа подписи, за исключением случаев аннулирования сертификата ключа подписи по истечении срока его действия, а также извещает об этом владельца сертификата ключа подписи и полномочное лицо (орган), от которого получено указание об аннулировании сертификата ключа подписи.

Закон указывает так называемые "случаи замещения печатей". Это означает, что содержание документа на бумажном носителе, заверенного печатью и преобразованного в электронный документ, в соответствии с нормативными правовыми актами или соглашением сторон может заверяться электронной цифровой подписью уполномоченного лица. В случаях, установленных законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации или соглашением сторон, электронная цифровая подпись в электронном документе, сертификат которой содержит необходимые при осуществлении данных отношений сведения о правомочиях его владельца, признается равнозначной собственноручной подписи лица в документе на бумажном носителе, заверенном печатью.

Следует заметить, что ни статья 160 ГК РФ, регулирующая вопросы письменной формы сделки, ни статья 434 ГК РФ, посвященная форме договора, не выдвигают в качестве обязательного требования скрепление документов печатями. Более того, в соответствии с п. 1 ст. 160 ГК РФ скрепление печатью отнесено к одному из дополнительных требований к форме сделки, которое может устанавливаться законом, нормативным правовым актом или соглашением сторон. Хотя скрепление договоров и иных документов получило широкое распространение в хозяйственной практике, но распространение этого положения на электронные документы нельзя признать обоснованным.

Вообще, в отечественном праве одними из первых нормативно-правовых актов, определяющих юридическую значимость электронного документа, были

инструктивные указания Госарбитража СССР от 29 июня 1979 г. № И-1-4 "Об использовании в качестве доказательств по арбитражным делам документов, подготовленных с помощью электронно-вычислительной техники", где указано, что стороны по арбитражным делам в обоснование своих требований и возражений вправе представлять арбитражам документы, подготовленные с помощью электронно-вычислительной техники. Эти документы, поскольку они содержат данные об обстоятельствах, имеющих значение для дела, должны приниматься органами арбитража на общих основаниях в качестве письменных доказательств.

Арбитражным судам предписывается требовать от сторон, чтобы представляемые ими документы, подготовленные с помощью электронно-вычислительной техники, были надлежащим образом оформлены. В этих документах должно быть указано, какой вычислительный (информационно-вычислительный) центр и когда их изготовил. Наименование центра и дата изготовления документа могут проставляться автоматически с помощью электронно-вычислительной техники либо любым другим способом. Если обязательными для сторон правилами или договором установлено, что документ, подготовленный с помощью электронно-вычислительной техники, должен быть подписан соответствующими должностными лицами, то судам надлежит требовать представления таких документов.

Вслед за Госарбитражем СССР признал подобные доказательства и Верховный суд. В постановлении пленума Верховного суда СССР от 9 июля 1982 г. № 7 "О судебном решении" сказано: "В обоснование решения суд в случае необходимости вправе сослаться и на письменные доказательства в виде документов, полученных с помощью электронно-вычислительной техники. Эти документы принимаются в качестве доказательств при условии их надлежащего оформления в соответствии с установленным порядком".

Чуть позже пленум Верховного суда СССР в Постановлении № 3 от 3 апреля 1987 г. "О строгом соблюдении процессуального законодательства при осуществлении правосудия по гражданским делам" дал более широкое разъяснение: "В случае необходимости судом могут быть приняты в качестве письменных доказательств документы, полученные с помощью электронно-вычислительной техники. С учетом мнения лиц, участвующих в деле, суд может также исследовать представленные звуко-, видеозаписи. Эти материалы оцениваются в совокупности с другими доказательствами".

Примерно в это же время вышел Государственный стандарт Союза ССР (ГОСТ 6.10.4-84): "Придание юридической силы документам на машинном носителе и машинограмме, создаваемым средствами вычислительной техники".

Стандарт установил требования к составу и содержанию реквизитов, придающих юридическую силу документам на машинном носителе и машинограмме, создаваемым средствами вычислительной техники, а также порядок внесения изменений в эти документы. Указанный стандарт по сей день является обязательным для всех предприятий, организаций и учреждений, осуществляющих информационный обмен документами на машинном носителе и машинограммами.

Стандарт содержит перечень обязательных реквизитов документа на машинном носителе:

- наименование организации - создателя документа;
- местонахождение организации - создателя документа или почтовый адрес;
- наименование документа;
- дату изготовления документа;
- код лица, ответственного за правильность изготовления документа на машинном носителе или машинограммы, или, как правило, код лица, утвердившего документ.

Каждый из указанных реквизитов должен быть оформлен в соответствии с требованиями соответствующих стандартов, в то же время, как уже отмечалось, практически все они содержатся в документе.

ГОСТ впервые закрепил один из основных юридических принципов электронного документооборота: подлинники, дубликаты и копии документа на машинном носителе и машинограммы, полученные стандартными программными средствами вычислительного комплекса, имеют одинаковую юридическую силу, если они оформлены в соответствии с требованиями этого стандарта.

Названные в стандарте виды документов означают следующее.

- Подлинником документа на машинном носителе является первая по времени запись документа на машинном носителе и содержащая указание, что этот документ является подлинником.
- Дубликатами документа на машинном носителе являются все более поздние по времени, аутентичные по содержанию записи документа на машинном носителе и содержащие указание, что эти документы являются дубликатами.
- Копиями документа на машинном носителе или машинограмме являются документы, переписанные с подлинника или дубликата документа на машинном носителе или машинограмме на другой носитель информации, аутентичные по содержанию и содержащие указание, что эти документы являются копиями.

Увы, стандарт содержит фразу, резко сокращающую сферу его применения: "Документ на машинном носителе и машинограмму следует применять только при наличии соответствующих решений министерств, ведомств". И почти сводит его ценность к минимуму словами: "Документ на машинном носителе и машинограмма приобретают юридическую силу после выполнения требований настоящего стандарта и подписания сопроводительного письма".

Впоследствии Высший арбитражный суд РФ дал оценку доказательств изготовленных и подписанных с помощью средств электронно-вычислительной техники, в которых использована система цифровой (электронной) подписи. Это было сделано в письме ВАС РФ от 19 августа 1994 г. № С1-7/ОП-587 "Об отдельных рекомендациях, принятых на совещаниях по судебно-арбитражной практике".

Как указывается в письме, в том случае, когда стороны изготовили и подписали договор с помощью электронно-вычислительной техники, в которой использована система цифровой (электронной) подписи, они могут представлять в арбитражный суд доказательства по спору, вытекающему из этого договора, также заверенные цифровой (электронной) подписью. В то же время, если между сторонами возник спор о наличии договора и других документов, подписанных цифровой (электронной) подписью, арбитражному суду следует запросить у сторон выписку из договора, в котором указана процедура порядка согласования разногласий, на какой стороне лежит бремя доказывания тех или иных фактов и достоверности подписи. В случае отсутствия в таком договоре процедуры согласования разногласий и порядка доказывания подлинности договора и других документов, а одна из сторон оспаривает наличие подписанного договора и других документов, арбитражный суд вправе не принимать в качестве доказательств документы, подписанные цифровой (электронной) подписью.

В целом использование электронных документов в судебном процессе - это их вторичное (хотя и достаточно важное) назначение, а основное - это легитимность в электронном документообороте. Расчеты специалистов показывают, что использование систем электронного документооборота позволяет добиться огромного экономического эффекта, а применительно к России такое снижение издержек, с учетом территориальной протяженности, может быть колоссальным.

Вообще, как видно, законодательство либерально относится к электронному документообороту, и он основывается на положениях ГК РФ, который предусматривает возможность заключения договоров путем обмена документами посредством электрической или иной связи, позволяющей достоверно установить, что документ исходил от стороны по договору (п. 2 ст. 434 ГК РФ).

Отдельно в Законе рассматривается вопрос признания иностранного сертификата ключа подписи. Как указано, иностранный сертификат ключа подписи, удостоверенный в соответствии с законодательством иностранного государства, в котором этот сертификат ключа подписи зарегистрирован, признается на территории Российской Федерации в случае выполнения установленных законодательством Российской Федерации процедур признания юридического значения иностранных документов. Это означает, что вместо распространенной практики, где порой достаточно просто приложить к делу письменное доказательство, подтверждающее соблюдение требований законодательства той страны, в которой электронная подпись была создана, необходимо установить юридическое признание в России электронных подписей, созданных в соответствии с правом других стран, основанных на других стандартах, других подходах, других технологиях. Увы, подобные процедуры существенно затрудняют участие России в международном электронном документообороте.

Кроме того, Закон провозглашает обязательную сертификацию средств электронной цифровой подписи для систем общего пользования. Это

противоречит мировой практике. При взаимном согласии должны применяться любые (в том числе и несертифицированные) средства. Участники правоотношений вправе сами решать, какая степень надежности необходима им для конкретной сделки.

Значительные национальные ограничения существенно снижают ценность ее использования в современном мире, поскольку использование ЭЦП наиболее необходимо участникам сделки, когда они находятся на значительном удалении друг от друга.

В целях гармонизации национальных законодательств в сфере использования ЭЦП в рамках СНГ был разработан модельный закон "Об электронной цифровой подписи". Согласно ему, электронная цифровая подпись - электронные данные, полученные в результате преобразования исходных электронных данных с использованием закрытого ключа подписи, которые с помощью соответствующей процедуры при использовании открытого ключа подписи позволяют:

- подтвердить неизмененность исходных данных после подписания их электронной цифровой подписью;
- установить, что электронная цифровая подпись создана с использованием закрытого ключа, соответствующего открытому;
- установить владельца регистрационного свидетельства на открытый ключ электронной цифровой подписи при наличии такого свидетельства.

Вообще, в международной практике применяется несколько основных подходов к определению понятия "электронная цифровая подпись" (электронная подпись, цифровая подпись), различающихся по характеру и степени детализации предъявляемых к ним требований. Самый мягкий из них предполагает, что в качестве электронной цифровой подписи должны рассматриваться любые включаемые в электронный документ элементы, тем или иным образом связанные с отправителем этого документа (в том числе проставленные в конце электронного документа инициалы, отсканированный отпечаток пальца).

Другой, более жесткий, предполагает, что электронная цифровая подпись должна отвечать ряду законодательно закрепленных требований (обеспечивать возможность достоверно установить отправителя, быть связанной с передаваемыми данными таким образом, что при их изменении становится недействительной). Именно такой подход получил наиболее широкое распространение в европейских странах. Третий подход определяет электронную цифровую подпись как результат криптографического преобразования исходного электронного документа и выдвигает наиболее детализированные требования к самой подписи и к используемой технологии. Именно такой подход использован в Федеральном законе от 10 января 2002 г. № 1-ФЗ "Об электронной цифровой подписи"

Еще один достойный внимания международный документ - Директива ЕС об электронных подписях - содержит два определения электронной подписи: обычная "электронная подпись" и "специальная (усиленная)

электронная подпись". Под электронной подписью в Директиве понимаются "данные в электронной форме, которые приложены либо логически присоединены к иным электронным данным, используемые как метод аутентификации", а под специальной электронной подписью (advanced electronic signature) в Директиве понимается электронная подпись, которая отвечает следующим требованиям:

1. относится исключительно к подписывающему лицу;
2. позволяет идентифицировать подписывающее лицо;
3. создана с помощью средств, которые подписывающее лицо может иметь под своим исключительным контролем;
4. соединена с данными, к которым она относится, таким образом, что имеется возможность обнаружить последующую модификацию таких данных.

Следует заметить, что ни одно из этих условий не связывает создание электронной подписи с какой-либо конкретной технологией (например, криптографией). Таким образом, хотя и признается юридическая значимость наиболее сложной - криптографической подписи, это не мешает признанию менее защищенных форм электронной подписи.

Впрочем, несмотря на разность подходов в законодательствах разных стран и европейских Директив к одному и тому же понятию, представляется, что в дальнейшем будет наблюдаться сближение подходов на основе развития международного сотрудничества.

К числу других международных разработок в рассматриваемой области относятся разработанные в рамках ООН в Комиссии по международному торговому праву (UNCITRAL) модельные законы об электронной коммерции и об электронных подписях. Оба модельных закона ориентированы на придание юридического статуса электронным документам.

Первый из них достаточно четко определяет эквивалентность подписания: если национальный закон предусматривает, что документ должен быть подписан, предписание считается выполненным, когда метод подписания позволяет:

- идентифицировать подписавшего,
- установить, что подписавший одобрил документ,
- быть уверенным, что надежность метода подписания адекватна целям его применения.

В числе наиболее важных положений второго модельного закона - условия, когда подпись под документом может быть признана юридически значимой:

- данные, представляющие собой электронную подпись, должны быть непосредственно связаны с лицом, подписавшим документ;
- подписание в тот момент, когда оно совершалось, было подконтрольно только подписывавшему лицу;
- легкость выявления изменений электронной подписи, сделанных после подписания;
- легкость выявления изменений в электронном документе.

Кроме того, помимо этих требований, модельный закон об электронных подписях содержит указание о том, что законодательство страны может признать надежной ту или иную технологию подписания. Этим будет установлена презумпция, что все документы, подписанные с использованием этой технологии, будут иметь юридическую силу.