

Введение

Стержневым вектором модернизации экономики государства в современных условиях является инновационное развитие, в основе которого лежат разработка и эффективная коммерциализация результатов интеллектуальной деятельности. Интеллектуальная собственность становится главным фактором повышения конкурентоспособности стран на мировом рынке. Неизменной остается важность внедрения интеллектуальных разработок для социальной и культурной сферы. Патентоохраняемые объекты служат основой для производства товаров первой необходимости, в том числе лекарственных средств. Объекты авторского права удовлетворяют эстетические и познавательные потребности граждан, обеспечивают рост коллективного знания. Лидирующие позиции в экономике развитых государств сегодня занимают организации, предлагающие рынку высокотехнологические товары, программное обеспечение.

Сфере авторских и патентных отношений присущ фундаментальный конфликт разнонаправленных частных и общественных интересов, которые необходимо сбалансировать для реализации целей инновационного и научно-культурного развития.

Результаты интеллектуальной деятельности в экономическом смысле — публичные блага. В отсутствие специального регулирования они могут одновременно эффективно использоваться множеством лиц. При этом такие объекты обладают социально-экономической, культурной либо научной ценностью. В таком случае существуют значимые частные и общественные интересы в максимальной доступности таких объектов для использования всеми заинтересованными лицами. Можно выделить несколько групп таких интересов. Во-первых, потребительские: в получении населением высокотехнологических продуктов, научной информации и т.п.; во-вторых, интересы, связанные с обеспечением куммулятивного научно-технического, культурного развития: использование результатов интеллектуальной деятельности в качестве базиса для дальнейших исследований и разработок, творчества.

Вместе с тем необходимо понимать, что коммерциализация результатов интеллектуальной деятельности¹ является затратным и рискованным процессом. Инновационные и промышленные компании, издательства как рационально действующие субъекты вкладывают средства в интеллектуальный продукт при условии, что им будет предоставлена эксклюзивная возможность «заработать» на нем — покрыть расходы и получить прибыль. Исключительные права в таком случае служат не только частным интересам, но и общественным — стимулируют создание новых результатов интеллектуальной деятельности, привлекают инвестиции в инновационный процесс.

Перед законодателем и правоприменителем стоят две важные сложносоставные задачи: обеспечить эффективную защиту исключительных прав и гарантировать заинтересованным лицам ограниченный доступ к использованию чужих результатов интеллектуальной деятельности. Определяющее значение в данном контексте должно придаваться институту границ исключительных прав. От того, насколько точно и корректно они будут установлены, зависит, во-первых, сохранит ли исключительное право свою стимулирующую функцию; во-вторых, будут ли обеспечены наиболее значимые общественные интересы, связанные с доступом к чужим результатам интеллектуальной деятельности. Границы исключительных прав должны быть установлены именно в том месте, где исключительное право перестает служить целям инновационного и научно-культурного развития и начинает, напротив, мешать, блокировать его. Найти подобный баланс крайне сложно.

¹ Здесь и далее под коммерциализацией результата интеллектуальной деятельности понимается сложный процесс по воплощению результата интеллектуальной деятельности в коммерчески привлекательный продукт и его последующей реализации, применению (справедливо для патентоохраняемых объектов) его в производственной и иной хозяйственной деятельности в целях получения прибыли и иных имущественных выгод. Такой процесс предполагает как приложение интеллектуальных усилий (в дополнение к тем, которые привели к созданию объекта интеллектуальной собственности), так и существенные материальные затраты (как на воплощение результата интеллектуальной деятельности в материальном носителе, так и продвижение данного продукта и т.п.). В случае с литературными произведениями коммерциализация происходит, как правило, с привлечением издательств — выпуска тиража книг, журналов. В случае с изобретениями — воплощении изобретения в высокотехнологическом продукте. В широком смысле под коммерциализацией результатов интеллектуальной деятельности можно понимать также получение правообладателем прибыли от распоряжения исключительными правами на них (прежде всего посредством лицензионных договоров, договоров об отчуждении исключительного права). Сами по себе в силу своей нематериальной природы объекты интеллектуальной собственности необоротоспособны. В имущественном обороте «участвуют» права на них.

В Гражданском кодексе РФ (далее – ГК РФ) достаточно подробно урегулированы содержательные границы исключительных авторских и патентных прав. Они представлены институтом случаев свободно-го использования; действий, не представляющих собой нарушения прав. Проблема заключается в отсутствии в российском праве четкого понимания сущности и содержания подобных изъятий, в связи с чем судам крайне сложно провести разграничение между правомерным использованием объекта и нарушением исключительного права. Так, например, не выработаны критерии правомерного цитирования нетекстовых произведений; пародийного использования произведений: не решен вопрос того, в какой связи между собой должно находиться оригинальное и пародирующее произведение.

В отношении исключительных прав на товарные знаки российские суды неоднократно отмечали, что законодатель не установил их границ¹. Между тем в действительности все не так. Объем исключительного права на товарный знак должен ограничиваться использованием обозначения в качестве средства индивидуализации своих товаров, идентификатора источника происхождения товаров. В таком случае принципиально важно определить допустимые действия иных лиц с чужим товарным знаком, сходным с ним обозначением, которые не должны подпадать под контроль правообладателя. Проблемы установления границ исключительных прав на коммерческие обозначения, фирменные наименования, наименования мест происхождения товаров, в принципе, не поднимались ни в доктрине, ни на практике.

Помимо частных проблем, связанных с применением того или иного изъятия из исключительных прав, существует ряд концептуальных проблем, касающихся в целом всей системы границ таких прав, принципов, на основании которых она должна выстраиваться. Прежде всего вызывает вопрос, насколько определенными (конкретными) должны быть критерии (параметры) разграничения сферы контроля правообладателя и допустимого использования иными лицами. Могут ли в данном случае применяться гибкие балансовые (тестовые) инструменты, оставляющие судам широкий простор для судебного усмотрения?

До сих пор в доктрине не исследовалась проблема допустимого расширения, сужения границ (в том числе посредством судебного толкования) в зависимости от особенностей результатов интеллек-

¹ См., например: Постановление Суда по интеллектуальным правам от 25.11.2020 № С01-335/2020 по делу № А65-9273/2019.

туальной деятельности. Рабочая гипотеза, которая будет проверена соискателем в рамках данного исследования, заключается в том, что границы исключительного права могут расширяться или сужаться в зависимости от того, какую ценность (повышенную или пониженную) с позиции функций авторского, патентного права, института средств индивидуализации представляет соответствующий объект интеллектуальной собственности.

Другой актуальный вопрос, который до сих пор не нашел однозначного ответа ни в российской, ни в зарубежной доктрине: каким образом при установлении границ исключительных прав должны учитываться фундаментальные права и свободы (в том числе право на свободу слова и выражения, право на здоровье и медицинскую помощь) при условии, что институт границ должен согласовывать систему исключительных прав с базовыми правовыми ценностями. Могут ли границы исключительных прав быть сужены (соответственно расширена сфера свободного использования) со ссылкой на фундаментальные права человека и гражданина, в том числе права на свободу слова и выражения?

Второй крупный блок проблемных вопросов связан с тем, что правообладатели все чаще злоупотребляют своими исключительными правами. Исключительные права используются как инструменты получения несправедливых преимуществ, негативного воздействия на бизнес конкурентов и т.п. Так, согласно исследованию В.Н. Коэна (*W.N. Cohen*), более 70% инновационных компаний получают патенты с единственной целью блокировать бизнес своих конкурентов¹. Сложилась практика создания компаний исключительно с намерением приобретения патентов и предъявления исков к эффективно работающим производителям («патентный троллинг») ради получения от них несоразмерного вознаграждения за использование патентоохраняемых объектов. В западных правовых порядках активно обсуждается проблема злоупотребления авторскими правами (прежде всего в сфере программного обеспечения).

В сфере правовой охраны средств индивидуализации широкое распространение получила практика «аккумуляции» товарных знаков. Субъекты регистрируют на себя товарные знаки не с целью их правомерного использования, а для предъявления исков о нарушении исключительных прав к иным субъектам.

¹ *Cohen W.M., Nelson R.R., Walsh J.P.* Protecting their intellectual assets: appropriability conditions and why U.S. manufacturing firms patent (or not). URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=214952

Механизм защиты нарушенных исключительных прав должен отвечать на подобные вызовы. Должна быть разработана система пределов осуществления и защиты исключительных прав.

В российском праве подобным проблемам до сих пор не уделяется какого-либо внимания. Как в доктрине, так и в судебной практике отсутствует четкое понимание того, какие именно правореализационные практики правообладателей могут признаваться злоупотреблением правом, при каких условиях и посредством каких механизмов они должны пресекаться.

В отсутствие разработанного гражданско-правового инструментария, обеспечивающего соответствие поведения правообладателя функциональному назначению исключительных прав, Федеральной антимонопольной службой РФ (далее – ФАС России) и отдельными учеными предлагается подчинить действия по осуществлению исключительных прав антимонопольному регулированию (в рамках избранной мною терминологии – установить публично-правовые пределы осуществления исключительных прав). Подобные инициативы не основываются на серьезной теоретической базе. До сих пор в отечественной доктрине отсутствуют комплексные исследования соотношения системы интеллектуальных прав и антимонопольного регулирования, возможных последствий отмены антимонопольных иммунитетов, установленных для сферы осуществления исключительных прав.

В качестве предварительной гипотезы можно отметить, что принятие таких инициатив приведет к ряду негативных последствий. Усиление административного давления на бизнес. Многие востребованные практикой (в том числе в цифровой сфере) конструкции лицензионных договоров будут признаваться антиконкурентной практикой. В таком случае существует необходимость в разработке альтернативной (антимонопольному регулированию) системы гражданско-правовых пределов осуществления исключительных прав.

Основной функцией такой системы должно стать обеспечение фундаментального принципа права интеллектуальной собственности – баланса частных и общественных интересов. Одна из ключевых проблем в данном случае заключается в том, что для отдельных инновационных рынков (например, для рынка информационных технологий и фармацевтического рынка) характерны принципиально различные конфликты интересов. Наложение ограничений на правореализационные практики правообладателей может по-разному сказаться на стимулирующей функции исключительного права, его ценности для участников оборота. Так, активное вмешательство в правореализационные

практики патентообладателей фармацевтических изобретений может стимулировать их к созданию и регистрации инновационных препаратов, сократить инвестиции в отрасль. В то время как в сфере информационных технологий, на рынках электроники, телекоммуникаций установление дополнительных ограничений исключительных прав (как на патентоохраняемые объекты, так и программы для ЭВМ) при определенных условиях может быть оправданно. В таком случае возникает необходимость в уточнении установленных в ст. 10 ГК РФ пределов осуществления субъективных прав применительно к сфере интеллектуальных прав – разработке специальных тестов, позволяющих с позиции типизированных критериев оценить поведение конкретных правообладателей, учитывая при этом характерные для рынка конфликты интересов, специфику инновационной деятельности и т.п.

В значительной доработке нуждаются и последствия, меры воздействия на правообладателя, избравшего ненадлежащую форму осуществления своего права. Для большинства конфликтных ситуаций в отношении результата интеллектуальной деятельности полный отказ в защите права является чрезмерной и неэффективной мерой. Такие конфликты, как правило, возникают тогда, когда правообладатель отказывается в доступе к своему объекту заинтересованному лицу. Если подобное поведение противоречит назначению исключительного права, то адекватным ответом будет предоставление последнему разрешения (лицензии) на использование на установленных условиях. Иными словами, речь идет о принудительном лицензировании.

Данный институт до последнего времени оставался «мертвым» в российском праве. В доктрине отсутствовали сколько-либо значимые исследования по теме. Высшие судебные инстанции так и не дали каких-либо разъяснений по поводу условий и процедуры для выдачи принудительной лицензии. Между тем в последние несколько лет суды стали удовлетворять требования правообладателей зависимых фармацевтических изобретений к правообладателям основных изобретений на основании п. 2 ст. 1362 ГК РФ. Мотивировки первых решений вызывают серьезные вопросы. В декабре 2020 г. Правительство РФ впервые разрешило на основании ст. 1360 ГК РФ российской компании производить и продавать продукт, охватываемый исключительными правами патентообладателя.

Нельзя при этом не заметить, что и в иностранных правопорядках институт принудительного лицензирования относится к числу дискуссионных. До сих пор не был дан однозначный ответ на вопрос – применим ли он в сфере авторского права и, если да, то в каких именно

ситуациях. При каких условиях принудительные лицензии могут быть выданы в фармацевтической сфере, на рынке информационных технологий.

В рамках данного исследования мы не ставим перед собой задачу рассмотреть границы и пределы осуществления исключительных прав абсолютно на все объекты интеллектуальной собственности. Ограничимся следующими институтами – авторского права и смежных прав, патентного права, средств индивидуализации. Именно в отношении их границ и пределов осуществления возникает больше всего споров. С одной стороны, будут проанализированы частные вопросы, возникающие в отдельных институтах права интеллектуальной собственности; с другой – выработан общий теоретический подход, базовые принципы, из которых необходимо исходить при разработке и усовершенствовании границ и пределов осуществления исключительных прав в целом.

Глава 1. Содержание, функции, границы и пределы осуществления исключительных прав

1.1. Содержание исключительного права

В соответствии со ст. 1229 ГК РФ исключительное право представлено триадой правомочий: 1) использовать объект интеллектуальных прав по своему усмотрению; 2) распоряжаться исключительным правом на объект, если законом не предусмотрено иное; 3) по своему усмотрению разрешать или запрещать другим лицам использовать объект.

В российской цивилистике начиная с дореволюционного периода ведется дискуссия относительно того, какие правомочия – позитивное (использовать самому) или негативное (запрещать использовать иным лицам) – составляют основу исключительного права.

Последовательным сторонником негативной концепции исключительного права являлся А.А. Пиленко. Как им было отмечено применительно к патентной сфере, «патент можно понимать или как запрещение с рефлексом квалифицированной (монопольной) фабрики, или как дозволение фабриковать, усиленное специальной нормой об «исключительности»»¹. Самим автором выбор был сделан в пользу правомочия запрета. Он рассматривал исключительное право как право запрещения, обращенное ко всем третьим лицам: «изобретатель ставится в особо выгодное положение: он может запретить всем и каждому пользоваться данным изобретением»².

К адептам позитивной концепции исключительного права можно отнести К.П. Победоносцева, А.Ф. Александровского. Так, в отношении исключительных прав на изобретения К.П. Победоносцев

¹ *Пиленко А.А.* Право изобретателя: книга 3. М., 1902–1903. С. 417 (<http://ex-jure.ru/law/news.php?newsid=45>).

² Там же.

отмечал, что «с юридической точки зрения изобретатель должен иметь право пользоваться тем, что произвел личными силами своего духа, пользоваться силой, которую сам создал»¹. По мнению А.Ф. Александровского, авторское право на литературное произведение представляет собой исключительное право автора издавать и вообще размножить свое сочинение всеми возможными способами².

Наконец, на рассматриваемом этапе обозначился третий – смешанный поход к раскрытию содержания исключительного права. В соответствии с ним позитивное и негативное правомочия рассматриваются в их неразрывном единстве, в качестве равнозначных элементов. Подобного подхода придерживались, в частности, Я.А. Канторович и Г.Ф. Шершеневич. Как отмечалось первым из них, «содержание исключительного права определяется положительной и отрицательной стороной. Автору принадлежит исключительное право пользования и распоряжения своим произведением, и этому праву соответствует возложенная на прочих лиц обязанность воздержания от нарушения права автора»³. Иными словами, исключительное право – «исключительная возможность совершения известных действий с запрещением всем прочим возможности подражания»⁴. Г.Ф. Шершеневич определил сущность исключительного права как предоставление «известным лицам исключительной возможности совершения известных действий с запрещением всем прочим возможности подражания»⁵.

Подобные концепции нашли своих сторонников и на современном этапе развития цивилистики. К сторонникам позитивной концепции исключительного права можно отнести В.А. Дозорцева, В.А. Белова⁶, О.Ф. Оноприенко⁷, С.Т. Котиа⁸, С.А. Сеницына. Так, С.А. Сеницыным было отмечено, что «запретительная функция исключительного права,

¹ *Победоносцев К.П.* Курс гражданского права. Первая часть: Вотчинные права. М., 2002. С. 721.

² *Александровский Ю.В.* Авторское право. Закон. 20 марта 1911 г. Исторический очерк, законодательные мотивы и разъяснения. СПб., 1911. С. 1.

³ *Канторович Я.А.* Авторское право на литературные, музыкальные, художественные и фотографические произведения. Пг., 1916. С. 356.

⁴ Там же. С. 46.

⁵ *Шершеневич Г.Ф.* Авторское право на литературные произведения. Казань, 1891. С. 72.

⁶ См.: *Белов В.А.* Гражданское право: Особенная часть: Учебник. М., 2004. С. 77.

⁷ См.: *Оноприенко О.Ф.* Интеллектуальные права на селекционные достижения в России // Патенты и лицензии. 2010. № 3. С. 12.

⁸ *Котиа С.Т.* Исключительное право на результат интеллектуальной деятельности: понятие, сущность и правомочие правообладателя // Российский судья. 2011. № 4. С. 33.

обращенная к любым третьим лицам, не может превалировать над правом правообладателя самому использовать принадлежащий ему объект права — результат интеллектуальной деятельности»¹. При этом ученый ссылался на исторический опыт выдачи привилегий на использование результатов интеллектуальной деятельности, которые рассматриваются западной и российской доктриной в качестве «предшественника» исключительных прав.

В.А. Белов констатировал, что «если центром всякого вещного права является возможность владения вещью, то доминантой всякого исключительного права является исключительная и независимая от лица постороннего возможность использования юридически обособленного результата творческой деятельности человека»².

Негативной концепции исключительного права придерживаются, в частности, Е. Дедков, А.Л. Маковский, В.С. Савина, И.А. Зенин. Так, по мнению Е. Дедкова, сущность исключительного права состоит в праве требования к любому лицу прекратить использование объекта интеллектуальной собственности без согласия правообладателя и воздерживаться от такого неправомерного использования в будущем³. А.Л. Маковский отмечал, что «возможность автора, исполнителя или иного лица свободно использовать результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации исключительным правом не является»⁴. В.С. Савина констатировала, что «сущность исключительного права состоит именно в возможности устранения любых лиц от использования результата творчества, исключения из состава пользователей»⁵. И.А. Зениным применительно к патентной сфере было отмечено, что в самом по себе использовании патентоохраняемого объекта «нет ничего, что служило бы специфическим предметом и функцией патентного (изобретательского) права»⁶. В рамках граждан-

¹ Защита исключительных прав на изобретения, используемые в лекарственных препаратах: проблемы правового регулирования и направления совершенствования законодательства: Монография / Отв. ред. О.В. Гутников, С.А. Сеницын. М., 2019 (автор главы — С.А. Сеницын).

² Белов В.А. Указ. соч. С. 77.

³ Дедков Е. Пресечение и запрещение нарушения исключительного права // Хозяйство и право. 2011. № 2. С. 90.

⁴ Маковский А.Л. Исключительные права и концепция части четвертой Гражданского кодекса. М., 2008. (СПС «КонсультантПлюс»).

⁵ Савина В. О соотношении норм предпринимательского права и права интеллектуальной собственности // ИС. Авторское право и смежные права. 2016. № 8. С. 45–52.

⁶ Зенин И.А. Изобретательское право: природа, функции, развитие // Советское государство и право. 1980. № 2. С. 51.

ского законодательства понятие использования объекта определяется как юридический факт, служащий «основанием либо получения права на лицензионное или иное вознаграждение, либо ответственности за нарушение исключительного права»¹.

Сторонником смешанного подхода в постсоветской доктрине является, в частности, В.И. Еременко. По его мнению, еще в Патентном законе Российской Федерации от 23.09.1992 № 3517-1 российский законодатель очертил две функции исключительного права — позитивную и негативную. Право запрета не поглощается правом использования, т.е. негативная функция исключительного права не растворяется в позитивной функции. При этом он указал на необходимость разграничения конкретного запрета как элемента исключительного права и общего запрета, являющегося основой охранительной функции в гражданском праве. В абз. 2 п. 1 ст. 1229 ГК РФ, в соответствии с которым правообладатель может по своему усмотрению разрешать или запрещать другим лицам использовать объект интеллектуальной собственности, установлен конкретный (персональный) запрет, представляющий собой основу негативной функции исключительного права².

В законодательстве об авторском праве и смежных правах западных государств исключительные права определяются, как правило, через описание позитивной составляющей — в качестве исключительной (эксклюзивной) возможности использовать объекты авторского права (смежных прав) перечисленными в законе способами. Так, например, в соответствии со ст. 15 Закона об авторском праве и смежных правах ФРГ³ правообладатель обладает исключительным правом 1) на использование произведения в материальной форме, которое, в частности, включает в себя право на воспроизведение; право на распространение; право на показ; 2) сообщение произведения обществу в нематериальной форме, которое включает в себя, в частности: право на публичное чтение, исполнение и представление; право делать произведение доступным для общественности; право на вещание; право на доведение до общественности посредством видео и аудиозаписей; право

¹ *Зенин И.А.* Исключительное интеллектуальное право (право интеллектуальной собственности) как предмет гражданского оборота // Проблемы российского права интеллектуальной собственности (избранные труды И.А. Зенина). М., 2015. С. 41–42.

² *Еременко В.И.* Содержание исключительного права на объекты интеллектуальной собственности // Законодательство и экономика. 2011. № 5. С. 15–26.

³ Copyright Act of 9 September 1965, as last amended by Article 1 of the Act of 28 November 2018. URL: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_urhg/englisch_urhg.html