

МОСКОВСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ
имени М.В. Ломоносова
ЮРИДИЧЕСКИЙ ФАКУЛЬТЕТ

Кафедра гражданского права

Курсовая работа по теме:
«Принцип исчерпания исключительного права»

Выполнил студент 2 курса 204 группы
Галкин Артур Владимирович

Научный руководитель:
доктор юридических наук, ассистент
Ворожевич Арина Сергеевна

Дата представления курсовой работы в учебный отдел:

«__» _____ 2022 г.

Дата сдачи научному руководителю: «__» _____ 2022 г.

Дата защиты курсовой работы: «__» _____ 2022 г.

Оценка: _____

Москва

2022 г.

Оглавление

Оглавление	2
Введение	3
Глава I. Общие положения об исчерпании исключительного права	6
§ 1.1 История становления института исчерпания исключительного права	6
§ 1.2 Сущность и содержание принципа исчерпания исключительного права	8
§ 1.3 Подходы к принципу исчерпания исключительного права	12
Глава II. Принцип исчерпания исключительных авторских и смежных прав	12
§ 2.1 Содержание принципа исчерпания исключительных авторских и смежных прав	17
§ 2.2 Проблемы реализации принципа исчерпания исключительного права в цифровой сфере.	22
Глава III. Принцип исчерпания исключительных патентных прав	36
§ 3.1 Содержание принципа исчерпания исключительных патентных прав	36
§ 3.2 Вопросы применения антимонопольных механизмов в сфере осуществления исключительных патентных прав	42
Глава IV. Принцип исчерпания исключительного права на товарные знаки.	49
§ 4.1 Содержание, пределы и реализация принципа исчерпания исключительного права на товарные знаки.	49
§ 4.2 Проблемы параллельного импорта	52
Заключение	61
Библиография	62
I. Нормативные правовые акты	62
II. Материалы судебной практики	63
III. Научная литература	64

Введение

В современном имущественном обороте все чаще фигурируют результаты интеллектуальной деятельности, и в силу специфики интеллектуальной собственности авторам предоставляется особый набор интеллектуальных прав, отличный от прав собственника обычной вещи. Одним из ключевых в системе интеллектуальных прав является исключительное право. Исключительные права, имея имущественный характер, важны для правообладателей в аспекте реального материального стимула для создания результатов интеллектуальной деятельности. Однако для соблюдения требований правовой определенности необходимо четко определить границы этих прав и пределы их осуществления, чтобы разграничивать случаи, когда результат интеллектуальной деятельности используется третьими лицами правомерно и отсутствует нарушение интеллектуальных прав автора, и случаи, когда действиями третьих лиц нарушаются права авторов.

Институт границ исключительного права был исследован рядом ученых, и обычно выделяются временные, территориальные, содержательные и объектные границы исключительных прав. Особую важность представляют объектные границы исключительных прав. Одним из главных аспектов в объектных границах является то, в какой степени исключительное право распространяется на материальный носитель, в котором воплощен результат интеллектуальной деятельности. В данном случае речь идет об исчерпании исключительного права. Принцип исчерпания имеет определенные особенности в авторском, патентном праве и по отношению к товарным знакам, эти особенности во многом обусловлены спецификой объектов авторского, патентного права, товарных знаков.

Вопрос исчерпания исключительных прав тесно связан с проблемой параллельного импорта. В России все не прекращаются споры по поводу легализации параллельного импорта, однако представляется, что занимая ту или иную крайнюю позицию, будь то полный запрет параллельного импорта или полная его легализация, мы приносим одни права в жертву другим, поскольку в вопросе параллельного импорта сталкиваются интересы правообладателей и необходимость обеспечения конкуренции. В подобной ситуации занять крайнюю позицию было бы опрометчиво и неприемлемо с противоположной стороны. Следовательно, необходимо найти определенный баланс в данном вопросе.

Другой не менее важной проблемой вытекающей из вопроса границ исключительных прав является возможность применения антимонопольного законодательства к сфере осуществления исключительных прав. Представляется, что антимонопольное законодательство и антимонопольное ведомство не сможет учитывать особенностей исключительных прав, существует опасность необоснованного вторжения в сферу исключительных прав. ФАС России с недавнего времени активно стремится распространить действие антимонопольного законодательства на сферу осуществления исключительных прав. В данном

вопросе стоит учитывать будущие последствия таких законодательных преобразований. Соблюдение исключительных прав в большинстве случаев все же должно ставиться в приоритет, конечно, за рядом исключений.

В теме исчерпания исключительного права также имеется другая не менее сложная проблема: в связи с информатизацией все больше операций происходит в цифровой сфере, что порождает вопрос о возможности исчерпания исключительного права в цифровой сфере. Представляется, что в данной области правила об исчерпании не применяются. Обоснование строится, прежде всего, на традиционном понимании данного принципа как технического, необходимого для обеспечения именно абсолютного характера права собственности, а в цифровой сфере о материальном носителе речи не идет, а также на том, что в цифровой сфере сложно обеспечить добросовестное поведение участников оборота относительно правил о (не) распространении произведения. Если и распространять действие принципа исчерпания исключительного права на результаты интеллектуальной деятельности в электронной форме, то необходимо технически обеспечить некоторое аналоговое действие данного принципа как с материальным носителем, однако этого сложно добиться не только в техническом плане, но в аспекте того, что такое допущение вызовет огромное число судебных споров, к разрешению которых отсутствует единый нормативный подход и практика.

Целью данного исследования является изучение принципа исчерпания исключительных прав, описание особенностей данного принципа в авторском праве, патентном праве, по отношению к товарным знакам, освещение смежных с доктриной исчерпания вопросов.

Для достижения поставленной цели необходимо решение следующих задач:

- Рассмотреть содержание принципа исчерпания исключительных прав;
- Сравнить различные подходы к данному принципу;
- Выявить особенности принципа исчерпания исключительного права в авторском праве, патентном праве и по отношению к товарным знакам;
- Проанализировать проблемы параллельного импорта, а также возможность реализации принципа исчерпания в цифровой сфере;
- Оценить возможность применения антимонопольного законодательства к сфере осуществления исключительных прав.

Объектом исследования является принцип исчерпания исключительного права, его сущность и содержание.

Предметом исследования являются особенности нормативного закрепления принципа исчерпания и практика реализации данного принципа.

Глава I. Общие положения об исчерпании исключительного права

§ 1.1 История становления института исчерпания исключительного права

Появление принципа исчерпания исключительного права во многом обусловлено научно-техническим прогрессом, вызывающим появление всё большего числа изобретений и иных результатов интеллектуальной деятельности, прежде всего, в патентном праве. Наличие определенного набора интеллектуальных прав у изобретателей ограничивает доступ к нему для третьих лиц, общества в целом, однако если бы такое положение имело абсолютный характер, то есть изобретатели имели абсолютную монополию над своим результатом интеллектуальной деятельности, то при слишком трепетной защите их прав был бы искусственно и не вполне обоснованно заторможен общественный прогресс. Схожая ситуация наблюдается и в авторском праве. Ценность произведения литературы, науки и искусства заключается в возможности их использования третьими лицами для извлечения определенной пользы, к примеру, получение знаний учащимися при прочтении учебников, написанных группой преподавателей. Действительно, ценность любого результата интеллектуальной деятельности заключается в возможности применения такового в различных областях человеческой деятельности для удовлетворения как частных потребностей, так и потребностей общества в получении доступа к выдающимся достижениям науки и техники или произведениям литературы и искусства.

Исторически наиболее остро встал вопрос об установлении границ исключительных прав именно в патентном праве. Одной из ключевых границ стало исчерпание исключительных прав. Учение об исчерпании в патентном праве было разработано немецким цивилистом Йозефом Колером. «В его работе содержались положения, касающиеся исполнения лицензионных договоров, в частности, контроля патентообладателя за территорией сбыта лицензионных товаров. Первое введение запатентованных товаров в оборот, как отмечал Колер, необходимо осуществить патентообладателем внутри страны, а затем посредством заключения договоров с третьими лицами возможно дальнейшее распространение товаров»¹. Что касается судебной практики, связанной с исчерпанием исключительных прав, то Пирогова выделяет два периода в развитии судебной практики по данному вопросу: первый длится со второй половины XIX в. до 20-х гг. XX в., когда преимущественно суды исходили из международного принципа исчерпания «дела Mariani (1902), Gilsonite (1924), Nelson (1926) рассматривались с позиций признания универсального характера действия исключительных прав и

¹ Пирогова В.В. Исчерпание исключительных прав и параллельный импорт. М.: Статут, 2008. С. 33.

международного принципа исчерпания прав», хотя имелись решения, где суды применяли национальное исчерпание прав: «в 1927 г. немецкий суд в решении по делу *Hernstenberg* исходил из территориального характера действия прав и применил национальное исчерпание прав»; второй начинается с 50-х гг. XX в., когда «... можно наблюдать устойчивые тенденции выбора судами международного исчерпания прав (дела *Le rouge baiser*, *Revlon*, *MaJa*), когда решения принимались путем приравнивания факта введения товара в оборот за границей к законному введению в оборот»¹.

Стоит отметить, что во второй половине XIX века в США также был сформирован определенный подход к вопросу о границах исключительных прав, а именно об объектных границах этих прав, о возможности или невозможности контроля правообладателя за результатом интеллектуальной деятельности после введения его в оборот, речь в данном случае идет о доктрине «первой продажи» (*first sale doctrine*). Согласно этой доктрине после санкционированного правообладателем введения в оборот произведения литературы, изобретения и прочих результатов интеллектуальной деятельности правомочия их создателя в отношении этих результатов исчерпываются. Данная доктрина была сформулирована в деле *Bloomer v. McQuewan*² 1852 года. В данном деле суд установил, что имущество, проданное патентообладателем, становится частной собственностью покупателя, а владелец патента теряет свои права на это имущество³. Как указал в апелляционной инстанции федеральный судья Соединенных Штатов Познер, при отсутствии исчерпания прав, если каждый раз, когда владелец автомобиля желает перепродать свой подержанный автомобиль, то ему нужно будет запрашивать лицензию у автопроизводителя, это приведет к абсурдной ситуации, подразумевающей автоматической принудительной лицензией⁴. В обоснование данной доктрины также можно привести мнение о том, что, вводя то или иное изобретение в оборот, патентообладатель получает справедливое вознаграждение за отказ от контроля над ним, что поддерживает нормальное распределение благ в обществе⁵. Что же касается авторского права, то становление принципа исчерпания в авторском праве связывают с делом *Bobbs-Merrill Co. v. Straus*, в котором имели место попытки книжного издательства контролировать минимальные цены после первоначального распространения. Розничный торговец, купивший книги у оптового торговца по сниженной цене, продал их ниже минимальной цены, установленной издателем. Издательство заявило о нарушении авторских прав, но суд встал на сторону ответчика. Действия

¹ Пирогова В.В. Исчерпание исключительных прав и параллельный импорт. М.: Статут, 2008. С.34

² *Bloomer v. McQuewan* [1852] 55 U.S. 539

³ Ashok, Arathi, Exhaustion of IP: A Tool for Competition (August 26, 2016) p. 2 [Электронный ресурс]. URL:<https://ssrn.com/abstract=3087012> (дата обращения: 02.11.21)

⁴ *Jack Walters & Sons Corp. v. Morton Building, Inc.*, [1984] 737 F.2d 698, 704

⁵ Ashok, Arathi, Exhaustion of IP: A Tool for Competition (August 26, 2016) p. 3 [Электронный ресурс]. URL:<https://ssrn.com/abstract=3087012> (дата обращения: 02.11.21)

издателя были охарактеризованы как попытка наложить «ограничение на последующее отчуждение объекта авторского права после утраты правообладателем правового титула»¹.

Что же касается российского правопорядка, то принцип исчерпания исключительных прав был введен в новейшей российской истории рядом законов об интеллектуальной собственности 90-х гг. XX в.: «... применительно к исчерпанию прав на изобретения, полезные модели и промышленные образцы ст. 11 Патентного закона Российской Федерации от 23 сентября 1992 г. N 3517-1, по отношению к исчерпанию прав на товарные знаки ст. 23 Закона РФ от 23 сентября 1992 г. N 3520-1 "О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров" ...»², а также ряд других законов относительно отдельных объектов интеллектуальной собственности. В соответствии с данными актами до введения в действие четвертой части ГК РФ для разных объектов интеллектуальной собственности действовал разный режим исчерпания. После принятия 4 части Гражданского кодекса практически на все результаты интеллектуальной деятельности был установлен национальный принцип исчерпания.

§ 1.2 Сущность и содержание принципа исчерпания исключительного права

Для существования того или иного правового института или принципа необходимы определенные причины. Частично вопрос причин существования принципа исчерпания исключительных прав был затронут в предыдущем параграфе. Можно немного переформулировать данный вопрос: для чего необходим принцип исчерпания исключительных прав, в чем его предназначение? С одной стороны, этот принцип необходим для обеспечения открытости имущественного оборота, в этом заинтересованы как сами участники оборота, так и законодатель, поскольку это способствует развитию конкуренции. С другой стороны, принцип исчерпания обеспечивает абсолютный характер права собственности, поскольку, приобретая тот или иной результат интеллектуальной деятельности, покупатель рассчитывает на приобретение абсолютного по характеру права собственности, ничем не обремененного, если на собственности нет иных обременений, а исключительные права создателя данного результата налагали бы на собственника определенные ограничения, например, получение согласия правообладателя на распространение, что, безусловно, тормозило бы

¹ de Beer, Jeremy and Tomkowicz, Robert, Exhaustion of Intellectual Property Rights in Canada (April 2009). Canadian Intellectual Property Review, Vol. 25, No. 3, 2009 p.6 [Электронный ресурс].

URL:https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1636425 (дата обращения: 02.11.21)

² Городов О.А., Петров А.В., Шмигельская Н.А. Недобросовестная конкуренция: учебно-практическое пособие / под ред. О.А. Городова. М.: Юстицинформ, 2020. С. 140

имущественный оборот, правообладатели получали бы слишком широкий круг правомочий, баланс был бы смещен в пользу защиты интеллектуальных прав. Вместе с тем, к данному аргументу примыкает другой: принцип исчерпания защищает конфиденциальность потребителя, поскольку они могут перепродать товар без разрешения правообладателя.

Кроме того, поскольку эксклюзивные товары не всегда являются доступными рядовому потребителю, для получения доступа к ним в целях защиты интересов широких масс потребителей, с невысоким заработком имеются вторичные рынки, и как отмечает А.С. Ворожевич, «... принцип исчерпания права необходим для поддержания вторичного рынка, на котором потребители могут приобрести продукт по сниженной цене; развития альтернативных каналов распространения материальных носителей». На это обоснование принципа исчерпания указывает и Ариэль Кац: «*доктрина первой продажи закрепляет предпочтение гаражной распродажи над мусорным баком и библиотеки над свалкой*»¹, а также другие ученые² (выделено мною. – А. Г.). Кроме того, наличие исключительных прав создателя результата интеллектуальной деятельности особенно в соотношении с вещными правами на материальный носитель несколько осложняет оборот в аспекте соблюдения разного вида прав, в решении этой проблемы как раз помогает принцип исчерпания, привнося правовую определенность в вопросе правомочий лиц, участвующих в обороте результатов интеллектуальной деятельности, иными словами, «... институт исчерпания права можно оправдать с позиции принципа рыночной и правовой определенности. В отсутствие него у покупателей не будет точных представлений относительно того, что они могут делать с вещью, а что - нет. Кроме того, принцип исчерпания служит снижению транзакционных издержек. Приобретателям не придется каждый раз выяснять, кто является возможным правообладателем товара, давал ли он согласие на отчуждение»³.

Исчерпание исключительного права можно понимать как в экономическом, так и в юридическом смысле. Экономическая сущность исчерпания исключительного права заключается в том, что правообладатель утрачивает контроль «за судьбой производимой им продукции с воплощенными в ней охраняемыми результатами интеллектуальной деятельности или приравненными к таковым средствами индивидуализации на определенной территории», а юридическая – в том, что

¹ Katz, Ariel, The Economic Rationale of Exhaustion: Distribution and Post-Sale Restraints (August 21, 2015). The Economic Rationale of Exhaustion: Distribution and Post-Sale Restraints, in Research Handbook on IP Exhaustion and Parallel Imports (Irene Calboli & Edward Lee, eds.) p.p. 23-43 (Edward Elgar 2016) [Электронный ресурс]. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2649272 (дата обращения: 02.11.21)

² Wolfgang Kerber Exhaustion of Digital Goods: An Economic Perspective MAGKS, Joint Discussion Paper Series in Economics, No. 23-2016; Zeitschrift für Geistiges Eigentum / Intellectual Property Journal 2016, p.154 [Электронный ресурс]. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2777459 (дата обращения: 07.03.22)

³ Ворожевич А.С. Границы исключительных прав на программы для ЭВМ // Вестник гражданского права. 2021. N 2. С. 118

законодатель устанавливает определенные ограничения юридической монополии на использование охраняемого результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации, то есть, таким образом, происходит некоторый обход «искусственных барьеров для свободной торговли, которые могут возводиться обладателями абсолютных исключительных прав на охраняемые результаты интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации»¹. В рамках данного исследования исчерпание исключительного права будет рассматриваться именно в юридическом смысле, хотя с учетом экономических эффектов и последствий.

Кроме того, исчерпание исключительного права относится к объектным границам этих прав. Данный принцип является одним из ключевых аспектов в совокупности всех объектных границ, в частности, он позволяет ответить на следующий вопрос: «...до какой степени исключительное право распространяется на материальный носитель, в котором воплощен объект интеллектуальных прав. ... Он ограничивает исключительные права на все объекты интеллектуальных прав, которые могут быть воплощены (нанесены на) в материальном носителе»².

В общем виде исчерпание заключается в следующем: «если право собственности на такой товар переходит к другому лицу (товар поступает в гражданский оборот), исключительное право на объект, выраженный в этом товаре, считается реализованным, "исчерпанным", то есть прекращается»³.

Правило исчерпания исключительных прав также может формулироваться по-разному, к примеру, Ариэль Кац выделяет 5 моделей. Первая формулировка – «уровень 0», когда предполагается отказ от доктрины исчерпания исключительного права. Вторая – «уровень 1»: это слабая формулировка, которая рассматривает доктрину первой продажи как простое правило по умолчанию: исключительное право исчерпывается после первой безусловной продажи. Однако оно может не быть исчерпано, если сделка носит условный характер и условия были наложены лицензией, договором или, возможно, даже простым уведомлением. Нарушение любых таких условий (договаривающейся стороной, лицензиатом или покупателем, уведомленным об ограничении) влечет за собой ответственность. Третья – «уровень 2»: В соответствии с умеренной доктриной первой продажи первая санкционированная продажа по-прежнему исчерпывает исключительное право, но покупатель все еще может быть связан договорными ограничениями после продажи.

¹ Городов О.А., Петров А.В., Шмигельская Н.А. Недобросовестная конкуренция: учебно-практическое пособие / под ред. О.А. Городова. М.: Юстицинформ, 2020. С. 137, 138

² Ворожевич А.С. Границы исключительных прав, пределы их осуществления и защиты: диссертация на соискание ученой степени доктора юридических наук. М. 2021 С. 15.

³ Гаврилов Э. П. Принцип исчерпания исключительного права и его толкование в Постановлении Конституционного Суда РФ // Хозяйство и право. 2018. N 5. С. 38.

Четвертая – «уровень 3»: строгая формулировка правила, которая рассматривает доктрину первой продажи как жесткое правило по умолчанию, это означает, что попытка обойти правила исчерпания прав при первой санкционированной продаже с исчерпанием исключительных прав и будет признана недействительной в отсутствие убедительного конкретного объяснения того, почему следует обойти правило об исчерпании. Пятая – «уровень 4»: при самой строгой формулировке доктрины первой продажи продажа не только исчерпывает исключительные права, но и все попытки обойти эту доктрину будут признаны недействительными и могут даже представлять собой неправомерное использование интеллектуальной собственности или само по себе нарушение антимонопольного законодательства¹. Представляется, что выбор той или иной модели зависит от особенностей рынка того или иного товара, специфики товара, в котором выражен результат интеллектуальной деятельности.

Для понимания, как действует данный принцип, стоит определить, что собой представляет «введение в оборот». Для введения в оборот «в смысле вступления в силу нормы об исчерпании прав важен факт отчуждения товара, переход права собственности».² Кроме того, введение в оборот должно произойти «с согласия правообладателя», «употребление понятия "с согласия правообладателя" отражает законность правоотношений с третьими лицами. В частности, правоотношения сторон могли быть оформлены гражданско-правовыми договорами: лицензионным договором, договором коммерческой концессии и т.д.»³. Поскольку данный принцип во многом призван обеспечить право собственности на конкретный товар, то исключительное право исчерпывается относительно конкретного товара, в котором выражен результат интеллектуальной деятельности, т.е. «принцип исчерпания исключительного права неразрывно связан с конкретной вещью»⁴.

Содержание принципа исчерпания исключительного права заключается в том, что он распространяется только на правомочие распространения, и это вполне соответствует приведенным ранее обоснованиям принципа исчерпания исключительного права. Отмечается, что «иной подход привел бы к серьезным нарушениям интересов правообладателей. ... Распространение принципа исчерпания права на иные способы использования произведения (воспроизведение, доведение до всеобщего сведения и др.) привело бы к тому, что исключительные права потеряли

¹ Katz, Ariel, The Economic Rationale of Exhaustion: Distribution and Post-Sale Restraints (August 21, 2015). The Economic Rationale of Exhaustion: Distribution and Post-Sale Restraints, in Research Handbook on IP Exhaustion and Parallel Imports (Irene Calboli & Edward Lee, eds.) p.p. 23-43 (Edward Elgar 2016) [Электронный ресурс]. URL:https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2649272 (дата обращения: 02.11.21)

² Пирогова В.В. Исчерпание исключительных прав и параллельный импорт. М.: Статут, 2008. С. 42.

³ Там же – С. 43.

⁴ Гаврилов Э. П. Принцип исчерпания исключительного права и его толкование в Постановлении Конституционного Суда РФ // Хозяйство и право. 2018. N 5. С. 41.

свою ценность»¹.

Также стоит указать на то, что для применения принципа исчерпания не важно, где именно был произведен результат интеллектуальной деятельности. Важен лишь факт отчуждения материального носителя от правообладателя к иному участнику гражданского оборота.

Таким образом, принцип исчерпания складывается из следующих элементов: 1) правообладателем или с его согласия результат интеллектуальной деятельности вводится в гражданский оборот; 2) правообладатель утрачивает правомочие распространения данного конкретного материального носителя, в котором выражен результат интеллектуальной деятельности, т.е. правообладатель не вправе контролировать дальнейшее распространение или налагать на собственника материального носителя послепродажные ограничения; 3) остальные правомочия, входящие в состав исключительного права, у автора или патентообладателя не исчерпываются, собственник материального носителя не вправе осуществлять правомочия, входящие только в состав исключительного права.

§ 1.3 Подходы к принципу исчерпания исключительного права

Развитие международной торговли и территориальный характер исключительных прав привели к постановке вопроса об исчерпании именно в контексте территории исчерпания, т.е. главный вопрос состоит в масштабе распространения правовых последствий введения в оборот правообладателем или с его согласия товара, в котором воплощен результат интеллектуальной деятельности: будет ли исключительное право исчерпано в отношении данного товара вне зависимости от того, в каком государстве будет введен в оборот товар, или же исключительное право будет исчерпано только на территории государства, в котором правообладатель вводит в оборот товар.

В доктрине были выработаны три ключевых подхода к исчерпанию исключительных прав: международный, региональный и национальный. Каждый режим имеет свои преимущества и недостатки, которые необходимо рассмотреть.

Национальный режим исчерпания заключается в том, что при введении правообладателем товара в оборот в определенном государстве исключительное право исчерпывается только на территории данного государства. Данный режим предполагает запрет параллельного импорта, т.е. запрет ввоза товаров на территорию государства, где исключительное право не было исчерпано, для введения в оборот

¹ Ворожевич А.С. Границы исключительных прав, пределы их осуществления и защиты: диссертация на соискание ученой степени доктора юридических наук. М. 2021. С.193

третьими лицами (параллельными импортерами) без согласия правообладателя.

Начнем с преимуществ данного подхода. Во-первых, данный подход обеспечивает защиту правообладателей от нарушений со стороны параллельных импортеров. В аспекте охраны исключительных прав возможность запрещения параллельного импорта является весьма действенным механизмом. Во-вторых, национальный режим, защищая интересы правообладателя, также предотвращает поступление на внутренний рынок контрафактных товаров, которое нарушает интересы потребителей в использовании оригинальных, эксклюзивных товаров, а также, запрещая параллельный импорт, пресекает проявления недобросовестной конкуренции со стороны других участников оборота, которые приобретают товары в одном государстве от самого правообладателя или с его согласия, а затем поставляют их на рынок государства, в котором данные товары не были введены в оборот правообладателем, таким образом, данные параллельные импортеры получают прибыль за счет репутации (гудвилл) правообладателя. Однако данный аргумент выглядит не столь убедительным в отдельном аспекте. Дело в том, что нужно учитывать *весь путь движения товаров*, в которых воплощен результат интеллектуальной деятельности, от правообладателя до конечного потребителя, чтобы установить, действовал ли иной участник оборота, распространяющий данные товары добросовестно или нет, определить меру ответственности за нарушение исключительного права (выделено мною. – А. Г.). Данный вопрос возник на практике и даже был рассмотрен Конституционным судом РФ (далее – КС РФ) в постановлении от 13.02.2018 N 8-П, которое сыграло решающую роль в рассмотрении судебного спора между японской фирмой "Sony Corporation" (истец) и российским юридическим лицом ООО "ПАГ" (ответчик). Дело заключалось в следующем: «Истец, являющийся владельцем зарегистрированного в РФ товарного знака, считал, что ответчик нарушил его исключительное право на товарный знак. Решением суда первой инстанции от 24 февраля 2015 года было признано, что ответчик нарушил право на принадлежащий истцу товарный знак, зарегистрированный в России. Нарушение состояло в том, что ответчик ввез на территорию России товар, маркированный товарным знаком истца, для дальнейшего введения этого товара в гражданский оборот. Товар представлял собой 60 рулонов термочувствительной бумаги для медицинских приборов, был изготовлен и первоначально пущен в гражданский оборот на территории Японии с согласия владельца японского товарного знака - компании "Sony Corporation". Российский импортер (ответчик) приобрел товар у польского юридического лица и ввез его на территорию РФ без разрешения владельца товарного знака. Арбитражный суд Калининградской области РФ вынес следующее решение: запретить ответчику без разрешения истца вводить товар в гражданский оборот на территории РФ, а также хранить его с этой целью; изъять из оборота и уничтожить

за счет ответчика товар, ввезенный им на территорию РФ; взыскать с ответчика в пользу истца 100 000 руб. в качестве компенсации за нарушение исключительного права на товарный знак истца»¹. Далее в последующих инстанциях решения было оставлено без изменения и затем поступило в КС РФ.

В данном постановлении КС РФ несколько усовершенствовал принцип исчерпания в аспекте ответственности параллельных импортеров: «... при рассмотрении судебных споров о нарушении исключительного права на товарный знак, выражающемся во ввозе (импорте) на территорию РФ товара, маркированного охраняемым за рубежом товарным знаком и ранее находившегося в гражданском обороте за рубежом, следует выяснять, был ли этот товар введен в гражданский оборот за рубежом *с согласия зарубежного владельца исключительного права на товарный знак либо без такового* (выделено мною. – А. Г.). В первом случае такой товар считается "законным", во втором - "контрафактным". Оба термина условны, они могут не совпадать с понятиями законности и контрафактности по законодательству, действующему на территории РФ». Представляется что при определении контрафактности продукта можно придерживаться подхода, изложенного еще Г.Ф. Шершеневичем: «Под именем контрафакции следует понимать распространение литературного произведения, с этой целью воспроизведенного полностью или в значительной части, лицом, которое не имеет авторского права на него и не получило разрешения на то со стороны автора или его преемника»². В случае с законными товарами имеет место добросовестное поведение со стороны конкурентов владельца товарного знака, в отличие от ситуации, когда товары являются «контрафактными». Однако, когда имеет место недобросовестность владельца охраняемого в РФ товарного знака и удовлетворение его исковых требований способно создать угрозу для жизни и здоровья граждан или для иных публично значимых интересов, «...суд имеет право вынести решение об отказе владельцу российского товарного знака в защите его нарушенного права полностью или частично, снизив размер предусмотренной законом санкции». Очень важное разграничение было закреплено между случаями: 1) когда параллельный импортер ввозит «законные» товары и 2) когда ввозит «контрафактные». Это разграничение относилось к санкциям: «К нарушителю права на товарный знак, который без согласия владельца этого права ввозит на территорию РФ маркированный товарным знаком товар, законно введенный ранее в гражданский оборот за рубежом, не могут быть применены санкции в таком же размере, как при ввозе товара, являющегося "контрафактным". Исключение

¹ Гаврилов Э. П. Принцип исчерпания исключительного права и его толкование в Постановлении Конституционного Суда РФ // Хозяйство и право. 2018. N 5. С. 36.

² Шершеневич Г.Ф. Избранное. Т. 3 включая Авторское право на литературные произведения / Вступ. слово, сост.: П.В. Крашенинников. – М.: Статут, 2017. С. 238.

составляют случаи, когда ввоз "законного" товара влечет для истца (владельца российского товарного знака) убытки, сопоставимые по размеру с убытками от ввоза "контрафактных" товаров». Также была ограничена возможность применения таких санкций как изъятие из оборота и уничтожение товаров: «"Законный" товар, ввезенный на территорию РФ, если он нарушает право на товарный знак, действующий в РФ, не может быть изъят из оборота и уничтожен. Исключение составляют лишь случаи, когда это товар ненадлежащего качества, а также, если это необходимо для обеспечения безопасности, защиты жизни и здоровья граждан, охраны природы и культурных ценностей»¹.

Данное постановление, внося определенные коррективы в национальный режим, только послужило очередным доказательством, что принцип исчерпания в России урегулирован недостаточно и что национальный режим исчерпания, несмотря на все преимущества, имеет и существенные недостатки.

Ключевым недостатком многие исследователи выделяют возможность злоупотребления правом со стороны правообладателя путем блокирования параллельного импорта и тем самым недопущения на рынок параллельных импортеров, что сказывается на состоянии конкуренции на рынке. Главная мысль данного аргумента заключается в том, что параллельный импорт положительно сказывается на внутрибрендовой конкуренции, а действия правообладателя могут необоснованно ее ограничивать. Параллельный импорт, вне зависимости от того, легализован он или нет, фактически возникает, когда, во-первых, товары, в которых выражен результат интеллектуальной деятельности, были введены правообладателем или с его согласия в оборот в третьем государстве, следовательно исключительное право было исчерпано в отношении данных товаров, во-вторых, в законодательстве государства правообладателя закреплен национальный режим исчерпания, в-третьих, данные конкретные товары, введенные в оборот в третьем государстве, могут поступать по иным каналам без согласия правообладателя на рынок государства правообладателя, и это будет признаваться параллельным импортом. А недобросовестность будет заключаться в том, что правообладатель, зная о существовании национального режима исчерпания, сознательно реализуя товар на территории другого государства, может ограничивать поступление этих же товаров по каналам параллельного импорта, тем самым пресекая возможности конкурентов на рынке страны правообладателя. Проблема параллельного импорта подробно будет рассмотрена в последующих главах.

Далее, региональный режим занимает промежуточное положение между

¹ Гаврилов Э. П. Принцип исчерпания исключительного права и его толкование в Постановлении Конституционного Суда РФ // Хозяйство и право. 2018. N 5. С. 42.

национальным и международным и предназначен для относительно тесно интегрированных международных сообществ, таких как Европейский союз. Данный режим заключается в том, что исключительные права считаются исчерпанными, когда товары, в которых выражен результат интеллектуальной деятельности, введены в оборот на территории одной из стран регионального экономического союза, международной организации. Такой режим во многом отвечает интересам международной экономической интеграции, по крайней мере на региональном уровне, однако в определенных случаях, имеются национальные интересы в неприменении регионального принципа, например, в ситуации ухудшения качества товаров при ввозе в другую страну данного региона, так что, и этот подход не является бесспорным.

Наконец, международный режим предполагает исчерпание исключительного права при введении товара в оборот вне зависимости от государства, на территории которого происходит введение в оборот. Международный принцип в отличие от национального допускает параллельный импорт. Международное исчерпание и параллельный импорт обычно обосновывается с позиции поддержания конкуренции на рынке, поскольку правообладатель лишается механизмов блокирования доступа своих конкурентов на определенный национальный рынок. Однако этот аргумент не выдерживает критики. При допуске параллельного импорта происходит стимулирование недобросовестного поведения других участников гражданского оборота, которые могут намеренно осуществлять перепродажу товаров приобретенных у правообладателя или с его согласия и при этом получать прибыль во многом благодаря репутации (гудвилл) правообладателя.

Глава II. Принцип исчерпания исключительных авторских и смежных прав

§ 2.1 Содержание принципа исчерпания исключительных авторских и смежных прав

В авторском праве исчерпание исключительных прав выступает в качестве важного аспекта объектных границ данных прав. Данный принцип предполагает то, что «правообладатель контролирует использование оригинала и экземпляров произведения до их первой продажи (иного введения в оборот) на территории Российской Федерации продукта»¹. Таким образом, в России закреплен национальный принцип исчерпания исключительного права, однако, такой подход не является общепризнанным, например, в Индии действует международный принцип, неоднозначность решения данного вопроса вытекает и из ключевых международных соглашений по авторским и смежным правам, таких как Договор ВОИС по авторскому праву и Договор ВОИС по исполнениям и фонограммам 1996 г., где решение о выборе режима исчерпания оставлялось на усмотрение национального законодателя.

В пункте 96 Постановления Пленума Верховного суда РФ от 23 апреля 2019 г. № 10 принцип исчерпания определен как исключение из общего правила о том, что любые действия по использованию произведения могут осуществляться только правообладателем или с его согласия (пункты 1 и 2 статьи 1270 ГК РФ), и применяется *лишь в случаях*, прямо установленных статьей 1272 ГК РФ. Принцип исчерпания исключительного права автора произведения закреплен в ст. 1272 ГК РФ. Согласно нормативной формулировке исчерпание происходит относительно конкретного оригинала произведения или экземпляра произведения. Закрепляя данный принцип, законодатель акцентирует внимание именно на правомочии распространения оригинала или экземпляра произведения, а если быть точнее – *правомочии распоряжения* (выделено мною. – А. Г.). Иными словами, правообладатель не может контролировать дальнейшее «движение» конкретного товара, в котором выражен результат интеллектуальной деятельности, в торговом обороте. Однако распространение является лишь одним из множества способов использования объекта авторского права.

Способы использования произведений закреплены в пункте 2 статьи 1270 ГК РФ. Стоит отметить, что, поскольку ст. 1229 закрепляет право гражданина или юридического лица, обладающих исключительным правом на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации, использовать такой результат или такое средство по своему усмотрению любым не

¹ Ворожевич А.С. Границы и пределы осуществления авторских и смежных прав. Москва: Статут, 2020. С.175

противоречащим закону способом, а в пункте 2 ст. 1270 используется формулировка «использованием произведения независимо от того, совершаются ли соответствующие действия в целях извлечения прибыли или без такой цели, считается, **в частности...**», которая указывает лишь на частные случаи использования, то можно предположить, что возможны случаи использования не указанные в законе, но не противоречащие ему, это только поддерживает абсолютную природу исключительного права (выделено мною. – А. Г.). В пункте 2 статьи 1270, на мой взгляд, указаны самые распространенные случаи использования, законодатель попытался охватить большинство возможных случаев использования произведения, и достаточно сложно представить новый, имеющий особое правовое значение способ использования. Получается, если системно рассматривать положения статей 1270, 1272 ГК РФ и пункта 96 указанного выше Постановления Пленума, то закрепленный в ГК принцип исчерпания исключительного авторского права сформулирован исчерпывающим образом, распространяя свое действие только на случаи дальнейшего распространения оригинала или экземпляров произведения после их правомерного введения в оборот правообладателем. Такое закрепление принципа исчерпания приводит к выводу, что третьи лица, получившие от правообладателя или с его согласия оригинал или экземпляр произведения ограничены в способах использования данного произведения вне сферы личного использования. Например, «подпункт 5 п. 2 ст. 1270 ГК РФ предусматривает прокат оригинала или экземпляра произведения как самостоятельный способ его использования. В связи с этим приобретение любого материального носителя, в котором выражено произведение, не дает собственнику права сдавать его в прокат без согласия правообладателя и выплаты ему вознаграждения»¹. Аналогично принцип исчерпания закреплен только по отношению к правомочию распространения в Европейском союзе, в частности, в Директива N 2001/29/ЕС Европейского парламента и Совета Европейского Союза "О гармонизации некоторых аспектов авторских и смежных прав в информационном обществе", а также в параграфе 2 статьи 1 Директивы N 2006/115/ЕС Европейского парламента и Совета Европейского Союза "О праве аренды, проката и об определенных правах, смежных с авторским правом в сфере интеллектуальной собственности прямо закреплено, что принцип исчерпания не распространяется на правомочия сдачи в аренду или прокат². Следуя логике

¹ Право интеллектуальной собственности. Т. 2. Авторское право: Учебник / Под общ. ред. д.ю.н., проф. Л.А. Новоселовой. – М.: Статут, 2017. С. 116

² Директива N 2001/29/ЕС Европейского парламента и Совета Европейского Союза "О гармонизации некоторых аспектов авторских и смежных прав в информационном обществе" // СПС Консультант Плюс; Директива N 2006/115/ЕС Европейского парламента и Совета Европейского Союза "О праве аренды, проката и об определенных правах, смежных с авторским правом в сфере интеллектуальной собственности (кодифицированная версия)" // СПС Консультант Плюс

применения принципа исчерпания только относительно правомочия распоряжения, то можно сказать, что, например, правомочие автора на воспроизведение также не исчерпывается, что подтверждается, например, в статье 1245 ГК РФ, согласно которой авторам, исполнителям, изготовителям фонограмм и аудиовизуальных произведений принадлежит право на вознаграждение за свободное воспроизведение фонограмм и аудиовизуальных произведений исключительно в личных целях.

Кроме того, данный подход к принципу исчерпания подтверждается судебной практикой: в одном деле, в котором рассматривался вопрос правомерности использования в телевизионном фильме дизайна обложки книги, суды указали на неприменимость к данной ситуации принципа исчерпания, поскольку в данном случае речь шла не о распространении, а о доведении до всеобщего сведения. Дело заключалось в следующем: ООО "Продюсерский центр "АН-фильм" использовало в сцене 18-й серии 17-го сезона телевизионного фильма "Солдаты. Снова в строю" книгу Л.Н. Толстого "Анна Каренина" с оригинальным художественным дизайном обложки книги, правообладателем которого являлись Евстратовой Ю.Ф. и Томилиным А.С., которые также заключили лицензионный договор с ООО "Издательство "Пан пресс". Лицензиат обратился в суд с иском на основании того, что книга была использована в аудиовизуальном произведении без согласия правообладателя. Суд первой инстанции удовлетворил требование частично и исходил из того, что произведение, использованное в аудиовизуальном произведении "Солдаты. Снова в строю", фрагмент которого был размещен в сети Интернет, представляет собой самостоятельный объект исключительного права, в отношении которого ответчик не представил доказательств получения прав от правообладателя или иного уполномоченного лица на использование его в сети Интернет, тем самым нарушив исключительное право истца на произведение дизайна. Ответчик же обжаловал как решение суда первой инстанции, так и решение суда апелляционной инстанции, который поддержал первоначальное решение. В кассационной жалобе ответчик указывал, на необходимость применения принципа исчерпания исключительного права, поскольку данные книги были правомерно введены в гражданский оборот. Однако, отказывая в удовлетворении кассационной жалобы, Суд по интеллектуальным правам поддержал доводы судов первой и апелляционной инстанций о том, что в данном случае имеет место не распространение, а доведение до всеобщего сведения, на которое не распространяется действие принципа исчерпания¹.

¹ Постановление Суда по интеллектуальным правам от 15.02.2017 N C01-39/2017 по делу N A40-233779/2015 // СПС Консультант Плюс

Рассматривая вопрос распространения, нельзя не отметить, что в ст. 1270 в качестве отдельного способа использования указан импорт в целях распространения, а в статье 1272 речь идет о введении в оборот именно на территории Российской Федерации. Предполагается, что для импортирования оригиналов или экземпляров произведения необходимо разрешение правообладателя. Таким образом, «правило об исчерпании прав не охватывает случаи распространения в Российской Федерации оригиналов или экземпляров произведений, введенных в гражданский оборот на территории иностранного государства, но не вводившихся в гражданский оборот на территории Российской Федерации», т.е. действует национальный режим исчерпания исключительного права. Однако «... ни подп. 4 п. 2 ст. 1270, ни ст. 1272 ГК РФ не препятствуют импорту оригинала или экземпляров произведения не для целей распространения (например, импорт для личного использования)»¹.

Как было отмечено в первой главе, для применения принципа исчерпания неважно, где именно был произведен товар, в котором выражен результат интеллектуальной деятельности. В ст.1272 как раз отсутствуют обязательные требования о том, чтобы товар был произведен именно на территории России, важно лишь, чтобы он был введен в гражданский оборот на территории РФ. Однако в зарубежной доктрине и практике встречался иной подход. Например, в США раньше была распространена точка зрения, что доктрина первой продажи применяется только по отношению к товарам, произведенным на территории США, но на смену данному в 2013 году был сформулирован другой подход. В деле *Kirtsaeng v. John Wiley & Sons, Inc.*² было указано, что доктрина «первой продажи» применяется к копиям произведения, защищенного авторским правом, законно сделанным за границей, т.е. «товары, законно приобретенные за границей должны рассматриваться как отечественные товары в соответствии с доктриной первой продажи»³.

Особенность принципа исчерпания исключительного авторского права заключается в том, что у автора есть возможность получать определенную прибыль от дальнейшей перепродажи, но только в исключительных случаях предусмотренных законом, а именно в статье 1293 ГК РФ. В данной статье закреплено исключение из принципа исчерпания: «В случае отчуждения автором оригинала произведения изобразительного искусства при каждой перепродаже соответствующего оригинала, в которой в качестве посредника, покупателя или

¹ Право интеллектуальной собственности. Т. 2. Авторское право: Учебник / Под общ. ред. д.ю.н., проф. Л.А. Новоселовой. – М.: Статут, 2017. С. 115

² *Kirtsaeng v. John Wiley & Sons, Inc.*, 568 U.S. 519 (2013) [Электронный ресурс]. URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/568/519/> (дата обращения: 04.11.21)

³ Ворожевич А.С. Границы исключительных прав, пределы их осуществления и защиты: диссертация на соискание ученой степени доктора юридических наук. М. 2021 С. 454

продавца участвует юридическое лицо или индивидуальный предприниматель (в частности, аукционный дом, галерея изобразительного искусства, художественный салон, магазин), автор имеет право на получение от продавца вознаграждения в виде процентных отчислений от цены перепродажи (право следования)». Представляется, что данное исключение из принципа вполне обоснованно характером объектов авторских прав, необходимостью защиты интересов авторов, вкладывающих значительные интеллектуальные усилия в создание произведений.

Особенность принципа исчерпания в сфере авторского права можно также усмотреть в понятии введения в гражданский оборот. Например, судебная практика исходит из того, что невозможно ввести в гражданский оборот такой объект авторского права как дизайн. В недавнем деле индивидуальный предприниматель Трунов С.М. подал иск к обществу с ограниченной ответственностью "Меди Терра" о прекращении использования дизайна упаковок на территории Российской Федерации и взыскании с ответчика 1 200 000,00 руб. компенсации за нарушение исключительных прав на объекты дизайна. Если в суде первой инстанции было установлено нарушение исключительных прав и требования были частично удовлетворены, то суд апелляционной инстанции занял вызывающую интерес позицию: суд апелляционной инстанции пришел к выводу о правомерном введении правообладателем в гражданский оборот дизайна упаковки путем действий по согласованию производства третьим лицом с августа 2017 года в новой упаковке, в связи с чем произошло исчерпание прав истца на дизайн упаковки. Однако индивидуальный предприниматель, не согласившись с решением арбитражного апелляционного суда, подал кассационную жалобу, в которой указывал на отсутствие в законодательстве понятия введения дизайна в гражданский оборот. Суд по интеллектуальным правам, рассматривавший данную кассационную жалобу, поддержал доводы истца и решение суда первой инстанции и указал, что постановление вынесено судом апелляционной инстанции с нарушением норм материального права, а выводы, содержащиеся в нем, противоречат материалам дела и имеющимся в деле доказательствам¹.

Что же касается исчерпания исключительных смежных прав, то данный принцип закреплен в ст. 1325 ГК, модель исчерпания, закрепленная в данной статье аналогична той, что закреплена в отношении исключительных авторских прав. Важно указать, что принцип исчерпания не применяется по отношению к контрафактным экземплярам фонограмм, на что указывал Верховный суд РФ, и, как отмечается, в любом случае использование контрафактных товаров составляет нарушение исключительного права на фонограмму². Однако стоит сказать, что

¹ Постановление Суда по интеллектуальным правам от 29.11.2021 N C01-1818/2021 по делу N A56-64983/2020 // СПС Консультант Плюс

² Определение Верховного Суда РФ от 01.03.2017 N 304-ЭС17-666 по делу N A67-6484/2015 // СПС Консультант Плюс

подобные выводы о нераспространении принципа исчерпания на контрафактные товары, в которых выражен результат интеллектуальной деятельности, относятся ко всем объектам интеллектуальной собственности.

§ 2.2 Проблемы реализации принципа исчерпания исключительного права в цифровой сфере.

Специфика результатов интеллектуальной деятельности определяет особенность их использования в торговом обороте. Ключевыми особенностями являются, во-первых, "*неконкурирующее потребление*" (non-rivalrous consumption), «объект признается "неконкурирующим", если его использование одним индивидом не лишает всех иных лиц доступа к нему, не умаляет их возможностей по его использованию»; во-вторых, "*неисключительность*" (non-excludability), это свойство «...характеризует крайнюю сложность (или даже невозможность) обеспечить использование объекта конкретным лицом без предоставления подобной возможности всем и каждому добиться "исключительного использования объекта"»¹ (выделено мною. – А.Г.). В цифровой сфере эти особенности проявляются в еще большей степени, вследствие чего простое применение принципа исчерпания исключительного права не вполне соответствовало бы характеру результата интеллектуальной деятельности в цифровой сфере и приводило бы к явному дисбалансу интересов. Отмечается, что «с его последовательным применением могут быть связаны определенные дисфункции. Рассматриваемый принцип препятствует правообладателям устанавливать вертикальные ограничения и проводить политику ценовой дискриминации»². Такие методы как вертикальные ограничения, применяемые в системе правообладателей и их дистрибьюторов, и политика ценовой дискриминации, позволяющей устанавливать различные цены исходя из экономического положения и иных характеристик потребителей, могут быть вполне эффективны для оборота в цифровой сфере. Таким образом, объектные границы исключительного права при обороте в цифровой среде приобретают определенную специфику, что не позволяет применять простую схему исчерпания.

Очень показательна проблема исчерпания в цифровой сфере проявляется на примере области цифровой музыки. Благодаря кампании Стива Джобса цифровая музыка стала доступна для покупки в Интернете через iTunes Store. Магазин iTunes Store позволял пользователям покупать отдельные лицензированные песни, а также целые лицензированные альбомы. Магазин, наряду с растущей популярностью портативных цифровых музыкальных

¹ Ворожевич А.С. Границы и пределы осуществления авторских и смежных прав. Москва: Статут, 2020. С.18, 19.

² Ворожевич А.С. Границы исключительных прав на программы для ЭВМ // Вестник гражданского права. 2021. N 2. С. 120.

плееров открыл новую эру цифровой музыки. В общем виде потребитель получает доступ к цифровым экземплярам музыки следующим путем: при покупке цифровой музыки пользователь подписывает лицензию в соглашении о переходе по ссылке, которое, по сути, определяет права пользователя на файл. В дополнение к ограничениям на использование файла, лицензия также описывает пользователя как «лицензиат», а не «владелец». Например, в соответствии с доктриной первой продажи поклонник Бейонсе может купить компакт-диск, прослушать его, а затем продать, когда он больше не захочет его слушать. Однако, если фанат решает приобрести цифровую копию того же альбома в iTunes — возможно, это та же сделка, что и при покупке физического компакт-диска, — он сталкивается с рядом ограничений в отношении того, как он может использовать носитель и распоряжаться им. Эти ограничения включают лимит на количество «связанных устройств», на которых он может хранить купленный файл. Они ограничивают частоту, с которой он может передавать «связанное устройство» между учетными записями пользователей. Согласно нынешнему толкованию законодательства США, ограничения лишают ее возможности перепродавать файл на цифровом рынке¹.

Для того, чтобы рассмотреть вопрос возможности исчерпания исключительного права в цифровой сфере, необходимо определить, что понимается под распространением в электронной форме. Анализируя статью 1272 ГК РФ, А.И. Савельев отмечает, что «под распространением в электронной форме здесь понимается предоставление правообладателем или уполномоченным им лицом ссылки на электронный ресурс конечному пользователю, пройдя по которой он может загрузить компьютерную программу и установить ее на свой компьютер»². В смысле статьи 1272 распространение рассматривается как продажа или иное отчуждение, что предполагает перенос права собственности на конкретный оригинал или экземпляр, а также что «переданный и полученный экземпляр должны быть тождественны», однако при распространении в электронном форме речь скорее идет, как пишет Савельев, не о распространении, а о воспроизведении, поскольку «пользователь, записывая (загружая) компьютерную программу на свой компьютер, создает новый экземпляр, отличный от исходного», что также закреплено в подпункте первом пункта второй статьи 1270: запись произведения на электронном носителе, в том числе запись в память ЭВМ, также

¹ Brassel, Alandis, Confused, Frustrated, and Exhausted: Solving the U.S. Digital First Sale Doctrine Problem Through the International Lens (January 19, 2015). Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol. 48, No. 245, 2015 [Электронный ресурс]. URL: <https://ssrn.com/abstract=2645327> (дата обращения: 02.11.21)

² Савельев А.И. Отдельные вопросы применения норм об исчерпании прав в отношении программ для ЭВМ // Вестник гражданского права. 2011. N 3. С. 107.

считается воспроизведением, а воспроизведение не охватывается действием статьи 1272. И как пишет Савельев: «... правообладатель в таких случаях сохраняет за собой в полном объеме возможности по контролю за последующим распространением компьютерной программы в электронной форме»¹. Ограничение на цифровую перепродажу в соответствии с доктриной первой продажи в значительной степени основано на технических деталях: чтобы продать электронную копию в Интернете, необходимо сделать дополнительную копию, что приводит к нарушению права автора на воспроизведение².

Примечательно, что согласно статье 109 Закона об авторском праве США доктрина первой продажи теоретически вполне может быть применена и к экземплярам компьютерных программ, полученных электронным способом, поскольку «в данном случае отсутствуют требования о необходимости введения в оборот данного экземпляра путем его продажи или иного отчуждения. На это указывается и в американской доктрине». Однако доктрина первой продажи не применяется к электронной продаже, поскольку правообладатели используют особую договорную конструкцию. Если материальные носители приобретаются потребителями путем заключения договоров купли-продажи, то доступ к электронным версиям они приобретают путем заключения лицензионных соглашений. В США правообладатели используют специальную оговорку при заключении лицензионных соглашений: "не продается, а лицензируется" ("*software licensed not sold*"), чтобы преодолеть ограничения, накладываемые доктриной первой продажи. Савельев отмечает следующее: «Данная оговорка означает не столько тот факт, что лицензиар сохраняет за собой всю совокупность исключительных прав на лицензируемое программное обеспечение (это и так очевидно из совокупности других условий соглашения), сколько то, что лицензиар сохраняет за собой титул на копии программного обеспечения, которые получает или создает пользователь. Иными словами, если следовать букве лицензионного соглашения, пользователь не становится собственником (owner) копии программного продукта, являющегося предметом лицензионного соглашения, следовательно, на него не распространяются и права, предоставляемые собственнику копии, в том числе и по ее свободному дальнейшему распространению»³.

Компьютерная программа и материальный носитель представляют собой два различных объекта гражданских прав с различными правовыми режимами и в

¹ Савельев А.И. Отдельные вопросы применения норм об исчерпании прав в отношении программ для ЭВМ // Вестник гражданского права. 2011. N 3. С. 108

² Brassel, Alandis, Confused, Frustrated, and Exhausted: Solving the U.S. Digital First Sale Doctrine Problem Through the International Lens (January 19, 2015). Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol. 48, No. 245, 2015 [Электронный ресурс]. URL: <https://ssrn.com/abstract=2645327> (дата обращения: 02.11.21)

³ Савельев А.И. Отдельные вопросы применения норм об исчерпании прав в отношении программ для ЭВМ // Вестник гражданского права. 2011. N 3. С. 109

России в силу способности судов отличать собственно передачу вещных прав на экземпляр от предоставления неисключительного права на компьютерные программы, воплощенные в нем подход, выработанный в США не сможет быть применен, и Савельев отмечает следующее: «очень сомнительно, что они [суды] придадут значение аргументам правообладателя о том, что титул на переданный экземпляр программного обеспечения сохранен за правообладателем, а значит, нельзя говорить о его продаже или ином отчуждении, особенно в тех ситуациях, когда соответствующие отношения по своей экономической сути представляли не что иное, как куплю-продажу (единовременный платеж, отсутствие обязанности возврата экземпляра по истечении определенного срока, не превышающего срока полезного использования такой программы, и т.п.)»¹.

На практике правообладатели используют сеть своих дистрибьюторов для распространения программного обеспечения. Между правообладателем и дистрибьюторами заключаются соглашения, которые «предоставляют дистрибьюторам право распространения экземпляров компьютерной программы реселлерам (ремаркетерам) на определенной территории, зачастую - с прямым ограничением права ее распространения конечным пользователям и воспроизведения для личных целей». Затем между дистрибьюторами и реселлерами (ремаркетерами) заключаются sublicензионные соглашения, после уже между реселлерами и конечными потребителями заключаются sublicензионные договоры, «в котором указывается, что по нему передается неисключительное право на использование компьютерной программы, иногда - сам экземпляр компьютерной программы либо ссылка на ресурс для загрузки экземпляра, активационный ключ и т.п.». Однако эта схема немного усложняется, в силу того, что «устанавливая компьютерную программу, пользователь заключает лицензионное соглашение путем щелчка мышью (так называемый *click-wrap agreement*) непосредственно с самим правообладателем»². Даже в такой схеме из множества посредников исключительное право не исчерпывается, поскольку лицензиаты, как уже отмечалось, не приобретают титула на данную копию, правообладатель лишь предоставляет право использования в установленных данным соглашением пределах.

При передаче в электронной форме предмет соглашений между лицензиаром и дистрибьюторами, дистрибьюторами и реселлерами отличается от предмета договоров в случае с коробочным программным продуктом. Если в случае с коробочным программным продуктом предметом такого договора является «передача экземпляра компьютерной программы, а не предоставление

¹ Савельев А.И. Отдельные вопросы применения норм об исчерпании прав в отношении программ для ЭВМ // Вестник гражданского права. 2011. N 3. С. 111

² Там же, С. 113

неисключительных прав на него», то в случае с передачей в электронной форме предметом будут являться в большинстве случаев посреднические услуги по созданию условий для получения конечным пользователем экземпляра компьютерной программы путем передачи ему ссылки на сайт с соответствующими идентификационными данными, ключей активации и т.п., а также услуги платежного агента по получению и перечислению правообладателю лицензионного вознаграждения». Савельев сводит роль указанных посредников к «обеспечению приобретения конечным пользователем легального (т.е. неконтрафактного) экземпляра компьютерной программы и получения правообладателем лицензионных платежей»¹. Кроме того, отмечается, что подобные отношения вполне укладываются в рамки агентских отношений.

Савельев поднимает в своей работе поднимает также проблему правомерности установления ограничений в лицензионных соглашениях и отмечает, что, несмотря на отсутствие в п.1 ст. 1280 ГК возможности конкретизации права использования каким-либо соглашением с правообладателем, «установление условий, определяющих порядок использования программного обеспечения, в лицензионном соглашении с конечным пользователем является сложившейся практикой в индустрии программного обеспечения»², и это вполне обосновано, поскольку, в силу сложности такого объекта как компьютерная программа, в её нормальном использовании потребителем заинтересован как сам потребитель, так и производитель, желающий распространения только качественного товара, и как следствие положительных отзывов о товаре и формирования определенного положительного потребительского отношения к данному производителю. Кроме того, поскольку исчерпания права не происходит, наложение ограничений вполне допустимо, хотя в отношениях между лицензиаром и лицензиатом в принципе невозможно исчерпания права, поскольку лицензиату предоставляется лишь право использования в пределах предусмотренных договором, лицензионный договор не может предусматривать право лицензиата на распространение произведения. Правомочия лицензиата уже определены договором, в данном случае речь шла о конкретизации права использования отдельным соглашением.

В своей работе Савельев приходит к выводу о невозможности распространения доктрины исчерпания на цифровую сферу, с чем можно, скорее всего, согласиться. Применительно к сфере компьютерных программ у правообладателей действительно есть возможность предоставлять различные версии одного и того же программного продукта с различными ценами в зависимости от категории потребителя или способа его использования. Это

¹ Савельев А.И. Отдельные вопросы применения норм об исчерпании прав в отношении программ для ЭВМ // Вестник гражданского права. 2011. N 3. С. 121

² Там же, С. 118

позволяет не только сделать более доступным потребителям указанный продукт, но и будет стимулировать правообладателя к дальнейшим разработкам. Савельев достаточно подробно описывает, какие последствия ждут правообладателей при распространении принципа исчерпания на случаи распространения в электронной форме: «Как только соответствующий экземпляр был введен в оборот на территории РФ, правообладатель утрачивает юридический контроль над его последующим распространением. Соответственно, экземпляры компьютерной программы, предназначенные для образовательных учреждений, могут, например, быть перепроданы коммерческим организациям по цене ниже той, которую установил правообладатель. Приобретатель такой копии, в свою очередь, может сослаться на положения ст. 1280 ГК РФ, предоставляющие ему возможность без разрешения правообладателя осуществлять действия, необходимые для функционирования программы в соответствии с ее назначением. Это может повлечь установление единой цены компьютерной программы для всех пользователей и, как следствие, ее недоступность для некоторых категорий пользователей, что будет способствовать дальнейшему увеличению масштабов пиратства и препятствовать построению цивилизованного рынка программного обеспечения в России»¹.

К аналогичному выводу приходит и А.С. Ворожевич: «Принцип исчерпания права может быть распространен на цифровые версии произведения лишь при условии, что будет обеспечено удаление таких версий с устройства отчуждателя. В противном случае будет иметь место не только распространение, но и воспроизведение объекта»². Ключевые аргументы против исчерпания исключительного права в цифровой сфере заключаются в том, что, во-первых, распространение электронных копий в цифровой сфере вообще не составляет большого труда для отчуждателя, в отличие от распространения материального носителя, «недобросовестное лицо, которое приобрело один экземпляр произведения, сможет легко создавать электронные копии и распродавать их другим пользователям. Пользователи получают альтернативный источник цифровых объектов, тогда как интересы правообладателя пострадают, поскольку он может лишиться большей части своей прибыли». Во-вторых, попытка реализовать цифровую продажу по аналогии с материальными носителями путем использования специальных программ, позволяющих переносить электронные копии, программы с одного устройства, сервера на другое устройство или сервер с одновременным удалением на устройстве отчуждателя приведет к сложностям оценки правомерности поведения ответчика, например, «судам придется

¹ Савельев А.И. Отдельные вопросы применения норм об исчерпании прав в отношении программ для ЭВМ // Вестник гражданского права. 2011. N 3. С. 126

² Ворожевич А.С. Границы исключительных прав, пределы их осуществления и защиты: диссертация на соискание ученой степени доктора юридических наук. М. 2021 С. 195.

разбираться в сложных технических вопросах: действительно ли программа ответчика позволяла окончательно удалить экземпляр с его устройства после передачи и др.»¹. В-третьих, электронные копии не подлежат износу или порче и могут полностью заменить товары правообладателя. В таком случае, лица, перепродающие электронные копии, становятся реальными конкурентами правообладателя, что приводит к потере правообладателем прибыли, а, следовательно, стимулов правообладателю к дальнейшим инвестициям для улучшения качества товара. Кроме того, если рассматривать оригинальные электронные произведения, например, оригинальные фотографии, то при создании копии, а это вообще не требует никаких издержек, невозможно отличить копию от оригинала, и утрачивается эксклюзивный характер данного произведения, и как следствие снижается ценность данной фотографии, при распространении доктрины исчерпания на цифровую сферу баланс интересов будет нарушен в пользу общества и третьих лиц, ценность исключительного права вслед за ценностью эксклюзивного результата интеллектуальной деятельности снизится. Также приводилось предположение о том, что невозможность исчерпания в цифровой сфере следует из дихотомии товаров и услуг, однако, как указывал Андреас Вибе, предположение о том, что онлайн-передачи всегда связаны с услугой, ошибочно². Следовательно, невозможность применения принципа исчерпания вытекает не из дихотомии товаров и услуг, а из того, что продавец не получает контроль над физической копией произведения³.

В зарубежной доктрине также поддерживается подход неприменения принципа исчерпания к цифровой сфере. Многие комментаторы⁴ регулярно заявляют, что цифровые копии представляют собой эквивалент оригиналов и что их можно незаконно использовать снова и снова. Таким образом, последующая торговля цифровыми копиями уменьшит потребность в оригиналах и нанесет ущерб интересам правообладателей и посредников.

¹ Ворожевич А.С. Границы исключительных прав, пределы их осуществления и защиты: диссертация на соискание ученой степени доктора юридических наук. М. 2021 С. 195.

² Andreas Wiebe, 'The Principle of Exhaustion in European Copyright Law and the Distinction between Digital Goods and Digital Services' [2009] Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil 115.

³ Péter Mezei Meet the Unavoidable – The Challenges of Digital Second-Hand Marketplaces to the Doctrine of Exhaustion In: Taina Pihlajarinne - Juha Vesala - Olli Honkkila (Ed.): Online Distribution of Content in the EU, Edward Elgar, Cheltenham, 2019: p. 62-78. [Электронный ресурс]. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3208026 (дата обращения: 02.11.21)

⁴ Herbert Zech, 'Vom Buch zur Cloud – Die Verkehrsfähigkeit digitaler Güter' [2013] ZGE / IPJ 394 [Электронный ресурс]. URL: <https://edoc.unibas.ch/49570/1/s4.pdf> (дата обращения 08.03.22); Ole-Andreas Rognstad, 'Legally Flawed but Politically Sound? Digital Exhaustion of Copyright in Europe after UsedSoft' [2014] Oslo Law Review 17 [Электронный ресурс]. URL: https://www.researchgate.net/publication/287734665_Legally_Flawed_but_Politically_Sound_Digital_Exhaustion_of_Copyright_in_Europe_after_UsedSoft (дата обращения 08.03.22)

Это может негативно сказаться на стимулах правообладателей к инновациям. Также отмечается, что принятие доктрины исчерпания прав в цифровом формате окажет негативное влияние на первичные рынки прав. Это исключило бы возможность правообладателей разрабатывать собственные гибкие бизнес-модели и технологии; технологии переадресации и удаления не могли обеспечить полную защиту от потенциальных нарушений; и, наконец, не существует убедительных доказательств потенциальных преимуществ введения доктрины цифрового исчерпания прав¹.

Однако некоторые авторы все же пытаются обосновать распространение на цифровую сферу принципа исчерпания. Например, указываются следующие аргументы: во-первых, «перепродажа цифровых товаров может быть полезной для всей экономики, поскольку это приведет к реинвестированию в экосистему авторского права. Физические носители информации (например, CD и DVD) почти полностью исчезли с рынка, и на их месте постоянно растущая группа пользователей, подписавшихся на платные стриминговые сервисы. По-прежнему вероятно, что многие потребители продолжают покупать цифровые копии, если они приобретут право на их перепродажу позже, и таким образом они смогут вернуть часть своих инвестиций в копии»; во-вторых, «доктрина исчерпания прав позволяет правообладателям получать вознаграждение за распространение своих произведений только один раз, после первой продажи копий или оригиналов. Эта логика использовалась в деле *UsedSoft*»; в-третьих, «негативные последствия цифровой торговли могут быть смягчены системами добровольного вознаграждения. Такое расширение границ доктрины исчерпания прав свидетельствует о добросовестности поставщиков услуг и более сбалансированном отношении к экономическим интересам правообладателей»². Однако вряд ли эти аргументы сильнее тех, что отвергают возможность применения принципа исчерпания к цифровой сфере.

Есть также авторы, которые предлагают использовать особый тест для решения вопроса о применимости принципа исчерпания в конкретном деле:

¹ The Department of Commerce - Internet Policy Task Force, White Paper on Remixes, First Sale and Statutory Damages - Copyright Policy, Creativity, and Innovation in the Digital Economy, January 2016 p.p.51–66. [Электронный ресурс]. URL: <http://www.uspto.gov/sites/default/files/documents/copyrightwhitepaper.pdf> (дата обращения: 07.03.22)

² Péter Mezei Meet the Unavoidable – The Challenges of Digital Second-Hand Marketplaces to the Doctrine of Exhaustion In: Taina Pihlajarinne - Juha Vesala - Olli Honkkila (Ed.): Online Distribution of Content in the EU, Edward Elgar, Cheltenham, 2019: p. 62-78. [Электронный ресурс]. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3208026 (дата обращения: 02.11.21)

например, по мнению А. Руби Пуига, данный вопрос «должен решаться на основании многофакторного теста: 1) личные особенности приобретателей копий произведений, охраняемых авторским правом, различие между потребителями и коммерческими пользователями; 2) были ли послепродажные ограничения адекватно доведены до приобретателей или согласованы в лицензии или ином договоре; 3) уровень сложности приобретаемых товаров и перспективы их использования и функциональной совместимости; 4) роль других исключительных прав в обеспечении косвенного контроля правообладателя за использованием копий на вторичном рынке; 5) значение постпродажных ограничений для предотвращения оппортунизма в длительных контрактах и снижения безвозвратных потерь, создаваемых ценами в сфере интеллектуальных прав; 6) временные рамки послепродажных ограничений»¹. Однако отмечается, что данный подход, во-первых, не совсем соответствует природе исключительного права: данное право в определенной степени абсолютно и навряд ли данный подход будет отвечать данной характеристике права: у какого-то правообладателя данное право будет «абсолютнее» чем у другого? Навряд ли такой подход справедлив в данном случае. Во-вторых, такой подход не отвечает требованиям правовой определенности, «на нормативном уровне должны быть установлены конкретные способы использования объекта интеллектуальной собственности либо иные условия (параметры), при которых иные лица могут свободно использовать чужой объект ... Установление его [принципа исчерпания] посредством теста приведет к снижению уровня формализации и к росту непредсказуемости и издержек на правоприменение»².

Примечательно что, в вопросе о возможности распространять электронную копию или программное обеспечение без согласия правообладателя в зарубежной доктрине появилось и особая позиция, которая дает ответ на данный вопрос. Это позиция Р. Хилти. «По мнению ученого, пользователь программы для ЭВМ при определенных условиях может распорядиться экземпляром такой программы не в силу принципа исчерпания права, а в связи с выдачей правообладателем подразумеваемой лицензии. Посредством передачи носителя, предоставления возможности загрузить объект правообладатель обеспечивает пользователю возможность фактического использования. Если при этом он не налагает каких-либо ограничений (технических и юридических) на последующую передачу объекта, то можно заключить, что он допускает переход права на использование к другому субъекту»³. Стоит отметить, что, несмотря на схожесть по результату, подразумеваемая лицензия и принцип исчерпания отличаются друг от друга: если доктрина подразумеваемой лицензии основана на принципах договорного права,

¹ Ворожевич А.С. Границы исключительных прав на программы для ЭВМ // Вестник гражданского права. 2021. N 2. С. 128

² Там же, С. 129

³ Там же, С. 130

которые подразумевают, что безусловная и санкционированная продажа товаров, на которые распространяются права интеллектуальной собственности, предоставляет покупателю лицензию на использование этих товаров, то доктрина исчерпания прав основана на более широких принципах государственной политики, которые рассматривают права интеллектуальной собственности как исключительные, но ограниченные монополии на ценные нематериальные ресурсы¹.

Данный институт подразумеваемой лицензии неизвестен российскому праву, однако если рассматривать сущность данного института, то вполне обоснованной может быть его практическая применимость. «Лицензиат программы для ЭВМ не вправе ее передать иному лицу со ссылкой на принцип исчерпания права. Но он может это сделать в некоторых случаях в связи с условиями самой лицензии. Если правообладатель распространяет программу посредством продажи за единовременную выплату записывающих устройств (с этой программой), не устанавливая каких-либо ограничений на использование программы (по числу устройств, периоду использования), технических мер защиты и при этом ему безразлична личность лицензиата, то можно предположить, что он не возражает против того, чтобы пользователь передал носитель и право на использование иному субъекту. Эта опция доступна (подразумевается) исходя из сущности лицензии»². К аналогичным выводам можно прийти и в отношении к так называемым «безымянным» лицензиям, это «лицензии, привязанные к носителю, в соответствии с которыми право на использование предоставляется любому приобретателю носителя»³. В случае с безымянными лицензиями правообладателю также неважно, кто будет лицензиатом, таким образом, формальное недопущение перепродажи такой программы для ЭВМ в силу отсутствия указания в законе и в самой лицензии права на дальнейшую продажу было бы не вполне логично и излишне ограничивало возможности потребителя и не вполне соответствовало сущности лицензии.

Теперь относительно практики иностранных судов, в большинстве случаев спор о наличии или отсутствии нарушения исключительного права сводится к определению, какой способ использования имел место со стороны ответчика: распространение или воспроизведение? Если сначала суды исходили из требований фиксации для определения воспроизведения, то затем отказались от таковых, руководствуясь формальным анализом.

Примером первого подхода, который в дальнейшем потерял актуальность,

¹ de Beer, Jeremy and Tomkowicz, Robert, Exhaustion of Intellectual Property Rights in Canada (April 2009). Canadian Intellectual Property Review, Vol. 25, No. 3, 2009 [Электронный ресурс]. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1636425 (дата обращения: 02.11.21)

² Ворожевич А.С. Границы исключительных прав на программы для ЭВМ // Вестник гражданского права. 2021. N 2. С. 130

³ Там же, С. 131

является дело *Cartoon Network LP v. CSC Holdings, Inc.* В подобных делах речь шла об особой схеме передачи электронных копий потребителям и правообладатели указывали на нарушение их исключительных прав, отмечая, что имеет место воспроизведение. Однако в деле *Cartoon Network LP v. CSC Holdings, Inc.*¹ суд апелляционной инстанции указал на то, что отсутствует нарушение исключительного права, в силу того, что действия ответчика не являются воспроизведением. Дело заключалось в следующем: CSC Holdings (Cablevision), оператор кабельного телевидения, выпустила новый цифровой видеорегистратор с удаленным хранением (RS-DVR), позволяющий своим клиентам записывать программы кабельного телевидения на удаленных серверах Cablevision, не покупая отдельное устройство DVR. Компания Cartoon Network подала иск, считая, что действия CSC Holdings нарушают ее исключительные права.

Система RS-DVR компании Cablevision перехватывает прямые трансляции, отправляемые поставщиками контента кабельным компаниям, и разделяет их на два потока. Как и ожидалось, первый поток данных передается непосредственно клиентам. Однако во втором видеопоток буферизуется и переформатируется перед отправкой на жесткие диски большой емкости. Если клиент RS-DVR запрашивает определенную программу, поток перемещается из буфера на жесткий диск, на удаленных серверах Cablevision. Старые данные стираются из буфера по мере поступления новых данных, так что буфер вмещает не более 1,2 секунды телепрограмм. Этот процесс аналогичен традиционным цифровым видеорегистраторам в том смысле, что клиенты используют пульт дистанционного управления для записи программы заранее, но не могут записывать более раннюю часть программы, которая уже началась. По мнению суда, главное отличие от традиционных видеорегистраторов в следующем: «вместо того, чтобы посылать сигналы с пульта на коробку на съемочной площадке, зритель отправляет сигналы с пульта по кабелю на сервер [Cablevision] на [их] центральном объекте». В связи с этим RS-DVR больше напоминает услугу [Video On-Demand], при которой абонент кабельного телевидения использует свой пульт дистанционного управления и кабельную приставку для запроса передачи контента, например фильма, хранящегося на компьютерах кабельной компании. Но в отличие от услуги пользователя RS-DVR могут воспроизводить только то содержимое, которое они предварительно запросили для записи.

Чтобы решить вопрос о том, содержит ли буферизация каналов Cablevision именно копии работы, защищенных авторским правом, по смыслу статьи 106(1) Закона об авторском праве США, суд сначала рассмотрел

¹ *Cartoon Network LP v. CSC Holdings, Inc.*, 536 F.3d 121,

определения копий. По мнению суда, статья 101 Закона налагает два разных, но взаимосвязанных требования: произведение должно быть воплощено на носителе (требование о воплощении) и должно оставаться воплощенным на носителе в течение периода, превышающего временную продолжительность (требование продолжительности). Таким образом, «если оба требования не выполнены, произведение не «зафиксировано» в буфере, и, в результате, буферные данные не являются «копией» исходного произведения, данные которого буферизуются»¹. На смену такому подходу пришел другой.

В судебной практике других стран сложился подход о невозможности применения принципа исчерпания исключительного права в цифровой сфере. Примечательно что, суды руководствуются именно формальным анализом при обосновании данного подхода, даже в случаях, когда компании пытаются реализовать некоторое аналоговое действие цифровой продажи с продажей материальных носителей. Например, в США в деле *Capitol Records, LLC v. ReDigi, Inc.* компания ReDigi попыталась облегчить проблему цифровой перепродажи, «придав цифровым товарам физическую форму». Компания сделала это, позволив пользователям покупать и продавать подержанные и бывшие в употреблении цифровые файлы в Интернете, подобно тому, как магазины подержанных книг или пластинок позволяют клиентам продавать подержанные носители из своих личных библиотек. ReDigi упростила транзакции, используя запатентованную технологию для проверки файлов, передачи файла в свою облачную систему и удаления любых копий с жесткого диска продавца, гарантируя отсутствия дубликатов. С точки зрения результата данная схема больше схожа с распространением, чем с воспроизведением, поскольку компания ReDigi попыталась реализовать *механизм цифровой продажи аналогичный продаже материальных носителей*, чтобы действовала доктрина первой продажи (выделено мною. – А. Г.). «Однако суд в данном деле полагался на формальный анализ и постановил, что поскольку файл был воспроизведен, а не просто распространен, метод ReDigi нарушал исключительное право звукозаписывающей компании-истца на воспроизведение»². Кроме того, убежденность американских судов в невозможности применения принципа исчерпания исключительного права к объектам в электронной форме проявляется и косвенно в том, что «суды США пришли к выводу, что доктрина первой продажи не должна применяться в том числе и к продаже программного

¹ Samuel Perkins 'Fixing' the First Sale Doctrine: Adapting Copyright Law to the New Media Distribution Paradigm North Illinois University Law Review, Vol. 6, No. 1, Fall 2014 p.p. 10, 11 [Электронный ресурс]. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2616008 (дата обращения: 02.11.21)

² Brassel, Alandis, Confused, Frustrated, and Exhausted: Solving the U.S. Digital First Sale Doctrine Problem Through the International Lens (January 19, 2015). Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol. 48, No. 245, 2015. P.261 [Электронный ресурс]. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2645327 (дата обращения: 02.11.21)

обеспечения на компакт-дисках, даже в тех случаях, когда покупатель за единовременную выплату приобретает бессрочное владение копии программного обеспечения»¹. Суды обосновывают такой подход незначительной стоимостью такого материального носителя. Таким образом, о каком исчерпании исключительного права в цифровой сфере можно говорить, если оно не исчерпывается даже при обороте коробочных вариантов программных обеспечений, который также напоминает распространение материальных носителей.

Кроме того, в практике Евросоюза исчерпание в большинстве случаев не применяется в цифровой сфере. «В деле N C-263/18 *Nederlands Uitgeversverbond, Groep Algemene Uitgevers v. Tom Kabinet Internet BV, Tom Kabinet Holding BV, Tom Kabinet Uitgeverij BV* Суд ЕС признал, что принцип исчерпания права не распространяется на деятельность по перепродаже электронных книг в онлайн-библиотеках. ... Суд ЕС сделал вывод, что выражения "копии" и "оригинал и копии", являющиеся предметом права на распространение и права проката в соответствии со ст. 6 и 7 Договора ВОИС об авторском праве, касаются исключительно фиксированных копий, которые могут быть введены в обращение в качестве материальных объектов. Статья 6 Договора ВОИС по авторскому праву не может охватывать распространение нематериальных произведений, включая электронные книги»². Вместе с тем в одном деле Суд ЕС практически признал возможность применения принципа исчерпания к цифровой сфере, это дело *Usedsoft GmbH v. Oracle International Corp.*³ В данном деле компания Oracle, правообладатель программного обеспечения, подала иск о нарушении исключительного права на Usedsoft, которая приобретала и перепродавала лицензии, несмотря на то, что в лицензионных соглашениях имелась оговорка о лицензиат вправе использовать программы для своих внутренних бизнес – целей неограниченный период времени без права передачи иному субъекту. Дело дошло до Верховного суда ФРГ, который обратился за разъяснением в Суд ЕС. «Суд ЕС постановил, что правообладатель программного обеспечения не мог препятствовать перепродаже копий программного обеспечения лицензиатом, даже при условии, что в лицензионном договоре установлен запрет на перепродажу⁴. В данном деле Суд ЕС слишком широко истолковал понятие продажи: «Загрузка копии компьютерной программы и заключение пользовательского лицензионного соглашения на эту копию составляют единое целое. Эти два неразрывных

¹ Ворожевич А.С. Границы исключительных прав на программы для ЭВМ // Вестник гражданского права. 2021. N 2. С. 128

² Ворожевич А.С. Электронные библиотеки и авторские права. Возможно ли исчерпание прав на цифровые копии произведений? // ИС. Авторское право и смежные права. 2020. N 11. С. 24

³ Case C-128/11, *Usedsoft GmbH v. Oracle International Corp.* (OJ C-194/8, 2.7.2011).

⁴ Ворожевич А.С. Границы исключительных прав, пределы их осуществления и защиты: диссертация на соискание ученой степени доктора юридических наук. М. 2021 С.218

действия следует толковать как передачу права собственности на копию программы для ЭВМ, следовательно, они охватываются понятием «продажа»». Вместо того чтобы смешивать всю онлайн-передачу копий произведений, охраняемых авторским правом, с услугой, чтобы отрицать исчерпание прав, Суд ЕС применил более тонкий подход к изучению сделки на предмет того, чем она была. Действительно, в центре внимания Суда ЕС при определении того, имела ли место передача права собственности, был четкий вывод об отчуждаемости. Этот вывод об отчуждении копии программного обеспечения, загруженного UsedSoft, фактически позволяет выполнить обоснование собственности и торговое обоснование¹.

А.С. Ворожевич относительно практики ЕС по вопросу исчерпания отмечает, что «исчерпание права на программу для ЭВМ (если уж его допускать) возможно лишь при условии, что правообладатель предоставил лицензиату достаточно широкие права в отношении объекта. Между тем, и такое решение представляется небесспорным. Применение или неприменение принципа исчерпания в таком случае зависит от условий лицензирования, ставится в зависимость от воли правообладателя»².

В данном деле ЕС представлен функциональный подход к исчерпанию исключительного права, представляется, что распространение его на все случаи цифровой продажи является необоснованным в силу того, что в цифровой сфере слишком велики риски утраты правообладателем значительной прибыли, баланс интересов необоснованно будет смещен в пользу общественных.

Подход неприменения к цифровой сфере принципа исчерпания установился и в немецкой судебной практике: «в деле Hamn Audiobooks суд отметил, что исчерпание права не происходит в случае онлайн-передачи цифровых копий произведений. Исчерпание права на произведения касается лишь бумажных (материальных) копий. Пользователь, скачавший в Интернете цифровую версию произведения, не становится собственником такой копии»³. В еще одном деле в Германии «Высший земельный суд Гамбурга отклонил апелляцию ассоциации по защите прав потребителей, которая оспаривала установленные правообладателями стандартные условия для скачивания электронных книг и аудиокниг». Эти условия устанавливали определенные ограничения: потребители не становятся собственниками копий, потребителям предоставляется лишь право загрузки электронной копии для личного пользования, перепродажа книг запрещена.

¹ Dr Poorna Mysoor Exhaustion, Non-Exhaustion and Implied Licence [2018] 49 International Review of Intellectual Property and Competition Law p. 679 [Электронный ресурс]. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3437774 (дата обращения: 02.11.21)

² Ворожевич А.С. Границы исключительных прав, пределы их осуществления и защиты: диссертация на соискание ученой степени доктора юридических наук. М. 2021 С.218, 219

³ Ворожевич А.С. Электронные библиотеки и авторские права. Возможно ли исчерпание прав на цифровые копии произведений? // ИС. Авторское право и смежные права. 2020. N 11. С. 25

Глава III. Принцип исчерпания исключительных патентных прав

§ 3.1 Содержание принципа исчерпания исключительных патентных прав

Принцип исчерпания исключительных патентных прав необходимо рассматривать с учетом содержания самого исключительного права, которое обуславливает особенности исчерпания этих прав. Содержание самого же исключительного права зависит, как отмечает О.А. Городов, от того, что «вкладывает законодатель в само понятие "использование указанных результатов", делая его юридически значимым в механизме юридической монополии. Под использованием изобретений, полезных моделей и промышленных образцов следует понимать: действия, имеющие своим содержанием акты реализации (воплощения) идеальных технических либо художественно-конструкторских решений в соответствующие материальные носители; действия, имеющие своим содержанием акты применения, продажи, введения в оборот материальных носителей (продуктов), в которых реализованы (воплощены) те либо иные технические или художественно-конструкторские решения»¹. Использование в первом случае Городов называет техническим, а во втором – хозяйственным. Техническое использование в силу своей природы должно предшествовать хозяйственному.

Техническое использование закреплено в пункте 3 статьи 1358 ГК РФ. Так, «изобретение или полезная модель признаются использованными в продукте или способе, если продукт содержит, а в способе использован каждый признак изобретения или полезной модели, приведенный в независимом пункте содержащейся в патенте формулы изобретения или полезной модели, либо признак, эквивалентный ему и ставший известным в качестве такового в данной области техники до совершения действий, составляющих содержание хозяйственного использования того либо иного продукта или способа. Промышленный образец признается использованным в изделии, если такое изделие содержит все существенные признаки промышленного образца, нашедшие отражение на изображениях изделия и приведенные в перечне существенных признаков промышленного образца»².

Сущность же хозяйственного использования раскрывается в статьях 1229 и 1358. В частности, в пункте 2 статьи 1358 указаны частные примеры использования изобретений, полезных моделей и промышленных образцов. К таковым способам использования относятся, например, ввоз на территорию Российской Федерации,

¹ Городов О.А. Принцип исчерпания исключительного права на объекты промышленной собственности и антиконкурентная практика // Конкурентное право. 2013. N 2. С. 8

² Там же – С. 8

изготовление, применение, предложение о продаже, продажа, иное введение в гражданский оборот или хранение для этих целей продукта, в котором использованы изобретение или полезная модель, либо изделия, в котором использован промышленный образец.

Общее правило об исчерпании исключительного права на изобретение, полезную модель и промышленный образец закреплено в пункте 6 статьи 1359 ГК РФ: «не является нарушением исключительного права на изобретение, полезную модель или промышленный образец ввоз на территорию РФ, применение, предложение о продаже, продажа, иное введение в гражданский оборот или хранение для этих целей продукта, в котором использованы изобретение или полезная модель, либо изделия, в котором использован промышленный образец, если этот продукт или это изделие ранее были введены в гражданский оборот на территории РФ патентообладателем или иным лицом с разрешения патентообладателя»¹. Таким образом, на объекты патентного права установлен национальный режим исчерпания.

Специфика исчерпания исключительного права на изобретения, полезные модели или промышленные образцы заключается в том, что «... полного (универсального) исчерпания исключительного права на изобретение, полезную модель или промышленный образец произойти не может. Не подлежит исчерпанию исключительное право на продукт, полученный непосредственно запатентованным способом (подп. 2 и подп. 3 п. 2 ст. 1358 ГК РФ), и исключительное право на осуществление способа, в котором используется изобретение (подп. 4 п. 2 ст. 1358) (варианты хозяйственного использования)»². В первом случае исключительное право на данные продукты сохраняется в силу того, что без запатентованного способа было бы невозможно создание данных продуктов, они тесно связаны, и было бы нелогично заявлять об исчерпании права на данные товары, поскольку даже введения в оборот в данном случае не происходит, для исчерпания необходимо, чтобы правообладатель самостоятельно или через посредников ввел данный продукт в гражданский оборот. Во втором случае речь идет о ситуации, когда уже введенное в оборот изобретение используется в запатентованном способе, и об исчерпании исключительного права на данный способ только лишь в силу использования другого изобретения, во-первых, не отвечало бы существу и целям изобретений как таковых, поскольку вариативность использования изобретений в целях улучшения эффекта полезности их применения вполне отвечает интересам общества и не нарушает прав изобретателей, а во-вторых, затрудняло бы дальнейшие инновации с

¹ Городов О.А. Принцип исчерпания исключительного права на объекты промышленной собственности и антиконкурентная практика // Конкурентное право. 2013. N 2. – С. 9

² Там же – С. 9

использованием уже имеющихся изобретений. Стоит отметить, что указанный Городовым подпункт четвертый в редакции ГК от 8 марта 2022 года является подпунктом пятым, в связи с изменениями, внесенными Федеральным законом от 12 марта 2014 г. № 35-ФЗ в данной статье в качестве отдельного способа использования было указано «совершение действий, предусмотренных подпунктом 1 настоящего пункта (*ввоз на территорию Российской Федерации, изготовление, применение, предложение о продаже, продажа, иное введение в гражданский оборот или хранение для этих целей*), в отношении продукта, предназначенного для его применения в соответствии с назначением, указанным в формуле изобретения, при охране изобретения в виде применения продукта по определенному назначению» (выделено мною. – А. Г.). По сути, данный случай идентичен предыдущему, нововведение заключается лишь в том, что тем же законом в статье 1350 в качестве отдельной разновидности изобретения было указано техническое решение в любой области, относящееся к применению продукта или способа по определенному назначению, и в данном случае исключительное право также не подлежит исчерпанию.

Примечательно, что относительно данных исключений из принципа исчерпания имеются разные точки зрения. Например, В.Ю. Джермакян считает, что возможно исчерпание права на запатентованный способ, он предлагает следующую теоретическую модель исчерпания исключительного права на запатентованный способ: "можно с большой вероятностью полагать, что при введении в гражданский оборот самим правообладателем патента на способ какого-либо устройства, при функционировании (эксплуатации) которого в соответствии с его назначением автоматически осуществляется запатентованный способ, исчерпание прав должно признаваться в отношении запатентованного способа, но только при условии, что таковой осуществляется с помощью того же самого экземпляра устройства, введенного в гражданский оборот на территории России правообладателем патента на способ или с его разрешения"¹.

Высокая промышленная применимость объектов патентного права порождает особое отношение патентообладателей к выстраиванию своей стратегии распространения. Зачастую патентообладатели накладывают определенные пост-продажные ограничения, с помощью которых они стремятся максимизировать прибыль от продаж запатентованного объекта, что они обосновывают значительными инвестициями в создание того или иного изобретения, стремлением контролировать дальнейшее использование в интересах потребителей. Однако в судебной практике все чаще суды исходят из принципа исчерпания исключительного права и признают неправомерными те или иные

¹ Городов О.А. Принцип исчерпания исключительного права на объекты промышленной собственности и антиконкурентная практика // Конкурентное право. 2013. № 2. С. 9

пост-продажные ограничения. Например, в деле *Quanta Computer, Inc. v. LG Electronics, Inc.*¹ Компания LGE заключила два лицензионных соглашения с Intel. Соглашение о перекрестном лицензировании (лицензионное соглашение) позволяет Intel производить и продавать микропроцессоры и наборы микросхем, в которых используются патенты LGE (Продукты Intel). Лицензионное соглашение разрешает Intel «производить, использовать, продавать (прямо или косвенно), предлагать продавать, импортировать или иным образом распоряжаться» своей собственной продукцией, используя патенты LGE.

В отдельном соглашении (основном соглашении) Intel согласилась письменно уведомить своих клиентов, информируя их о том, что, лицензия не распространяется, прямо или косвенно, на любой продукт, который будет произведен при комбинации продукта Intel с любым продуктом, произведенным не Intel. «LGE рассчитывала на то, что лица, заинтересованные в объединении микропроцессоров, с другими продуктами будут выплачивать ей дополнительное вознаграждение.

Компания Quanta Computer использовала микропроцессоры Intel в производимых ею компьютерах. LGE предъявила к Quanta иск о патентном нарушении.

Верховный суд США признал требования истца не подлежащими удовлетворению. При этом он исходил из того, что исключительные права на патентоохраняемые объекты LGE были исчерпаны после первой продажи микропроцессоров»².

Другое дело *Impression Products, Inc. v. Lexmark International, Inc.* также затрагивало вопрос послепродажных ограничений. Lexmark International, Inc. — компания, которая производит и продает картриджи с тонером, совместимые со своими принтерами. Lexmark владеет несколькими патентами на производимые ею картриджи. Lexmark предлагает своим клиентам возможность приобрести так называемые «картриджи по программе возврата», то есть картриджи, которые продаются со скидкой в двадцать процентов. Эти картриджи предназначены для одноразового использования, без ограничений на перепродажу. В соответствии с этими ограничениями клиенты не могут повторно использовать картридж после того, как закончится тонер, и не могут вернуть пустой картридж никому, кроме Lexmark. Компания Impression Products приобрела использованные картриджи с

¹ *Quanta Computer, Inc. v. LG Electronics, Inc.*, [2008] 553 US 617 [Электронный ресурс]. URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/553/617/> (дата обращения: 04.11.21)

² Ворожевич А.С. Границы исключительных прав, пределы их осуществления и защиты: диссертация на соискание ученой степени доктора юридических наук. М. 2021 С. 370

тоном у потребителей, а затем очистила, заправила и перепродала их с нарушением ограничений на одноразовое использование и запрет на перепродажу. Если апелляционный суд встал на сторону правообладателя, установив нарушение патентных прав, то Верховный суд не согласился с этим решением и указал, что «как только патентообладатель продает продукт, он получает финансовое вознаграждение. Стимулирующая функция исключительного права реализуется; исключительное право исчерпано»¹.

Особое место в патентном праве занимает такой результат интеллектуальной деятельности как селекционные достижения. Применительно к селекционным достижениям также как и к другим объектам интеллектуальной собственности установлен принцип исчерпания исключительного права. Он закреплен в п. 6 ст. 1422 Действия, не являющиеся нарушением исключительного права на селекционное достижение: «б) любые действия с семенами, растительным материалом, племенным материалом и товарными животными, которые были введены в гражданский оборот патентообладателем или с его согласия другим лицом, кроме: последующего размножения сорта растений и породы животных; вывоза с территории Российской Федерации растительного материала или товарных животных, позволяющих размножить сорт растений или породу животных, в страну, в которой не охраняются данные род или вид, за исключением вывоза в целях переработки для последующего потребления». В данной статье закреплено классическая модель исчерпания: исчерпание касается только права на распространение, однако воспроизводить данное селекционное достижение нельзя, это уже будет нарушением исключительного права. Данное положение не может быть изменено положением договора, поскольку эта норма является императивной².

Стоит заметить, однако, что в случае с селекционными достижениями есть определенная тонкость: поскольку часто селекционные достижения выражены в виде таких объектов как семена, которые используются для выращивания урожая повышенного качества, то в данном случае у стороны в договоре приобретающей такие семена у правообладателя изначально возникает право собственности на данные семена, как пишет Гаврилов, «В лицензионном договоре иногда предусматривается, что лицензиар передает (или продает) лицензиату определенное количество своих семян. Совершенно очевидно, что, поскольку эти семена введены в гражданский оборот, исключительное право на них частично исчерпывается, а у лицензиата появляется полное право собственности (вещное право) на этот материальный объект». А затем у данной стороны возникнет право

¹ Ворожевич А.С. Границы исключительных прав, пределы их осуществления и защиты: диссертация на соискание ученой степени доктора юридических наук. М. 2021 С.371

² Гаврилов Э.П. Принцип исчерпания исключительного права и права на селекционное достижение // Хозяйство и право. 2020. N 7. С. 74.

собственности на новый (иной) материальный объект, урожай. Собственник данного урожая вправе ввести его в гражданский оборот и затем у покупателя «появится новое вещное право на этот новый материальный объект, а исключительное право на селекционное достижение, выраженное в названном объекте, окажется исчерпанным (хотя и частично)». Об исчерпании прав на новый урожай Гаврилов Э.П. пишет: «Если новый урожай уже невозпроизводим, если он может быть использован только для потребления либо если он, хотя и может быть воспроизведен, утратил некоторые охраноспособные признаки, исключительное право прежнего владельца считается исчерпанным полностью, а у владельца материального объекта (нового урожая) есть лишь полное вещное право на материальный объект (вещь)». Получается при воспроизводимости данного урожая его собственник не вправе воспроизводить его в силу абз.2 п.6 ст.1422 ГК РФ. Однако стоит заметить, что в данном случае речь идет об исчерпании прав на разные объекты: на семена и на новый урожай. В этом то и заключается особенность исчерпания исключительного права на селекционные достижения. Таким образом, Гаврилов Э.П. приходит к закономерному выводу о том, что «исчерпание прав на семена и на новый урожай - две разные нормы, они друг с другом не связаны и друг от друга не зависят»¹.

В зарубежной практике также выработан подход о запрете воспроизведения селекционных достижений. Например, в деле *Bowman v. Monsanto CO.*² Monsanto изобрела и запатентовала семена сои, которые содержат генетическое изменение, позволяющее им пережить воздействие гербицида глифосата. Данная компания продает семена в соответствии с лицензионным соглашением, которое позволяет фермерам сажать купленные семена в течение одного и только одного вегетационного периода. Производители могут потреблять или продавать полученные культуры, но не могут сохранять собранные соевые бобы для повторной посадки. Однако Bowman после приобретения соевых бобов фактически начал воспроизводить семена. Суды установили нарушение в данном случае патентных прав и невозможности применения доктрины первой продажи. Данная доктрина ограничивает права патентообладателя только в отношении продаваемого «конкретного предмета»; она не затрагивает возможности патентообладателя запретить покупателю сделать новые копии запатентованного объекта. Посадив и собрав запатентованные семена Monsanto, Bowman сделал дополнительные копии запатентованного изобретения Monsanto, и, таким образом, его действия не подпадают под защиту исчерпания патентных прав. Будь это иначе, патент Monsanto не принес бы никакой пользы.

¹ Гаврилов Э.П. Принцип исчерпания исключительного права и права на селекционное достижение // Хозяйство и право. 2020. N 7. С. 75.

² *BOWMAN v. MONSANTO CO.* 657 F. 3d 1341 URL: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/11-796>

Также стоит отметить, что существенно отличается от исчерпания на объекты патентного права режим исчерпания на топологии интегральных микросхем. Он закреплен в ст. 1456 ГК РФ. В отношении топологий интегральных микросхем установлен в соответствии с подпунктом 3 данной статьи международный режим исчерпания исключительного права¹.

§ 3.2 Вопросы применения антимонопольных механизмов в сфере осуществления исключительных патентных прав

Исчерпание исключительного права как аспект объектных границ данного права тесно связан с вопросами антимонопольного регулирования, поскольку использование патентоохраняемых объектов затрагивает, с одной стороны, частные интересы правообладателей, вложивших значительные средства в создание тех или иных изобретений, полезных моделей или промышленных образцов, а, с другой стороны, затрагивает интересы иных участников рынка, потребителей и государственный интерес в поддержании конкурентной среды. Несмотря на то, что, с одной стороны, кажется, будто исключительное право абсолютно, как и право собственности, стоит учитывать, что, с другой стороны, в современном мире объекты патентного права являются своего рода публичным благом, поскольку они «могут способствовать удовлетворению потребностей неограниченного круга лиц ... некоторые из них обладают чрезвычайным социально-экономическим значением: служат борьбе с глобальными угрозами современности, повышают эффективность производственных процессов». Следовательно, как отмечает А.С. Ворожевич, «институциональное назначение исключительного права не ограничивается обеспечением частных интересов. Его определяют также значимые с позиции публичных интересов функции, которые способны компенсировать потерю выгод свободного использования»². Таким образом, баланс интересов относительно патентоохраняемых объектов можно обозначить в следующем: «господство правообладателя не является абсолютным, а носит срочный характер и касается главным образом сферы коммерческого использования ... патентообладатель обладает всей широтой действий в императивно определенных временных и содержательных границах (установлены в ст. 1359 ГК РФ), за рамками которых объект находится во всеобщем пользовании. В таком случае будут учитываться как минимум общественные интересы, связанные со свободным использованием разработки ... патентообладатель получает возможность получить прибыль от эксклюзивного использования (что обеспечивает его частный интерес и стимулирующую

¹ Гражданское право: учебник: в 4 т. /отв. ред. Е. А. Суханов. -2-е изд., перераб. и доп. - Москва: Статут, 2019. Том 2. С. 380.

² Ворожевич А.С. Антитраст vs Патентные права: почему вмешательство антимонопольной службы повредит инновациям? // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2018. N 1. С. 78

функцию), при этом объект может свободно использоваться в исследовательских и личных целях и в конечном итоге переходит во всеобщее достояние»¹.

Однако может возникнуть вопрос: как именно антимонопольные механизмы связаны с темой исчерпания исключительного права? Практически непосредственно, классический пример: правообладатель некоторого патентоохраняемого объекта может, опираясь на национальный принцип исчерпания исключительного права, не допускать иных заинтересованных лиц для поставки, производства или распространения такого патентоохраняемого объекта на территории данного государства, и блокировать параллельный импорт, таким образом, занимая доминирующее положение на рынке данного патентоохраняемого объекта.

Итак, особенную остроту в последние годы приобрел вопрос возможности применения антимонопольного законодательства на действия по осуществлению исключительного права. Федеральная антимонопольная служба (далее – ФАС) подготовила несколько законопроектов для того, чтобы «подчинить» антимонопольному регулированию инновационную сферу, т.е. немного сместить баланс интересов в пользу требований поддержания конкурентной среды, началось «наступление» в 2012 году.

Для начала стоит указать на следующее: в Федеральном законе от 26.07.2006 № 135-ФЗ "О защите конкуренции" (далее – Закон о защите конкуренции) закреплены иммунитеты от антимонопольного регулирования в ч. 4 ст. 10 и ч. 9 ст. 11. Согласно данным пунктам запрет на злоупотребление хозяйствующим субъектом доминирующим положением, предусмотренный в статье 10, и запрет на ограничивающие конкуренцию соглашения хозяйствующих субъектов, предусмотренный в статье 11, не распространяются на сферу осуществления исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации.

Составляя законопроекты по изменению данных положений Закона о защите конкуренции, ФАС пытался использовать разные варианты. «В первых проектах ФАС предлагала в принципе исключить ч. 4 ст. 10 и ч. 9 ст. 11 Закона о защите конкуренции из законодательства. В конце 2016 г. Служба решила занять компромиссную позицию. Вынесенный на общественное обсуждение проект сохранял антимонопольные иммунитеты для сферы осуществления исключительных прав. При этом устанавливались существенные изъятия из них. Требования ст. ст. 10 и 11 Закона должны были распространяться на действия и соглашения правообладателей при условии, что такие действия и соглашения определяли условия обращения товаров, произведенных с использованием

¹ Ворожевич А.С. Антитраст vs Патентные права: почему вмешательство антимонопольной службы повредит инновациям? // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2018. № 1. С. 79

исключительных прав на объекты интеллектуальной собственности»¹. Однако, осознав, что и данный вариант не является бесспорным и не позволит добиться поставленной цели, ФАС в проектах 2017-18 гг. вернулся к варианту исключения указанных положений из Закона.

Указанные попытки ФАС по реформированию антимонопольного законодательства направлены на формирование такой модели регулирования инновационных отношений, при которой «правообладатели будут существенно ограничены в выборе способов осуществления исключительного права. Их деловая (прежде всего лицензионная) практика станет предметом контроля административного органа»².

Какие же аргументы можно привести в пользу позиции ФАС о необходимости применения антимонопольного законодательства к сфере осуществления исключительных прав? Во-первых, инвесторы на основании своих исключительных прав могут использовать патентоохраняемые объекты в противоречии с целями инновационного развития общества, т.е. в противоречии с институциональным назначением исключительного права. Это может выражаться, например, в ситуациях, когда для создания коммерчески привлекательного продукта необходимо объединение множества патентоохраняемых объектов, права на которые принадлежат разным субъектам, и такие субъекты становятся в некоторой степени зависимы друг от друга, поскольку один из них может блокировать весь инновационный процесс, например, «правообладатель отказывается в доступе к своей разработке при условии, что такая разработка необходима для создания продукта-конкурента (включена в стандарт его производства) или для использования существенного усовершенствования (зависимого изобретения). Либо он может установить крайне невыгодные условия предоставления лицензии для иных участников рынка, что ставит под сомнение целесообразность их бизнеса и может привести к существенному увеличению цен на финальный продукт для правообладателя»³. Для предотвращения подобных практик возможно распространить действие антимонопольного законодательства на сферу исключительных прав. Во-вторых, антимонопольное регулирование будет способствовать снижению цен на результаты интеллектуальной деятельности, и, следовательно, будет способствовать большей доступности их потребителям, а также будет вызывать рост участников рынка и, следовательно, будет поддерживаться весьма конкурентная среда. Вместе с тем, стоит признать слабость данного аргумента, поскольку снижение цен на патентоохраняемые объекты путем вторжения в экономические стратегии правообладателей на основе

¹ Ворожевич А.С. Антитраст vs Патентные права: почему вмешательство антимонопольной службы повредит инновациям? // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2018. N 1. С. 75

² Там же, С.79

³ Там же, С. 79

антимонопольного законодательства и принудительного уравнивания участников рынка является необоснованным с экономической точки зрения в силу того, что правообладатели, вкладывая значительные средства в инновационное развитие, наблюдая ограничения, накладываемые антимонопольным законодательством будут лишены стимулов на дальнейшие разработки и модернизации. Кроме того, навряд ли стоит искусственно выстраивать высококонкурентную среду путем пренебрежения, а иногда даже прямого нарушения исключительных прав. Более правильным было бы учитывать исключительные права, а не поощрять, по сути, недобросовестное поведение иных участников рынка, которые будут рассчитывать на содействие антимонопольного законодательства. Также можно предположить, что такая ситуация будет в некоторой степени даже наоборот ослаблять конкуренцию, поскольку иные участники рынка ориентируясь на антимонопольное законодательство потеряют стимул к инвестициям в самостоятельные результаты интеллектуальной деятельности, что также будет сказываться на общем уровне инновационного развития.

Теперь стоит указать на прямые недостатки применения антимонопольного законодательства к сфере осуществления исключительного права. Во-первых, «антимонопольное законодательство с его акцентом на цены и эффективный рынок не может быть достаточно чувствительным, чтобы ответить на поведение, которое ставит под угрозу общую эффективность патентной системы». В разных сферах по-разному обеспечивается ценностно-функциональный баланс, заложенный в основу патентного права. Например, если в сфере фармацевтики и биотехнологий затраты на разработки огромны и высок риск недополучения прибыли, вследствие чего необходимо обеспечить эксклюзивное господство правообладателя, то «на рынках комплексных инноваций (телекоммуникаций, цифровых технологий) для обеспечения инновационного развития необходимо взаимодействие различных патентообладателей ... в таком случае основную прибыль патентообладателя определяют не столько его возможности по эксклюзивному использованию, сколько то, как ему удастся договориться с иными участниками рынка»¹. Во-вторых, антимонопольное регулирование не учитывает специфику интеллектуального права как товара. «Под товаром в контексте антимонопольного регулирования понимается объект гражданских прав, предназначенный для продажи, обмена или введения в гражданский оборот. Под это определение вполне подходят и интеллектуальные права», а поскольку патентообладатель контролирует использование запатентованного объекта, то существует опасность, что «антимонопольное ведомство будет исходить из того, что патент практически гарантирует правообладателю доминирующее положение над определенным

¹ Ворожевич А.С. Антитраст vs Патентные права: почему вмешательство антимонопольной службы повредит инновациям? // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2018. N 1. С. 81

продуктом. Таким образом, под антимонопольный удар подпадают в принципе все правообладатели. В связи с этим каких-либо четких границ применения антимонопольного регулирования к патентной сфере установлено не будет». Кроме того, стоит отметить, что доводы сторонников антимонопольного регулирования о том, что патенты всегда предоставляют монополию правообладателям, не совсем обоснованы, поскольку, как отмечается в западной доктрине, «сами по себе патенты не обеспечивают правообладателям монополию на определенном рынке. ... У запатентованного продукта могут быть альтернативы или может существовать значительная межрыночная эластичность»¹. Такой довод также опровергается тем, что монопольное положение возникает только на рынках моноинновационных продуктов: фармацевтический рынок и рынок биотехнологий, а на рынках комплексных инноваций один патентоохраняемый объект не создает коммерчески привлекательного инновационного продукта. В-третьих, антимонопольная модель, предложенная ФАС, не учитывает специфику лицензионных соглашений. Предметом рассмотрения ФАС будут ограничительные условия, предусмотренные в лицензионных соглашениях, например, ограничения на продажу патентоохраняемого объекта лицензиатом по географическому признаку, кругу потребителей, виду и объему поставляемой продукции, а также условия, касающиеся цены продажи таких товаров. Отмечается, что «антимонопольная служба будет применять к лицензионным соглашениям правила о недопустимости необоснованного отказа либо уклонения от заключения договора с отдельными покупателями (заказчиками), дискриминации отдельных участников оборота, установления монопольно высоких цен». Однако такой подход ФАС вызывает ряд сомнений: природа лицензионных соглашений предполагает, что правообладатель предоставляет нескольким субъектам ряд возможностей по использованию запатентованного объекта, такие субъекты на основе этого занимают «привилегированное» положение по отношению к остальным участникам рынка, и «было бы абсурдом требовать от правообладателя "не дискриминировать" всех иных желающих субъектов и предоставить лицензии и им тоже». Кроме того, «лицензионные соглашения, как правило, предусматривают определенные ограничения на использование разработки лицензиатом. Гражданское законодательство неспроста прямо указывает на необходимость четкого установления в договоре конкретных способов (существенное условие) использования объекта, предоставляет возможность лицензиарам определять территорию использования объекта лицензиатом»², это тоже является определяющим признаком лицензионных соглашений, игнорирование которого было бы нелогичным.

¹ Ворожевич А.С. Антитраст vs Патентные права: почему вмешательство антимонопольной службы повредит инновациям? // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2018. N 1. С. 83

² Там же, С. 85

Можно рассмотреть примеры того, как антимонопольное ведомство при решении вопроса о правомерности деятельности правообладателя с точки зрения Закона о защите конкуренции не учитывает особенности исключительных прав. «Компания Teva Pharmaceutical industries Limited (далее - "Тева") - обладатель прав на товарные знаки "Сорахоне", "Копаксон", "TEVA" и "ТЕВА", а также на химическую формулу "Копаксона" и на способ его производства в соответствии с патентами на изобретение. В 2010 г. она заключила рамочное соглашение с ЗАО "МФПДК "БИОТЭК" (далее - "БИОТЭК") о долгосрочном сотрудничестве в отношении разработанного компанией и принадлежащего ей фармацевтического продукта "Копаксон-Тева". В соответствии с данным договором "Тева" поставляла "БИОТЭКу" лекарственный препарат "Копаксон" в первичной (оптовой) упаковке, а "БИОТЭК" переупаковывал его во вторичную (потребительскую) упаковку, осуществлял хранение, продвижение и дальнейшее распространение на территории России»¹. Однако затем "Тева" решила самостоятельно через дочерние компании продвигать свои препараты на территории России. "БИОТЭК" обратился в ФАС России с жалобой об уклонении компании от заключения договора с "БИОТЭК" на поставку последнему лекарственного препарата "Копаксон". ФАС обязал прекратить незаконные действия (бездействие) путем заключения с "БИОТЭКом" договора на поставку лекарственного препарата "Копаксон".

Правообладатель обжаловал решение ФАС, и если в суде первой инстанции была поддержана позиция компании "Тева", то вышестоящие инстанции поддержали ФАС. «Их аргументы свелись к тому, что решение ФАС касалось договора поставки, а не осуществления исключительных прав»². Стоит заметить, что, «предоставление "БИОТЭКу" возможности распространять на территории Российской Федерации препарат предполагало не только передачу материальных носителей, но и предоставление интеллектуальных прав», поэтому указанный аргумент вышестоящих инстанций не вполне соответствует сути отношений установленных между "БИОТЭК" и "Тева". «ФАС России приняла решение в противоречии с ч. 4 ст. 10 Закона о защите конкуренции. Более того, она фактически применила институт принудительного лицензирования»³. А поскольку в данном случае речь шла о первичном введении в гражданский оборот товаров, в которых выражен результат интеллектуальной деятельности, то нужно было учитывать, что исключительные права не были исчерпаны. Следовательно, ФАС при разрешении указанного спора не учел специфику исключительных прав.

¹ Ворожевич А.С. Антитраст vs Патентные права: почему вмешательство антимонопольной службы повредит инновациям? // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2018. N 1. С. 86

² Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 06.10.2014 N 09АП-34696/2014 по делу N А40-42997/2014; Постановление Арбитражного суда Московского округа от 18.03.2015 N Ф05-17076/2014 по делу N А40-42997/14

³ Ворожевич А.С. Антитраст vs Патентные права: почему вмешательство антимонопольной службы повредит инновациям? // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2018. N 1. С. 86

Таким образом, подход, связанный с распространением антимонопольного регулирования на сферу осуществления исключительных прав имеет гораздо больше минусов, чем ситуации, когда исключительные права ставятся в приоритет относительно требований конкуренции. И можно согласиться с выводом А.С. Ворожевич о том, что «выбор такой модели в российских условиях приведет к тому, что весь инновационный бизнес будет поставлен в зависимость от произвольных решений административного органа, который не в состоянии учитывать специфику такого бизнеса, значение той или иной лицензионной практики для инновационного развития. Ценность исключительных прав существенно снизится, а с ней и стимулы к инновационной деятельности и инвестициям в российскую экономику»¹.

¹ Ворожевич А.С. Антитраст vs Патентные права: почему вмешательство антимонопольной службы повредит инновациям? // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2018. N 1. С.91

Глава IV. Принцип исчерпания исключительного права на товарные знаки.

§ 4.1 Содержание, пределы и реализация принципа исчерпания исключительного права на товарные знаки.

В общем виде принцип исчерпания исключительного права на товарный знак закреплен в статье 1487 ГК РФ: не является нарушением исключительного права на товарный знак использование этого товарного знака другими лицами в отношении товаров, которые были введены в гражданский оборот на территории Российской Федерации непосредственно правообладателем или с его согласия. Относительно режима исчерпания исключительного права на товарный знак отмечается, что «Гражданским кодексом Российской Федерации установлен национальный принцип исчерпания исключительного права, в соответствии с которым параллельный импорт запрещен. Однако на территории ЕАЭС наша страна обязана применять региональный принцип исчерпания исключительного права, в соответствии с которым введение товара, маркированного товарным знаком правообладателя, в оборот на территории одного региона, например в любой из стран Европейского союза (далее - ЕС), влечет исчерпание права на товарный знак при последующей продаже такого товара в любую из стран ЕС»¹. Региональный принцип исчерпания по отношению к товарным знакам был закреплен в ст.16 Протокола об охране и защите прав на объекты интеллектуальной собственности (приложение N 26 к Договору о Евразийском экономическом союзе)².

Рассматривая принцип исчерпания исключительного права на товарные знаки, стоит упомянуть некоторые отличия товарных знаков от объектов авторских и патентных прав, которые определяют специфику исчерпания исключительных прав на товарные знаки.

Во-первых, первоочередная функция товарного знака заключается в индивидуализации товаров конкретного производителя, что и предопределяет ограниченную социальную ценность товарного знака. «Сами по себе обозначения не обладают ценностью до тех пор, пока не становятся средствами индивидуализации, что предполагает эксклюзивность их использования. Как было отмечено Р. Познером, товарный знак не является общественным товаром - он обладает социальной ценностью, только когда используется для обозначения

¹ Прищепова Е.Е. Гибкий подход к применению международного принципа исчерпания права на товарный знак // ИС. Промышленная собственность. 2020. N 9. С. 42

² Протокол об охране и защите прав на объекты интеллектуальной собственности (приложение N 26 к Договору о Евразийском экономическом союзе) (Астана, 29 мая 2014 г.) // СПС Консультант Плюс

конкретного бренда»¹. Таким образом, представляется не вполне логичным обосновывать необходимость исчерпания аналогично тому, как это происходит в авторском и патентном праве, где необходимо соблюсти баланс общественных и частных интересов.

Во-вторых, использование товарного знака толкуется уже, чем использование объектов авторского и патентного права. По смыслу пункта 2 ст. 1484 ГК РФ использование товарного знака возможно только в целях индивидуализации товаров, работ или услуг посредством их введения в гражданский оборот на территории Российской Федерации, в таком случае без введения в гражданский оборот об использовании товарного знака в смысле данного пункта речи идти не должно. Указанная позиция закреплена в Обзоре судебной практики по делам, связанным с разрешением споров о защите интеллектуальных прав, утвержденном Президиумом Верховного Суда Российской Федерации от 23.09.2015².

Стоит отметить, что к практически аналогичным по своей природе с товарными знаками знакам обслуживания принцип исчерпания не применяется, несмотря на прямое указание в пункте 2 ст. 1477 ГК РФ о том, что правила Гражданского кодекса о товарных знаках соответственно применяются к знакам обслуживания, то есть к обозначениям, служащим для индивидуализации выполняемых юридическими лицами либо индивидуальными предпринимателями работ или оказываемых ими услуг. Городов О.А. объясняет это тем, что «оборот товаров как телесных объектов в сущностном плане отличается от оборота услуг как действий, приводящих к некому положительному эффекту. Знак обслуживания невозможно разместить на самой услуге. Услуга индивидуализируется опосредованно, через размещение знака на документации, в предложениях, в сети Интернет»³.

Содержание данного принципа заключается в следующем. Само исчерпание исключительного права на товарный знак происходит при соблюдении следующих условий: размещения знака на товаре, этикетке или упаковке (иных вариантах размещения, указанных в п. 2 ст. 1484 ГК РФ) и введения товара в гражданский оборот. При этом данный принцип распространяется только на правомочие распространения. Городов указывает на то, что «размещение знака при выполнении работ или оказании услуг, в предложениях о продаже товаров, о выполнении работ, об оказании услуг, а также в объявлениях, на вывесках и в

¹ Право интеллектуальной собственности. Т. 3. Средства индивидуализации: Учебник / Под общ. ред. д.ю.н., проф. Л.А. Новоселовой. – М.: Статут, 2017. – С. 46

² Сайдашев Р.З. Влияние принципа исчерпания исключительного права на товарный знак на состояние конкуренции на товарных рынках // Российское конкурентное право и экономика. 2021. N 2. – С. 37

³ Городов О.А. Принцип исчерпания исключительного права на объекты промышленной собственности и антиконкурентная практика // Конкурентное право. 2013. N 2. С. 11

рекламе, в сети Интернет, в том числе в доменном имени и при других способах адресации, не сопровождаемое введением товара в гражданский оборот, не может повлечь истощения исключительных прав на знак»¹. Это вполне логично, поскольку при отсутствии введенного в оборот товара, на котором размещен товарный знак, не будет выполняться ключевое обоснование принципа истощения: обеспечение права собственности на товар, приобретенный потребителем. Относительно использования в доменном имени имеется судебная практика, согласно которой в случае использования доменного имени сходного до степени смешения с товарным знаком, нарушает исключительное право, даже если на сайте продаются товары правообладателя, поскольку размещение товарного знака в доменном имени является самостоятельным способом использования и, следовательно, требует отдельного разрешения со стороны правообладателя². Данная практика только подтверждает довод О.А. Городова о невозможности истощения исключительного права без введения в оборот товара.

Специфика реализации принципа истощения заключается в особых способах выражения согласия на введение в гражданский оборот. Например, согласие на введение в оборот может подтверждаться дистрибьюторским договором (дилерский договор)³. Также вызывает интерес встречающийся в практике случай письменного одобрения выпуска товара в ответ на уведомление таможни о приостановлении выпуска контрафактного товара. В одном деле 2016 года компания-правообладатель словесного товарного знака "OREO" подала иск в арбитражный суд на предпринимателя, который осуществлял ввоз на территорию Российской Федерации печенья, маркированного товарным знаком "OREO". По мнению истца, предприниматель нарушил его исключительное право, поскольку истец дал согласие только на одну поставку, а предприниматель осуществил 17 фактов ввоза. Суд первой инстанции отказал в удовлетворении требований и при этом указал: «что согласно ответу полномочного представителя компании на уведомления Сахалинской таможни о приостановлении выпуска товаров от 12.03.2015 N 32-К-11/393 правообладатель товарного знака не возражал против возобновления выпуска спорных товаров. Получив такое уведомление, правообладатель либо его официальный представитель, действуя разумно и осмотрительно и имея намерения не допускать ввоза в гражданский оборот контрафактных товаров, должен был предпринять меры к недопущению дальнейшего ввоза в гражданский оборот контрафактного товара. Вопреки этому,

¹ Городов О.А. Принцип истощения исключительного права на объекты промышленной собственности и антиконкурентная практика // Конкурентное право. 2013. N 2. С. 11

² Постановление Суда по интеллектуальным правам от 10.12.2019 N C01-1248/2019 по делу N A70-2017/2019 // СПС Консультант Плюс

³ Постановление Суда по интеллектуальным правам от 07.06.2016 N C01-348/2016 по делу N A60-32983/2015 // СПС Консультант Плюс

правообладатель фактически дал согласие на ввод спорной партии товаров в гражданский оборот, что в силу статьи 1487 ГК РФ исключает нарушение исключительного права на товарный знак». Суд по интеллектуальным правам поддержал решение суда первой инстанции и отказал в удовлетворении кассационной жалобы.¹

Таким образом, в отношении товарных знаков, как отмечает О.А. Городов, применяется модель частного (сингулярного) исчерпания исключительного права, как и к патентоохраняемым объектам.

§ 4.2 Проблемы параллельного импорта

Параллельный импорт, как уже отмечалось, предполагает ввоз товаров, в которых выражен результат интеллектуальной деятельности, на территорию государства, в котором правообладателем данные товары не вводились в оборот. Само явление параллельного импорта возникло в силу развития международной торговли, что в связи с развитием правовой охраны объектов интеллектуальной собственности, исключительные права на которые носят территориальный характер, породило необходимость нахождения баланса между интересами правообладателей и потребностью общества в товарах. Выделяют пассивный и активный параллельный импорт². Под пассивным параллельным импортом понимается импорт иными участниками гражданского оборота на внутренний рынок государства правообладателя без его разрешения товаров, которые были приобретены на внешнем рынке, куда их поставил правообладатель, а под активным понимается импорт тех же товаров лицензиатом на рынок правообладателя. Ключевое различие в том, что в первом случае товары импортируются не лицензиатами, а любыми иными хозяйствующими субъектами, а во втором, импорт осуществляется лицензиатом правообладателя. Во втором случае подобная практика больше походит на нарушение исключительных прав, поскольку лицензиат однозначно осведомлен о том, что он поставляет товары на рынок правообладателя, а, значит, он становится конкурентом правообладателя и может подобными недобросовестными действиями, во-первых, лишить правообладателя прибыли на его рынке, и, во-вторых, ограничит доступность данных товаров для потребителей на иностранном рынке, что также нарушает интересы не только иностранных потребителей, но и интерес правообладателя в распространении бренда, повышении его привлекательности. А в случае с пассивным импортом, существует вероятность, что поставщик не

¹ Постановление Суда по интеллектуальным правам от 31.05.2016 N C01-305/2016 по делу N A59-2809/2015 // СПС Консультант Плюс

² Ashok, Arathi, Exhaustion of IP: A Tool for Competition (August 26, 2016) [Электронный ресурс]. URL:<https://ssrn.com/abstract=3087012> (дата обращения: 02.11.21)

осведомлен о том, что совершает акт параллельного импорта, и не во всяком случае поставщик будет действовать недобросовестно.

В пользу легализации параллельного импорта активно выступает ФАС, который разрабатывал ряд проектов по переходу к международному режиму исчерпания. Ориентир на легализацию параллельного импорта был закреплен еще в Стратегии развития конкуренции и антимонопольного регулирования в Российской Федерации на период до 2030 года (утв. протоколом Президиума ФАС России от 03.07.2019 N 6). Однако такая направленность политики ФАС и в принципе сам параллельный импорт оцениваются неоднозначно.

В проблеме запрета или допущения параллельного импорта встает вопрос о балансе между интересами правообладателя, защите его исключительных прав и требованиями конкуренции, интересами иных участников рынка. Представляется, что однозначно правильного ответа на вопрос о легализации параллельного импорта быть не может, есть аргументы как в поддержку инициатив ФАС по легализации параллельного импорта в разных вариациях, так и против данного подхода, иными словами, за сохранение запрета параллельного импорта и национального принципа исчерпания. Частично проблема допустимости параллельного импорта уже была рассмотрена в главе I, при рассмотрении национального и международного режимов, постараемся сконцентрировать внимание на плюсах и минуса такого явления как параллельный импорт и структурированно указать аргументы за и против.

Аргументы за параллельный импорт сводятся обычно к следующему. Во-первых, режим исчерпания, закрепленный в Гражданском кодексе, «предполагает возможность ввозить на территорию России оригинальный товар только одним лицом или с его согласия, и это лицо получает право диктовать свои цены, которые, разумеется, довольно высокие». Отмечается, что исключительные права правообладателей связывают потребителей даже при последующем использовании запатентованного объекта. Например, эксперт Яна Склярова, начальник отдела защиты от недобросовестной конкуренции управления контроля рекламы и недобросовестной конкуренции ФАС России отмечает, что «правообладатели имеют возможность удерживать потребительский спрос исключительно у своих дистрибьюторов на территории России: например, в случае замены запчастей автомобиля не у официального представителя правообладателя, а в "сером" автосервисе... потребитель лишается права на гарантийное обслуживание автомобиля только по той причине, что нарушает при этом требование правообладателя обслуживаться исключительно у его дилера. Соответственно, это не позволяет выйти на рынок производителям, качественно оказывающим

аналогичные услуги и не нарушающим права потребителя»¹. Кроме того, эксперт приводит яркий пример, как параллельный импорт влияет на конкурентную среду и положение потребителей: «В силу особенностей географического расположения этого региона [Калининградская область] правообладатели не во всех случаях считали целесообразным предоставлять право ввоза товара единственному поставщику, поэтому в отношении некоторых товаров территория Калининградской области была исключена из лицензионных соглашений на реализацию товаров в России. В итоге в магазинах области можно увидеть ряд продовольственных товаров, которые ввезены иными поставщиками, нежели официальные дистрибьюторы правообладателя в России, и цена на товары существенно (на 50% и более) ниже, чем по всей России»².

Во-вторых, сторонники параллельного импорта указывают на то, что легализация параллельного импорта предполагает распространение лишь на оригинальные товары, правомерно приобретенные за рубежом с согласия правообладателя, а доводы противников параллельного импорта об опасности распространения контрафактов, отмечают они, являются несостоятельными в силу того, что уже имеются институты, которые занимаются борьбой с контрафактом, а именно с поддельной продукцией – это таможенные органы и органы внутренних дел.

В-третьих, эксперты, поддерживающие легализацию параллельного импорта, критикуют опасения по поводу снижения качества продукции, отмечая, что любой участник рынка заинтересован в «борьбе за потребителя», в повышении качества своей продукции. Данный аргумент, казалось бы, соответствует действительности, однако и он не является бесспорным: стоит учитывать, что невозможна ситуация, чтобы каждый участник рынка вел себя добросовестно, часто возникают ситуации, когда хозяйствующий субъект намеренно поставляет товар правообладателя для получения повышенной прибыли в регионы, где локализована деятельность правообладателя. Здесь очевидно имеется злоупотребление параллельным импортером репутации (гудвилл) правообладателя, намерение ввести в заблуждение потребителя, при котором нарушается исключительное право правообладателя, параллельный импортер становится прямым конкурентом производителю оригинальных товаров. Многие исследователи отмечают, что «в судебной практике существует множество примеров о привлечении к ответственности недобросовестных импортеров по статье 14.10 Кодекса об административных правонарушениях Российской Федерации — «Незаконное

¹ Складова Я., Шауфф Ф., Каширин М., Павлова Е., Радченко Т., Орлова В., Нестеренко А., Онищук А., Жигулин В., Юков А., Суббот А., Семенов А., Елаев А., Будылин С. Перспективы легализации параллельного импорта в России // Закон. 2014. N 7. С. 16

² Там же, С. 16

использование средств индивидуализации товаров (работ, услуг)» именно при параллельном импорте. По заявлению правообладателей таможенники возбуждали дела об административных правонарушениях, при этом ввезенные товары конфисковывались, а нарушители платили штрафы»¹.

В-четвертых, отмечается, что параллельный импорт сделает рынок более цивилизованным, обеспечит реальную конкуренцию, в частности усилит внутрибрендовую конкуренцию, следствием, чего будет снижение цен на товары правообладателей и повышение их доступности². Однако навряд ли стоит называть цивилизованным рынок в котором, допускается недобросовестное поведение хозяйствующих субъектов и пренебрежение исключительными правами.

Нельзя также не обратить внимание на некоторые особые позиции по вопросу легализации параллельного импорта. Например, Сергей Будылин, старший юрист юридической фирмы Roche & Duffau указывает, на то, что «целью законодательства о товарных знаках вовсе не является защита интересов правообладателей. В действительности его назначением является защита интересов потребителей, а именно их информирование о происхождении товара: о том, что он произведен конкретной фирмой или по ее разрешению. Тем самым потребителю предоставляется возможность составить обоснованное мнение о свойствах и качестве товара». Отчасти можно согласиться с этой позицией, поскольку институциональное назначение товарного знака действительно неразрывно связано с интересами как производителей, так и потребителей. Далее отмечается, что «исходя из этой логики тотальный запрет на параллельный импорт (т.е. на неавторизованный ввоз из-за границы подлинных товаров, маркированных товарным знаком), имеющий место в России, представляется абсурдным. В самом деле, покупая ввезенный параллельным импортером автомобиль "Порше", потребитель никоим образом не вводится в заблуждение относительно свойств и качества автомобиля»³. Данная позиция наводит на мысли о том, что параллельный импорт может и не наносить значительного ущерба как интересам правообладателя, так и потребителя, в отношении потребителя, что наталкивает на предположение о возможности разрешения параллельного импорта в отдельных областях.

Теперь стоит указать аргументы против параллельного импорта. Данные

¹ Правовая защита интеллектуальной собственности: проблемы теории и практики: сборник материалов IV международного юридического форума (IP форума). — М. : Издательский центр Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), 2016. С. 80.

² Складова Я., Шауфф Ф., Каширин М., Павлова Е., Радченко Т., Орлова В., Нестеренко А., Онищук А., Жигулин В., Юков А., Суббот А., Семенов А., Елаев А., Будылин С. Перспективы легализации параллельного импорта в России // Закон. 2014. N 7. С. 27

³ Там же, С. 30

аргументы раскрывают ключевые проблемы, которые возникают в практике параллельного импорта. Во-первых, многие эксперты опираются на пагубные экономические последствия легализации параллельного импорта. Например, Франк Шауфф, генеральный директор Ассоциации европейского бизнеса (АЕБ), ссылаясь на данные заказанного исследования "Финансово-экономические последствия либерализации параллельного импорта в России" указывает следующие негативные экономические последствия легализации параллельного импорта: «угроза развитию добросовестной конкуренции среди участников рынка в Таможенном союзе/России; снижение инвестиционной привлекательности государств - членов Таможенного союза/России; падение внутреннего производства; безработица в сфере промышленного производства, рост социальной напряженности; массовый ввоз подделок на территорию Таможенного союза/России; значительный экономический ущерб государствам от "серой" продукции, включая непосредственно параллельный импорт; непредоставление параллельными импортерами дополнительных услуг, гарантийного и сервисного обслуживания, надлежащего информационного обеспечения и поддержки потребителя и др.». Эксперт также указал на то, что правообладатели вкладывают значительные средства в разработки, продвижение товаров, а параллельные импортеры действуют в большей части недобросовестно, что проявляется в том, что они «лишь экономически используют готовую инфраструктуру, зачастую применяя "серые" схемы для ввода товаров в гражданский оборот, и поэтому несут крайне незначительные предпринимательские издержки»¹.

Во-вторых, стоит указать, что обоснование вторжения в сферу исключительных прав, легализации параллельного импорта необходимостью внутрибрендовой конкуренции не является таким прочным и бесспорным, поскольку вполне достаточно и конкуренции между разными товарными брендами.

В-третьих, легализация параллельного импорта опасна риском роста поступлений контрафактной продукции на российский рынок. В данном случае контрафактный товар используется в значении любого товара введенного в гражданский оборот без согласия правообладателя. Как отмечалось ранее, в своем постановлении Конституционный суд разграничил по мере ответственности две ситуации: 1) когда правообладатель ввел в гражданский оборот на территории одного государства данный товар, а параллельный импортер поставляет его на территорию другого и 2) когда правообладатель не вводил в гражданский оборот на территории одного государства данный товар, а параллельный импортер поставляет его на территорию другого. В обоих случаях речь идет о нарушении

¹ Скларова Я., Шауфф Ф., Каширин М., Павлова Е., Радченко Т., Орлова В., Нестеренко А., Онищук А., Жигулин В., Юков А., Суббот А., Семенов А., Елаев А., Будылин С. Перспективы легализации параллельного импорта в России // Закон. 2014. N 7. С. 19

исключительного права, только в разной степени. Очевидно, что данный аргумент основа на защите интересов, прежде всего, правообладателя. Однако стоит учитывать, что здесь могут страдать и интересы потребителей. Хотя, казалось бы, если речь не идет о качестве товара, если товар, поставляемый параллельным импортером, и товар, реализуемый правообладателем, идентичны по качеству, то в чем нарушается интерес потребителя? Представляется, что рядовые потребители, приобретая какой-либо товар, в котором выражен результат интеллектуальной деятельности, желают быть уверенными в том, что приобретают эксклюзивный товар, поскольку опираясь на общественное мнение, сформировавшуюся прочную репутацию компании, они рассчитывают, что товар будет соответствовать их ожиданиям. Таким образом, потребители будут больше уверены в качестве товара, если приобретут непосредственно у правообладателя, его законных дистрибьюторов, а не у параллельных импортеров. Иными словами, запрет параллельного импорта как удовлетворяет психологические потребности потребителей в обладании эксклюзивным товаром, так и предоставляет гарантии потребителям в том, что данный товар произведен правообладателем, который обладает хорошей репутацией.

В-четвертых, отмечается, что «с точки зрения правовых последствий легализация параллельного импорта приведет, прежде всего, к нарушениям международных обязательств Российской Федерации». Данный аргумент был указан Александром Онищуком, президентом Ассоциации РАТЭК при оценке проекта ФАС 2014 года, в котором предлагалось ввести международный принцип исчерпания исключительного права с некоторыми исключениями в пользу правообладателей, например, предусматривалось ввести положение о том, что «правообладатель вправе запрещать или ограничивать ввоз на территорию Российской Федерации товаров, введенных им или с его согласия в гражданский оборот за пределами Российской Федерации, при условии совершения правообладателем или иным лицом с его согласия действий по локализации производства взаимозаменяемых товаров на территории Российской Федерации. Порядок подтверждения правомерности применения предусмотренных настоящей нормой запретов или ограничений устанавливается Правительством Российской Федерации»¹. Однако эксперт отмечает, что «предоставление правообладателю такого дополнительного правомочия [правомочия запрещать параллельный импорт товаров] только при условии локализации производства товаров в РФ является дискриминационным, противоречащим обязательствам РФ в рамках Парижской конвенции по охране промышленной собственности, согласно ст. 2.2 которой

¹ Проект Федерального закона "О внесении изменений в часть четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации" (подготовлен ФАС России) [Электронный ресурс]. URL: <https://regulation.gov.ru/Files/GetFile?fileid=598c555e-bf23-468f-b8a6-32d12bde8e85> (дата обращения: 04.11.21)

никакие условия о месте жительства или наличии предприятия в стране, где испрашивается охрана, не могут быть поставлены гражданам стран Союза в качестве предпосылки для пользования каким-либо из прав промышленной собственности»¹.

Указанные аргументы за и против демонстрируют противоречивость проблемы параллельного импорта. Дискуссионность данной проблемы также отражена в Соглашении ТРИПС, в котором указано, что «ничто в настоящем Соглашении не должно использоваться для решения вопроса об исчерпании прав интеллектуальной собственности»², т.е. установление принципа исчерпания было оставлено усмотрению национальным законодателям.

Интересен в данном вопросе зарубежный опыт. Например, в Сингапуре закреплен международный принцип исчерпания исключительного права, т.е. легализован параллельный импорт, однако, «в законодательстве Сингапура предусмотрены определенные условия, при которых международный принцип исчерпания прав в отношении параллельного импорта товаров, маркированных товарными знаками, не применяется. К таким условиям относится изменение или ухудшение состояния товаров после того, как они были введены в гражданский оборот. В данном случае под состоянием товаров понимается физическое состояние товаров, которые находятся внутри упаковки. Следовательно, переупаковка товаров, которая не связана с каким-либо изменением самих товаров, не квалифицируется как изменение состояния товара для целей привлечения к ответственности и не может послужить причиной неприменения международного принципа исчерпания прав на товарный знак»³. Такой подход обеспечивает свободное движение товаров, а также предоставляет гарантии потребителям от возможного приобретения некачественных товаров.

В Южной Корее вообще отсутствуют в законодательстве положения об исчерпании. «Однако в соответствии с устоявшимся в судебной практике Южной Кореи подходом права на товарные знаки признаются исчерпанными, если продукт изготовлен и (или) продан правообладателем товарного знака». Согласно практике Верховного суда Южной Кореи «параллельный импорт оригинальных неизмененных товаров разрешен в Южной Корее. Запрет параллельного импорта в этой юрисдикции имеет место только тогда, когда товарный знак, используемый

¹ Складова Я., Шауфф Ф., Каширин М., Павлова Е., Радченко Т., Орлова В., Нестеренко А., Онищук А., Жигулин В., Юков А., Суббот А., Семенов А., Елаев А., Будылин С. Перспективы легализации параллельного импорта в России // Закон. 2014. N 7. С. 27

² "Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности" (ТРИПС/TRIPS) (Заключено в г. Марракеше 15.04.1994) "Собрание законодательства РФ", 10.09.2012, N 37

³ Прищепова Е.Е. Гибкий подход к применению международного принципа исчерпания права на товарный знак // ИС. Промышленная собственность. 2020. N 9. С. 43

параллельным импортером, вызывает путаницу у потребителя в отношении источника происхождения товара при продаже продукта»¹.

Относительно ограничений импорта интересно также соотношение регионального и национального режимов исчерпания. Например, в ЕС «судебная практика выработала несколько условий, при соблюдении которых региональный принцип исчерпания прав на товарный знак на территории ЕС не применяется, а его заменяет национальный принцип»². Особое место занимает условие, касающееся переупаковки. Судебной практикой Европейского союза были сформулированы критерии, при наличии совокупности которых правообладатель не вправе запрещать импорт переупакованных товаров:

1. Если переупаковка не может повлиять на исходное состояние самого товара: в частности, когда импортер выполнял операции, которые исключают риски негативного воздействия на товар (удаление блистерных упаковок, пломб, ампул, замена на новую внешнюю упаковку). При этом национальному суду необходимо убедиться в том, что исходное состояние продукта внутри упаковки не затронуто.

2. Если на новую упаковку нанесена информация об изготовителе исходного продукта таким образом, чтобы человек с нормальным зрением и проявляющий нормальную степень внимательности был в состоянии такую информацию прочитать.

3. Если внешний вид переупакованного товара не может нанести ущерб репутации правообладателя товарного знака. В данном случае имеется в виду то, что упаковка не должна быть плохого качества или неаккуратной.

4. Если импортер направил правообладателю товарного знака заблаговременно уведомление об импорте переупакованного товара и по требованию правообладателя предоставил ему образец новой упаковки³.

Вместе с тем, недавно было принято постановление Правительства РФ⁴, которое практически легализовало параллельный импорт. В соответствии с данным постановлением устанавливается возможность Минпромторга РФ по

¹ Там же, С.44

² Прищепова Е.Е. Гибкий подход к применению международного принципа исчерпания права на товарный знак // ИС. Промышленная собственность. 2020. N 9. С.46

³ Joined Cases 427, 429, & 436/93, Bristol-Myers Squibb v. Paranova, [1996] E.C.R. I-3457 [Электронный ресурс] URL: <https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=99433&pageIndex=0&doclang=en&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=33426> (дата обращения: 04.11.21)

⁴ Постановление Правительства Российской Федерации от 29 марта 2022 г. № 506 [Электронный ресурс]. URL: <http://government.ru/news/44987/> (дата обращения 31.03.22)

предложениям федеральных органов исполнительной власти утверждает перечень товаров (групп товаров), в отношении которых не применяются положения подпункта 6 статьи 1359 и статьи 1487 ГК РФ. Представляется, что данные меры могут повлечь те негативные последствия, о которых было указано выше. Хотя стоит признать, что эти меры не являются совсем безосновательными, указывается в обоснование данных мер необходимость насыщения рынка товарами, в которых выражены результаты интеллектуальной деятельности, в интересах потребителей. Также указывается, что в этот список попадут не все товары, а только та «продукция, которая необходима для насыщения потребительского рынка». Примерный вариант перечня таких товаров остается неопределенным. Кроме того, ФАС, который с 2012 года стремится легализовать параллельный импорт и распространить на сферу осуществления исключительных прав действие антимонопольного законодательства, будет настаивать на легализации параллельного импорта практически на все товары. Однако представляется, что такой кардинальный подход только усугубит негативные последствия от параллельного импорта.

На основе выше указанных аргументов в пользу и против параллельного импорта и зарубежного опыта можно предположить, что наиболее правильным разрешением вопроса параллельного импорта было бы установление некоторого гибкого подхода основанного на сочетании национального, регионального и международного. Представляется, что на территории ЕАЭС как общее правило следует установить региональный принцип исчерпания, с возможностью государств-членов применять национальный режим в определенных условиях, например, в случае ухудшения качества товаров. А относительно международного принципа имеются обоснованные предложения по применению этого режима к отдельным категориям товаров: «товары, недоступные на рынке или доступные, но в ограниченном количестве (например, лекарственные препараты); товары, доступные по завышенным ценам в сравнении с ценами на такие товары в других странах (например, запчасти для автомобилей)»¹.

¹ Прищепова Е.Е. Гибкий подход к применению международного принципа исчерпания права на товарный знак // ИС. Промышленная собственность. 2020. N 9. С.48

Заключение

Итак, проведенное исследование привело к следующим выводам. Во-первых, принцип исчерпания как важнейший аспект объектных границ исключительного права обеспечивает его институциональное назначение, привносит в гражданский оборот правовую определенность.

Во-вторых, современные условия рынка требуют выработки некоторого гибкого подхода к режиму исчерпания исключительного права, использование упрощенных форм исчерпания, будь то национальное, региональное или международное, будет менее эффективным, чем модель адаптации принципа исчерпания к отдельным отраслям или модель комбинирования различных принципов с четкими критериями применения того или иного принципа в определенных условиях.

В-третьих, стоит признать, что принцип исчерпания не может быть применен в цифровой сфере. Необходимость обеспечения соблюдения исключительных прав, зарекомендовавшая себя практика использования лицензионных соглашений для обеспечения доступа потребителей к объектам интеллектуальной собственности в электронной форме заставляют усомниться в реальной возможности без негативных последствий распространить действие принципа исчерпания на цифровую сферу.

В-четвертых, параллельный импорт все же имеет больше недостатков, чем преимуществ, поэтому если допускать его, т.е. применять международный режим исчерпания, то лишь как исключение из общего правила и применительно к отдельным отраслям, где это может быть экономически обосновано.

В-пятых, соблюдение прав и интересов правообладателей всегда обеспечивает привлекательность национального рынка как для отечественных, так и для иностранных инвесторов и предпринимателей, поэтому сохранение иммунитетов от применения антимонопольного законодательства к сфере осуществления исключительных прав является необходимо для стабильного экономического и инновационного развития. Как было отмечено, антимонопольное ведомство не будет учитывать специфику исключительных прав, что приведет к необоснованным вторжениям в сферу осуществления исключительного права.

Таким образом, цель исследования была достигнута: изучен принцип исчерпания исключительных прав, описаны его особенности в отдельных подотраслях права интеллектуальной собственности.

Библиография

I. Нормативные правовые акты

Международные акты

1. "Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности" (ТРИПС/TRIPS) (Заключено в г. Марракеше 15.04.1994) // "Собрание законодательства РФ", 10.09.2012, N 37
2. "Конвенция по охране промышленной собственности" (Заключена в Париже 20.03.1883) // "Закон", N 7, 1999 (извлечение)
3. Договор ВОИС по авторскому праву и Согласованные заявления в отношении Договора ВОИС по авторскому праву (приняты Дипломатической конференцией) (Женева, 20 декабря 1996 г.) // СПС Консультант Плюс
4. Договор ВОИС по исполнениям и фонограммам и Согласованные заявления в отношении Договора ВОИС по исполнениям и фонограммам (приняты Дипломатической конференцией) (Женева, 20 декабря 1996 г.) // СПС Консультант Плюс
5. Протокол об охране и защите прав на объекты интеллектуальной собственности (приложение N 26 к Договору о Евразийском экономическом союзе) (Астана, 29 мая 2014 г.) // СПС Консультант Плюс
6. Директива N 2001/29/ЕС Европейского парламента и Совета Европейского Союза "О гармонизации некоторых аспектов авторских и смежных прав в информационном обществе" // СПС Консультант Плюс;
7. Директива N 2006/115/ЕС Европейского парламента и Совета Европейского Союза "О праве аренды, проката и об определенных правах, смежных с авторским правом в сфере интеллектуальной собственности (кодифицированная версия)" // СПС Консультант Плюс

Нормативные правовые акты Российской Федерации

1. Конституция Российской Федерации // Российская газета. – № 237. –1993. – 25 дек.
2. "Гражданский кодекс Российской Федерации (часть четвертая)" от 18.12.2006 N 230-ФЗ // "Собрание законодательства РФ", 25.12.2006, N 52 (1 ч.), ст. 5496.
3. "Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях" от 30.12.2001 N 195-ФЗ // "Российская газета", N 256, 31.12.2001
4. Федеральный закон от 18.12.2006 N 231-ФЗ (ред. от 30.12.2015) "О введении в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации" // СПС Консультант Плюс

5. Постановление Правительства Российской Федерации от 29 марта 2022 г. № 506 [Электронный ресурс]. URL: <http://government.ru/news/44987/> (дата обращения 31.03.22)

II. Материалы судебной практики

1. Постановление Конституционного Суда РФ от 13.02.2018 N 8-П "По делу о проверке конституционности положений пункта 4 статьи 1252, статьи 1487 и пунктов 1, 2 и 4 статьи 1515 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобой общества с ограниченной ответственностью "ПАГ" // СПС Консультант Плюс

2. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23.04.2019 N 10 "О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации" // СПС Консультант Плюс

3. Обзор судебной практики по делам, связанным с разрешением споров о защите интеллектуальных прав (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 23.09.2015) // "Бюллетень Верховного Суда РФ", N 11, ноябрь, 2015

4. Определение Верховного Суда РФ от 01.03.2017 N 304-ЭС17-666 по делу N А67-6484/2015 // СПС Консультант Плюс

5. Постановление Суда по интеллектуальным правам от 29.11.2021 N С01-1818/2021 по делу N А56-64983/2020

6. Постановление Суда по интеллектуальным правам от 10.12.2019 N С01-1248/2019 по делу N А70-2017/2019

7. Постановление Суда по интеллектуальным правам от 15.02.2017 N С01-39/2017 по делу N А40-233779/2015 // СПС Консультант Плюс

8. Постановление Суда по интеллектуальным правам от 07.06.2016 N С01-348/2016 по делу N А60-32983/2015 // СПС Консультант Плюс

9. Постановление Суда по интеллектуальным правам от 31.05.2016 N С01-305/2016 по делу N А59-2809/2015 // СПС Консультант Плюс

10. Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 06.10.2014 N 09АП-34696/2014 по делу N А40-42997/2014 // СПС Консультант Плюс

11. Постановление Арбитражного суда Московского округа от 18.03.2015 N Ф05-17076/2014 по делу N А40-42997/14 // СПС Консультант Плюс

12. Bloomer v. McQuewan [1852] 55 U.S. 539

13. Bowman v. Monsanto CO. [Электронный ресурс]. URL: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/11-796> (дата обращения: 04.11.21)

14. Cartoon Network LP v. CSC Holdings, Inc., 536 F.3d 121

15. Case C-128/11, Usedsoft GmbH v. Oracle International Corp. (OJ C-194/8, 2.7.2011).
16. Impression Products v. Lexmark International [Электронный ресурс]. URL: <https://www.law.cornell.edu/supct/cert/15-1189> (дата обращения: 04.11.21)
17. Jack Walters & Sons Corp. v. Morton Building, Inc., [1984] 737 F.2d 698, 704
18. Joined Cases 427, 429, & 436/93, Bristol-Myers Squibb v. Paranova, [1996] E.C.R. I-3457 [Электронный ресурс] URL:<https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=99433&pageIndex=0&doclang=en&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=33426> (дата обращения: 04.11.21)
19. KIRTSAENG v. JOHN WILEY & SONS, INC. [Электронный ресурс]. URL: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/11-697> (дата обращения: 04.11.21)
20. Quanta Computer, Inc. против LG Electronics, Inc. , 553 US 617

III. Научная литература

1. А.А. Анишин, А.В. Хромов Принцип исчерпания права на товарный знак и параллельный импорт в России: настоящее и будущее журнал "Журнал Суда по интеллектуальным правам", N 19, март 2018 г.
2. Ворожевич А.С. Антитраст vs Патентные права: почему вмешательство антимонопольной службы повредит инновациям? // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2018. N 1. С. 72 - 112.
3. Ворожевич А.С. Границы и пределы осуществления авторских и смежных прав. Москва: Статут, 2020. 271 с.
4. Ворожевич А.С. Границы исключительных прав на программы для ЭВМ // Вестник гражданского права. 2021. N 2. С. 88 - 133.
5. Ворожевич А.С. Границы исключительных прав, пределы их осуществления и защиты: диссертация на соискание ученой степени доктора юридических наук. М. 2021 546 с.
6. Ворожевич А.С. Защита исключительных прав на патентоохраняемые объекты: монография. Москва: Статут, 2020. 179 с.
7. Ворожевич А.С. Пределы осуществления и защиты исключительного права патентообладателя. М.: Статут, 2018. 320 с.
8. Ворожевич А.С. Электронные библиотеки и авторские права. Возможно ли исчерпание прав на цифровые копии произведений? // ИС. Авторское право и смежные права. 2020. N 11. С. 18 - 25.

9. Гаврилов Д.А. Правовая защита от недобросовестной конкуренции в сфере исключительных прав на средства индивидуализации и иные объекты промышленной собственности: монография. М.: НОРМА, ИНФРА-М, 2014. 192 с.

10. Гаврилов Э. П. Принцип исчерпания исключительного права и его толкование в Постановлении Конституционного Суда РФ // Хозяйство и право. 2018. N 5. С. 36 - 46.

11. Гаврилов Э.П. Принцип исчерпания исключительного права и права на селекционное достижение // Хозяйство и право. 2020. N 7. С. 69 - 75.

12. Городов О.А. Принцип исчерпания исключительного права на объекты промышленной собственности и антиконкурентная практика // Конкурентное право. 2013. N 2. С. 7 - 12.

13. Городов О.А., Петров А.В., Шмигельская Н.А. Недобросовестная конкуренция: учебно-практическое пособие / под ред. О.А. Городова. М.: Юстицинформ, 2020. 324 с.

14. Гражданское право: учебник: в 4 т. /отв. ред. Е. А. Суханов. -2-е изд., перераб. и доп. - Москва: Статут, 2019. Том 2.

15. Дементьев В.Н. "Об исчерпании патентных прав?" "Патенты и лицензии", 1997 г., № 15

16. Дозорцев В.А. Интеллектуальные права: понятие, система, задачи кодификации: Сборник статей. М., 2003.

17. Никифоров И. В. Правовая охрана программ для ЭВМ и баз данных [Электронный ресурс]. URL:<https://uristy.ucoz.ru/publ/3-1-0-99> (дата обращения: 02.11.21)

18. Пирогова В.В. Исчерпание исключительных прав и параллельный импорт. М.: Статут, 2008. 155 с.

19. Право интеллектуальной собственности. Т. 1. Общие положения: Учебник / Под общ. ред. д.ю.н., проф. Л.А. Новоселовой. – М.: Статут, 2017. – 512 с.

20. Право интеллектуальной собственности. Т. 2. Авторское право: Учебник / Под общ. ред. д.ю.н., проф. Л.А. Новоселовой. – М.: Статут, 2017. – 233 с.

21. Право интеллектуальной собственности. Т. 3. Средства индивидуализации: Учебник / Под общ. ред. д.ю.н., проф. Л.А. Новоселовой. – М.: Статут, 2017. – 276 с.

22. Право интеллектуальной собственности. Т. 4. Авторское право: Учебник / Под общ. ред. д.ю.н., проф. Л.А. Новоселовой. – М.: Статут, 2017. – 431 с.

23. Правовая защита интеллектуальной собственности: проблемы теории и практики: сборник материалов IV международного юридического форума (IP форума). — М. : Издательский центр Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), 2016. — 356 с.

24. Прищепова Е.Е. Гибкий подход к применению международного принципа исчерпания права на товарный знак // ИС. Промышленная собственность. 2020. N 9. С. 41 - 48.

25. Савельев А.И. Отдельные вопросы применения норм об исчерпании прав в отношении программ для ЭВМ // Вестник гражданского права. 2011. N 3. С. 102 - 128.

26. Сайдашев Р.З. Влияние принципа исчерпания исключительного права на товарный знак на состояние конкуренции на товарных рынках // Российское конкурентное право и экономика. 2021. N 2. С. 36 - 41.

27. Склярова Я., Шауфф Ф., Каширин М., Павлова Е., Радченко Т., Орлова В., Нестеренко А., Онищук А., Жигулин В., Юков А., Суббот А., Семенов А., Елаев А., Будылин С. Перспективы легализации параллельного импорта в России // Закон. 2014. N 7. С. 14 - 30.

28. Шершеневич Г.Ф. Избранное. Т. 3 включая Авторское право на литературные произведения / Вступ. слово, сост.: П.В. Крашенинников. — М.: Статут, 2017. — 480 с.

29. Ashok, Arathi, Exhaustion of IP: A Tool for Competition (August 26, 2016) [Электронный ресурс]. URL: <https://ssrn.com/abstract=3087012> (дата обращения: 02.11.21)

30. de Beer, Jeremy and Tomkowicz, Robert, Exhaustion of Intellectual Property Rights in Canada (April 2009). Canadian Intellectual Property Review, Vol. 25, No. 3, 2009 [Электронный ресурс]. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1636425 (дата обращения: 02.11.21)

31. Katz, Ariel, The Economic Rationale of Exhaustion: Distribution and Post-Sale Restraints (August 21, 2015). The Economic Rationale of Exhaustion: Distribution and Post-Sale Restraints, in Research Handbook on IP Exhaustion and Parallel Imports (Irene Calboli & Edward Lee, eds.) (Edward Elgar 2016) [Электронный ресурс]. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2649272 (дата обращения: 02.11.21)

32. Brassel, Alandis, Confused, Frustrated, and Exhausted: Solving the U.S. Digital First Sale Doctrine Problem Through the International Lens (January 19, 2015). Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol. 48, No. 245, 2015. P.261 [Электронный ресурс]. URL:

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2645327 (дата обращения: 02.11.21)

33.Samuel Perkins ‘Fixing’ the First Sale Doctrine: Adapting Copyright Law to the New Media Distribution Paradigm North Illinois University Law Review, Vol. 6, No. 1, Fall 2014 [Электронный ресурс].URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2616008 (дата обращения: 02.11.21)

34.Brassel, Alandis, Confused, Frustrated, and Exhausted: Solving the U.S. Digital First Sale Doctrine Problem Through the International Lens (January 19, 2015). Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol. 48, No. 245, 2015 [Электронный ресурс].URL: <https://ssrn.com/abstract=2645327> (дата обращения: 02.11.21)

35.Dr Poorna Mysoor Exhaustion, Non-Exhaustion and Implied Licence [2018] 49 International Review of Intellectual Property and Competition Law 656-684 [Электронный ресурс].URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3437774 (дата обращения: 02.11.21)

36.Andreas Wiebe, ‘The Principle of Exhaustion in European Copyright Law and the Distinction between Digital Goods and Digital Services’ [2009] Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil 115.

37.Herbert Zech, ‘Vom Buch zur Cloud – Die Verkehrsfähigkeit digitaler Güter’ [2013] ZGE / IPJ 394 [Электронный ресурс].URL: <https://edoc.unibas.ch/49570/1/s4.pdf> (дата обращения 08.03.22);

38.Ole-Andreas Rognstad, ‘Legally Flawed but Politically Sound? Digital Exhaustion of Copyright in Europe after UsedSoft’ [2014] Oslo Law Review 17 [Электронный ресурс].URL: https://www.researchgate.net/publication/287734665_Legally_Flawed_but_Politically_Sound_Digital_Exhaustion_of_Copyright_in_Europe_after_UsedSoft (дата обращения 08.03.22)

39.Péter Mezei Meet the Unavoidable – The Challenges of Digital Second-Hand Marketplaces to the Doctrine of Exhaustion In: Taina Pihlajarinne - Juha Vesala - Olli Honkkila (Ed.): Online Distribution of Content in the EU, Edward Elgar, Cheltenham, 2019: p. 62-78. [Электронный ресурс].URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3208026 (дата обращения: 02.11.21)

40.The Department of Commerce - Internet Policy Task Force, White Paper on Remixes, First Sale and Statutory Damages - Copyright Policy, Creativity, and Innovation in the Digital Economy, January 2016 p.p.51–66. [Электронный ресурс].URL:

<http://www.uspto.gov/sites/default/files/documents/copyrightwhitepaper.pdf>

(дата обращения: 07.03.22)

41. Wolfgang Kerber Exhaustion of Digital Goods: An Economic Perspective MAGKS, Joint Discussion Paper Series in Economics, No. 23-2016; Zeitschrift für Geistiges Eigentum / Intellectual Property Journal 2016, 149-169 [Электронный ресурс].URL:

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2777459

(дата

обращения: 07.03.22)