

Гхош Ш.<sup>1</sup>

# Имплементация доктрины исчерпания прав: выводы, основанные на национальном опыте

Рассматривается доктрина исчерпания прав в рамках права интеллектуальной собственности, являющаяся предметом международного права интеллектуальной собственности, а также важным элементом во взаимоотношениях развитых и развивающихся стран в условиях развития трансграничной торговли и глобального рынка. Подробно рассматриваются наиболее распространенные примеры исчерпания прав, в частности доктрина первой продажи.

**Ключевые слова:** интеллектуальная собственность, исчерпание прав, первая продажа, Соглашение ТРИПС.

## 1. Доктрина исчерпания прав в контексте права интеллектуальной собственности

Права на интеллектуальную собственность не являются безграничными. Длительность, объем применения, привилегии пользователей (право на свободное использование или право на ремонт) — примеры того, как право обладателя интеллектуальной собственности исключить ее использование другими лицами учитывает интересы лиц, не являющихся правообладателями. Доктрина исчерпания прав не бесспорна, вокруг нее ведутся постоянные дискуссии как в развитых странах, так и в развивающихся. Представляя собой предмет международного права интеллектуальной собственности, доктрина исчерпания прав выступает связующим звеном в отношениях развитых и развивающихся стран в сфере трансграничной торговли и глобального развития<sup>2</sup>.

---

1 Гхош Шубха — профессор Школы права Висконсинского университета, также сотрудник ряда университетов в США и Индии.

2 По общим вопросам доктрины исчерпания прав см.: Calboli I. *Trademark Exhaustion in the European Union: Community-Wide or International? The Saga Continues* // *Marquette Intellectual Property Law Review*. 2002. No. 6. P. 47–86; *Market Integration and (The Limits of) The First Sale Rule in North American and European Trademark*

В соответствии с настоящей доктриной права интеллектуальной собственности прекращаются с момента их использования правообладателем. Наиболее распространенный случай исчерпания прав — доктрина первой продажи (так она называется в США), которая гласит, что после того, как правообладатель осуществил первую продажу товара, содержащего принадлежащие ему права интеллектуальной собственности, он не имеет больше права запретить продажу этого конкретного товара<sup>1</sup>. Классическим примером доктрины исчерпания прав выступает перепродажа книги законным покупателем, который может перепродать книгу без нарушения права на распространение обладателя авторских прав. Другим классическим примером может служить перепродажа законным покупателем запатентованного автомобиля или товара, имеющего товарный знак. Доктрина первой продажи показывает, что право обладателя интеллектуальной собственности запретить распространение ограничено первой продажей конкретного товара, содержащего элементы интеллектуальной собственности.

Исчерпание не ограничивается продажами. Другим случаем исчерпания прав можно назвать право на ремонт запатентованного товара. Покупатель запатентованного автомобиля или потребительской электроники (допустим, стереомагнитофона) имеет право на ремонт товара. Однако, право покупателя на ремонт товара не включает право реконструирования запатентованной технологии. При этом зачастую сложно установить границы между разрешенным ремонтом и неразрешенной реконструкцией. Таким образом, право на ремонт демонстрирует, как исчерпывается право патентообладателя на запрет использования запатентованной технологии третьими лицами.

---

*Law // Santa Clara Law Review. 2011. Vol. 51. P. 1241–1282; Reviewing the (Shrinking) Principle of Trademark Exhaustion in the European Union (Ten Years Later) // Marquette Intellectual Property Law Review. 2002. Vol. 16(2). P. 258–280; Corporate Strategies, First Sale Rules, and Copyright Misuse: Waiting for Answers from Kirtsaeng v. Wiley and Omega v. Costco (II) // Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property. 2013. Vol. 11(4). P. 221–238; An American Tale: The Unclear Application of the First Sale Rule in United States Copyright Law (and Its Impact on International Trade) // Rosen J. (ed.) Intellectual Property at the Crossroads of Trade. 2013. P. 67–89. Для углубленного изучения доктрины см.: Heath C. Harmonizing Scope and Allocation of Patent Rights in Europe-Towards a New European Patent Law // Marquette Intellectual Property Law Review. 2002. No. 6. P. 11–46; Ghosh S. An Economic Analysis of the Common Control Exception to Gray Market Exclusion // University of Pennsylvania Journal of International Business Law. 1994. Vol. 15(3). P. 373–439; Pills, Patents, and Power: State Creation of Gray Markets as a Limit on Patent Rights // Florida Law Review. 2001. Vol. 53(2). P. 789–829; Carte Blanche, Quanta, and Competition Policy // Journal of Corporation Law. 2009. Vol. 34(4). P. 1209–1242.*

<sup>1</sup> *Kirtsaeng vs John Wiley & Sons, Inc., 568 U.S. (2013). Champion Spark Plug Co. vs Sanders, 331 U.S. 125 (1947); Quanta vs L.G. Electronics, 53 U.S. 617 (2008).*

Доктрина исчерпания прав дискуссионна отчасти потому, что признает ограничения прав обладателя интеллектуальной собственности. Обладателями прав интеллектуальной собственности в основном являются большие компании, имеющие политическое и экономическое влияние, в то время как пользователи товаров, содержащих права интеллектуальной собственности, рассредоточены, а их политическое и экономическое влияние обычно значительно слабее. Вследствие политического давления на законодательные и судебные органы происходит ограничение принципа исчерпания прав в виде установления требований к объему применения доктрины исчерпания прав через такие меры, как определение того, кто является законным покупателем и какие сделки составляют продажу; географического охвата применения доктрины исчерпания прав, ограничивающего ее применение к продажам, осуществленным полностью в границах какого-либо государства. Такое ограничение называют национальным исчерпанием прав, территориальным исчерпанием прав. Современные споры в отношении доктрины исчерпания прав ставят вопрос, является ли исчерпание прав по объему международным или национальным, а в случае торговых зон — региональным) по географическому охвату. Вопрос географической сферы применения стоит в центре того, как интеллектуальная собственность влияет на передвижение товаров через национальные границы и на коммерческую практику обладателя интеллектуальной собственности.

Усугубляет споры в отношении доктрины исчерпания прав отсутствие руководства со стороны международных соглашений, таких как ТРИПС. В соответствии со ст. 6 Соглашения ТРИПС: «Для целей урегулирования споров по настоящему Соглашению при условии соблюдения положений ст. 3 и 4, ничто в настоящем Соглашении не должно использоваться для решения вопроса об исчерпании прав интеллектуальной собственности». Это положение дает членам ВТО широкую свободу в применении доктрины исчерпания прав в соответствии со своим национальным правом, адаптируя доктрину в законодательных актах или четко формулируя в судебных решениях, постановлениях, правилах исполнительных органов. В соответствии с условиями, предусмотренными этим положением, единственными ограничениями того, как государство может применять доктрину исчерпания прав, являются принципы национального режима (дискриминация против нерезидентов) и режима наибольшего благоприятствования (одинаковый режим для резидентов государств — членов организации). Другие многосторонние соглашения в сфере интеллектуальной собственности также предоставляют широкие возможности для подписавших их сторон. Соответственно государства демонстрируют разнообразие в применении доктрины исчерпания прав.

Умалчивание в договорах о специфических обязательствах в отношении доктрины исчерпания прав вызывает трудности в определении общих принципов, на которых строится доктрина. С одной стороны, рассматриваемая доктрина, ограниченная в применении, или слабая, находится в соответствии с сильными правами обладателей интеллектуальной соб-

ственности исключить кого-либо из производства, использования или распространения защищенной работы. Такое веское право обладателя интеллектуальной собственности может быть оправдано экономическими интересами собственника собирать ренту от изготовления, использования или перепродажи прав интеллектуальной собственности, заключенных в конкретном товаре. С другой стороны, существование такого прочного права находится не в соответствии с рыночным принципом отчуждения и необходимостью защищать ожидания пользователей в возможности перепродать работу, приобретенную правомерным способом.

Слабая доктрина исчерпания прав позволяет обладателям интеллектуальной собственности эффективно налагать вещные обременения на работу, включающую интеллектуальную собственность, и тем самым ограничивать возможность сбыта товаров. Такие скрытые обременения являются особенно тяжкими в глобальном контексте, особенно в текущем режиме осуществления свободной торговли. На практике сильная доктрина исчерпания прав будет устанавливать ограничения, основанные на законодательстве об интеллектуальной собственности нескольких стран, по причине использования глобальных каналов распространения.

Если слабая доктрина исчерпания прав мешает ожиданиям пользователей в отношении режима сравнительно свободной конкуренции, то сильная доктрина исчерпания прав потенциально ослабляет режим интеллектуальной собственности и связанные с ним преимущества. Найти специфические параметры, очерчивающие доктрину исчерпания прав, — сложная задача. Такие параметры включают определение перечня прав, которые могут быть исчерпаны, действий владельца, которые ведут к исчерпанию прав, и географического охвата доктрины исчерпания прав. Поэтому не удивительно, что при применении доктрины исчерпания прав государства различаются именно по этим параметрам. Кроме того, четкие параметры доктрины исчерпания прав различаются в разных институтах авторского права, патентного права и товарных знаков, отображая специфику каждого из этих институтов. Ключевыми политическими вопросами, влияющими на определенные формулировки доктрины исчерпания прав, являются:

- соотношения международной торговли и прав интеллектуальной собственности;
- роль торговли и права интеллектуальной собственности в определении путей экономического развития в государстве.

Эти два вопроса определяют анализ доктрины исчерпания прав в настоящей статье в той мере, в которой они относятся к интеллектуальной собственности как политическому рычагу воздействия на торговлю и развитие. Ракурс анализа является глобальным с акцентом на международную торговлю, а также региональным с акцентом на развитие. В отношении сложной задачи развития предполагается, что государства находятся на разных этапах экономического развития и имеют различные понимания

того, как оно должно происходить. Всеохватывающая концепция использования интеллектуальной собственности для «продвижения прогресса», как гласит Конституция Соединенных Штатов, не имеет общего понимания. Нет предположения о том, что все государства сходятся во мнениях относительно уровня жизни или институционального баланса между рынком и государством. Тем не менее существует предположение, что качество жизни, измеряющееся показателями здоровья и благополучия, как и измерение дохода и продуктивности, влияют на оценку развития. Эти показатели являются важными отчасти потому, что международная торговля является сопутствующей средой, в которой происходит развитие. При этом в рамках существующего режима международной торговли договоры устанавливают ограничения на то, каким образом отдельное государство может действовать при имплементации законодательства в зависимости от поставленных национальных целей и манеры развития. Поэтому применение доктрины исчерпания прав как средства достижения цели развития будет различаться между государствами, а ее оценка — с учетом этих целей.

В настоящей статье доктрина исчерпания прав рассмотрена в три этапа. На первом представлены лежащие в ее основе главные принципы:

- 1) обмен товарами в условиях глобального рынка;
- 2) деловая практика дискриминации по ценам, применяемая обладателями интеллектуальной собственности;
- 3) стимулы для создания новых работ.

Второй этап представляет сравнительный анализ возможности применения доктрины исчерпания прав. Здесь описывается и сравнивается применение доктрины различными государствами и Европейским Союзом.

Третий этап заключается в оценке доктрины исчерпания прав как регулирующего инструмента политики развития. Часть этой оценки будет сфокусирована на роли доктрины исчерпания прав в глобальной международной торговле.

Завершает статью анализ региональных и глобальных эффектов различных форм доктрины исчерпания прав.

## **2. Общие принципы, лежащие в основе доктрины исчерпания прав интеллектуальной собственности, особенности в сфере авторского права, патентного права и товарных знаков**

Анализ мер регулирования в области доктрины исчерпания прав связан с мерами регулирования, лежащими в основе интеллектуальной собственности. Применение права интеллектуальной собственности подтверждается двумя главными комплексами обоснований. Первый из них базируется на положениях экономической теории о том, что права интеллектуальной

собственности создают право исключить других из вовлечения в экономическую эксплуатацию предмета этих прав таким образом, что обладатель этих прав может экономически эксплуатировать защищенный продукт (работу)<sup>1</sup>. Такие исключительные права необходимы для решения проблем внешних эффектов, связанных с работами, легко подделываемыми после их распространения. Обоснованность воздействия внешних эффектов подтверждается следующим: при отсутствии исключительных прав легко подделываемый продукт будет повсеместно копироваться, в результате чего уменьшается экономическая выгода от его коммерческого распространения. Невозможность получения выгоды прежде всего влечет уменьшение мотивации к созданию продукта. Экономическая обоснованность создает логически последовательное оправдание существования прав интеллектуальной собственности. Однако она не дает объяснения в отношении объема исключительных прав. С одной стороны, излишне широкие права могут сдерживать продолжение инноваций и создание новых продуктов (работ), а также вести к неоправданным расходам, налагаемым на пользователей защищенной работы. С другой стороны, слишком узко определенный набор прав может снизить стимул к созданию новых работ. Однако, что является слишком широким или слишком узким, сложно определить с помощью лишь одной экономической теории, а будет зависеть от контекста, в котором данные права используются.

Второй комплекс обоснований базируется на последствиях применения концепции прав интеллектуальной собственности для других смежных ценностей, часто оправданных неэкономическими причинами<sup>2</sup>. Например, существование права интеллектуальной собственности иногда оправдывают свободой выражения. Авторские права в случае выражения автора служат для обогащения рынка идеями путем защиты автора от малозатратного приобретения такого выражения другими лицами. Личная репутация также является ценностью, защищаемой правами интеллектуальной собственности в виде моральных прав автора быть защищенным от дублирования или присвоения путем незаконного создания производных работ. Естественное право на получение плодов от собственного труда тоже дает основу для прав интеллектуальной собственности. Например, патентное право защищает труд изобретателя, инвестирующего время и другие ресурсы в создание новых технологий. Кроме того, защита потребителей, выраженная в подлинности продуктов или услуг, как происходящих из подразуме-

---

1 Frischmann B.M. *Infrastructure: The Social Value of Shared Resources*. N.Y.: Oxford University Press, 2012.

2 Drahos P. *A Philosophy of Intellectual Property*. Dartmouth: Dartmouth Publishing Co., 1996; Hughes J. *The Philosophy of Intellectual Property* // *Georgetown Law Journal*. 1988. Vol. 77. P. 287–366.

ваемых источников производства или распространения, является основой для товарных знаков. Наконец, неэкономический интерес, выраженный в деловой репутации, иногда служит поддержкой защиты владельцев товарных знаков от неправомерного использования торговой марки.

Однако ни экономическая теория, ни теории, основанные на правах, не предоставляют полного набора обоснований для создания концепции прав интеллектуальной собственности или определения их объема. В политических дебатах и судебных решениях применяют эти теории как потенциальные обоснования для оценки прав интеллектуальной собственности в различных контекстах, в которых они возникают. В случае же исчерпания прав применяются оба набора обоснований. Исчерпание прав влияет на экономическую стоимость прав интеллектуальной собственности и имеет последствия для других прав, таких как права потребителей и пользователей. Существуют широкие возможности для формулирования доктрины исчерпания прав для того, чтобы лучше отражать эти наборы интересов и ценностей. Поэтому неудивительно, что различные государства и региональные правительства принимают различные формы исчерпания для достижения различных политических целей. Настоящее исследование представляет собой попытку анализа возможных последствий правовых решений для достижения различных политических результатов.

Некоторые читатели могут быть озабочены кажущейся неопределенностью такого политического анализа. Автор не предлагает считать, что все, что принимается, касается прав интеллектуальной собственности и доктрины исчерпания прав. Политические обоснования, обсуждаемые в настоящем разделе, характеризуют типы аргументов, выдвигаемые в поддержку различных форм доктрины исчерпания прав. Оценка эффективности доктрины, как она применяется отдельным государством, будет зависеть от целей заинтересованных групп в этом государстве. Такая оценка направляет нас в определении того, есть ли значимое соответствие между заявленными целями и конкретной формой доктрины исчерпания прав, принятой в данном государстве.

Политические аргументы, лежащие в основе доктрины исчерпания прав, подразделяются на две категории: аргументы, применяемые для всех институтов права интеллектуальной собственности, и аргументы, касающиеся отдельных институтов права интеллектуальной собственности. Для иллюстрации доктрина исчерпания прав представлена как возникающая в трех главных институтах. Однако дебаты в отношении исчерпания прав возникают и в более узких, специализированных, сферах интеллектуальной собственности, таких как право на трансляцию или цифровые права. По мере необходимости использование исчерпания прав в этих более специфических сферах будет показано в рамках анализа того, как отдельная страна применяет доктрину исчерпания прав, что является предметом разд. 3. Для более специализированных сфер аргументы, применяемые к праву ин-

теллектуальной собственности в целом, будут иметь особое значение в отличие от аргументов, относящихся к институтам авторского права, патентного права или товарных знаков.

## **2.1. Меры, общие для всех институтов права интеллектуальной собственности**

Для определения объема доктрины исчерпания прав обычно приводят три обосновывающих принципа: основанные на обмене товарами и услугами в условиях глобального рынка, базирующиеся на ценовой дискриминации и базирующиеся на стимуле создавать новые работы.

### **2.1.1. Обмен товарами и услугами в условиях глобального рынка**

Права интеллектуальной собственности предоставляют правовую базу для обмена товарами и услугами как в рамках границ одного государства, так и в трансграничной торговле. С точки зрения экономической политики эти права служат для сбора ренты от распространения товаров и услуг, содержащих права интеллектуальной собственности. Обмен на рынке также оказывает влияние на неэкономические права, такие как свобода выражения и благосостояние потребителей. Доктрина исчерпания прав включает в себе полный набор обоснований для интеллектуальной собственности.

Прежде чем перейти к условиям глобального рынка, рассмотрим применение доктрины в рамках идеализированного рынка одной страны. С точки зрения экономических прав доктрина устанавливает ограничения на то, как много обладателю прав интеллектуальной собственности разрешено получить от ее коммерциализации. В случае отсутствия исчерпания правообладатель будет иметь экономический интерес в любом возможном нарушении использования защищенной работы после правомерного приобретения пользователем. Например, если пользователь купил защищенную авторским правом книгу или защищенный патентом ноутбук, обладатель прав будет иметь право на любой доход от последующей продажи этой книги или этого ноутбука. Правообладатель сможет даже запретить их продажу, если будет выдано такое судебное предписание. В случае же, когда законный покупатель желает отремонтировать защищенный патентом двигатель автомобиля, правообладатель может ограничить права покупателя на ремонт, требуя, чтобы его осуществляло только авторизованное лицо. С экономической точки зрения доктрина исчерпания прав освобождает от контроля обладателя прав сопутствующие и вторичные рынки, возникающие из первичного рынка эксплуатации прав интеллектуальной собственности.

Данное обоснование, основанное на свободе рынка, может само по себе быть очень убедительным для принятия широкого подхода в применении исчерпания прав. В странах с общей системой права доктрина исчерпания прав имеет свои корни в свободной отчуждаемости товаров и насторожен-

ности судей в отношении ограничений, налагаемых на отчуждение<sup>1</sup>. В странах с континентальной системой права, особенно в тех, которые следуют немецкому праву, доктрина исчерпания прав имеет свои корни в подразумеваемой лицензии, которая разрешает покупателю, приобретшему титул на движимое имущество, заключать договоры в отношении необремененного имущества<sup>2</sup>. В соответствии с экономическими принципами, применяемыми и в странах с общей системой права, и в странах с континентальной системой права, правообладатель может по своему усмотрению устанавливать цену при первом распространении защищенной работы с учетом права приобретателя свободно отчуждать работу после приобретения. Кроме того, возможность перепродажи данной работы будет также снижать давление на цену. Поэтому рыночные силы регулируют сделки в отношении защищенной работы.

Однако динамика рыночных процессов гораздо сложнее, чем просто получение выгоды от конкуренции. Если бы не было исчерпания прав, правообладатель устанавливал бы цену на распространение защищенного продукта (работы) в соответствии с использованием его покупателем. Когда покупатель не желает повторно использовать продукт, цена будет меньше изначальной цены по сравнению с рынком, где исчерпание прав позволяет перепродажу. Сравнение рынка с исчерпанием прав и рынка без исчерпания прав не дает однозначного вывода: какой вариант выгодней потребителям? Можно подумать, что рынок с исчерпанием прав разрешает конкуренцию цен и поэтому ведет к выгоде потребителей. Но этот аргумент игнорирует возможность того, что изначальная цена защищенного продукта может быть выше, чем на рынке, где исчерпание прав не разрешено.

Для иллюстрации данного примера рассмотрим случай с учебниками. При существовании исчерпания прав покупатель может перепродать учебник после того, как перестает в нем нуждаться. В результате продавец, который, предположим, является обладателем прав, взимает цену, позволяющую владельцу прав компенсировать часть дохода покупателя от перепродажи. Покупатель же будет стремиться оплатить учебник по этой цене, поскольку ее часть может быть компенсирована за счет перепродажи. Но что, если продавец продал одноразовое использование книги в виде электронной копии, которая становится неактивной после определенного периода, когда покупатель больше не нуждается в книге? В этом случае изначальная цена

---

1 В качестве примера см.: *Adams vs Burke*, 84 U.S. 435 (1873)(обсуждающие исчерпание прав на патент в контексте недоверия к ограничениям, налагаемым на отчуждение).

2 *Stothers C. Parallel Trade in Europe: Intellectual Property, Competition and Regulatory Law* 41. Oxford, Hart Publishing. 2007.

может быть ниже и, в зависимости от нужд покупателя, такая цена может быть ниже, чем в мире с исчерпанием прав. Скорее, цена за использование, чем цена за книгу, может быть более выгодной для потребителей.

Пример за пределами права интеллектуальной собственности подтверждает эту мысль. Рассмотрим вопрос, когда кто-то хочет арендовать или купить дом. Покупка предполагает перепродажу, в то время как аренда — не предполагает. Конечно, аренда может включать другие расходы (например, расходы на содержание имущества, которые арендодатель перекладывает на арендатора). Если абстрагироваться от этого, то цена дома для продажи может быть значительно выше стоимости аренды данного дома на определенный срок. При сравнении действительных издержек на покупку с издержками на аренду будут также учитываться издержки по выходу из сделки, включающие расходы по перепродаже и расходы, связанные с ожиданием прекращения срока аренды (или связанные с возможным прекращением срока аренды) в случае аренды дома. Вопрос о том, получают ли большую выгоду потребители или владельцы прав от купли-продажи или аренды, решается в зависимости от нужд потребителей: хотят ли они получить долгосрочное обязательство, выраженное в купле-продаже, или краткосрочное обязательство, получаемое на условиях аренды.

Аналогичный анализ применим и в отношении экономических аргументов в контексте исчерпания прав. Решение вопроса о том, является ли возрастающая конкуренция в результате перепродажи экономически выгодной или нет, зависит от интересов потребителей. Хотят ли потребители долгосрочного обязательства в отношении защищенной работы (что может иметь место в случае с произведениями искусства или защищенной патентом производственной деталью) либо краткосрочного обязательства для использования работы (что может иметь место в случае с учебником или защищенным патентом электрическим автомобилем). Поскольку выгода от перепродажи зависит от потребностей разнородных потребителей, невозможно точно определить, какой режим является предпочтительным с экономической точки зрения: с исчерпанием прав или без него.

С разнородностью потребителей доктрина исчерпания прав справляется через ее подгонку под конкретный тип сделки. Продажи влекут применение исчерпания прав, в то время как лицензии или аренда — нет. С помощью этих механизмов стороны могут структурировать сделку, чтобы удовлетворить свои конкретные потребности, а владелец прав может устанавливать цену соответствующим образом. Трудность заключается в определении работающих критериев, позволяющих отличить продажу от аренды. Такие критерии могут быть сложными, учитывая комплексность реальных сделок, которые будут содержать многочисленные условия, связанные с распределением различных рисков при различных непредвиденных обстоятельствах. Тем не менее в принципе доктрина исчерпания прав может справиться с разнородностью потребителей через правила пороговых значений применения, в зависимости от сделки.

Аргументы за и против доктрины исчерпания прав становятся более сложными при анализе других факторов, не связанных с ценностью рыночной конкуренции. Потребители могут не знать свои долгосрочные потребности и выбирать неверный вид сделки, сожалея о покупке, когда им следовало бы арендовать, и наоборот. Более того, потребители могут захотеть подогнать работу под свои конкретные потребности, как в случае с программным обеспечением, и поэтому выбирают условия лицензии, разрешающие такое использование. Однако обладатели прав интеллектуальной собственности на это программное обеспечение могут не захотеть закрытия рынка или конкуренции, что может стать следствием предоставления таких прав пользователям программного обеспечения. Вследствие этого лицензионные условия и технологические меры могут еще больше ограничить права пользователей. Доктрина исчерпания прав должна учитывать интересы потребителей в таких случаях.

Уровень сложности еще возрастает при анализе глобальных рыночных отношений. Должна ли доктрина исчерпания прав распространять свое действие на пользователей из других государств? Как показал проведенный выше анализ, ответ не будет отличаться в контексте глобального рынка. На поверхности лежит всего лишь одно изменение, заключающееся в том, что список возможных пользователей и обладателей прав увеличится за счет представителей различных государств. Но каждая страна может захотеть предоставить своим правообладателям или потребителям преимущества за счет правообладателей и потребителей из других стран. В результате такая страна может ограничить применение доктрины исчерпания прав и применять ее только в отношении сделок, заключенных в своих национальных границах, что демонстрирует пример реализации национального исчерпания прав. В то же время выбор может быть сделан в пользу разрешения применения исчерпания прав вне зависимости от того, какая страна является местом сделки, что демонстрирует применение международного исчерпания прав.

Какие существуют политические аргументы в отношении исчерпания прав в контексте трансграничной торговли? Ответ на этот вопрос зависит от взгляда на международную торговлю. Экономическая теория, как правило, выступает в пользу свободной торговли по причине того, что трансграничный обмен между странами ведет к извлечению выгоды от торговли через специализацию, возникающую в каждой стране<sup>1</sup>. Но это идеализированное мнение легко разбивается. Оно базируется на конкретных презумпциях о сравнительном преимуществе и структуре рынка, не применимых в мире права интеллектуальной собственности.

---

1 Dixit A., Norman V. *Theory of International Trade*. Cambridge: Cambridge University Press, 1980.

Вспомните, что экономический аргумент для концепции интеллектуальной собственности опирается на решение проблем внешних эффектов, возникающих при создании новой работы. Каждое государство в торговых отношениях может независимо от других принимать свои законы об интеллектуальной собственности для решения проблем внешних эффектов в рамках границ своей страны. Но это разрешение проблемы на локальном уровне оставляет открытым вопрос внешних эффектов на трансграничном уровне. Если работа, включающая интеллектуальную собственность, пересекает границу в соответствии с соглашением о свободной торговле, что тогда делать с нарушениями в отношении такой интеллектуальной собственности, которые происходят в другой стране? Если обладатель интеллектуальной собственности должен иметь возможность не допускать торговлю защищенными работами, использование права интеллектуальной собственности для предотвращения торговли служит барьером для свободной торговли. Возможно, цели права интеллектуальной собственности и свободной торговли находятся в конфликте друг с другом.

Одним из решений данной дилеммы является переоценка логического обоснования принципа свободной торговли. Традиционные выгоды от торговли игнорируют внешние эффекты, возникающие трансгранично. Как должны эти трансграничные эффекты быть инкорпорированы? Один путь заключается в том, чтобы рассматривать их как выгоду или позитивные последствия и разрешить им иметь место. Такому взгляду часто возражают правообладатели, озабоченные присвоением экономической стоимости и знаний другими странами. Другой путь заключается в том, чтобы рассматривать выгоды, получаемые от торговли, не как выгоды от сравнительного преимущества, а как выгоды от расширения рынка благодаря трансграничной торговле. Права интеллектуальной собственности должны определяться эффектами деятельности на глобальном рынке. Так как государство с наибольшей долей вероятности будет применять политику, которая скорее будет давать преимущества ее гражданам, чем глобальной торговле, необходимо создать глобальные стандарты для прав интеллектуальной собственности. Но тут возникает проблема того, как подобные стандарты должны быть установлены.

Большинство международных соглашений в сфере интеллектуальной собственности умалчивают об исчерпании прав. Статья 6 Соглашения ТРИПС ясно указывает на это умалчивание, тем самым оставляя вопрос об исчерпании прав за государствами-членами. Анализ в настоящем разделе может объяснить, почему. Надлежащее применение доктрины исчерпания прав в глобальном контексте очень сложно достижимо. Поэтому составители соглашения ТРИПС просто обошли данный вопрос стороной, оставляя, как отмечалось, его решение за государствами. Но это почтительное отношение — не просто вопрос уклонения от ответственности. Напротив, учитывая огромное количество интересов и разнородность сделок и потребителей, подпадающих под действие доктрины исчерпания прав, государствам

предоставлена свобода в формировании доктрины для преследования своих конкретных политических целей. Иными словами, вопрос разрешения конфликта интересов оставлен за государствами и их органами, занимающимися выработкой политики, результатом чего, как мы увидим в разд. 3, является то, что национальное исчерпание прав стало нормой, хотя мы можем задаться вопросом, является ли оно верным.

### 2.1.2. Ценовая дискриминация

Как показано в предыдущем разделе, соображения, основанные на глобализации рынков, являются сложными и трудноприменимыми. В то время как аргументы о свободной трансграничной торговле часто возникают в спорах об исчерпании прав, в частности, в контексте Европейского Союза (ЕС) для целей, связанных с созданием общего рынка, экономические аргументы об исчерпании прав часто сводятся к аргументу о ценовой дискриминации, т.е. способности продавца взимать различную цену с разных потребителей за один и тот же товар или услугу.

Ценовая дискриминация является общей практикой в контексте как рынка, базирующегося на интеллектуальной собственности, так и вне его. Компании, торгующие программным обеспечением, взимают разную плату за один и тот же пакет программного обеспечения в зависимости от того, является ли покупатель предпринимателем или организацией, предоставляющей образовательные услуги. Страховые компании используют различные тарифные планы в зависимости от характера учреждения, которому предоставляются медицинские услуги. Государственные университеты взимают различную плату за обучение с резидентов и нерезидентов. Авиакомпании взимают различную плату за одни и те же места на один и тот же маршрут в зависимости от того, когда был куплен билет, и времени путешествия.

Экономическое обоснование ценовой дискриминации заключается в том, что единый уровень цен исключает присутствие некоторых потребителей за пределами рынка. Если продавец сможет взимать более высокую цену с тех, кто желает платить больше, и меньшую цену с тех, кто желает платить меньше, чем преобладающая единая цена, то рынок в целом от этого только выиграет. Хотя потребители, которые платят более высокую цену, несут убытки по сравнению с теми, кто платит более низкую единую цену, рынок привлекает больше потребителей, которые были бы вытеснены в случае применения завышенной цены, а продавцы получают больше прибыли. В реальности потребители, которые платят больше, могут получить выгоду от приобретения продукта более высокого качества, например, места в первом классе и другие преимущества в обслуживании, предлагаемые авиакомпаниями. Ценовая дискриминация часто сопровождается продуктовой дифференциацией, полезной для компенсации потребителям, которые платят цену выше стандартной.

В то время как существуют выгоды от ценовой дискриминации, такая практика осуществляется под тщательным правовым наблюдением, поскольку она может возникать только в случае, когда рынок не является совершенно конкурентным, т.е. когда продавцы обладают влиянием на рынок. В соответствии с антимонопольным законодательством многих стран существование субъекта рыночной власти вызывает озабоченность регуляторных государственных органов в связи с возможностью злоупотребления субъектами таким положением. Так, согласно антимонопольному Закону Соединенных Штатов Робинсона — Патмана ценовая дискриминация запрещена в пользу крупных розничных торговцев (ритейлеров), которые могут добиваться уступок от оптовых продавцов и тем самым разорять мелких ритейлеров.

Эта проблема, связанная с рыночной властью, также влияет на регулирование ценовой дискриминации в рамках законодательства об интеллектуальной собственности. Для того чтобы ценовая дискриминация работала как деловая практика, перепродажа товаров должна быть запрещена. В противном случае потребители, с которых взята меньшая цена, могут перепродать товар потребителям, с которых взимается большая цена, тем самым разрушая систему дифференцированного ценообразования. Поскольку доктрина исчерпания прав как раз разрешает такую перепродажу, она делает неэффективными бизнес-стратегии правообладателей интеллектуальной собственности, использующих ценовую дискриминацию. На этом базируется анализ исчерпания прав в контексте ценовой дискриминации.

Как будет показано в разд. 3, многие страны признают исчерпание прав на национальном уровне. Поэтому можно было бы предположить, что в рамках национального рынка продуктов, содержащих интеллектуальную собственность, ценовая дискриминация не возможна. Конечно же, это неверно. Даже при наличии системы исчерпания прав есть несколько путей, при которых возможно применение ценовой дискриминации правообладателями.

Что же позволяет использовать ценовую дискриминацию даже в случае существования системы исчерпания прав? Возможность ограничения перепродажи другими способами. Одним из способов продвижения на рынок продукта, содержащего интеллектуальные права, — продвижение его в качестве услуги. Например, фильмы на DVD являются товарами, которые могут быть перепроданы. Но фильмы, показываемые в кинотеатре, особенно в кинотеатре с большим экраном и со специализированной звуковой системой, представляют собой услугу. Фактически исполнение работ, защищенных правом интеллектуальной собственности, — услуга, которая не может быть перепродана. Другой способ заключается в финансовых механизмах, таких как страхование, которое позволяет обладателю патента на лекарственные средства применять различное ценообразование для медицинских страховок, финансируемых государством. Наконец, третьим способом может стать дифференциация защищенного товара таким образом, что разные потреби-

тели получают товар с небольшими различиями, что делает перепродажу более трудной. Наконец, меры технологической защиты или другие дополнения к товару, содержащему интеллектуальную собственность, могут затруднить перепродажу, особенно для таких продуктов, как программное обеспечение, фильмы или видеoprogramмы. Таким образом, в то время как исчерпание разрешает перепродажу, ценовая дискриминация может по-прежнему существовать через другие средства запрета перепродажи, даже когда действует сильная доктрина исчерпания прав.

Аргументы, основанные на ценовой дискриминации, имеют большое значение в сфере международной торговли. Предположим, что правообладатель интеллектуальной собственности продает одну и ту же защищенную работу в двух разных странах по двум разным ценам. Различие в ценообразовании является выражением различного спроса и рыночных условий в этих двух странах. Исчерпание прав может применяться в отношении перепродажи в рамках одной страны, но что делать при продаже между странами? Может ли потребитель с меньшей ценой в стране Б перепродать потребителю с более высокой ценой из страны А и тем самым разрушить глобальную схему ценовой дискриминации? Ответ кроется в том, признает ли страна А международное исчерпание прав интеллектуальной собственности. Иными словами, является ли факт распространения где-либо исчерпанием прав в стране А? Если да, то продукт, проданный в стране Б, может быть перепродан в страну А, что разрушит глобальную схему ценовой дискриминации.

Один аргумент против международного исчерпания прав базируется на выгодах от глобальной ценовой дискриминации. Жители страны Б получают выгоды от более низкой цены, а рынок расширяется из-за притока потребителей. Фактически потребители из страны А могут не почувствовать ухудшения положения от расширения продаж в страну Б обладателем интеллектуальной собственности, поскольку они платили бы более высокую цену даже в случае, если бы товары не продавались на территории страны Б. Таким образом, проблема ценовой дискриминации на глобальном рынке более серьезная, чем в рамках национального рынка. Поэтому, следуя аргументу этого типа, международное исчерпание прав является нежелательным, так как повышает цены для выгодоприобретателей в стране Б, которая в большинстве случаев будет развивающейся страной. В то же время, как отмечается ниже, параллельные импортеры, которые будут торговать между странами с более высокой и более низкой ценами, получают выгоды от системы международного исчерпания прав. Предположительно многие из этих параллельных импортеров будут из развивающихся стран.

Контраргумент начинается с вопроса о справедливости. Почему потребители из страны А должны платить более высокую цену? Хотя они могут быть богаче и могут себе это позволить, существует много потребителей в стране А, которые вытеснены с рынка данной ценой и которые могли бы получать выгоду от более низкой цены, установленной в стране Б. Не должны ли они

иметь возможность получать выгоды от исчерпания прав? Данный аргумент наиболее актуален в случае с лекарственными средствами, поскольку наличие явные выгоды для здоровья и благополучия населения. Несмотря на то что подобные выгоды могут быть получены лишь малым числом потребителей, которые могут себе позволить путешествие из страны А в страну Б, это может повлечь высокие издержки для общества. В конечном счете решение о том, должна ли быть разрешена трансграничная перепродажа, зависит от того, насколько единая цена будет отличаться от цены, взимаемой в стране Б или в стране А. Заранее определить это невозможно, что вносит неопределенность в отношении значимости международного исчерпания прав.

Как мы увидим в разд. 3, аргумент, основанный на ценовой дискриминации, является центральным в спорах о международном исчерпании прав. Преобладающие аргументы в поддержку международного исчерпания прав чаще склоняются к вопросам свободной торговли, нежели к несправедливости дифференцированного ценообразования, а поэтому сводятся к аргументам, связанным с глобализацией рынков. Международное исчерпание прав являлось предметом споров во всех странах, где его рассматривали, и недавнее принятие международного исчерпания прав через решение Верховного суда США, толкующего законодательство страны об авторском праве, не является исключением.

Но следует отметить, что международное исчерпание прав не устраняет раз и навсегда возможности ценовой дискриминации. Как было показано выше в контексте национального исчерпания прав, существуют другие пути ограничения перепродажи, не через требования о нарушении прав интеллектуальной собственности. Издержки на транспортировку через национальные границы могут также служить заградительным барьером даже несмотря на существование таких технологий, как Интернет. Региональные различия в технологических стандартах, которые, например, применяются к DVD, позволяют осуществлять продуктовую дифференциацию, снижающую возможность перепродажи. Более того, распространение путем трансляции или исполнения может превратить защищенный продукт в защищенную услугу, перепродажа которой невозможна. В отношении последнего вопроса недавно заключенный договор ВОИС по аудиовизуальным исполнениям (2012) и дискуссия в ВОИС в отношении договора о правах на трансляцию подчеркивают важность прав интеллектуальной собственности, лежащих в основе услуг, которые не могут быть перепроданы ни внутри национальных границ, ни за их пределы.

Последний аргумент за и против ценовой дискриминации — использование для защиты продукта цифровых технологий. Такие технологии являются примером продуктовой дифференциации, предотвращающей перепродажу. Недавнее решение Верховного суда США по делу *Kirtsaeng vs John Wiley & Sons*, разрешающее трансграничную перепродажу учебников, повышает вероятность того, что издатели попытаются быстрее перейти к производству электронных книг, частично используя это как ответ на переход к международ-

ному исчерпанию прав. Однако, учитывая ограниченное распространение устройств для чтения электронных книг в развивающихся странах, полный глобальный сдвиг в сторону электронных книг может оказаться для издателей неоправданным. Тем не менее будет интересно наблюдать, как международное исчерпание прав скажется на применении новых технологий для предоставления доступа к защищенному контенту.

В настоящее время на повестке дня стоит вопрос о применении доктрины исчерпания прав к оцифрованным работам, будь то книги, фильмы или музыка. Выдвинут аргумент, что принципы исчерпания прав должны ограничивать права на цифровой контент. В частности, покупатели цифровых работ заявили, что им должна быть разрешена их перепродажа в соответствии с доктриной исчерпания прав о том, что нарастает проблема по примеру исчерпания прав в авторском праве. Этот аргумент не имел успеха, но постоянные судебные споры свидетельствуют о том, что нарастает проблема применения доктрины исчерпания прав в новых сферах законодательства об интеллектуальной собственности.

### 2.1.3. Стимулы для создания

Часто выдвигаемый аргумент против сильной доктрины исчерпания прав — вызываемое ею разрушение стимулов к созданию и изобретению, что является краеугольным камнем всех мер, принимаемых в области интеллектуальной собственности. В недавнем решении апелляционной инстанции в США, где рассматривался вопрос об исчерпании прав на патент, суд постановил, что исчерпание для некоторых типов технологий «оставляет патент опустошенным»<sup>1</sup>. Подобный вывод базируется на экономическом обосновании прав интеллектуальной собственности. Если предоставление такого права означает продвижение в создании произведений и изобретений, то правообладатель должен иметь возможность присвоить так много рента с рынка, сколько можно получить законным способом. Данное обоснование также способствует разрешению ценовой дискриминации, поскольку она является бизнес-моделью, в целом обогащающей обладателей прав, с возможными сопутствующими выгодами для потребителей. Но эти выгоды являются только вишенкой на торте и не существенны для ключевой проблемы предоставления обладателям прав возможности заработать так много денег, насколько это возможно.

Конечно, существует и неэкономическая сторона этого аргумента. Владельцы прав могут иметь естественное требование правовой защиты своих работ. Кроме того, существуют признанные репутационные выгоды обла-

---

<sup>1</sup> *Monsanto Co. vs Bowman*, 657 F.3d 1341, 1347 (Fed. Cir.2011) (citing *Monsanto vs Scruggs*, 459 F. 3d 1328, 1336 (Fed. Cir. 2006)).

дателей прав, подвергаемые воздействию при перепродаже. Подобные аргументы имеют тенденцию усиливать экономически обоснованные аргументы и подчеркивают необходимость разрешения обладателям прав получать максимально возможные доходы от эксплуатации защищенной работы.

Повторим эти аргументы, даже если они, как и возражения по ним, известны читателю. Роль права интеллектуальной собственности в стимулировании создания произведений и изобретательстве общепризнанна, хотя может быть и сильно преувеличена. Некоторые произведения и изобретения появились бы в любом случае, и без защиты интеллектуальной собственности. Существование интеллектуальной собственности может поощрять формы создания произведений и изобретений, которые в противном случае не образовались бы, а также переправлять существующую творческую энергию в направления, где защита интеллектуальной собственности может принести плоды. Несмотря на критику аргументов в отношении стимулирования, явно переоцененных и бесперспективных, они были здесь рассмотрены, поскольку все-таки существуют и играют «видную» роль в дискуссиях.

Слово «видную» в последнем предложении должно быть отмечено особо, так как аргументы в отношении стимулирования игнорируют другие пути, которыми апеллирует законодательство об интеллектуальной собственности, что может мешать созданию произведений и изобретений. Стандартным примером этого выступают инновации, направленные на усовершенствование продукта. Примерами также являются случаи потенциально негативного воздействия слишком широких прав интеллектуальной собственности на исследования, свободу выражения и комментарии со стороны потребителей. В случае исчерпания прав существуют важные интересы пользователей, которые исчерпание прав может поддерживать. Перепродажа и повторное использование — это уже проанализированные примеры. Исчерпание прав может также служить поддержкой вторичных рынков, например рынки сервисных услуг и ремонтных работ. Надлежащее внимание этим интересам уделяется в степени, зависящей от способа реализации доктрины исчерпания в конкретных странах.

На протяжении всей настоящей статьи подчеркивается, что меры, лежащие в основе доктрины исчерпания прав, имеют специфическое воздействие на разные отрасли. Исследователи отраслевых эффектов доктрины рассматривали серый рынок, или рынок несанкционированного распространения неконтрафактной продукции в нескольких отраслях. Отрасль авиаперевозок, как и автомобильная отрасль, подвержена воздействию со стороны рынка неавторизованных запчастей, что порождает проблему безопасности потребителей и качества продукта. Фармацевтическая отрасль также подвержена влиянию серого рынка, особенно через перепродажи лекарственных средств из развитых стран в развивающиеся страны и между развитыми странами как ответное действие на различия в защите интеллектуальной собственности и других регулирующих законах. В этих отраслях

доктрина исчерпания прав выступает ограничением серого рынка, предоставляя обладателям интеллектуальной собственности право контролировать импорт или другие формы перепродажи в рамках локального рынка.

Доктрина исчерпания прав важна не только в крупной промышленности (аэроавиатика, автомобилестроение и фармацевтика), но и для отраслей, выпускающих потребительские товары, такие как сигареты, товары модной индустрии (включая ювелирные изделия и одежду), продукты питания, игрушки<sup>1</sup>. Возможно, эти отрасли не имеют такого огромного социального и экономического эффекта, как аэроавиатика, автомобилестроение и фармацевтика. Экономический эффект для отдельного потребителя ограничивается небольшим объемом покупки, в то время как несанкционированное распространение не может гарантировать безопасность многих продуктов, включая игрушки. Несмотря на это, в целом ценовые выгоды от серого рынка товаров будут поддерживать сильную доктрину исчерпания прав, применяемую к работам в этих отраслях.

Отраслевые исследования показывают, насколько контекстуальной является доктрина исчерпания прав<sup>2</sup>. Кроме того, эти исследования показывают дополнительные эффекты доктрины исчерпания прав и вызванных ее применением перепродаж на такие свойства, как безопасность товара и его качество. Отраслевые исследования, направляемые общими выводами о применении мер ценовой дискриминации и экономическими мотивациями, полезны для понимания полной картины, в которой действует доктрина исчерпания прав, и видов воздействий, которые перепродажа оказывает на конкретные рынки и работы.

Доктрина исчерпания прав имеет большое значение и на макроуровне, в частности, может влиять на экономическое развитие. Для выявления масштаба влияния необходимо установить связь между авторским правом и созданием новых работ, а также между этими работами и экономическим развитием, с использованием, например, таких показателей, как экономический рост, занятость и благополучие потребителей. При этом следует отметить, что разные виды новых работ по-разному влияют на макроэкономику. Например, новая работа в сфере моды или художественная работа будут оказывать незначительное влияние на занятость или развитие новых отраслей, а вот новое офисное программное обеспечение может дать огромный эффект, поскольку может найти широкое применение в различных отраслях. Другой эффект будет давать игровое программное обеспечение.

---

1 Sugden D.R. *Gray Markets: Prevention, Detection, and Litigation*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

2 *Ibid.*

Цепочки и связи между работами, отраслями и экономикой могут быть трудно определимы и трудно предсказуемы. Например, хотя сами по себе работы по созданию фильмов, телевизионных программ или видеоигр непосредственно не связаны с производством, они могут стимулировать экономическое развитие и давать эффекты в сфере туризма и индустрии развлечений, воздействующих на макроэкономику.

Таким образом, для анализа макроэффектов от применения доктрины исчерпания прав необходимо понимать взаимосвязи между продуктами творческой деятельности и развитием промышленности. Оценка этих эффектов также требует определения корректных показателей для измерения прогресса и развития. Рост, выраженный экономическими показателями, такими, например, как доход, не покажет качественные воздействия на человеческие возможности и уровень жизни. Измерение, например, воздействия доктрины исчерпания прав на фармацевтическую отрасль включает воздействие как на доход фармацевтических фирм, так и на доступ потребителей к медицинскому обслуживанию. Эти факторы требуют не только распределения плюсов и минусов между различными заинтересованными группами, но и нахождения постоянного компромисса между синхронным доступом к товарам и их использованием и динамичными стимулами на осуществление инноваций. Подобный анализ может не подходить для конкретного правового спора, но является ключевым при формировании законодательства и других нормативно-правовых актов, определяющих применение доктрины исчерпания прав.

В основе дискуссии в рамках этого подраздела лежит соотношение между частными стимулами и такими публичными институтами, как рынок. Фундаментальный вопрос регулирования интеллектуальной собственности заключается в том, является ли конкурентный рынок или рынок с некоторой долей концентрации более благоприятным для инновации и роста. Существуют аргументы в подтверждение обеих позиций, но современное понимание состоит в том, что конкуренция более благоприятна для инноваций, нежели концентрация на рынке, в то время как последняя — важный фактор для реализации масштабных проектов и финансирования исследований и развития в некоторых ситуациях.

Доктрина исчерпания прав связана с этими спорами в той мере, в которой сильная доктрина исчерпания прав благоприятствует конкуренции. Стимулируя появление новых каналов распространения, доктрина предоставляет конкурентный источник товаров, который позволяет новым фирмам появиться в индустрии и может ограничивать концентрацию существующих фирм (и любой возможный ущерб от такой концентрации). В этом смысле доктрина продвигает серые рынки, которые могут способствовать конкуренции.

Существует две проблемы с позиции конкуренции. Во-первых, разрешение существования серых рыночных механизмов распространения может разру-

шить существующие механизмы конкуренции. Развитие розничных и сложных каналов распространения может быть стимулом к росту. Разрешение же серых рынков может свести на нет стимулы к созданию авторизованных каналов распространения и, как следствие, негативно воздействовать на развитие розничной торговли в виде понижения мотивации инвестировать в бренды, которая содействует конкуренции между брендами. Однако в случае, если основное беспокойство касается только и (в большей степени), ценовой конкуренции, доктрина исчерпания прав и серые рынки могут выступать чистым благом для общества, поскольку ведут к снижению цен.

Во-вторых, на практике конкуренция представляет собой сочетание методов ценовой и неценовой конкуренции, каждый из которых имеет различную динамику и воздействие на инновации. Ценовая конкуренция предполагает извлечение прибыли компаниями, которая может быть использована для исследования, развития и инноваций. Характерными чертами неценовой конкуренции являются различия в качестве и разнообразии, что может содействовать инновациям через представление новых товаров и услуг. Такие инновации осуществляются через надбавки к цене и, возможно, через уменьшение ценовой конкуренции.

Аргументы, связанные со стимулированием, должны рассматриваться в более широком контексте влияния права интеллектуальной собственности на рынки и другие институты. Споры вокруг доктрины исчерпания прав подчеркивают необходимость рассмотрения аргументов, связанных со стимулированием, таким образом, чтобы можно было сделать вывод: становятся ли права интеллектуальной собственности «опустошенными».

## **2.2. Специфика различных институтов права интеллектуальной собственности**

В то время как существуют общие обоснования доктрины исчерпания прав в праве интеллектуальной собственности, отдельные институты права интеллектуальной собственности имеют свою специфику. Как будет показано в разд. 3, доктрина исчерпания прав отличается не только в разных регионах, но и в разных институтах права интеллектуальной собственности. В нем будут рассмотрены особенности применения доктрины в различных странах и в каждом из институтов права интеллектуальной собственности этих стран, а при необходимости — и других специфических институтов, например цифровых прав.

### **2.2.1. Авторское право**

Как институту права интеллектуальной собственности, имеющему дело с коммуникативными и эстетическими работами, авторскому праву присущи свои особенности в применении доктрины исчерпания прав. Причина этих особенностей кроется в наличии большого количества различных про-

изведений, охраняемых авторским правом: от сильно персонализированных и художественных до приравненных к ним информации и данным. Кроме того, особое регулирование прав на цифровые произведения путем применения различных систем (как технологических, так и юридических) управления ими порождает вопросы о технических барьерах перепродажи и повторного использования, а также о технологических формах доставки, которые позволяют обойти традиционные каналы международной торговли.

Моральный аспект авторского права создает проблемы для применения доктрины исчерпания прав. Неимущественные права позволяют автору произведения запретить его использование в случаях, когда оно негативно отражается на репутации автора: например искажение, обнаружение (или публикация), а также ложное присвоение. Более того, автор имеет право на долю выручки от перепродаж произведения в соответствии с принципом *droit de suite* (авторского вознаграждения). Предоставление автору юридического права контроля повторного использования и перепродажи произведения, защищенного авторским правом, противоречит доктрине исчерпания прав в той степени, в которой неимущественные права пересекаются с имущественными. Конечно же, это право дополняет право на распространение, предусмотренное авторским правом. Кроме того, право на предотвращение искажения произведения в некоторых случаях вступает в противоречие с правом на создание производных произведений. Если повторные продажи и повторное использование путем адаптации разрешены авторским правом, то защита неимущественных прав нивелирует защиту пользователей, предоставленную им доктриной исчерпания прав. В то же время влияние неимущественных прав на доктрину исчерпания может быть ограничено. Например, *droit de suite* необязательно предполагает возможность судебных запретов перепродажи, но предполагает выплату компенсаций авторам произведений. Такая защита авторов не будет противоречить доктрине исчерпания прав в такой же мере, как запрет перепродажи. Однако право на защиту от искажения или разглашения может серьезно ограничить права пользователей, предусмотренные доктриной. Неимущественные права авторов могут сделать невозможным изменение пользователями приобретенных произведений или даже показ таких произведений без нарушения прав авторов.

Два фактора ограничивают негативное влияние неимущественных прав на доктрину исчерпания. Во-первых, неимущественные права обычно применяются к художественным и литературным произведениям. Авторам программного обеспечения, баз данных и других работ, основанных на информации, не предоставляется защита неимущественных прав. Во-вторых, исследование региональных отличий доктрины, как будет видно из разд. 3 настоящей статьи, показало, что лишь незначительное количество юрисдикций признает применение доктрины исчерпания авторских прав не только к праву на распространение. Таким образом, *droit de suite* и обнаружение могут ограничить исчерпание применительно к праву на распространение художественных и литературных произведений, тогда как право на защиту от искажения или лож-

ного присвоения мало затронет, если вообще затронет, права на копирование, адаптацию или исполнение, предусмотренные авторским правом.

Большая угроза доктрине исчерпания прав наблюдается в сфере цифровых работ. Технологические механизмы ограничивают продажи путем запрета на передачу электронных копий произведений без необходимости передачи материальных носителей. Хотя это не является препятствием для электронных произведений, расположенных на материальных носителях, такие технологические ограничения могут быть непреодолимыми для медиабibliothек, использующих «облачные» технологии. Вторичный рынок сможет возникнуть только путем полной передачи доступа к аккаунтам или системам, защищающим подобные произведения. Более того, шифрование может ограничить и возможности передачи, поскольку доступ к содержимому будет технологически связан со знанием паролей или совместимостью программного обеспечения, содержащего контент, с программным обеспечением пользователя. Как будет показано в разд. 3, недавние судебные споры позволяют оценить степень влияния доктрины исчерпания прав на мир электронной коммерции и ее жизнеспособность в балансировании интересов правообладателей и пользователей.

В то же время цифровые технологии позволяют передавать контент, минуя территориальные границы и преодолевая административный контроль, обусловленный существованием границ. В Интернете, конечно же, существуют свои внутренние и внешние границы. Серверы привязаны к территории, транзакции в Интернете связаны с физическими транзакциями, например, с почтовой доставкой. Тем не менее доставка контента между пользователями может происходить без необходимости взаимодействия с национальным законодательством. Преодоление национальных границ важно для стран, применяющих доктрину национального исчерпания прав, ограничивая исчерпание до операций в рамках национальных границ. Поскольку операции с участием граждан разных государств достаточно сложно регулировать в Интернете, эффективным решением может быть применение международного принципа исчерпания прав для цифрового контента, который может свободно перемещаться, минуя национальные границы.

### **2.2.2. Патентное право**

По сравнению с двумя другими обсуждаемыми институтами права интеллектуальной собственности патенты действуют как сильное право собственности, позволяющее их обладателям запрещать третьим лицам производить, использовать, продавать или предлагать к продаже защищенное патентом изобретение. В соответствии с принципами собственности в общем праве ограничения на отчуждение, такие как послепродажные обязательства, считаются подозрительными. Следовательно, можно предположить применение сильной доктрины исчерпания прав в патентном праве, по крайней мере, по сравнению с другими институтами права интеллектуальной собственности. Даже в романо-германских правовых системах,

которые в отличие от англосаксонских могут не поддерживать подобные строгие критерии отчуждения собственности, применяется концепция подразумеваемых лицензий, содействующая исчерпанию прав на патент.

Однако ожидание применения сильной доктрины исчерпания в патентном праве не соответствует действительности. Только небольшая часть правовых систем признает международную доктрину исчерпания прав для патентов. Например, в Египте и некоторых других восточноафриканских странах с недавних пор применяется доктрина международного исчерпания прав. Более того, существует множество различий в применении доктрины национального исчерпания прав, ведь во многих правовых системах допускаются договорные режимы ограничения доктрины исчерпания прав внутри государственных границ. В случае возможности отчуждения патентных прав выгода обеспечивается не путем применения доктрины исчерпания, а путем защиты права обладателя патента на коммерческую эксплуатацию запатентованного изобретения.

Более слабая, чем ожидалось, доктрина исчерпания в патентном праве может отражать склонность к защите экономических прав изобретателей и патентообладателей. Концепция общего права о подозрении в ограничении отчуждения возникла в контексте сделок, связанных с землей и движимым имуществом, двумя активами, имеющими неограниченный срок эксплуатации. Возможность запрета на отчуждение у обладателей патентов прекращается вместе с окончанием срока патентной защиты. Таким образом, в отличие от собственника земли или недвижимого имущества обладатель патента имеет в распоряжении ограниченный промежуток времени, в течение которого он может извлекать выгоду, пользуясь предоставленными юридическими правами. Ограниченность срока действия патента во времени — причина применения более слабой доктрины исчерпания для поддержания повторного использования и перепродажи.

Более того, патентные права по своей сущности имеют административный характер, выраженный в предоставлении гарантий путем регистрации изобретения в государственном патентном органе. Вместе с тем существуют механизмы транснациональной подачи заявок на регистрацию патентов, например в Европе. Поэтому патентные права более зависимы от регулирования в каждом отдельно взятом государстве. Патентное право может быть очень своеобразным в разных государствах, несмотря на все попытки гармонизации. Следовательно, международное исчерпание прав может входить в конфликт с существующими правами, предоставленными конкретным государством. Кроме того, санкционирование сделок за пределами государственных границ может ограничить права, предоставленные патентообладателям внутри государственных границ, и войти в конфликт с принципом национального суверенитета. Таким образом, неудивительно, что национальное исчерпание прав является стандартом в патентном праве, несмотря на то что мы увидим различные способы реализации в разных регионах.

### 2.3.2. Товарные знаки

Права владельцев товарных знаков всегда связаны с возможным негативным эффектом от их несанкционированного использования у потребителей. В отличие от патентного и авторского права с их установленной четкой ответственностью за несанкционированное использование, производство или продажу защищенных работ, нарушения прав на товарный знак возникают при конкретных случаях его использования, когда существует возможность ввести потребителя в заблуждение. При этом следует отметить, что даже при таких претензиях о вреде репутации, как распространение порочащих сведений, целью является не усиление защиты права собственности владельца товарного знака, а защита целостности системы товарных знаков как инструмента для руководства потребителей на рынке в их возможности различать продукты и услуги разных компаний. Проблема введения потребителя в заблуждение связана с риском приобретения плохого продукта, а проблема причинения вреда репутации — с поддержанием системы сигналов, подаваемых владельцами товарных знаков потребителям для защиты инвестиций компании в построение бренда.

Следовательно, доктрина исчерпания прав тесно связана с целями создания системы для общения с потребителями и их уверенностью в источнике происхождения продукта. Перепродажа подержанных товаров, возможно, не вызовет замешательство у потребителя, но он должен отдавать себе отчет, что покупает товар не у владельца товарного знака. Следовательно, перепродажа товаров, защищенных товарными знаками, находится под защитой доктрины исчерпания прав. Главное исключение из этого общего правила возникает тогда, когда в подержанные товары были внесены изменения, повлиявшие на его потребительские свойства. Опять же, здесь вопрос стоит о возможности введения в заблуждение, только уже в контексте перепродажи.

Выбор между национальным и международным исчерпанием прав также основывается на возможности введения потребителя в заблуждение. На глобально интегрированных рынках, где товары свободно перемещаются между границами и используется международная реклама, товарные знаки могут иметь международное значение. Потребители осознают, что компании действуют в мировом масштабе, а не являются только местными в своих системах распространения. Что это значит для выбора между национальным и международным исчерпанием прав, остается неоднозначным вопросом. Существование глобальных систем распространения затрудняет для потребителей процесс различия конкретных источников продуктов и услуг.

Таким образом, существует определенный смысл в предоставлении владельцам товарных знаков возможности предотвращать импорт товаров, защищенных товарным знаком, для перепродажи на местном рынке. В то же время такие таможенные ограничения противоречат свободному передвижению товаров и развитию динамичного рынка перепродажи фирменных товаров.

Дополнительную сложность вносит тот факт, что владельцы товарных знаков могут зарабатывать на каналах распространения с целью поддержания определенного статуса своего товарного знака. Соответственно государствам необходимо учитывать интересы разных сторон, хотя некоторые формы международного исчерпания прав являются нормой и компромиссом между интересами владельцев и принципом свободной торговли.

Позиция законодателей в отношении исчерпания прав на товарные знаки не может игнорировать определенные виды товаров и услуг, всегда связанных с товарными знаками. Когда владельцы товарных знаков стремятся ограничить распространение статусных товаров, с этим можно согласиться, потому что потери общества от ограничения доступа к таким товарам минимальны. Правда, следует учитывать, что защита «статусных» товаров может быть использована для поддержания несправедливой классовой или социальной иерархии. Однако использование товарных знаков для ограничения доступа к жизненно важным товарам, таким как лекарственные препараты, продукты питания или образовательные материалы, требует другого подхода, принимающего во внимание не только ценность конкретного бренда, но и значимость продукта или услуги. Законодатели не должны ставить цель поддержания действенной системы товарных знаков выше потребности в распространении и доступа жизненно важных продуктов и услуг, особенно тех, что не пользуются особым статусом в силу существующего товарного знака.

Многие проблемы, поднятые в подразделе авторского права и касающиеся применения исчерпания прав в контексте операций в сети Интернет, в равной степени относятся к товарным знакам. Несмотря на применение цифровых кодов и шифрования для брендинга и идентификации продуктов, использование цифровых товарных знаков вызывает те же вопросы, что и использование традиционных товарных знаков. В этом смысле цифровые товарные знаки отличаются от цифровых объектов авторского права, где технологические средства предотвращения использования дополняют юридические права. Однако, как и в случае с объектами авторского права, Интернет служит механизмом для распространения товаров, преодолевающим границы. Несмотря на то что операции в сети Интернет служат для инициирования физической отгрузки товаров, которая *argiori* предполагает необходимость пересечения реальных границ и которую можно контролировать, отдельные интернет-сделки, включая частные, достаточно сложно контролировать, особенно когда в них не применяются такие общедоступные системы торговли, как eBay. Существование подобных сделок в Интернете может означать применение по умолчанию международного исчерпания прав, поскольку маркированные товары могут легко быть проданы независимо от места происхождения с использованием дешевых онлайн-каналов распространения.

*(Продолжение следует)*

Ghosh S.<sup>1</sup>

## *The Implementation of Exhaustion Policies: Lessons from National Experiences*

The implementation of exhaustion policies within the international intellectual property rights law is analyzed with special reference to relations between developed and developing countries in the world of transnational operations and global business. Some most important examples of implementation of exhaustion policies are analyzed and “first sale” in particular.

**Key words:** *intellectual property rights, exhaustion policies, “first sale”, TRIPs.*

---

1 Ghosh Shubha — Vilas Research Fellow and Professor of law at the University of Wisconsin Law School, researcher and visiting professor in several universities in the United States and India.