**ЮРИДИЧЕСКАЯ БЕЗОПАСНОСТЬ РЕКЛАМОДАТЕЛЯ**

СОДЕРЖАНИЕ:

ВВЕДЕНИЕ

ПРОБЛЕМЫ РЕКЛАМНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

«Узкие места»

Обзор споров в рекламе

ТОВАРНЫЕ ЗНАКИ В РЕКЛАМЕ

Понятие товарного знака

Регистрация товарных знаков

Использование знаков дилерами

Оценка товарных знаков

БРЕНДЫ И ЛЖЕ-БРЕНДЫ

Подделки под успешные бренды

Классификация подделок

Инструменты правовой защиты

НЕДОБРОСОВЕСТНАЯ КОНКУРЕНЦИЯ

Получение преимущества

Убытки

Формы недобросовестной конкуренции

Сложности организационного порядка

АВТОРСКОЕ ПРАВО

Основы авторского права в российском законодательстве

Механизм передачи прав

СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННЫХ ИСТОЧНИКОВ

## ВВЕДЕНИЕ

Что подразумевается под термином юридическая безопасность рекламодателя. Что, казалось бы, можетугрожать рекламодателю как заказчику, который платит деньги «за музыку», которую заказывает? Многие, рассуждая подобным образом, чувствуют себянастолько спокойными, уверенными и защищенными, что считают разговоры о какой-то безопасности не особо актуальными. Однако опыт судебной практики показываетобратное.

Дело в том, что рекламодатель зачастую просто неподготовлен, в юридическом смысле, к встрече стеми возможными препятствиями, которые поджидают его на пути продвижения товаров или услуг. А таковых очень много. В данной работе идет речь обольшинстве из них, рассмотрены некоторые примеры и даны ответы на основные вопросы, возникающие у рекламодателя.

Информационной базой реферата является нормативная и законодательная база в области рекламы, а такжепубликации о судебных делах.

Первая часть реферате посвящена краткому обзору тех юридических проблем, которые могут возникнутьпрактически у любого рекламодателя в ходе его деятельности.

Далее рассмотрены вопросы использования брендов и товарных знаков. В четвертой главе поясняютсявопросы недобросовестной конкуренции, а в заключении рассматриваются проблемы использования и защиты авторских прав.

Все перечисленные выше моменты тем или иным образом связаны с понятием «реклама», а, следовательно,имеют прямое отношение и к рекламодателю.

## ПРОБЛЕМЫ РЕКЛАМНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

Несмотря на то, что закон о рекламе действует с 1995 года, все это время находятся люди, его нарушающие.Более того, они совершают весьма распространенные и типовые ошибки.

Проводя в течение ряда лет юридические экспертизы рекламных проектов, заметили, что нарушениядействующего закона “О рекламе” как магнит притягивают рекламистов. В оправдание обычно приходится слышать историю о заказчике, который несмотря нато, что “все понимает”, все-таки настаивает именно на данном варианте... Рекламисты транслируют желание заказчика, добавляя при этом, что хотелось бысделать все намеченное, но при этом не иметь лишних проблем с законом. Однако, как это ни странно звучит, зачастую это возможно.

Дело в том, что во многих законах, а уж в таком “сыром”, как рекламный, существует так называемая“слепая зона”. То есть пограничная область между нарушением закона и правомерным поведением. Как правило, при попадании в эту область некоторымкажется, что это незаконно, но с юридической точки зрения придраться нельзя, поскольку все требования закона формально соблюдены или, скажем точнее, ненарушены запреты. Понятно, что этому способствуют размытые формулировки закона. Поэтому ниже объясняются основные аспекты рекламной деятельности.

### «Узкиеместа»

Контролирующие органы

Одной из причин, по которой российский рекламодательпериодически встречает те или иные трудности, является то, что отечественное правовое поле в данном плане еще очень молодое: в 1992 году вышел Закон РФ “Отоварных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров”, в 1993-м — Закон РФ “Об авторском праве и смежных правах”, в 1995-м —Федеральный Закон “О рекламе”. Практики по ним наработано еще очень мало. Более того, определенное несовершенство законов позволяет судам и контролирующиморганам трактовать их весьма вольно.

Именно по этой причине контролирующие органы — это первая неприятность, с которой обычно сталкиваетсярекламодатель. Антимонопольный комитет, который следит за соблюдением закона о рекламе, уже неоднократно наказывал рекламодателей за ненадлежащую(недостоверную, неэтичную и т.д.) рекламу. Хотя многие думают, что антимонопольный комитет — это не судебный орган и что его решение не такстрашно, что карательные меры комитета — это, в основном, предупреждения и очень мягкие наказания, на практике все выглядит гораздо хуже.

Почему? Да потому что, например, по решению этого органа снимаются рекламные щиты, которые стоятнемалых денег, прекращаются рекламные кампании, которые рекламодатель вынашивает долгое время и несет в результате этих мер существенные убытки. Вобщем, антимонопольный комитет — это довольно серьезная опасность для рекламодателя, и неприятностей от данного контролирующего органа исходит оченьи очень много.

#### Рекламноезаконодательство

Закон о рекламе. В силу того, что он, во-первых, несовершенен, во-вторых, еще слишком новый и,в-третьих, к нему имеется очень мало разъяснений, понятных рекламодателю, то у последнего возникает достаточно много проблем из-за его нарушения. Возьмем,например, вопрос использования классических произведений культуры или архитектуры в своих рекламных замыслах. Чего только не делают: кому джинсы наденут,кому газету в руки вложат... Также много нарушенийсвязано с использованием детских образов в рекламе товаров, непосредственными потребителями которых самидети не являются.

В общем, речь идет о том, что рекламодатель должен знать все это и выстраивать свои рекламные компаниив четком соответствии с законом.

#### Авторское право

Эта тема также является достаточно молодой для отечественного рекламного бизнеса. Вроде бы всепонимают, что любая реклама состоит из объектов авторского права, но работать с этими объектами, получать права на эти объекты, правильно их использовать,грамотно работать с рекламными агентствами, с конкретными авторами и дизайнерами наши рекламодатели, как показывает опыт, еще не умеют. И нарушение авторскихправ — это также одна из опасностей, которая их подстерегает.

Простой пример. Вы размещаете заказ в рекламном агентстве, оно привлекает дизайнера, который всоответствии с вашими требованиями разрабатывает прект. Работа выполнена. Деньги дизайнеру выплачиваются “черным налом”. Все довольны. Но через некотороевремя очень похожая реклама появляется у конкурента. Выясняется, что вопрос передачи авторских прав на произведения дизайнера не обсуждался (и за это небыло уплачено). В этом случае действует 30 статья ЗоАПа, в соответствии с которой “права, прямо не переданные по авторскому договору, считаются непереданными”. Иными словами, юридически дизайнер был прав.

#### Брэндинг

Еще О’Гилви говорил, что любая реклама — это вложение прежде всего в торговую марку или товарныйзнак. Поэтому любому рекламодателю логично рассчитывать, что его деньги будут капитализироваться в его товарном знаке, ведь именно от силы товарного знаказависит успешность продвижения товара. Однако здесь рекламодатель зачастую также проявляет чудеса непонимания вопроса. Например, в качестве своих брэндовиспользуют неохраноспособные обозначения, то есть обозначения, которые не могут быть зарегистрированы в качестве товарных знаков.

Что отсюда следует? То, что их капитализация весьма и весьма условна. Возьмем, например, масло“Псковское”, “Новгородское” и тому подобные названия. Эти названия продукта изначально являются неохраноспособными, и сколько бы денег в них ни вкладывали,каким бы известным ни был этот продукт, защитить его в юридическом смысле невозможно, потому что это обозначение по закону не может быть зарегистрированов качестве товарного знака.

Так почему же рекламодатели придумывают и “раскручивают” брэнды, которые не являются охраняемыми,с точки зрения товарного знака? Просто-напросто это очередная ошибка людей, которые занимаются продвижением марок и которым следовало бы знать, что вбрэндинге есть еще и юридический аспект и что все это достаточно серьезно. Опять же имеет место судебная практика, связанная с подделкой товарных знаков.И если бы они были охраняемыми, тогда бы у рекламодателя появился надлежащий инструмент для наказания всех нарушителей. До тех пор, пока у нас рекламодательимеет неохраноспособные обозначения, или пока он имеет охраноспособные, но незарегистрированные товарные знаки, либо пока он не знает, что товарные знакинадо регистрировать, он будет наступать на одни и те же грабли.

Теперь немного о регистрации знаков. В лучшем случае товарный знак регистрируется в течение 6 месяцев,и это опять-таки не выдумка наших чиновников, а мировая практика. Более того, во многих странах запрещена ускоренная регистрация, которая существует у нас встране. Там для этого требуется год, не меньше.

#### Понятие рекламы

Уже само определение рекламы является одной из причин возникающих недоразумений. По определению,«реклама — это распространяемая в любой форме, с помощью любых средств информация о физическом или юридическом лице, товарах, идеях и начинаниях(рекламная информация), которая предназначена для неопределенного круга лиц и призвана формировать или поддерживать интерес к этим физическому, юридическомулицу, товарам, идеям и начинаниям и способствовать реализации товаров, идей и начинаний».

Эта формулировка нарушает элементарный закон формальной логики, когда уточняющая часть вместоограничения области определений (информация, которая...), только расширяет ее (в любой форме, с помощью любых средств, для неопределенного круга лиц,поддерживать интерес, способствовать реализации... идей). Однако самое печальное не в этом, а в том, что эта ошибка весьма затрудняет использованиеэтого термина в качестве юридического инструмента. Ведь при желании, в любой публикации можно найти “признаки рекламы”, а следовательно, и трактовать любуюинформацию можно как рекламу. Финансовые (в том числе налоговые) и юридические последствия этого “притягивания” к рекламе печальны.

Следствием некорректности определения рекламы является противоречие 5 статье Закона, котораяв первом же пункте требует, чтобы реклама, с одной стороны, была распознаваема без специальных знаний или без применения технических средств именно какреклама, а с другой стороны было бы обязательное указание о том, что это реклама (в частности, путем пометки “на правах рекламы”).

Еще одним примером системообразующей ошибки является отсутствие в нашем законе такого субъектароссийского рекламного бизнеса как рекламное агентство, которое по нынешним реалиям не может уложиться в понятия “рекламопроизводитель” и“рекламораспространитель”.

#### Рекламаи конкуренция

Еще одна тема, которая важна для рекламодателя, — это законная конкуренция. Вопрос весьма актуальный,поскольку зачастую рекламодатель в своей рекламе хочет “отстроиться” от конкурента и сказать, что он лучший. Здесь также есть определенные правилаигры, установленные Законом РФ “О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках”, 10 статья которого гласит, что не допускаетсянедобросовестная конкуренция в такой-то форме, что нельзя, например, некорректно сравнивать конкретные показатели одного товара с другими в рекламе(отсюда и идет сравнение, например, не с каким-то конкретным, а с “обычным” порошком). Надо сказать, что и по этому поводу судебных споров было достаточно.

Еще одна тема, которая сейчас хотя и меньше волнует рекламодателей (быть может, за счет того, что онаболее “старая”), это тема защиты прав потребителей. Рекламодатели зачастую хотят сделать уникальное предложение, указывая какие-то мифические цены. Наделе оказывается, что для того, чтобы купить товар по этим самым ценам, потребитель должен выполнить ряд определенных условий. И по этому поводу у рекламодателей,которые делают публичное предложение такого рода, уже неоднократно возникали проблемы. Так что рекламодатель должен осторожнее относиться к предложениям,которые он публикует в печати или где-то еще. Кстати, причиной иска о нарушении по данному направлению также может быть отсутствие срока действия рекламногопредложения.

#### Вывеска на английском

Большой интерес вызывает один юридический спор, описанный в информационном письме ПрезидиумаВысшего Арбитражного Суда № 37 от 25 декабря 1998 года (обзор практики рассмотрения споров, связанных с применением законодательства о рекламе).

Суть спора заключается в том, что организация указала свое наименование на английском языке на вывескеперед входом в занимаемое помещение, поскольку ее уставом, зарегистрированным в установленном порядке, предусматривалось фирменное наименование на русском ианглийском языках, совпадающее при произношении.

Любая организация имеет право сделать вывеску на английском языке, совпадающую с фирменным наименованием

Антимонопольный орган признал, что указание наименования организации в месте ее нахождения такимспособом отвечает общему определению рекламы и нарушает требование о распространении рекламы на русском языке, суть которого, в соответствии совторым пунктом 5 Закона “О рекламе” состоит в следующем: “Реклама на территории Российской Федерации распространяется на русском языке и по усмотрениюрекламодателей дополнительно на государственных языках республик и родных языках народов Российской Федерации. Данное положение не распространяется нарадиовещание, телевизионное вещание и печатные издания, осуществляемые исключительно на государственных языках республик, родных языках народовРоссийской Федерации и иностранных языках, а также на зарегистрированные товарные знаки (знаки обслуживания)”. В связи с этим, антимонопольный органнаправил предписание о прекращении нарушения.

После долгих судебных баталий Высший Арбитражный Суд подтвердил право любой организации иметьвывеску, совпадающую с фирменным наименованием, пусть даже и на английском языке над занимаемым помещением на основании статьи 54 ГК РФ.

При этом, Суд заметил, что подобные вывески “не относятся к рекламной информации независимо от манерыих исполнения...”.

#### "Самый лучшийлидер"

Многим рекламодателям, продвигая свой товар на рынке, естественно, хочется сказать, что он“самый-самый”, “лучший”, “абсолютный”, “единственный” и т.п.

Однако статья 7 Закона “О рекламе” признает недостоверной такую рекламу, в которой “присутствуютнесоответствующие действительности сведения в отношении использования терминов в превосходной степени (в том числе путем употребления вышеперечисленных слов иим подобных), если их невозможно подтвердить документально”.

На Западе эту норму обходят грамотно. Там добавляют слова “возможно” или “вероятно”, так что в итогеполучается “возможно, самый лучший в мире автомобиль”. У нас это не модно. У нас в России придумали другой способ: сначала пишут “самый лучший”, а потомдобавляют ограничение, которое можно элементарно подтвердить документом, мгновенно составленным “на коленке”. Например: “Самое лучшее пиво в нашем ресторане”.

#### "Минздравпредупреждает..."

Особым пунктом стоят ограничения, касающиеся рекламы табака, содержащиеся в статье 15 Закона, всоответствии с которыми распространение рекламы табака и табачных изделий во всех случаях должно сопровождаться предупреждением о вреде курения, причем врадио- и телепрограммах данному предупреждению должно быть отведено не менее, чем три секунды эфирного времени, при распространении рекламы другими способами— не менее 5% рекламной площади (пространства).

Но ведь в законе не указано, каким шрифтом и каким цветом должна быть сделана эта надпись! И там несказано, с какого расстояния должно читаться это предупреждение! Именно поэтому одна из табачных фирм начертала эти замечательные слова желтыми тонкими буквамипо белому фону.

#### Некорректное сравнение

Примеров некорректных сравнений в рекламе множество, и судебная практика по этому вопросу весьмаобширна.

Обратимся к статье 6 Закона “О рекламе”. Недобросовестной является реклама, которая: “содержит некорректноесравнение рекламируемого товара с товаром (товарами) других юридических и физических лиц, а также содержит высказывания, образы, порочащие честь,достоинство или деловую репутацию конкурента (конкурентов)”.
Типичный случай из этой серии — реклама сигарет “Новый дукат”: "Новыйдукат. Все остальное — только дым!", формально закон соблюден, и в тоже время создается впечатление о том, что он нарушен!

Многие считают эту фразу оскорбительной для других сигарет. Однако сравнение безадресно, хоть инекорректно. В итоге к этой рекламе очень сложно придраться...

#### Использование в рекламемировых шедевров

Пример некорректного использования произведения искусства

Статья 8 Закона признает неэтичной рекламу, которая: “… порочит объекты искусства, составляющиенациональное или мировое культурное достояние”.

Примеров использования шедевров живописи и скульптуры в рекламе более чем достаточно. Однако оченьсложно провести грань между правомерным использованием шедевра (то есть таким, которое не порочит объект искусства) и наглым надругательством над творениемвеликих мастеров.

Для того, чтобы уловить это различие, можно обратиться к толковому словарю русского языкаС.И.Ожегова и Н.Ю.Шведовой, в котором одно из значений слова “порочить” трактуется как “осуждать, чернить чью-либо работу”.

Осуждение — это некий вид отрицательной оценки творения, то есть выражение чьего-либо мнения поповоду объекта. А “чернить чью-либо работу” означает испачкать ее, опорочить искажением.

Подтверждение этой позиции содержится в Законе РФ “Об авторском праве и смежных правах”, который вп.1 статьи 15 представляет автору “право на защиту произведения, включая его название, от всякого искажения или иного посягательства, способного нанестиущерб чести и достоинству автора”.

Выводом из вышесказанного служит предположение о том, что если сам объект мировогоискусства не изменен, то нет и нарушения закона.

Если сам объект искусства неизменен, то нет и нарушения закона

Однако если в произведение внесены изменения, искажающие замысел автора и общее восприятиепроизведения, то есть нарушение указанной статьи.

К сожалению, примеров некорректного использования в рекламе мировых шедевров довольно много. При этомданным работам удается получать высокие оценки профессионального рекламного сообщества...

### Обзор споров в рекламе

Как мы уже говорили, споров в области рекламного законодательства возникает достаточно много.Практически каждая статья закона может являться причиной тех или иных разбирательств.

Было бы разумно разобрать несколько конкретных прецедентов, которые возникали, и пояснить, почемурекламодатель пострадал в ходе проведения своей рекламной компании.

#### Дело "Casio"

Самым интересным и, пожалуй, громким делом на отечественном рекламном рынке, на мой взгляд, былотак называемое дело “Casio”. Несмотря на то, что прошло уже 4 года с момента возникновения прецедента, есть смысл напомнить его суть.

В новогоднюю ночь 1996 года (и в повторе 7 января) по ВГТРК была показана музыкально-развлекательнаяпрограмма “Шумел камыш”. В этой передаче разыгрывался следующий сюжет: один из главных героев подходил к другому герою и спрашивал: “Почему же мы не начинаемновогоднее представление?” На что второй отвечал: “Я не знаю, как у тебя, а у меня на часах еще без пяти”. “Что ж у тебя за часы?”, — спрашивал его первыйгерой. ““Ракета””, — отвечал ему второй. В ответ на это первый снял у него с руки часы и выбросил их со словами: ““Ракета”, мол, должна летать. На тебенастоящие часы, “Casio”, часы для настоящих мужчин. По ним Новый год начнется уже через минуту”.

Что тут говорить? Откровенное нарушение закона о рекламе. Откровенное пренебрежение конкретноймаркой российского производителя. Вне всяких сомнений, имеет место некорректное сравнение, поскольку подчеркивается преимущество одного товара над другим.

И что интересно, когда Санкт-Петербургское территориальное управление возбудило дело по признакамнарушения по заявлению Петродворцового часового завода, никто из нарушителей — а это была московская фирма “Соти” — на заседании не оспаривал факт нарушения.Напротив, все говорили: “да, мы как рекламопроизводители признаем себя виновными в нарушении закона о рекламе и готовы исправить ситуацию. Врезультате были определены меры компенсаций, выделено рекламное время для размещения контррекламы.

Проблема поиска виновных осложнялась тем, что у рекламодателя Casio не было прямыхдоговорныхотношений с рекламопроизводителем.

Дело в том, что недобросовестная реклама, как правило, очень тесно корреспондируется со статьей10 закона о конкуренции. А поскольку конкурентом Петродворцовому заводу является никак не “Соти”, а именно фирма Casio, было признано, что в еедействиях есть элемент недобросовестной конкуренции. И теперь уже она должна была доказывать, что не придумывала эту фразу, что не утверждала этотнесчастный сценарий и что вообще не имеет к нему никакого отношения.

В результате рассмотрения всей этой сложной цепочки было признано, что рекламодатель Casioтоже должен нести ответственность за действия своих рекламистов. Со стороны этой компании была попытка оправдаться: она подавала в арбитражный суд наантимонопольный комитет с утверждением того, что последний незаконно обвинил Casio.

Конечно, японская фирма не была инициатором этого нарушения, однако в силу российских законов,она должна была более тщательно следить за осуществлением своей рекламой деятельности, более тщательно следить за составлением документов, что сделаноне было и за что в конечном итоге поплатились.

#### Дело"Авто-Холдинга"

Второй спор был завершен в прошлом году. Он также был рассмотрен в питерском антимонопольномкомитете по заявлению предприятия “Питер-Лада” в отношении предприятия “Авто-Холдинг”. Речь идет о рекламе автомобилей.

Этот рекламный модуль был опубликован в нескольких специализированных рекламных изданиях, и“Питер-Лада” подала возражения именно по вопросу о недобросовестной рекламе в связи с тем, что здесь якобы имеет место некорректное сравнение и чтоофициальный дилер указанных в модуле компаний якобы нарушил закон о рекламе.

Дело было достаточно долгим. В арбитражном процессе истцу не удалось доказать нарушение своих прав,поскольку “Питер-Лада” является продавцом, а не производителем автомобилей, и именно по этой причине ответчику удалось обосновать, что если бы исковоетребование в суд подавал АвтоВАЗ, автомобили которого якобы изображены внизу, тогда хотя бы был понятен предмет спора. Можно было бы говорить, что якобы этойрекламой унижено достоинство автомобиля ВАЗ, что якобы зарубежный автомобиль, перелетающий через авто Волжского автозавода, в соответствии со слоганом, наголову выше чем остальные...

Однако, несмотря на сильную размытость контуров автомобилей, несмотря на то, что вся информация,содержащаяся в рекламном объявлении, относится только к рекламодателю, а лозунг “На голову выше” относится непонятно к чему: то ли к автомобилям, то ли крекламодателям, — тем не менее в антимонопольном комитете возник спор, и в конце концов было вынесено решение против рекламодателя, который был признаннарушившим закон о рекламе.

Необходимо отметить, что, если говорить об аллегорическом сравнении символа, который изображеннаверху, с рядом автомобилей, которое являлось бы некорректным, то такого сравнения никто и не делал. Заявлять о том, что, например, “я на голову вышевсех остальных дилеров, торгующих этими автомобилями”, вполне законно, поскольку сравнение с неопределенным кругом лиц возможно. Хотя ситуация действительноочень спорная. Но, так или иначе, реклама была снята, и рекламодатель понес определенные финансовые издержки.

Это наглядный пример того, как не следует поступать при проведении своей рекламной компании. Ведьрекламодателю достаточно было произвести предварительную юридическую экспертизу проекта и изменить некоторые спорные элементы постера с целью обезопасить себяот возможных неприятностей.

#### Дело"Флагмана"

Третий спор в настоящее время еще идет, и в силу понятных причин нет возможности предоставить полнуюинформацию по этому делу, можно говорить лишь о том, что уже произошло в антимонопольном комитете, о том, в чем состоит фабула дела, и о тех решениях,которые были приняты на уровне первых слушаний в суде.

Речь идет о том, что в законе о рекламе есть ограничения, касающиеся рекламы алкоголя. Кроме того,существует Закон “О государственном регулировании производства и оборота этилового спирта, алкогольной и спиртосодержащей продукции”. В 17 статьеданного закона говорится о том, что реклама алкогольной продукции с содержанием этилового спирта более 15 процентов от объема готовой продукции, допускается ворганизациях, осуществляющих деятельность по производству и обороту алкогольной продукции с соблюдением требований, предусмотренных законодательством РФ орекламе. Формулировка достаточно сложная, и появилась она на свет в ноябре 1998 года, в то время как закон датирован 1995-м. В законе о рекламе никакихподобного рода ограничений не существовало. Были лишь ограничения, запрещающие распространять рекламу алкоголя рядом с детскими садами, культурнымизаведениями и т.д.

Сейчас, если буквально воспринимать эту норму, рекламу алкоголя можно распространять только напроизводящих его заводах и в соответствующих магазинах. И, поскольку алкоголь обычно рекламировался посредством наружной рекламы, то это достаточно серьезнаятема для споров.

Спор возник из-за рекламы водки “Флагман”, которую размещало рекламное агентство “ОММ”. Собственноговоря, с этим-то агентством и возник конфликт у Санкт-Петербургского территориального управления по антимонопольной политике. В данном случае,поскольку нарушение было связано именно с местом распространения рекламы алкоголя, то это означает непосредственную ответственность распространителя и,как следствие, претензии были предъявлены именно к агентству, а не к рекламодателю.

Здесь будет полезно обратиться к делам не так давно минувших дней. Антимонопольный комитет, понимая,что введение этого закона и его буквальное исполнение приведет к тяжелым последствиям, довольно-таки задолго предупредил городской центр размещениярекламы о том, что он не будет требовать снятия рекламы по уже заключенным договорам, но запретил их пролонгирование в дальнейшем. Когда прошло более годас момента этого “джентльменского” напоминания, комитет написал еще одно письмо всем участникам рынка. И вот в ответ на это письмо, которое, по сути, неявляется никаким правоустанавливающим актом, РА возмутилось и подало иск в арбитражный суд о том, что антимонопольный комитет якобы ограничиваетконституционные права РА, запрещает ему вообще заниматься рекламной деятельностью, поскольку ограничивает круг его потенциальных клиентов.

По моему же мнению, письмо, которое не содержало никаких запретов, никаких предписаний, не являетсяоснованием для каких-либо возмущений, не говоря уже о подаче заявления в арбитражный суд.

## ТОВАРНЫЕ ЗНАКИ В РЕКЛАМЕ

### Понятиетоварного знака

Разговор о товарных знаках логично было бы начать с определения. В соответствии с 1 статьей ЗаконаРФ “О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров” (далее — Закон) “...товарный знак и знак обслуживания (далее —товарный знак) — это обозначения, способные отличать соответственно товары и услуги одних юридических или физических лиц от однородных товаров и услуг(далее — товары) других юридических или физических лиц”.

Иными словами, товарный знак служит для того, чтобы потребитель среди многих товаров и услугмог четко определить, кто выпускает понравившиеся ему товар или услугу, а производитель или продавец еще раз напомнил, что товар или услуга принадлежитему.

Для того, чтобы получить исключительные (эксклюзивные) права на товарный знак, его необходимозарегистрировать. Регистрация, согласно Закону, происходит в Патентном Ведомстве Российской Федерации. Именно оно проводит официальную экспертизу ирегистрирует товарные знаки.

Однако есть ограничения, которые не могут позволить зарегистрировать понравившийся товарныйзнак. Они условно делятся на абсолютные (статья 6 Закона) и прочие (статья 7 Закона) основания.

Так, например, в соответствии со статьей 6 Закона, не могут быть зарегистрированы обозначения, вошедшиево всеобщее употребление как обозначения товаров определенного вида (например, “пейджер”), а также указывающих на качество, количество, свойства, назначение,ценность товаров, а также на место и время их производства или сбыта. По этому основанию “Холодное мороженное” не может быть охраноспособным.

Не допускается регистрация обозначений, являющихся ложными или способными ввести в заблуждениепотребителя относительно товара или его изготовителя (например, рыбные паштеты “Ладога” для Владивостокского рыбокомбината).

Не допускается регистрация обозначений, противоречащих общественным интересам, принципам гуманностии морали. Поэтому вариант “Жидовская радость” также не может быть зарегистрирован как товарный знак.

Обратите внимание, одно и то же название может быть охраноспособно для одного вида товаров и неохраноспособнодля другого товара. Например, название “Метро” для транспорта неохраноспособно, а вот для газеты оно носит фантазийный характер (а не указывает на вид товара),и поэтому может быть зарегистрировано как товарный знак. Поэтому определение охраноспособности всегда связано с конкретным названием конкретного товара.

Сразу замечу, что определение охраноспособности — достаточно специфическое дело, требующее специальныхпознаний и опыта. Поэтому рекомендую вам обратиться к специалисту — Патентному поверенному.

### Регистрациятоварных знаков

Согласно п.1 ст.7 Закона “Не могут быть зарегистрированы в качестве товарных знаков обозначениятождественные или сходные до степени смешения: с товарными знаками, ранее зарегистрированными или заявленными на регистрацию в Российской Федерации наимя другого лица в отношении однородных товаров...”

Иными словами, перед тем, как подавать товарный знак на регистрацию, следует проверить, не являетсяли придуманное название уже зарегистрированным товарным знаком. Для этого юридическая компания “Усков и Партнеры” предлагает редкую услугу —предварительный поиск Вашего названия в компьютерной базе данных зарегистрированных товарных знаков в России. Причем, стоит это очень дешево ипроводится в режиме реального времени. Кстати, этот мощный инструмент позволяет решать и другие маркетинговые задачи. Например, выяснение товарных знаковконкурента...

По результатам предварительного поиска может быть обнаружен уже зарегистрированный товарныйзнак с придуманным Вами названием для однородных товаров. Именно в этом фильтре и заключается цель предварительного поиска — сказать “НЕТ, с этим знакомработать дальше бессмысленно”. Если в ходе поиска не выявлено противопоставлений, то это еще не означает, что знак “чистый”. Для этогонеобходим следующий этап.

Суть этого этапа заключается в проведении поиска в базах данных Патентного Ведомства, в которыхсодержится наиболее полная и достоверная информация не только о зарегистрированных знаках, но и о поданных заявках.

Ответа ждать придется чуть больше недели. И только после положительного заключения (о том, чтотождественных и сходных до степени смешения обозначений в результате поиска не обнаружено) можно утверждать на 99%, что наш знак “чист”. Это не 100-процентнаягарантия из-за так называемой “слепой зоны”. Результат поиска Ведомства предоставляется на конкретную дату (примерно за месяц) от момента подачи Вамизаявления. Это связано с внутренней процедурой обработки поданных на регистрацию заявлений на товарные знаки.
Некоторым это может показаться сложным и долгим. Однако поверьте моему опыту, что лучше это проделать самому и до того момента, когда Вам предложат купитьВаш же товарный знак. Тем более, что этот поиск стоит меньше, чем стоимость регистрации товарного знака, и уж, конечно, гораздо меньше, чем затраты нахолостую “раскрутку” брэнда. Поэтому об экономической целесообразности этой операции думайте сами.

Нужно быть морально готовым к тому, что по результатам комплексного поиска в базах данных ПатентногоВедомства может быть и неприятный ответ. Тогда необходимо повторить все сначала.

Предположим, что Ваше название прошло все “фильтры” и противопоставлений не выявлено. В этом случаеможно начинать регистрировать товарный знак.

Для этого Вам необходимо обратиться к патентному поверенному, который подготовит заявку наВаш товарный знак, предварительно определив наилучшие параметры знака (объем правовой охраны, тип знака и пр.). Затем патентный поверенный, получив от Васдоверенность на представление интересов, подает заявку в Патентное Ведомство России. Большинство патентных поверенных в свой базовый пакет услуг включают иведение делопроизводства по данной заявке, вплоть до получения свидетельства.

Случается и такое, что некоторые компании выпускают свою продукцию под неохраноспособными названиями.На мой взгляд, это неправильно, поскольку в случае копирования (клонирования) раскрученного брэнда его владелец не сможет его защитить. Более того, мироваяпрактика свидетельствует о том, что успешные компании заменяют свои неохраноспособные названия на те, которые могут быть защищены как товарныезнаки.

Следует также обратить внимание на тот факт, что по Уголовному кодексу РФ (статья 180), наказаниенаступает не только за незаконное использование чужого товарного знака, но и за “...незаконное использование предупредительной маркировки в отношениинезарегистрированного в Российской Федерации товарного знака”. Таким образом, ситуация, когда владельцы проставляют рядом со своими брэндами знак охранытоварного знака – ®, при этом не позаботившись о реальной регистрации, попадают под действие вышеназванной статьи и несут полнуюответственность за свои действия.

### Использованиезнаков дилерами

Несколько лет назад возник очень интересный с правовой точки зрения спор. Суть его сводилась к тому,что известная компания, являющаяся дистрибьютором товаров всемирного гиганта, предъявила претензии к конкурентам.

По их мнению, использование любых товарных знаков, в том числе и в рекламе, можетосуществляться только с разрешения правообладателя, и поэтому использовать эти знаки на фасадах магазинов, в рекламных публикациях и т.д. продавцы не имеютправа. С точки зрения конкурентной борьбы ситуация понятна. Официальный дилер борется с “серым” импортом, однако юридически ситуация неоднозначна. С однойстороны, владелец товарного знака имеет право запретить его использование третьими лицами, но, с другой стороны, продавцы, торгующие данным товаром, неявляются производителями аналогичного товара, не маркируют подделки этим товарным знаком (а значит, не представляют опасности для производителя). Болеетого, используя товарные знаки производителей, продавцы увеличивают стоимость самого знака, поскольку благодаря рекламе у гораздо большего количества людей вголовах возникает ассоциативная связь между товаром, производителем и его товарным знаком.

На мой взгляд, очень удачно проблему использования своих товарных знаков в рекламе другими лицамирешена в компьютерном бизнесе. Любой продавец, продающий товар, имеет право использовать товарные знаки производителей программного обеспечения илиоборудования, но при этом есть жесткое предписание на указание владельцев данных товарных знаков.

### Оценкатоварных знаков

С каждым рублем, вложенным в рекламу товара, идентифицируемого с конкретным товарным знаком,возрастает конкретная рыночная стоимость товарного знака.

Процесс аккумулирования рекламных вложений часто называют капитализацией товарногознака.

И действительно, стоимость известных товарных знаков оценивается в гораздо большую сумму, чемвсеоставшиеся активы компании.

К примеру, владелец товарного знака “Marlboro” (всемирно известный табачный гигант) неоднократнозаявлял, что даже если вдруг все заводы перестанут принадлежать компании, то, владея лишь известными товарными знаками, компания способна в кратчайшие срокивосстановить свои позиции на рынке.

В России  оценку товарных знаков производят для целей взноса в уставный капитал, залога, при продаже предприятий и т.д. При этомочевидно, что оценкой столь сложного нематериального актива занимаются сертифицированные специалисты.

## БРЕНДЫИ ЛЖЕ-БРЕНДЫ

### Подделкипод успешные бренды

Под незнакомым большинству иностранным словом “мимикрия” будет подразумеваться такое широкораспространенное в России явление, как подделка “раскрученных” в рекламном смысле брэндов.

У этого явления есть свои создатели — дизайнеры, будем называть их “мими-креаторы”, которые с помощьюсовременных технологий “ваяют” методом клонирования братьев-близнецов ничего не подозревающему брэнду-оригиналу, который сам сделал свою известность.

Как правило, “новорожденные бренды” очень жизнеспособны! Врожденная узнаваемость позволяетим без особого труда окупать затраты на свое создание. К тому же, как показывает практика, двойники умело пользуются ошибками в юридической защитесвоего прототипа.

Описываемое нами явление внешне похоже на чемпионат двойников, когда люди накладывают грим,подбирают соответствующую одежду, копируют жесты, походку и очень стараются быть похожими на суперизвестных сопланетников.

В этих играх побеждает тот, кто будет больше всего походить на своего прототипа. Так и в данном случае,качество клонирования бывает разным. У одних оно просто мастерское. Как говорят в таких случаях, “не отличит и мать родная”. У других сходство только внешнее.Причем, по мнению родителей, те изменения, которые они внесли в прототип, делают их творение супероригинальным. Так, например, замена бороды на бакенбарды,по мнению их создателей, действительно качественным образом меняет внешний облик!

Замечена характерная закономерность. Степень стыдливости создателей клонов обратно пропорциональнастепени похожести на прототип. Говорят, среди креаторов даже наметился раскол на честных воров (которые крадут и краснеют одновременно), и смелых, которые нестесняются выставлять свои произведения на конкурсы.

### Классификацияподделок

Для того, чтобы вооружить незащищенного потребителя (а также повысить грамотностьмими-креаторов), попытаемся составить условную классификацию подделок.

Первое деление основано на степени “творческих” изменений прототипа.

Тип первый — “фотографическое сходство”. У юристов и математиков это называется тождеством.

На практике данное явление не слишком распространено, поэтому не будем концентрировать на немвнимание.

Тип второй — примерная похожесть. У патентных поверенных на этот случай есть специальный термин:“сходный до степени смешения”. Пример может выступать два бренда “Санлайт” (в переводе — солнечный свет) и “Саншайн” (в переводе — “солнечное сияние”).

Слева – Sunlight; справа – Sunshine

Вторая линия деления основана на ключевом элементе брэнда — слове или дизайне.

Тип третий — “тёзки”. Этот тип основан на игре буквами, пробелами, словами и т.д.. Примеры: “Нордмед”(ТОО) и “Норд Мед” (ЗАО) (см. “Деловой Петербург” № 10 (393) от 02.02.1998 года); “Стройпрайс” (Издательского дома “Атлант”) и идентичное ему издание “Строй”,выпускаемое ЗАО “Прайс” (при этом название выпускающей организации, как Вы уже догадались, расположено в опасной близости с названием издания), “Бленд-а-мед”и “Беламед”.

Торговая марка "Беламед" белорусской фирмы.

Журнал «Строй» ЗАО «Прайс» – слева; журнал «Стройпрайс» ИД «Атлант» – слева.

Тип четвертый — сходство по “одежке”. Дизайн — дело тонкое. И, как утверждают специалисты, вседело в условности границ, отделяющих замыслы создателей. Как и в предыдущем случае, у этого типа мимикрии тоже может быть как минимум два уровня сложности— примитивный и интеллигентный. Творчество второго уровня представляет особый интерес, поскольку основано на виртуозном владении таким сложным инструментом,как цветографическая концепция (ЦГК). С ее точки зрения, важны те цветовые пятна, которые составляют основу дизайна. При этом мелкие детали внутри цветовогопятна могут различаться, но общее зрительное восприятие будет идентичным. Ярким примером может служить сравнение этикеток масла “Короли” и его российскогодвойника “Южное”.

Сходство двух разных дизайнов, построенных на одной ЦГК.

Тип пятый — контекстный. В его основе лежит продолжение раскрученной сюжетной линии. Удачныйпример: “Девушка с косичками” от Алеко и базовый прототип “Лосенок чемпионата мира по хоккею” от губернатора. Еще более изысканным примером является рекламасигарет “Ява”, построенная “по мотивам” известного рекламного ролика “Кока-Колы” с белыми медведями. Ключевое сходство с базовой рекламойзаключается в выброшенных медведями бутылками с темно-коричневой жидкостью...

Как явствует из определения описываемого явления, прототипами служат наиболее известные брэнды.Среди первых “жертв” на отечественном рынке выделяется производитель одного из самых популярных брэндов практически самого популярного напитка. Конечно, речьидет о “Балтике”. Уже появились рыбки “под Балтику” и чипсы. Эти подделки вполне логичны и предсказуемы при нынешних темпах роста популярности торговыхмарок “Балтики”.

Следуя выявленной закономерности можно предположить скорое появление двойников у таких крупнейшихпроизводителей, как Мултон (соки “Нико” и “Добрый сок”), Вимм-Билль-Данн (серия молочных продуктов “Чудо”) и других лидеров сегментов товарного рынка.

Данное явление расцвело буйным цветом у части отечественных производителей, которым уход импортныхконкурентов после кризиса августа 1998 года помог заполнить внезапно освободившиеся пустоты аналогичной на вид продукцией.

### Инструментыправовой защиты

Многие из создателей клонов, бегло ознакомившись с некоторыми из российских законов, уверены в своейбезнаказанности. Однако это иллюзия или, как еще говорят: “На каждого мудреца довольно простоты”.

На пути расцвета клонирования брэндов грамотный юрист, отстаивающий интересы базового прототипа, можетпротивопоставить следующие аргументы, основанные на специальных законах. А именно:

1. Закон “Об авторском праве и смежных правах” № 5351-1 от 09.07.93 г. Этот закон охраняет произведениянауки, литературы (в том числе названия брэндов), искусства (в том числе дизайн брэндов, логотипы). Согласно статье 6 указанного закона “авторское правораспространяется как на обнародованные произведения, так и на не обнародованные произведения, существующие в какой-либо объективной форме…изображения (рисунок,эскиз, картина, план, чертеж, кино-, теле-, видео- или фотокадр и т.д. ); объемно-пространственной(скульптура, модель, макет, сооружение и т.д.)”. Согласно п. 3 ст. 6, часть произведения (включая его название), которое удовлетворяет требованиям п. 1настоящей статьи (является произведение науки,литературы, искусства и результатом творческой деятельности) и может использоваться самостоятельно,является объектом авторского права.

Более того, п. 2 статьи 16 данного закона указывает среди прочих видов имущественных авторскихправ право на переработку, то есть право переделывать, аранжировать или иным образом перерабатывать произведение.

Иными словами, авторским правом охраняются формы базовых прототипов и даже незначительныеизменения, внесенные в оригинал, которые не носят творческого характера не являются препятствием для использования данного механизма защиты противдвойников.

2. Закон “О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров” №3520-1 от 23.09.92 г.

Данный инструмент хуже предыдущего инструмента тем, что для того, чтобы наказать нарушителя, необходимоиметь зарегистрированный товарный знак. Напомним, что авторское право возникает с момента создания произведения, а право на товарный знак — только с моментаего государственной регистрации. При существующих даже самых ускоренных режимах регистрации на это уходит около 6 месяцев. Поэтому хвататься за этотинструмент, когда уже заметили “близнеца”, практически бессмысленно. Однако у этого инструмента есть и огромные преимущества, если, конечно, грамотно импользоваться. Для того, чтобы грамотно им пользоваться, необходимо товарный знак иметь заранее, а для этого его нужно зарегистрировать через специалистов —патентных поверенных. Преимущество данного инструмента заключается в том, что исключительные права удостоверяются государством и владелец товарного знакаимеет одобренную законом монополию на использование данного знака. При этом над данным товарным знаком существует некий так называемый патентный зонтик, однойиз составляющих которого является термин “сходный до степени смешения”. Иными словами, если товарный знак конкурента будет иметь несущественные в деталяхотличия от вашего товарного знака, то экспертиза Патентного Ведомства не зарегистрирует товарный знак конкурента, а Арбитраж при рассмотрении данногоспора будет считать знак вашего двойника нарушителем.

3. Патентный закон № 3517-1 от 23.09.92 г.

Из интересующих нас объектов промышленной собственности, охраняемых данным законом, выделим дваобъекта: изобретения и промышленные образцы. В изобретениях даже предусмотрен специальный класс для защиты оригинальных рекламных конструкций и устройств(G09F). Промышленный образец — это художественно-конструкторское решение, определяющее внешний вид изделия. Промышленный образец на патентном слэнгеназывают дизайнерской монополией. Формы упаковки, бутылок, рекламных установок и прочие попадают под охрану данного инструмента. При использовании данногоинструмента решающую роль оказывает профессионализм патентного поверенного, который будет составлять вам заявку. Как правило, хорошие заявки защищаютнесколько вариантов изделия. Таким образом, поверенный как бы блокирует возможные подделки под оригинал.

Как показывает личный опыт автора, работать с этим инструментом крайне трудно, поскольку объемправовой охраны, предоставляемой патентом на промышленный образец, определяется совокупностью его существенных признаков, отображенных на фотографии изделия(макета, рисунка). Иными словами, если какой-либо из признаков, указанных в патенте не используется двойником, то формально это может быть признанонезависимым промышленным образцом со всеми вытекающими от сюда правовыми последствиями. Однако несмотря на сложность использования этого инструмента,существуют положительные результаты в виде судебных прецедентов. Так, в Петербургском Арбитраже уже в двух инстанциях рекламное агентство “Стоик”выиграло у рекламной группы “ШАР” спор о нарушении исключительных прав на промышленный образец. Данный спор рекламистов неоднократно освещался в местной прессе.Предметом спора послужили рекламно-информационные установки на улицах Санкт-Петербурга.

Напомню, что в прошлом номере мы поговорили о классификации подделок и начали разговор об инструментахправовой защиты (Закон “Об авторском праве и смежных правах”, Закон “О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров”,“Патентный закон”). Сегодня мы продолжаем начатую тему.

Закон РФ № 949-1 от 22.03.91 г. “*О конкуренции* и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках”.

Многие создатели двойников пока не ощутили на себе серьезность этого закона, однако по содержаниюнормы содержащиеся в статьях 4 и 10 данного закона представляют реальную опасность для создателей двойников. Согласно статье 4, недобросовестной конкуренциейпризнаются “любые направленные на приобретение преимуществ в предпринимательской деятельности действия хозяйствующих субъектов, которыепротиворечат положениям действующего законодательства, обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости и могутпричинить или причинили убытки другим хозяйствующим субъектам-конкурентам либо нанести ущерб их деловой репутации”. Статья 10 данного закона приводит неисчерпывающий перечень форм недобросовестной конкуренции: “распространение ложных, неточных или искаженных сведений, способных причинить убытки другомухозяйствующему субъекту либо нанести ущерб его деловой репутации; введение потребителей в заблуждение относительно характера, способа и местаизготовления, потребительских свойств, качества товара; некорректное сравнение хозяйствующим субъектом производимых или реализуемых им товаров с товарамидругих хозяйствующих субъектов; (в ред. Федерального закона от 25.05.1995 N 83-ФЗ) (см. текст в предыдущей редакции) продажа товара с незаконнымиспользованием результатов интеллектуальной деятельности и приравненных к ним средств индивидуализации юридического лица, индивидуализации продукции,выполнения работ, услуг; (в ред. Федерального закона от 25.05.1995 N 83-ФЗ) (см. текст в предыдущейредакции) получение, использование, разглашение научно— технической, производственной или торговой информации, в том числе коммерческой тайны, без согласия ее владельца”.
Как показывает практика, бывают и иные более сложные способы недобросовестной конкуренции, которые отвечают всем признакам статьи 4 (то есть определению), ноне указанных в статье 10. Пример: “Стоик” — “ШАР”.

Наиболее значимым с точки зрения прецедента можно выделить спор, возникший в антимонопольномкомитете (МАП) в Москве между двумя известными зарубежными производителями травяных и цветочных шампуней. В 1997 году британская компания “Клэйрол” вышлана российский рынок с новой серией шампуней “Хербал Эссенсис” с цветочным ароматом на основе родниковой воды. Год спустя французская фирма “Пари Элизе”выпустила похожую серию шампуней под названием “Нэйчурал Экстракт”. Флаконы новой серии напоминали “детище” предшественников и пользовались у покупателейтакой же популярностью. Специалистами была признана идентичность флаконов, а отличительные различия охарактеризованы как не влияющие на степень сходства.Кроме того, подражание нашли даже в названиях серий “Экстракт” и “Эссенсис”. Летом 1999 года Московский Арбитражный суд подтвердил правильность решения.вынесенного Московским МАП. Данные прецедент проторил дорогу для аналогичных судебных процессов. Поэтому даже если прототип не защищен надлежащим образом(товарный знак, промобразец и пр.), то появляется реальная возможность наказать двойников, используя указанный закон.

Выводом из вышесказанного является то, что владельцам уже раскрученных брэндоврекомендуется провести диверсионный анализ их марок и усилить защиту своих денежных вложений.

## НЕДОБРОСОВЕСТНАЯКОНКУРЕНЦИЯ

У известного философа Хейзингера есть теория, по которой все люди играют в игры. Одной из таких игрявляется бизнес. Игры бывают разные — с правилами и без. А те, которые с правилами, бывают с правилами писаными и правилами неписаными.

Так и наш российский бизнес представляет собой набор сложных игр со сложными правилами, как писаными,так и неписаными. И, как и во всякой игре, цель — выиграть. Кстати, у того же Хейзингера есть замечательная мысль о том, что есть всего два типа игр:“выиграть-выиграть” или “проиграть-проиграть”. Те, кто думает, что выиграет, победив своего противника, на самом деле играют в игру “проиграть-проиграть”.По моему мнению, любой спор в суде — четкая иллюстрация этого типа игр. Игры “выиграть-выиграть” основаны на принципиально другой философии — философиипартнерства. В данной системе миропонимания бизнес — это игра, в которой есть только победители, или, словами маркетологов, спрос рождает предложение,предложение удовлетворяет спрос. В общем, это позиция Партнерства.

Бизнес — это игра, в которую играют очень много людей. Удовлетворить имеющийся спрос желаютудовлетворить несколько игроков, что неизбежно порождает так называемую конкуренцию, то есть соперничество в игре.

В любой игре соперники имеют выбор построения взаимоотношений — от уважительных, порою нигде незаписанных правил поддержки (как, например, в футболе, при нарушении правил передать мяч игроку другой команды), до традиционных кулачных боев на хоккейныхполях. Так же и в бизнесе — конкуренты могут поддерживать друг друга в тяжелые моменты и подкладывать взрывчатку в автомобили конкурента...

Однако вернемся к юридическому взгляду на вопросы недобросовестной конкуренции. В России с 1991года действует закон “О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках” (далее — Закон). Этот документ и представляетсобой писаные правила ведения бизнеса.

В четвертой статье Закона среди прочих определений есть толкование термина “недобросовестнаяконкуренция”. Дословно это звучит так:

“Недобросовестная конкуренция — любые направленные на приобретение преимуществ в предпринимательскойдеятельности действия хозяйствующих субъектов, которые противоречат положениям действующего законодательства, обычаям делового оборота, требованиямдобропорядочности, разумности и справедливости и могут причинить или причинили убытки другим хозяйствующим субъектам — конкурентам либо нанести ущерб ихделовой репутации”.

Исходя из определения недобросовестной конкуренции, для того, чтобы признать игрока нарушившимправила, требуется доказать наличие трех условий. Причем, если одного из этих условий нет (не доказано), то нет и нарушения правил игры. Итак, рассмотримкаждый из указанных признаков.

### Получение преимущества

Действия, которые предположительно являются нарушением конкурентной борьбы, прежде всего должныиметь четкую направленность на приобретение каких-либо преимуществ предпринимательской деятельности. При этом важно отметить, что доказыватьстремление конкурента получить такие преимущества не требуется.

Наиболее частным примером получения преимущества является сокращение затрат на вывод на рыноктовара, его позиционирование, рекламу и иное продвижение. Например, совсем недавно в Санкт-Петербургском антимонопольном комитете было вынесено решение опризнании актом недобросовестной конкуренции действий издательства “Прайс”, которое использовало в своей деятельности логотип информационного бюллетеня“СтройПрайс”, выпускаемого издательством “Атлант” четыре года. Комиссия посчитала, что, взяв широко известный и разрекламированный логотип, издательство “Прайс”получило неоспоримое преимущество перед конкурентами.

Нарушение законодательства либо обычаев делового оборота

Действия конкурента должны противоречить требованиям действующего законодательства, обычаямделового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости. При этом, если действия противоречат законодательству, оценка их с точки зренияделового оборота, требований добропорядочности, разумности и справедливости нетребуется.

Кроме того, оцениваемые действия не могут классифицироваться как противоречащие обычаям деловогооборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости, если эти действия предписаны нормами действующего законодательства. Иными словами, длядоказательства второго признака недобросовестной конкуренции нужно доказать либо нарушение закона, либо нарушение этики бизнеса.

На практике доказательство этого признака является самым сложным. И если выделить нарушениезаконодательства еще хоть как-то можно, то признать действия конкурента противоречащими этике бизнеса очень сложно. Это связано прежде всего с тем, чтоэти самые обычаи нигде не записаны, и поэтому ссылаться на них в тексте решения крайне сложно и рискованно. Однако это возможно. Приведем пример. Летомпрошлого года в Санкт-Петербургском антимонопольном комитете было вынесено решение о признании действий рекламной группы “ШАР” актом недобросовестнойконкуренции.

Одним из доводов заявителя рекламного агентства “СТОИК” был следующий аргумент: конкурент заключилдоговор на разработку рекламоносителя с сотрудниками рекламного агентства “СТОИК”. Формально в законодательстве нет запрета на заключение сделок сдизайнером конкурирующего агентства на творческие разработки. Однако если учесть, что речь идет о передаче документации о рекламоносителе, который уже втечение нескольких лет продвигался агентством “СТОИК”, то станет очевидным нарушение общепринятых этических норм.

### Убытки

Действия конкурентов должны причинить или должны быть способны причинить убытки другим конкурентам либонанести или быть способными нанести ущерб их деловой репутации. Следует заметить, что наступление вредных последствий должно быть непосредственным, ане опосредованным и/или побочным результатом рассматриваемых действий, однако не исключается вероятность причинения ущерба клиентуре.

В связи с этим следует заметить, что под убытками, с точки зрения действующего Гражданского кодекса(статья 15), подразумевается не только реальный ущерб, но и упущенная выгода.

Несмотря на кажущуюся легкость доказывания упущенной выгоды, практика показывает, что многиезаявители пренебрегают тщательностью подготовки и доказывания этого условия.

### Формынедобросовестной конкуренции

В Законе содержится статья 10, которая определяет запрет недобросовестной конкуренции, а также ееформы.

“Не допускается недобросовестная конкуренция, в том числе:

* распространение ложных, неточных или искаженных сведений, способных причинить убытки другомухозяйствующему субъекту либо нанести ущерб его деловой репутации;
* введение потребителей в заблуждение относительно характера, способа и места изготовления, потребительскихсвойств, качества товара;
* некорректное сравнение хозяйствующим субъектом производимых или реализуемых им товаров с товарамидругих хозяйствующих субъектов; (в ред. Федерального закона от 25.05.1995 № 83-ФЗ) (см. текст в предыдущей редакции);
* продажа товара с незаконным использованием результатов интеллектуальной деятельности и приравненныхк ним средств индивидуализации юридического лица, индивидуализации продукции, выполнения работ, услуг; (в ред. Федерального закона от 25.05.1995 N 83-ФЗ)(см. текст в предыдущей редакции);
* получение, использование, разглашение научно-технической, производственной или торговой информации,в том числе коммерческой тайны, без согласия ее владельца”.

Следует отметить: бытует типовое заблуждение, что если действия конкурентов не укладываются в это“прокрустово ложе”, то значит, игра идет по правилам. Это не так. Современный бизнес гораздо сложнее, и современные формы недобросовестной конкуренциигораздо разнообразнее предусмотренных законодателем форм. Поэтому законодатель, предвидя это, оставил переченьформ недобросовестной конкуренции открытым.Иными словами, действия конкурента можно признать недобросовестными, даже если эти действия не подпадают под предусмотренные в 10 статье формы.

### Сложностиорганизационного порядка

Согласно Закону, рассмотрением вопросов о недобросовестной конкуренции занимается Антимонопольныйкомитет. У нас в Санкт-Петербурге есть территориальное управление Министерства по антимонопольной политике по Санкт-Петербургу и Ленинградской области(сокращенно — ТУ МАП по СПб и ЛО). При всем моем уважении к данной организации следует заметить, что дела рассматриваются достаточно долго, и решение, какправило, принимается после нескольких заседаний комиссии. Но, с другой стороны, это и понятно. Сложность рассмотрения дел по указанному вопросу, отсутствиедостаточного количества специалистов в данной области, высокая вероятность обжалования решения Антимонопольного комитета в Арбитражном суде не позволяютчленам Комиссии сразу принять решение, и поэтому, как правило, запрашиваются дополнительные, уточняющие материалы. Надеюсь, что обзор данной проблемыглазами юриста-практика поможет вам удачнее отстаивать нарушенные вашими конкурентами правила игры.

## АВТОРСКОЕ ПРАВО

### Основы авторского права в российскомзаконодательстве

Один из вопросов, который нередко приходится решать рекламодателю и от которого внамалой степени зависит успешное проведение намеченной рекламной кампании, — это вопрос авторского права. С чем можно столкнуться, проигнорировав этотвопрос?

Представьте себе: вы (или ваше рекламное агентство) разрабатываете концепцию, приглашаетеавтора, который воплощает ваши замыслы, начинаете свою рекламную кампанию, а некоторое время спустя видите едва ли не точно такую же рекламу своегоконкурента. Вы пытаетесь исправить ситуацию, но в конце концов оказывается, что сделать ничего не можете, так как ни вы, ни агентство в свое время незадумались о вопросе получения авторского права на использование данного произведения...

#### Объекты

С 3 августа 1993 года в Российской Федерации действует закон “Об авторском праве и смежных правах”(далее — ЗоАП). Это основополагающий нормативный акт в данной области права.

Указанный Закон “...регулирует отношения, возникающие в связи с созданием и использованием произведенийнауки, литературы и искусства (авторское право), фонограмм, исполнений, постановок, передач организаций эфирного или кабельного вещания (смежныеправа)” (статья 1 ЗоАП).

Конечно, деление объектов авторского права на произведения науки, литературы и искусстваусловно, поскольку один и тот же объект может одновременно выступать в различных категориях. Например, компьютерная база данных может являться ипроизведением науки, и произведением литературы и т.д.

Примерами объектов авторского права могут быть научные исследования, отчеты, НИОКР, базы данных,компьютерные программы, тексты, рекламные слоганы, логотипы, фотографии, радио и видеоролики, музыкальные произведения и многое, многое другое.

#### Смежные права

Наряду с авторским правом в указанном законе описаны смежные права. Во всем мире под смежнымиправами подразумевают права, возникающие при реализации авторских произведений. Объекты смежных прав:

исполнения (деятельность артистов);

фонограммы;

передачи эфирного и кабельного вещания.

Например, если поэт и композитор написали песню (и текст, и музыка, и сама песня — это объекты авторскогоправа), а исполнитель записал эту песню в студии звукозаписи, при этом очевидно, что исполнитель, как и сотрудники студии звукозаписи, внеслиоригинальный творческий вклад в конечный результат. При этом исполнение и фонограмма являются самостоятельными объектами смежных прав.

#### Виды прав

Как только появляется объект авторского права, зафиксированный в какой-либо объективной форме (набумаге, дискете, аудиовидеопленке и т.д.), так сразу же вместе с ним рождаются и все авторские права. При этом, в отличие от тех же товарных знаков, никакогоформального действия (регистрации, утверждения, лицензирования, сертификации и пр.) НЕ ТРЕБУЕТСЯ.

Все авторские права условно делятся на две большие категории.

Личные неимущественные авторские права

Под личными неимущественными правами закон понимает пять правомочий:

* Право авторства — право признаваться Автором произведения. (Кстати,право авторства не следует путать с авторским правом — это как раз тот случай, когда от перемены мест слагаемых резко изменяется смысл).
* Право на имя — право использовать произведение под подлиннымименем Автора, под псевдонимом или анонимно. То есть если редактор “забыл” указать имя Автора под статьей, как случилось в одной из известнейших газетСанкт-Петербурга, то нарушается право на имя.
* Право на обнародование — право Автора произведения впервые довести его до широкого круга лиц. Понятно, что онореализуется всего один раз.
* Право на отзыв — это право отказаться от ранее принятого решения обобнародовании. При этом автор выплачивает причиненные таким действием убытки.
* Право на защиту репутации автора — право препятствовать любому искажению произведения, которое может нанести ущерб честии достоинству Автора.

**Личные неимущественные права закрепляются за автором навечно и никогда никому не передаются**

Нарушение (случайно или по умыслу) данной группы прав особенно опасно, тем более что количествосудебных споров по нарушениям личных неимущественных прав лишь растет... Читатели, наверное, уже не раз слышали формулировку о денежной компенсацииморального вреда, выраженную нравственными страданиями. Гражданин Старобинский, Вы готовы?


#### Имущественные авторскиеправа

Согласно закону РФ “Об авторском праве и смежных правах”, имущественные авторские права определяютсякак единое исключительное право на использование произведения. Оно означает право осуществлять или разрешать, а также запрещать осуществлять следующиедействия:

* воспроизводить (например, тиражировать) произведение (ту же рекламу);
* распространять экземпляры произведения;
* импортировать экземпляры произведения;
* публично показывать произведение (например, на улицах города);
* публично исполнять произведение (например, на телерадиоканалах);
* сообщать произведение для всеобщего сведения путем передачи в эфир;
* сообщать произведение для всеобщего сведения по кабелю (кабельное TV, Relcom);
* переводить произведение;
* перерабатывать произведение.

Как было сказано выше, все указанные имущественные права на использование произведения первоначальнопринадлежат автору. Все последующие пользователи произведения могут использовать произведение только на основании разрешения автора. При этомразрешение должно быть специальным образом оформлено. И вообще, необходимость тщательного документального оформления передачи имущественных прав являетсяхарактерной особенностью использования объектов авторского права.

### Механизм передачи прав

#### Служебное произведение

По умолчанию считается, что если объект авторского права создан в порядке выполненияслужебных обязанностей (например, штатный дизайнер в рекламном агентстве), то исключительные имущественные авторские права (то есть права на использованиепроизведения) принадлежат работодателю. Это самый простой, на первый взгляд, и самый распространенный способ передачи авторских прав. Однако следует помнить,что при этом следует иметь и трудовой контракт, и должностную инструкцию, и, желательно, письменное поручение на выполнение конкретной работы (служебноезадание).

Наследование
Имущественные авторские права действуют достаточно долго — 50 лет после смертиавтора, поэтому разрешение на использование произведений, авторы которых умерли менее 50 лет назад, а также репрессированных и реабилитированных необходимополучать у их наследников.

#### Авторский договор

В пункте 2 статьи 31 указанного закона записано следующее: *"все права на использованиепроизведения, прямо не переданные по авторскому договору, считаются не переданными".*

Внимание! Рекомендуем директорам, коммерческим директорам и бухгалтерам рекламных агентств перечитатьпредыдущую цитату трижды...
При этом Закон предусматривает два вида договора, по которому могут бытьпереданы имущественные авторские права: авторский договор и авторский договор заказа.
По авторскому договору передаются права на уже готовое, созданное авторомсамостоятельно по своей инициативе и в свободное от основной работы время произведение. Это некий аналог купли-продажи прав на понравившеесяпроизведение.

#### Авторский договор заказа

По авторскому договору заказа передаются права на произведение, созданное автором по инициативезаказчика. При этом заказчик указывает критерии, которым должно соответствовать произведение.

Вместе с произведением, переданным заказчику, автором передаются и права на егоиспользование. Это некая аналогия договора подряда.

Особенностью данного типа договора является обязательный аванс, который компенсирует старания авторав случае непринятия заказчиком созданного произведения.

#### Фарватерв море авторского права

В юридическом “водном” пространстве есть свои моря с их многочисленными опасностями. Есть в этих моряхи специалисты-лоцманы, которые с помощью карт указывают своим Партнерам безопасный и оптимальный маршрут. У моряков этот маршрут называется “фарватер”.

В море авторского права, а мы специализируемся в этой области уже более пяти лет, есть свои особенности.В этом море происходили свои баталии, кораблекрушения, пиратские захваты чужих кораблей и прочие интересные события. Законы моря для всех равны и одинаковыкак для “Титаников” рынка, так и для маленьких парусных судов.

Задача этого материала — очертить некоторые фрагменты карты скрытых опасностей в море авторского права.Если это поможет Вам избежать уже, увы, типовых ошибок, мы будем рады.

Представьте себе, что Автор и Заказчик находятся в одной лодке. Казалось бы, что проще? Нужно простоскоординировать работу гребцов, и в конечном счете намеченная цель будет достигнута. Но на практике все сложнее, так как, к сожалению, человеческийфактор играет большую роль в деловых взаимоотношениях, и зачастую возникающие на этой почве рабочие конфликты возможно разрешить только при участии юриста.
Однако о типовых “опасных зонах” можно говорить прямо сейчас. Итак, перед вами — карта опасных мест.

Договор? Разве мы не доверяем друг другу?

Суть первого опасного явления состоит в том, что между Автором и Заказчиком отсутствуют установленныедоговоренности, оформленные в виде авторского Договора.

Часто бывает, что Автор и Заказчик начинают совместную работу на неформальной основе. Обе стороныискренне верят, что никаких проблем между ними не возникнет. А если они и возникнут, то уж как-нибудь договориться можно.

Исходя из этих позиций, Автор выполняет свою работу, а Заказчик расплачиваетсяс ним. Какправило, расчет происходит “черным налом”. При этом об авторском договоре и речи нет. В лучшем случае Заказчик догадается взять с Автора расписку ополучении денег.

Кроме того, в данном случае Заказчик убежден, что, заплатив Автору за произведение, он автоматическистановится обладателем последнего.

Однако существует закон “Об авторском праве и смежных правах” (далее — ЗоАП) и его диспозиции(положения по умолчанию). Например, “права, прямо не переданные по авторскому договору, считаются не переданными” (п. 2 ст. 30 ЗоАП).

Автор — мой сотрудник, а следовательно, произведение мое

Второй источник конфликтов — отсутствие должного оформления трудовых отношений.

Как правило, в этих случаях сотрудник приступает к работе без заключения трудового контракта и безподписанного директором заявления о приеме на работу. Случается, что оформление трудовых отношений происходит не полностью или задним числом, отсутствуетположение о конфиденциальности или пропущена дата окончания срочного трудового Договора.

При этом Работодатель полностью убежден, что ему принадлежит все, что создал Автор. И почти всезабывают, что для того, чтобы произведение было признано служебным, необходимы либо подписанная работником должностная инструкция (в которой должным образомпрописаны все его обязанности, включая создание объектов авторского права), либо служебная записка с поручением Автору создать определенное произведение.

Кстати, закон гласит: “Если по истечении срока трудового договора (контракта) трудовые отношенияфактически продолжаются и ни одна сторона не потребовала их прекращения, то действие договора считается продолженным на неопределенный срок” (ст. 30 КЗоТ).

А также “Исключительные права на использование служебного произведения принадлежатлицу, с которым автор состоит в трудовых отношениях (работодателю), если в договоре между ним и автором не предусмотрено иное. Размер авторскоговознаграждения закаждый вид использования служебного произведения и порядок его выплаты устанавливается договором между автором и работодателем” (п. 2 ст.14 ЗоАП).

Исходя из вышесказанного, необходимо обратить внимание на юридически грамотное исвоевременное оформление трудовых взаимоотношений.

Часть произведения — все-таки его часть!

Речь идет об использовании элементов чужих произведений.

Чаще всего, используя фрагмент какого-либо произведения, многие даже не задумываются, можно ли этоделать.

Однако не забывайте, что “Часть произведения (включая его название), которая удовлетворяет требованиямпункта 1 настоящей статьи (произведение науки, литературы и искусства, являющееся результатом творческой деятельности, независимо от назначения идостоинства произведения, а также способа его выражения) и может использоваться самостоятельно, является объектом авторского права” (п. 3 ст. 6 ЗоАП).

Так что следуйте библейской заповеди “не укради”, а о случаях свободного использования произведенийлучше всего посоветоваться с юристом.

И кто здесь Автор?

Речь идет о грубых нарушениях прав Автора.

“О каких авторских правах этого невзрачного, несовременного, непрактичного Автора может идтиречь?” — думают иные Заказчики.

И без смущения используют произведения без согласия Автора, даже не собираясь платить. А еслиАвтор пытается восстановить свои права, переходят к угрозам. Чаще всего это происходит в тех случаях, когда Автор и Заказчик находятся в “разных весовыхкатегориях”.

Между тем даже самый уверенный в себе Заказчик должен понимать, что закон — на стороне автора, идаже самый непрактичный Автор должен помнить, что многие адвокаты охотно берутся за подобные дела, так как вероятность выигрыша очень высока, а опроценте от выигрыша всегда можно договориться.

Заказчики, во избежание разрешения конфликтов в судах заключайте Договоры, не игнорируйтеправа Авторов!

#### Авторский экстремизм

Бывает, что Автор злоупотребляет своими правами. На юридическом языке это называется “шикано”.

Все начинается как обычно: Договор отсутствует, а оплата произведена “живыми” деньгами.

Но существует и еще один ключевой момент: Автор активно участвует в так называемом “нарушенииавторских прав”. При этом автор заверяет заказчика, что это ничего не стоит, что ему самому это все очень интересно и пр. При этом существует парадоксальнаязакономерность: чем альтруистичнее автор ведет себя на старте (когда еще нет запаха прибыли), тем выше вероятность шикано потом. При этом очевидно противоречиемежду гонораром, полученным автором ранее (с которой он тогда был согласен) и самооценкой “реальной значимости моего эпохального произведения”. Логичнымпродолжением этого заболевания являются угрозы и шантаж. Автору кажется, что перепуганный Заказчик сразу заплатит много дополнительных денег.

Самое печальное в этой ситуации заключается в том, что, с юридической точки зрения, Заказчик почтибеззащитен перед Автором, поскольку закон прежде всего стоит на страже авторов. Однако как показывает практика, дойдя до суда, эти споры сначала затягиваютсяна несколько лет, а потом выплачиваются очень маленькие компенсации.

Что же делать Заказчику? Ему остается только одно: сделать правильный вывод. А вывод из всегосказанного будет неоригинальным, но здравым: заключайте Авторский Договор, потому что это самое эффективное противоядие от всевозможных конфликтов междуАвтором и Заказчиком.

## СПИСОКИСПОЛЬЗОВАННЫХ ИСТОЧНИКОВ

1. Закона РФ “О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров”

2. Закон РФ "Об авторском праве и смежных правах"

3. Закон РФ “О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождениятоваров”

4. Закон РФ “О рекламе”.

5. Закона РФ “О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров”

6. Патентный закон № 3517-1 от 23.09.92 г.

7. Закон РФ № 949-1 от 22.03.91 г. “*О конкуренции* и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках”.

8. Электронный журнал о рекламе «YES» / http://www.es.ru/