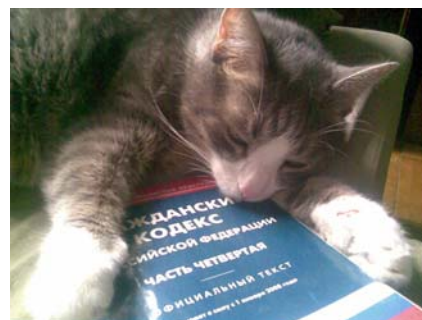


## Семь вопросов к дискуссии по закону «О патентных поверенных»



*Ю.И. Буч – патентный поверенный, доцент кафедры менеджмента и систем качества СПбГЭТУ «ЛЭТИ», канд. техн. наук*

Судя по количеству публикаций в журналах «Патентный поверенный» и «Патенты и лицензии», выступлений на различных конференциях, федеральный закон Российской Федерации «О патентных поверенных» может стать для нашего сообщества главным событием 2009 г.

Закон не произвел революции, и в этом его главное достоинство, хотя и не все с этим согласны. Он не только не разрушил сложившуюся систему, но и не нарушил, как это бывает, устоявшихся процессов: аттестацию патентных поверенных, их взаимоотношений с клиентами и Роспатентом, организацию бизнеса и пр. Все остались на своих местах, и все продолжает работать. Закон «О патентных поверенных» не содержит ни одной нормы, которая бы хоть в малой степени умаляла в правах патентных поверенных в сравнении с Положением 1993 г., скорее, наоборот. В принципе, сообщество должно быть удовлетворено этим фактом.

Тем не менее, активность в обсуждении ряда связанных с Законом вопросов, прежде всего об управлении деятельностью патентных поверенных, не снижается. Это нормально. Однако обсуждение предполагает всесторонний взгляд на вещи, поэтому зададим себе несколько вопросов.

### 1. Что написано в ГК?

Прежде всего внимательно прочтем ст. 1247 ГК РФ:

«1. Ведение дел с федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности может осуществляться заявителем, правообладателем, иным заинтересованным лицом самостоятельно, или через патентного поверенного, зарегистрированного в указанном федеральном органе, или через иного представителя.

2. Граждане, постоянно проживающие за пределами территории Российской Федерации, и иностранные юридические лица ведут дела с федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности через патентных поверенных, зарегистрированных в указанном федеральном органе, если международным договором Российской Федерации не предусмотрено иное...».

Отметим три обстоятельства, принципиальных для последующего разговора.

**Первое:** с деятельностью патентного поверенного, которая регулируется законом, связано только «ведение дел с федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности», для простоты – исключительно ведение дел с Роспатентом. Не с кем-то и где-то, а только с Роспатентом. При этом речь идет о делах, связанных исключительно «с правовой охраной результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации», то есть с признанием (или непризнанием) прав по результатам того самого «ведения дел».

**Второе:** вести дела с Роспатентом заявитель (и другие перечисленные лица, далее для простоты – заявитель) может «самостоятельно, или через патентного поверенного..., или через иного представителя». Последнее означает, что, вообще, в части такого «ведения дел» нет ограничений.

**Третье:** ограничения вводятся п. 2, которым установлено, что если заявителем является гражданин, постоянно проживающий за пределами Российской Федерации (речь даже не о гражданстве, а о месте проживания!), или иностранное юридическое лицо, то дела с Роспатентом они ведут через патентных поверенных.

Таким образом, патентный поверенный в соответствии с ГК РФ это лицо, которое, при прочих равных правах с другими, наделено дополнительным правом – представлять в Роспатенте зарубежного заявителя.

## 2. Кто такой патентный поверенный?

Патентные поверенные – весьма важный институт, призванный, как это не покажется странным на первый взгляд, обеспечить равенство прав национальных и зарубежных заявителей. Парижская конвенция по охране промышленной собственности 1883 г. обязывает все страны-участницы установить, и, главное, обеспечить такое равенство. Действительно, равенство просто декларировать, но сложно осуществить.

Не говоря о понятных финансовых проблемах, любой национальный заявитель всегда имеет преимущество перед зарубежным: по знакомым правилам и процедурам всегда проще подать заявку, но всегда сложнее вести дела на чужом языке, по чужому закону, учитывая чужую правоприменительную практику. Достаточно, например, вспомнить, что объем прав на изобретение определяется патентной формулой, а формула – это слова, то станет понятно, почему иностранцу всегда сложнее.

В мире давно найдены эффективные средства решения данной проблемы. Например, установлено право конвенционного приоритета, дающее заявителю дополнительное время для решения финансовых и организационных проблем, адекватного представления заявки в зарубежное ведомство с сохранением приоритета по дате подачи первой заявки, обычно национальной.

Что касается института патентных поверенных, то, учитывая серьезные процедурные, лингвистические проблемы, особенности национального права и его применения для зарубежных заявителей, государство «говорит»: «все ведут дела с ведомством как считают для себя удобным, но если ты из другой страны – то только через патентного поверенного».

С одной стороны, это выглядит как ограничение прав иностранных заявителей. Однако на деле, при условии, что государство гарантирует определенный профессиональный уровень патентных поверенных, это обеспечивает фактическое равенство прав и гарантией того, что иностранному заявителю будет обеспечен нормальный процесс «ведения дел с ведомством». Решая указанную проблему так, государство принимает на себя обязательства, как минимум, по аттестации, ведению общедоступного Реестра патентных поверенных и контролю за их деятельностью по ведению дел с ведомством.

Таким образом, патентный поверенный – это «звено в цепи» между иностранным заявителем и ведомством. Чтобы звено было надежным, государство в лице ведомства создает упомянутую систему аттестации, ведения Реестра и контроля. Это становится государственной функцией, выполняемой ведомством.

Все это придумано не нами, так работает весь мир, и в нашем случае Роспатент выполняет указанные государственные функции.

### **3. Профессия или форма бизнеса?**

Не только при обсуждении законопроекта, но и гораздо раньше, особо острая дискуссия развернулась по поводу определения статуса патентного поверенного или, точнее, признания физического лица таковым.

Как следует из смысла ст. 1247 ГК, деятельность патентного поверенного предполагает прежде всего определенные знания и умение в ведении дел с Роспатентом. Необходимо хорошее знание законодательства, как минимум, в той части, в которой специализируешься, умение составлять документы заявки, отвечать по существу на запросы ведомства и т. п. Характер такой деятельности исключительно профессиональный. Это подтверждается и программой квалификационного экзамена, которому подвергается кандидат в патентные поверенные. Она не содержит каких-либо заданий, связанных, например, с организацией и ведением бизнеса в рамках той или иной организационно-правовой формы. Патентный поверенный – это человек определенной профессии. Как врач, строитель, шофер, музыкант и т. д.

Тем не менее, наряду с таким представлением о характере деятельности патентного поверенного, существует мнение, что деятельность патентного поверенного – это предпринимательская деятельность, которая может осуществляться в определенных организационно-правовых формах. Несмотря на то, что такое представление противоречит не только смыслу ст. 1247 ГК РФ, но и здравому смыслу, оно столь активно продвигается, что даже нашло отражение в проекте закона «О патентных поверенных», когда в качестве предъявляемых требований к патентному поверенному устанавливались как требования квалификационные, так и требования к организационной форме, в которой патентный поверенный выполняет свои профессиональные обязанности. Так, предполагалось, что для признания физического лица патентным поверенным недостаточно успешно пройти квалификационные испытания. Необходимо, чтобы деятельность осуществлялась либо в форме самостоятельной частной практики, либо в качестве работника юридического лица, оказывающего услуги по правовой охране результатов интеллектуальной деятельности или средств индивидуализации. Такой подход уже достаточно обсуждался профессиональным сообществом, констатируя крайне негативные возможные последствия такой нормы.

То, что в итоге в законе «О патентных поверенных» формальные требования к патентному поверенному и определение организационных форм, в которых он может осуществлять свою деятельность, разнесены по разным статьям, свидетельствует о том, что здравый смысл восторжествовал. Хотя, вопрос о том, что такое «частная практика» остается пока без ответа.

### **4. Есть ли конфликт интересов?**

Бытует мнение, что между заявителем и Роспатентом как государственным органом существует конфликт интересов, и патентный поверенный, как посредник между ними, участвует в этом конфликте, представляя заявителя. Это, полагают, дает право говорить, что деятельность патентных поверенных сродни адвокатской, что соответствующим образом должно быть закреплено законодательно. Так ли все это?

Как было показано, деятельность патентного поверенного, предусмотренная законом, – это ведение дел с Роспатентом, связанных с правовой охраной результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации. И только. Эти дела по определению не содержат конфликта интересов. Когда вы подаете заявку на выдачу патента на изобретение, фактически происходит следующее: у вас (у заявителя) есть право получить патент, но только в случае, если изобретение удовлетворяет установленным законом условиям патентоспособности, и ведомство это проверяет.

Обратите внимание, никто ни у кого ничего не отнимает и ни чьих прав не нарушает. У вас либо это право на получение патента есть, если изобретение патентоспособно, либо его нет, если изобретение непатентоспособно. Роспатент (ФИПС) путем экспертизы это проверяет, устанавливая наличие этого права. Есть – получите, нет – извините. Все процедуры носят исключительно административный характер.

Безусловно, признание прав – это юридическая процедура, и патентный поверенный должен в полной мере ею владеть. Однако здесь вовсе нет адвокатских проблем, требующих специального решения через законодательство. Адвокат – участник отправления правосудия. Адвокат защищает лицо, обвиненное в наказуемом деянии, и по делам, связанным с административными правонарушениями или уголовными преступлениями, противостоит государству в лице его органов. При осуществлении адвокатской деятельности возникает конфликт интересов личности и государства. Ничего подобного нет во взаимоотношениях патентного поверенного и Роспатента.

Конечно, не удовлетворившись решением Роспатента, Палаты по патентным спорам, вы можете обратиться с иском в суд на Роспатент, но это уже не будет называться «ведением дел, связанных с правовой охраной». И, кстати, в этом случае представлять истца (а не заявителя!) может уже любое лицо, независимо от того, является ли истец российским гражданином либо российским юридическим лицом или нет.

Таким образом, в связи с деятельностью патентного поверенного, в том объеме, как она определена Законом, нет конфликта интересов заявителя и государства. А конфликты отдельных патентных поверенных с отдельными работниками Роспатента и подведомственных ему организаций не относятся к теме разговора.

## **5. Неправомерные действия Роспатента. О чем это?**

Тезис: «Патентные поверенные крайне нуждаются в защите от неправомерных действий со стороны Роспатента», как можно судить по журнальным публикациям и публичным выступлениям, считается вполне самостоятельным и даже не требующим обоснования. Так ли это?

С учетом 30-летнего опыта общения с Роспатентом (когда-то Госкомизобретений) и существенно большего жизненного опыта, могу утверждать, что Роспатент – самое безобидное ведомство в сравнении со всеми остальными, с которыми приходилось сталкиваться. Как понимать «неправомерные действия»? Ну, отказало ведомство в выдаче патента или регистрации знака. И что? Во-первых, это не происходит сразу: эксперт всегда пришлет запрос, уведомление, в общем, «посоветуется» с заявителем. Ну, а если это решение необоснованно, незаконно, у тебя есть все возможности представить соответствующие доводы в переписке с экспертом, а если вынесено решение – оспорить по известным процедурам. Ну, запросил эксперт дополнительно некий документ. Если он прав – пришли, если нет – можешь указать на его ошибку, сославшись на определенную норму. И так с любым действием, которое, на твой взгляд, незаконно: его можно оспорить, чтобы в итоге стало «по закону». Когда с тобой по-хамски обошлись в магазине, в милиции, в налоговой, в любой сфере услуг и пр., у тебя гораздо меньше шансов получить сатисфакцию, нежели очередное унижение.

Но действиями Роспатента, которые просто не такие, как нам хотелось бы, мы категорически недовольны и громогласно требуем: «Свободу!». А все почему? Да потому, что перед клиентом хотим выглядеть «белым и пушистым» и самым-самым. А если кто и виноват, так это – злой и ужасный Роспатент. Никто не идеализирует работу Роспатента, но так не бывает, чтобы кто-то один был всегда прав, а другой нет.

Да и это не главное. Патентный поверенный, так же, как и любой отечественный заявитель или иной представитель заявителя, ведет дела с Роспатентом. Именно в такой

последовательности – «так же, как и...». При этом активно, порой, до истерики, обсуждается вопрос о неких неправомерных действиях в отношении именно патентных поверенных, но никто ни разу не обмолвился о возможности таких действий в отношении обычных заявителей и их представителей. Выглядит, по меньшей мере, странно. Если патентные поверенные такие «крутые» профи, почему надо защищать от Роспатента именно их, а не иных представителей? Либо эти проблемы есть только у патентных поверенных, и тогда... увы, все сильно запущено, либо этой проблемы нет, а патентные поверенные требуют для себя особых привилегий. С одной стороны, а с другой – говорят о развитии добросовестной конкуренции. Правомерно ли?

Надо признать, что неправомерные действия может совершить любое лицо, в том числе и каждый из нас. А порядок определяется не отсутствием неправомерных действий, а наличием действенных правовых норм и механизмов, обеспечивающих их пресечение, причем одинаковых для всех. Как сказал Ш. Монтескье: «Закон должен быть похож на смерть, которая не щадит никого». Надо это признать и успокоиться. И не надо делать из Роспатента страшилку.

## **6. Руководит ли Роспатент патентными поверенными?**

Судя по высказываниям коллег, весьма популярным остается мнение о том, что деятельностью патентных поверенных руководит Роспатент, который «продолжает считать, что только он вправе диктовать патентным поверенным, что и как делать». Хотя, вообще говоря, «диктует» только закон, в том числе Роспатенту!

В чем же заключается руководство или управление патентными поверенными со стороны Роспатента, и как вообще такое может быть?

Как мы уже выяснили, Роспатент, выполняя государственные функции, осуществляет аттестацию, ведение общедоступного Реестра патентных поверенных и контроль за их деятельностью. С аттестацией и ведением Реестра понятно: их при всем желании нельзя отнести к управлению патентными поверенными.

Что же касается контроля за деятельностью патентных поверенных, то основанием для этого могут быть только «жалобы лиц на действия представляющих их права и законные интересы патентных поверенных, совершенные с нарушением законодательства Российской Федерации» (подпункт 3 части 3 ст. 9 закона «О патентных поверенных»). Возможные негативные для патентного поверенного последствия рассмотрения таких жалоб (см. далее часть 6 ст. 9) – вынесение ему предупреждения или обращение к Роспатенту с рекомендацией о направлении в суд иска о применении к патентному поверенному таких мер взыскания, как приостановление его деятельности на срок до одного года или исключение из Реестра на срок до трех лет с возможностью последующего восстановления при условии повторной аттестации или без аттестации.

Все правильно: если Роспатент, проведя аттестацию, предлагает заявителю пользоваться услугами патентных поверенных, включенных в Реестр, то он гарантирует определенный уровень качества. По меньшей мере, со стороны патентного поверенного не должно быть действий, совершенных «с нарушением законодательства Российской Федерации». Иные способности патентного поверенного Роспатенту неподвластны. Если же, по мнению лица, которое представляет патентный поверенный (не по мнению Роспатента!), такое нарушение происходит, Роспатент, вначале в рамках апелляционной комиссии, а затем в судебном порядке может добиваться принятия в отношении этого патентного поверенного таких мер взыскания, которые обеспечат данное обществу гарантии качества работы института патентных поверенных. Причем установленный порядок, когда жалоба в апелляционной комиссии рассматривается с участием самого «проштрафившегося» и представителей общественных организаций патентных

поверенных, а решение о взыскании принимает суд, обеспечивает максимально возможную открытость и объективность рассмотрения этого дела.

Вот, собственно, и все руководство, и все управление. Законом «О патентных поверенных» оставлены контрольные функции со стороны государства ровно в том объеме, который позволяет обеспечить выполнение главной задачи – квалифицированное представительство заявителей.

## 7. Саморегулирование. Чего?

И, наконец, самым обсуждаемым является вопрос об управлении деятельностью патентных поверенных в рамках саморегулируемой организации, причем на условиях обязательного членства всех патентных поверенных и обязательного страхования деятельности. Желательно под названием Палата патентных поверенных. Также предлагается предоставить такой организации право аттестации патентных поверенных и контроля за их деятельностью.

Вопрос о включении соответствующих норм непосредственно в Закон «О патентных поверенных» активно обсуждался при работе над законопроектом, и то, что этого не случилось, есть отражение формальной стороны вопроса: такие предложения противоречат предмету регулирования, определенному ст.1247 ГК. В итоге Закон ограничился правом патентных поверенных создавать общественные объединения и саморегулируемые организации.

Закон-то ограничился, но тема заиграла новыми красками: если раньше это надо было для «противостояния Роспатенту», то теперь другая крайность – Роспатент потерял управление патентными поверенными. А управлять надо! Зачем? С какой целью? Как? Нет ответа.

Однако посмотрим на предложение, связанное с саморегулируемыми организациями, без эмоций.

**Первое.** Федеральный закон «О саморегулируемых организациях» предусматривает создание саморегулируемых организаций, объединяющих субъектов предпринимательской или профессиональной деятельности. Сегодня в России работают патентные поверенные как субъекты предпринимательской деятельности, так и профессиональной. Заставим всех заниматься предпринимательством? А как быть с патентными поверенными – работниками предприятий, вузов, НИИ? Ясно, что объединение, если и возможно, то только в рамках организации, объединяющей субъектов профессиональной деятельности.

Что касается обязательного членства в саморегулируемой организации, то это противоречит п.1 ст.5 закона «О саморегулируемых организациях». При этом отдельного закона, которым, как исключение, было бы установлено обязательное членство патентных поверенных в некой саморегулируемой организации, нет. А в силу географических особенностей страны существенного различия в экономическом развитии регионов объединение всех патентных поверенных в рамках одной саморегулируемой организации нереально не только с точки зрения закона, но и практически.

**Второе.** Содержанием деятельности саморегулируемых организаций, как это определено п.1 ст.2 закона «О саморегулируемых организациях», является «разработка и установление стандартов и правил указанной деятельности, а также контроль за соблюдением требований указанных стандартов и правил». Под «указанной деятельностью» понимается предпринимательская или профессиональная деятельность субъектов.

Что такое «стандарты и правила», и какое значение они играют в жизни людей? Вот, например, когда рушатся только что построенные здания и гибнут люди, это, как правило, связано с одним: перестали исполнять СНиП-ы (Строительные нормы и правила), которые в СССР были «святая святых» в строительном деле. СССР, конечно, здесь ни при чем, просто сегодня государство не в состоянии регулировать этот процесс так эффективно, как раньше. В такой ситуации создание саморегулируемых организаций – реальный выход из положения, и не случайно подавляющее число саморегулируемых организаций создано в строительстве, и, действительно, их основная задача – разработка стандартов и правил и контроль за их соблюдением.

О каких стандартах и правилах может идти речь применительно к профессиональной деятельности патентного поверенного? Все наши правила сведены в подробнейшие административные регламенты, в которых даже указано, каким шрифтом и с каким интервалом должен быть напечатан текст. Если вы обратили внимание, в отличие от ранее действовавших Правил, появляющиеся административные регламенты включают большое число стандартных форм заявлений и писем. Попытка выяснить у коллег, как они представляют себе стандарты и правила сверх тех, которые определены нормативными документами, ни к чему не привела – никто не мог ничего вообразить. А ведь это были люди с более чем солидным стажем работы.

Может быть, речь идет о стандартах и правилах организации внутри компании патентных поверенных системы делопроизводства, учета и прочих элементах, как это принято сегодня называть, системы управления качеством? Но это дело каждой компании, да и вряд ли кто захочет делиться этим опытом. Или предполагается, что правилами можно ограничить виды работ, выполняемых патентным поверенным? Но такое ограничение уже существует. Это представление в Роспатенте зарубежного заявителя согласно специализации. Иное ограничение недопустимо.

В ситуации, когда мы не можем толком определить, что собой представляют «стандарты и правила», о каком контроле за их соблюдением можно говорить? В чем же тогда содержание деятельности организации, которую предлагается создать как саморегулируемую?

Пожалуй, единственное, что не вызывает сомнений, это предложения установить определенные этические нормы при осуществлении профессиональной деятельности патентного поверенного. Это нормально, это свойственно общественным объединениям по профессиональному принципу, но при чем здесь стандарты и правила саморегулируемой организации?

**Третье.** Попытка передать государственные функции по аттестации патентных поверенных саморегулируемой организации противоречит не только ст. 1247 ГК, но и законодательству о саморегулируемых организациях.

Сегодня функционирует отлаженная за 16 лет государственная система аттестации патентных поверенных. Можно, конечно, говорить о проблемах в этой сфере, но они явно не носят системного характера. Все работает, хотя системе, по оценкам специалистов, не хватает общественного контроля и предъявления более высоких требований к кандидатам в патентные поверенные, прежде всего в части базового образования и опыта работы.

Чтобы проводить аттестацию, нужно этим специально заниматься: накапливать и систематизировать знания, опыт, причем не только связанный с самой аттестацией, но и опыт взаимодействия патентных поверенных с Роспатентом. Все это требует серьезного преподавательского мастерства, и этим невозможно заниматься на общественных началах или в свободное время.

Если сейчас передать эти функции общественной организации, то кто будет гарантировать исполнение государственных обязательств, кто возьмет на себя ответственность за их исполнение? Общественная организация, во-первых, несуществующая, и, во-вторых, непонятно, на каких принципах организуемая? Поэтому никто, кроме Роспатента реально не может гарантировать исполнение государственных обязательств в части аттестации патентных поверенных.

Должны ли и могут ли патентные поверенные участвовать в этом процессе? Непосредственно в процессе аттестации – вряд ли. Все-таки это не их дело, хотя Закон и предусматривает участие патентных поверенных в работе аттестационной комиссии. Что касается их участия в работе апелляционной комиссии, то это может оказаться удачным вариантом общественного контроля. Кроме того, патентные поверенные (самостоятельно или от имени общественного объединения) вполне могли участвовать, например, в экспертизе учебных программ подготовки и экзаменационных программ аттестации патентных поверенных.

**P.S.**

Любой закон хорош, если, с одной стороны, фиксирует сложившиеся отношения в обществе и, с другой, устанавливает нормы, позволяющие решить объективно существующие проблемы, оставаясь при этом не фикцией, а реально исполнимым. Он не должен ломать сложившиеся отношения и практику, а, решая проблемы, не должен добавлять новых. И, конечно, закон не должен необоснованно ущемлять интересы одних людей в пользу других. Наконец, закон должен быть не только разумным, но и справедливым.

Опубликовано в ж. «Патентный поверенный», 2009, №5.