Э.П. Гаврилов, В.И. Еременко
КОММЕНТАРИЙ
К ЧАСТИ ЧЕТВЕРТОЙ
ГРАЖДАНСКОГО
КОДЕКСА
РОССИЙСКОЙ
ФЕДЕРАЦИИ
(ПОСТАТЕЙНЫЙ)
МОСКВА

КОММЕНТАРИЙ К ЧАСТИ ЧЕТВЕРТОЙ ГРАЖДАНСКОГО КОДЕКСА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

(Постатейный)

Э.П. ГАВРИЛОВ, В.И. ЕРЕМЕНКО

Авторы:

Гаврилов Э.П. - доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой гражданско-правовых дисциплин Института международной торговли и права, профессор кафедры гражданского права Государственного университета - Высшей школы экономики. Труды (книги, брошюры, статьи) по общим вопросам гражданского права, включая авторское право, смежные права, патентное право и право на товарные знаки. В настоящей книге им написаны комментарии к главам 69, 70, 71, 74 и к § 2 и 3 гл. 76 ГК РФ.

Еременко В.И. - доктор юридических наук, начальник Отдела права Евразийского патентного ведомства. Труды по общим вопросам гражданского права, включая конкурентное право, патентное право, право на фирменные наименования и товарные знаки. В настоящей книге им написаны введение, комментарии к Федеральному закону N 231-ФЗ, к главам 72, 73, 75, к § 1 и 4 гл. 76 и к гл. 77 ГК РФ.

Введение

В истории российского нормотворчества найдется немного случаев столь долгого (более 10 лет) дискуссионного и противоречивого рассмотрения многочисленных законопроектов, как в сфере кодификации законодательства об интеллектуальной собственности.

С принятием 18 декабря 2006 г. части четвертой ГК РФ, содержащей единственный раздел VII ("Права на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации"), которая введена в действие с 1 января 2008 г., завершена кодификация гражданского законодательства Российской Федерации.

Концепция кодификации норм об интеллектуальной собственности в значительной степени основана на историческом опыте развития гражданского законодательства в нашей стране.

Как известно, в советский период действовали Основы гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик 1961 г. и ГК РСФСР 1964 г., в которых содержались разделы об авторском праве, праве на изобретение, рационализаторское предложение, промышленный образец, а также о праве на открытие. Вместе с тем наряду с указанными кодификационными актами были приняты подзаконные акты в их развитие, например Положение об открытиях, изобретениях и рационализаторских предложениях 1973 г.

Уже на излете советского периода были приняты Основы гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г., включающие нормы об авторском праве, праве на изобретения и другие объекты интеллектуальной собственности. В целях детализации упомянутых выше норм были разработаны специальные законы в сфере интеллектуальной собственности, в том числе Закон СССР "Об изобретениях в СССР", который вступил в действие с 1 июля 1991 г.

Следовательно, в нашей стране всегда признавалась многоуровневая система кодификации норм об интеллектуальной собственности, когда наряду с

кодификационным актом существовали специальные законы, призванные его детализировать, а также подзаконные нормативные акты.

Как известно, российский законодатель с подачи разработчиков законопроекта отошел от апробированной временем многоуровневой системы кодификации и реализовал так называемую полную, или исчерпывающую схему, кодификации законодательства об интеллектуальной собственности, объединяющую в части четвертой ГК РФ все нормы об интеллектуальной собственности и одновременно исключающую самостоятельное существование всех специальных законов в сфере интеллектуальной собственности, кроме Федерального закона от 29 июля 2004 г. N 98-ФЗ "О коммерческой тайне", который в результате его изменения во многом потерял свою содержательную часть.

В свое время один из главных разработчиков законопроекта В.А. Дозорцев (Исследовательский центр частного права при Президенте РФ) аргументированно критиковал сторонников полной (исчерпывающей) схемы кодификации, указывая, что неправильно выстраивать один раздел ГК РФ по одной схеме, в то время как систематизация остальных разделов базируется на других принципах. По его мнению, это приведет только к разрушению единства гражданского права <1>.

- -

<1> Дозорцев В.А. Интеллектуальные права. Понятие. Система. Задачи кодификации. Сборник статей / Исслед. центр частного права. М.: Статут, 2005. С. 362.

Однако победила точка зрения сторонников полной (исчерпывающей) кодификации норм об интеллектуальной собственности, в результате чего часть четвертая ГК РФ представляет собой симбиоз норм гражданского, административного и трудового права.

С включением в ГК РФ большого количества норм административного права кодификация по сути подменена инкорпорацией, когда сравнительно небольшое количество общих положений дополнено по существу механическим переносом специальных законов в сфере интеллектуальной собственности. Если указанная тенденция в нормотворчестве возобладает и затронет другие институты гражданского права, то ГК РФ рискует превратиться в свод законов, что больше присуще англосаксонскому праву, чем праву континентальному.

В связи с вышеизложенным целесообразно рассмотреть международную практику правового регулирования отношений в сфере интеллектуальной собственности.

Обратимся сначала к опыту наших соседей по СНГ, гражданские кодексы которых содержат самостоятельные разделы или главы, посвященные интеллектуальной собственности.

В большинстве государств - участников СНГ задачи кодификации законодательства об интеллектуальной собственности были решены, с той или иной степенью полноты и детализации, в принципе на основе раздела V ("Интеллектуальная собственность") модели Рекомендательного законодательного акта для СНГ, принятого на седьмом пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств - участников СНГ 17 февраля 1996 г.

Гражданские кодексы ряда государств (Армения, Белоруссия, Казахстан, Киргизия, Узбекистан) в той или иной степени ориентированы на раздел V модели Рекомендательного законодательного акта для СНГ. Гражданский кодекс Украины построен по иному принципу: после книги третьей ("Право собственности и другие вещные права") следует книга четвертая ("Право интеллектуальной собственности"), содержащая 12 кратких глав (83 статьи) по различным объектам интеллектуальной собственности, включая научные открытия и рационализаторские предложения.

Гражданский кодекс Туркменистана содержит часть четвертую, в которой закреплены только нормы авторского права и смежных прав, заменяющую собой специальный закон в указанной сфере.

В раздел V ("Интеллектуальная собственность") Гражданского кодекса Таджикистана включены только общие положения об интеллектуальной собственности (13 статей).

Общим для законодательств всех вышеуказанных государств является то обстоятельство, что наряду с нормами об интеллектуальной собственности в гражданских кодексах существуют специальные законы в указанной сфере, кроме Туркменистана, в части специального закона об авторском праве и смежных правах.

В странах дальнего зарубежья примеры наличия в гражданских кодексах развернутых норм об интеллектуальной собственности являются редкими.

Можно отметить Гражданский кодекс Нидерландов от 31 мая 1843 г. в редакции 1995 г., содержащий нормы о наименованиях мест происхождения товаров, географических указаниях и об охране нераскрытой информации.

Более детальное регулирование отношений в сфере интеллектуальной собственности предусмотрено в Гражданском кодексе Италии от 13 марта 1942 г., в редакции 2000 г.: 32 статьи этого Кодекса посвящены общим вопросам фирменных наименований, товарных знаков, авторского права, изобретений, полезных моделей и промышленных образцов.

В этих государствах также приняты, наряду с общими нормами по интеллектуальной собственности в гражданских кодексах, специальные законы в указанной сфере правового регулирования.

Следует особо отметить, что определяющей тенденцией в мире в области систематизации норм об интеллектуальной собственности является инкорпорация норм об интеллектуальной собственности, т.е. сосредоточение таких норм в единых нормативных правовых актах, преимущественно в кодексах об интеллектуальной (промышленной) собственности, либо иных комплексных нормативных правовых актах.

Среди наиболее известных нормативных правовых актов указанного типа можно назвать следующие: Кодекс промышленной собственности Португалии 1940 г.; Кодекс промышленной собственности Бразилии 1971 г.; Кодекс интеллектуальной собственности Шри-Ланки 1979 г.; Кодекс интеллектуальной собственности Франции 1992 г.; Кодекс интеллектуальной собственности Филиппин 1997 г. (при этом в этой стране действует Гражданский кодекс 1949 г., девять статей которого посвящены правовой охране товарных знаков, наименований мест происхождения товаров, географических указаний, а также нераскрытой информации); Декрет-Закон Кубы N 68 1983 г. "Об изобретениях, научных открытиях, промышленных образцах, товарных знаках и наименованиях мест происхождения товаров" (кроме указанных в названии объектов под действие Декрета-Закона подпадают фирменные наименования, вывески, торговые девизы, указания происхождения).

В отдельных случаях комплексные нормативные правовые акты принимаются в рамках международных договоров. Так, например, Соглашение о создании Африканской организации интеллектуальной собственности 1977 г. имеет десять приложений, относящихся к различным объектам интеллектуальной собственности, которые непосредственно действуют в 16 государствах - участниках указанного Соглашения, замещая собой национальные законодательства в сфере интеллектуальной собственности.

Столь пространное обращение к международному опыту в сфере кодификации норм об интеллектуальной собственности призвано выявить тот непреложный факт, что Россия в этой сфере, впрочем, как и во многих других, выбрала свой уникальный путь. В результате был принят законопроект, вызывающий упреки с юридико-технической точки зрения, загромоздивший Гражданский кодекс многочисленными нормами административного и трудового права.

По существу кодификация норм об интеллектуальной собственности заменена инкорпорацией всех специальных законов в сфере интеллектуальной собственности в ГК РФ. Аналогов такого решения в мировой практике не существует. В России выбран самый

худший вариант кодификации норм об интеллектуальной собственности из тех, которые были предложены для обсуждения.

Представляется целесообразным включить в настоящее издание постатейный Комментарий Федерального закона от 18 декабря 2006 г. N 231-ФЗ "О введении в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации", поскольку его положения также оказали существенное влияние на режим правовой охраны результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации.

18 декабря 2006 года N 231-ФЗ

РОССИЙСКАЯ ФЕДЕРАЦИЯ

ФЕДЕРАЛЬНЫЙ ЗАКОН

О ВВЕДЕНИИ В ДЕЙСТВИЕ ЧАСТИ ЧЕТВЕРТОЙ ГРАЖДАНСКОГО КОДЕКСА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

(в ред. Федерального закона от 24.07.2007 N 202-ФЗ)

Статья 1

Комментарий к статье 1

1. Федеральный закон от 18 декабря 2006 г. N 231-ФЗ "О введении в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации" (далее - Вводный закон (СЗ РФ. 2006. N 52 (ч. 1). Ст. 5497)) детально регулирует вопросы, связанные со вступлением в силу части четвертой ГК РФ, состоящей из единственного раздела VII.

Кроме того, и это очень важно, Вводный закон внес многочисленные изменения и дополнения в предшествующие части ГК РФ, а также многие законодательные акты Российской Федерации, в связи с чем можно констатировать существенное изменение режима правовой охраны результатов интеллектуальной деятельности и приравненных к ним средств индивидуализации юридических лиц, товаров, услуг и предприятий.

2. В комментируемой статье предусмотрено введение в действие части четвертой ГК РФ с 1 января 2008 г.

Большинство положений Вводного закона также введены в действие с 1 января 2008 г., за исключением некоторых его статей, которые вступают в силу в иные сроки (см. комментарий к ст. 36 Вводного закона).

Статья 2

Комментарий к статье 2

В соответствии с положениями комментируемой статьи признаны утратившими силу с 1 января 2008 г. 48 нормативных правовых актов РСФСР и Российской Федерации, а также более 10 пунктов и статей таких актов.

Наиболее значимые из них следующие: Гражданский кодекс РСФСР 1964 г., Патентный закон РФ 1992 г., Закон РФ 1992 г. "О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров", Закон РФ 1992 г. "О правовой охране программ для электронно-вычислительных машин и баз данных", Закон РФ 1992 г. "О

правовой охране топологий интегральных микросхем", Закон РФ 1993 г. "Об авторском праве и смежных правах", Закон РФ 1993 г. "О селекционных достижениях".

Таким образом, в комментируемом ГК РФ инкорпорированы по сути положения всех специальных Законов в сфере правовой охраны интеллектуальной собственности, за исключением разве что положений Федерального закона от 29 июля 2004 г. N 98-ФЗ "О коммерческой тайне" (СЗ РФ. 2004. N 32. Ст. 3283), который в результате внесенных в него изменений потерял, по сути, свою содержательную часть (см. комментарий к ст. 34 Вводного закона).

Статья 3

Комментарий к статье 3

В соответствии с положениями комментируемой статьи нормативные правовые акты бывшего СССР признаны не действующими с 1 января 2008 г. на территории Российской Федерации, в том числе Положение о фирме 1927 г., Основы гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г.

Следует особо указать, что Россия не правомочна признавать утратившими силу нормативные правовые акты бывшего СССР, поскольку они могут действовать на территории бывших республик Союза ССР.

Статья 4

Комментарий к статье 4

На территории Российской Федерации продолжают применяться законы и иные правовые акты России (например, указы Президента РФ, постановления Правительства РФ), а также акты законодательства Союза ССР, поскольку они не противоречат части четвертой ГК РФ и будут действовать впредь до введения в действие соответствующих законов.

Следует иметь в виду, что в советский период и в период до принятия части первой ГК РФ понятие гражданского законодательства трактовалось расширительно, т.е. в это понятие включались и подзаконные акты, например акты, утвержденные Советом Министров СССР.

В связи с вышеизложенным возникает вопрос о применении на территории России Положения об открытиях, изобретениях и рационализаторских предложениях, утвержденного Советом Министров СССР 21 августа 1973 г. (СП СССР. 1973. N 19. Ст. 109), в части, касающейся открытий и рационализаторских предложениях, поскольку указанное Положение не признано не действующим на территории Российской Федерации согласно ст. 3 Вводного закона.

Следует полагать, что, поскольку открытия и рационализаторские предложения не вошли в закрытый перечень охраняемых результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации, предусмотренный ст. 1225 ГК РФ (см. комментарий к указанной статье), правила об открытиях и рационализаторских предложениях, закрепленные в указанном Положении, не применяются на территории России.

Уместно отметить, что указанные правила относительно открытий и рационализаторских предложений, хотя и не применялись на практике в России, все же формально сохраняли свою юридическую силу вплоть до 2008 г.

В связи с тем экстраординарным обстоятельством, что на дату вступления в силу части четвертой ГК РФ не были приняты соответствующие Административные регламенты, подлежат применению подзаконные нормативные акты федерального органа

исполнительной власти по интеллектуальной собственности (Роспатента) вплоть до введения в действие указанных Административных регламентов.

Статья 5

Комментарий к статье 5

1. Комментируемая статья регламентирует действие части четвертой ГК РФ во времени.

По общему правилу часть четвертая ГК РФ применяется к правоотношениям (более корректно применение термина "отношения", как это сделано в ст. 4 ГК РФ), возникшим после введения ее в действие. Иными словами, как правило, положения части четвертой ГК РФ обратной силы не имеют.

В соответствии с общими нормами гражданского права действие закона распространяется на отношения, возникшие до введения его в действие, только в случаях, когда это прямо предусмотрено законом. Один из таких случаев, предусмотренный абзацем вторым комментируемой статьи, связан с частичным применением части четвертой ГК РФ к отношениям, возникшим до введения ее в действие. Этот случай относится к применению части четвертой ГК РФ к правам и обязанностям, возникшим после введения ее в действие.

Так, например, к возникшим до 1 января 2008 г. отношениям, связанным с признанием патента недействительным, должны применяться материальные нормы ранее действующего патентного законодательства; при этом должны использоваться новые процессуальные нормы, предусмотренные частью четвертой ГК РФ или подзаконными актами, принятыми на ее основе.

2. В абзаце третьем данной статьи предусмотрено, что права на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации, охраняющие на день введения в действие части четвертой ГК РФ, продолжают охраняться в соответствии с правилами части четвертой ГК РФ.

Сказанное означает, например, что в тех случаях, когда срок действия патента на полезную модель или промышленный образец еще не истек, патентообладатели могут пользоваться более длительными, по сравнению с ранее действовавшим патентным законодательством, сроками действия исключительного права на полезную модель или промышленный образец, установленными в ст. 1363 ГК РФ (см. комментарий к указанной статье), которые в настоящее время достигают (с предоставляемой возможностью продления соответственно на три и десять лет) 13 лет для полезной модели и 25 лет для промышленного образца.

3. В абзаце четвертом комментируемой статьи закреплено правило, согласно которому автор произведения или иной первоначальный правообладатель (имеется в виду юридическое лицо, признанное таковым в соответствии с советским авторским правом) определяется в соответствии с законодательством, действовавшим на момент создания произведения.

Комментируемая норма перекликается с п. 27 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 19 июня 2006 г. N 15 "О вопросах, возникших у судов при рассмотрении гражданских дел, связанных с применением законодательства об авторском праве и смежных правах" (Бюллетень Верховного Суда РФ. 2006. N 8): если произведение было создано до 3 августа 1992 г., вопрос о том, кто является обладателем прав на него, следует решать в соответствии с нормами ГК РСФСР 1964 г. В случае, если произведение было создано после 3 августа 1992 г., но до 3 августа 1993 г., вопрос о том, кто является обладателем прав на произведение, следует устанавливать по нормам Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г.

Нормы ГК РСФСР 1964 г. - это ст. 484 - 486, наделяющие организации, являющиеся юридическими лицами, первоначальным авторским правом на произведение (периодические и другие издания, т.е. научные сборники, энциклопедические словари, журналы или другие периодические издания; кинофильмы и телефильмы, радио- и телевизионные передачи).

При определении обладателя авторских прав в отношении периода времени до 1 октября 1964 г. (дата вступления в силу ГК РСФСР 1964 г.) следует применять законодательство СССР об авторском праве 1928 г., включая, в случае необходимости, ведомственные нормативные правовые акты.

Статья 6

Комментарий к статье 6

В соответствии с правилами комментируемой статьи сроки охраны прав, предусмотренные ст. 1281 ("Срок действия исключительного права на произведение"), ст. 1318 ("Срок действия исключительного права на исполнение, переход этого права по наследству и переход исполнения в общественное достояние"), ст. 1327 ("Срок действия исключительного права на фонограмму, переход этого права правопреемникам и переход фонограммы в общественное достояние"), ст. 1331 ("Срок действия исключительного права на сообщение радио- или телепередачи, переход этого права к правопреемникам и переход сообщения радио- или телепередачи в общественное достояние") ГК РФ, применяются в случаях, когда 50-летний срок действия авторского права или смежных прав не истек к 1 января 1993 г.

Кроме того, авторское право юридических лиц, возникшее до даты вступления в силу Закона РФ об авторском праве и смежных правах (т.е. до 3 августа 1993 г.), прекращается по истечении 70 лет со дня правомерного обнародованного произведения, а если оно не было обнародовано - со дня его создания. При этом к соответствующим правоотношениям по аналогии применяются правила части четвертой ГК РФ, а для целей их применения такие юридические лица считаются авторами произведений.

Статья 7

Комментарий к статье 7

По общему правилу, сформулированному в ст. 4 ГК РФ, действие закона распространяется на отношения, возникшие до введения его в действие, только в случаях, когда это прямо предусмотрено законом.

Один из таких случаев, предусмотренный в комментируемой статье, связан с частичным применением норм части четвертой Кодекса к отношениям, возникшим до введения ее в действие. Этот случай относится к применению норм части четвертой Кодекса о порядке заключения и форме договоров, а также об их государственной регистрации к договорам, предложения заключить которые направлены до 1 января 2008 г. и которые заключены после 1 января 2008 г.

Иными словами, если отношения между сторонами возникли до введения в действие части четвертой ГК РФ (направление оферты контрагенту как стадия заключения договора), то к такому договору, заключенному после введения в действие части четвертой ГК РФ, применяются новые требования относительно порядка заключения, формы договора, государственной регистрации (если таковая предписана).

Следует также иметь в виду, что моментом заключения договоров, в отношении которых требуется государственная регистрация, считается момент их государственной регистрации.

Статья 8

Комментарий к статье 8

Эффект обратной силы закона закреплен в абзаце первом данной статьи, согласно которому обязательные для сторон договора нормы части четвертой ГК РФ об основаниях, о последствиях и порядке расторжения договоров применяются также к договорам, которые продолжают действовать после введения в действие части четвертой ГК РФ независимо от даты их заключения.

В абзаце втором комментируемой статьи предписано, что обязательные для сторон договора нормы части четвертой ГК РФ об ответственности за нарушение договорных обязательств применяются, если соответствующие нарушения были допущены после введения ее в действие, за исключением случаев, когда в договорах, заключенных до 1 января 2008 г., предусматривалась иная ответственность за такие нарушения.

Статья 9

Комментарий к статье 9

Авторство, имя автора и неприкосновенность произведения науки, литературы и искусства, а также авторство, имя исполнителя и неприкосновенность исполнения охраняются в соответствии с правилами ст. 1228 ("Автор результата интеллектуальной деятельности"), ст. 1267 ("Охрана авторства, имени автора и неприкосновенности произведения после смерти автора"), ст. 1316 ("Охрана авторства, имени исполнителя и неприкосновенности исполнения после смерти исполнителя") ГК РФ независимо от того, предоставлялась ли правовая охрана таким результатам интеллектуальной деятельности в момент их создания, и такая охрана осуществляется в соответствии с упомянутыми выше статьями ГК РФ, если соответствующее посягательство совершено после введения в действие части четвертой ГК РФ.

Статья 10

Комментарий к статье 10

Комментируемая статья является воспроизведением (за исключением слов "за счет средств федерального бюджета") п. 2 ст. 11 Федерального закона от 26 декабря 1995 г. N 209-ФЗ "О геодезии и картографии" (СЗ РФ. 1996. N 1. Ст. 2), что в принципе излишне для столь обширного по объему Вводного закона.

Правительством РФ принято Постановление от 2 декабря 2004 г. N 726 "О порядке распоряжения исключительным правом Российской Федерации на результаты интеллектуальной деятельности в области геодезии и картографии" (СЗ РФ. 2004. N 49. Ст. 4917).

В соответствии с указанным Постановлением принадлежащим Российской Федерации исключительным правом на результаты интеллектуальной деятельности в области геодезии и картографии (в основном это картографические произведения) распоряжаются от имени России в пределах своей компетенции федеральные органы исполнительной власти, являющиеся государственными заказчиками по государственным контрактам на разработку, изготовление и поставку геодезической, картографической и топографической продукции для федеральных государственных нужд.

Передача хозяйствующим субъектам принадлежащего России исключительного права на результаты интеллектуальной деятельности в области геодезии и картографии

осуществляется указанными органами на основании гражданско-правового договора в соответствии с законодательством Российской Федерации.

Кроме того, исключительное право Российской Федерации на результаты интеллектуальной деятельности в области геодезии и картографии, входящие в состав Государственного картографо-геодезического фонда РФ, не подлежат приватизации в составе имущественного комплекса федерального государственного унитарного предприятия.

Статья 11

Комментарий к статье 11

Положения комментируемой статьи, по сути, представляют собой воспроизведение пунктов 7 и 8 Постановления Верховного Совета РФ от 23 сентября 1992 г. N 3518-1 "О введении в действие Патентного закона Российской Федерации" (Ведомости СНД и ВС. 1992. N 42. Ст. 2320).

Так, в этой статье предусмотрена возможность преобразования авторских свидетельств СССР на изобретение, свидетельств СССР на промышленные образцы, а также патентов СССР на имя Государственного фонда изобретений СССР в патенты Российской Федерации. Такое право реализуется путем совместной подачи ходатайства заявителями и авторами при условии, если не истекли соответственно 20-летний срок с даты подачи заявки на изобретение и 15-летний срок с даты подачи заявки на промышленный образец по состоянию на 14 октября 1992 г., т.е. на момент введения в действие Патентного закона РФ.

По заявкам на изобретения и промышленные образцы, по которым были вынесены решения о выдаче патентов на имя Государственного фонда изобретения СССР, заявителям и авторам предоставляется льгота по уплате патентных пошлин, согласно которой они могут ходатайствовать о выдаче патента с отсрочкой уплаты патентных пошлин до начала получения доходов от использования изобретения или промышленного образца, но не более чем на пять лет.

Кроме того, любое лицо, правомерно начавшее до даты подачи ходатайства о выдаче российского патента на использование изобретения или промышленного образца, на которое была подана заявка на выдачу авторского свидетельства (свидетельства) или выдано авторское свидетельство (свидетельство), сохраняет право дальнейшего использования этого изобретения или промышленного образца без заключения лицензионного договора (по сути, это право преждепользования). При этом выплата авторского вознаграждения производится в порядке, установленном для выплаты вознаграждения за использование изобретений (промышленных образцов), охраняемых авторскими свидетельствами (свидетельствами).

Вполне очевидно, что указанные выше положения за давностью лет не имеют практического значения, поскольку нормы о преобразовании авторских свидетельств СССР на изобретения в патенты РФ потеряли свою актуальность (кто мог или считал необходимым, наверняка воспользовался этим правом), а в отношении свидетельств СССР на промышленные образцы такое преобразование неосуществимо (к 1 января 2008 г. истек 15-летний срок для подачи ходатайства о преобразовании).

Статья 12

Комментарий к статье 12

Комментируемая статья, по сути, воспроизводит абзац первый п. 6 вышеуказанного Постановления Верховного Совета РФ от 23 сентября 1992 г. N 3518-1 "О введении в

действие Патентного закона Российской Федерации": положения п. 1, 3 и 5 ст. 32 ("Вознаграждение автору изобретения, не являющемуся патентообладателем"), ст. 33 ("Ответственность за несвоевременную выплату вознаграждения") и ст. 34 ("Вознаграждение лицам, содействовавшим созданию и использованию изобретения") Закона СССР от 31 мая 1991 г. N 2213-1 "Об изобретениях в СССР", п. 3 ст. 21 ("Государственное стимулирование использования промышленных образцов"), п. 1 и 3 ст. 22 ("Вознаграждение за использование промышленного образца автору, не являющемуся патентообладателем") и ст. 23 ("Ответственность за несвоевременную выплату вознаграждения") Закона СССР от 10 июля 1991 г. N 2328-1 "О промышленных образцах" о льготах и материальном стимулировании применяются на территории Российской Федерации до принятия законодательных актов Российской Федерации о развитии изобретательства и художественно-конструкторского творчества.

Такое удивительное "долголетие" советских Законов, которые, кстати, в соответствии с Вводным законом не признаны утратившими силу на территории России, вызвано невыполнением в течение многих лет указанного выше абзаца первого п. 6 Постановления Верховного Совета РФ. Приходится только надеяться на более оперативное принятие законодательных актов Российской Федерации о развитии изобретательства и художественно-конструкторского творчества.

Статья 13

Комментарий к статье 13

1. В соответствии со ст. 36 Вводного закона комментируемая статья вступила в силу со дня его официального опубликования, т.е. с 22 декабря 2006 г.

С тех пор данная статья лишилась своей части второй в результате принятия Федерального закона от 24 июля 2007 г. N 202-ФЗ (СЗ РФ. 2007. N 31. Ст. 3999).

2. По здравому размышлению, законодателю следовало бы исключить не часть вторую, а часть первую комментируемой статьи ввиду явного ошибочного ее содержания.

Часть первая комментируемой статьи, по сути, представляет собой п. 4 Постановления Верховного Совета РФ от 23 сентября 1992 г. N 3521-1 "О введении в действие Закона Российской Федерации "О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров" (Ведомости СНД и ВС. 1992. N 42. Ст. 2323).

Согласно комментируемой статье произведенная ранее в бывшем СССР регистрация товарных знаков и знаков обслуживания продолжает действовать на территории Российской Федерации. Действие этой регистрации может быть прекращено на территории России в случае нарушения предусмотренных действующим на дату подачи заявки законодательством условий регистрации в порядке, установленном ст. 1513 ГК РФ ("Порядок оспаривания и признания недействительным предоставления правовой охраны товарного знака"), а также в случаях и в порядке, которые установлены п. 1 ст. 1514 ГК РФ ("Прекращение правовой охраны товарного знака").

Механический перенос положений из постановлений Верховного Совета РФ, которые были необходимы в период после принятия в 1992 г. Закона РФ о товарных знаках, в настоящее время лишен смысла. Дело в том, что действие на территории России произведенной ранее в бывшем СССР регистрации товарного знака не могло длиться до бесконечности, поскольку это входило в противоречие с концептуальным положением права на товарный знак о необходимости периодической перерегистрации товарного знака (или продления срока действия регистрации товарного знака), как правило, через каждые десять лет. Так, согласно ст. 17 Закона СССР "О товарных знаках и знаках обслуживания" и ст. 16 Закона РФ о товарных знаках срок действия регистрации товарного знака мог быть продлен по заявлению владельца, поданному в течение последнего года ее действия,

каждый раз на десять лет. По сути, аналогичная норма закреплена и в п. 2 ст. 1491 части четвертой ГК РФ: срок действия исключительного права на товарный знак может быть продлен на десять лет по заявлению правообладателя, поданному в течение последнего года действия этого права, а продление этого срока возможно неограниченное число раз.

Таким образом, по прошествии более 14 лет с даты введения в действие Закона РФ о товарных знаках и до даты вступления в силу комментируемой нормы не может сохраниться действие, произведенное ранее в бывшем СССР, регистрации товарных знаков и знаков обслуживания. Более того, буквальное толкование комментируемой нормы может стать причиной многочисленных судебных споров.

3. Бывшая часть 2 комментируемой статьи была попыткой введения своеобразного эквивалента одновременно и права преждепользования, и права послепользования (в зависимости от конкретных обстоятельств дела) в сфере товарных знаков: лицо, которое до даты приоритета позднее зарегистрированного знака производило продукцию под обозначением, тождественным такому товарному знаку, сохраняет право на дальнейшее использование этого обозначения на условиях безвозмездной простой (неисключительной) лицензии для производства однородных товаров при условии, что такое использование осуществлялось в соответствии с действовавшим законодательством и началось до 17 октября 1992 г., т.е. до вступления в силу Закона РФ о товарных знаках.

Надо признать, что указанная попытка являлась более плодотворной, поскольку она связана с урегулированием коллизии интересов, возникшей вследствие обвального перехода к рыночным отношениям, которая не преодолена и поныне. К сожалению, до сих пор не создан эффективный механизм распределения прав на известные в СССР обозначения, используемые различными предприятиями какой-либо отрасли в отношении однородной продукции.

Такая ситуация сложилась исторически вследствие чрезмерного вмешательства социалистического государства в хозяйственные отношения предприятий, в том числе в сфере использования товарных знаков. Так, несмотря на п. 27 Положения о товарных знаках от 8 января 1974 г. об исключительном праве предприятий, организаций или объединений на использование зарегистрированных товарных знаков и о запрете такого использования без разрешения (лицензии) владельца товарного знака, на практике указанный пункт об исключительном праве на зарегистрированный товарный знак игнорировался, поскольку министерства и ведомства своими волевыми решениями предоставляли права на использование указанных товарных знаков другим предприятиям, организациям или объединениям той или иной отрасли народного хозяйства. В результате указанной практики к началу 90-х гг. прошлого века в СССР многие предприятия выпускали одноименную продукцию, маркированную одним и тем же товарным знаком, что постепенно привело к превращению таких товарных знаков в видовые наименования товаров (либо наметилась тенденция к такому превращению).

Переход к рыночным отношениям послужил толчком к многочисленным спорам, как в административном, так и в судебном порядке, непрекращающимся и поныне, в отношении указанной категории товарных знаков, поскольку присвоение товарных знаков в результате их регистрации по российскому праву одними организациями входит в противоречие с естественным желанием других организаций продолжить изготовление продукции, которая длительное время выпускалась под спорным товарным знаком. Ситуацию осложнили также противоречивые приказы Госпатента СССР (1991 г.) и Роспатента (1994 г.), которыми сначала аннулировалась регистрация некоторых товарных знаков, а затем действие такой регистрации восстанавливалось (например, 12 товарных знаков в отношении алкогольных напитков) <1>.

- -

<1> Однако эпопея с противоречивыми приказами Роспатента, при участии Арбитражного суда г. Москвы и Генеральной прокуратуры РФ, продолжалась еще достаточно долго. Точку в этой эпопее поставило Постановление Правительства РФ от 4

июля 2002 г. N 494 "О товарных знаках на алкогольную и спиртосодержащую продукцию", согласно которому от имени Российской Федерации права пользования и распоряжения (без права уступки) товарными знаками на алкогольную и спиртосодержащую продукцию согласно приложению (17 наименований) осуществляет федеральное казенное предприятия "Союзплодоимпорт".

Вполне очевидно, что отмененную норму можно и нужно было сохранить, внеся в нее существенное уточнение, согласно которому право на дальнейшее использование обозначения действует только при условии использования такого обозначения на территории России.

Такое уточнение было необходимо в целях исключения несанкционированного ввоза с территорий сопредельных (бывших республик Союза ССР) продукции, маркированной такими обозначениями, однако законодатель не воспользовался благоприятной возможностью для сохранения баланса между интересами всех российских производителей.

Статья 14

Комментарий к статье 14

Юридические лица, являющиеся коммерческими организациями (т.е. хозяйственные товарищества и общества, производственные кооперативы, государственные и муниципальные унитарные предприятия), должны выступать в гражданском обороте под своим фирменным наименованием, которое определяется в его учредительных документах и включается в Единый государственный реестр юридических лиц при государственной регистрации юридического лица.

И хотя законодатель отошел от системы регистрации собственно фирменных наименований, которая была предусмотрена в ст. 54 ГК РФ в ранее действовавшей редакции, формальные требования к самому фирменному наименованию претерпели незначительные изменения.

Поэтому комментируемая статья обязывает юридические лица, фирменные наименования которых не соответствуют правилам параграфа 1 главы 76 ГК РФ ("Право на фирменное наименование"), приводить их в соответствие с этими правилами не в течение какого-то конкретного срока, а при наступлении определенного события - при первом после 1 января 2008 г. изменении учредительных документов юридического лица.

Такие изменения могут быть связаны, например, с реорганизацией юридического лица, с инициативным изменением фирменного наименования по решению высшего органа юридического лица, со сменой адреса или состава акционеров.

Следует также иметь в виду норму п. 5 ст. 1473 ГК РФ ("Фирменное наименование"), согласно которой, если фирменное наименование юридического лица не соответствует требованиям п. 3 или 4 данной статьи, орган, осуществляющий государственную регистрацию юридических лиц, вправе предъявить такому юридическому лицу иск о понуждении к изменению фирменного наименования.

Следовательно, у государства имеется инструмент, позволяющий в случае необходимости скорректировать любое фирменное наименование, не прибегая к дорогостоящей процедуре массовой перерегистрации юридических лиц, поскольку конечные сроки перерегистрации не установлены.

Статья 15

Комментарий к статье 15

1. В комментируемой статье предусмотрены изменения и дополнения в ст. 7 и 10 Федерального закона от 2 декабря 1990 г. N 395-1 "О банках и банковской деятельности".

2. По тексту ст. 7 указанного Закона, в том числе и ее названия, в соответствующих случаях слова "наименование кредитной организации" дополнены словом "фирменное".

Кроме того, данная статья дополнена двумя нормами.

Во-первых, указано, что фирменное наименование кредитной организации на русском языке и языках народов Российской Федерации может содержать иноязычные заимствования в русской транскрипции или в транскрипции языков народов Российской Федерации, за исключением терминов и аббревиатур, отражающих организационно-правовую форму кредитной организации.

Во-вторых, предписано, что иные требование к фирменному наименованию кредитной организации устанавливаются ГК РФ.

3. Пункт 1 ч. 2 в ст. 10 указанного Закона сформулирован в новой редакции с незначительным изменением.

Если ранее требовалось, чтобы устав кредитной организации содержал фирменное (полное официальное) наименование, а также все другие наименования, установленные в законе, то в настоящее время это требование более лаконично - "фирменное наименование".

Статья 16

Комментарий к статье 16

1. Определенная часть незначительных изменений в законодательстве Российской Федерации связана с заменой ссылок на законодательство Российской Федерации в области интеллектуальной собственности на ссылки либо на ГК РФ, либо на гражданское законодательство Российской Федерации; это связано с отменой всех специальных законов РФ в области интеллектуальной собственности.

В данном случае (Закон РФ от 20 августа 1993 г. N 5663-1 "О космической деятельности") сохранена ссылка на Гражданский кодекс Российской Федерации и исключена ссылка на иные законы Российской Федерации в области интеллектуальной собственности.

Кроме того, в названии указанной статьи вместо "Интеллектуальная собственность" записано "Правовая охрана результатов интеллектуальной деятельности".

2. Вместе с тем значительный массив законодательных актов Российской Федерации, в которых использована устаревшая терминология, выпала из поля зрения законодателя.

Особенно поражает наличие в законодательных актах Российской Федерации ссылок на законодательство об интеллектуальной собственности, учитывая тот факт, что законодатель, как следует из вышеизложенного, изъял такие ссылки из некоторых законодательных актов. Так, ссылки на законодательство России об интеллектуальной собственности остаются в следующих законодательных актах: Федеральный конституционный закон от 28 июня 2004 г. N 5-ФКЗ "О референдуме Российской Федерации" (ст. 68); Налоговый кодекс РФ от 5 августа 2000 г. N 117-ФЗ (ст. 333.38); Федеральные законы: от 29 декабря 1994 г. N 77-ФЗ "Об обязательном экземпляре документов" (ст. 16); от 19 мая 1995 г. "Об общественных объединениях" (ст. 21); от 12 января 1996 г. N 7-ФЗ "О некоммерческих организациях" (ст. 13.1); от 11 июля 2001 г. N 95-ФЗ "О политических партиях" (ст. 6); от 12 июня 2002 г. N 67-ФЗ "Об основных гарантиях избирательных прав и прав на участие в референдуме граждан Российской Федерации" (ст. 56); от 10 января 2003 г. N 19-ФЗ "О выборах Президента Российской Федерации" (ст. 56); от 22 октября 2004 г. N 125-ФЗ "Об архивном деле в Российской Федерации" (ст. 26); от 18 мая 2005 г. N 51-ФЗ "О выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации" (ст. 62).

Многие законодательные акты Российской Федерации по-прежнему содержат ссылки либо на исключительные права на объекты интеллектуальной собственности или результаты интеллектуальной деятельности или другие объекты интеллектуальной собственности, либо на интеллектуальную собственность или виды интеллектуальной собственности: ст. 42 Закона РФ от 27 декабря 1991 г. N 2124-1 "О средствах массовой информации"; ст. 6 Закона РФ от 20 февраля 1992 г. N 2383-1 "О товарных биржах и биржевой торговле"; ст. 10 Основ законодательства Российской Федерации о культуре от 9 октября 1992 г. N 3612-1; ст. 19.1 Закона РФ от 21 мая 1993 г. N 5003-1 "О таможенном тарифе"; ст. 18 Закона РФ от 21 июля 1993 г. N 5473-1 "Об учреждениях и органах, исполняющих уголовные наказания в виде лишения свободы"; ст. 12 Федерального закона от 23 августа 1996 г. N 127-ФЗ "О науке и государственной научно-технической политике"; ст. 250, 256 - 258, 265, 271, 309, 346.16, 346.5 Налогового кодекса РФ от 5 августа 2000 г. N 117-ФЗ; ст. 16.19 КоАП РФ; ст. 6 Федерального закона от 25 апреля 2002 г. N 40-ФЗ "Об обязательном страховании гражданской ответственности владельцев транспортных средств"; ст. 125 и 403 Таможенного кодекса РФ от 28 мая 2003 г. N 61-ФЗ; ст. 2, 12, 13, 32, 36, 38, 43, 45, 46, 48 Федерального закона от 8 декабря 2003 г. N 164-ФЗ "Об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности"; ст. 1 ФЗ от 8 декабря 2003 г. N 165-ФЗ "О специальных защитных, антидемпинговых и компенсационных мерах при импорте товаров"; ст. 11 Федерального закона от 21 июля 2005 г. N 94-ФЗ "О размещении заказов на поставки товаров, выполнении работ, оказании услуг для государственных и муниципальных нужд"; ст. 14 Федерального закона от 27 июля 2006 г. N 149-ФЗ "Об информации, информационных технологиях и о защите информации".

В законодательных актах Российской Федерации сохранилось также положение, согласно которому исключительные права отождествляются с интеллектуальной собственностью, и это в условиях признания утратившей силу ст. 138 ГК РФ, в которой также отождествление было сформулировано. Причем это отождествление можно отметить не где-нибудь, а в самом ГК РФ (п. 4 ст. 769): условия договоров на выполнение научно-исследовательских работ, опытно-конструкторских и технологических работ должны соответствовать законам и иным правовым актам об исключительных правах (интеллектуальной собственности). Положение об исключительных правах (интеллектуальной собственности) присутствует также и в других законодательных актах, в том числе в Федеральных законах: от 17 декабря 1997 г. N 149-ФЗ "О семеноводстве" (ст. 21); от 19 июля 1998 г. N 114-ФЗ "О военно-техническом сотрудничестве Российской Федерации с иностранными государствами" (ст. 1); от 9 июля 1999 г. N 160-ФЗ "Об иностранных инвестициях в РФ" (ст. 2); от 18 июля 1999 г. N 183-ФЗ "Об экспортном контроле" (ст. 1).

В ряде законодательных актов России использованы только слова "результаты интеллектуальной деятельности", в то время как из контекста вытекает, что их необходимо использовать совместно со словами "средства индивидуализации": Федеральный закон от 11 августа 1995 г. N 135-ФЗ "О благотворительной деятельности и благотворительных организациях" (ст. 16); Федеральный закон от 8 августа 2001 г. N 128-ФЗ "О лицензировании отдельных видов деятельности" (ст. 1); Арбитражный процессуальный кодекс от 24 июля 2002 г. N 95-ФЗ (ст. 248).

Можно даже встретить "экзотические" термины, например "интеллектуальная продукция" (ст. 1 Федерального закона от 21 декабря 1994 г. N 69-ФЗ "О пожарной безопасности", ст. 1 Федерального закона от 22 августа 1995 г. "Об аварийно-спасательных службах и статусе спасателей"), "интеллектуальные ценности" (ст. 33 Федерального закона от 24 ноября 1995 г. N 181-ФЗ "О социальной защите инвалидов в Российской Федерации").

Статья 17

Комментарий к статье 17

1. Обширная ст. 17 Вводного закона посвящена изменениям и дополнениям, внесенным в часть первую ГК РФ, большинство из которых вступили в силу с 1 января 2008 г.

2. Пунктом 1 комментируемой статьи в абзаце первом п. 1 ст. 2 ГК РФ термин "интеллектуальная собственность" заменен термином "интеллектуальные права".

Кроме того, в текст указанной нормы включены слова "и приравненные к ним средства индивидуализации", что свидетельствует об устранении ошибки, допущенной ранее законодателем.

3. Пунктами 2 - 5 комментируемой статьи в статьях 11, 35, 49 и 51 ГК РФ термин "обжаловано" заменен термином "оспорено", иногда в сочетании с терминами "в суд", "юридическим лицом в суд", что особых комментариев не требует.

4. Пунктом 6 данной статьи существенные изменения внесены в п. 4 ст. 54 ГК РФ, которая является ключевой в правовом регулировании отношений в сфере фирменных наименований. В этой статье признаны утратившими силу нормы, устанавливающие регистрационную систему возникновения исключительного права на фирменные наименования, обязанность правонарушителя прекратить использование чужого зарегистрированного фирменного наименования и возместить причиненные убытки, а также предусматривающие принятие специального закона, регламентирующего порядок регистрации и использования фирменного наименования.

Взамен принят новый абзац, второй, п. 4 этой статьи, согласно которому требования к фирменному наименованию устанавливаются ГК РФ и другими законами, а права на фирменное наименование определяются в соответствии с правилами раздела VII ГК РФ (см. комментарии к ст. 1473 - 1476).

5. Замена слов "по авторским договорам" словами "автором результатов интеллектуальной деятельности" в абзаце третьем п. 1 ст. 64 ГК РФ не требует особых комментариев.

6. Пунктом 8 комментируемой статьи существенные изменения внесены в ст. 128 ГК РФ, имеющие, на мой взгляд, как позитивное, так и негативное значение.

Так, в нынешней редакции ст. 128 в качестве объектов гражданских прав, помимо других объектов, упомянуты только охраняемые результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации (интеллектуальная собственность), без указаний исключительных прав на такие результаты и средства, как это было в прежней редакции этой статьи.

Справедливости ради необходимо отметить, что в прежней редакции ст. 128 ошибочно не были указаны совместно с результатами интеллектуальной деятельности средства индивидуализации. Кроме того, прежняя формулировка этой статьи допускала, учитывая вводные слова "в том числе", толкование, в соответствии с которым исключительные права входили составной частью в понятие "результаты интеллектуальной деятельности".

Ошибочно исключив из числа объектов гражданских прав исключительные права, разработчики законопроекта создали довольно шаткую правовую конструкцию, допускающую оборотоспособность элементов, которые не считаются объектом гражданских прав. Иными словами, признаются безобъектные гражданские правоотношения. Вполне очевидно, что более грамотным решением было бы указание исключительных прав, наряду с результатами интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации, в перечне объектов гражданских прав, с исключением из оборота гражданских прав, результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации.

Такой подход отвечает особенностям объектов интеллектуальной собственности, их нематериальной природе, когда правовая охрана предоставляется результатам интеллектуальной деятельности и средствам индивидуализации, а предметом передачи могут быть только исключительные права на такие результаты и средства. Следует также учитывать норму международного права в сфере интеллектуальной собственности, в частности ст. 2 (viii) Конвенции, учреждающей Всемирную организацию интеллектуальной собственности (ВОИС) 1967 г., согласно которой "интеллектуальная собственность включает права, относящиеся к литературным, художественным и научным произведениям, изобретениям, промышленным образцам, товарным знакам... а также все другие права, относящиеся к интеллектуальной деятельности в производственной, научной, литературной и художественной областях".

Кроме того, в новой редакции ст. 128 ГК РФ результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации отождествляются с интеллектуальной собственностью, что является концептуальной ошибкой, поскольку интеллектуальная собственность, как это следует из международного договора, участницей которого является Россия, - это права на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации.

В связи с вышеизложенным следует также указать на отсутствие единообразия в подходе законодателя к другим сходным формулировкам. Так, в измененной ст. 2 ГК РФ вместо термина "интеллектуальная собственность" использован термин "интеллектуальные права".

7. В соответствии с п. 9 комментируемой статьи ст. 129 ГК РФ дополнена п. 4, согласно которому результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации (ст. 1225) не могут отчуждаться или иными способами переходить от одного лица к другому. Однако права на такие результаты и средства, а также материальные носители, в которых выражены соответствующие результаты или средства, могут отчуждаться или иными способами переходить от одного лица к другому в случаях и в порядке, которые установлены ГК РФ.

Указанное дополнение неразрывно связано с измененной ст. 128 ГК РФ, в которой в качестве объектов гражданских прав, помимо других объектов, упомянуты только охраняемые результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации (интеллектуальная собственность).

Как следует из вышеизложенного, законодатель, ошибочно исключив из числа объектов гражданских прав исключительные права, опять же ошибочно отождествляет результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации с интеллектуальной собственностью, которая, согласно ст. 2 (viii) Конвенции, учреждающей ВОИС, участницей которой является Россия, является не чем иным, как правами, относящимися к интеллектуальной деятельности в производственной, научной, литературной и художественной областях.

8. Замена слов "обжалованы в суд" словами "оспорены в суде" в п. 5 ст. 131 ГК РФ не нуждается в комментариях.

9. Большое количество изменений связано с заменой термина "фирменное наименование" на термин "коммерческое обозначение", которое вызвано новым подходом к правовой охране фирменных наименований в нашей стране, согласно которому фирменные наименования индивидуализируют юридические лица, а индивидуализация предприятия осуществляется коммерческим обозначением.

В данном случае в абзаце втором п. 2 ст. 132 ГК РФ ("Предприятие") термин "фирменное наименование" заменен термином "коммерческое обозначение".

10. Пунктом 12 комментируемой статьи ст. 138 и 139 ГК РФ признаны утратившими силу.

Исключив из ГК РФ ст. 138, в которой были отождествлены исключительные права и интеллектуальная собственность, что также являлось ошибкой, в результате которой

эклектически совмещались две патентно-правовые теории (теория исключительных прав и проприетарная теория), законодатель сформулировал еще более ущербную норму в ст. 128 ГК РФ, в результате чего отождествлены и вовсе несовместимые понятия (результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации отождествлены с интеллектуальной собственностью, т.е. с правами на результаты интеллектуальной деятельности).

Из ГК РФ исключена также ст. 139, посвященная служебной и коммерческой тайне. Параллельно из перечня объектов гражданских прав, установленного ст. 128, исключена информация. Кроме того, в Федеральный закон от 29 июля 2004 г. N 98-ФЗ "О коммерческой тайне" внесены существенные изменения, полностью преобразовавшие его содержательную часть, связанную сейчас только с секретами производства (ноу-хау), правовая охрана которым предоставляется в режиме исключительных прав.

Упомянутые выше действия законодателя привели к тому, что в отношении других видов информации образовался правовой вакуум.

11. Пунктом 13 комментируемой статьи глава 8 ГК РФ ("Нематериальные блага и их защита") дополнена ст. 152.1, в которой предусмотрена охрана изображения гражданина в качестве личного неимущественного права и которая вступила в силу с 22 декабря 2006 г.

До 1 января 2008 г. совместно со ст. 152.1 ГК РФ действовала сходная по содержанию ст. 514 ГК РСФСР ("Охрана интересов гражданина, изображенного в произведении изобразительного искусства").

В соответствии со ст. 152.1 обнародование и дальнейшее использование изображения гражданина (в том числе его фотографии, а также видеозаписи и произведения изобразительного искусства, в которых он изображен) допускаются только с согласия этого гражданина, т.е. права обладателя авторских прав на соответствующий объект ограничиваются. Право гражданина на собственное изображение, воплощенное на материальном носителе, действует до конца жизни этого гражданина, а после смерти гражданина его изображение может использоваться только с согласия детей и пережившего супруга, а при их отсутствии - с согласия родителей.

Вместе с тем такого согласия не требуется в следующих случаях:

- использование изображения осуществляется в государственных, общественных или иных публичных интересах (следовательно, у публичных деятелей право на личное изображение действует в более узкой сфере);

- изображение гражданина получено при съемке, которая проводилась в местах, открытых для свободного посещения, или на публичных мероприятиях (собраниях, съездах, конференциях, концертах, представлениях, спортивных соревнованиях и подобных мероприятиях), за исключением случаев, когда такое изображение является основным объектом использования (вопрос об основном объекте авторского произведения может вызвать неоднозначные толкования на практике);

- гражданин позировал за плату (например, случаи с платными натурщиками и натурщицами).

В связи с вышеизложенным следует отметить, что законодатель мог бы предложить также решение проблемы охраны фамилий граждан в качестве личных неимущественных прав. Указанная проблема уже обозначалась при недобросовестном использовании в гражданском обороте фамилий известных и знаменитых людей.

12. Пунктом 14 комментируемой статьи подп. 7 п. 2 ст. 235 ГК РФ ("Основание прекращения права собственности") дополнен ссылкой на п. 4 и 5 ст. 1252 ГК РФ.

В подпункте 7 п. 2 ст. 235 ГК РФ изложены случаи отчуждения имущества как исключение из правила о том, что принудительное изъятие у собственника имущества не допускается.

Однако в п. 4 ст. 1252 ГК РФ ("Защита исключительных прав") закреплено правило не только об изъятии из оборота контрафактных материальных носителей, в которых выражен результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации, но и

об уничтожении таких носителей без какой бы то ни было компенсации, если иные последствия не предусмотрены ГК РФ.

Причем норма п. 4 ст. 1252 ГК РФ сформулирована таким образом, что контрафактные материальные носители подлежат по решению суда изъятию из оборота и уничтожению (т.е. эта норма императивна, и целью ее является не только изъятие упомянутых носителей, но и их уничтожение), в то время как в п. 2 ст. 235 ГК РФ говорится о принудительном изъятии у собственника имущества в форме его отчуждения. Налицо несогласованность между двумя указанными нормами ГК РФ, которая должна быть устранена законодателем.

Все сказанное выше применительно и к п. 5 ст. 1252 ГК РФ, согласно которому оборудование, прочие устройства и материалы, главным образом используемые или предназначенные для совершения контрафакции, по решению суда подлежат не только изъятию из оборота, но и уничтожению за счет нарушителя.

13. Замена в п. 2 ст. 243 ГК РФ слов "обжаловано в суде" на слова "оспорено в суде" не требует комментариев.

14. Пунктом 16 комментируемой статьи п. 2 ст. 256 ГК РФ ("Общая собственность супругов") дополнен абзацем четвертым следующего содержания: исключительное право на результат интеллектуальной деятельности, принадлежащее автору такого результата (ст. 1228 ("Автор результата интеллектуальной деятельности")), не входит в общее имущество супругов. Однако доходы, полученные от использования такого результата, являются совместной собственностью супругов, если договором между ними не предусмотрено иное.

Указанное нововведение можно объяснить общей позицией законодателя, согласно которой исключительное право на результат интеллектуальной деятельности, созданный творческим трудом, первоначально возникает у его автора.

Статья 18

Комментарий к статье 18

Определенная часть незначительных изменений в законодательстве Российской Федерации связана с заменой общих ссылок на специальные законы в области интеллектуальной собственности на ссылки на гражданское законодательство, что связано с отменой всех специальных законов в указанной области.

В данном случае (Федеральный закон от 29 декабря 1994 г. N 77-ФЗ "Об обязательном экземпляре документов") ссылка на Закон РФ "Об авторском праве и смежных правах" заменена ссылкой на гражданское законодательство.

Статья 19

Комментарий к статье 19

Определенная часть незначительных изменений в законодательстве Российской Федерации связана с заменой ссылок на специальное законодательство России в области интеллектуальной собственности ссылками на гражданское законодательство, последовавшей параллельно с отменой всех специальных законов в указанной области.

В данном случае (Федеральный закон от 3 августа 1995 г. N 123-ФЗ "О племенном животноводстве") ссылка на законодательство Российской Федерации о селекционных достижениях заменена ссылкой на гражданское законодательство.

Статья 20

Комментарий к статье 20

Определенная часть незначительных изменений в законодательстве Российской Федерации связана с заменой общих ссылок на специальные законы в области интеллектуальной собственности ссылками на гражданское законодательство, последовавшей параллельно с отменой всех специальных законов в указанной области.

В данном случае (Федеральный закон от 17 ноября 1995 г. N 169-ФЗ "Об архитектурной деятельности в Российской Федерации") исключена ссылка на Закон РФ "Об авторском праве и смежных правах".

Кроме того, признана утратившей силу глава IV указанного Закона ("Авторское право на произведения архитектуры"), состоящая из четырех статей, поскольку все затронутые в них вопросы урегулированы в главе 70 ГК РФ.

Статья 21

Комментарий к статье 21

В ряде федеральных законов приняты новые редакции положений о фирменных наименованиях, с незначительными изменениями и уточнениями.

В данном случае (Федеральный закон от 8 декабря 1995 г. N 193-ФЗ "О сельскохозяйственной кооперации") два пункта дополнены положением о том, что иные требования к фирменному наименованию, соответственно, сельскохозяйственной либо рыболовецкой артели (колхоза) и коопхоза устанавливаются ГК РФ.

Статья 22

Комментарий к статье 22

Комментируемая статья внесла изменения и дополнения в п. 1 ст. 4 ФЗ от 26 декабря 1995 г. N 208-ФЗ "Об акционерных обществах".

В новой редакции абзаца третьего п. 1 указанной статьи уточнены требования к фирменному наименованию в отношении терминов и аббревиатур, отражающих организационно-правовую форму общества.

Если ранее предписывалось, что фирменное наименование общества на русском языке не может содержать иные термины и аббревиатуры, отражающие его организационно-правовую форму, в том числе заимствованные из иностранных языков, если иное не предусмотрено федеральными законами и иными правовыми актами России, то в настоящее время указано, что фирменное наименование общества на русском языке и на языках народов Российской Федерации может содержать иноязычные заимствования в русской транскрипции или в транскрипции языков народов Российской Федерации, за исключением терминов и аббревиатур, отражающих организационно-правовую форму общества.

Кроме того, указанный пункт дополнен нормой о том, что иные требования к фирменному наименованию общества устанавливаются ГК РФ.

Статья 23

Комментарий к статье 23

Комментируемой статьей в Семейный кодекс РФ (СК РФ) внесены изменения и дополнения следующего содержания.

Изменено название ст. 36 этого СК РФ "Собственность каждого из супругов" на "Имущество каждого из супругов". Кроме того, ст. 36 дополнена п. 3, согласно которому исключительное право на результат интеллектуальной деятельности, созданный одним из супругов, принадлежит автору такого результата. Примечательно, что законодатель, заменив в названии ст. 36 СК РФ термин "собственность" на термин "имущество", вольно или невольно причислил исключительное право на результат интеллектуальной деятельности к разновидности имущества, что неверно с теоретической точки зрения.

В целом указанное дополнение перекликается с дополнением п. 2 ст. 256 ГК РФ ("Общая собственность супругов") и отражает общую позицию законодателя, согласно которой исключительное право на результат интеллектуальной деятельности, созданной творческим трудом, первоначально возникает у его автора.

Статья 24

Комментарий к статье 24

Определенная часть незначительных изменений в законодательстве Российской Федерации связана с заменой ссылок на специальное законодательство Российской Федерации в области интеллектуальной собственности ссылками на гражданское законодательство, последовавшей параллельно с отменой всех специальных законов в указанной области.

В данном случае в новой редакции ст. 11 Федерального закона от 26 декабря 1995 г. N 209-ФЗ "О геодезии и картографии" ссылка на законодательство Российской Федерации об интеллектуальной собственности заменена ссылкой на гражданское законодательство.

Кроме того, отменен бывший п. 2 ст. 11 указанного Закона, а его содержание, касающееся принадлежности исключительного права на результаты интеллектуальной деятельности в области геодезии и картографии, которые получены ранее за счет средств республиканского бюджета РСФСР, включено в ст. 10 Вводного закона (см. комментарий к ней).

Статья 25

Комментарий к статье 25

1. В комментируемой статье предусмотрены изменения и дополнения, внесенные в часть вторую Гражданского кодекса Российской Федерации.

2. Большое количество изменений и дополнений связано с заменой термина "фирменное наименование" на термин "коммерческое обозначение", которая вызвана новым подходом к правовой охране фирменных наименований и коммерческих обозначений в нашей стране.

Суть указанного подхода заключается вкратце в следующем. Законодатель, решив избавиться от противоречащих положений в ГК РФ относительно того, кого индивидуализирует фирменное наименование - юридическое лицо или предприятие, принадлежащее юридическому лицу, решил избрать для России свой особый путь. Для индивидуализации юридического лица определено фирменное наименование, которое в этой функции совпадает собственно с наименованием юридического лица, а для индивидуализации предприятия - коммерческое обозначение, которое в этой функции замещает фирменное наименование.

Следует особо отметить, что указанное решение законодателя противоречит международной практике в сфере правовой охраны фирменных наименований и коммерческих обозначений. В государствах с развитым правопорядком фирменным наименованием считается название, под которым физическое или юридическое лицо

обозначает предприятие, которое оно использует для идентификации своих отношений с клиентами в каком-либо конкретном секторе экономики. Поэтому фирменное наименование, являясь объектом интеллектуальной собственности, может передаваться, т.е. быть предметом оборота, но только совместно с предприятием, которое оно обозначает. Именно в этом смысле используется понятие "фирменное наименование" (nom commercial, trade name) в тексте ст. 8 Парижской конвенции по охране промышленной собственности 1883 г., а также в законодательствах большинства стран мира. От фирменного наименования отличается коммерческое обозначение (denomination commercial, commercial name), указанное в ст. 2 (viii) Конвенции, учреждающей Всемирную организацию интеллектуальной собственности (ВОИС) 1967 г., известное во многих странах под различными названиями, например вывеска (Испания, Италия, Португалия, Франция), вымышленное или неофициальное наименование (США), вторичный символ (Финляндия, Швеция), территориальная сфера действия которого ограничена местом нахождения предприятия, т.е. коммерческое обозначение имеет дополнительное к фирменному наименованию значение.

В соответствии с российским гражданским законодательством коммерческое обозначение призвано играть самостоятельную роль, выполняя ту функцию, которую, согласно законодательствам большинства стран мира, надлежит выполнять фирменному наименованию - идентифицировать предприятие определенного физического или юридического лица. Именно с этой позиции осуществлены все изменения и дополнения в российских законодательных актах.

3. Согласно новой редакции п. 2 ст. 559 ГК РФ исключительные права на средства индивидуализации предприятия, продукции, работ или услуг продавца (коммерческое обозначение, товарный знак, знак обслуживания), а также принадлежащие ему на основании лицензионных договоров права пользования таких средств индивидуализации переходят к покупателю, если иное не предусмотрено договором.

В указанной норме в перечне объектов исключительных прав фирменное наименование заменено коммерческим обозначением.

4. В статье 772, входящей в главу 38 ГК РФ ("Выполнение научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технических работ"), в двух пунктах исключены слова "в том числе способных к правовой охране".

Одновременно указанная статья дополнена п. 3, согласно которому права исполнителя и заказчика на результаты работ, которым предоставляется правовая охрана как результатам интеллектуальной деятельности, определяются в соответствии с правилами раздела VII ГК РФ.

В разделе VII ГК РФ указанным вопросам посвящена новая ст. 1371, регулирующая отношения по установлению правового режима изобретений, полезных моделей и промышленных образцов, созданных при выполнении работ по договору, которые прямо не предусматривали их создание.

5. В статье 855 ("Очередность списания денежных средств со счета"), входящей в главу 45 ГК РФ ("Банковский счет"), в абзаце третьем п. 2 вместо слов "по авторскому договору" включены слова "авторам результата интеллектуальной деятельности".

В результате указанного изменения существенно расширен круг лиц, в отношении которых во вторую очередь производится списание по исполнительным документам, предусматривающим перечисление или выдачу денежных средств для расчетов по выплате вознаграждений.

Если ранее такие выплаты относились только к вознаграждениям по авторскому договору, то в настоящее время они касаются вознаграждений всех авторов результатов интеллектуальной деятельности, в том числе авторов изобретений, полезных моделей, промышленных образцов.

Кроме того, сам термин "авторский договор" допускал ограничительное толкование в смысле исключения авторского вознаграждения за служебное произведение, урегулированного трудовым договором.

6. Многие изменения и дополнения в главу 54 ГК РФ, посвященную договору коммерческой концессии, основные положения которой в целом соответствовали зарубежным законодательным определениям "франшизы", "франчайзинга", включая, в частности, определения Европейской комиссии ЕС (см.: Евдокимова В.Н. Договор коммерческой концессии в Гражданском кодексе Российской Федерации // Хозяйство и право. 1997. N 12. С. 113 - 121; Франшиза и договор коммерческой концессии // Патенты и лицензии. 1998. N 1. С. 23 - 28), продиктованы упомянутым выше новым подходом к правовой охране фирменных наименований и коммерческих обозначений в нашей стране.

Однако анализ других изменений положений этой главы дают основание говорить о преобразовании самого содержания договора коммерческой концессии, который из самостоятельного вида договора, по сути, преобразован в разновидность лицензионного договора.

7. В новой редакции п. 1 ст. 1027 ГК РФ ("Договор коммерческой концессии") исчезло указание на фирменное наименование как ключевой объект в комплексе передаваемых исключительных прав, что является существенным признаком данного договора во всех правовых системах. Акценты смещены в сторону товарных знаков и знаков обслуживания.

Кроме того, ст. 1027 дополнена п. 4, согласно которому к договору коммерческой концессии соответственно применяются правила раздела VII ГК РФ о лицензионном договоре, если это не противоречит положениям настоящей главы и существу договора коммерческой концессии.

Следует отметить полную несостоятельность указанного выше положения, поскольку глава 54 ГК РФ намного богаче по содержанию всех положений о лицензионных договорах относительно результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации части четвертой ГК РФ. Для наглядности в качестве примера уместно привести положения ст. 1033 ГК РФ, в которой установлены ограничения прав сторон по договору коммерческой концессии (перечень допустимых ограничений прав сторон и перечень ограничительных условий, которые являются ничтожными).

В отношении же лицензионных договоров не установлены перечни условий, ограничивающих конкуренцию, которые не должны включаться в лицензионные договоры на использование результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации, что не отвечает положениям раздела 8 ("Осуществление контроля за антиконкурентной практикой в договорных лицензиях") части II Соглашения по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (Соглашение ТРИПС). Следовательно, впору применять правила главы 54 о коммерческой концессии к лицензионным договорам, а не наоборот.

8. Смещение акцентов относительно того, что лежит в основе договора коммерческой концессии, т.е. какой объект интеллектуальной собственности имеет приоритет в комплексе исключительных прав, предоставляемых для использования, повлекло за собой изменение системы регистрации договора коммерческой концессии, предусмотренной ст. 1028 ГК РФ.

Ранее в соответствии с п. 2 ст. 1028 ГК РФ договор коммерческой концессии подлежал регистрации в органе, осуществляющем регистрацию юридического лица или индивидуального предпринимателя (в последнее время - в налоговом органе, осуществляющем ведение Единого государственного реестра юридических лиц). При наличии в договоре коммерческой концессии положений о предоставлении права использования объектов, охраняемых в соответствии с патентным законодательством, он подлежал обязательной регистрации в федеральном органе исполнительной власти по патентам и товарным знакам.

Поскольку фирменное наименование исключено из комплекса передаваемых исключительных прав, отпала необходимость в регистрации договора коммерческой концессии в органе, отвечающем за регистрацию юридических лиц и индивидуальных предпринимателей.

Согласно новой редакции п. 2 ст. 1028 ГК РФ договор коммерческой концессии подлежит государственной регистрации в федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности (Роспатенте), в противном случае договор считается ничтожным.

Следовательно, в настоящее время все договоры коммерческой концессии должны быть зарегистрированы в Роспатенте, в то время как ранее в Роспатенте регистрировались только договоры коммерческой концессии, в предмет которых входили изобретения, полезные модели, промышленные образцы, товарные знаки и знаки обслуживания.

Поскольку период времени, затрачиваемый на регистрацию договоров всех видов в Роспатенте, неизмеримо больше (он может длиться месяцами), чем в налоговых органах, можно прогнозировать замедление темпов развития в России хозяйственных связей с использованием модели коммерческой концессии.

9. Пунктом 6 комментируемой статьи внесены изменения в ст. 1031 ГК РФ.

В новой редакции п. 1 указанной статьи, в котором закреплены императивные обязанности правообладателя, исключены слова "выдать пользователю предусмотренные договором лицензии, обеспечив их оформление в установленном порядке". Речь в данном случае идет о лицензионных договорах на использование изобретения, полезной модели, промышленного образца, товарного знака или знака обслуживания. При этом обязанность регистрации таких договоров в федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности (Роспатенте) лежала на правообладателе, и эту обязанность нельзя было отменить договорным условием.

С 1 января 2008 г. императивная обязанность правообладателя по выдаче пользователю предусмотренных договором лицензий отменена. Следовательно, можно констатировать понижение уровня императивных обязанностей правообладателей, которые в своем большинстве являются иностранными лицами.

Учитывая тот факт, что отныне все договоры коммерческой концессии должны быть зарегистрированы под страхом ничтожности в Роспатенте, такой регистрации придан статус государственной регистрации (новый абзац второй п. 2 ст. 1031 ГК РФ).

Следует особо указать, что предусмотренная п. 2 ст. 1031 ГК РФ обязанность правообладателя по регистрации договора коммерческой концессии является диспозитивной, т.е. ее возможно возложить договором на пользователя или третье лицо.

10. Пунктом 7 комментируемой статьи внесены изменения в ст. 1032 ГК РФ ("Обязанности пользователя"), связанные в основном с исключением из комплекса исключительных прав, передаваемых по договору коммерческой концессии, такого объекта, как фирменное наименование, и включением и сохранением (в отношении коммерческого обозначения) таких объектов, как "коммерческое обозначение, товарный знак, знак обслуживания или иное средство индивидуализации".

В связи с вышеизложенным не ясно, что имел в виду законодатель, устанавливая открытый перечень средств индивидуализации, поскольку фирменное наименование и наименование места происхождения товара не могут входить в предмет договора коммерческой концессии.

11. Статья 1036 ГК РФ, в которой регламентировано изменение договора коммерческой концессии, изложена в новой редакции.

Как и прежде, записано, что к договору коммерческой концессии применяются общие нормы главы 29 ГК РФ об изменении и расторжении договора, выделив эту норму отдельным пунктом.

Согласно п. 2 указанной статьи изменение договора коммерческой концессии подлежит государственной регистрации в порядке, установленном п. 2 ст. 1028 ГК РФ, т.е. несоблюдение этого требования делает изменение к договору ничтожным.

Ранее в подобной ситуации стороны в договоре коммерческой концессии не могли ссылаться на изменение договора в отношении с третьими лицами.

12. Как отмечалось ранее, смещены акценты относительно того, что лежит в основе договора коммерческой концессии, т.е. какой объект интеллектуальной собственности имеет приоритет в комплексе исключительных прав, предоставляемых для использования.

Показательны в этом отношении изменения, внесенные в ст. 1037 ГК РФ, в которой урегулированы вопросы прекращения договора коммерческой концессии. Если в соответствии с прежней редакцией этой статьи договор коммерческой концессии прекращался в случае прекращения принадлежащих правообладателю прав на фирменное наименование и коммерческое обозначение без замены их новыми аналогичными правами, то, согласно новой редакции этой статьи, указанные правовые последствия наступают в случае прекращения принадлежащих правообладателю прав на товарный знак, знак обслуживания или на коммерческое обозначение.

Выдвижение на первые роли товарных знаков и знаков обслуживания, а этот принцип воплощен и в других статьях главы 54 ГК РФ, свидетельствует об искажении правовой природы договора коммерческой концессии, об отходе от мировых стандартов в указанной сфере правового регулирования, когда пользователь включается в систему деловой активности правообладателя в первую очередь под его фирменным наименованием и/или вывеской (коммерческим обозначением).

Следует полагать, что наибольшее количество проблем в процессе прекращения договора коммерческой концессии возникает в случае прекращения принадлежащего правообладателю права на товарный знак или знак обслуживания. Дело в том, что правообладатель может иметь множество товарных знаков (знаков обслуживания), в то время как фирменное наименование может быть у него только одно. В связи с вышеизложенным не ясно (во всяком случае, комментируемая норма не дает ответ на этот вопрос), какова судьба договора коммерческой концессии в случае утраты правообладателем исключительного права на часть товарных знаков, лежащих в основе коммерческой концессии, либо признания товарного знака недействительным в отношении только какого-либо класса товаров (услуг), которые пользователь, например, производит по договору коммерческой концессии.

В соответствии с ранее действовавшим законодательством в подобных случаях договор коммерческой концессии не прекращал своего действия, во всяком случае, до тех пор, пока правообладатель сохранял право на свое фирменное наименование.

13. Пунктом 10 комментируемой статьи внесены изменения в ст. 1039 ГК РФ.

По сути, указанные изменения заключаются в исключении из названия и текста этой статьи термина "фирменное наименование".

14. Пунктом 11 данной статьи внесены изменения в часть вторую ст. 1040 ГК РФ.

По сути, указанные изменения заключаются в замене таких объектов, входящих в комплекс исключительных прав, предоставляемых пользователю по договору коммерческой концессии, как "фирменное наименование или коммерческое обозначение" на следующие объекты: "товарный знак, знак обслуживания или коммерческое обозначение".

Статья 26

Комментарий к статье 26

В ряде федеральных законов приняты новые редакции положений о фирменных наименованиях, с незначительными изменениями и уточнениями.

В данном случае абзац второй п. 1 ст. 5 Федерального закона от 8 мая 1996 г. N 41-ФЗ "О производственных кооперативах" дополнен положением о том, что иные требования к фирменному наименованию кооператива устанавливаются ГК РФ.

Статья 27

Комментарий к статье 27

Комментируемой статьей внесено изменение и дополнение в п. 1 ст. 4 Федерального закона от 8 февраля 1998 г. N 14-ФЗ "Об обществах с ограниченной ответственностью".

В новой редакции абзаца третьего п. 1 указанной статьи уточнены требования к фирменному наименованию в отношении терминов и аббревиатур, отражающих организационно-правовую форму общества.

Если ранее предписывалось, что фирменное наименование общества на русском языке не может содержать иные термины и аббревиатуры, отражающие организационно-правовую форму, в том числе заимствованные из иностранных языков, если иное не предусмотрено федеральными законами и иными правовыми актами Российской Федерации, то в настоящее время указано, что фирменное наименование общества на русском языке и на языках народов Российской Федерации может содержать иноязычные заимствования в русской транскрипции или в транскрипции языков народов Российской Федерации, за исключением терминов и аббревиатур, отражающих организационно-правовую форму общества.

Кроме того, указанный пункт дополнен нормой о том, что иные требования к фирменному наименованию общества устанавливаются ГК РФ.

Статья 28

Комментарий к статье 28

Определенная часть незначительных изменений в законодательстве РФ связана с заменой общих ссылок на специальные законы в области интеллектуальной собственности ссылками на гражданское законодательство, последовавшей параллельно с отменой всех специальных законов в указанной области.

В данном случае (ст. 4 Федерального закона от 22 июня 1998 г. N 86-ФЗ "О лекарственных средствах") ссылки на патентное законодательство Российской Федерации, Закон РФ "О товарных (в тексте ошибочно указан термин "торговых") знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров" и законодательство Российской Федерации об авторском праве и смежных правах заменены ссылками на гражданское законодательство.

Статья 29

Комментарий к статье 29

Определенная часть незначительных изменений в законодательстве Российской Федерации связана с заменой общих ссылок на законодательство Российской Федерации об интеллектуальной собственности ссылками на гражданское законодательство, а также с заменой термина "объекты интеллектуальной собственности" на термин "результаты интеллектуальной деятельности".

Именно такой подход законодателя выражен в новой редакции части второй ст. 2 Федерального закона от 6 января 1999 г. N 7-ФЗ "О народных художественных промыслах".

Кроме того, из предмета регулирования гражданским законодательством исключены отношения по использованию результатов интеллектуальной деятельности.

Статья 30

Комментарий к статье 30

Комментируемой статьей внесено изменение в абзац третий п. 3 ст. 26 Федерального закона от 25 февраля 1999 г. N 40-ФЗ "О несостоятельности (банкротстве) кредитных организаций", в которой регламентирован мораторий на удовлетворение требований кредиторов кредитной организации.

В результате указанного изменения существенно расширен круг лиц, в отношении которых действие упомянутого выше моратория не распространяется.

Если ранее действие такого моратория не распространялось только на требования граждан по выплате вознаграждений по авторским договорам, то в настоящее время действие моратория не распространяется на требования граждан по выплате вознаграждений авторам всех результатов интеллектуальной деятельности, в том числе авторам изобретений, полезных моделей, промышленных образцов.

Кроме того, сам термин "авторский договор" допускал ограничительное толкование в смысле исключения авторского вознаграждения за служебное произведение, урегулированное трудовым договором.

Статья 31

Комментарий к статье 31

Комментируемая статья устанавливает новую редакцию абзаца первого п. 1 ст. 1119 ГК РФ, которой предусмотрена свобода завещания.

Указанное изменение нельзя отнести к разряду существенных. По сути, новым является конкретная отсылка к правилам ст. 1130 ГК РФ, в которой детально урегулированы вопросы отмены и изменения завещания завещателем.

Статья 32

Комментарий к статье 32

Комментируемой статьей внесены изменения в десять статей Федерального закона от 26 октября 2002 г. N 127-ФЗ "О несостоятельности (банкротстве)".

Суть указанных изменений заключается в расширении понятия "выплата вознаграждения". Если ранее указанное понятие при его ограничительном толковании относилось только к авторам произведений, то в настоящее время оно относится к авторам всех результатов интеллектуальной деятельности, в том числе авторам изобретений, полезных моделей и промышленных образцов.

Статья 33

Комментарий к статье 33

Комментируемой статьей внесены изменение и дополнение в п. 1 ст. 4 Федерального закона от 14 ноября 2002 г. N 161-ФЗ "О государственных и муниципальных унитарных предприятиях".

В новой редакции абзаца четвертого п. 1 указанной статьи уточнены требования к фирменному наименованию в отношении терминов и аббревиатур, отражающих организационно-правовую форму унитарного предприятия.

Если ранее предписывалось, что фирменное наименование унитарного предприятия на русском языке не может содержать иные термины и аббревиатуры, отражающие его организационно-правовую форму, в том числе заимствованные из иностранных языков, если иное не предусмотрено федеральными законами и иными правовыми актами Российской Федерации, то в настоящее время указано, что фирменное наименование унитарного предприятия на русском языке и на языках народов Российской Федерации может содержать иноязычные заимствования в русской транскрипции или в транскрипции языков народов Российской Федерации, за исключением терминов и аббревиатур, отражающих организационно-правовую форму унитарного предприятия.

Кроме того, указанный пункт дополнен нормой о том, что иные требования к фирменному наименованию унитарного предприятия устанавливаются ГК РФ.

Статья 34

Комментарий к статье 34

Комментируемая статья внесла существенные изменения в Федеральный закон от 29 июля 2004 г. N 98-ФЗ "О коммерческой тайне", полностью преобразовавшая его содержательную часть, поэтому, собственно, он не был отменен, как другие специальные законы в сфере интеллектуальной собственности.

Так, в частности, признаны утратившими силу ст. 7 ("Права обладателя информации, составляющей коммерческую тайну"), ст. 8 ("Обладатель информации, составляющей коммерческую тайну, полученную в рамках трудовых отношений"), ст. 9 ("Порядок установления режима коммерческой тайны при выполнении государственного контракта для государственных нужд"), ряд положений ст. 11 ("Охрана конфиденциальности информации в рамках трудовых отношений"), ст. 12 ("Охрана конфиденциальности информации в рамках гражданско-правовых отношений").

Если ранее указывалось, что Закон о коммерческой тайне регулирует отношения, связанные с отнесением информации к коммерческой тайне, передачей такой информации, охраной ее конфиденциальности, то в настоящее время этот Закон регулирует отношения, связанные с установлением, изменением и прекращением режима коммерческой тайны в отношении информации, составляющей секрет производства (ноу-хау).

Если ранее под коммерческой тайной понималась конфиденциальность информации, то в настоящее время это понятие определяется через режим конфиденциальности информации, в то время как само понятие режима конфиденциальности исключено из Закона о коммерческой тайне.

В Закон о коммерческой тайне включено новое понятие информации, составляющей коммерческую тайну (секрет производства), которое совпадает с понятием секрета производства (ноу-хау), установленным в ст. 1465 ГК РФ (см. комментарий к ней). В прежней редакции Закона о коммерческой тайне понятие информации, составляющей коммерческую тайну, было более широким, поскольку включало в себя научно-техническую, технологическую, производственную, финансово-экономическую или иную информацию, в том числе составляющую секреты производства (ноу-хау).

В связи с вышеизложенным можно констатировать исключение из ГК РФ информации, как объекта гражданских прав, одновременное исключение ст. 139 ГК РФ, а также существенные преобразования Закона о коммерческой тайне, связанные сейчас только с секретами производства (ноу-хау), правовая охрана которым предоставляется в

режиме исключительных прав, в результате чего в отношении других видов информации образовался правовой вакуум.

В связи с непродуманным решением законодателя относительно категории "информация" под сомнением оказались нормы о передаче информации как в ГК РФ (договоры на выполнение проектных и изыскательных работ - параграф 4 глава 37; договоры на выполнение НИОКР - глава 38; договоры возмездного оказания услуг - глава 39), так и в ряде российских законодательных актов, в том числе в ст. 1 Федерального закона от 19 июля 1998 г. N 114-ФЗ "О военно-техническом сотрудничестве Российской Федерации с иностранными государствами", ст. 2 Федерального закона от 9 июля 1999 г. N 160-ФЗ "Об иностранных инвестициях в Российской Федерации", ст. 1 - 2, 7 - 8, 16 - 17, 20, 22 - 23, 25, 29 - 30 Федерального закона от 18 июля 1999 г. "О экспортном контроле", ст. 14.20 и 15.25 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях от 30 декабря 2001 г. N 195-ФЗ (далее - КоАП РФ), ст. 1 и 2 Федерального закона от 8 декабря 2003 г. N 164-ФЗ "Об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности", ст. 9, 19 и 23 Федерального закона от 10 декабря 2003 г. N 173-ФЗ "О валютном регулировании и валютном контроле".

Между тем в ст. 5 Федерального закона от 27 июля 2006 г. N 149-ФЗ "Об информации, информационных технологиях и о защите информации" информация обозначена, в частности, как объект гражданско-правовых отношений.

Статья 35

Комментарий к статье 35

Определенная часть незначительных изменений в законодательстве России связана с заменой ссылок на специальные законы в области интеллектуальной собственности ссылками на гражданское законодательство, последовавшей параллельно с отменой всех специальных законов в указанной области.

В новой редакции части 11 ст. 5 Федерального закона от 13 марта 2006 г. N 38-ФЗ "О рекламе" ссылка на законодательство об авторском праве и смежных правах заменена ссылкой на гражданское законодательство.

Статья 36

Комментарий к статье 36

1. В соответствии с комментируемой статьей большинство статей Вводного закона вступили в силу с 1 января 2008 г.

Некоторые статьи Вводного закона вступили в силу со дня его официального опубликования, т.е. 22 декабря 2006 г., в том числе ст. 2 о признании утратившими силу с 1 января 2008 г. 48 нормативных правовых актов РСФСР и Российской Федерации, а также более 10 пунктов и статей таких актов, ст. 3 о признании недействующими на территории России с 1 января 2008 г. ряда нормативных правовых актов СССР, ст. 13 о продолжении действия на территории России произведенной ранее в бывшем СССР регистрации товарных знаков и знаков обслуживания, п. 13 ст. 17 о дополнении главы 8 ГК РФ ("Нематериальные блага и их защита" ст. 152.1, в которой предусмотрена охрана изображения гражданина в качестве личного неимущественного права).

2. В комментируемом Законе можно отметить ряд упущений и пробелов, кроме тех, которые были отмечены ранее, в результате чего остались нерешенными многие вопросы в рамках ГК РФ, которые ранее обсуждались и решение которых в той или иной форме предлагалось в правовой литературе.

Так, не решены вопросы соотношения положений о залоге имущества (ст. 334 - 358 ГК РФ) и положений о залоге исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации; последних явно недостаточно для адекватного правового урегулирования исключительных прав. Исключение составляет п. 2 ст. 340 ГК РФ, согласно которому при ипотеке предприятия или иного имущественного комплекса в целом право залога распространяется на все входящее в его состав имущество, движимое или недвижимое, включая права требования и исключительные права.

Как следует из вышеизложенного, в этой норме исключительные права ошибочно включены в состав имущества. Равным образом ошибочно отнесены к имуществу исключительные права в соответствии со ст. 1173 ГК РФ ("Доверительное управление наследственным имуществом"). Вышесказанное в целом можно отнести и к вопросам наследования исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации.

Не отражена специфика исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности в ряде статей ГК РФ: ст. 567 ("Договор мены"), ст. 572 ("Договор дарения"), ст. 582 ("Пожертвования").

В статье 1060 ГК РФ ("Использование произведений науки, литературы и искусства, удостоенные награды") вместо договора авторского заказа ошибочно указан договор об использовании произведения.

В статье 1211 ГК РФ ("Право, подлежащее применению к договору при отсутствии соглашения сторон о выборе права") не указан правообладатель как сторона в договоре об отчуждении исключительного права, в то же время в этой статье имеется указание лицензиара в лицензионном договоре.

18 декабря 2006 года N 230-ФЗ

ГРАЖДАНСКИЙ КОДЕКС РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

ЧАСТЬ ЧЕТВЕРТАЯ

(в ред. Федерального закона от 01.12.2007 N 318-ФЗ)

Раздел VII. ПРАВА НА РЕЗУЛЬТАТЫ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ И СРЕДСТВА ИНДИВИДУАЛИЗАЦИИ

Глава 69. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ

Комментарий к главе 69

1. Поскольку законодательство об авторском праве, о патентном праве, праве на товарные знаки и другие результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации регулирует имущественные и связанные с ними личные неимущественные отношения, основанные на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности их участников, нет сомнения в том, что это законодательство является частью гражданского законодательства, а потому в принципе оно должно быть кодифицировано, т.е. включено в структуру ГК РФ.

Часть четвертая ГК РФ как раз и выполняет эту задачу.

2. Впервые такая кодификация была осуществлена в нашей стране в Основах гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик 1961 г., а также в

гражданских кодексах, входивших в СССР 15 союзных республик 1964 - 1965 гг. (в РСФСР - в ГК РСФСР 1964 г.).

Права интеллектуальной собственности были включены и в Основы гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г.

3. Первоначальный вариант проекта той части ГК РФ, которая ныне принята в качестве части четвертой ГК РФ, был опубликован в "Российской газете" 12 июля 1997 г. (только три главы, соответствующие гл. 69, 70 и 71).

Переработанный проект целиком был опубликован в книге "Гражданский кодекс России. Часть третья. Проект. Наследственное право. Международное частное право: Текст. Вводный комментарий" (Исследовательский центр частного права. М.: Статут, 2001. С. 122 - 174).

4. Нормы гл. 69 выполняют ту же роль, которую выполняют нормы гл. 13 ГК РФ по отношению к праву собственности и другим вещным правам. Нормы этой главы сходны также с нормами § 1 гл. 30 ГК РФ (общие положения о купле-продаже), § 1 гл. 34 ГК РФ (общие положения об аренде) и § 1 гл. 37 ГК РФ (общие положения о подряде).

5. Характерная черта большинства норм, содержащихся в данной главе, состоит в том, что они сформулированы как общие, т.е. они могут быть изменены или отменены специальным законом, даже в тех случаях, когда в самой норме о такой возможности не упоминается.

Это вытекает из сути данной главы, в том числе из ее названия.

6. Никогда ранее в законодательстве нашей страны не содержалось общих норм, относящихся ко всем или к большинству категорий результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации.

Исключения составили нормы ст. 138 ГК РФ "Интеллектуальная собственность", которая не имела практического значения, и, очевидно, поэтому теперь отменена.

Статья 1225. Охраняемые результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации

Комментарий к статье 1225

1. В пункте 1 комментируемой статьи содержится перечень результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации. Этот перечень сформулирован как закрытый и, следовательно, не может быть расширен даже законом без внесения поправок в данную статью.

2. В указанный перечень не вошли объекты, на которые распространяются права публикатора (§ 6 гл. 71); эти объекты, строго говоря, не являются произведениями науки, литературы или искусства, а возникающие на эти объекты права не являются авторскими правами.

Исправляя эту очевидную ошибку законодателя, следует считать, что объекты прав публикатора включены в перечень, содержащийся в п. 1 комментируемой статьи.

3. Объекты, перечисленные в п. 1 комментируемой статьи, отнесены к двум категориям:

1) результаты интеллектуальной деятельности;

2) средства индивидуализации.

Как следует из текста ст. 1228 ГК РФ, непременным признаком результата интеллектуальной деятельности является наличие у этого результата автора. Следовательно, к результатам творческой деятельности относятся: произведения науки, литературы и искусства; программы для ЭВМ; базы данных (как объекты авторского права); исполнения; изобретения; полезные модели; промышленные образцы; селекционные достижения; топологии интегральных микросхем (всего 9 объектов). С другой стороны, исходя из обычного смысла термина "средства индивидуализации", к

этой категории объектов должны относиться те объекты, которые кого-то или что-то индивидуализируют, идентифицируют. Таким образом, к данной категории должны быть отнесены: фирменные наименования; товарные знаки; наименования мест происхождения товаров; коммерческие обозначения (всего четыре объекта).

За пределами этой двучленной (дихотомной) классификации остаются следующие объекты: базы данных (как объект смежного права); фонограммы; сообщения в эфир или по кабелю радио- и телевизионных передач; объекты права публикатора; секреты производства (всего пять объектов): они не могут быть отнесены ни к результатам интеллектуальной деятельности, ни к средствам индивидуализации.

В связи с этим следует считать, что и название ст. 1225, и название раздела VII ГК РФ сформулированы слишком узко и подлежат расширительному толкованию.

4. Пункт 2 комментируемой статьи повторяет вторую фразу, содержащуюся в ч. 1 ст. 44 Конституции РФ.

Помещение данной фразы в Конституции РФ вполне обоснованно. Повторение этой фразы в ГК РФ лишено смысла. Этот пункт не несет правовой нагрузки.

Пункт 2 комментируемой статьи нельзя понимать как ограничение или запрет охраны интеллектуальной собственности не законом, а подзаконными актами.

В разделе VII содержится несколько указаний о том, что отдельные вопросы охраны интеллектуальной собственности могут и должны регулироваться подзаконными актами.

Под охраной интеллектуальной собственности, упоминаемой в п. 2 данной статьи, следует понимать охрану всех объектов, включенных в раздел VII ГК РФ.

Собственно говоря, нормы, предусмотренные разделом VII ГК РФ, полностью реализуют содержащееся в Конституции РФ (ст. 44) положение о том, что интеллектуальная собственность охраняется законом.

5. Содержащийся в п. 1 комментируемой статьи перечень объектов является закрытым. Это не противоречит обязательствам, взятым Российской Федерацией по международным договорам.

Статья 1226. Интеллектуальные права

Комментарий к статье 1226

1. Комментируемая статья вводит в российское законодательство новый термин "интеллектуальные права", который, очевидно, призван заменить прежний термин "право интеллектуальной собственности". Этот термин периодически подвергался критике, так как в нем содержится слово "собственность", в связи с чем - если исходить из смысла терминов - право интеллектуальной собственности следовало бы считать разновидностью права собственности, что, конечно, ошибочно.

На самом деле право собственности имеет своим объектом предметы материального мира, а право интеллектуальной собственности - нематериальные объекты, в основном являющиеся интеллектуальными (творческими) результатами. К ним примыкают и приравниваются некоторые иные - тоже нематериальные - результаты.

2. Комментируемая статья устанавливает, что в отношении этой группы объектов возникают субъективные права трех видов:

1) исключительное право;

2) личные неимущественные права;

3) иные права.

При этом исключительное право возникает всегда, в отношении любого объекта этой группы, а два остальных вида прав возникают только в случаях, предусмотренных ГК РФ. Это означает, что ни подзаконные акты, ни даже другие федеральные законы не могут расширять перечень личных неимущественных прав или иных субъективных прав, относящихся к этой группе объектов.

3. В комментируемой статье термин "исключительное право" дан в единственном числе. Это означает, что в отношении каждого охраняемого объекта действует только одно исключительное право.

4. В комментируемой статье указывается, что исключительное право относится к категории имущественных прав.

Известно, что имущественные права могут существовать либо в абсолютных правоотношениях, либо в обязательствах. Исключительные права в обязательственных правоотношениях не существуют; они всегда выражаются в абсолютных имущественных отношениях.

5. Несмотря на то, что комментируемая статья устанавливает, что исключительное право признается на все виды объектов, указанных в п. 1 ст. 1225 ГК РФ, фактически на секреты производства (ноу-хау) никакого исключительного права не возникает; имущественные права на этот объект существуют лишь в относительных, обязательственных отношениях.

6. Из комментируемой статьи следует, что личные неимущественные права не являются исключительными. Таким образом, законодатель решил научный спор о правовой природе личных неимущественных прав, возникший между В.А. Дозорцевым и А.П. Сергеевым, в пользу первого.

7. "Иные права", упоминаемые в комментируемой статье, очевидно, не являются исключительными. Однако из ее текста нельзя сделать вывод о том, являются ли эти "иные права" имущественными или личными неимущественными правами.

8. Следует считать, что право на вознаграждение за свободное, но возмездное использование некоторых объектов, а также право на вознаграждение за использование некоторых объектов, имеющих служебный характер, входят в состав исключительного права на использование.

Статья 1227. Интеллектуальные права и право собственности

Комментарий к статье 1227

1. Пункт 1 комментируемой статьи исходит из того, что интеллектуальные права на охраняемый результат существуют независимо от права собственности на материальный объект, в котором выражен этот результат. Следовательно, нет и иной зависимости: право собственности на такой материальный объект существует и охраняется независимо от интеллектуальных прав на результат, воплощенный в этом материальном объекте права собственности.

В подавляющем числе ситуаций эта норма является верной и практически полезной. Однако из данного правила есть некоторые исключения, которые необходимо учитывать.

Во-первых, некоторые охраняемые результаты неразрывно связаны с материальными объектами, не могут быть отделены от них. Это - селекционные достижения и отдельные виды изобретений - штаммы веществ, а может быть, и некоторые иные изобретения. Интеллектуальные права в отношении таких результатов зависят от права собственности на материальный носитель, в котором эти результаты выражены.

Во-вторых, даже в тех случаях, когда охраняемый результат не связан неразрывно с определенным материальным объектом, но воплощен в материальном объекте, право собственности на этот материальный объект оказывается ограниченным.

2. В пункте 2 комментируемой статьи установлено общее правило о том, что переход права собственности на вещь не влечет перехода интеллектуальных прав на результат, воплощенный в этой вещи.

Из этого общего правила имеются, однако, некоторые исключения. Одно из них прямо названо в п. 2: оно касается случаев, указанных в п. 2 ст. 1291 ГК РФ (см.

комментарий к ней). Другое исключение из нормы, установленной в п. 1 комментируемой статьи, содержится в абз. 2 п. 1 ст. 1291 ГК РФ.

Кроме того, переход права собственности на вещь, в которой выражен результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации, влечет "исчерпание прав" - см. ст. 1272, 1325, 1344, 1359 (последняя часть), 1487 ГК РФ.

Статья 1228. Автор результата интеллектуальной деятельности

Комментарий к статье 1228

1. Комментируемая статья относится только к результатам интеллектуальной деятельности. На средства индивидуализации и на иные результаты, охраняемые данным разделом, ее нормы не распространяются.

2. В абзаце 1 п. 1 указывается, что у результата интеллектуальной деятельности имеется автор. Им признается гражданин, т.е. физическое лицо, творческим трудом которого создан такой результат. Таким образом, "творческий труд" и "интеллектуальная деятельность" употребляются в данной норме как синонимы.

3. Из данной нормы следует, что автор (творец, создатель) должен иметься у каждого и любого результата интеллектуальной деятельности.

4. Создание результата интеллектуальной деятельности не является сделкой, это юридический поступок. Автором должно признаваться не только дееспособное лицо, но и лицо, не имеющее дееспособности, в частности малолетние и лица, страдающие психическими заболеваниями.

Употребленное в абз. 1 п. 1 выражение "такой результат" неточно; его следует понимать в смысле "этот результат".

5. Из абзаца 1 п. 1 следует, что автором результата интеллектуальной деятельности может являться только гражданин. Поэтому юридические лица (организации) не могут признаваться авторами.

Из этого общего правила имеются исключения. Первое касается тех результатов интеллектуальной деятельности, которые созданы за рубежом и охраняются на территории Российской Федерации на основе национального законодательства России или на основе международных договоров (ст. 7 ГК РФ). Второе касается некоторых результатов интеллектуальной деятельности, созданных ранее, до введения в действие части четвертой ГК РФ (ст. 5 Федерального закона "О введении в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации").

И в первом, и во втором случаях авторами таких результатов интеллектуальной деятельности могут быть юридические лица.

6. В абзаце 2 п. 1 перечислены некоторые виды деятельности, которые не признаются творческой деятельностью. Это техническое, консультационное, организационное, материальное содействие и помощь в создании результата интеллектуальной деятельности, деятельность по оформлению прав на этот результат, по организации использования данного результата, а равно и осуществление контроля за такими работами.

Обычно авторы результата интеллектуальной деятельности принимают участие в осуществлении такой деятельности. Но абз. 2 п. 1 подчеркивает, что сама по себе такая деятельность ("только" такая деятельность) не дает основания для признания за определенным лицом авторства или соавторства.

7. В пункте 2 комментируемой статьи содержатся основные нормы о личных неимущественных правах, принадлежащих автору результата интеллектуальной деятельности.

8. Из абзаца 1 п. 2 следует, что автору результата интеллектуальной деятельности всегда принадлежит право авторства. Другие личные неимущественные права, в число

которых входит право на имя, принадлежат автору лишь в случаях, предусмотренных в ГК РФ.

Из этой нормы вытекает и то, что право авторства не совпадает с правом на имя.

К сожалению, содержание права авторства в данной норме не раскрывается. Однако применительно ко всем отдельным результатам интеллектуальной деятельности право авторства определяется одинаково - как право признаваться (т.е. считаться) автором: ст. 1265, 1356, 1418, 1453 ГК РФ.

9. В абзаце 2 п. 2 предусматривается, что все личные неимущественные права автора являются неотчуждаемыми; автор не может, кроме того, передать эти права другому лицу или отказаться от них; отказ от этих прав не влечет никаких правовых последствий. Нет сомнений в том, что эта норма направлена прежде всего на пресечение случаев появления лжеавторов.

Нельзя, однако, не отметить, что из данного общего правила имеются исключения. Например, автор произведения может по договору предоставить своему договорному партнеру право вносить изменения в произведение, что будет являться передачей по договору личного права на неприкосновенность произведения.

Кроме того, фактически лица, разрабатывающие официальные документы, символы и знаки (п. 6 ст. 1259 ГК РФ), добровольно отказываются от всех своих личных неимущественных прав.

10. Абзац 3 п. 2 посвящен авторству и имени автора. В первой фразе указывается, что они охраняются бессрочно.

При этом следует учитывать, что в период жизни автора существуют субъективное право авторства и право на имя. Они принадлежат самому автору и осуществляются и защищаются, как и иные гражданские права, по усмотрению самого автора. При этом автор утверждает, что именно он является автором результата интеллектуальной деятельности.

После смерти автора право авторства ни к каким лицам (в том числе к наследникам) не переходит: никто уже не может заявить: "я являюсь автором этого результата интеллектуальной деятельности". Однако, как указано во второй фразе абз. 3 п. 2 комментируемой статьи, после смерти автора любое заинтересованное лицо вправе осуществлять защиту авторства и имени умершего автора, не будучи субъектом гражданского права авторства и гражданского права на имя. К числу "заинтересованных лиц" относятся, в частности, лица, имеющие имущественный интерес в защите авторства и права на имя.

11. В некоторых случаях в разделе VII ГК РФ право на имя закрепляется не за авторами результата интеллектуальной деятельности, а за обладателями прав на средства индивидуализации и на иные результаты, охраняемые в соответствии с нормами этого раздела. На эти случаи нормы ст. 1228 ГК РФ не распространяются.

12. Пункт 3 комментируемой статьи относится к исключительному праву на результат интеллектуальной деятельности. Как указано в ст. 1226 ГК РФ, это исключительное право является имущественным правом.

Устанавливается, что исключительное имущественное право первоначально возникает у автора результата интеллектуальной деятельности. Эту норму следует считать относящейся к любым видам результатов интеллектуальной деятельности, она - императивная. И лишь возникнув у автора и для автора, это право может быть передано автором другому лицу на основании договора либо может перейти к другим лицам по иным основаниям, предусмотренным законом.

Следует считать, что под "основаниями, предусмотренными законом", здесь имеются в виду только те основания, которые предусмотрены ГК РФ.

13. В пункте 3 комментируемой статьи говорится о результатах интеллектуальной деятельности, "созданных творческим трудом".

Поскольку иных результатов интеллектуальной деятельности не существует, следует считать, что этот пункт относится ко всем результатам интеллектуальной деятельности.

14. В пункте 4 комментируемой статьи устанавливается, что результаты интеллектуальной деятельности, созданные совместным творческим трудом двух или большего числа лиц, принадлежат этим лицам совместно. Такие авторы именуются соавторами. "Совместный" творческий труд не обязательно должен происходить в одном и том же месте, в одно и то же время. Кроме того, этот труд может быть разнородным. Непременным условиям для признания творческого труда "совместным" является наличие соглашения между соавторами о создании и (или) использовании результата интеллектуальной деятельности. Следует считать, что к взаимоотношениям между соавторами могут по аналогии применяться нормы гл. 16 ГК РФ.

Статья 1229. Исключительное право

Комментарий к статье 1229

1. В абзаце 1 п. 1 комментируемой статьи устанавливается, что исключительное право на объекты, охраняемые в соответствии с разд. VII ГК РФ, состоит из двух правомочий - права использования и права распоряжения. При этом право использования возникает в отношении любых охраняемых объектов, а право распоряжения возникает, если иное не предусмотрено ГК РФ. Следовательно, ГК РФ может предусмотреть, что в отношении некоторых охраняемых объектов возникает только право использования либо что право распоряжения не возникает совсем или действует лишь частично.

2. Лицо, которое обладает исключительным правом (им может быть гражданин или юридическое лицо), именуется правообладателем. Им становится и то лицо, которому правообладатель уступил (передал) свои права, а также то лицо, к которому эти права перешли по закону.

Таким образом, под обладателем исключительного права имеется в виду не только первоначальный обладатель такого права на результат интеллектуальной деятельности, но и производный (последующий) обладатель такого права на указанный результат, а также любой обладатель исключительного права на охраняемый объект, не относящийся к категории результатов интеллектуальной деятельности.

3. Право использования относится к охраняемому объекту, а право распоряжения - к исключительному праву на охраняемый объект.

4. Исключительное право использования означает возможность использования охраняемого объекта по своему усмотрению любым не противоречащим закону способом (первая фраза абз. 1 п. 1 комментируемой статьи).

Это право сформулировано чрезвычайно широко; можно утверждать даже, что оно не имеет пределов, "безбрежное".

Из указанной нормы не вытекает, что пределы действия этого исключительного права могут быть ограничены в отношении отдельных охраняемых объектов. Таких ограничений в ГК РФ фактически нет: перечни правомочий, входящих в составы исключительных прав, установленные для отдельных охраняемых объектов, сформулированы как примерные, не закрытые (ст. 1270, 1358 ГК РФ и др.).

Ограничения исключительных прав на охраняемые результаты, упомянутые в п. 5 ст. 1229 ГК РФ, строго прописаны; их пределы точно очерчены и ограничены.

Эти исключения из сферы действия исключительных прав не ограничивают, однако, пределов действия самих исключительных прав.

Следует исходить из того, что пределы действия исключительных прав будут установлены правоприменительной практикой.

5. В правомочие "распоряжения", о котором говорится во второй фразе абз. 1 п. 1, входит как право на отчуждение охраняемого результата, так и право на выдачу лицензии

на использование такого результата (ст. 1233 ГК РФ). И то и другое правомочия принадлежат правообладателю, если иное не предусмотрено ГК РФ.

При отчуждении охраняемого объекта появляется новый правообладатель, на которого распространяются все нормы, указанные в ст. 1229 ГК РФ.

6. В абзаце 2 п. 1 устанавливается, что правообладатель может разрешать или запрещать другим лицам использовать охраняемый результат.

Разрешение - это проявление правомочия распоряжения исключительным правом. Разрешение может выражаться, в частности, либо в уступке права, либо в выдаче лицензии.

Особого запрета на использование охраняемого объекта, строго говоря, не требуется. Однако такой запрет, направленный нарушителю или потенциальному нарушителю, может оказаться полезным для того, чтобы нарушитель не мог ссылаться на отсутствие своей вины в отношении совершенного правонарушения.

Слова "по своему усмотрению", содержащиеся в абз. 2 п. 1, относятся к праву распоряжения исключительными правами.

Вторая фраза абз. 2 п. 1 комментируемой статьи, по сути, является повторением нормы, содержащейся в п. 3 ст. 158 ГК РФ: "Молчание признается выражением воли совершить сделку в случаях, предусмотренных законом или соглашением сторон"; поэтому она не несет правовой нагрузки.

7. В первой фразе абз. 3 п. 1 содержится адресованный третьим лицам запрет использовать охраняемый объект без согласия правообладателя. Этот запрет вытекает также из абз. 1 и 2 п. 1, но здесь он выражен более определенно.

8. В заключительной части первой фразы абз. 3 п. 1 указывается на наличие случаев свободного использования охраняемых объектов. В этих случаях использование не является нарушением исключительных прав.

Об этих случаях свободного использования говорится также в заключительной части второй фразы абз. 3 п. 1, а также в п. 5. Несмотря на некоторые различия в формулировках, во всех этих трех нормах речь идет о совершенно тождественных случаях свободного использования.

9. Во второй фразе абз. 3 п. 1 указывается на то, что использование охраняемого объекта без согласия правообладателя является незаконным и влечет ответственность, установленную ГК РФ и другими законами.

Это указание логично вытекает из предшествующей фразы, в которой установлен запрет такого использования: нарушение любого запрета, установленного ГК РФ, является незаконным и влечет ответственность.

Вместе с тем правовую нагрузку имеют те слова этой фразы, которые стоят в скобках. Они относятся к понятию использования охраняемого результата.

Поясняется, что перечни содержащихся в ГК РФ различных конкретных способов использования охраняемых объектов не должны рассматриваться как закрытые, исчерпывающие, т.е. что право на использование распространяется и на те способы использования, которые прямо не указаны в этих перечнях (см. также первую фразу абз. 1 п. 1 и комментарий к ней).

10. В пункте 2 комментируемой статьи регулируется вопрос о числе лиц, которые могут владеть исключительным правом на охраняемый объект. Указывается, что это может быть либо одно лицо, либо большее число лиц (слово "несколько" в данном случае включает "два"). При этом устанавливается, что если владельцев исключительного права несколько, то все они владеют этим правом "совместно". Исключения из такого "совместного" владения указаны в п. 4 данной статьи (см. также комментарий к этому пункту).

Понятие "совместного владения" раскрывается в п. 3.

В пункте 2 содержится указание на один-единственный охраняемый объект, владельцем которого может выступать только одно лицо. Этот объект - фирменное

наименование. Следовательно, любые сделки, имеющие своей целью появление двух или большего числа владельцев исключительного права на фирменное наименование, являются ничтожными.

11. Пункт 3 раскрывает содержание исключительного права на охраняемый объект, принадлежащего нескольким лицам совместно. Исключительное право включает право использования и право распоряжения.

Первые фразы абз. 1 и абз. 2 п. 3 относятся к праву использования, а третий абзац - к праву распоряжения.

Вторая фраза абз. 1 относится и к праву использования, и к праву распоряжения. Поэтому анализ п. 3 следует начинать именно с этой фразы.

12. Во второй фразе абз. 1 п. 3 предусматривается, что взаимоотношения лиц, совместно владеющих исключительным правом, должны определяться соглашением между ними. Такое соглашение является двусторонней или многосторонней сделкой, т.е. договором. Форма такого соглашения определяется общими требованиями, предъявляемыми к форме сделок, а последствия несоблюдения требуемой формы - общими требованиями о несоблюдении формы сделок. Должны применяться также правила, касающиеся государственной регистрации определенных сделок.

Указанное соглашение может регулировать различные вопросы, касающиеся использования исключительного права и распоряжения им. Разумеется, оно не может противоречить императивным нормам закона. Кроме того, при заключении такого соглашения следует учитывать диспозитивные нормы, содержащиеся в первых двух абзацах п. 3.

13. В первой фразе абз. 1 п. 3 устанавливается общее правило, касающееся использования охраняемого объекта при совместном владении: каждый правообладатель имеет право использовать охраняемый объект "по своему усмотрению", отдельно, без согласования такого использования с остальными правообладателями. В этом случае такое использование не должно считаться "совместным использованием", а потому доходы от него принадлежат каждому правообладателю индивидуально: нормы, содержащиеся в абз. 2 п. 3, на эти случаи не распространяются.

Если правообладатели желают, чтобы доходы от такого индивидуального использования охраняемого объекта распределялись между всеми правообладателями, они должны прямо оговорить это в соглашении. В этом соглашении могут быть предусмотрены и доли распределения этих доходов. Если эти доли не будут определены в соглашении (хотя само соглашение будет заключено), то доли правообладателей будут считаться равными - путем применения по аналогии абз. 2 п. 3 ст. 1229 и ст. 245 ГК РФ.

14. Правообладатели вправе заключить соглашение, в соответствии с которым использование охраняемого объекта всегда является совместным. В этом случае при любом использовании должны применяться нормы, содержащиеся в абз. 2 п. 3.

15. В абзаце 3 п. 3 содержится общая императивная норма, относящаяся к распоряжению совместно принадлежащим нескольким лицам исключительным правом.

Эта общая норма устанавливает, что распоряжение осуществляется по совместному решению правообладателей.

По сути, эта норма является аналогом нормы, содержащейся в п. 1 ст. 246 ГК РФ.

Несмотря на то что, определяя взаимоотношения правообладателей, сообща владеющих охраняемым объектом, ГК РФ употребляет термин "совместный" ("совместное использование", "распоряжение... осуществляется... совместно"), такое общее владение нельзя считать аналогом "общей совместной собственности"; по существу, это аналог "общей долевой собственности".

В связи с этим к распоряжению исключительными правами на совместно принадлежащий охраняемый объект не могут применяться (по аналогии) нормы, содержащиеся в п. 2 и 3 ст. 253 ГК РФ.

16. В пункте 3 комментируемой статьи не установлено никаких особых правил, относящихся к распоряжению не исключительным правом в целом, а той долей этого права, которая принадлежит отдельному правообладателю.

Следует считать, что к этим случаям применимы - по аналогии - нормы ст. 250 ГК РФ ("Преимущественное право покупки").

17. Договоры, заключаемые между совместными владельцами исключительных прав, по своей сути являются договорами простого товарищества (гл. 55 ГК РФ).

18. В пункте 4 указывается, что на некоторые охраняемые объекты - топологии интегральных микросхем, секреты производства (ноу-хау), коллективные товарные знаки и наименования места происхождения товаров - исключительные права могут одновременно принадлежать нескольким лицам, которые являются самостоятельными владельцами.

Между такими самостоятельными владельцами правоотношений в силу закона не возникает, на них нормы, предусмотренные п. 2 и 3 анализируемой статьи, не распространяются.

Это, однако, не означает, что такие самостоятельные правообладатели не могут добровольно заключать соглашения о порядке использования своих охраняемых объектов.

Отнесение коллективных товарных знаков к числу объектов, перечисленных в п. 4, следует признать ошибочным: между лицами, владеющими коллективным товарным знаком, всегда возникают определенные гражданские правоотношения.

19. В абзаце 1 п. 5 указывается на то, что в ГК РФ могут быть установлены ограничения исключительных прав на охраняемые объекты. К числу таких ограничений относятся, в частности, случаи, когда использование результата интеллектуальной деятельности может производиться без согласия правообладателя, но с выплатой ему вознаграждения.

Обычно все эти случаи именуются случаями свободного использования (при этом степень "свободы" такого использования может быть различной). Различаются случаи свободного безвозмездного (бесплатного) использования и случаи свободного, но возмездного (платного) использования (т.е. использования без согласия правообладателя, но с выплатой ему вознаграждения).

Из данной нормы не может быть сделан вывод о том, что случаи свободного платного использования не могут быть установлены для тех охраняемых объектов, которые не относятся к категории "результаты интеллектуальной деятельности", хотя не очень удачная формулировка этой нормы допускает и такое толкование.

20. В абзаце 2 п. 5 содержатся общие ограничения, касающиеся сферы применения случаев свободного использования.

Случаи свободного использования не должны наносить неоправданного ущерба обычному (т.е. договорному либо осуществляемому самим правообладателем) использованию охраняемого объекта; кроме того, они не должны ущемлять необоснованным образом законные интересы правообладателей.

Хотя оба критерия сформулированы как оценочные (что такое "неоправданный ущерб"?; что такое "необоснованным образом"?), тем не менее они очень важны.

Эти критерии адресованы не только законодателю, но и правоохранительным органам, прежде всего судебным: в том случае, если и когда определенное ограничение исключительного права будет "наносить неоправданный ущерб обычному использованию" либо "ущемлять необоснованным образом законные интересы правообладателей", законодатель обязан будет внести соответствующие коррективы в правовые нормы, а правоохранительные (прежде всего судебные) органы обязаны либо давать узкое толкование сфере применения такого ограничения, либо вообще запретить его применение.

В связи с этим содержащиеся в абз. 2 п. 5 слова "указанные ограничения устанавливаются при условии", по сути, указывают на то, что эти ограничения могут быть установлены ГК РФ и применяться на практике лишь с соблюдением указанных условий.

21. Содержащиеся в п. 5 нормы, касающиеся общих принципов установления и применения ограничений исключительных прав, в зарубежной литературе обычно именуются "трехступенчатый тест", "тройной тест".

Любые ограничения исключительных прав:

во-первых, могут быть установлены только в определенных, особых случаях;

во-вторых, не должны наносить неоправданного ущерба обычному использованию охраняемого объекта;

в-третьих, не должны необоснованным образом нарушать законные интересы правообладателей.

22. В пункте 5 подробно говорится о тех ограничениях исключительных прав, которые ранее упоминались в первой и второй фразах абз. 3 п. 1 комментируемой статьи.

Статья 1230. Срок действия исключительных прав

Комментарий к статье 1230

1. В пункте 1 данной статьи устанавливается общая норма о том, что исключительное право на охраняемые объекты имеет срочный характер.

Вместе с тем, как указывается в этой норме, по отношению к некоторым охраняемым объектам может быть установлено, что исключительное право действует в течение неопределенного срока либо даже бессрочно.

2. В пункте 2 содержится общее указание о том, что все вопросы, касающиеся сроков действия исключительных прав, могут быть установлены только в ГК РФ. Эти нормы относятся ко всем охраняемым объектам.

Все предусмотренные в комментируемой статье нормы, относящиеся к продолжительности и порядку исчисления сроков действия исключительных прав, являются отсылочными и не несут большой правовой нагрузки.

Статья 1231. Действие исключительных и иных интеллектуальных прав на территории Российской Федерации

Комментарий к статье 1231

1. В абзаце 1 п. 1 комментируемой статьи указывается на то, что на территории России исключительные права могут возникать и действовать на основании не только ГК РФ, но и на основании международных договоров Российской Федерации.

Особо важное значение эта норма имеет для тех объектов, которые охраняются в России на основе обязательной государственной регистрации (ст. 1232 ГК РФ).

Норма, содержащаяся в абз. 1 п. 1, означает, что даже те объекты, которые охраняются в России на основе обязательной государственной регистрации, могут получать здесь охрану без такой государственной регистрации, если это предусмотрено международными договорами России.

Наиболее яркими примерами таких объектов являются изобретения, охраняемые евразийскими патентами, и обозначения, охраняемые в качестве международных знаков на основе Мадридского соглашения о международной регистрации знаков 1891 г. и Протокола к нему 1989 г.

Общий смысл рассматриваемой нормы состоит в том, что она допускает появление на территории Российской Федерации исключительных прав, устанавливаемых непосредственно международными договорами России, без трансформации норм

международных договоров во внутреннее российское законодательство и даже без упоминания об этом в ГК РФ.

2. В абзаце 2 п. 1 содержится ссылка на норму, предусмотренную абз. 4 п. 1 ст. 2 ГК РФ. Эта последняя норма относится к отношениям с участием иностранных граждан, лиц без гражданства и иностранных юридических лиц.

Следовательно, и абз. 2 п. 1 комментируемой статьи относится к правам только этой группы субъектов.

Таким образом, смысл абз. 2 п. 1 состоит в том, что личные неимущественные и иные интеллектуальные права, не являющиеся исключительными, признаются за иностранными гражданами, иностранными юридическими лицами и апатридами и действуют на территории России во всех случаях, независимо от международных договоров Российской Федерации, если иное не предусмотрено федеральным законом.

3. В пункте 2 рассматривается случай, когда первоначально исключительное право на определенный объект возникло в зарубежной стране, а затем - в соответствии с международным договором Российской Федерации - это право (или, точнее, аналогичное право) признано на территории России.

Это довольно распространенные случаи. К ним относятся, в частности, случаи первоначальной публикации за рубежом авторских произведений иностранных авторов, случаи выдачи в России патентов или регистрации в России товарных знаков с конвенционным приоритетом и т.п.

Во всех этих случаях, как указывается в п. 2 данной статьи, многие элементы правового режима охраняемых объектов, а именно содержание исключительного права, его действие, порядок осуществления и защиты, а также исключения из сферы исключительного права, определяются нормами ГК РФ, без учета норм страны возникновения исключительного права.

Перечисленные в п. 2 элементы составляют не все содержание исключительного права. Один элемент пропущен - это нормы, определяющие правообладателя.

В этом и состоит смысл основной нормы п. 2: в рассматриваемых случаях правообладатель определяется на основе норм страны возникновения исключительного права, а все остальные элементы исключительного права в России - на основе норм ГК РФ.

Как прямо указано в п. 2, эта общая норма применяется только в тех случаях, если международным договором, в соответствии с которым исключительное право получает признание на территории России или ГК РФ, не предусмотрено иное.

4. К сожалению, п. 2 не относится к личным неимущественным правам и к иным правам, не являющимся исключительными (ст. 1226).

Следует считать, что и к этим правам по аналогии должны применяться нормы, содержащиеся в п. 2.

5. Нормы, предусмотренные в комментируемой статье, применяются не только к тем объектам, которые получают охрану в России на основе международных договоров. По этому вопросу см. ст. 1256 ГК РФ и комментарий к ней.

Статья 1232. Государственная регистрация результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации

Комментарий к статье 1232

1. Содержащаяся в п. 1 комментируемой статьи норма имеет чисто отсылочный характер. Кроме того, это не норма прямого действия; она не несет правовой нагрузки. Из нее вытекает: ГК РФ может установить, что исключительное право на некоторые результаты интеллектуальной деятельности и иные охраняемые объекты признается и охраняется в России при условии государственной регистрации такого объекта.

Следует считать, что при этом сохраняется возможность охраны таких объектов не на основе государственной регистрации, а на основе международных договоров России (см. абз. 1 п. 1 ст. 1231 ГК РФ и комментарий к нему).

"Иные права", указанные в ст. 1226 ГК РФ, очевидно, также признаются и охраняются при условии государственной регистрации таких объектов.

2. В пункте 2 устанавливается, что если в соответствии с п. 1 комментируемой статьи государственной регистрации подлежит сам объект (для получения им охраны), то проходить обязательную государственную регистрацию должны и следующие юридические факты:

1) отчуждение исключительного права по договору;

2) залог исключительного права;

3) предоставление права использования такого объекта по договору;

4) переход исключительного права к другому лицу без договора.

Порядок и условия государственной регистрации этих четырех видов юридических фактов устанавливаются Правительством РФ.

Отметим, что Правительство РФ в соответствии с нормой, содержащейся в п. 2, не вправе устанавливать порядок и условия государственной регистрации, касающейся признания определенных объектов охраняемыми.

3. В пункте 3 указывается тот технический прием, который применяется при государственной регистрации осуществляемого по договору отчуждения исключительного права или предоставления права использования, а также при государственной регистрации залога исключительного права. В этих случаях проходит государственную регистрацию соответствующий договор.

В названном пункте ничего не говорится о том техническом приеме, который применяется при упоминаемой в п. 2 государственной регистрации перехода исключительного права без договора.

4. В соответствии с п. 4 при выдаче принудительной лицензии - а она выдается по решению суда - государственная регистрация предоставления права по такой лицензии производится на основании решения суда.

Разумеется, ко всем случаям государственной регистрации сделок, предусмотренных в п. 2 - 4 комментируемой статьи, применимо общее указание, содержащееся в п. 3 ст. 165 ГК РФ: если сделка, требующая государственной регистрации, совершена в надлежащей форме, но одна из сторон уклоняется от ее регистрации, суд вправе по требованию другой стороны вынести решение о регистрации сделки; при этом сделка регистрируется по решению суда.

5. Пункт 5 посвящен основаниям государственной регистрации перехода по наследству исключительного права на охраняемые объекты, в отношении которых такой юридический факт подлежит государственной регистрации. В этом случае государственная регистрация производится по общему правилу на основании свидетельства о праве на наследство, которое выдается в соответствии со ст. 1162 ГК РФ.

Хотя в соответствии со ст. 1162 получение такого свидетельства является правом наследника, для осуществления государственной регистрации по п. 5 ст. 1232 ГК РФ наследник обязан получить такое свидетельство (впрочем, такая же обязанность предусмотрена и в ст. 1165 ГК РФ).

6. Оговорка, содержащаяся в п. 5, относится к случаю перераспределения между наследниками по соглашению между ними долей исключительного права, полученного ими по наследству.

Условием государственной регистрации такого соглашения о перераспределении долей является представление наследниками свидетельства о праве на наследство. Что касается самого соглашения о перераспределении долей в исключительном праве, то для его государственной регистрации, как это вытекает из ст. 1165, не требуется

представления нового свидетельства о праве на наследство или внесения изменений в ранее выданное свидетельство о праве на наследство.

Строго говоря, оговорка, содержащаяся в п. 5, регулируется по нормам, предусмотренным п. 3.

7. Нормы, включенные в п. 6, являются повторением норм, установленных в п. 1 ст. 165 ГК РФ.

В первой фразе п. 6 устанавливается недействительность договора об отчуждении исключительного права, а также договора о предоставлении права использования, если такой договор не имеет государственной регистрации.

Вместе с тем данная норма не упоминает договора о залоге исключительных прав, который указан в п. 2 и 3 комментируемой статьи. Следует считать, что и такой договор, если он не прошел государственную регистрацию, должен считаться недействительным на основе нормы п. 1 ст. 165 ГК РФ или - примененной по аналогии - нормы п. 6. Иной вывод означал бы, что п. 2 и 3 содержат нормы, касающиеся регистрации залога, не подкрепленные никакими мерами правовой ответственности, что было бы абсурдным.

Во второй фразе п. 6 указывается, что если переход исключительного права, имевший место без заключения договора, не прошел государственную регистрацию, то такой переход считается несостоявшимся.

Как было убедительно показано в литературе (Тузов Д.О. О понятии "несуществующей" сделки в российской гражданском праве // Вестник ВАС РФ. 2006. N 10. С. 4 - 26), категория "несуществования" сделки не вписывается в систему юридических понятий.

В связи с этим содержащееся в п. 6 указание на то, что бездоговорный переход исключительного права, не прошедший государственную регистрацию, считается "несостоявшимся", следует рассматривать как указание на недействительность такой сделки (или даже "юридического акта").

Нормы п. 6 не исключают возможности применения п. 3 (и, соответственно, п. 4) ст. 165 ГК РФ.

8. В пункте 7 указывается, что ГК РФ может предусмотреть не обязательную, а факультативную, производимую по желанию правообладателя государственную регистрацию результата интеллектуальной деятельности (РИД). Такая факультативная регистрация может быть предусмотрена только для результата интеллектуальной деятельности, а не для других охраняемых объектов.

В этих случаях, если такой РИД пройдет государственную регистрацию, то в обязательном порядке должны проходить государственную регистрацию и все сделки (и даже, вероятно, иные юридические акты), относящиеся к этому РИД; при этом будут применяться и предусмотренные ГК РФ, в частности в п. 2 - 6 комментируемой статьи, правила осуществления государственной регистрации и санкции за ее неосуществление. Однако ГК РФ может установить, что все или отдельные нормы, содержащиеся в п. 2 - 6, не применяются к такой факультативной государственной регистрации.

Содержащаяся в п. 7 норма о предоставлении права правообладателю осуществить государственную регистрацию на самом деле выражается в обязанности регистрирующего органа произвести такую регистрацию в случаях, прямо указанных в ГК РФ.

9. К государственной регистрации, предусмотренной комментируемой статьей, могут по аналогии применяться нормы, содержащиеся в ст. 164 ГК РФ и, соответственно, в ст. 131 ГК РФ.

Статья 1233. Распоряжение исключительным правом

Комментарий к статье 1233

1. В пункте 1 комментируемой статьи указывается принадлежащее правообладателю право распорядиться своим исключительным правом.

Следует учитывать, что в соответствии с нормой, содержащейся в абз. 1 п. 1 ст. 1229 ГК РФ, это право принадлежит правообладателю, если ГК РФ не установлено иное. Поэтому нормы комментируемой статьи применяются только в тех случаях, когда в ГК РФ не установлено, что право распоряжения либо вообще не принадлежит правообладателю, либо оно принадлежит ему, но с определенными ограничениями.

2. В абзаце 1 п. 1 предусматривается, что право распоряжения означает возможность распорядиться исключительным правом любым не противоречащим закону и существу такого права способом.

Далее указываются два частных случая такого распоряжения: договор об отчуждении исключительного права и лицензионный договор.

Из этой нормы вытекает, что могут существовать и другие договоры о распоряжении исключительным правом, а возможно, и некоторые бездоговорные способы такого распоряжения.

К иным договорным способам распоряжения исключительными правами, очевидно, относятся договоры об использовании объектов в системах коллективного управления авторскими и смежными правами (ст. 1242 ГК РФ), договоры о залоге исключительных прав, договоры доверительного управления имуществом (гл. 53 ГК РФ), договоры коммерческой концессии (гл. 54 ГК РФ) и т.д.

Что касается распоряжения исключительным правом без договора, то им может быть отказ от исключительного права (как это сделал в свое время Л.Н. Толстой).

3. Во второй фразе п. 1 предусматривается, что заключение лицензионного договора не влечет перехода исключительного права к лицензиату.

С практической точки зрения это означает, что заключение лицензионного договора любого вида (см. ст. 1236 ГК РФ) приводит к тому, что правообладатель не перестает быть правообладателем. Вместе с тем эта норма не означает, что лицо, получившее исключительную лицензию (лицензиат), не вправе предъявлять требования в адрес третьих лиц о защите своих прав, полученных по лицензионному договору.

Вообще, как это видно из нормы, содержащейся в п. 3, исключительные права являются делимыми.

4. В пункте 2 указывается на то, что к любым договорам о распоряжении исключительным правом применяются общие положения об обязательствах, а также общие положения о договоре, т.е. все нормы разд. III ГК РФ. Это очень важное проявление включения - не формального, а по существу - норм разд. VII в общую структуру ГК РФ.

Эта общая, принципиальная норма сопровождается оговорками, которые обычно применяются в подобных случаях: если "иное не установлено правилами настоящего раздела и не вытекает из содержания или характера исключительного права".

5. В пункте 3 устанавливается, что если в договоре прямо не указывается на то, что исключительное право передается в полном объеме, то такой договор считается лицензионным договором, а не договором об отчуждении (уступке) исключительного права.

Указание о "прямом указании" не следует понимать буквально: договор, озаглавленный "договор об отчуждении исключительного права", очевидно, не является лицензионным договором.

С другой стороны, если в договоре указывается, что "исключительное право передается в полном объеме, но на ограниченный срок", то такой договор считается лицензионным.

Вообще при решении вопроса о том, является заключенный договор договором об отчуждении исключительного права или лицензионным договором, должны применяться нормы ст. 431 ГК РФ.

Именно такой подход применил Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ при толковании одного спорного словосочетания ("передача исключительных прав"), содержащегося в Законе РФ от 9 июля 1993 г. "Об авторском праве и смежных правах". Мнение Президиума ВАС РФ выражено в п. 6 информационного письма Президиума ВАС РФ от 28 сентября 1999 г. N 47 "Обзор практики рассмотрения споров, связанных с применением Закона РФ "Об авторском праве и смежных правах".

6. В оговорке, содержащейся в п. 3, ссылка дается на норму, предусмотренную абз. 2 п. 1 ст. 1240 ГК РФ, где имеется следующая презумпция: договор об использовании результатов интеллектуальной деятельности в составе сложного объекта считается договором об отчуждении исключительного права, если в нем не предусмотрено иное.

7. В пункте 4 содержатся императивные нормы, устанавливающие ничтожность (недействительность) некоторых условий договоров об отчуждении исключительных прав и лицензионных договоров. Имеются в виду те договоры, которые относятся к результатам интеллектуальной деятельности (но не к иным охраняемым объектам).

Условия, о которых речь идет в п. 4, касаются еще не созданных, будущих результатов интеллектуальной деятельности, а стороной в упомянутых договорах обязательно должен быть гражданин - автор будущих результатов интеллектуальной деятельности.

В таких ситуациях в договор не может быть включено условие, ограничивающее право такого гражданина создавать результаты интеллектуальной деятельности определенного рода или в определенной области интеллектуальной деятельности. Например, не может быть включено условие о том, что автор больше не будет создавать страшных детективов, что певец больше не будет исполнять этот романс, а изобретатель - создавать изобретения, касающиеся стрелкового оружия. Если такие условия будут включены в договор, они считаются ничтожными.

В пункте 4 предусматривается, что должны признаваться ничтожными также условия об "отчуждении исключительного права на такие результаты". Выражение "такие результаты" означает еще не созданные результаты определенного рода или в определенной области творчества, которые автор может создать в будущем; уже созданные результаты под эту категорию не подпадают. Кроме того, в этом случае запрет касается только договоров об отчуждении исключительного права.

Это значит, что допустимо включать в договор условия, ограничивающие право автора на заключение лицензионных договоров, касающихся будущих творческих результатов определенного рода или в определенной области интеллектуальной деятельности, которые могут быть созданы этим автором.

Так, недопустимо включение в договор условия: "Договорный партнер изобретателя имеет преимущественное право на заключение договора об отчуждении будущих изобретений, касающихся стрелкового оружия", однако допустимо включение такого условия: "Договорный партнер изобретателя имеет преимущественное право на заключение лицензионного договора, касающегося будущих изобретений в области стрелкового оружия".

Вопрос о действительности всего договора, включающего недействительное условие, указанное в п. 4, решается на основе ст. 180 ГК РФ. Нормы, содержащиеся в п. 4, должны применяться - по аналогии - и к другим сделкам о распоряжении исключительным правом.

8. В пункте 5 содержатся диспозитивные нормы, относящиеся к договорам о залоге исключительного права.

По сути, эти нормы развивают и конкретизируют положения, содержащиеся в ст. 346 ГК РФ. Вместе с тем отдельные положения ст. 346 более конкретны; они применимы к залогу исключительного права.

Статья 1234. Договор об отчуждении исключительного права

Комментарий к статье 1234

1. Комментируемая статья не применяется в случаях, если ГК РФ предусматривает, что договор об отчуждении исключительного права не может быть заключен или может заключаться лишь с определенными ограничениями.

2. В пункте 1 анализируемой статьи договор об отчуждении исключительного права характеризуется как договор, в соответствии с которым правообладатель передает или обязуется передать свое исключительное право в полном объеме другой стороне - приобретателю.

Таким образом, даются точные названия сторон этого договора - "правообладатель" и "приобретатель". Очевидно, что сторонами этого договора могут быть как граждане, так и юридические лица. После исполнения такого договора правообладатель становится бывшим правообладателем, а приобретатель - новым правообладателем или просто правообладателем.

3. Предметом договора об отчуждении исключительного права является исключительное право в полном объеме, т.е. целиком. В связи с этим договоры, заключаемые между совладельцами исключительного права (п. 3 ст. 1229 ГК РФ), не относятся к таким договорам.

4. В пункте 1 предусматривается, что по договору об отчуждении исключительного права правообладатель "передает" или "обязуется передать" свое исключительное право. Аналогичная формулировка применяется в ГК РФ в определениях прав на отдельные виды охраняемых объектов: на авторские произведения (ст. 1285), изобретения, полезные модели, промышленные образцы (ст. 1365), товарные знаки (ст. 1488) и др. Такая же формулировка применена и в определениях лицензионных договоров (ст. 1235 и др.).

Формулировка "передает" и "обязуется передать" применяется в определениях различных видов гражданских договоров для того, чтобы различать консенсуальные договоры, считающиеся заключенными с момента согласования сторонами всех существенных условий договора (п. 1 ст. 432 ГК РФ), и реальные договоры, считающиеся заключенными с момента передачи имущества, которое подлежит передаче в соответствии с законом (п. 2 ст. 433 ГК РФ).

Очевидно, такой же смысл имеет и содержащееся в п. 1 правило о том, что по рассматриваемому договору правообладатель "передает" или "обязуется передать" свое право.

Но известно, что все объекты, охраняемые на основе разд. VII ГК РФ, являются нематериальными объектами, никакого права владения на них не возникает и не может существовать. Более того, по прямому указанию, содержащемуся в ст. 1227 ГК РФ, интеллектуальные права не зависят от права собственности на вещь, в которой выражены соответствующие объекты.

Поэтому любые договоры о распоряжении такими охраняемыми объектами, в том числе договоры об отчуждении исключительного права - не могут быть реальными по самой своей сути. Это всегда - консенсуальные договоры, содержание которых состоит в передаче исключительного права, предоставлении права использования и т.п. Их заключение не может обусловливаться передачей имущества (или каких-либо документов). Если такой договор предусматривает передачу имущества (например, картин, рукописей, документов), то эти действия относятся не к заключению договора, а к его исполнению.

5. Пункт 2 относится к форме договора об отчуждении исключительного права и к государственной регистрации некоторых из них.

Общее требование к форме такого договора состоит в том, что он должен заключаться в письменной форме. Никаких исключений из этой нормы не

предусматривается. При этом установлено, что несоблюдение письменной формы влечет недействительность договора.

6. Вместе с тем в п. 2, по сути, повторяется норма, содержащаяся в п. 1 и 2 ст. 1232 ГК РФ, которая касается обязательной государственной регистрации некоторых исключительных прав и сделок с ними.

Тем не менее норма, содержащаяся в п. 2, отличается от норм, зафиксированных в ст. 1232.

В пункте 7 ст. 1232 устанавливается, что ГК РФ может предусмотреть факультативную государственную регистрацию некоторых результатов интеллектуальной деятельности, причем если такая регистрация в отношении определенного результата интеллектуальной деятельности произведена, то регистрация договора об отчуждении исключительного права на такой результат становится обязательной; эта норма повторена, в частности, в п. 5 ст. 1262 ГК РФ. Однако п. 2 комментируемой статьи не упоминает об этой обязательной государственной регистрации, что следует признать ошибкой. Поэтому норму п. 2 следует толковать расширительно, применяя ее и к п. 7 ст. 1232.

7. Пункт 3 относится к вопросу о возмездности договора об отчуждении исключительного права. При этом следует обратить особое внимание на то, что никакие диспозитивные общие нормы (нормы-презумпции), содержащиеся в ст. 423 и 424 ГК РФ, к данному договору не применяются.

Существо норм, содержащихся в п. 3, может быть сведено к следующим правилам:

1) если в договоре прямо указано, что он является безвозмездным, договор считается действительным и безвозмездным;

2) если договор вообще не упоминает о вознаграждении или хотя и упоминает о нем, но не позволяет определить размер вознаграждения или порядок его определения, такой договор "считается незаключенным", т.е. является ничтожной сделкой (см. также комментарий к п. 6 ст. 1232 ГК РФ);

3) если договор содержит условие о размере вознаграждения или о порядке его определения, он действует как возмездный договор.

8. Нормы, предусмотренные п. 4, конкретизируют некоторые общие нормы ГК РФ: п. 1 ст. 432, п. 3 ст. 433 и п. 1 и 2 ст. 425.

По общему правилу договор об отчуждении исключительного права означает, что исключительное право переходит к правообладателю в момент заключения договора.

Однако договором может быть определен и иной момент перехода этого права к приобретателю, например в момент передачи приобретателю рукописи, чертежей и т.п. Стороны вправе указать и дату, предшествующую заключению договора (п. 2 ст. 425 ГК РФ).

Тем не менее если договор подлежит государственной регистрации, то исключительное право всегда и в обязательном порядке переходит к приобретателю в момент государственной регистрации договора.

На практике орган, осуществляющий государственную регистрацию таких договоров, зачастую делает это несвоевременно. Следует считать, что в этом случае надлежащую (более раннюю) дату государственной регистрации может указать суд на основе обращения правообладателя и (или) приобретателя.

9. Нормы, предусмотренные п. 5, определяют два случая одностороннего расторжения договора об отчуждении исключительных прав.

Оба эти случая основываются на положениях ст. 450 ГК РФ.

10. Первый абз. п. 5 относится к следующей ситуации.

Приобретатель нарушил обязательство о выплате определенного договором вознаграждения, что привело к существенному нарушению договора (в смысле подп. 1 п. 2 ст. 450). Тогда правообладатель (он назван "прежний правообладатель", поскольку исключительное право уже перешло к приобретателю) вправе требовать в судебном порядке возвращения ему отчужденных по договору исключительных прав и возмещения

убытков. Обязанность возмещения убытков указана также в п. 5 ст. 453 ГК РФ, а возврат исключительного права соответствует положениям п. 4 ст. 453.

Норма, содержащаяся в абз. 1 п. 5 комментируемой статьи, может быть применена лишь в том случае, если суд установит, что нарушение договора было существенным: "Существенным признается нарушение договора одной из сторон, которое влечет для другой стороны такой ущерб, что она в значительной степени лишается того, на что вправе была рассчитывать при заключении договора" - последний абзац п. 2 ст. 450 ГК РФ.

С учетом вышеизложенной нормы применение положений, предусмотренных абз. 2 п. 5, является маловероятным.

11. Абзац 2 п. 5 комментируемой статьи устанавливает норму, являющуюся одним из случаев применения п. 3 ст. 450 ГК РФ. Речь здесь идет об отказе от договора в одностороннем порядке (в п. 3 ст. 450 употребляется выражение "односторонний отказ об исполнения договора").

Пункт 3 ст. 450 ГК РФ допускает односторонний отказ от исполнения договора, когда такой отказ допускается законом.

Нормы, содержащиеся в абз. 2 п. 5 комментируемой статьи, как раз и являются таким законом, т.е. специальными нормами, возможность существования которых предусмотрена в п. 3 ст. 450.

Абзац 2 п. 5 применим только в тех случаях, когда "исключительное право не перешло к приобретателю", но сам договор уже заключен. Это последнее обстоятельство (т.е. факт заключения договора) подтверждается содержащимся в ГК РФ указанием на нарушение обязанности выплатить вознаграждение в установленный договором срок: нарушить можно только возникшее обязательство, а обязательство в данном случае возникает из заключенного договора.

Следует считать, что нормы, закрепленные в абз. 2 п. 5, применяются, когда исключительное право не перешло по договору, как в том случае, когда стороны своим соглашением отсрочили его переход, так и в том случае, когда переход исключительного права не произошел в связи с неосуществлением государственной регистрации договора.

В ситуации, указанной в абз. 2 п. 5, правообладатель имеет право отказаться от договора в одностороннем порядке (очевидно, что такой отказ должен быть выражен в письменной форме) и потребовать возмещения убытков, причиненных расторжением договора.

Отметим, что для применения данной нормы не требуется, чтобы нарушение обязанности по выплате вознаграждения было "существенным".

Важно подчеркнуть, что расторжение договора в данном случае осуществляется без решения суда, хотя, конечно, суд может подтвердить факт такого расторжения.

Статья 1235. Лицензионный договор

Комментарий к статье 1235

1. Термин "лицензионный договор" вводится как родовой термин для договоров, относящихся к любым объектам, охраняемым в соответствии с разд. VII ГК РФ.

2. Определение лицензионного договора дается в абз. 1 п. 1 данной статьи. Здесь же названы стороны этого договора: лицензиар - обладатель исключительного права, который предоставляет другой стороне договора право использования охраняемого объекта, и лицензиат - сторона, которой предоставляется право использования.

И лицензиаром, и лицензиатом могут выступать как граждане, так и юридические лица.

3. Поскольку в определении договора нет указаний на обязанность лицензиата уплатить вознаграждение лицензиару, следует считать, что лицензионный договор может быть как возмездным, так и безвозмездным (см. также п. 5 комментируемой статьи).

4. В определении лицензионного договора указывается на то, что лицензиар "предоставляет" или "обязуется предоставить" лицензиату право использования. Аналогичная формулировка содержится в определении договора об отчуждении исключительного права (п. 1 ст. 1234 ГК РФ), а также в определениях лицензионных договоров, относящихся к отдельным охраняемым объектам (ст. 1286, 1367, 1489 ГК РФ и др.). Об этой формулировке см. п. 4 комментария к ст. 1234.

Фактически лицензионные договоры всегда являются консенсуальными.

5. В определении лицензионного договора не указывается на обязанность лицензиата использовать охраняемый объект. Это значит, что из самого договора такая обязанность не вытекает. Однако она может быть предусмотрена договором.

6. В абзаце 2 п. 1 рассматривается вопрос о той сфере, в какой право использования считается предоставленным по лицензионному договору.

Лицензиат вправе использовать охраняемый объект только в тех пределах и теми способами, которые предусмотрены договором.

При определении сферы действия прав, предоставленных договором, кроме того, действует презумпция, указанная во второй фразе абз. 2 п. 1: если то или иное правомочие по использованию права прямо не указано в лицензионном договоре, считается, что оно не предоставлено лицензиату.

Слово "прямо" не следует понимать буквально: предоставляемые по договору правомочия могут быть указаны и общим образом. См. также п. 5 комментария к ст. 1233 ГК РФ.

При толковании лицензионного договора применимы все нормы ст. 431 ГК РФ.

7. Пункт 2 комментируемой статьи относится к форме этого договора - договор должен быть заключен в письменной форме. Однако из этой нормы есть исключение: ГК РФ может предусмотреть для отдельных случаев "иное", например допустимость устных лицензионных договоров.

Все остальные требования, содержащиеся в п. 2, идентичны тем, которые содержатся в п. 2 ст. 1234 ГК РФ в отношении договоров об отчуждении исключительного права (см. п. 4 комментария к ст. 1234).

8. Пункт 3 посвящен территории действия лицензионного договора.

Первая фраза п. 3 содержит положение о том, что в лицензионном договоре должна быть указана территория допустимого (или, как сказано в ГК РФ,- "допускаемого") использования объекта договора.

Во второй фразе п. 3 установлены последствия неуказания в договоре этой территории: лицензиат вправе осуществлять использование охраняемого объекта "на всей территории Российской Федерации". Из выражения, примененного во второй фразе п. 3, строго говоря, должен быть сделан вывод о том, что в договоре может быть указана часть территории России, а указание на всю территорию России является максимально допустимым. Но оба этих вывода не соответствуют сложившейся практике, которую законодатель, по-видимому, не имел намерений изменить, вводя новые нормы.

Вопрос о территориальных пределах действий лицензионных договоров должен решаться применительно к отдельным категориям охраняемых объектов.

9. Некоторые объекты, получающие охрану в соответствии с разд. VII ГК РФ, охраняются при условии их государственной регистрации: изобретения, полезные модели, промышленные образцы, селекционные достижения, товарные знаки (за некоторыми исключениями), наименования мест происхождения товаров.

Следует полагать, что именно в отношении таких охраняемых объектов в п. 6 комментируемой статьи предусматривается необходимость указания "номера и даты выдачи документа, удостоверяющего исключительное право".

В лицензионных договорах, относящихся к этим объектам, максимально допустимой территорией действия является территория России, ибо, например, российский патент или российское свидетельство на товарный знак за пределами России не действует.

10. Многие иные объекты, указанные в комментируемой статье, охраняются автоматически, без государственной регистрации. Например, авторские права на произведения науки, литературы и искусства, если принять во внимание действие международных договоров Российской Федерации, практически "не знают границ", охраняются не только в России, но и подавляющем числе зарубежных стран.

Поэтому в лицензионных договорах, относящихся к таким объектам, зачастую лицензиат получает права на использование во всем мире ("мировые права") или, по крайней мере, права, не ограниченные территорией России.

11. С большой осторожностью следует относиться к случаям включения в лицензионные договоры указаний о том, что они действуют только на части территории России (исключение составляют коммерческие обозначения - см. ст. 1539 ГК РФ).

В соответствии с такими договорами (а они встречаются на практике, в частности в отношении патентов на изобретения) использование охраняемого объекта на части территории России разрешается, а значит, на остальной части территории России - запрещается. Это приводит, с большой долей вероятности, к нарушению принципа свободного перемещения на всей территории России товаров, услуг и финансовых средств (п. 3 ст. 1 ГК РФ) и к ничтожности заключенной сделки.

12. Пункт 4 комментируемой статьи относится к сроку лицензионного договора.

В абзаце 1 этого пункта устанавливается, что срок лицензионного договора не может превышать срока действия исключительного права на соответствующий объект.

Эта очевидная норма имеет аналоги в ГК РФ: п. 4 ст. 187 (срок действия доверенности, выдаваемой в порядке передоверия); абз. 2 п. 2 ст. 615 (срок договора субаренды); п. 4 ст. 685 (срок договора поднайма жилого помещения).

Следует считать, что если срок лицензионного договора превышает срок действия исключительного права, то это обстоятельство не должно приводить к недействительности договора; последствие должно быть иным: такой договор должен действовать в течение срока действия исключительного права.

13. В абзаце 2 п. 4 установлено, что если лицензионный договор не содержит указаний на срок его действия, то он считается заключенным на пятилетний срок. По истечении этого срока договор следует считать автоматически прекращенным; подлежат применению нормы, предусмотренные п. 3 и 4 ст. 425 ГК РФ.

Общее правило о пятилетнем сроке действия такого договора может быть изменено ГК РФ в отношении некоторых лицензионных договоров.

14. В абзаце 3 п. 4 предусматривается, что при прекращении действия исключительного права прекращают действие и основанные на нем лицензионные договоры.

Эта норма должна применяться к случаям как досрочного, так и обычного прекращения исключительного права. Подлежат применению нормы, установленные п. 3 и 4 ст. 425.

В том случае, если исключительное право прекратило свое действие, но затем было восстановлено органом исполнительной власти (ст. 1400 ГК РФ) или судом, следует считать автоматически восстановленным и лицензионный договор, основанный на этом исключительном праве.

Если лицензионный договор относится к нескольким объектам права (например, к запатентованному изобретению и к секрету производства), то прекращение срока действия одного (или некоторых) из них влечет не прекращение действия договора, а его изменение. При этом должны учитываться нормы ст. 180 ГК РФ.

15. Нормы, содержащиеся в п. 5, касаются возмездности лицензионных договоров. Эти нормы тождественны содержащимся в п. 3 ст. 1234 нормам о возмездности договоров

об отчуждении исключительных прав. К п. 5 в этой связи применим комментарий, относящийся к п. 3 ст. 1234 ГК РФ.

16. В пункте 6 установлены обязательные, необходимые условия лицензионного договора. При отсутствии этих условий договор считается ничтожным.

17. Лицензионный договор должен содержать указание на охраняемый объект, являющийся предметом договора.

Если исключительное право на охраняемый объект подтверждается (удостоверяется) каким-либо документом, например патентом или свидетельством, то в договоре обязательно должны содержаться ссылки на номер и дату выдачи такого документа. Однако если исключительное право возникает независимо от выдачи какого-либо документа, то ссылка на определенный документ не должна считаться обязательной; это относится, в частности, к программам для ЭВМ, базы данных и топологиям интегральных микросхем.

Следует учитывать, что даже при наличии документа, удостоверяющего исключительное право, лицензионный договор может относиться не к охраняемому объекту целиком, а лишь к его части; это обстоятельство обязательно должно быть отражено в лицензионном договоре.

Так, лицензионный договор, относящийся к патенту на изобретение, может затрагивать не все пункты формулы изобретения, а только некоторые из них.

Лицензионный договор, относящийся к товарному знаку, может предусматривать предоставление права использования товарного знака только на отдельные виды товаров.

Лицензионный договор, относящийся к использованию исполнения, должен обязательно устанавливать, о каком исполнении идет речь, ибо каждый акт исполнения приводит к появлению самостоятельного объекта права.

Наконец, в авторских произведениях часто имеются варианты, повторы и т.п. Поэтому лицензионный договор на неоднократно публиковавшееся авторское произведение должен указывать, о каком варианте произведения речь идет в договоре (например, "лицензия предоставляется на использование произведения, которое было опубликовано издательством "Наука" в 1984 г.).

Особое внимание следует уделять точности и конкретности при указании на предмет договора, если договор заключается в отношении еще не созданного объекта.

18. Пункт 6 предусматривает, что в лицензионном договоре должны быть указаны также способы использования предмета этого договора. Об этих способах уже говорилось в п. 1 (см. также комментарий к п. 1).

При формулировке способов использования охраняемых объектов, предоставляемых по лицензионному договору, целесообразно воспользоваться указанными в ГК РФ способами использования исключительных прав, составляющими содержание исключительного права (п. 1 ст. 1229 ГК РФ). Так, способы использования авторского произведения указаны в ст. 1270 ГК РФ, способы использования изобретения, полезной модели, промышленного образца - в ст. 1358, способы использования товарного знака - в ст. 1484 ГК РФ и т.д.

При этом следует учитывать, что все содержащиеся в этих статьях перечни правомочий являются не закрытыми, не исчерпывающими. Кроме того, любой способ такого использования является делимым, а потому лицензионный договор может предусматривать предоставление лишь части такого правомочия.

Сами правомочия (способы использования) могут быть указаны в лицензионном договоре либо конкретно, по отдельности, либо общим способом.

Возможно указание о том, что по лицензионному договору предоставляются либо все правомочия, принадлежащие лицензиару, либо все правомочия, за исключением некоторых, указываемых конкретно.

19. Пунктом 7 устанавливается, что если исключительное право на объект, являющийся предметом лицензионного договора, перешло к новому правообладателю (не

являющемуся лицензиаром), то лицензионный договор сохраняет силу, он не изменяется и не расторгается.

Аналогичные нормы содержатся в ГК РФ в отношении договоров, включающих вещно-правовые элементы: залог (ст. 353), аренду (ст. 617), жилищный наем (ст. 675).

Как известно, переход исключительного права от прежнего правообладателя к новому может происходить как независимо от воли прежнего правообладателя, так и по его воле. В последнем случае происходит отчуждение исключительного права по договору.

Понятие "переход", употребленное в п. 7, включает как переход независимо от воли прежнего правообладателя, так и передачу права.

Вместе с тем п. 7 не решает вопрос о том, как должен осуществляться этот переход (передача) права при наличии действующего лицензионного договора: с согласия лицензиата или без его согласия. Этот вопрос должен решаться на основе норм гл. 24 ГК РФ ("Перемена лиц в обязательстве").

В тех случаях, когда отношения, возникшие на основе лицензионного договора, неразрывно связаны с личностью лицензиара, п. 7 не может применяться.

Статья 1236. Виды лицензионных договоров

Комментарий к статье 1236

1. В пункте 1 установлено, что лицензионные договоры делятся на два вида: простая (неисключительная) лицензия и исключительная лицензия.

При этом термин "лицензия" применяется как синоним термина "лицензионный договор".

Редакция п. 1 является неудачной: выражение "лицензионный договор может предусматривать", сопровождаемое определенным перечнем, предполагает, что последующий перечень не является исчерпывающим. Тем не менее отсутствие в приводимом перечне указания на открытый характер перечня, а также норма, содержащаяся в п. 2, позволяют сделать вывод, что никаких иных лицензионных договоров существовать не может.

Нельзя не отметить, что на практике встречаются договоры, именуемые договорами о частичной уступке права, одна из сторон которых именуется "лицензиат". Однако по своей сути эти договоры не являются лицензионными, их следует относить к договорам об отчуждении исключительных прав.

2. Для ограничения простой лицензии от исключительной законодатель избрал следующий критерий: сохранение или несохранение за лицензиаром права "выдачи лицензий другим лицам".

Прежде всего отметим, что под лицензиями, выдаваемыми другим лицам, имеются в виду только те лицензии, которые предусматривают использование охраняемых объектов теми же способами, что указаны в лицензионном договоре: те лицензии другим лицам, которые предусматривают предоставление права использования иными способами, во внимание приниматься не должны.

Но даже с отмеченной оговоркой применение указанного критерия для отграничения простой лицензии от исключительной может оказаться неточным и вводить в заблуждение.

Действительно, предположим, что в лицензионном договоре будет прямо указано, что "лицензиар не вправе выдавать лицензии другим лицам". Достаточно ли будет такого указания для того, чтобы считать выданную лицензию исключительной? Ведь такая формулировка, содержащаяся в лицензионном договоре, не исключает того, что лицензиар до заключения данного договора уже выдал 10 лицензий другим лицам. Не исключает такая формулировка и того, что лицензиар, являясь крупной коммерческой

организацией, сам изготавливает и реализует предмет лицензии, а лицензиату предоставил право изготавливать и продавать, например, всего 10 экземпляров охраняемых объектов в год.

Во всех таких случаях грань между исключительной и неисключительной лицензиями стирается. Между тем такая грань должна существовать, ибо законодатель, разделив лицензионные договоры на два вида, указал тем самым на наличие между ними принципиальных различий.

3. Эти различия выводятся из самих терминов - "исключительный" и "неисключительный". Исключительное право на использование, предоставляемое лицензиату по исключительной лицензии, означает, что лицензиат не только имеет право использовать охраняемый объект; он имеет также право запрещать использование этого объекта любым другим лицам. Под этими другими лицами имеются в виду не только все третьи лица, но и сам лицензиар. Получив это право на использование, лицензиат вправе "исключить" всех других лиц из круга пользователей. Полученное им право становится не относительным, действующим только в рамках лицензионного договора; оно становится абсолютным и исключительным, подобным праву собственности. Это право становится "собственным", "своим" правом лицензиата.

Получив это право на основе исключительной лицензии, лицензиат может предъявлять иски о защите "своего" права к любым третьим лицам, нарушающим его право. При этом нарушитель права не может ссылаться на то, что он получил право на использование охраняемого результата по другому лицензионному договору, заключенному им (нарушителем) с лицензиаром (правообладателем): такой другой лицензионный договор не мог быть заключен по закону, а потому - если он все же заключен - он является ничтожной сделкой, т.е. считается недействительным, причем недействительность его не должна устанавливаться в суде (ст. 166 ГК РФ).

4. В отличие от этого простая (неисключительная) лицензия предоставляет лицензиату только право на использование охраняемого объекта. Это право существует только в рамках договорных отношений между лицензиаром и лицензиатом. Оно не приводит к появлению у лицензиата каких-либо абсолютных, исключительных прав. С нарушителями исключительного права на использование вправе бороться только лицензиар - владелец исключительного права.

5. Возможность предъявления лицензиатом иска к нарушителю исключительного права на объект лицензии, иска о запрещении использования этого объекта и применения к нарушителю других мер защиты гражданских прав - принципиальное, качественное отличие лицензиата, получившего исключительную лицензию, от лицензиата, получившего неисключительную лицензию.

Это так называемый "прямой" иск к нарушителю интеллектуальных прав. Он может быть предъявлен к любому лицу, даже к самому лицензиару (аналогичная норма - ст. 305 ГК РФ).

Это право на защиту лицензиатом своих исключительных прав от действий любых лиц составляет суть исключительных прав лицензиата; оно не может быть отделено от самого исключительного права лицензиата (см. также п. 7 информационного письма Президиума ВАС РФ от 28 сентября 1999 г. N 47 "Обзор практики рассмотрения споров, связанных с применением Закона РФ "Об авторском праве и смежных правах").

Право обладателя исключительной лицензии на защиту полученных им прав при нарушении их третьими лицами указано также в ст. 1254 ГК РФ (см. комментарий к ней).

6. Права лицензиата, получившего исключительную лицензию, всегда являются более узкими, чем исключительные права правообладателя. Эти права можно сравнить с вещными правами, которые всегда являются более ограниченными, чем право собственности.

7. Права, полученные лицензиатом по исключительной лицензии, могут быть ограничены по договору. В нем может быть указано, например, что право использования

(в пределах действия этой лицензии) имеют также те лицензиаты, с которыми лицензионные договоры были заключены ранее, а также сам лицензиар (правообладатель). При этом, очевидно, должны быть указаны и пределы, в которых объект лицензии может быть использован лицами, не являющимися обладателями исключительного права на использование.

8. В пункте 2 содержится презумпция: предоставляемая лицензия предполагается простой (неисключительной). Эта презумпция применяется, если вид лицензионного договора в нем вовсе не указан либо обозначен неясно.

Лицензия считается исключительной, либо если об этом прямо указано в договоре ("Лицензиару предоставляются исключительные права" и т.д.), либо если этот вывод вытекает из совокупности условий договора, то есть вообще следует из толкования договора (ст. 431 ГК РФ).

Следует считать, что лицензия должна считаться исключительной и при наличии в договоре положения о том, что "лицензиар не вправе выдавать (аналогичных) лицензий третьим лицам".

9. В пункте 3 установлена норма, являющаяся повторением - применительно к лицензионным договорам - общей нормы, содержащейся в п. 3 ст. 421 ГК РФ, относящейся к возможности заключения смешанных договоров.

Эта норма не несет правовой нагрузки; кроме того, важно отметить, что она не должна пониматься и толковаться ограничительно: в лицензионном договоре могут содержаться различные условия, касающиеся не только способов использования объекта лицензии, но и сроков, а также территории использования этого объекта.

В ГК РФ нет никаких запретов заключения смешанных договоров, включающих элементы лицензионного договора и договора об отчуждении исключительных прав (например, по истечении определенного срока).

Статья 1237. Исполнение лицензионного договора

Комментарий к статье 1237

1. В пункте 1 комментируемой статьи закреплена общая обязанность лицензиата представлять лицензиару отчеты об использовании объекта лицензии. Такая обязанность не возлагается на лицензиата только в том случае, если договор прямо освобождает его от представления таких отчетов. По своей сути эта обязанность сходна с обязанностью агента представлять отчеты об исполнении договора агентирования (ст. 1008 ГК РФ).

Если в лицензионном договоре, который прямо не освобождает лицензиата от представления таких отчетов, отсутствуют условия, касающиеся содержания отчетов, сроков и порядка их представления, то такие отчеты лицензиат обязан представлять только по требованию лицензиара и, вероятно, в произвольной форме. Споры, касающиеся содержания этих отчетов, периодичности, сроков их представления, относятся к категории споров по исполнению договора (гл. 22 ГК РФ).

2. Пункт 2 предусматривает, что лицензиар обязан воздерживаться от любых действий, способных затруднить осуществление лицензиатом предоставленных ему по лицензии прав по использованию объекта лицензии. О каких именно специфических действиях лицензиара, которыми он может "навредить" лицензиату, речь идет, представить довольно трудно.

Следует считать, что данная норма всего лишь повторяет некоторые общие принципы исполнения договорных обязательств (например, ст. 309 ГК РФ - принцип надлежащего исполнения) или даже общие принципы осуществления гражданских прав (ст. 10 ГК РФ - принцип разумности и добросовестности).

3. Пункт 3 регламентирует действия лицензиата по использованию объекта лицензии за пределами тех прав, которые предоставлены лицензиату по лицензионному договору.

Некоторые из этих действий прямо указаны: использование объекта лицензии способом, не предусмотренным лицензионным договором, а также использование объекта лицензии после прекращения действия договора.

Если такие действия являются нарушениями исключительного права лицензиата, они влекут для лицензиата ответственность, "установленную настоящим Кодексом, другими законами или договором".

Поскольку в п. 3 речь идет об ответственности за нарушения, совершенные за пределами действия лицензионного договора, т.е. о бездоговорной ответственности, то указание на то, что меры такой ответственности определяются "настоящим Кодексом" и "другими законами", возражений не вызывает.

Вместе с тем в п. 3 указывается, что ответственность за такие внедоговорные правонарушения может устанавливаться и "договором". Данное указание является ошибочным: никакой договор, даже лицензионный, не может регулировать бездоговорной ответственности.

Если в лицензионном договоре предусмотрено, например, что "за любое использование объекта лицензии, не входящее в сферу действия настоящего договора, лицензиат обязуется возместить убытки лицензиара в двойном размере", это условие договора должно считаться ничтожным как выходящее за пределы договора.

С другой стороны, если в лицензионном договоре предусмотрено право лицензиата издавать произведение тиражом до 10 000 экземпляров с уплатой вознаграждения лицензиару в размере 10% цены каждого экземпляра, "а в случае превышения указанного тиража уплачивается двойной размер вознаграждения", следует считать, что превышение тиража входит в сферу действия лицензионного договора, и никакие меры бездоговорной ответственности за превышение тиража к лицензиату не могут быть применены.

4. Норма, содержащаяся в п. 4, соответствует общим нормам, касающимся расторжения договора, которые содержатся в п. 3 ст. 450 и в п. 5 ст. 453 ГК РФ; она должна применяться с учетом этих общих норм.

Согласно п. 3 ст. 450 договор считается расторгнутым в случае одностороннего отказа от исполнения договора, когда такой отказ допускается законом. Пункт 4 комментируемой статьи как раз и является таким законом.

Пункт 5 ст. 453 указывает, что если основанием для расторжения договора послужило существенное нарушение договора одной из сторон, другая сторона вправе требовать возмещения убытков, причиненных расторжением договора. Следовательно, содержащееся в п. 4 положение о праве лицензиара потребовать возмещения убытков, причиненных расторжением договора, должно применяться лишь в том случае, если нарушение договора лицензиатом является "существенным". Понятие существенного нарушения договора раскрывается в абз. 4 п. 2 ст. 450 ГК РФ.

5. Содержащаяся в п. 4 норма, в соответствии с которой лицензиар вправе односторонне расторгнуть договор о предоставлении права использования авторского произведения или объекта смежных прав "при нарушении лицензиатом обязанности уплатить лицензиару в установленный договором срок вознаграждения за предоставление права использования", является специальной, исключительной нормой закона. Поэтому, как и любые исключительные нормы права, она должна толковаться ограничительно. В частности, это означает, что она может быть применена только при невыплате вознаграждения (а не при просрочке его выплаты); причем имеется в виду вознаграждение целиком, а не какая-либо его отдельная часть.

Совершенно очевидно, что, вводя эту норму, законодатель имел в виду повышенную защиту интересов экономически более слабой стороны. А такой стороной в рассматриваемых договорах являются только автор и артист-исполнитель. Поэтому логично ограничить применение этой нормы теми случаями, когда лицензиарами являются авторы и артисты-исполнители.

6. Пункт 4 может быть применен по аналогии и к другим лицензионным договорам, в которых лицензиарами являются авторы результатов интеллектуальной деятельности.

Статья 1238. Сублицензионный договор

Комментарий к статье 1238

1. Наиболее близким аналогом сублицензионного договора является договор коммерческой субконцессии (ст. 1029 ГК РФ), некоторые нормы которого содержат более подробное регулирование. Они могут применяться по аналогии к сублицензионному договору.

2. Сублицензионный договор может быть заключен только при письменном согласии лицензиара (даже если сам лицензионный договор был заключен устно). Такое согласие может относиться только к части объекта лицензии и только к части прав, предоставленных по лицензионному договору. Это согласие может быть получено лицензиатом как при заключении лицензионного договора, так и после этого. Данная норма не предписывает включение этого согласия в структуру лицензионного договора, а также его государственную регистрацию.

3. Содержание сублицензионного договора аналогично содержанию лицензионного договора: лицензиат предоставляет сублицензиату право использования охраняемого объекта. ГК РФ содержит наименование только одной стороны такого договора: сублицензиат - сторона, которой предоставляются права. Что касается другой стороны, то ее целесообразно именовать "лицензиар", ссылаясь при этом на лицензионный договор и указывая, что лицензиар является лицензиатом по лицензионному договору.

4. В пункте 2 повторяется общеправовой принцип: "Никто не может передать больше прав, чем он сам имеет".

В связи с этим сублицензиату могут быть предоставлены права только на объект лицензионного договора и только те права, которые указаны в лицензионном договоре, с ограничениями, касающимися пределов предоставляемых прав, способов и сроков использования. Формулировки, содержащиеся в п. 2, должны толковаться расширительно: сублицензионный договор не может выходить за пределы условий, указанных в лицензионном договоре.

С другой стороны, как указывалось, согласие лицензиара по лицензионному договору, касающееся возможности заключения сублицензионного договора, может относиться только к части объекта лицензии и только к некоторым правам, предоставленным по лицензии.

Условия о предоставлении сублицензиату прав за этими пределами являются ничтожными.

5. В пункте 3 содержится одно правило, касающееся срока действия сублицензионного договора, заключенного на срок, превышающий срок действия лицензионного договора: такой договор считается заключенным на срок действия лицензионного договора. Эта норма означает, что такой договор не считается ничтожным, но срок его действия сокращается.

Вместе с тем нельзя исключать того, что сублицензиат потребует расторжения договора, обнаружив, что он будет действовать более краткий срок, например на основании ст. 179 ГК РФ (обман).

В остальном срок действия сублицензионного договора регулируется общими нормами ГК РФ (ст. 425).

6. Пункт 4 относится к действиям сублицензиата, осуществляемым им в пределах сублицензионного договора. Обычно эти действия не нарушают никаких прав лицензиара по лицензионному договору. Например, используя охраняемый объект, сублицензиат

выплачивает вознаграждение своему договорному партнеру, а последний - лицензиат по лицензионному договору - выплачивает часть этого вознаграждения лицензиару.

Но если сублицензиат осуществляет такое использование, а лицензиару указанное вознаграждение не поступает, он может предъявить претензии только к своему лицензиату, а не к сублицензиату. В этом и состоит смысл основной нормы, установленной п. 4.

Однако лицензионный договор может предусматривать иное, а именно право лицензиара по лицензионному договору предъявить требования непосредственно к сублицензиату, несмотря на то что он не является его договорным партнером.

Норма, содержащаяся в п. 4, не регулирует вопросов о том, кто может предъявить требования к сублицензиату за совершение им действий, выходящих за пределы сублицензионного договора. Таким лицом всегда является обладатель исключительного права на использование охраняемого объекта.

7. В пункте 5 указывается на то, что к сублицензионному договору применяются содержащиеся в ГК РФ нормы, касающиеся лицензионных договоров. Это, в частности, означает, что сублицензионные договоры бывают двух видов (ст. 1236). Из этой нормы вытекает и то, что сублицензионные договоры подлежат государственной регистрации в том случае, если такая регистрация предусмотрена для лицензионных договоров.

8. На основе сублицензионного договора может быть заключен последующий сублицензионный договор. Число звеньев в "цепочке" таких договоров закон не ограничивает.

Статья 1239. Принудительная лицензия

Комментарий к статье 1239

В данной статье, по сути, сформулировано определение принудительной лицензии, которая может выдаваться в случаях, предусмотренных в ГК РФ. Это - осуществляемое против воли правообладателя по решению суда предоставление права использования охраняемого объекта. Право использования предоставляется тому заинтересованному лицу, которое обратится в суд. Суд определяет также сферу (условия) такого использования.

Принудительная лицензия может относиться только к результатам интеллектуальной деятельности (а не к другим объектам, охраняемым на основе разд. VII ГК РФ).

Если предусмотренные в ГК РФ условия выдачи принудительной лицензии имеются в наличии, суд обязан вынести решение о выдаче принудительной лицензии. Поэтому употребленное в комментируемой статье выражение "суд может... принять решение" является неточным.

Статья 1240. Использование результата интеллектуальной деятельности в составе сложного объекта

Комментарий к статье 1240

1. В пункте 1 содержится определение того объекта, которому посвящена комментируемая статья. Это - сложный объект, включающий несколько результатов интеллектуальной деятельности.

Само по себе данное определение очень широкое, под него подпадает огромное число результатов интеллектуальной деятельности (в частности, песни, которые состоят из двух авторских произведений - музыки и слов).

В данном пункте предусмотрены дополнительные признаки такого объекта, позволяющие сузить названное определение. Таких дополнительных признаков два.

Во-первых, должно иметься лицо, организовавшее создание такого сложного объекта. Это означает, что если такого "организатора" нет, нормы комментируемой статьи не должны применяться. Во-вторых, в п. 1 содержится перечень таких сложных объектов, включающих четыре категории:

1) аудиовизуальные произведения, в том числе кинофильмы (ст. 1263 ГК РФ);

2) театрально-зрелищные представления;

3) мультимедийные продукты;

4) единые технологии (ст. 1542 ГК РФ).

Указанный перечень сформулирован как исчерпывающий. Поэтому нормы ст. 1240 на иные охраняемые объекты не должны распространяться, даже если имеется "лицо, организовавшее создание сложного объекта".

2. Понятие "театрально-зрелищного представления" в ГК РФ не содержится. Если такое представление записано на материальный носитель, появляется аудиовизуальное произведение, к которому должны применяться нормы как ст. 1240, так и ст. 1263 ГК РФ.

Что касается театрально-зрелищного представления самого по себе, то к нему нормы комментируемой статьи не могут быть применены по самой своей сути.

3. Понятия "мультимедийного продукта" ГК РФ не содержит. Поэтому к такому сложному объекту нормы ст. 1240, являющиеся специальными нормами, применимы лишь при отсутствии споров и сомнений по вопросу о том, что данный объект относится к категории мультимедийных продуктов.

4. Как вытекает из ст. 1542 ГК РФ, единая технология может включать не только результаты интеллектуальной деятельности, но и другие объекты.

В связи с этим нормы комментируемой статьи должны применяться к сложным объектам, включающим не только охраняемые результаты интеллектуальной деятельности, но и другие объекты.

5. Лицом, организовавшим создание сложного объекта, может быть как гражданин, так и юридическое лицо.

6. В абзаце 1 п. 1 указывается, что лицо, организовавшее создание сложного объекта, приобретает право на использование результатов интеллектуальной деятельности, включенных (или включаемых) в состав этого сложного объекта на основании договоров с обладателями исключительных прав на соответствующие результаты интеллектуальной деятельности.

Ни в данной норме, ни вообще в комментируемой статье нет никаких указаний на то, возникают ли какие-либо права на сам этот сложный объект. Одним-единственным исключением является норма, содержащаяся в п. 4 комментируемой статьи.

Несмотря на такое "умолчание", из данной статьи не может быть сделан вывод о том, что на сам сложный объект не возникает никаких исключительных прав, а также о том, что использование сложного объекта всегда является использованием результатов интеллектуальной деятельности, вошедших в состав этого объекта.

Вместе с тем содержащееся в п. 1 указание на то, что лицо, организовавшее создание сложного объекта, приобретает права на использование входящих в его состав результатов интеллектуальной деятельности по договору, означает, что сама по себе организационная (организаторская) деятельность этого лица никаких прав на такие результаты на это лицо не переносит: по закону никаких прав у этого лица не возникает. Эта норма, однако, не затрагивает норм о переходе прав на служебные результаты интеллектуальной деятельности (ст. 1295 ГК РФ и др.).

7. В абзаце 2 п. 1 установлена презумпция, заключающаяся в том, что при отсутствии иного договор, который заключается между "организатором" создания сложного объекта и лицом, которое создало или создает результаты интеллектуальной деятельности специально для включения в такой сложный объект, считается договором об отчуждении исключительных прав (а не лицензионным договором).

Если же результат интеллектуальной деятельности не был специально создан для включения в состав такого сложного объекта, применяется противоположная презумпция: заключенный договор считается лицензионным (п. 3 ст. 1233 ГК РФ).

Разумеется, при наличии прямых указаний в договоре о характере заключенного договора указанная презумпция опровергается либо подтверждается текстом договора.

8. В абзаце 3 п. 1 содержится презумпция о том, что лицензионный договор, касающийся использования результата интеллектуальной деятельности в составе сложного объекта, предоставляет лицензиату право использования на весь срок и в отношении всей территории действия исключительного права.

О понятии "территория действия исключительного права" см. п. 7 - 9 комментария к ст. 1235 ГК РФ.

9. В пункте 2 настоящей статьи содержится императивная норма, в соответствии с которой лицензионный договор, заключаемый между лицом, организовавшим создание сложного объекта, и обладателем исключительного права на результат интеллектуальной деятельности, касающийся использования данного результата в составе сложного объекта, всегда считается договором исключительной лицензии, заключенным на весь срок действия исключительного права, на всей территории их действия и с предоставлением лицензиату всех прав на использование результата интеллектуальной деятельности в составе сложного объекта. Любые ограничения предмета такой лицензии ничтожны, недействительны, даже если они будут прямо указаны в договоре.

10. Только после рассмотрения нормы, содержащейся в п. 2 данной статьи, можно вернуться к оговорке, указанной в абз. 3 п. 1.

Из этой оговорки следует, что презумпция о том, что лицензионный договор, предусматривающий использование результата интеллектуальной деятельности в составе сложного объекта, заключается на весь срок и в отношении всей территории действия исключительного права, является опровержимой: она действует только в том случае, если договором не предусмотрено иное.

Таким образом, имеется противоречие между нормой, предусмотренной абз. 3 п. 1, которая сформулирована как диспозитивная, и нормой, установленной п. 2, которая изложена в качестве императивной. В связи с этим следует считать, что в абз. 3 п. 1, да и вообще в п. 1, речь идет о лицензионных договорах, касающихся использования результата интеллектуальной деятельности не только в составе сложного объекта, но и иным образом. При этом такие договоры могут предусматривать исключения из предоставляемых прав использования. Однако в соответствии с п. 2 такие исключения, ограничивающие право использования такого результата в составе сложного объекта, являются недопустимыми.

Любые иные толкования данного противоречия приводят к необходимости признания ошибки законодателя, а такого толкования (reductio ad absurdum), как известно, следует избегать.

11. В соответствии с п. 3 комментируемой статьи, если результат интеллектуальной деятельности используется в составе сложного объекта, то за автором такого результата сохраняются право авторства и иные личные права. Практически это означает обязанность указания имени автора при использовании сложного объекта.

Если исходить из того, что использование сложного объекта является одновременно использованием результата интеллектуальной деятельности, который вошел в сложный объект, то данная норма является повторением общих положений, содержащихся в ст. 1226 и 1228 ГК РФ, а потому не имеет правовой нагрузки.

Значение этой нормы проявляется в тех случаях, когда использование сложного объекта не сопровождается использованием включенного в него, ранее использованного в нем результата интеллектуальной деятельности. И в этих случаях имя автора такого результата должно указываться.

12. В пункте 4 установлено, что лицо, организовавшее создание сложного объекта, получает право указывать свое имя, если оно само использует этот объект, или требовать указания своего имени от других лиц, использующих такой объект. По сути в этом и состоит смысл нормы, хотя формулировки, примененные здесь, далеки от совершенства.

Следует отметить, что лицо, организовавшее создание сложного объекта, не считается автором этого объекта: абзацем 2 п. 1 ст. 1228 ГК РФ организационные действия не относятся к творческим действиям.

Тем не менее п. 4 закрепляет за таким лицом особое "право на имя".

13. В пункте 5 содержится оговорка, относящаяся к одной разновидности сложных объектов, а именно к единой технологии, созданной за счет или с привлечением средств федерального бюджета.

Указывается, что если в гл. 77 ГК РФ в отношении этой разновидности сложных объектов содержатся нормы, отличающиеся от имеющихся в комментируемой статье, то подлежат применению нормы гл. 77.

Отметим, что в п. 1 говорится о "единой технологии" как одной из категорий сложных объектов, а пункт 5, относятся к части этой категории - к единой технологии, созданной за счет или с привлечением средств федерального бюджета.

Статья 1241. Переход исключительного права к другим лицам без договора

Комментарий к статье 1241

В комментируемой статье устанавливается, что переход исключительных прав к другому лицу без договора допускается в случаях и по основаниям, которые установлены законом.

Реализация этой нормы осложняется в связи с тем, что ГК РФ и другие законы не содержат норм, относящихся к бездоговорному переходу исключительных прав как таковых (хотя отдельные упоминания, касающиеся некоторых категорий объектов, на которые возникают исключительные права, в законах упоминаются).

В связи с этим к переходу исключительных прав должны применяться нормы, относящиеся к переходу права собственности на имущество и к переходу имущественных прав, поскольку объекты исключительных прав могут быть отнесены к общей категории имуществ, а исключительные права - к общей категории имущественных прав.

Это подтверждает и сам текст данной статьи: переход исключительного права без договора имеет место, в частности, при наследовании, реорганизации юридического лица, а также при обращении взыскания на имущество правообладателя.

Статья 1242. Организации, осуществляющие коллективное управление авторскими и смежными правами

Комментарий к статье 1242

1. Статьи 1242 - 1244 ГК РФ посвящены понятию и деятельности организаций, осуществляющих коллективное управление авторскими и смежными правами.

В них рассматриваются договорные и квазидоговорные (возникающие на основе закона) отношения с участием таких организаций.

Аналогом этих отношений являются отношения по доверительному управлению имуществом (гл. 53 ГК РФ).

Сходство проявляется даже в употреблении одинакового термина - "управление", который отражает специфику этих отношений и не имеет ничего общего с понятием управления, применяемым в сфере административных, властных отношений.

Более того, назвав договор договором доверительного управления имуществом, стороны могут воспользоваться нормами гл. 53 ГК РФ для достижения тех же целей, что предусмотрены в ст. 1242 и 1243 ГК РФ.

Это создает возможность разного правового регулирования одинаковых общественных отношений, что, конечно, нежелательно.

Разумеется, в настоящее время некоторые нормы гл. 53 ГК РФ могут применяться по аналогии к отношениям, регулируемым ст. 1242 - 1244 ГК РФ.

2. В абзаце 1 п. 1 комментируемой статьи дается определение организации, осуществляющей коллективное управление авторскими и (или) смежными правами, и указывается основное направление деятельности такой организации.

Организация по управлению правами на коллективной основе - это некоммерческая организация, основанная на членстве. Следовательно, такая организация не должна преследовать извлечение прибыли в качестве основной цели своей деятельности и не вправе распределять полученную прибыль между участниками (членами).

3. Может ли такая организация вообще заниматься предпринимательской деятельностью? Поскольку прежнее законодательство (абз. 1 п. 1 ст. 45 Закона РФ от 9 июля 1993 г. "Об авторском праве и смежных правах") прямо устанавливало, что "организация, управляющая имущественными правами на коллективной основе, не вправе заниматься коммерческой деятельностью", а новое законодательство такой оговорки не содержит, следовательно, исходя из принципа исторического толкования правовых норм, следует считать, что такие организации вправе осуществлять предпринимательскую деятельность.

4. Содержащееся в абз. 1 п. 1 комментируемой статьи положение о том, что данная организация "основана на членстве", может пониматься двояко. В соответствии с некоторыми нормами в ГК РФ "членство" (участие) в юридическом лице означает возникновение между этим участником и юридическим лицом особых обязательственных отношений (например, ст. 116 ГК РФ - членство в потребительском кооперативе). Тот же смысл имеет содержащееся в ст. 118 ГК РФ указание о том, что фондом считается некоммерческая организация, "не имеющая членства": это означает, что у учредителей фонда не возникает никаких особых прав и обязанностей по отношению к фонду.

Однако в других случаях "членство" (участие) в юридическом лице означает, что этот участник не может быть участником других подобных юридических лиц (ст. 107 ГК РФ - производственный кооператив; ст. 69 ГК РФ - полное товарищество).

Следует считать, что в данном случае понятие "членства" имеет это последнее значение.

"Членство" обладателей авторских и смежных прав в этих организациях возникает только на основе договоров, указанных в п. 3 комментируемой статьи. Без заключения таких договоров никакого "членства" не может возникать. Если такой договор заключается с тем автором или обладателем смежных прав, который не желает или не может стать "членом" данной организации (например, потому что состоит в другой аналогичной организации), такой договор не может содержать никаких дискриминационных положений по сравнению с договором, заключенным с "членом" данной организации, и вообще лишать его каких-либо прав или возлагать на него какие-либо дополнительные обязанности в связи с тем, что он не является "членом".

5. Как следует из абз. 1 п. 1 данной статьи, организации по управлению правами на коллективной основе действуют в соответствии с полномочиями, которые они получают от правообладателей - от авторов, исполнителей, изготовителей фонограмм и иных обладателей авторских и смежных прав.

Указанные права предоставляются организации по управлению правами на коллективной основе в следующих двух случаях, указанных в абз. 1 п. 1 комментируемой статьи:

1) когда осуществление этих прав в индивидуальном порядке затруднено;

2) когда ГК РФ допускает использование авторских произведений и объектов смежных прав без согласия обладателей соответствующих прав, но с выплатой им вознаграждения.

6. Первый случай относится к праву использования объекта, на который существует исключительное право.

Правообладатель предоставляет указанной организации полномочия по управлению своими правами только в тех случаях, когда осуществление этих прав в индивидуальном порядке затруднено.

Это последнее слово - "затруднено" - является ключевым в данной норме. "Затруднено" означает либо нецелесообразность, либо даже практическую невозможность заключения отдельных лицензионных договоров с отдельными пользователями.

Известно, что подобные "затруднения" обычно касаются не любых авторских произведений и объектов смежных прав, а только некоторых их категорий, причем только в отдельных сферах использования охраняемых объектов.

Например, автор комментария к ГК РФ в состоянии сам проследить за тем, кто и как издает и продает этот комментарий, у него не возникает затруднений при заключении индивидуальных договоров с пользователями, и потому в отношении этого объекта нет потребности передавать права на него в систему коллективного управления. В таком же положении находятся театральные спектакли, балеты, оперы и другие музыкальные произведения "больших" форм. Более того, такие объекты по закону не могут попадать в систему коллективного управления.

Иначе обстоят дела с произведениями "малых" форм. К ним относятся прежде всего песни, а также иные небольшие музыкальные, сценические и литературные произведения. Такие произведения обычно включаются в систему коллективного управления, поскольку число их пользователей огромно, использование их носит зачастую разовый характер, а потому заключение в отношении таких произведений индивидуальных лицензионных договоров явно "затруднено".

Важно подчеркнуть, что этот критерий включения охраняемых объектов в систему коллективного управления (наличие или отсутствие затруднений при заключении индивидуальных лицензионных договоров) должен учитываться и применяться и в отношении произведений, указанных в подп. 1 п. 1 ст. 1244 ГК РФ.

7. Второй случай, когда допустимо коллективное управление, относится к той сфере использования охраняемых объектов, в которой исключительное право не действует, где оно заменено правом на получение вознаграждения. Эти случаи перечислены в подп. 2 - 6 п. 1 ст. 1244 ГК РФ.

8. Содержащаяся в абз. 2 п. 1 комментируемой статьи норма устанавливает, что даже если в определенной сфере и для определенных случаев использования охраняемых объектов создана и действует организация по управлению правами на коллективной основе, другие юридические лица и граждане вправе осуществлять представительство интересов обладателей авторских и смежных прав.

Из этой нормы хотя и косвенно, но со всей очевидностью вытекает, что деятельность организации по управлению правами на коллективной основе является разновидностью деятельности по представительству интересов правообладателей, а само "управление правами" есть разновидность представительства (ст. 182 - 184 ГК РФ).

9. В пункте 2 данной статьи предусматривается, что сфера деятельности организации по управлению правами на коллективной основе может относиться к одному, нескольким или ко всем объектам авторских и смежных прав, к одному, нескольким или ко всем видам этих прав.

Эта норма не затрагивает вопроса о возможности существования двух или большего числа таких организаций, деятельность которых относится к одному и тому же виду объектов и к одному и тому же виду прав. Прямой - положительный - ответ на этот вопрос

вытекает из абз. 2 п. 3 ст. 1244 ГК РФ: существование в подобных случаях двух или большего числа подобных организаций является допустимым.

10. Пункт 3 комментируемой статьи посвящен основаниям возникновения у организаций по управлению правами на коллективной основе полномочий "управлять" соответствующими правами.

Как следует из этого пункта, единственным таким основанием являются договоры, заключаемые этими организациями с правообладателями. Иными словами, из закона никаких таких полномочий не возникает. Исключение составляют указанные в п. 3 ст. 1244 ГК РФ случаи, относящиеся к аккредитованным организациям: тогда полномочия у аккредитованных организаций возникают в силу закона.

11. В абзаце 1 п. 3 указывается, что такие договоры заключаются в письменной форме. Несоблюдение этого условия не делает заключенный договор недействительным, однако влечет неблагоприятные последствия, указанные в п. 1 ст. 162 ГК РФ.

12. Сами эти договоры именуются договорами о передаче полномочий по управлению правами. Содержание этих договоров раскрывается в п. 4 и 5 комментируемой статьи, а также в п. 1, 3 и 4 ст. 1243 ГК РФ.

13. Первая фраза абз. 2 п. 3 комментируемой статьи содержит норму, указывающую на возможность заключения договоров о передаче полномочий как с членами этой организации, так и с иными правообладателями, не являющимися ее членами.

Эту фразу следует понимать таким образом, что организация имеет право заключать такие договоры не только с лицами, являющимися ее учредителями, но и с иными лицами.

Из этой фразы нельзя делать вывод о том, что договоры, заключаемые с членами этой организации, должны отличаться от договоров, заключаемых с иными лицами. Более того, как уже отмечалось в п. 4 комментария к данной статье, договоры с членами такой организации должны быть идентичны договорам с "нечленами".

14. Во второй фразе абз. 2 п. 3 комментируемой статьи регламентируется норма, возлагающая на организацию обязанность заключения договора с любым правообладателем, обратившимся к ней с таким предложением, разумеется, "если управление такой категорией прав относится к уставной деятельности такой организации".

Эта норма, таким образом, приравнивает данные договоры к публичным (ст. 426 ГК РФ), но термин "публичный договор" не применяется, потому что в публичном договоре сторона, на которую закон возлагает обязанность заключить договор, всегда является коммерческой, а в данном случае организация коллективного управления является некоммерческой.

Вместе с тем нет никаких сомнений в том, что правила, содержащиеся в ст. 426 ГК РФ, могут и даже должны применяться по аналогии к рассматриваемым договорам.

Что касается норм, содержащихся в ст. 445 и 446 ГК РФ, то они применимы к рассматриваемым договорам прямо, а не по аналогии.

15. В третьей фразе абз. 2 п. 3 комментируемой статьи предусматривается, что полномочия указанных организаций по управлению правами могут основываться также на договоре, заключенном с другой организацией, управляющей правами на коллективной основе, в том числе с иностранной организацией. Это так называемые договоры о взаимном представительстве интересов.

По сути, в таких случаях во взаимоотношениях, возникающих между правообладателем и пользователем (лицензиатом), появляется не один, а два посредника. Однако наличие двух посредников в тех случаях, когда дело касается использования иностранных авторских и смежных прав в России (или использования за рубежом российских авторских и смежных прав), оправданно и необходимо.

Вместе с тем во взаимоотношениях внутри страны наличие двух посредников необоснованно ущемляет интересы правообладателей.

16. В первой фразе абз. 3 п. 3 данной статьи указывается на применимость к рассматриваемым договорам общих положений ГК РФ об обязательствах и договорах.

Поскольку нет никаких сомнений в том, что заключение таких договоров правообладателями является проявлением их правомочия распоряжения исключительным правом, следует признать, что данная норма повторяет п. 2 ст. 1233 ГК РФ, и потому не имеет особой правовой нагрузки.

В тех случаях, когда договоры, указанные в п. 3 комментируемой статьи, имеют признаки договоров присоединения, к ним применимы нормы ст. 428 ГК РФ.

17. Вторая фраза абз. 3 п. 3 предусматривает, что к рассматриваемым договорам не применяются специальные положения, касающиеся договоров об отчуждении исключительных прав и лицензионных договоров. Из этой нормы логично сделать вывод о том, что рассматриваемые договоры не являются ни договорами об отчуждении исключительных прав, ни лицензионными договорами.

Тем не менее нет никаких сомнений в том, что в этих договорах уже содержатся многие условия, включающиеся затем в лицензионные договоры, которые впоследствии заключаются организацией коллективного управления с пользователями (п. 1 ст. 1243 ГК РФ).

18. В пункте 4 данной статьи содержится важная норма, в соответствии с которой сами организации по коллективному управлению правами не имеют права использовать те объекты авторских и смежных прав, исключительные права на которые переданы им в управление.

По своей сути эта норма аналогична общей норме, содержащейся в п. 3 ст. 182 ГК РФ: "Представитель не может совершать сделки от имени представляемого в отношении себя лично".

Норма, содержащаяся в п. 4 комментируемой статьи, распространяется и на случаи, когда переданные в коллективное управление объекты могут использоваться свободно, но с выплатой вознаграждения правообладателю.

19. В пункте 5 комментируемой статьи содержатся нормы, закрепляющие за организацией по коллективному управлению право защищать в отношениях с третьими лицами права, переданные ей в управление на коллективной основе.

Из статьи 1243 ГК РФ с очевидностью следует, что у организации по управлению правами на коллективной основе возникает право заключать лицензионные договоры (и договоры о выплате вознаграждения) с пользователями и совершать определенные действия по исполнению этих договоров. Это относительные права такой организации; эти права осуществляются в относительных (договорных) отношениях.

А в пункте 5 ст. 1242 ГК РФ речь идет о неких правах на защиту, реализуемых во внедоговорных (абсолютных) отношениях. Эти права могут возникать у организаций коллективного управления лишь в том случае, если они получили от правообладателей не только право на заключение и исполнение соответствующих лицензионных договоров (и договоров о выплате вознаграждения), но и какие-то дополнительные права.

Эти дополнительные права не могут возникать просто в силу закона (например, только потому, что выступающий в заключенном договоре партнер правообладателя именует себя "организацией по управлению правами на коллективной основе"). Эти дополнительные права должны быть переданы (предоставлены) самим правообладателем.

Ориентирами при формулировке в договоре этих дополнительных прав могут быть нормы, содержащиеся в п. 1 ст. 1007 ГК РФ ("Агентским договором может быть предусмотрено обязательство принципала не заключать аналогичных агентских договоров с другими агентами, действующими на определенной в договоре территории, либо воздерживаться от осуществления на этой территории самостоятельной деятельности, аналогичной деятельности, составляющей предмет агентского договора"), а также в п. 1 ст. 1020 ГК РФ ("Доверительный управляющий осуществляет в пределах,

предусмотренных договором доверительного управления имуществом, правомочия собственника в отношении имущества, переданного в доверительное управление").

При этом приходится учитывать и норму, содержащуюся в п. 2 ст. 1243 ГК РФ, которая касается права правообладателя заключать лицензионные договоры непосредственно с пользователями.

Поэтому нормы п. 5 комментируемой статьи могут применяться только при условии включения в договор между организацией по коллективному управлению и правообладателями указанных выше дополнительных условий.

20. В абзаце 1 п. 5 речь идет о праве организации по коллективному управлению на совершение различных юридических действий, необходимых для защиты переданных им прав. В число этих действий включаются действия по предъявлению требований в суде.

Представляется, что под требованиями, которые могут заявляться в суд, имеются в виду исковые требования, заявляемые такой организацией и касающиеся прежде всего выплаты компенсации или возмещения убытков, причиненных использованием этих прав без заключения договоров, указанных в п. 1 ст. 1243 ГК РФ. Однако эти требования не могут состоять в обязании заключить такой договор.

Что касается иных юридических действий, то это прежде всего различные письма - предупреждения об имевших место случаях нарушения прав, которые могут содержать предложения о добровольном возмещении убытков (выплате компенсации) и о заключении договоров, предусмотренных в п. 1 ст. 1243 ГК РФ.

Все указанные выше юридические действия организация по коллективному управлению вправе осуществлять либо от имени правообладателей, либо от себя лично. Очевидно, что даже в этом последнем случае организация по коллективному управлению по запросу суда или другой стороны обязана сообщить имена (наименования) правообладателей, которые передали ей права.

21. В абзаце 2 п. 5 комментируемой статьи предусматриваются некоторые добавления, касающиеся аккредитованных организаций: они также имеют право, действуя от имени неопределенного круга правообладателей, предъявлять в суде требования, необходимые для защиты тех прав, управление которыми осуществляют такие организации.

Таким образом, под выражением "права, переданные в управление организации по коллективному управлению" понимаются права конкретных правообладателей, а "права, управление которыми осуществляет аккредитованная организация" - это права неопределенного круга правообладателей.

Эти выражения следует запомнить, поскольку они имеют разное правовое значение, несмотря на их идентичность с точки зрения русского языка. Здесь законодатель поднялся до вершин "языка Эзопа".

22. В употребляемом в п. 5 выражении "предъявлять требования в суде" под словом "суд" имеется в виду суд общей юрисдикции, арбитражный суд или третейский суд - п. 1 ст. 11 ГК РФ.

23. Хотя из абз. 2 п. 5 прямо не вытекает право аккредитованной организации совершать от имени неопределенного круга лиц юридические действия, необходимые для защиты прав, управление которыми осуществляет эта организация (кроме предъявления требований в суде), следует полагать, что аккредитованная организация имеет такое право.

24. В пункте 6 данной статьи содержится стандартная оговорка о том, что различные правовые вопросы, касающиеся создания и деятельности организаций по коллективному управлению, могут регулироваться в других нормах ГК РФ и в законах о некоммерческих организациях.

Большое значение должен иметь типовой устав аккредитованной организации (п. 7 ст. 1244 ГК РФ).

Разумеется, остальные вопросы могут быть урегулированы в учредительных документах отдельных организаций по коллективному управлению, на что указано в п. 6 комментируемой статьи.

25. Из статей 1242, 1243 и 1244 ГК РФ следует, что многие существенные условия договоров, заключаемых организацией по коллективному управлению с правообладателями, а также договоров, заключаемых такой организацией с пользователями, определяются уставом такой организации.

Поэтому либо во всех таких договорах эти условия должны повторяться, либо в упомянутых договорах должна содержаться ссылка на этот устав, либо устав организации должен прилагаться к каждому такому договору.

В противном случае партнер организации по коллективному управлению вправе оспаривать эти условия.

Статья 1243. Исполнение организациями по управлению правами на коллективной основе договоров с правообладателями

Комментарий к статье 1243

1. Пункт 1 комментируемой статьи относится к договорам, заключаемым между организацией по коллективному управлению и пользователями.

Пользователями являются лица, которые желают использовать те объекты авторского права и смежных прав и в тех случаях, которые указаны в абз. 1 п. 1 ст. 1242 ГК РФ.

Такие договоры бывают двух видов. Если на соответствующие объекты авторского права и смежных прав при таких видах использования имеется исключительное право, это лицензионные договоры. Если на соответствующие объекты при таких видах использования исключительное право отсутствует, но вместо него существует право на получение вознаграждения, это договоры о выплате вознаграждения.

2. Лицензионные договоры, заключаемые в соответствии с п. 1 комментируемой статьи, предоставляют пользователям право использования любых объектов, находящихся в управлении организации, соответствующими способами, т.е. теми способами, которыми обычно использует такие объекты этот пользователь.

Указанные лицензии являются простыми (неисключительными); они обязательно являются возмездными. Поэтому следует полагать, что к этим лицензионным договорам не должны применяться нормы, содержащиеся в п. 5 ст. 1235 ГК РФ; при неуказании размера вознаграждения применимы нормы п. 3 ст. 424 ГК РФ. Остальные нормы ст. 1235 ГК РФ применяются к таким лицензионным договорам.

3. Договоры о выплате вознаграждения предусматривают, что пользователи выплачивают установленное в договоре (или в законе либо в ином нормативном акте) вознаграждение за использование охраняемых объектов. При этом никаких прав на использование этих объектов от организаций по коллективному управлению пользователи не получают (да и не могут получать).

4. В абзаце 2 п. 1 комментируемой статьи предусматривается правило о том, что организация по коллективному управлению не вправе без достаточных оснований отказать пользователю в заключении договора (лицензионного или о выплате вознаграждения).

Таким образом, для организации по коллективному управлению заключение таких договоров является обязательным. Фактически на данную организацию возложена публичная обязанность по заключению таких договоров (см. также п. 14 комментария к ст. 1242 ГК РФ). Нет никаких сомнений в том, что к договорам, указанным в п. 1 комментируемой статьи, должны по аналогии применяться нормы ст. 426 ГК РФ, а нормы ст. 445 и 446 ГК РФ применимы прямо.

Несомненно, что организация по коллективному управлению не должна отдавать предпочтение или, напротив, устанавливать дискриминационные условия в отношении лишь некоторых пользователей, относящихся к определенной группе пользователей.

5. В абзаце 2 п. 1 комментируемой статьи устанавливается, что при наличии "достаточных оснований" организация по коллективному управлению все же может отказать в заключении договора с пользователем. Разумеется, такой отказ может быть предметом судебного разбирательства. Но что такое "достаточное основание"?

Представляется, что нарушение (или даже неоднократные нарушения) пользователем ранее заключенного (аналогичного) договора не является таким основанием. Но требование пользователя установить для него особую, пониженную ставку (шкалу) выплачиваемого организации вознаграждения является таким "достаточным" основанием.

6. Пункт 2 данной статьи касается лицензионных договоров, заключаемых правообладателями непосредственно с пользователями, если эти договоры относятся к той же сфере, в которой осуществляет свою деятельность организация по коллективному управлению.

Закон исходит из того, что правообладатель, заключивший договор с организацией по коллективному управлению и предоставивший такой организации право на управление на коллективной основе своими правами в определенной сфере, вправе заключить лицензионный договор непосредственно с пользователем и напрямую предоставить этому пользователю право использования охраняемого объекта. Очевидно, что такой договор должен подчиняться всем положениям ст. 1235 - 1237 ГК РФ; в частности, он может быть безвозмездным и быть договором исключительной лицензии.

Разумеется, возможность заключения таких "прямых" договоров может быть ограничена договором, заключенным между правообладателем и организацией по коллективному управлению. В случае возникновения конфликта между условиями договора с участием посредника (организации по коллективному управлению) и такого "прямого" договора должны учитываться не только сроки заключения того или иного договора, но и то, что первый договор лишь создает предпосылки для получения правообладателем вознаграждения за использование, в то время как второй обеспечивает получение правообладателем такого вознаграждения.

7. Пункт 2 предусматривает, что если правообладатель заключил "прямой" лицензионный договор с пользователем и этот договор содержит условие о том, что вознаграждение за использование охраняемого объекта, осуществляемое в соответствии с этим договором, будет выплачиваться пользователем третьему лицу - организации по коллективному управлению, то в этом - и только в этом - случае организация по коллективному управлению может собирать это вознаграждение, производить необходимые удержания из него и затем выплачивать его правообладателю.

При отсутствии такого условия организация по коллективному управлению не вправе собирать вознаграждение за такое использование, несмотря на то, что это использование охватывается договором, заключенным между организацией по коллективному управлению и пользователем.

8. Нормы, содержащиеся в п. 2, должны применяться mutatis mutandis к договорам о выплате вознаграждения.

9. Пункт 3 комментируемой статьи относится к следующим объектам: отчеты об использовании пользователем объектов авторских и смежных прав, а также иные сведения и документы, необходимые для сбора и распределения вознаграждения.

Перечень этих документов, их содержание и сроки представления определяются в договоре.

Нормы, содержащиеся в п. 3, сформулированы очень неясно: если в договоре содержатся условия, обязывающие пользователя представлять определенные отчеты, сведения и документы в определенные сроки, то, очевидно, отпадает необходимость заявлять отдельные требования об их представлении. С другой стороны, если в договоре

всего этого не предусмотрено, то организация по коллективному управлению вряд ли может потребовать - сверх договора - представления таких отчетов, сведений и документов. Если заключенный договор не определяет содержание и перечень таких отчетов, сведений и документов, он должен считаться ничтожной сделкой.

10. Пункт 4 данной статьи конкретизирует обязанности организации по коллективному управлению распределять полученное от пользователей вознаграждение, причитающееся правообладателям, и выплачивать его последним.

11. В абзаце 2 п. 4 указывается на то, что организация по коллективному управлению имеет право производить следующие удержания из поступающих сумм вознаграждения.

Во-первых, могут удерживаться суммы, необходимые для покрытия необходимых расходов организации по сбору, распределению и выплате такого вознаграждения.

Во-вторых, могут удерживаться суммы, направляемые в специальные фонды, создаваемые этой организацией с согласия и в интересах представляемых ею правообладателей.

Абзац 2 п. 4 заканчивается придаточным предложением "в размерах и в порядке, которые предусмотрены уставом организации". С точки зрения грамматики, этот оборот может относиться либо только к удержаниям сумм в специальные фонды, либо к удержаниям как первого, так и второго рода. Следует считать, что этот оборот относится как к суммам, предназначенным для покрытия необходимых расходов, так и к суммам, направляемым в специальные фонды: такое толкование подсказывает логика.

Употребленное в этом абзаце выражение "необходимые расходы" дает возможность правообладателям - членам этой организации ставить вопрос о том, были ли такие расходы "необходимыми".

12. В абзаце 3 п. 4 указывается, что организация по коллективному управлению должна распределять полученное вознаграждение пропорционально фактическому использованию соответствующих объектов авторских и смежных прав.

Это указание исключает возможность применения различных "премиальных" систем распределения вознаграждения (например, "если произведения определенного автора использовались свыше 1000 минут, то его вознаграждение увеличивается на 10%"). Не может учитываться и качество использованного произведения (например, "произведения лауреатов оплачиваются на 10% выше").

Конечно, применение указанного принципа приводит к "уравниловке": вознаграждение определяется либо в зависимости от числа использований, либо с дополнительным учетом объема произведения (обычно - продолжительности звучания).

13. В соответствии с абз. 3 п. 4 факт использования соответствующего объекта авторских или смежных прав определяется на основании сведений и документов, получаемых от пользователей, а также других данных об использовании объектов авторского и смежных прав, в том числе на основании сведений статистического характера.

Это означает, что организации по коллективному управлению имеют право проверять данные об использовании, представляемые пользователями.

14. В абзаце 3 п. 4 указывается на то, что организации по коллективному управлению должны осуществлять распределение вознаграждения между правообладателями и выплату им этого вознаграждения регулярно, в сроки, предусмотренные уставом организации.

Таким образом, устав организации должен предусматривать сроки выплаты (перечисления) вознаграждения, например, ежемесячно, раз в квартал, раз в полгода, раз в год.

Если такие сроки не определены, они могут быть установлены судом; последний должен ориентироваться на разумный срок, указанный в ст. 314 ГК РФ.

Все эти сроки должны исчисляться с момента фактического использования охраняемого объекта.

Указание на "регулярность" означает, что вознаграждение должно выплачиваться периодически, в течение равных промежутков времени.

15. В соответствии с абз. 4 п. 4 комментируемой статьи организация по коллективному управлению обязана одновременно с выплатой вознаграждения правообладателю представлять ему отчет об использовании его прав, в том числе о размере собранного вознаграждения и об удержанных из него суммах.

Такой отчет должен представляться не по требованию правообладателя, а автоматически.

Эта норма не предусматривает, что такой отчет должен содержать сведения о каждом из пользователей, который фактически использовал охраняемые объекты этого правообладателя.

16. В абзаце 1 п. 5 комментируемой статьи речь идет о реестрах, которые должны формироваться организацией по коллективному управлению. Эти реестры должны содержать сведения о правообладателях, заключивших с данной организацией договоры, предусмотренные в ст. 1242 ГК РФ, сведения о правах, переданных ей в управление, а также об объектах авторских и смежных прав, в отношении которых эта организация осуществляет управление на коллективной основе.

Как вытекает из смысла данной нормы, в указанные реестры могут включаться и иные сведения (адреса правообладателей, суммы выплаченного им вознаграждения и т.п.). Очевидно, что эти реестры должны быть доступны для финансовых и иных контролирующих органов.

Вместе с тем сведения из этих реестров (за исключением сведений, которые по закону не могут разглашаться без согласия правообладателей, например, потому что они носят характер коммерческой тайны или имеют личный характер) должны предоставляться всем заинтересованным лицам в порядке, установленном этой организацией.

Следует считать, что этот порядок может предусматривать плату за допуск к реестру и за изготовление выписок из реестра.

17. Абзац 2 п. 5 комментируемой статьи устанавливает обязанность организации по коллективному управлению размещать в общедоступной информационной системе информацию о правах, переданных ей в управление. Эта информация должна обязательно включать наименования объектов, правами на которые "управляет" эта организация, а также имена авторов или иных правообладателей, заключивших договоры с этой организацией.

Очевидно, что законодатель в данном случае имел в виду размещение такой информации в Интернете, причем с бесплатным доступом.

Статья 1244. Государственная аккредитация организаций по управлению правами на коллективной основе

Комментарий к статье 1244

1. Комментируемая статья посвящена понятию государственной аккредитации организаций по управлению правами на коллективной основе; она также устанавливает дополнительные права и обязанности таких аккредитованных организаций.

Разумеется, аккредитованные организации пользуются всеми правами и несут все обязанности, которые предусмотрены ст. 1242 и 1243 ГК РФ.

2. В абзацах 1 - 7 п. 1 комментируемой статьи названы сферы, в которых могут осуществлять свою деятельность аккредитованные организации.

Всего таких сфер шесть. Из них только первая относится к случаям, когда правообладатели владеют исключительным правом на использование; именно это право и передается в коллективное управление. Остальные пять сфер относятся к случаям, когда у

правообладателей исключительные права на использование отсутствуют, а потому в коллективное управление передается лишь право на получение вознаграждения при использовании.

3. В подпункте 1 п. 1 данной статьи устанавливается возможность получения государственной аккредитации в сфере публичного исполнения, сообщения в эфир и сообщения по кабелю. Эти сферы указаны в подп. 6 - 8 п. 2 ст. 1270 ГК РФ.

Следует отметить, что произведения, доведенные до всеобщего сведения, в частности, через Интернет (подп. 11 п. 2 ст. 1270 ГК РФ), в число этих сфер не входят. Государственная аккредитация, осуществляемая на основе подп. 1 комментируемой статьи, должна относиться только к обнародованным музыкальным произведениям, в том числе с текстом, и к обнародованным отрывкам из музыкально-драматических произведений.

На объекты смежных прав этот случай государственной аккредитации не распространяется.

Учитывая основополагающее указание, содержащееся в п. 1 ст. 1242 ГК РФ (организации по коллективному управлению создаются в тех случаях, когда осуществление исключительных прав в индивидуальном порядке затруднено), следует считать, что в подп. 1 п. 1 комментируемой статьи речь идет о музыкальных произведениях "малых форм" (т.е. небольших по времени звучания) и о незначительных отрывках из музыкально-драматических произведений.

4. В подпунктах 2 и 3 п. 1 рассматриваемой статьи указывается еще на два случая, в которых возможно получение организацией, осуществляющей коллективное управление, государственной аккредитации.

И тот и другой случай относятся к авторским произведениям, а не к объектам смежных прав.

5. Случаи, указанные в подп. 2 - 6 п. 1, содержат стоящие в скобках ссылки на конкретные нормы ГК РФ, к которым они относятся.

Эти случаи осуществления коллективного управления аккредитованной организацией по своему объему (т.е. по видам использования и по категориям используемых объектов) полностью совпадают с объемом конкретных норм, к которым даются отсылки.

6. В подпунктах 4 - 6 п. 1 комментируемой статьи содержатся стоящие в скобках ссылки на конкретные нормы ГК РФ, к которым они относятся.

В свою очередь, в этих конкретных нормах ГК РФ указывается на то, что в данных случаях сбор вознаграждения осуществляет аккредитованная организация.

Это означает, что вознаграждение может собираться и выплачиваться его получателям только аккредитованной организацией: ни неаккредитованная организация, ни сам получатель вознаграждения не вправе его получать. Поэтому нормы, предусмотренные абз. 2 п. 3 комментируемой статьи, на данные случаи не распространяются.

7. Абзац 8 п. 1 данной статьи определяет принципы, применяемые при государственной аккредитации, и указывает на то, что порядок государственной аккредитации устанавливается Правительством РФ.

Само существо государственной аккредитации прямо в ГК РФ не раскрыто, но косвенно вытекает из содержания ст. 1242 и 1244 ГК РФ.

Аккредитованная организация получает право представлять - при управлении правами на коллективной основе - и тех правообладателей, с которыми эта организация не имеет договоров об управлении правами на коллективной основе (абз. 1 п. 3 комментируемой статьи).

При этом указанное право, действующее в какой-либо сфере коллективного управления из перечисленных в п. 1 данной статьи, может быть закреплено только за одной такой аккредитованной организацией (абз. 1 п. 2).

Таким образом, аккредитованная организация получает монопольное право собирать суммы вознаграждения для тех правообладателей, которые этой организации никаких прав на такие действия не передавали и которые, вполне вероятно, этой организации не известны, а может быть, вообще являются "мертвыми душами".

Кому, когда и как эти суммы будут выплачены, неизвестно, но пока они будут получены такой аккредитованной организацией, причем получены на законном основании. Все это делает государственную аккредитацию чрезвычайно привлекательной.

Дополнительные обязанности, которые ГК РФ налагает на аккредитованную организацию, - это "мелочь" по сравнению с получаемыми ею правами.

Таким образом, суть государственной аккредитации - представление государством права осуществлять определенную деятельность, т.е. выдача лицензии.

Но поскольку лицензирование в нашей стране постепенно сокращается, а в данном случае оно, наоборот, вводится, в ГК РФ применен термин "аккредитация", несмотря на то что этот термин здесь не подходит и существа возникающих отношений не раскрывает.

8. В абзаце 8 п. 1 комментируемой статьи названы два принципа осуществления государственной аккредитации: 1) открытость процедуры и 2) учет мнения заинтересованных лиц, включая правообладателей.

Самый главный такой принцип, к сожалению, не названный в ГК РФ, вытекает из существа государственной аккредитации. Аккредитацию должна получать та организация, которая имеет наилучшие возможности разыскивать тех неизвестных правообладателей, которым предназначены суммы вознаграждения, собираемые этой организацией, и выплачивать это вознаграждение правообладателям (п. 5 комментируемой статьи). Следует считать, что к государственной аккредитации по аналогии применимы нормы ст. 447 - 449 ГК РФ.

См. Положение о государственной аккредитации организаций, осуществляющих коллективное управление авторскими и смежными правами. Утверждено Постановлением Правительства РФ от 29 декабря 2007 г. N 992 (СЗ РФ. 2008. N 2. Ст. 114).

9. В абзаце 1 п. 2 данной статьи указывается, что получить государственную аккредитацию в той или иной сфере коллективного управления, где может быть получена такая аккредитация, может лишь одна организация.

Таким образом, даже при наличии нескольких претендентов получает государственную аккредитацию лишь один из них.

10. В абзаце 2 п. 2 предусматривается, что одна организация по коллективному управлению может получить государственную аккредитацию в одной, нескольких или даже во всех сферах управления правами, в которых может быть получена такая аккредитация.

11. Из норм, содержащихся в абз. 1 и 2 п. 2, следует, что государственная аккредитация не может быть предоставлена той организации, которая осуществляет деятельность по коллективному управлению только в части какой-либо одной из сфер, указанных в п. 1.

Иными словами, каждая сфера деятельности, указанная в подп. 1 - 6 п. 1 комментируемой статьи, является единой и неделимой.

12. В абзаце 3 п. 2 содержится норма, в соответствии с которой к деятельности аккредитованной организации не должны применяться ограничения, предусмотренные антимонопольным законодательством.

Говоря о "деятельности аккредитованной организации", ГК РФ имеет в виду ту ее деятельность, которую эта организация осуществляет на основе полученной аккредитации. На иную деятельность этой организации данная норма не распространяется.

Под антимонопольным законодательством в настоящее время следует понимать Федеральный закон от 26 июля 2006 г. N 135-ФЗ "О защите конкуренции".

Этот Закон, в частности, определяет способы предупреждения и пресечения монополистической деятельности. К ним относятся:

1) признание хозяйствующего субъекта занимающим доминирующее положение (ст. 5 Закона);

2) установление запретов на совершение таким субъектом определенных действий (ст. 10 Закона);

3) запрет на заключение ограничивающих конкуренцию соглашений и на совершение хозяйствующими субъектами согласованных действий (ст. 11 Закона);

4) формальности и ограничения при предоставлении государственной или муниципальной помощи (ст. 19 - 20 в силу указанного Закона).

Применение антимонопольного законодательства к деятельности аккредитованных организаций по коллективному управлению правами ограничивается также тем, что антимонопольное законодательство распространяется в основном на хозяйствующие субъекты. К числу таких субъектов отнесены и некоммерческие организации (а организации по коллективному управлению являются некоммерческими), но только те некоммерческие организации, которые осуществляют деятельность, приносящую им доход (подп. 5 ст. 4 этого же Закона), и, очевидно, только в связи с осуществлением такой деятельности. Таким образом, возможность применения к деятельности аккредитованных организаций норм антимонопольного законодательства является ограниченной.

13. Абзац 1 п. 3 комментируемой статьи предоставляет аккредитованной организации право осуществлять управление правами и сбор вознаграждения для тех правообладателей, с которыми эта организация не имеет договорных отношений.

Ссылки на это право ранее встречались в абз. 1 п. 3 и в абз. 2 п. 5 ст. 1242 ГК РФ.

Таким образом, аккредитованная организация получает право действовать от имени неопределенного круга лиц, от имени всех правообладателей, чьи охраняемые объекты используются так, как это указано в подп. 1 - 6 п. 1 комментируемой статьи.

Нет никаких сомнений в том, что эта норма при применении ее к случаям, указанным в подп. 1 - 3 п. 1 анализируемой статьи, является серьезным, существенным ограничением гражданских прав правообладателей, а именно права на свободу договора (ст. 421 ГК РФ) и даже права на свободу осуществления и защиты своих прав (ст. 1 и 9 ГК РФ). Поэтому эти ограничения ("представительство по закону") являются допустимыми и оправданными лишь в той мере, в какой они служат интересам правообладателей. См. также п. 7 комментария к данной статье.

14. В абзаце 2 п. 3 комментируемой статьи указывается, что даже после получения одной организацией государственной аккредитации для определенной сферы деятельности по коллективному управлению в этой же сфере может осуществлять деятельность другая организация по коллективному управлению (или даже несколько таких организаций). Поскольку эта другая организация не получила (да и не могла получить) государственной аккредитации, она, естественно, будет представлять только тех правообладателей, с которыми она фактически заключила договоры.

Такая "другая" организация, как это прямо указано в данной норме, может быть создана после получения государственной аккредитации одной организацией. Вместе с тем, если какая-либо организация образована и осуществляет свою деятельность до проведения государственной аккредитации, она, конечно, вправе продолжать свою деятельность и после того, как какая-то иная организация получит государственную аккредитацию.

Более того, в соответствии с прямой нормой, содержащейся во второй фразе абз. 2 п. 3 комментируемой статьи, такие неаккредитованные организации имеют право заключать прямые договоры с пользователями в интересах правообладателей, фактически предоставивших им полномочия по управлению правами на коллективной основе. Следовательно, такие неаккредитованные организации вправе на основе этих прямых

договоров также получать суммы вознаграждения от пользователей и сведения об использовании охраняемых объектов.

Таким образом, даже в тех сферах коллективного управления, где может (и фактически должна) применяться система коллективного управления посредством аккредитованной организации, и даже после предоставления прав такой аккредитованной организации пользователи вынуждены будут заключать несколько договоров - с несколькими организациями по коллективному управлению.

Между тем введение системы коллективного управления правами посредством аккредитованных организаций, по идее, должно облегчать положение пользователей, приводить к тому, что пользователь, заключив договор с одной аккредитованной организацией, может полагать, что он вправе использовать любые охраняемые объекты.

Нормы, содержащиеся в абз. 2 п. 3 комментируемой статьи, не могут применяться в сферах коллективного управления, указанных в подп. 4 - 6 п. 1 данной статьи, поскольку в ст. 1245 и 1326 ГК РФ указывается, что сбор и выплату вознаграждения в данных случаях осуществляют аккредитованные организации, что исключает посредничество неаккредитованных организаций.

15. Когда организация по коллективному управлению получает государственную аккредитацию, возникают две законные презумпции. Считается, что: 1) все правообладатели передали свои соответствующие права такой организации; 2) пользователи не будут являться нарушителями всех соответствующих прав, которые они будут использовать, если заключат и будут исполнять договоры с аккредитованной организацией.

В пункте 4 комментируемой статьи указывается, как правообладатель может опровергнуть эти презумпции.

Для того чтобы эти презумпции перестали действовать, правообладатель должен подать в аккредитованную организацию письменное уведомление о том, что он отказывается от услуг этой организации.

Это уведомление об отказе может касаться либо всех прав и объектов данного правообладателя, либо лишь некоторых прав и (или) объектов.

Следует считать, что если в уведомлении об отказе не упоминаются отдельные права и объекты, принадлежащие данному правообладателю, то уведомление относится ко всем правам и объектам, принадлежащим данному правообладателю, в том числе к тем, которые могут быть созданы или получены этим правообладателем в будущем.

Что касается уведомления о частичном отказе, то в абз. 1 п. 4 комментируемой статьи предусматривается, что правообладатель должен представить при этом перечень прав и (или) объектов, исключаемых из числа тех прав и объектов, которыми вправе управлять аккредитованная организация.

Можно сделать вывод о том, что правообладатель может поступить и по-иному, а именно: указать на те права и (или) объекты, которыми вправе управлять аккредитованная организация; тем самым все иные права и объекты будут исключены из сферы коллективного управления, осуществляемого аккредитованной организацией.

Надо полагать, что такие уведомления об отказе могут быть направлены аккредитованной организации не самими правообладателями, а их представителями, например неаккредитованными организациями по коллективному управлению. Этот вывод основывается на нормах, содержащихся в абз. 2 п. 3 данной статьи.

16. Хотя норма, содержащаяся в первой фразе абз. 2 п. 4, изложена не совсем четко, общий ее смысл понятен и состоит в том, что в течение трех месяцев со дня получения от правообладателя такого уведомления об отказе (именно в течение трех месяцев, а не "по истечении трех месяцев") аккредитованная организация обязана исключить указанного субъекта - правообладателя или, соответственно, указанные права и объекты из договоров со всеми пользователями и разместить информацию об этом в общедоступной

информационной системе. Под указанной информационной системой, очевидно, имеется в виду Интернет.

Что касается исключения данных сведений из договоров с пользователями, то, разумеется, вместо индивидуальных оповещений в договорах может содержаться общая ссылка на общедоступную информационную систему, в которой время от времени могут появляться подобные уведомления об отказе.

Все эти действия аккредитованная организация обязана совершать в течение трех месяцев со дня получения ею уведомления об отказе, а по истечении трех месяцев она более не должна управлять данными правами. По истечении трех месяцев пользователи не имеют права использовать указанные права без согласия самого правообладателя или организации по коллективному управлению, заключившей договор с правообладателем.

Следует считать, что в уведомлении об отказе правообладатель может указать более продолжительный, чем три месяца, срок, в течение которого аккредитованная организация должна прекратить управление соответствующими правами.

17. Согласно второй фразе абз. 2 п. 4 комментируемой статьи аккредитованная организация обязана уплатить правообладателю, направившему уведомление об отказе, причитающееся ему вознаграждение, полученное от пользователей за тот период, когда действовали презумпции, указанные в п. 15 комментария к данной статье. Кроме того, такому пользователю должен быть представлен отчет об использовании его прав.

Данная норма распространяется также на случаи, когда вознаграждение для правообладателя, не заключившего договор, получено аккредитованной организацией после прекращения действия указанной презумпции.

Нормы, содержащиеся во второй фразе абз. 2 п. 4 комментируемой статьи, разумеется, распространяются и на тех правообладателей, которые не подавали уведомлений об отказе.

18. Следует считать, что правообладатель, направивший аккредитованной организации уведомление об отказе, может позже уведомить эту организацию об отзыве такого заявления - полностью или в некоторой его части.

19. Очевидно, что правила, содержащиеся в п. 4 комментируемой статьи, должны по аналогии применяться к тем правообладателям, которые фактически заключили договоры с аккредитованной организацией. В любом случае правообладатель, заключивший договор с аккредитованной организацией, не может быть поставлен в худшее положение по сравнению с тем правообладателем, который такого договора не заключал.

20. Пункт 5 комментируемой статьи возлагает на аккредитованную организацию обязанность принимать меры по установлению правообладателей, имеющих право на вознаграждение, полученное этой организацией по договорам с пользователями.

Данные меры должны быть "разумными и достаточными". Это выражение аналогично содержащемуся в ст. 10 ГК РФ выражению "разумно и добросовестно".

В случае спора относительно "разумности и достаточности" принятых мер решение может выносить суд.

В отличие от прежнего законодательства, которое устанавливало, что организация по коллективному управлению "вправе... по истечении трех лет с даты... поступления... невостребованного вознаграждения" обращать его на другие нужды (п. 4 ст. 45 Закона РФ "Об авторском праве и смежных правах"), тем самым косвенно увязывая право организации на использование невостребованного вознаграждения с истечением срока исковой давности, исчисляемого с момента поступления вознаграждения на счет организации (что, конечно, было несправедливо), новая норма не устанавливает никаких сроков прекращения поисков правообладателей.

21. Смысл второй фразы п. 5 комментируемой статьи состоит в том, что аккредитованная организация не вправе отказаться заключить договор с любым правообладателем, обратившимся к ней с этой просьбой, если аккредитованная

организация получила (или получала) от пользователей определенные суммы вознаграждения, причитающиеся этому правообладателю.

Исключение составляют случаи, установленные законом.

К числу этих исключений относится уже указанный в ГК РФ случай - данный правообладатель является членом другой организации по коллективному управлению, например иностранной (абз. 2 п. 3 ст. 1242 ГК РФ).

22. В пункте 6 комментируемой статьи устанавливается, что контроль за деятельностью аккредитованных организаций осуществляет уполномоченный федеральный орган исполнительной власти. Этот орган вправе (и даже должен) установить форму отчета о деятельности аккредитованной организации, который такая организация обязана ежегодно представлять в указанный федеральный орган. Кроме того, аккредитованная организация обязана публиковать эти ежегодные отчеты в общероссийском средстве массовой информации.

Поскольку сферы, в которых должны осуществлять свою деятельность аккредитованные организации, являются разными, очевидно, что будут утверждены разные формы этих отчетов.

Разумеется, контроль со стороны указанного федерального органа за деятельностью аккредитованных организаций не ограничивается представлением указанных отчетов.

23. В пункте 6 данной статьи говорится о наличии "уполномоченного" федерального органа исполнительной власти. В связи с этим следует рассмотреть вопрос о том, кто и как определяет ("уполномочивает") этот орган. Представляется, что это может сделать лишь федеральный закон или указ Президента РФ (п. 2 и 3 ст. 3 ГК РФ); постановления Правительства РФ для этого недостаточно.

Этот вывод распространяется и на другие случаи, когда в ГК РФ содержатся указания на уполномоченные федеральные органы исполнительной власти (например, ст. 1246 ГК РФ).

Несмотря на то, что в разных статьях ГК РФ упоминаются разные уполномоченные федеральные органы исполнительной власти (в частности, в комментируемой статье и в ст. 1246 ГК РФ), возможно, что закон (или указ) возложит осуществление всех этих функций на один федеральный орган либо, напротив, разделит функции, относящиеся к одному федеральному органу, между несколькими такими органами.

24. В пункте 7 комментируемой статьи предусмотрено право (и даже обязанность) Правительства РФ определить порядок утверждения типового устава аккредитованной организации. Разумеется, Правительство РФ вправе само утвердить такой типовой устав.

Эта норма является конкретизацией общей нормы, содержащейся в п. 1 ст. 52 ГК РФ: "В случаях, предусмотренных законом, юридическое лицо, не являющееся коммерческой организацией, может действовать на основании общего положения об организациях данного вида".

Статья 1245. Вознаграждение за свободное воспроизведение фонограмм и аудиовизуальных произведений в личных целях

Комментарий к статье 1245

1. Комментируемая статья устанавливает особые сборы, которые должны выплачиваться изготовителями и импортерами оборудования и материальных носителей, используемых гражданами для воспроизведения фонограмм и аудиовизуальных произведений исключительно в личных целях.

О понятии фонограммы см. ст. 1304 ГК РФ; о понятии аудиовизуального произведения - ст. 1263 ГК РФ.

2. Обязанность уплачивать эти сборы возлагается на изготовителей и импортеров такого оборудования и материалов не потому, что они фактически воспроизводят

фонограммы и аудиовизуальные произведения с помощью этого оборудования и материалов, а потому, что они создают возможность для граждан, действующих исключительно в личных целях, воспроизводить с помощью этого оборудования и материалов фонограммы и аудиовизуальные произведения.

3. Из пункта 1 комментируемой статьи следует, что граждане, которые фактически воспроизводят фонограммы и аудиовизуальные произведения в личных целях, могут осуществлять такие действия свободно, т.е. без необходимости заключать договоры с правообладателями. В отношении авторских произведений, включая и аудиовизуальные, такое свободное воспроизведение действительно возможно в соответствии со ст. 1273 ГК РФ, а в отношении исполнений и фонограмм - в соответствии со ст. 1306 ГК РФ.

4. В пункте 1 комментируемой статьи указывается на то, что суммы сборов (они именуются "вознаграждение") носят компенсационный характер. Это означает, что эти суммы должны компенсировать авторам, исполнителям, изготовителям фонограмм и аудиовизуальных произведений те материальные потери, которые они несут в связи с неполучением вознаграждения от граждан, которые воспроизводят (или будут воспроизводить) их охраняемые объекты с помощью этого оборудования и материалов.

Несмотря на то, что указанные суммы сборов должны уплачивать изготовители и импортеры оборудования и материалов, используемых гражданами для воспроизведения фонограмм и аудиовизуальных произведений в личных целях, эти изготовители и импортеры путем увеличения цены данного оборудования и материалов, продаваемых отдельным гражданам, перелагают суммы этих сборов на граждан-покупателей.

5. В соответствии с п. 4 комментируемой статьи указанными сборами не облагаются оборудование и материальные носители, которые идут на экспорт или не предназначены для использования в домашних условиях, т.е., очевидно, не продаются отдельным гражданам.

6. Правительство РФ должно определить перечень оборудования и материальных носителей, которые будут облагаться указанными сборами, а также установить размеры и порядок сбора соответствующих средств.

Можно предполагать, что эти сборы будут определяться в виде процента от продажной цены соответствующего оборудования и материалов (аудио- и видеомагнитофоны, компакт-диски, дискеты, диски и т.п.). Строго говоря, указанными сборами должны облагаться и персональные компьютеры.

7. В соответствии с п. 2 сбор указанных сумм будет осуществлять аккредитованная организация. Таким образом, ни сами авторы, исполнители, изготовители фонограмм и изготовители аудиовизуальных произведений, ни неаккредитованные организации по коллективному управлению не вправе получать это вознаграждение.

8. Пункт 3 устанавливает важные принципы распределения собранного вознаграждения, а также содержит норму, предоставляющую Правительству РФ право установить (утвердить) порядок распределения вознаграждения и его выплаты.

Нормы, содержащиеся в этом пункте, базируются на том, что указанное вознаграждение вначале собирается в единое целое, в единый "котел", а затем делится в императивно определенной пропорции: 40% - авторам, 30% - исполнителям, оставшиеся 30% - изготовителям фонограмм и изготовителям аудиовизуальных произведений.

После того, как такое деление на "три доли" произведено, каждая "доля" в свою очередь делится между конкретными авторами, исполнителями, изготовителями фонограмм и изготовителями аудиовизуальных произведений "пропорционально соответствующему использованию" охраняемых объектов.

Эта последняя норма сформулирована настолько общо, что допускает применение разнообразных способов распределения данных сумм.

9. О пункте 4 данной статьи см. п. 5 комментария к данной статье.

10. В настоящее время сохраняет силу Указ Президента РФ от 5 декабря 1998 г. N 1471 "О мерах по реализации прав авторов произведений, исполнителей и производителей

фонограмм на вознаграждение за воспроизведение в личных целях аудиовизуального произведения или звукозаписи произведения" (СЗ РФ. 1998. N 49. Ст. 6016). На практике нормы этого Указа не применяются.

Статья 1246. Государственное регулирование отношений в сфере интеллектуальной собственности

Комментарий к статье 1246

1. Нормы комментируемой статьи не несут никакой правовой нагрузки: они не имеют ни теоретического, ни практического значения.

2. В пункте 1 устанавливается, что ГК РФ может определить случаи, когда уполномоченный федеральный орган исполнительной власти, осуществляющий нормативное правовое регулирование в сфере авторского права и смежных прав, будет вправе издавать нормативные правовые акты по урегулированию правоотношений, связанных с объектами авторского права и смежных прав.

Разумеется, ГК РФ может это делать и без такого общего указания. В настоящее время в ГК РФ не предусмотрено ни одного такого случая. О понятии "уполномоченного" органа см. п. 23 комментария к ст. 1244 ГК РФ.

3. В пункте 2 комментируемой статьи устанавливается, что ГК РФ может определить случаи, когда уполномоченный федеральный орган исполнительной власти, осуществляющий нормативное правовое регулирование в сфере интеллектуальной собственности, будет вправе издавать нормативные правовые акты по урегулированию правоотношений, связанных с объектами патентного права, программами для ЭВМ, базами данных, топологиями интегральных микросхем, товарными знаками и знаками обслуживания, а также с наименованиями мест происхождения товаров.

Разумеется, ГК РФ может это делать и без такого общего указания.

Следует считать, что в приведенном перечне под "базами данных" имеются в виду объекты, охраняемые по нормам гл. 70, а не гл. 71 ГК РФ.

В настоящее время в ГК РФ такие случаи предусмотрены в ст. 1262, 1363, 1374, 1390 и др.

О понятии "уполномоченного" органа см. п. 23 комментария к ст. 1244 ГК РФ.

4. В первой фразе п. 3 комментируемой статьи предусматривается, что федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности имеет право и обязан осуществлять ряд действий, связанных с правовой охраной результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации. Некоторые из этих действий перечислены в данной норме, другие могут быть предусмотрены в законе.

В настоящее время в различных статьях ГК РФ содержатся конкретные нормы, предписывающие упомянутому федеральному органу исполнительной власти по интеллектуальной собственности совершать определенные действия (ст. 1262, 1346 и др.).

Следует полагать, что упомянутый федеральный орган совершает указанные юридически значимые действия не на основе п. 3 комментируемой статьи, а на основе иных конкретных норм ГК РФ.

Иными словами, ГК РФ может возлагать определенные функции на упомянутый федеральный орган и без общего указания, содержащегося в первой фразе п. 3 данной статьи; эта последняя норма не является нормой прямого действия.

Упоминаемый здесь "федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности" также должен быть определен ("управомочен"): см. п. 23 комментария к ст. 1244 ГК РФ.

В настоящее время функции федерального органа исполнительной власти по интеллектуальной собственности фактически осуществляет федеральная служба по интеллектуальной собственности, патентам и товарным знакам (Роспатент).

5. В пункте 4 комментируемой статьи предусматривается, что в отношении селекционных достижений (охраняемых в соответствии с гл. 73 ГК РФ) функции, указанные в п. 2 этой статьи, выполняет уполномоченный федеральный орган исполнительной власти, осуществляющий нормативно-правовое регулирование в сфере сельского хозяйства, а функции, указанные в п. 3 данной статьи, - федеральный орган исполнительной власти по сельскому хозяйству.

Данное указание является избыточным. См. п. 3 и 4 комментария к данной ст., а также п. 23 комментария к ст. 1244.

Статья 1247. Патентные поверенные

Комментарий к статье 1247

1. Комментируемая статья посвящена патентным поверенным - особым представителям лиц, которые ведут дела с федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности.

2. Статья устанавливает, что патентный поверенный должен быть:

- гражданином РФ;

- постоянно проживающим на территории Российской Федерации;

- зарегистрирован в федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности;

- должен пройти государственную аттестацию в порядке, определенном законом.

Закон может предъявлять и другие требования к патентному поверенному. Полномочия патентного поверенного удостоверяются доверенностью.

К патентному поверенному и к доверенности, на основе которой он действует, применяются также общие нормы ГК РФ, содержащиеся в ст. 182, 183, 185 - 189.

3. В пункте 3 комментируемой статьи предусматривается, что требования к патентному поверенному (кроме тех, которые прямо указаны в ГК РФ) устанавливаются законом.

Между тем до введения в действие части четвертой ГК РФ требования к патентному поверенному определялись Положением о патентных поверенных, утвержденным Постановлением Совета Министров РФ от 12 февраля 1993 г. N 122.

С 1 января 2008 г. - даты вступления в силу комментируемой статьи - указанное Положение о патентных поверенных утратило силу. Этот вывод основывается на сравнении четырех Федеральных законов о введении в действие частей первой, второй, третьей и четвертой ГК РФ: в первых трех федеральных законах имеются одинаковые нормы, содержащиеся в ч. 2 ст. 4 каждого из этих законов. Эти нормы устанавливают, что в тех случаях, когда в соответствии с вводимой в действие новой частью ГК РФ определенные правовые отношения могут регулироваться только федеральными законами, а до этого регулирование осуществлялось актом, не являющимся законом, прежнее регулирование сохраняет свою силу впредь до введения в действие соответствующих законов.

Поскольку Федеральный закон о введении в действие части четвертой ГК РФ такой нормы не содержит, Положение о патентных поверенных 1992 г. прекратило действовать.

4. В пункте 1 комментируемой статьи содержится норма, в соответствии с которой любое лицо, ведущее дело в федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности, может выступать через представителя, в том числе через патентного поверенного.

Из этой нормы следует, что личное представительство перед федеральным органом по интеллектуальной собственности не требуется. Кроме того, представительство через патентного поверенного не является обязательным. Но это только общая норма. Исключения из нее указаны в п. 2 данной статьи.

5. В абзаце 1 п. 2 устанавливается обязательное представительство через патентного поверенного для следующих лиц, ведущих дела с федеральным органом по интеллектуальной собственности:

1) граждан, постоянно проживающих за пределами Российской Федерации. В эту категорию входят и граждане России;

2) иностранных юридических лиц, очевидно, даже если они имеют представительства в Российской Федерации.

Однако международный договор может предусматривать, что эти лица не обязаны действовать через патентных поверенных.

6. В абзаце 2 п. 2 содержится правило, состоящее в том, что федеральный орган по интеллектуальной собственности может потребовать от любого лица, ведущего дело в этом органе, сообщить находящийся на территории Российской Федерации адрес для переписки. Очевидно, что после этого любые документы, направленные по этому адресу федеральным органом по интеллектуальной собственности лицу, ведущему дело в федеральном органе, должны считаться направленными надлежащим образом и полученными в момент получения их данным адресатом.

7. О пункте 3 данной статьи см. п. 2 и 3 комментария к данной статье.

Статья 1248. Споры, связанные с защитой интеллектуальных прав

Комментарий к статье 1248

1. В пункте 1 комментируемой статьи, по сути, повторяется, хотя и в несколько иной форме, норма, содержащаяся в п. 1 ст. 11 ГК РФ: защиту нарушенных или оспоренных гражданских прав осуществляет суд. Это положение относится и к интеллектуальным правам, которые являются одной из категорий гражданских прав.

2. Пункт 2 анализируемой статьи начинается с выражения: "В случаях, предусмотренных настоящим Кодексом", что означает: следующие за этим нормы не являются нормами прямого действия. Это лишь "предварительное оповещение" о конкретных нормах, которые включены в другие статьи ГК РФ.

3. Пункт 2 устанавливает административный порядок защиты интеллектуальных прав. При этом, говоря об административном порядке, законодатель дает ссылку на п. 2 ст. 11 ГК РФ, очевидно, для того, чтобы не возникало никаких сомнений относительно того, что указанный порядок защиты прав является именно административным.

Между тем это обстоятельство как раз и вызывает серьезные сомнения.

Для того чтобы можно было защищать любое гражданское право, оно должно быть нарушено или оспорено; в некоторых случаях меры защиты можно принимать при наличии угрозы правонарушения.

В пункте 2 комментируемой статьи указывается, что административную процедуру защиты нарушенных или оспоренных интеллектуальных прав осуществляют следующие органы:

- федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности;
- федеральный орган исполнительной власти по селекционным достижениям;
- федеральные органы исполнительной власти, уполномоченные Правительством РФ, - для случаев, указанных в ст. 1401 - 1405 ГК РФ.

Именно эти органы принимают определенные решения, которые вступают в силу со дня их принятия и могут быть оспорены в суде.

Таким образом, эти решения завершают предшествующие им административные процедуры, именно эти решения завершают административную стадию соответствующего спора.

Завершающие решения подтверждают, изменяют или отменяют какие-то более ранние решения, которые как раз и оспаривались в административном порядке: без этих

более ранних, первоначальных решений никакой административный спор возникнуть не может.

Административный спор - это пересмотр вышестоящим органом решения, принятого другим, нижестоящим органом. Поэтому следует ответить на вопрос о том, кто же принимает эти первоначальные решения.

Для ответа следует обратиться к анализу споров, рассматриваемых в административном порядке в случаях, указанных в п. 2 комментируемой статьи.

Одним из них является спор об отказе в выдаче патента на изобретение (ст. 1387 ГК РФ). Из этой статьи следует, что решение об отказе в выдаче патента на изобретение принимает федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности (абз. 2 п. 1 ст. 1387 ГК РФ). Совершенно очевидно, что это и есть первоначальное решение, которое может быть оспорено в административном порядке.

Действительно, п. 3 ст. 1387 ГК РФ предусматривает, что это решение может быть оспорено (в административном порядке) путем подачи возражения в палату по патентным спорам.

Правовое положение палаты по патентным спорам в системе органов, осуществляющих государственное регулирование отношений в сфере интеллектуальной собственности, является неясным: в ст. 1246 ГК РФ этот орган вообще не упоминается.

Но поскольку из ст. 1387 ГК РФ, да и из многих других статей ГК РФ, следует, что это именно тот орган, в который обжалуется решение федерального органа исполнительной власти по интеллектуальной собственности, следует сделать вывод о том, что это некий орган, который должен быть выше федерального органа по интеллектуальной собственности, что принимаемые им решения должны быть обязательными (обязывающими) для указанного федерального органа.

Но текст ГК РФ опровергает этот вывод.

Из пункта 3 данной статьи следует, что палата по патентным спорам образуется при федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности (именно "при", а не "над" или хотя бы "независимо от"). А из текста п. 2 явно вытекает, что решение, завершающее административную процедуру рассмотрения спора в палате по патентным спорам, принимает... федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности.

Это имеет место и во всех других случаях "административного порядка" защиты интеллектуальных прав: решение, принятое федеральным органом по интеллектуальной собственности, пересматривается, в результате чего выносится окончательное решение федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности. Не пройдя такую "административную" процедуру, обладатель гражданского права не может обращаться в суд за защитой своего нарушенного или оспоренного права.

Нельзя не признать, что в данном случае имеет место серьезное ограничение гражданских прав, противоречащее нормам, содержащимся в абз. 2 п. 2 ст. 1 ГК РФ.

4. В пункте 3 устанавливается, что правила административного рассмотрения и разрешения споров, указанных в п. 2 комментируемой статьи (кроме споров по защите селекционных достижений и секретных изобретений), устанавливаются федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим нормативно-правовое регулирование в сфере интеллектуальной собственности. При этом само это административное рассмотрение и разрешение споров должно осуществляться "федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности и образуемой при нем палатой по патентным спорам" (см. п. 3 комментария к данной статье).

Правила административного рассмотрения и разрешения споров, относящихся к селекционным достижениям, устанавливаются федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим нормативно-правовое регулирование в сфере сельского хозяйства, а осуществлять административное рассмотрение и разрешение этих споров должен федеральный орган исполнительной власти по селекционным достижениям.

Наконец, правила административного рассмотрения и разрешения споров, относящихся к секретным изобретениям, устанавливаются, как указано в п. 3, "уполномоченным органом". При этом дается отсылка к п. 2 ст. 1401 ГК РФ. Но в п. 2 ст. 1401 ГК РФ говорится о наличии нескольких таких уполномоченных органов; к их числу отнесен и федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности. Следует считать, что все эти органы вправе принимать собственные, отдельные правила по данным вопросам.

Статья 1249. Патентные и иные пошлины

Комментарий к статье 1249

1. В комментируемой статье предусматривается, что за совершение некоторых юридически значимых действий, касающихся приобретения и осуществления интеллектуальных прав, взимаются патентные и иные пошлины. Определяется также, кто устанавливает размеры и порядок взимания этих пошлин.

Отношения, касающиеся уплаты пошлин, не являются гражданскими отношениями; они не регулируются и не могут регулироваться гражданским правом. Очевидно, что именно поэтому вопросы уплаты пошлин даже не упоминаются в других статьях ГК РФ, как это имеет место, например, в ст. 11 (защита гражданских прав в суде), ст. 23 (государственная регистрация предпринимательской деятельности граждан), ст. 49 (выдача административной лицензии юридическому лицу), ст. 51 (государственная регистрация юридических лиц), ст. 163 (нотариальное удостоверение сделок), ст. 165 (государственная регистрация сделок) и т.д.

В связи с этим нормы, содержащиеся в комментируемой статье, не регулируют правоотношения по уплате патентных и иных пошлин, а просто констатируют наличие обязанности по их уплате.

2. В настоящее время пошлины, указанные в абз. 1 п. 2 комментируемой статьи, установлены НК РФ (ст. 333.30 и др.), а пошлины, указанные в абз. 2 п. 2, - в Положении о пошлинах за патентование изобретений, полезных моделей, промышленных образцов, регистрацию товарных знаков и т.д., утвержденном Постановлением Совета Министров РФ от 12 августа 1993 г. N 793 (с последующими изменениями).

Статья 1250. Защита интеллектуальных прав

Комментарий к статье 1250

1. Статьи 1250 - 1254 ГК РФ, как это видно из их содержания, относятся к случаям бездоговорного нарушения интеллектуальных прав.

Нарушение интеллектуальных прав, имеющее место при отсутствии договора между обладателем права и нарушителем, представляет собой гражданско-правовой деликт, к которому применяются общие положения, содержащиеся в гл. 59 ГК РФ, разумеется, если иное не предусмотрено правилами разд. VII ГК РФ и не вытекает из содержания или характера нарушенного права.

Защита интеллектуальных прав в рамках заключенного договора регулируется гл. 25 ГК РФ, разумеется, если иное не установлено правилами, содержащимися в разд. VII ГК РФ (см. п. 2 ст. 1233 ГК РФ и комментарий к нему).

2. Пункт 1 комментируемой статьи содержит общие указания о способах защиты интеллектуальных прав.

В нем устанавливается, что интеллектуальные права защищаются способами, "предусмотренными настоящим Кодексом". К числу этих способов относятся прежде всего те, которые прямо указаны в ст. 1251 и 1252 ГК РФ. Следует также учитывать, что

некоторые иные способы защиты интеллектуальных прав, а также уточнения (детализация) способов защиты содержатся и в других статьях разд. VII (см., в частности, ст. 1515 ГК РФ).

Разумеется, интеллектуальные права, поскольку они являются гражданскими правами, защищаются также и теми способами, которые указаны в ст. 12 ГК РФ.

3. Из содержащейся в п. 1 комментируемой статьи нормы о том, что интеллектуальные права защищаются способами, "предусмотренными настоящим Кодексом", может быть сделан вывод о том, что иные законы не могут предусмотреть иных (дополнительных, особых) способов защиты интеллектуальных прав.

Между тем ст. 12 ГК РФ предусматривает, что гражданские права могут защищаться и "иными способами, предусмотренными законом".

Вероятно, в данном случае норму п. 1 комментируемой статьи следует толковать расширительно, следует считать, что интеллектуальные права также могут защищаться иными способами, предусмотренными законом.

4. В пункте 1 данной статьи указывается на то, что способы защиты выбираются и применяются "с учетом существа нарушенного права и последствий нарушения этого права".

Это очень полезное указание. Разумеется, оно применимо к защите любого гражданского права: в этом отношении интеллектуальные права никакой специфики не имеют.

Кроме того, это указание нельзя понимать как ограничивающее свободу осуществления гражданских прав (п. 1 ст. 9 ГК РФ).

5. Норма, содержащаяся в п. 2 комментируемой статьи, устанавливает не то, когда могут применяться способы защиты интеллектуальных прав, а то, кто может заявлять требования об их защите.

В принципе ответ на этот вопрос ясен: такое требование может заявить обладатель интеллектуального права или иное заинтересованное лицо.

О праве организаций по управлению правами на коллективной основе на осуществление действий по защите прав см. п. 5 ст. 1242 ГК РФ и комментарий к нему.

О праве лицензиата на защиту своих прав см. ст. 1254 ГК РФ и комментарий к ней.

О понятии "способы защиты, предусмотренные настоящим Кодексом", см. п. 3 комментария к данной статье.

6. Пункт 3 комментируемой статьи посвящен рассмотрению вопросов вины при нарушении интеллектуальных прав.

Первая фраза этого пункта начинается с нормы, которая устанавливает, что "отсутствие вины нарушителя не освобождает его от обязанности прекратить нарушение интеллектуального права".

Это очень важная норма, которая имеет, несомненно, общегражданское значение; никакой специфики для сферы интеллектуальных прав в ней не содержится.

Вместе с тем эта норма самоочевидна: когда нарушитель узнал о совершаемом им нарушении прав, он уже не является невиновным. Например, в абз. 1 ст. 303 ГК РФ указывается, что добросовестный владелец чужого имущества становится недобросовестным "со времени, когда он узнал или должен был узнать о неправомерности владения или получил повестку по иску собственника о возврате имущества".

7. Вторая часть первой фразы п. 3 комментируемой статьи устанавливает, что отсутствие вины нарушителя "не исключает применение в отношении нарушителя мер, направленных на защиту таких прав", т.е. нарушенных интеллектуальных прав.

Само построение этой нормы необычно: что означает выражение "не исключает"? Строго формальное толкование этого выражения приводит к выводу о том, что здесь установлено дискреционное право суда, т.е. право применять эту норму по усмотрению суда.

Однако наилучшее толкование этой нормы состоит в следующем: ею устанавливается, что меры, направленные на защиту нарушенных интеллектуальных прав, должны применяться независимо от вины правонарушителя.

Выражение "меры защиты" часто применяется как синоним "способы защиты".

Если считать, что в данном случае законодатель указал на то, что гражданско-правовая ответственность за нарушение интеллектуальных прав возникает независимо от вины и что к нарушителю могут быть применены любые способы защиты прав, указанные в ст. 12, 1250 - 1254 ГК РФ, то это приведет к коренным изменениям во всей системе ответственности в сфере интеллектуальной собственности.

Например, известно, что заявленное изобретение в течение полутора лет после подачи заявки остается неизвестным третьим лицам. Поэтому любое третье лицо, действующее добросовестно, вправе использовать данное (или тождественное ему) изобретение в этот период времени.

После получения патента заявителем указанное третье лицо обязано прекратить использование, но никакие убытки в связи с этим использованием с него взысканы быть не могут из-за отсутствия его вины. Новое же законодательство позволяет (при таком толковании) требовать возмещения убытков.

Аналогичные выводы следовало бы сделать и применительно ко многим другим объектам промышленной собственности, в частности к товарным знакам.

Генеральный принцип - гражданско-правовая ответственность возникает лишь при наличии вины - зафиксированный в ст. 1064 ГК РФ, имеет огромное практическое значение также в сфере авторского права и смежных прав.

В связи с этим следует считать, что выражение "меры защиты" в данном случае означает не все, а лишь некоторые способы защиты, прямо указанные в п. 3 комментируемой статьи.

Что касается употребленного здесь выражения "в частности", надо полагать, что оно относится к тем мерам (способам) защиты, в отношении которых имеются прямые указания о том, что они могут применяться к невиновным нарушителям.

8. Во второй фразе п. 3 определены две меры защиты, которые могут применяться к нарушителю права, даже при отсутствии его вины. Во-первых, это публикация решения суда о допущенном правонарушении (подп. 5 п. 1 ст. 1252 ГК РФ). Во-вторых, это пресечение действий, нарушающих исключительное право или создающих угрозу нарушения такого права (подп. 2 п. 1 ст. 1252 ГК РФ). Обе эти меры, по сути, не являются мерами ответственности, а потому возможность их применения к невиновному нарушителю сомнений не вызывает (см. также п. 6 комментария к данной статье. О значении слов "в частности" см. п. 7 комментария к данной статье).

9. Оценивая п. 3 комментируемой статьи в целом, нельзя не отметить крайней небрежности формы выражения изложенных здесь норм. Невозможно объяснить, почему обязанность прекращения правонарушения и аналогичная мера - пресечение действий, нарушающих право, указаны и в первой, и во второй фразах.

Почему во второй фразе в одном случае имеется отсылка к подп. 5 п. 1 ст. 1252 ГК РФ, а отсылки к подп. 2 того же пункта нет? Наконец, почему в первой фразе говорится об "интеллектуальных правах", а во второй фразе - об "исключительных правах", т.е. о более узкой категории прав? Все эти небрежности формы позволяют предположить наличие небрежностей в существе содержащихся здесь норм.

Статья 1251. Защита личных неимущественных прав

Комментарий к статье 1251

1. В пункте 1 комментируемой статьи перечислены шесть способов защиты нарушенных неимущественных прав автора.

Под автором в данном случае имеются в виду лица, творческим трудом которых созданы результаты интеллектуальной деятельности, перечисленные в подп. 1 - 4 и 7 - 11 п. 1 ст. 1225 ГК РФ.

Первые пять способов защиты, указанные здесь, совпадают с теми способами защиты, которые указаны в ст. 12 ГК РФ.

Однако последний способ - "публикация решения суда о допущенном нарушении" - это новый способ, неизвестный ни ст. 12 ГК РФ, ни другим статьям ГК РФ (кроме норм нового разд. VII).

В связи с этим публикация решения суда о допущенном нарушении применима только к случаям нарушения личных неимущественных прав и исключительных прав (подп. 5 п. 1 ст. 1252 ГК РФ), хотя, конечно, эта мера защиты не связана со спецификой интеллектуальных прав.

Употребленные в п. 1 комментируемой статьи слова "в частности" означают, что нарушенные личные неимущественные права могут защищаться и иными способами, указанными в ГК РФ или другом законе.

2. Пункт 2 данной статьи устанавливает, что способы защиты личных неимущественных прав автора, перечисленные в п. 1 комментируемой статьи, применяются также при защите личных неимущественных прав иных лиц, которые, хотя и не являются авторами, в соответствии с ГК РФ наделены некоторыми личными правами. Таковыми являются: лица, организовавшие создание сложного объекта; издатели энциклопедий и других подобных изданий; изготовители аудиовизуальных произведений; работодатели авторов, создавших служебные произведения; изготовители фонограмм; изготовители баз данных (как объектов смежных прав); публикаторы. Этими лицами могут быть как граждане, так и организации.

Следует считать, что в случаях, когда в качестве такого лица выступают организации, они не вправе требовать компенсации морального вреда, поскольку моральный вред может быть причинен только гражданину. Таким образом, норма, содержащаяся в п. 2, в этом отношении является неточной.

3. В пункте 3 комментируемой статьи закреплено положение: когда речь идет о защите чести, достоинства и деловой репутации автора, применяются общие правила, содержащиеся в ст. 152 ГК РФ.

Это означает, что для автора не возникает никаких особых, например повышенных, критериев определения чести, достоинства и деловой репутации и что никакими особыми ("авторскими") способами эти личные неимущественные права не защищаются.

Данная норма, конечно, применима и к лицам, указанным в п. 2 комментируемой статьи.

Статья 1252. Защита исключительных прав

Комментарий к статье 1252

1. В пункте 1 комментируемой статьи закреплены пять способов защиты нарушенных исключительных прав.

Первые три указанных способа защиты исключительных прав (признание права; пресечение действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения; возмещение убытков) совпадают с тремя способами защиты гражданских прав, указанными в ст. 12 ГК РФ. Однако четвертый и пятый указанные здесь способы защиты не упомянуты в ст. 12 ГК РФ, следовательно, они отражают специфику разд. VII ГК РФ.

В начале этого пункта предусматривается, что исключительные права защищаются, в частности, перечисляемыми ниже способами. Это значит, что исключительные права могут защищаться и иными способами, указанными в ГК РФ или ином законе.

Формулировки, примененные в п. 1, менее совершенны, чем те, которые применены в ст. 12 ГК РФ: защита права осуществляется не путем "предъявления требования" о признании права, возмещении убытков и т.п., а путем признания права, возмещения убытков и т.п., как это определено в ст. 12 ГК РФ.

2. В подпункте 3 п. 1 комментируемой статьи предусматривается, что требование о возмещении убытков может быть предъявлено либо к лицу, неправомерно использовавшему охраняемый объект без договора, либо к лицу, иным образом нарушившему исключительное право и причинившему ущерб правообладателю.

Следует считать, что и во втором случае речь идет о бездоговорном использовании, поскольку в договорных отношениях может возникать вопрос о нарушении лишь относительных, а не исключительных прав. Таким образом, в этом пункте вопросы возмещения убытков за нарушение договорных обязательств не затрагиваются.

3. Подпункт 4 п. 1 комментируемой статьи содержит отсылку к п. 5 данной статьи. Здесь в тексте ГК РФ допущена опечатка: о материальных носителях речь идет в п. 4, а не в п. 5.

4. В подпункте 5 п. 1 закреплено положение, рассматривающее публикацию решения суда как способ защиты нарушенного исключительного права. В п. 1 ст. 1251 ГК РФ указывается на такую публикацию, как способ защиты личных неимущественных прав. И к тому и другому случаю должны применяться правила, содержащиеся в п. 3 ст. 1250 ГК РФ: такие публикации осуществляются независимо от вины нарушителя и за его счет.

Публикация решения суда за нарушения иных интеллектуальных прав (например, права на получение вознаграждения) в ГК РФ не предусмотрена.

5. Пункт 2 комментируемой статьи относится к обеспечительным мерам, установленным процессуальным законодательством. Имеются в виду меры по обеспечению иска, содержащиеся в гл. 13 ГПК, и обеспечительные меры, регулируемые гл. 8 АПК РФ.

При этом никаких новых обеспечительных мер в этом пункте не предусматривается. Отмечается лишь то, что в состав имущества, на которое может быть наложен арест судом, могут входить материальные носители, оборудование и материалы, с помощью которых предположительно нарушаются исключительные права.

При этом, конечно, само нарушение исключительных прав осуществляет нарушитель, а не указанные материальные объекты: именно так надо понимать эту норму, которая изложена нечетко.

Указанные материальные носители, оборудование и материалы могут фигурировать при принятии судом иных обеспечительных мер (запрет передачи их ответчику; приостановление реализации имущества и т.п.).

6. Положения, закрепленные в пункте 3, относятся к случаям, когда ГК РФ предусматривает за нарушение исключительных прав выплату компенсации (вместо возмещения убытков). Такие случаи указаны в ст. 1301, 1311, 1515 и 1537 ГК РФ.

В этих случаях владелец исключительного права вправе отказаться от возмещения убытков и взыскать с нарушителя денежную компенсацию. Упомянутая компенсация (ее размеры указаны в соответствующих статьях ГК РФ) не имеет ничего общего с компенсацией за причинение морального вреда, поскольку выплачивается "вместо возмещения убытков", ее следует считать компенсацией за имущественный вред.

7. Вторая и третья фразы абз. 1 п. 3 комментируемой статьи, по сути, содержат единую мысль, состоящую в том, что для взыскания компенсации потерпевший не обязан доказывать, что нарушение причинило ему убытки; потерпевший должен доказать только факт правонарушения.

Аналогичная норма содержится в п. 1 ст. 330 ГК РФ: "По требованию об уплате неустойки кредитор не обязан доказывать причинение ему убытков".

Вместе с тем необходимо отметить, что эти фразы не содержат никаких указаний о вине правонарушителя.

Вопрос о вине нарушителя решается в п. 3 ст. 1250 ГК РФ (см. также комментарий к этому пункту).

8. В абзаце 2 п. 3 комментируемой статьи устанавливается, что размер компенсации определяется судом "в зависимости от характера нарушения и иных обстоятельств дела с учетом требований разумности и справедливости". Следует полагать, что суд должен учитывать степень вины нарушителя, наличие и размер причиненных убытков (даже если последние будут определены лишь приблизительно, "на глазок"), уровень заработной платы в стране и иные подобные факторы.

В частности, при определении размера компенсации следует учитывать известный гражданскому праву принцип обеспечения восстановления нарушенных прав (ст. 1 ГК РФ), а также принцип соразмерности компенсации последствиям правонарушения (по аналогии со ст. 333 ГК РФ).

9. В абзаце 3 п. 3 также предусмотрено, что правообладатель имеет право получить указанную компенсацию либо за каждый случай неправомерного использования охраняемого объекта, либо за допущенное правонарушение в целом.

Из данной нормы неясно, что понимается под "каждым случаем" нарушения прав. Представляется, что если авторское произведение оттиражировано нарушителем в количестве одной тысячи экземпляров, то каждый экземпляр не может считаться самостоятельным случаем неправомерного использования: такой подход был бы абсурдным. Но если произведение было незаконно издано несколькими тиражами, то каждый тираж, без сомнения, является самостоятельным случаем правонарушения.

10. В пункте 4 комментируемой статьи дается понятие контрафактного материального носителя, а также определяется судьба таких материальных носителей. Термин "контрафакция" происходит от латинского слова "contrafactio" - подделка, но в русский язык он вошел от французского слова "contrefacon" - подделка товарных знаков, незаконное изготовление авторских экземпляров и иных объектов интеллектуальной собственности.

Этот термин широко применялся в царской России ("контрафакция", "контрафактные экземпляры"), а в современной России он впервые был употреблен в 1992 г. в Законе РФ "О правовой охране программ для электронных вычислительных машин и баз данных".

Наряду с этим термином в качестве синонима широко применяется термин "пиратский" (например, "пиратское издание", "пиратский экземпляр"), происходящий от английского неологизма "piracy" - нарушение прав интеллектуальной собственности.

Несмотря на то, что в комментируемой статье говорится о контрафактных материальных носителях, более привычным и кратким является выражение "контрафактный экземпляр", имеющее тот же смысл; его мы и будет применять.

11. В пункте 4 комментируемой статьи речь идет о материальных носителях (экземплярах), в которых выражен охраняемый объект. Об этих материальных носителях см. ст. 1227 ГК РФ. В случае если изготовление такого экземпляра и (или) какое-либо его введение в гражданский оборот (в частности, путем распространения, импорта), а также перевозка и хранение приводят к нарушению исключительных прав, такой экземпляр считается контрафактным.

Из этой нормы вытекает наличие двух видов контрафактных экземпляров. В одном случае "контрафактность" возникает в результате самого создания экземпляра: такие экземпляры являются контрафактными сами по себе (per se), при любом их использовании.

Во втором случае сам экземпляр может не являться контрафактным, а контрафактность возникает только в связи с использованием этого экземпляра, которое приводит к нарушению исключительного права. Строго говоря, это - контрафактное использование законного экземпляра. Однако и в этом случае такой экземпляр считается контрафактным.

12. Контрафактными считаются только те экземпляры, которые нарушают исключительные права. Если же при создании или использовании экземпляра были нарушены личные неимущественные права или иные права, не являющиеся исключительными, например право на получение вознаграждения, такой экземпляр не считается контрафактным.

13. Комментируемая норма устанавливает общее правило, касающееся "судьбы" контрафактных экземпляров: по решению суда они подлежат изъятию из оборота и уничтожению без какой бы то ни было компенсации. Нельзя не восхищаться элегантностью этой нормы, в которой термин "конфискация" отсутствует. Но по сути дела речь идет, конечно, о конфискации.

В комментируемой норме не упоминается о том, что изъятие из оборота контрафактных экземпляров и их уничтожение происходит по требованию владельца исключительных прав. Более того, в данной норме указывается, что такие меры "подлежат" применению.

Все это свидетельствует, что данные меры "должны" применяться судом, т.е. что это не есть меры гражданско-правовые.

Суд, таким образом, обязан по собственной инициативе выносить решения об изъятии из оборота и уничтожении любых контрафактных материальных носителей (см. также п. 17 комментария к данной статье).

Конечно, такое решение не может быть вынесено, если материальные носители уже не считаются контрафактными, например, при заключении с нарушителем договора, действие которого распространяется на эти носители.

В соответствии с подп. 4 п. 1 комментируемой статьи суд вправе вынести решение об изъятии материальных носителей, находящихся у изготовителя, импортера, хранителя, перевозчика, продавца, иного распространителя, а также у недобросовестного приобретателя.

Что касается добросовестных приобретателей, следует считать, что у них контрафактные экземпляры не могут быть изъяты, но только в тех случаях, когда они будут использоваться для личных, семейных, домашних, а не иных нужд.

14. В пункте 4 данной статьи предусматривается, что ГК РФ может иначе определить "судьбу" контрафактных экземпляров, т.е., например, указать на то, что они не подлежат изъятию из оборота или не подлежат уничтожению.

15. Пункт 5 в отличие от предшествующего пункта посвящен не контрафактным экземплярам, а оборудованию, иным устройствам и материалам, "главным образом используемым или предназначенным для совершения нарушения исключительных прав". Это могут быть машины, на которых тиражируются контрафактные компакт-диски, видеомагнитофоны, используемые для записи контрафактных видеофильмов, станки-автоматы, создающие контрафактные топологии, или устройства, матрицы для дисков, чистые видеокассеты и т.п.

Подлежат изъятию из оборота и уничтожению, однако, не все такие объекты, а лишь те, которые фактически используются (или использовались) главным образом для совершения нарушения исключительного права (первая группа), либо главным образом предназначены для совершения нарушения исключительных прав (вторая группа). Слова "главным образом" должны применяться к объектам, относящимся как к первой группе, так и ко второй группе.

Слова "главным образом" имеют важное правовое значение. Конечно, если нарушитель выпускает (или использует) только контрафактные экземпляры, подлежит изъятию и уничтожению все оборудование, все устройства и материалы, которые используются им или предназначены для такого использования (например, закуплены, но еще не используются). Дело осложняется в тех случаях, когда нарушитель наряду с изготовлением (использованием) контрафактных экземпляров занимается и "легальным бизнесом" - изготавливает либо использует и законные (например, лицензионные)

экземпляры. Вот в этих случаях слова "главным образом" начинают "работать": если нелегальный бизнес составляет лишь 10 - 15% всей деятельности нарушителя, то, очевидно, что указанные оборудование, устройства, материалы не могут быть затронуты судебным решением, т.е. не подлежат изъятию.

Указанное не относится, однако, к оборудованию, устройствам и материалам, которые специально приспособлены для изготовления (использования) контрафактных экземпляров. Так, всегда подлежит изъятию пресс-форма, предназначенная для изготовления только контрафактного промышленного образца.

16. Порядок изъятия из оборота и уничтожения указанного оборудования, устройств и материалов аналогичен тому порядку, который установлен в п. 4 комментируемой статьи в отношении контрафактных экземпляров. Изъятие из оборота и уничтожение осуществляется не по требованию владельца исключительного права, а по решению суда; эта мера не относится к способам защиты гражданских прав.

К данному случаю применимы все доводы и положения, сформулированные в п. 13 комментария к данной статье.

17. Подлежащие изъятию из оборота оборудование, устройства и материалы уничтожаются "за счет нарушителя". Следует считать, что это же указание применимо и к случаям, указанным в п. 4 комментируемой статьи, где оно пропущено по небрежности.

18. Закон может установить, что изъятые из оборота (т.е. - конфискованные) оборудование, устройства и материалы не уничтожаются, а обращаются в доход Российской Федерации.

19. В пункте 4 указывается, что определенные объекты изымаются и уничтожаются "без какой бы то ни было компенсации"; имеется в виду компенсация в пользу нарушителя исключительного права.

Это указание должно применяться и к случаям, рассмотренным в п. 5 данной статьи, несмотря на то что здесь такие слова по небрежности отсутствуют. Норма о том, что никакая компенсация в пользу нарушителя не производится, становится актуальной в тех случаях, когда конфискованные объекты обращаются в доход России.

20. Нормы, содержащиеся в п. 6, относятся к случаям "столкновения" разных средств индивидуализации.

В первой фразе этого пункта указывается четыре средства индивидуализации: 1) фирменное наименование; 2) товарный знак; 3) знак обслуживания; 4) коммерческое обозначение.

На самом деле знак обслуживания является разновидностью товарных знаков. Никаких "столкновений" между ними не происходит. Поэтому данный пункт фактически относится к конфликтам между тремя объектами: 1) фирменными наименованиями, 2) товарными знаками и 3) коммерческими обозначениями.

К иным средствам индивидуализации, а также к иным объектам, охраняемым в соответствии с разд. VII ГК РФ, комментируемый пункт отношения не имеет. Он не относится к тем случаям, когда возникают конфликты между объектами, относящимися к одной и той же охраняемой категории, например конфликты между двумя фирменными наименованиями или между двумя товарными знаками.

21. Нормы, закрепленные в п. 6, применяются в случае, если фирменное наименование, товарный знак или коммерческое обозначение, которые принадлежат разным лицам (к сожалению, это обстоятельство прямо в ГК РФ не отмечено), являются тождественными или сходными до степени смешения, в результате чего потребители продукции (услуг) этих правообладателей (в том числе потенциальные потребители), а также контрагенты владельцев этих прав могут быть введены в заблуждение.

Данная норма обходит молчанием вопрос, как, в результате чего появилось это тождество или сходство разных средств индивидуализации, принадлежащих разным лицам: в результате параллельных, независимых друг от друга разработок или в

результате заимствования, копирования. Необходимо отметить, что для этих средств индивидуализации общих запретов заимствования (копирования) не установлено.

22. Общая норма, содержащаяся в первой фразе абз. 1 п. 6 комментируемой статьи, устанавливает, что в случае означенного выше конфликта преимущество имеет то средство индивидуализации, исключительное право на которое возникло ранее.

Момент возникновения исключительного права - сложное понятие. Установить этот момент не просто: нужно провести анализ совокупности норм, содержащихся в § 1, 2 и 4 гл. 76 ГК РФ.

23. В соответствии с нормой, содержащейся во второй фразе абз. 1 п. 6 данной статьи, обладатель такого исключительного права (т.е. того исключительного права, которое возникло первым, ранее возникновения исключительного права на другой объект) может защищать свое право следующими способами:

- если коллизия произошла с товарным знаком, защита осуществляется посредством признания недействительным права на товарный знак;

- если коллизия произошла с фирменным наименованием или коммерческим обозначением, защита осуществляется посредством полного или частичного запрета на использование, соответственно, фирменного наименования или коммерческого обозначения.

24. Требовать применения указанных мер защиты обладатель "первого" исключительного права может "в порядке, установленном настоящим Кодексом".

Для предъявления соответствующего требования к обладателю права на товарный знак особый порядок предусмотрен в ст. 1513 ГК РФ, которая должна применяться в соответствии с п. 2 ст. 1512 ГК РФ (на основе материальной нормы, содержащейся в п. 8 ст. 1483 ГК РФ). Следует полагать, что в этом случае нормы, содержащиеся в п. 6 комментируемой статьи, не будут применяться, поскольку они полностью "перекрыты" более конкретными и детальными нормами ст. 1483, 1512 и 1513 ГК РФ.

Гражданский кодекс РФ не предусматривает никакого особого порядка предъявления и рассмотрения требования применения указанных мер защиты к обладателю права на фирменное наименование и коммерческое обозначение (нормы, содержащиеся в п. 2 и 3 ст. 1539 ГК РФ, не могут считаться устанавливающими такой порядок).

Во всех рассматриваемых случаях, конечно, должны применяться общие нормы о защите гражданских прав, в частности ст. 1250 и 1252 ГК РФ.

25. Кодекс не поясняет, что означает полный запрет на использование фирменного наименования или коммерческого обозначения.

Впрочем, применительно к коммерческому обозначению "полный запрет" понятен: обладатель лишается права пользоваться этим обозначением.

Применительно же к фирменному наименованию полный запрет должен влечь внесение изменений в учредительные документы юридического лица (даже если об этом прямо не сказано в решении суда), ибо сохранение прежнего фирменного наименования в учредительных документах всегда приводит к использованию этого фирменного наименования.

Понятие "частичного запрета" поясняется в абз. 2 - 4 п. 6 комментируемой статьи.

Запрет на использование для определенных видов деятельности, очевидно, может быть вынесен в следующей ситуации: если товарный знак действует для определенных видов товаров и услуг, то для остальных видов товаров и услуг другое лицо сохранит право на использование тождественного или сходного до степени смешения фирменного наименования.

Возможность вынесения запрета использования коммерческого обозначения в пределах определенной территории (или, что одно и то же, - за пределами определенной территории) вызывает некоторые сомнения, поскольку такое решение суда явилось бы антиконституционным как нарушающее норму, гарантирующую единство

экономического пространства в Российской Федерации, свободу перемещения товаров, услуг и финансовых средств (ст. 8 Конституции РФ).

26. Если возникшее позднее исключительное право на тождественный или сходный до степени смешения объект нарушает права "первого" обладателя исключительного права, то последний, наряду с применением мер, предусмотренных в п. 6 комментируемой статьи, вправе защищать свое право и иными способами, предусмотренными в ГК РФ и иных законах.

27. Пункт 7 комментируемой статьи устанавливает, что если нарушение исключительного права признано недобросовестной конкуренцией, защита нарушенного исключительного права может осуществляться как способами, установленными ГК РФ и иными законами, принятыми в соответствии с ГК РФ, так и антимонопольным законодательством. Таким образом, допускается двойная, кумулятивная защита.

Под антимонопольным законодательством имеется в виду Федеральный закон от 26 июля 2006 г. N 135-ФЗ "О защите конкуренции".

Этот Закон определяет недобросовестную конкуренцию как любые действия хозяйствующих субъектов (группы субъектов), которые направлены на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности, противоречат законодательству Российской Федерации, обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости и причинили или могут причинить убытки другим хозяйствующим субъектам - конкурентам либо нанесли или могут нанести вред их деловой репутации (подп. 9 ст. 4 Закона).

Примерный перечень действий, признаваемых недобросовестной конкуренцией, содержится в ч. 1 и 2 ст. 14 Закона.

Право признавать определенные действия недобросовестной конкуренцией принадлежит антимонопольному органу - Федеральной антимонопольной службе (ФАС) и его территориальным органам, а также суду.

Полномочия антимонопольного органа указаны в ст. 23 вышеуказанного Закона.

Статья 1253. Ответственность юридических лиц и индивидуальных предпринимателей за нарушения исключительных прав

Комментарий к статье 1253

1. В первой фразе комментируемой статьи устанавливается, что, если юридическое лицо неоднократно или грубо нарушает исключительные права, суд может принять решение о ликвидации такого юридического лица.

По сути, это не новая норма, а лишь повторение нормы, содержащейся в п. 2 ст. 61 ГК РФ.

В комментируемой статье дополнительно отмечается, что суд вправе принять такое решение лишь "по требованию прокурора".

Следует считать, что если юридическое лицо неоднократно или грубо нарушает иные интеллектуальные права (например, личные неимущественные права автора или право на получение вознаграждения), оно также может быть ликвидировано на основе п. 2 ст. 61 ГК РФ.

2. Вторая фраза анализируемой статьи устанавливает, что если гражданин, зарегистрированный в качестве предпринимателя, неоднократно или грубо нарушает исключительные права, то по решению суда или по приговору суда его деятельность в качестве индивидуального предпринимателя может быть прекращена. Однако это может быть произведено "в установленном законом порядке".

Таким образом, данная норма не является нормой прямого действия: для ее реализации требуется специальный закон.

Статья 1254. Особенности защиты прав лицензиата

Комментарий к статье 1254

1. Комментируемая статья говорит об особенностях прав лицензиата, полученных им по договору исключительной лицензии.

Хотя в абз. 2 п. 1 ст. 1233 ГК РФ торжественно провозглашено, что "заключение лицензионного договора не влечет за собой переход исключительного права к лицензиату", тем не менее комментируемая статья наделяет лицензиата, получившего исключительную лицензию, правом защищать свои права против третьих лиц, т.е. наделяет его абсолютным правом на защиту. Разумеется, это право действует лишь в пределах, предусмотренных договором.

Таким образом, лицензиат занимает место правообладателя, обладателя исключительных прав.

Лицензиат вправе защищать свои полученные исключительные права даже против лицензиара, если последний использует их в противоречии с условиями лицензионного договора.

2. Возможность лицензиата, получившего исключительную лицензию, защищать свои права от действий со стороны третьих лиц - основная черта договора исключительной лицензии, отличающая его от договора простой (неисключительной) лицензии (см. комментарий к ст. 1236 ГК РФ).

3. В комментируемой статье устанавливается, что лицензиат, получивший исключительную лицензию, вправе защищать свои права способами, указанными в ст. 1250, 1252 и 1253 ГК РФ, "наряду с другими способами защиты". Под другими способами защиты имеются в виду способы, предусмотренные в ст. 12 ГК РФ. Кроме того, лицензиат может осуществлять защиту своих прав и в рамках лицензионного договора, по нормам гл. 25 ГК РФ, если лицензиар нарушает договор, например не предъявляет иск к третьему лицу - нарушителю.

4. Следует считать, что нормы комментируемой статьи имеют не диспозитивный, а императивный характер: они не могут быть изменены лицензионным договором.

Глава 70. АВТОРСКОЕ ПРАВО

Статья 1255. Авторские права

Комментарий к статье 1255

1. Авторское право (англ. термин Copyright Law, нем. - Urheberrecht, франц. - droit d'auteur) традиционно занимает первое место при изложении различных правовых институтов, относящихся к интеллектуальной собственности.

В царской России оно признавалось начиная с 1828 г. вплоть до Октябрьской революции 1917 г. После незначительного по времени перерыва, вызванного Октябрьской революцией, оно было восстановлено в середине 20-х гг. прошлого столетия.

В СССР и в современной России существовала непрерывная "цепочка" законодательных актов по авторскому праву.

Принятие гл. 70 ГК РФ не прерывает, а продолжает эту охрану, лишь в некоторых вопросах вводя новые нормы.

Выражение "авторское право" употребляется в объективном и субъективном смыслах. В объективном смысле это совокупность норм, регулирующих отношения по созданию и использованию произведений науки, литературы и искусства. В субъективном смысле авторское право - это определенные права на произведение науки, литературы и искусства, принадлежащие определенному лицу - автору или его правопреемнику.

2. Пункт 1 комментируемой статьи, по сути дела, вводит лишь термин "авторские права", понимая под ним интеллектуальные права, принадлежащие определенному субъекту права на произведения науки, литературы и искусства.

О понятии произведения науки, литературы или искусства см. ст. 1259 ГК РФ и комментарий к ней.

Далее термин "произведение" мы употребляем в смысле произведение науки, литературы или искусства.

3. В пункте 2 комментируемой статьи содержится перечень субъективных прав (правомочий), возникающих у автора в отношении произведения. Здесь эти права только перечислены. Их содержание раскрывается в ст. 1265 - 1271 ГК РФ.

Перечисленные пять прав существуют в отношении любого произведения. Они всегда возникают у автора.

4. В пункте 3 указывается, что в некоторых случаях или в отношении определенных категорий произведений ГК РФ устанавливает некоторые иные права, принадлежащие автору произведения или его правопреемнику. Содержание этих прав раскрывается в соответствующих статьях ГК РФ (см. ст. 1269, 1292, 1293, 1295).

Статья 1256. Действие исключительного права на произведения науки, литературы и искусства на территории Российской Федерации

Комментарий к статье 1256

1. Комментируемая статья относится к действию исключительных прав на произведения на территории России.

Данная статья не затрагивает действия на территории России личных неимущественных прав на произведения, а также иных интеллектуальных прав; эти права регулируются ст. 1231 и 1282 ГК РФ.

2. Пункт 1 данной статьи регулирует вопрос о предоставлении исключительного права на произведение в зависимости от двух критериев: гражданства автора (критерий гражданства) и места первого обнародования произведения (критерий места первого обнародования).

Другие критерии предоставления исключительного права в данной статье не рассматриваются, хотя они существуют: см. ст. 1259, 1282, 1283 ГК РФ.

3. Исключительное право на произведение на территории России предоставляется тому произведению, которое отвечает хотя бы одному критерию охраны - критерию гражданства или критерию места первого обнародования.

4. Под гражданством автора имеется в виду то гражданство (подданство), которое автор имеет на момент создания произведения, а если произведение было обнародовано - на момент обнародования произведения. Последующее изменение гражданства не меняет правового статуса произведения.

Если автором произведения являются два или большее число лиц, хотя бы одно из которых отвечает критерию гражданства, то произведение отвечает критерию гражданства.

5. В соответствии с критерием гражданства произведениям российских граждан исключительное право предоставляется всегда, а произведениям иностранных граждан - только в тех случаях, когда они подпадают под действие международных договоров Российской Федерации по авторскому праву.

Таким образом, если произведение создано иностранным гражданином и не подпадает под действие международного договора Российской Федерации, то исключительное право на него в Российской Федерации не возникает.

6. Вторым критерием, применяемым для определения того, возникает ли исключительное право на произведение, является критерий места первого обнародования произведения.

Понятие обнародования произведения содержится в ст. 1268 ГК РФ, а дополнительные правила по применению этой нормы - в п. 2 комментируемой статьи.

В соответствии с критерием места первого обнародования на те произведения, которые были впервые обнародованы в Российской Федерации, всегда возникают исключительные права, а на те произведения, которые были впервые обнародованы за рубежом, исключительные права возникают лишь в случаях, предусмотренных в международных договорах Российской Федерации. Таким образом, на произведение, впервые обнародованное за рубежом и не подпадающее под действие международного договора Российской Федерации, исключительное право в Российской Федерации не возникает.

7. Россия является участницей более десяти международных договоров по авторскому праву. Это - многосторонние и двусторонние договоры. В них применяются как первый, так и второй указанные выше критерии предоставления охраны авторских прав (или - по терминологии комментируемой статьи - критерии возникновения на территории Российской Федерации исключительных прав).

Основное практическое значение в настоящее время имеют следующие три многосторонних международных договора России:

1) Бернская конвенция об охране литературных и художественных произведений от 9 сентября 1886 г. Россия стала ее участницей 13 марта 1995 г. и предоставляет исключительные права на произведения, авторами которых являются граждане стран - участниц Конвенции, а также на произведения, которые впервые обнародованы в этих странах; однако только на те из указанных произведений, которые были впервые обнародованы после 12 марта 1995 г.

При присоединении к Бернской конвенции Россия сообщила всем странам-участницам, что "действие Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений не распространяется на произведения, которые на дату вступления этой Конвенции в силу для Российской Федерации уже являются на ее территории общественным достоянием". Это заявление было сделано на основе Постановления Правительства РФ от 3 ноября 1994 г. N 1224 (СЗ РФ. 1994. N 29. Ст. 3046). Это не оговорка, а толкование текста указанной Конвенции, причем толкование официальное, обязательное для всех участников гражданского оборота и органов власти;

2) Всемирная конвенция об авторском праве от 6 сентября 1952 г. СССР стал участником этой Конвенции 27 мая 1973 г.; РФ, являющаяся правопреемницей СССР, продолжает это участие.

В соответствии с этой Конвенцией Россия предоставляет исключительные права на произведения, авторами которых являются граждане стран - участниц Конвенции, а также на произведения, впервые обнародованные в странах - участницах Конвенции; однако только на те из указанных произведений, которые были впервые обнародованы после 26 мая 1973 г.;

3) Соглашение о сотрудничестве в области охраны авторского права и смежных прав от 24 сентября 1993 г.

На основе этого Соглашения исключительное право на территории РФ предоставляется произведениям граждан стран - участниц Соглашения, а также произведениям, впервые обнародованным в этих странах.

Правило, сформулированное в предшествующем абзаце, действует и для тех произведений, которые получают охрану в Российской Федерации на основе двусторонних договоров.

Если какая-либо страна стала участницей Бернской конвенции или Всемирной конвенции после 13 марта 1995 г. или, соответственно, после 27 мая 1973 г., то к

возникновению исключительных прав на произведения граждан этой страны, а также на произведения, впервые обнародованные в этой стране, применяется дата, с которой эта страна стала связанной положениями Бернской конвенции или, соответственно, Всемирной конвенции.

8. Необнародованное произведение иностранного автора должно считаться охраняемым на территории России, поскольку имеется вероятность того, что оно будет впервые обнародовано в Российской Федерации или в зарубежной стране, связанной с Россией международным договором. Этот вывод вытекает из сравнительного анализа подп. 1, 2 и 3 п. 1 комментируемой статьи.

9. Произведения, впервые обнародованные за пределами территориальной юрисдикции отдельных стран ("открытое море", Антарктида, космос), следует считать обнародованными в той стране, которой принадлежат или в которой зарегистрированы те объекты, с помощью которых они были обнародованы. К этому случаю по аналогии должны применяться нормы ст. 1207 ГК РФ.

10. Пункт 2 анализируемой статьи относится к тем произведениям, которые были впервые обнародованы путем опубликования.

О понятии опубликования см. ст. 1268 ГК РФ. Нормы этого пункта не применяются к тем произведениям, которые впервые были обнародованы не путем опубликования, а затем через некоторое время опубликованы.

Смысл нормы, содержащейся в этом пункте, состоит в том, что если произведение, впервые обнародованное путем опубликования за рубежом, затем в течение 30 дней опубликовано в Российской Федерации, то оно считается впервые обнародованным в России. В результате применения этой нормы произведение может стать охраняемым в России (и на него может возникнуть исключительное право) либо по крайней мере его срок охраны будет определяться законодательством Российской Федерации, а норма, содержащаяся в абз. 2 п. 4 комментируемой статьи, к такому произведению применяться не будет.

Под норму данного пункта подпадают и те случаи, когда тираж издания выпущен за рубежом, а затем в течение 30 дней ввезен в Россию и распространяется здесь.

11. Пункт 3 данной статьи повторяет и несколько конкретизирует - применительно к сфере авторского права - норму, содержащуюся в п. 2 ст. 1231 ГК РФ (см. п. 3 комментария к ней).

Смысл п. 3 комментируемой статьи состоит в следующем: если произведение создается не в России, а за рубежом, в этих странах могут действовать нормативные акты, определяющие, какое лицо считается автором или первоначальным правообладателем этого произведения. Кроме того, зарубежное законодательство может допускать, что вопрос, кто является автором или первоначальным правообладателем такого произведения, может определяться договором. Фактически речь идет о произведениях, созданных по заказу, о служебных произведениях, об аудиовизуальных произведениях.

Во всех этих случаях то же самое лицо и в России должно быть признано автором (или первоначальным правообладателем) этого произведения: пересматривать решение, состоявшееся за рубежом, нельзя. Однако, по-видимому, в исключительных случаях могут быть применены нормы ст. 1192 и 1193 ГК РФ.

Норма, содержащаяся в п. 3 комментируемой статьи, должна - исходя из общего ее смысла - применяться и к тем случаям, когда произведение создает российский гражданин, находящийся за рубежом, хотя произведения российских авторов в соответствии с подп. 2 п. 1 данной статьи всегда пользуются охраной в России на основе российского национального законодательства, а не на основе международных договоров Российской Федерации. Норма п. 3 подлежит, таким образом, расширительному толкованию.

12. В соответствии с абз. 1 п. 4 комментируемой статьи, если произведение должно охраняться на территории Российской Федерации в соответствии с международным

договором Российской Федерации, то такая охрана распространяется на то произведение, которое отвечает одновременно следующим двум условиям:

- во-первых, это произведение либо охраняется в стране своего происхождения, либо, хотя и не охраняется в стране происхождения, отсутствие такой охраны не является следствием истечения срока действия исключительного права на это произведение и

- во-вторых, если бы это произведение охранялось в Российской Федерации в соответствии с национальным законодательством Российской Федерации, то в отношении его еще не истек бы срок действия исключительного права.

Некоторые международные договоры Российской Федерации дают определение понятия "страна происхождения произведения" (см., например, ст. 5 Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений). В этом случае это определение и должно применяться к рассматриваемой норме.

Если такого понятия международный договор не содержит, следовало бы считать, что страной происхождения для обнародованных произведений является страна, где произведение было впервые обнародовано, а для необнародованных произведений - страна гражданства автора или та страна, где произведение находится в объективной форме (по выбору автора).

Следует учитывать, что нормы, содержащиеся в абз. 1 п. 4, должны применяться лишь в том случае, если соответствующий международный договор Российской Федерации либо предусматривает те же правила определения сферы своего действия, либо вообще не предусматривает никаких правил на этот счет.

Если же международный договор Российской Федерации предусматривает либо более широкую, или, наоборот, более узкую сферу своего действия, то в силу "приоритета" норм международного договора Российской Федерации (ст. 15 Конституции РФ, ст. 7 ГК РФ) должны применяться нормы международного договора, а не нормы, содержащиеся в абз. 1 п. 4 комментируемой статьи.

13. В абзаце 2 п. 4 предусмотрена норма, известная под названием "правило сравнения сроков охраны".

Эта норма применяется в том случае, если охрана произведения в России осуществляется на основе международного договора и если срок действия исключительного права, установленный в стране происхождения произведения, - тот срок, который применяется к любым произведениям или к произведениям данной категории, - является более кратким, чем срок действия исключительного права, установленный в ГК РФ. В такой ситуации срок действия этого "иностранного" произведения автоматически сокращается, "урезается" до срока действия исключительного права в стране происхождения.

При этом имеется в виду, что более краткий срок действия исключительного права за рубежом не противоречит нормам международного договора: сравнение сроков охраны не есть реторсия, предусмотренная в ст. 1194 ГК РФ.

Норма, установленная в абз. 2 п. 4, не может быть изменена или отменена договором. О понятии "страна происхождения произведения" см. п. 12 комментария к данной статье.

Статья 1257. Автор произведения

Комментарий к статье 1257

1. Первая фраза комментируемой статьи практически повторяет норму, содержащуюся в абз. 1 п. 1 ст. 1228 ГК РФ (см. п. 2 - 5 комментария к ст. 1228 ГК РФ).

Наряду с дееспособными гражданами авторами произведений могут быть недееспособные граждане, в том числе малолетние, даже лица, не достигшие шести лет.

Право иметь права автора произведений науки, литературы и искусства как составная часть правоспособности гражданина закреплена ст. 18 ГК РФ.

Несовершеннолетние от 14 до 18 лет самостоятельно осуществляют права автора произведения науки, литературы или искусства (ст. 26 ГК РФ).

Законом предусмотрено два случая, когда автором произведения может считаться не гражданин, творческим трудом которого создано произведение, а иное лицо:

- при предоставлении на территории России охраны произведению, созданному за рубежом (п. 3 ст. 1256 ГК РФ (см. п. 11 комментария к ст. 1256 ГК РФ));

- в отношении некоторых категорий произведений, созданных до 3 августа 1993 г. (см. ч. 2 ст. 6 Федерального закона "О введении в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации").

2. Во второй фразе комментируемой статьи предусматривается, что если на оригинале или экземпляре произведения в качестве автора указано какое-либо лицо, то именно это лицо считается автором произведения, если не доказано иное.

Это очень важная презумпция.

Она должна применяться не только в том случае, когда содержится прямое указание "Автор - Иванов", но и в том случае, если в начале или в конце произведения просто будет стоять имя "Иванов", что должно толковаться как указание на это лицо как на автора.

Под оригиналом следует понимать уникальный материальный носитель, а под экземпляром - копию, один из материальных носителей, в которых выражено произведение.

Следует полагать, что указанная презумпция действует и в случаях, когда автор выступает под псевдонимом.

При опровержении данной презумпции посредством представления другого оригинала или экземпляра произведения, на котором обозначено имя иного автора, должно учитываться время обнародования (опубликования) или появления (создания) тех и других материальных носителей.

Разумеется, указанная презумпция может опровергаться иными доказательствами авторства иного лица.

Статья 1258. Соавторство

Комментарий к статье 1258

1. Пункт 1 комментируемой статьи посвящен понятию "соавторство", которое понимается и как процесс создания произведения по соглашению между двумя или несколькими авторами, и как результат такого соглашения - совместно созданное произведение.

Каждый соавтор должен являться автором созданного произведения. Лица, не являющиеся авторами, не могут считаться и соавторами. К ним относятся лица, не внесшие творческого вклада в создание произведения (они указаны в абз. 2 п. 1 ст. 1228 ГК РФ). Кроме того, соавтором не может считаться лицо, внесшее творческий вклад не в форму произведения, а в его содержание (см. п. 5 ст. 1259 ГК РФ). Не может считаться соавтором и то лицо, которое хотя и является участником соглашения о создании произведения в соавторстве, но не приняло участия в таком процессе. Более того, лицо, принявшее участие в творческом процессе, не становится соавтором, если творческий результат его труда не нашел отражения в произведении.

2. "Совместность" творческого труда может выражаться по-разному; это выражение нельзя понимать ограничительно.

Хотя обычно авторы работают одновременно и в одном месте, они могут работать в разное время и в разных местах, что не делает их труд "несовместным".

"Совместный" творческий труд - это труд, осуществляемый по соглашению между соавторами. Такое соглашение - устное или письменное - обязательно должно

существовать. Отсутствие такого соглашения никогда и ни при каких условиях не приводит к соавторству.

Если после смерти автора наследник дает согласие на то, чтобы какое-либо лицо переработало произведение, возникает переработка, а не соавторство.

Труд соавторов может быть как однородным, так и разнородным.

3. Как следует из п. 1 комментируемой статьи, соавторство бывает двух видов: в одном случае созданное в соавторстве произведение образует одно неразрывное целое; в другом случае созданное произведение состоит из отдельных частей, имеющих самостоятельное значение, и каждый соавтор может указать, какую именно часть произведения он создавал. Первый случай соавторства называется неделимым соавторством, а второй - делимым (раздельным) соавторством.

Это - два разных явления. Особенно ярко эта разница проявляется при использовании таких произведений.

4. Неделимое соавторство есть соавторство по закону; оно не может быть прекращено соглашением сторон.

Напротив, делимое соавторство есть соавторство по договору: оно существует лишь в рамках этого договора. Такие соавторы могут прекратить его своим соглашением, после чего соавторство "распадается".

Границы делимого соавторства являются "размытыми": делимое соавторство трудно отличить от случаев совместного использования произведений разных авторов.

Так, использование различных статей в сборнике не основывается на соглашении между авторами отдельных статей; считается, что соавторства в данном случае не возникает.

Однако автор отдельной статьи может обусловить свое согласие на участие в сборнике невключением (или, наоборот, включением) в сборник произведения определенного автора; он может также потребовать, чтобы его произведение занимало в сборнике определенное место (например, первое). Все это напоминает делимое соавторство.

Очень трудно отделить делимое соавторство от случаев использования произведения в переводе и в переработке: отношения между автором оригинала (автором произведения в первоначальной форме) и переводчиком (обработчиком) схожи с отношениями соавторов делимого произведения.

5. Общее правило, содержащееся в первой фразе абз. 1 п. 2 комментируемой статьи, состоит в том, что произведение, созданное в соавторстве, используется соавторами совместно. На практике это обычно означает, что все соавторы подписывают договоры об использовании произведения.

Если соавторы выдали доверенность одному из них на заключение лицензионных договоров от их имени, это также является соглашением об использовании произведения.

Вместе с тем возможны случаи, когда соавторы своим соглашением поделили сферы использования произведения между собой, установив, например, что право на использование произведения в России принадлежит одному соавтору, а в зарубежных странах - другому.

6. Вторая фраза абз. 1 п. 2 комментируемой статьи относится к неделимому соавторству и к той ситуации, когда соавторы разошлись во мнениях о том, как использовать такое произведение.

Именно в такой и только в такой ситуации действует содержащаяся здесь норма: ни один из соавторов не вправе без достаточных оснований запретить использование произведения. Эта норма введена для того, чтобы авторское право на такое произведение не оказалось "парализованным".

В этом случае спор между соавторами может быть перенесен в суд, который может разрешить использование произведения вопреки воле одного соавтора (или некоторых

соавторов), если суд посчитает, что этот соавтор отказывается от использования произведения "без достаточных оснований".

Тем не менее эта норма не может толковаться как разрешающая третьим лицам использовать произведение без согласия всех соавторов: отсутствие согласия даже одного соавтора на использование произведения означает, что использование является незаконным. Исключение составляет указанный выше случай, когда отсутствие такого согласия восполняется решением суда.

Норма, содержащаяся во второй фразе абз. 1 п. 2, не применяется к случаям раздельного соавторства: разногласия между соавторами по поводу использования произведения в этих случаях не "парализуют" авторское право на делимое произведение, а приводят к тому, что соавторство "распадается": каждый бывший соавтор получает право использовать свою часть произведения.

7. Норма, содержащаяся в абз. 2 п. 2 комментируемой статьи, относится к использованию части делимого произведения, созданного соавторами. Как уже указывалось в п. 1 комментируемой статьи, речь идет о созданной одним из соавторов части произведения, которая имеет самостоятельное значение, может использоваться независимо от других частей произведения, созданных другими соавторами.

Эта часть произведения может использоваться в составе целого произведения, и тогда авторское право на нее принадлежит всем соавторам. Вместе с тем соавтор, являющийся автором этой части произведения, может использовать ее самостоятельно, если соглашением между всеми соавторами не предусмотрено иное. Следует отметить, что в любом случае авторское право не удваивается: автор этой отделимой части произведения либо сам осуществляет свои авторские права, либо передает право на их осуществление коллективу соавторов.

8. Упоминаемое в п. 1 и 2 анализируемой статьи соглашение между соавторами не является договором об использовании произведения. По своей сути оно сходно с соглашениями, которые заключают между собой сособственники (ст. 244 - 248, 252 - 254 ГК РФ).

Соглашение между соавторами может предусматривать порядок указания имен соавторов при использовании произведения. Если такого порядка не установлено, имена соавторов должны указываться в алфавитном порядке.

9. Пункт 3 комментируемой статьи содержит отсылку к п. 3 ст. 1229 ГК РФ. В этой связи см. п. 11 - 17 комментария к ст. 1229 ГК РФ.

10. Пункт 4 комментируемой статьи устанавливает, что каждый соавтор вправе самостоятельно принимать меры по защите своих прав.

Что касается термина "самостоятельно", его смысл ясен: каждый из соавторов вправе действовать сам по себе, независимо от других соавторов, а возможно, даже вопреки их воле.

Выражение "принимать меры по защите своих прав" следует понимать как "защищать свои права".

Хотя эта норма вытекает из общеправовых положений (поскольку право на защиту является составной частью любого субъективного права), тем не менее ее значение довольно велико. Нет никаких сомнений в том, что эта норма носит императивный характер.

В данной норме прямо отмечается, что любой соавтор может самостоятельно защищать свои авторские права, даже если произведение составляет единое целое, является неделимым. Следовательно, право на защиту принадлежит каждому отдельному соавтору и в отношении делимого соавторского произведения.

Но в том случае, когда речь идет о делимом соавторстве, необходимо установить, что имел в виду законодатель, устанавливая право отдельного соавтора защищать "свои" права: какие права отдельный соавтор может считать "своими"?

При неделимом соавторстве ответ на этот вопрос ясен: любые субъективные авторские права принадлежат любому отдельному соавтору.

При делимом соавторстве, которое возникает, как было отмечено, по соглашению, каждому отдельному соавтору принадлежат авторские права в пределах, указанных в соглашении между соавторами. За этими рамками такой соавтор может защищать авторские права только на созданную им лично часть произведения.

11. Когда только один из соавторов защищает нарушенные авторские права на произведение, созданное в соавторстве, и суд присуждает за нарушение авторских прав взыскание каких-либо сумм (убытки, компенсация и т.п.), истцу может быть выплачена только причитающаяся ему доля этих сумм.

Статья 1259. Объекты авторских прав

Комментарий к статье 1259

1. Хотя данная статья озаглавлена "Объекты авторского права", из чего может быть сделан вывод, что здесь перечислены все такие объекты и содержится весь относящийся к этим объектам нормативный материал, на самом деле это не так: об объектах авторского права говорится также в ст. 1260, 1261, 1263, 1264 ГК РФ.

2. В абзаце 1 п. 1 комментируемой статьи указывается, что объектами авторских прав являются произведения науки, литературы и искусства.

Термин "произведение" в ГК РФ не раскрыт, хотя из абз. 1 п. 1 ст. 1228 ГК РФ может быть сделан вывод, что это результат интеллектуальной (творческой) деятельности. Интеллектуальная (творческая) деятельность - это деятельность человеческого мозга. Мозг, как известно, способен создавать только идеи, идеальные образы, а не предметы материального мира. Следовательно, само произведение - не материальный, а идеальный объект.

Из пункта 3 комментируемой статьи следует, что авторские права распространяются только на произведения, выраженные в какой-либо объективной форме. Поэтому надо сделать вывод, что авторское право возникает только на произведения, выраженные в объективной форме.

Объективная форма выражения произведения, строго говоря, является частью понятия "произведение"; это и есть само произведение: если какая-то мысль, идея существует лишь в голове, а объективно не выражена, то произведения еще нет. В этом смысле объективная форма произведения не является материальным объектом.

В отличие от этого материальный носитель, в котором произведение выражено (ст. 1227 ГК РФ), вполне материален.

3. Интеллектуальные (творческие) результаты являются разнообразными. Многие интеллектуальные (творческие) результаты могут быть получены разными лицами, работающими независимо друг от друга, параллельно.

Если бы такие результаты признавались произведениями, пришлось бы либо признавать авторами всех лиц, получивших такие результаты, либо признавать автором только то лицо, которое первым получило такой результат, для чего необходимо было бы установить систему определения первенства (приоритета) и, очевидно, систему регистрации всех произведений.

Поскольку ни того ни другого в авторском праве нет, следует признать, что авторское право не охраняет те интеллектуальные результаты, которые могут создаваться разными лицами, работающими независимо друг от друга, параллельно.

Охраняемые авторским правом интеллектуальные результаты именуются "оригинальными". Этот термин употребляется как синоним уникальности результата, его принципиальной неповторимости при параллельном творчестве разных лиц. В законах об

авторском праве большого числа зарубежных стран указывается, что авторским правом охраняются лишь оригинальные творческие результаты.

В России это обстоятельство широко признается судебно-арбитражной практикой. Требование "оригинальности" к охраняемому авторским правом объекту содержится в п. 21 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 19 июня 2006 г. N 15 "О вопросах, возникших у судов при рассмотрении гражданских дел, связанных с применением законодательства об авторском праве и смежных правах", а также в п. 1 и 2 информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 28 сентября 1999 г. N 47 "Обзор практики рассмотрения споров, связанных с применением Закона РФ "Об авторском праве и смежных правах".

В Постановлении ФАС Северо-Западного округа от 18 октября 1999 г. по делу N А56-12784/99 указывается, что "отличительными признаками объекта авторского права являются: новизна, творчество, оригинальность (уникальность, неповторимость) произведения".

Это очень точное указание объекта авторского права.

4. Произведение, охраняемое авторским правом, должно относиться к сфере науки, литературы или искусства.

Указание на эти сферы не должно пониматься ограничительно. По сути, эта норма устанавливает, что произведение может относиться к любой сфере, где имеет место интеллектуальная деятельность. В частности, несомненно, техническое творчество тоже может приводить к появлению охраняемых произведений. Произведения могут появляться и в сфере "преподавания", упомянутой в ч. 1 ст. 44 Конституции РФ. Интеллектуальные результаты художественно-промышленного конструирования (техническая эстетика, дизайн) пользуются авторско-правовой охраной.

Понятие "искусство" следует понимать широко; оно включает, кроме изобразительных искусств, музыку, танец, хореографию, театр, художественные аудиовизуальные произведения, художественные фотографии и т.п.

Отнесение произведения к сфере науки, литературы или искусства несущественно для решения вопроса о его охраняемости авторским правом. Однако такое отнесение произведения к одной из этих трех сфер в некоторых случаях имеет значение для определения объема предоставляемой охраны. Так, авторское право на литературное произведение обычно включает право на перевод, а авторское право на произведения науки и искусства (в том числе на сборники произведений) права на перевод не знают.

5. Достоинства произведения, упоминаемые в абз. 1 п. 1 комментируемой статьи, - это различные положительные характеристики, относящиеся к форме или содержанию произведения: актуальность темы, научная глубина и достоверность, художественное мастерство. Произведения, которые являются антинаучными, слабыми в научном или художественном отношении, конечно, не должны использоваться, но тем не менее они охраняются авторским правом.

6. Назначение произведения, упоминаемое в абз. 1 п. 1, - это предполагаемый или фактический метод его использования либо сфера его использования. Назначение произведения определяется автором или иным правообладателем. Метод (сфера) использования произведения иногда влияет на объем прав, возникающих на это произведение.

7. В первой фразе п. 1 комментируемой статьи содержится перечень объектов авторского права, включающий 10 конкретных разновидностей произведений. Заканчивается этот перечень указанием на то, что объектами авторского права могут являться и "другие произведения".

Это означает, что приведенный перечень не является закрытым, а любые иные категории произведений (в том числе те, которые могут появляться в будущем) автоматически охраняются авторским правом, если они отвечают общим критериям, предъявляемым к объектам авторского права (см. п. 2 - 4 комментария к данной статье).

8. Формой выражения литературных произведений является язык (слова, фразы, их сочетания), а также сочетания букв и отдельных цифр и символов. Математические и химические формулы также относятся к литературным произведениям.

Программы для ЭВМ также включены в число литературных произведений в связи с международными рекомендациями по этому вопросу (см. вторую фразу п. 1 комментируемой статьи и ст. 1261 и 1262 ГК РФ).

Нотные знаки, изображенные на бумаге, и т.п., также включаются в число литературных произведений.

Драматические, литературно-драматические и сценарные произведения могут быть выражены письменно - тогда они охраняются как литературные произведения. Однако основной формой их выражения является сценическое воплощение. В таком виде они публично исполняются или выпускаются в эфир. Они могут воплощаться и в аудиовизуальное произведение.

Словесная или знаковая фиксация хореографического произведения или пантомимы не есть форма выражения этих произведений; такая фиксация приводит к появлению либо нового литературного произведения, либо чисто технического нетворческого объекта. Использование такой фиксации не будет считаться использованием хореографического произведения или пантомимы. Однако видеозапись - возможная форма выражения таких произведений.

Музыкальное произведение (с текстом или без текста) может существовать как в форме литературного произведения, так и в форме звукозаписи или "живого" исполнения. Об аудиовизуальных произведениях см. ст. 1263 ГК РФ.

Произведения изобразительного искусства всегда воспринимаются зрительно. Они могут быть выражены в оригинале и в копиях, в том числе в фотокопиях. Способ исполнения и материал не имеют значения при решении вопроса об отнесении произведения к категории изобразительного искусства. Произведения живописи - это плоскостные или в основном плоскостные (двухмерные) произведения; произведения скульптуры - объемные произведения.

Строго говоря, произведения декоративно-прикладного искусства являются разновидностью произведений изобразительного искусства. Они также включают произведения дизайна; последние часто охраняются как промышленные образцы (ст. 1352 ГК РФ), что приводит к двойной охране.

Произведения сценографии (более привычное название - театрально-декорационное искусство) значительно отличаются от произведений декоративно-прикладного искусства.

Отнесение произведений к категории произведений архитектуры, градостроительства и садово-паркового искусства очень важно в связи с наличием особой нормы (подп. 10 п. 2 ст. 1270 ГК РФ), из которой следует, что формой выражения этих произведений (впрочем, как и произведений дизайна) является в том числе практическое их выражение в материальном объекте (здание, город, парк и т.п.).

Географические, геологические и другие подобные карты пользуются не только охраной по авторскому праву, но и специальной охраной (см. ст. 11 Федерального закона от 26 декабря 1995 г. N 209-ФЗ "О геодезии и картографии").

9. Вторая фраза п. 1 комментируемой статьи относится к программам для ЭВМ. Они могут быть выражены в человекочитаемой или машиночитаемой форме (см. также ст. 1261 ГК РФ и комментарий к ней).

10. В пункте 2 комментируемой статьи указаны еще две категории произведений, которые не упоминаются в п. 1 данной статьи.

Эти две новые категории произведений имеют одну общую особенность: при их создании были использованы другие произведения.

В этом пункте упоминаются, во-первых, производные произведения. Более подробно об этой категории произведений указано в п. 1, 3 - 6 ст. 1260 ГК РФ.

Во-вторых, здесь упомянуты составные произведения. Указывается на то, что творчество при создании составного произведения состоит в подборе (или отборе) отдельных материалов и расположении этих материалов. Более подробно о сборниках говорится в п. 2, 3, 4 и 6 ст. 1260 ГК РФ.

11. В пункте 3 комментируемой статьи устанавливается, что авторские права распространяются "как на обнародованные, так и на необнародованные произведения, выраженные в какой-либо объективной форме".

Если анализировать эту фразу грамматически, следует признать наличие в ней некоторой неясности: требование объективной формы можно отнести только к необнародованным произведениям либо как к необнародованным, так и к обнародованным.

Однако эта неясность правовых последствий не имеет, поскольку обнародование произведения любым способом всегда влечет придание произведению объективной формы. Об обнародовании произведения см. ст. 1268 ГК РФ. Под объективной формой выражения произведения, требующейся для возникновения авторского права, следует понимать такую форму, которая позволяет иным лицам (кроме автора) ознакомиться с произведением.

Примерный перечень таких форм выражения произведения содержится в данном пункте. Этот перечень не является исчерпывающим.

Выражение произведения в объективной форме может не совпадать с обнародованием произведения: произведение, выраженное в объективной форме, может оставаться необнародованным.

Исключение, однако, составляют произведения, выраженные в устной форме. Такие произведения должны быть не просто произнесены или исполнены; эти действия должны быть совершены публично. Иными словами, в этом случае момент выражения произведения в устной форме совпадает с моментом его обнародования. До этого момента устные произведения не охраняются, их вообще не существует.

Если время создания произведения не совпадает со временем его обнародования, бывает трудно определить время его создания.

Обычно точное время создания произведения (выражения его в объективной форме - что одно и то же) не имеет правового значения, поскольку авторское право не знает понятия первенства (приоритета) в создании произведения.

Вместе с тем в отношении авторов - граждан иностранных государств в тех случаях, когда охраняемость их произведения зависит от места и времени первого обнародования произведения, считается, что произведение было создано в месте и в момент первого обнародования, а предшествующее существование произведения в качестве необнародованного не учитывается. Исключение составляют случаи, когда обнародование имело место после смерти автора, а также случаи официального толкования Бернской конвенции (см. п. 7 комментария к ст. 1256 ГК РФ).

Под звуко- и видеозаписями в данном пункте имеется в виду форма выражения объектов авторского права, а не объекты смежных прав.

Произведение считается выраженным в объективной форме и получает авторско-правовую охрану независимо от того, может ли произведение восприниматься органами чувств человека (зрение, слух и т.д.) непосредственно или оно может восприниматься лишь с помощью каких-либо технических средств.

Норма о том, что на произведение, выраженное в объективной форме, "распространяется авторское право", означает, что с этого момента в отношении этого произведения начинают действовать все соответствующие интеллектуальные права (личные неимущественные права, исключительное право и иные права). Это краеугольный камень построения всей системы авторского права.

Следует, однако, учитывать, что исключительное право на обнародованное произведение отличается от исключительного права на необнародованное произведение.

Многие случаи свободного использования произведения (ст. 1272 - 1277, 1280 ГК РФ) распространяются только на обнародованные произведения. Срок действия авторского права для обнародованного произведения определяется иначе, чем для необнародованного (ст. 1281 ГК РФ).

Наконец, при различных спорах (об авторстве, о нарушении авторского права) в отношении обнародованных произведений действует презумпция их копирования, заимствования, присвоения авторства нарушителем, а в отношении необнародованных произведений такая презумпция не действует.

12. В абзаце 1 п. 4 комментируемой статьи устанавливается, что авторские права возникают, действуют и могут защищаться без соблюдения каких-либо формальностей, в частности без регистрации произведения.

Эта норма исключает возможность того, что какая-либо организация, административный или судебный орган потребуют от автора или иного правообладателя выполнения, соблюдения или доказательств наличия каких-либо формальностей, касающихся возникновения или наличия авторских прав на произведение.

Обязанность предоставления авторско-правовой охраны на основе Бернской конвенции без выполнения каких бы то ни было формальностей прямо зафиксирована в ст. 5 Бернской конвенции - самом авторитетном, самом широком по числу участвующих стран международном соглашении по авторскому праву.

Некоторые такие формальности перечислены в ст. III Всемирной конвенции об авторском праве: депонирование экземпляров, регистрация, оговорка о сохранении авторских прав, нотариальное удостоверение, уплата сборов, изготовление или выпуск в свет экземпляров произведения на территории определенного государства, проставление знака охраны авторского права.

Комментируемая норма запрещает предъявлять требования о выполнении этих и подобных формальностей "для возникновения, осуществления и защиты авторских прав".

13. Вместе с тем в абз. 2 п. 4 данной статьи указывается, что в ст. 1262 ГК РФ установлены некоторые формальности, относящиеся к программам для ЭВМ и базам данных, которые не являются обязательными, но могут осуществляться правообладателями по их доброй воле (см. ст. 1262 ГК РФ и комментарий к ней).

К сожалению, в п. 4 комментируемой статьи не упоминается и другая добровольно выполняемая формальность - проставление знака охраны авторского права (см. 1271 ГК РФ и комментарий к ней).

14. Если автор или иной обладатель авторских прав желает заранее обеспечить доказательства своего авторства, он может зарегистрировать свое произведение у нотариуса или в общественной организации.

Наиболее распространенной является регистрация, осуществляемая Российским авторским обществом (РАО) - одной из организаций, осуществляющих коллективное управление авторскими правами (см. ст. 1242 ГК РФ). Такая регистрация производится либо в самом РАО (г. Москва), либо в одном из его филиалов (всего их свыше десяти, они расположены в крупных городах). Любое лицо может обратиться в РАО с просьбой зарегистрировать свой "объект интеллектуальной собственности". РАО не проверяет, охраняется ли заявляемый объект авторским правом и кто является его автором или правообладателем. Эта регистрация платная; на ее основе выдается свидетельство о регистрации, в котором указывается название и дата регистрации данного объекта. Экземпляры самого объекта хранятся у заявителя и в РАО.

Регистрация подтверждает факт существования неопубликованного произведения на дату регистрации. Других обстоятельств (авторство и т.п.) эта регистрация не подтверждает.

От указанной выше регистрации следует отличать регистрацию в организации по коллективному управлению правами (в том числе в РАО) авторских произведений, которые передаются авторами и иными правообладателями в коллективное управление

соответствующим организациям (п. 3 ст. 1242 ГК РФ). Эта, так сказать, техническая регистрация необходима организациям по коллективному управлению правами для того, чтобы заключать лицензионные договоры с пользователями и распределять между авторами и иными правообладателями суммы вознаграждения, причитающегося им по этим договорам (ст. 1243 ГК РФ).

15. Регистрация авторского произведения в качестве промышленного образца на основе норм гл. 72 ГК РФ не лишает произведение охраны авторским правом; более того, такая регистрация является серьезным подтверждением авторства на это произведение. Однако следует учитывать, что при этом правовая охрана объекта не удваивается: право на промышленный образец не может быть противопоставлено авторскому праву и наоборот.

Если автор или иной правообладатель дает согласие на использование произведения в товарном знаке, то на использование произведения как товарного знака или в составе товарного знака авторское право не распространяется.

16. Пункт 5 комментируемой статьи решает вопрос об охраняемости авторским правом структурных элементов произведения, а именно элементов формы и элементов содержания произведения.

В любом произведении различаются элементы формы произведения и элементы его содержания. Так, в произведении художественной литературы к элементам формы относятся язык, художественные образы, последовательность изложения, а к элементам содержания - тема, идея, сюжет и т.п. При этом содержание произведения всегда облечено в определенную форму, через которую оно и выражается. Было замечено, что одинаковые элементы содержания - тема, идея, сюжет и т.п. - повторяются в разных произведениях, появляются у разных авторов. Это явный признак того, что эти элементы нельзя считать уникальными, оригинальными. В этой связи данный пункт указывает на то, что элементы содержания произведения авторским правом не охраняются. Охраняется в произведении лишь форма произведения.

Приводимый в данном пункте перечень элементов, относящихся к содержанию произведения, является примерным, не исчерпывающим, что подтверждают и логика, и грамматика. Если бы этот перечень был исчерпывающим, то перед словами "языки программирования" должен был стоять союз "и".

При применении норм данного пункта следует иметь в виду, что элементы содержания произведения (идея, концепция, принцип и т.д.), выделенные из произведения, всегда будут существовать в определенной форме. Это может быть либо та самая форма, в которой они были выражены в самом произведении, либо какая-то новая форма. И в том и в другом случае такая идея, концепция, принцип получают авторско-правовую охрану через форму, в которой они выражены. Это означает, что в перечне, содержащемся в п. 5 данной статьи, речь идет об идеях, концепциях, принципах и других элементах содержания, которые взяты сами по себе (per se), т.е. независимо от той формы, в которой они выражены.

Несколько международных договоров об авторском праве, принятых в последние годы, содержат аналогичные нормы, указывающие на неохраняемость элементов содержания произведения, но добавляют при этом, что эти элементы не охраняются авторским правом "сами по себе" (ст. 2 Договора ВОИС по авторскому праву 1996 г.; ст. 9 Соглашения по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности, действующего в рамках ВТО).

Таким образом, использование в произведении идеи (концепции, принципа и т.д.), которая ранее фигурировала в произведении другого лица, не считается нарушением авторского права этого лица. Однако если эта идея была заимствована из указанного произведения этого другого лица, то по моральным соображениям принято давать ссылку на это произведение, принадлежащее другому лицу.

Перечисляемые в п. 5 элементы содержания не охраняются авторским правом, но могут получать охрану на основе иных правовых институтов (например, по патентному праву - гл. 72 ГК РФ).

Об охране "персонажей" см. п. 7 комментируемой статьи и п. 23 комментария к данной статье.

17. В пункте 6 комментируемой статьи указаны четыре категории объектов, которые "не являются объектами авторского права". Следовательно, должен быть сделан вывод, что данные объекты не являются произведениями, творческими результатами.

Однако такой вывод неверен; на самом деле первые три перечисленных здесь категории по своей сути являются произведениями, хотя и не получают авторско-правовой охраны по разным причинам (они указаны ниже); лишь четвертая из указанных здесь категорий объектов действительно не соответствует требованиям, предъявляемым к произведениям. Формулировка ГК РФ в данном случае страдает неточностью.

18. Официальный характер документов, указанных в подп. 1 п. 6, а также государственный характер символов и знаков, о которых говорит подп. 2 п. 6, - это очень близкие характеристики, их трудно разделить; часто обе эти характеристики присущи одному и тому же объекту.

Так, федеральный закон следует считать не только официальным, но и государственным документом, а Флаг Российской Федерации - не только государственным, но и официальным символом.

Любой объект, который исходит от государства, государственного органа (утверждается, принимается им), имеет и официальный характер. Однако некоторые объекты имеют только официальный, но не государственный характер (решения третейского суда, документы международных организаций).

Официальный характер имеют не только документы государственных органов, но и документы, исходящие от муниципальных образований или от их органов местного самоуправления. Не получают охраны по авторскому праву не только государственные символы и знаки, но и символы и знаки муниципальных образований (и, очевидно, их органов). Конечно, документы, символы и знаки муниципальных образований и органов местного самоуправления не считаются объектами авторского права на всей территории России.

Под "материалами судебного характера" следует понимать любые материалы, исходящие от суда; исковые заявления, возражения на иск, речи адвокатов такими материалами не являются.

Под "международными организациями" следует понимать лишь международные правительственные организации. Не охраняются авторским правом все обозначения, регистрируемые в качестве официальных символов и отличительных знаков (см. Положение о государственном Геральдическом регистре Российской Федерации, утвержденное Указом Президента РФ от 21 марта 1996 г. // СЗ РФ. 1996. N 13. Ст. 1307).

Подпункты 1 и 2 п. 6 комментируемой статьи относятся также и к официальным документам и государственным и муниципальным символам и знакам, исходящим от иностранных государств и международных организаций. Так, не считаются объектами авторского права в России ни законодательные акты Великобритании, ни государственный флаг и официальный герб Великобритании.

Об ограничении использования таких объектов в качестве товарных знаков см. п. 2 ст. 1483 ГК РФ.

19. Перечисляемые в подп. 1 и 2 п. 6 комментируемой статьи объекты, носящие официальный, государственный (или муниципальный) характер, имеют одну общую особенность - они должны использоваться в соответствии с особыми предписаниями: официальные документы должны широко и беспрепятственно распространяться, государственные (и муниципальные) символы и знаки используются широко, в рамках особых правил. Порядок их использования не может определяться или ограничиваться

принявшим их органом или тем органом, от которого они исходят. Иными словами, их правовой режим "не совместим" с правовым режимом объектов авторского права.

Именно поэтому данные объекты выведены из сферы авторского права.

20. Однако эти объекты выводятся из сферы авторского права только с того момента, когда они становятся официальными, государственными, муниципальными. До этого момента они пользуются авторско-правовой охраной, разумеется, если они отвечают общим требованиям к произведениям, предъявляемым авторским правом (см. также ст. 1264 ГК РФ и комментарий к ней). Поэтому данные объекты могут стать официальными, государственными, муниципальными только после получения от автора или иного правообладателя согласия на отказ от своих авторских прав. Если такого согласия не получено, возникает конфликт, для решения которого нормы п. 6 комментируемой статьи применяться не могут.

Указанное согласие представляет собой договор (или, возможно, одностороннюю сделку) о выкупе или безвозмездном отчуждении всех имущественных авторских прав с одновременным погашением всех личных неимущественных прав.

Даже в тех случаях, когда после того, как указанное соглашение состоялось, а имя автора по моральным соображениям будет упоминаться в связи с этим официальным, государственным, муниципальным документом, символом, знаком, это не будет означать сохранения за разработчиком каких-либо авторских прав. Например, упоминание в нормативных правовых актах, что "автором" слов Гимна России является С.В. Михалков, а "автором" музыки - А.В. Александров, не означает закрепления за этими лицами (их наследниками) каких-либо авторских прав на этот гимн, личных или имущественных.

Следует считать, что указанное соглашение не может быть ограничено определенными видами или сферами использования объекта.

В отличие от этого соглашение автора (правообладателя) произведения об использовании этого произведения в качестве товарного знака ограничивается только той сферой, в которой произведение используется как товарный знак.

21. В подпункте 3 п. 6 комментируемой статьи предусматривается, что объектами авторского права не являются произведения народного творчества. Под произведениями народного творчества имеются в виду произведения фольклора, включая в это понятие кустарные промыслы, произведения декоративно-прикладного искусства, народную архитектуру.

Основные черты этих произведений - коллективный характер их создания, традиционность, почти полная повторяемость, часто передающаяся из поколения в поколение. Но это вовсе не значит, что в произведениях народного творчества отсутствует оригинальность.

Единственная причина, по которой произведения народного творчества не охраняются авторским правом, - невозможность определить конкретных авторов, создателей этих произведений. "Автором" произведения народного творчества является народ или национально-этническая группа лиц, которые создали это произведение, сохраняют его, исполняют, тиражируют и т.п., считая его своим.

На международной арене предпринимаются попытки включить произведения народного творчества в систему авторского права (п. 4 ст. 15 Бернской конвенции) либо создать специальный механизм его охраны.

Лица, исполняющие или тиражирующие произведения народного творчества (сказители народных былин, рассказчики анекдотов, исполнители песен, танцоры и т.п.), пользуются авторскими правами как переработчики, обработчики (ст. 1260 ГК РФ) или исполнительскими правами (гл. 71 ГК РФ). Однако на сами произведения народного творчества эти лица никаких авторских прав не приобретают. Кроме того, они могут получать права публикатора (ст. 1337 ГК).

22. Подпункт 4 п. 6 комментируемой статьи исключает из числа объектов авторского права сообщения о событиях и фактах, имеющие исключительно информационный характер.

Эта норма основывается на положениях Бернской конвенции, где установлено, что "охрана, представляемая настоящей Конвенцией, не распространяется на сообщения о новостях дня или на сообщения о различных событиях, имеющие характер простой пресс-информации" (п. 8 ст. 2 Бернской конвенции), и потому должна толковаться в свете положений Конвенции.

Единственным правовым обоснованием этой нормы является отсутствие у таких сообщений оригинальности: одинаковые сообщения такого рода часто появляются в результате параллельного творчества журналистов, обозревателей, комментаторов и иных лиц.

Однако если такое сообщение является оригинальным, уникальным, оно должно признаваться объектом авторского права, даже если оно представляет собой "расписание движения поездов" и т.п.

Басманный районный суд г. Москвы решением от 24 декабря 1999 г. (оставлено без изменения судебной коллегией по гражданским делам Мосгорсуда) не признал объектами авторского права краткие фразы, описывающие конкретную ситуацию, с которой может столкнуться бухгалтер, осуществляющий бухгалтерские записи (так называемые "бухгалтерские проводки"). Речь шла, в частности, о следующих фразах: "Выданы из кассы подотчетные суммы", "Списана стоимость животных, павших или забитых в связи с эпизоотией или стихийными бедствиями". Суд учел также, что эти фразы, хотя и в несколько измененной форме, содержатся в официальных инструкциях.

23. В пункте 7 комментируемой статьи содержится очень важное положение, относящееся к объекту авторского права: авторское право распространяется не только на произведение в целом, но и на отдельные части произведения. Тем самым авторское право принципиально отличается от патентного права и от права на товарные знаки, которые всегда охраняют объект целиком.

В качестве конкретных примеров частей произведений, на которые распространяется авторское право, указываются: "название произведения" и "персонаж произведения".

Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 19 июня 2006 г. N 15 дает еще два таких примера: "фраза" и "словосочетание". Обычно в произведении выделяются "отрывки" и "фрагменты".

Любая часть произведения только тогда охраняется авторским правом, если она отвечает всем требованиям, предъявляемым к произведению: часть произведения должна быть результатом творческой деятельности, причем оригинальным (уникальным) результатом, она должна быть выражена в объективной форме и относиться к форме произведения, а не к его содержанию.

Очень важно содержащееся в данной норме указание на то, что охраняется авторским правом лишь такая часть произведения, которая является "самостоятельным" результатом творчества. Это означает, что часть произведения охраняется как самостоятельное произведение, сама по себе, а не потому, что она является частью какого-то произведения.

Следует учитывать, что в большинстве споров названия произведений не признавались объектами авторского права ("Мисс Россия" - для сценария конкурса красоты; "Петербургские тайны" - для сценария телефильма; "Игра в жмурики" - для детектива), поскольку они могут повторяться и фактически повторялись в творчестве разных авторов.

Что касается "персонажей" ("образов") произведения, то они, конечно, охраняются авторским правом, если и поскольку составляют часть формы произведения, но не получают охраны, если являются элементом содержания произведения.

Статья 1260. Переводы, иные производные произведения. Составные произведения

Комментарий к статье 1260

1. Комментируемая статья посвящена двум особым категориям объектов, которые ранее были упомянуты в п. 2 ст. 1259 ГК РФ, а именно к производным произведениям и к составным произведениям.

Эти произведения являются особыми потому, что часть их формы заимствована из других произведений, обычно принадлежащих другому лицу. Таким образом, эти произведения не являются полностью оригинальными; они созданы с использованием других произведений.

В отличие от этого произведения, упоминаемые в п. 1 ст. 1259 ГК РФ, - полностью самостоятельные.

2. Пункт 1 комментируемой статьи указывает на два произведения: одно именуется первоначальным (оригинальным) произведением, а второе - производным произведением.

Производное произведение создается либо путем перевода первоначального произведения на другой язык, в результате чего создается перевод, либо путем иной переделки первоначального произведения - обработки, экранизации, аранжировки, инсценировки. Создание любого производного произведения - творческий процесс; в результате его возникает авторское право переводчика, обработчика, экранизатора, аранжировщика, инсценировщика.

Характерная черта производного произведения - сохранение в нем некоторых элементов формы первоначального произведения.

Если же переводчик, переработчик использовал лишь элементы содержания первоначального произведения (идею, концепцию, сюжет, факты), полученное произведение не считается производным. Произведение, созданное "по мотивам", не подпадает ни под п. 2 ст. 1259, ни под нормы ст. 1260 ГК РФ.

С другой стороны, обычная редакторская работа также не приводит к созданию производного произведения.

Лицо, осуществившее "подстрочный" (технический) перевод, не становится автором.

3. В абзаце 1 п. 2 комментируемой статьи речь идет об авторском праве составителя. Составительство является творческим процессом; творчество при этом выражается в подборе (отборе) и (или) расположении материалов. У составителя возникает авторское право на составное произведение (сборник и т.п.).

В результате составительства всегда создается сложное, составное произведение. Оно состоит из отдельных материалов (частей). Сами по себе эти материалы могут либо быть объектами авторского права, либо не являться такими объектами (нормативные акты, судебные решения и т.п.). В случае если эти материалы охраняются авторским правом, авторские права составителя этих прав не затрагивают.

4. В абзаце 2 п. 2 говорится о базе данных как разновидности составного произведения. База данных отличается от иных составных произведений тем, что материалы, содержащиеся в ней, систематизированы таким образом, чтобы они могли быть найдены и обработаны с помощью ЭВМ. Во всех остальных аспектах база данных - это обычное составное произведение. В данной норме указывается, что база данных есть "совокупность самостоятельных материалов". Слово "самостоятельный", надо полагать, не несет правовой нагрузки.

5. Норма, содержащаяся в п. 3 данной статьи, применяется в следующих случаях:

- если речь идет о производном произведении, то первоначальное произведение, на котором оно основано, охраняется авторским правом;

- если речь идет о составном произведении, то оно включает материалы, охраняемые авторским правом.

В этих случаях производное или, соответственно, составное произведение может использоваться автором или иным правообладателем лишь с согласия обладателя авторских прав на первоначальное произведение или, соответственно, на охраняемые авторским правом материалы, вошедшие в составное произведение.

Фактически в этих случаях производное или составное произведение становится зависимым: при отсутствии согласия со стороны другого лица на использование этого произведения авторские права оказываются "парализованными".

Отметим, однако, что даже если со стороны другого лица не будет согласия на использование такого произведения, даже если авторские права на такое произведение будут "парализованы", то и в этом случае авторские права на производное (составное) произведение возникают и существуют; они не исчезают, не прекращаются.

Вообще необходимо подчеркнуть, что авторские права на производное (составное) произведение возникают по общим правилам возникновения авторских прав: с момента создания произведения (или, что одно и то же, с момента придания произведению объективной формы).

Указанное выше согласие на использование такого производного (составного) произведения может быть получено как до, так и после создания этого производного (составного) произведения.

6. В пункте 4 комментируемой статьи установлено правило: авторское право на составное (производное) произведение не зависит от авторского права на первоначальное произведение (или, соответственно, на материалы, включенные в составное произведение). Это, в частности, означает, что прекращение, переход к другому лицу или выдача исключительной лицензии на второе авторское право никак не влияет на осуществление первого указанного авторского права.

7. В пункте 5 данной статьи указывается, что если автор (или, очевидно, другой правообладатель) дал согласие на использование своего произведения в сборнике, то это не означает, что он не вправе использовать свое произведение вне этого составного произведения. Однако эта норма является диспозитивной: в договоре между этим автором (правообладателем) и автором (правообладателем) составного произведения может быть предусмотрено иное: например, что указанное произведение будет использоваться только в составе этого сборника.

8. Норма, содержащаяся в п. 6, состоит в том, что авторское право на перевод, производное и составное произведение не препятствует другим лицам делать свой перевод или по-своему переработать то же первоначальное произведение, либо включить те же материалы, которые были включены в сборник, в иной сборник, где эти материалы будут иначе подобраны или иначе расположены.

Сама по себе эта норма ясна и понятна. Следует вместе с тем ответить на вопрос, может ли на нее повлиять договор, стороной которого выступает первый переводчик, первый переработчик, автор первого сборника.

Прежде всего обратим внимание на то, что из п. 5 комментируемой статьи вытекает, что автор сборника может заключить с автором материалов, включаемых в сборник, договор о том, что эти материалы могут использоваться только в этом сборнике. Далее, предположим, что другое лицо составляет иной сборник и желает включить в него материалы, которые уже вошли в первый сборник. Из п. 6 данной статьи следует, что в этих условиях автор первого сборника не может препятствовать включению этих материалов во второй сборник. Но когда автор второго сборника обратится к автору этих материалов с просьбой разрешить использовать их во втором сборнике, он получит отказ, так как исключительное право на использование этих материалов в первом сборнике уже передано другому лицу. А это значит, что авторское право на второй сборник не может быть осуществлено, оно окажется "парализованным". Следовательно, фактически норма, содержащаяся в п. 6, не будет "работать". На практике имеют место случаи, когда автор первоначального произведения заключает с переводчиком или переработчиком

произведения договор о том, что он не будет передавать другим лицам право на перевод этого произведения (на определенный язык) или право на определенную переработку этого произведения (экранизацию, инсценировку). Принцип свободы договоров позволяет включать в договор такое условие. И в этом случае норма, содержащаяся в п. 6, оказывается "парализованной".

В связи с этим приходится сделать вывод, что п. 6 комментируемой статьи содержит по меньшей мере диспозитивные нормы или даже является ошибочным. Однако норма, содержащаяся в этом пункте, имеет практическое значение для тех случаев, когда переведенное или подвергшееся переработке произведение, а также включенный в составное произведение материал не охраняются авторским правом.

9. Абзац 1 п. 7 комментируемой статьи вводит особое право использования комплексных, сложных объектов, а именно: энциклопедий и энциклопедических словарей, периодических и продолжающихся сборников научных трудов, газет, журналов и других периодических изданий. Это право использования принадлежит издателям и иным лицам, выпускающим в свет указанные комплексные объекты.

Эти комплексные объекты (энциклопедии, периодические издания) включают большое число авторских произведений, готовящихся коллективами авторов. Кроме того, их создание требует значительных организационных, технических усилий, материальных затрат.

Энциклопедии, периодические издания имеют значительные черты сходства со сборниками, составными произведениями; поэтому помещение этой нормы в статью, посвященную составным произведениям, вполне оправданно.

Но если составные произведения создаются гражданами-составителями, которые выступают как авторы, то в отношении энциклопедий и периодических изданий такого создателя-гражданина невозможно определить. Логично было бы в этом случае автором-составителем считать юридическое лицо, подготовившее и выпускающее в свет энциклопедию или периодическое издание. Именно так решался этот вопрос в нашем прежнем законодательстве, которое действовало до 3 августа 1992 г. Но в настоящее время российский законодатель принципиально против того, чтобы первоначальное авторское право закреплялось за юридическими лицами, а потому прежнее исключительное авторское право таких юридических лиц ныне сведено к "праву использования", которое уже не называется исключительным. Несмотря на это, следует считать, что оно носит исключительный характер: издатель энциклопедии и периодического издания имеет право запрещать любому лицу без его разрешения переиздавать или иным образом повторно использовать энциклопедию или газету, журнал (в целом или существенные фрагменты из них).

У издателя таких объектов имеется и личное право - право указывать свое наименование. О праве на защиту этого личного права см. ст. 1251 ГК РФ.

10. Абзац 2 п. 7 комментируемой статьи посвящен исключительному праву на отдельные произведения, включенные в энциклопедию или в периодическое издание.

Общее правило гласит, что право на использование энциклопедии или периодического издания не затрагивает исключительного авторского права на отдельные произведения, включенные в эти издания. Указанные исключительные права сохраняются за авторами и иными владельцами этих прав; в силу нормы, содержащейся в абз. 1 п. 7, эти исключительные авторские права у отдельных авторов (правообладателей) не исчезают и к издателям энциклопедий, периодических изданий не переходят.

Однако этот переход может иметь место по иным законным основаниям, в частности на основе заключенного договора.

По моему мнению, к указанному праву на использование, закрепленному за издателем энциклопедии или периодического издания, могут быть по аналогии применены нормы, регулирующие права публикатора (§ 6 гл. 71 ГК РФ).

Статья 1261. Программы для ЭВМ

Комментарий к статье 1261

1. Комментируемая статья относится только к одному объекту авторского права - программам для электронных вычислительных машин (программам для ЭВМ).

Этот объект вынесен в отдельную статью по двум причинам:

- во-первых, с экономической точки зрения он очень важен; вообще с экономической точки зрения среди объектов авторского права выделяются три "гиганта" - аудиовизуальные произведения, песни и программы для ЭВМ;

- во-вторых, программы для ЭВМ как объект авторского права очень сложны и требуют детального правового регулирования.

2. Данная статья содержит определение программы для ЭВМ.

Это определение дается в основном во второй фразе этой статьи; однако для получения полного понятия о программе для ЭВМ приходится учитывать и первую фразу комментируемой статьи.

Существо программы для ЭВМ - это "совокупность". Это слово характеризует составное произведение. Однако среди категорий составных произведений, перечисленных в п. 2 ст. 1260 ГК РФ, программы для ЭВМ не упомянуты. Единственной причиной этого, на мой взгляд, является то, что авторское право на составное произведение возникает в связи с тем, что произведен подбор и расположение известных материалов, а при создании программ для ЭВМ творчество может проявляться и в создании оригинальных данных и команд.

Далее, в комментируемой статье установлено, что программа для ЭВМ должна быть представлена в объективной форме. Это не специфический признак такого объекта авторского права: любое произведение должно быть представлено в объективной форме (п. 3 ст. 1259 ГК РФ).

Наконец, указывается, что программа для ЭВМ должна быть "предназначена для функционирования ЭВМ и других компьютерных устройств в целях получения определенного результата".

Таким образом, ГК РФ указывает, что программа для ЭВМ должна иметь определенное назначение.

Поскольку в п. 1 ст. 1259 ГК РФ предусматривается, что произведение охраняется авторским правом независимо от его назначения, следует признать, что совокупность данных и команд, не предназначенная для функционирования ЭВМ и других подобных компьютерных устройств либо хотя и предназначенная для такого функционирования, но не в целях получения определенного результата, все же охраняется авторским правом, но не в качестве программы для ЭВМ.

3. В комментируемой статье содержится несколько положений, направленных, по-видимому, на максимальное расширение понятия "программа для ЭВМ".

Это понятие охватывает:

- подготовительные материалы, полученные в ходе разработки программы для ЭВМ;

- порождаемые программой для ЭВМ аудиовизуальные отображения;

- исходный текст программы для ЭВМ;

- объектный код такой программы.

Программа для ЭВМ может быть выражена на любом языке, в любой форме. Наконец, в это понятие включаются операционные системы и программные комплексы.

Таким образом, в это понятие включается все то, что именуется "программное обеспечение компьютера" (software).

Необходимо отметить, что употребленное выше выражение "аудиовизуальные отображения" включает и "неподвижную картинку", а потому оно шире понятия "аудиовизуальные произведения". Понятие "язык" (выражения программы для ЭВМ) не

идентично понятию "язык человеческого общения", так как перевод программы с одного программного языка на другой не является творческим процессом и не приводит к появлению авторского права на перевод; это чисто технический процесс. Это не "перевод" по терминологии авторского права.

4. В первой фразе комментируемой статьи указывается, что программы для ЭВМ "охраняются так же, как авторские произведения литературы". Таким образом, программы для ЭВМ приравнены к произведениям литературы, а не признаны произведениями литературы. Объясняется это тем, что оригинальность (уникальность, неповторимость) программы для ЭВМ остается неясной - отсюда и введение государственной регистрации для таких программ (пусть даже факультативной). Не до конца выяснен и вопрос о том, что же является формой выражения программы для ЭВМ, а что - содержанием (п. 5 ст. 1259 ГК РФ).

Хотя в комментируемой статье устанавливается, что программы для ЭВМ охраняются "так же, как авторские права на произведения литературы", фактически имеются большие отличия в охране: факультативная государственная регистрация (ст. 1262 ГК РФ); отсутствие права на отзыв (ст. 1269) и права на прокат (п. 4 ст. 1270); особенности использования в личных целях (ст. 1273) и свободного воспроизведения (ст. 1280); особая форма лицензионного договора (ст. 1286); особое урегулирование, касающееся некоторых договоров (ст. 1296, 1297 ГК РФ).

Статья 1262. Государственная регистрация программ для ЭВМ и баз данных

Комментарий к статье 1262

1. Абзац 1 п. 1 комментируемой статьи устанавливает, что лицо, обладающее авторским правом на программу для ЭВМ или на базу данных, имеет право зарегистрировать этот объект в федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности (далее - федеральный орган по интеллектуальной собственности) (см. ст. 1246 ГК РФ и комментарий к ней). В настоящее время функции этого органа выполняет Федеральная служба по интеллектуальной собственности, патентам и товарным знакам (Роспатент).

Обладатель авторского права на программу для ЭВМ или на базу данных вместе с тем не обязан регистрировать принадлежащее ему произведение, он может это сделать по своему желанию. Государственная регистрация является факультативной.

2. В абзаце 2 п. 1 комментируемой статьи устанавливается, что, если программа для ЭВМ или база данных содержит государственную тайну, они не подлежат государственной регистрации. Поскольку любой обладатель государственной тайны не вправе ее разглашать, попутно указывается, что эта обязанность возлагается и на то лицо, которое (ошибочно и напрасно) подает заявку на регистрацию такой программы для ЭВМ или такой базы данных.

3. Пункты 2 - 4 анализируемой статьи содержат основные положения, касающиеся государственной регистрации программ для ЭВМ и баз данных.

Для регистрации должна быть подана заявка на регистрацию. Она подается правообладателем. Им является автор или то лицо, к которому исключительное право на программу на ЭВМ или на базу данных перешло по закону или которому это право было передано по договору. Заявка может быть подана в любое время в пределах срока действия исключительного права (ст. 1281 ГК РФ).

Заявка должна относиться к одной программе для ЭВМ или к одной базе данных. Как можно понять из комментируемых норм, заявка подается в федеральный орган по интеллектуальной собственности.

Заявка должна содержать:

1) заявление, содержащее просьбу осуществить государственную регистрацию. В нем должно быть указано имя (наименование) правообладателя, а также его местожительство (или местонахождение). Что касается автора, его имя и местожительство указываются в заявлении только в том случае, если он не отказался быть упомянутым в качестве автора;

2) депонируемые материалы (материалы, сдаваемые на хранение при осуществлении государственной регистрации). Эти материалы должны идентифицировать программу для ЭВМ или базу данных, т.е. позволять отличить их от им подобных. Необходимо особо отметить, что ГК РФ не требует депонировать при осуществлении государственной регистрации копию (экземпляр) регистрируемого произведения целиком; достаточно представить лишь материал, идентифицирующий регистрируемый объект. Можно полагать, что для идентификации достаточно депонировать лишь часть произведения. К депонируемым материалам прилагается реферат;

3) документы об уплате патентной пошлины (см. ст. 1249 ГК РФ и комментарий к ней).

4. Остальные правила оформления заявки на регистрацию устанавливает федеральный орган исполнительной власти, осуществляющий нормативно-правовое регулирование в сфере интеллектуальной собственности.

До принятия этих правил сохраняют действие Правила составления, подачи и рассмотрения заявки на официальную регистрацию программы для электронных вычислительных машин и заявки на официальную регистрацию базы данных, утвержденные Приказом Роспатента от 25 февраля 2003 г. N 25, в части, не противоречащей новому законодательству.

5. Федеральный орган по интеллектуальной собственности проводит формальную экспертизу поступившей заявки. При этом творческий характер, оригинальность заявляемого объекта и факт принадлежности заявителю авторских прав на заявленный объект не проверяются.

Если формальные требования, предъявляемые к заявке, соблюдены, то федеральный орган по интеллектуальной собственности вносит заявленный объект соответственно в Реестр программ для ЭВМ или в Реестр баз данных, выдает заявителю свидетельство о государственной регистрации и публикует сведения о зарегистрированном объекте в официальном бюллетене указанного органа. До публикации сведений о регистрации заявитель вправе (по собственной инициативе или в ответ на запрос федерального органа по интеллектуальной собственности) дополнять, уточнять и исправлять документы и материалы заявки.

В абзаце 2 п. 3 комментируемой статьи указывается, что такие действия может осуществлять "автор или иной правообладатель". Это выражение равнозначно выражению "правообладатель", указанному в п. 1 комментируемой статьи. Иными словами, автор может осуществлять такие действия лишь в том случае, если он является правообладателем.

Спор между заявителем и федеральным органом по интеллектуальной собственности подлежит рассмотрению в суде.

6. Пункт 4 комментируемой статьи устанавливает, что порядок государственной регистрации указанных объектов авторского права, формы и содержание выдаваемых в результате государственной регистрации свидетельств, а также перечень сведений, публикуемых в официальном бюллетене федерального органа по интеллектуальной собственности, устанавливаются федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим нормативно-правовое регулирование в сфере интеллектуальной собственности. До принятия этого акта сохраняет силу ведомственный нормативный правовой акт, указанный в абз. 2 п. 4 комментария к данной статье.

7. Пункт 5 настоящей статьи предусматривает, что если программа для ЭВМ или база данных зарегистрированы, то регистрироваться должны также и договоры об

отчуждении исключительного права на такой зарегистрированный объект, а также иные случаи перехода (не на основе договора) этого исключительного права к другому лицу. Сведения об изменении правообладателя исключительного права вносятся в соответствующий реестр, а в указанном официальном бюллетене осуществляется соответствующая публикация.

Кто и как будет определять порядок такой регистрации, остается не совсем ясным. Можно полагать, что на этот случай будут распространены нормы, содержащиеся в п. 4 комментируемой статьи, хотя такое толкование является спорным.

Не ясен также и вопрос, в течение какого срока должна быть осуществлена регистрация перехода исключительного права к другому лицу. Если исходить из нормы, содержащейся в п. 1 комментируемой статьи, то следует считать, что такая регистрация может быть осуществлена "в течение срока действия исключительного права".

Хотя в ГК РФ указывается, что переход исключительного права (в том числе по договору) "подлежит" государственной регистрации, не ясны последствия отсутствия такой регистрации. Необходимо отметить, что содержащаяся в п. 2 ст. 1234 ГК РФ норма, в соответствии с которой несоблюдение требования о государственной регистрации договора влечет его недействительность, относится лишь к случаям, указанным в п. 2 ст. 1232 ГК РФ, и не распространяется на случаи, указанные в комментируемой статье, в том числе на те, которые указаны в п. 5 этой же статьи. Поэтому следует сделать вывод, что такой (незарегистрированный) переход исключительного права является действительным.

Пункт 5 комментируемой статьи не предусматривает государственной регистрации лицензионных договоров, касающихся зарегистрированных программ для ЭВМ и баз данных.

8. В пункте 6 данной статьи раскрывается правовое значение регистрации, о которой говорится в данной статье: сведения, внесенные в реестр, являются достоверными (т.е. доказательствами prima facie), поскольку не доказано иное.

Таким образом, произведенная регистрация подтверждает, что на определенную дату заявитель сделал заявление о том, что он владеет исключительным авторским правом на объект, представленный им на регистрацию (на задепонированный материал). При этом "ответственность за достоверность предоставленных для государственной регистрации сведений (а точнее - за достоверность зарегистрированных сведений) несет заявитель".

Это означает, что никакие требования и претензии к федеральному органу по интеллектуальной собственности не могут быть предъявлены. Все споры подлежат рассмотрению в суде, и лишь судебное решение может обязать федеральный орган по интеллектуальной собственности внести какие-либо изменения в соответствующие реестры, в частности исключить из них запись о произведенной государственной регистрации.

Статья 1263. Аудиовизуальное произведение

Комментарий к статье 1263

1. В пункте 1 комментируемой статьи содержится определение аудиовизуального произведения. Впервые этот термин в отечественном законодательстве появился 3 августа 1992 г., когда на территории России стали применяться Основы гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г., где термин "аудиовизуальное произведение" был употреблен в ст. 134. Гражданский кодекс РФ воспринял основные нормы, касающиеся правового регулирования аудиовизуальных произведений, содержавшиеся в ст. 4 и 13 Закона РФ от 9 июля 1993 г. N 5351-1 "Об авторском праве и смежных правах".

2. Тремя основными видами произведений, входящих в понятие "аудиовизуальные произведения", являются кинофильмы, телефильмы и телепрограммы.

Аудиовизуальное произведение состоит из серии связанных между собой изображений, которые при просмотре с помощью соответствующих технических устройств создают иллюзию движения.

Основное предназначение аудиовизуального произведения - зрительное восприятие. Но в настоящее время подавляющее большинство аудиовизуальных произведений сопровождаются звуком, имеют звуковое сопровождение. Отсюда и название: аудио (воспринимаемые на слух) и визуальные (т.е. воспринимаемые зрительно) произведения.

Аудиовизуальные произведения не являются составными (сборными) произведениями. Это единые произведения, хотя и сложные, вобравшие в себя большое число первоначальных произведений.

Использование отдельных произведений для создания аудиовизуального произведения не является их механическим сложением. Более того, такое использование не является переделкой, переработкой отдельных произведений. Поэтому нельзя говорить, что при использовании аудиовизуального произведения в нем сохраняются и используются отдельные вошедшие в него произведения.

Использование отдельных произведений для создания аудиовизуального произведения, строго говоря, выходит за рамки, указанные в ст. 1270 ГК РФ.

Отдельные произведения, вошедшие в аудиовизуальные произведения, как существовавшие ранее, так и созданные в процессе создания аудиовизуального произведения (сценарий, музыка, результаты работы режиссера-постановщика, оператора и т.д.), "поглощаются" аудиовизуальным произведением, "растворяются" в нем. Аудиовизуальное произведение - это новое, единое и самостоятельное произведение; это "сплав", "сгусток", вобравший в себя ранее существовавшие произведения.

3. В пункте 2 комментируемой статьи названы лица, которые считаются авторами аудиовизуального произведения. Это режиссер-постановщик (именуемый также "режиссер"), автор сценария (сценарист) и композитор, создавший музыкальное произведение специально для этого аудиовизуального произведения (композитор оригинальной музыки).

Они считаются соавторами аудиовизуального произведения (ст. 1258 ГК РФ). Если сценарист не принимает участия в работе по созданию аудиовизуального произведения, он становится соавтором в силу закона. В процессе создания аудиовизуального произведения результаты творческого труда (произведения) вносят различные лица: как те три лица, которые указаны в п. 2 комментируемой статьи, так и иные лица - оператор-постановщик, художник-постановщик, лица, занимающиеся монтажом, авторы "вставных" песен. Сценарий часто основывается на литературном произведении (романе, повести), в этом случае творческий труд автора этого литературного произведения также входит в состав аудиовизуального произведения.

Но авторами аудиовизуального произведения в целом признаются только три лица, указанные в п. 2 комментируемой статьи. Объясняется это тем, что именно эти три лица внесли наибольшие вклады в создание аудиовизуального произведения.

Поэтому очевидно, что указанные три лица не "являются авторами аудиовизуального произведения", как об этом сказано в ГК РФ, а признаются (считаются) авторами аудиовизуального произведения. Иными словами, здесь есть доля условности.

4. Пункт 3 комментируемой статьи закрепляет за композитором - автором музыкального произведения, использованного в аудиовизуальном произведении, право на получение вознаграждения за публичное исполнение, а также за сообщение в эфир или по кабелю аудиовизуального произведения.

Это право распространяется как на автора оригинальной музыки, так и на автора известной музыки, использованной в аудиовизуальном произведении.

Указанное право не является исключительным, это лишь право на получение вознаграждения. Оно может реализовываться посредством организаций по управлению правами на коллективной основе (ст. 1242 - 1244 ГК РФ), в том числе посредством одной

такой организации, получившей государственную аккредитацию (подп. 2 п. 1 ст. 1244 ГК РФ).

В комментируемой норме установлено, что автор музыкального произведения в указанных случаях "сохраняет" право на вознаграждение. Это свидетельствует о том, что данная норма является исключительной, а потому, как и любая исключительная норма, должна толковаться ограничительно. Это, в частности, означает, что данная норма не может применяться при других случаях использования аудиовизуального произведения, а именно при воспроизведении, распространении, импорте, прокате экземпляров, при доведении произведения до всеобщего сведения (подп. 1, 2, 4, 5 и 11 п. 2 ст. 1270 ГК РФ). Более того, эта норма не должна применяться и в том случае, если показ аудиовизуального произведения осуществляется без сопровождения звука, как упоминается в подп. 6 п. 2 ст. 1270 ГК РФ.

5. Пункт 4 комментируемой статьи посвящен правам изготовителя аудиовизуального произведения.

При этом абз. 1 этого пункта относится к имущественным, а абз. 2 - к личным неимущественным правам изготовителя.

Абзац 1 п. 4 содержит определение изготовителя аудиовизуального произведения: это лицо, организовавшее создание такого произведения.

Дается и второе название такого лица - продюсер. Толковые словари определяют продюсера как доверенное лицо кинокомпании, осуществляющее идейно-художественный и организационно-финансовый контроль над постановкой фильма (Большой энциклопедический словарь, 2-е изд., перераб. и доп. М.: Большая российская энциклопедия, 1998).

Однако для гражданского права доверенное лицо - это представитель, не являющийся самостоятельным субъектом гражданского права (ст. 182 ГК РФ).

Между тем, как вытекает из содержания ст. 1240 ГК РФ, лицо, организовавшее создание сложного произведения (т.е. в данном случае - изготовитель, продюсер), самостоятельно приобретает исключительные авторские права, а потому является самостоятельным субъектом гражданского права.

Поэтому следует считать, что в данном случае изготовителем (продюсером) выступает само представляемое лицо, т.е. юридическое или физическое лицо, которое само организует и финансирует создание аудиовизуального произведения.

Объем прав изготовителя (продюсера) на созданное аудиовизуальное произведение определяется положениями ст. 1240 ГК РФ, к которой содержится отсылка к абз. 1 п. 4 комментируемой статьи.

Изготовитель (продюсер) заключает договоры с авторами и иными правообладателями результатов интеллектуальной деятельности о включении этих результатов в аудиовизуальное произведение. При этом если речь идет о специально созданном или создаваемом для включения в аудиовизуальное произведение результате (произведении), то предполагается (презюмируется), что заключаемый договор является договором об отчуждении исключительного права, а не лицензионным договором.

Но даже в тех случаях, когда такой договор либо договор о включении в состав аудиовизуального произведения тех произведений, которые не были специально для этого созданы, является лицензионным договором, такой лицензионный договор не может содержать условий, ограничивающих право использования аудиовизуального произведения; кроме того, предполагается, что такой договор заключается на весь срок действия передаваемых прав и в отношении территории всех стран, где они получают охрану (см. также п. 1 и 2 ст. 1240 ГК РФ и комментарий к ним).

6. Абзац 2 п. 4 комментируемой статьи посвящен личным неимущественным правам изготовителя (продюсера).

Поскольку права изготовителя не являются первоначальными авторскими правами, изготовитель не имеет права авторства.

Однако изготовитель приобретает право на имя. Это не то право на имя, которое указано в ст. 1265 ГК РФ, это - иное право.

Объем прав изготовителя на имя прямо указан в абз. 2 п. 4: при любом использовании аудиовизуального произведения изготовитель вправе указывать свое имя или наименование, а если аудиовизуальное произведение используется другим лицом - требовать от этого лица такого указания.

Отметим, что в данной норме ГК РФ говорится об "имени или наименовании" изготовителя (продюсера). Это значит, что им может быть как физическое, так и юридическое лицо.

7. Во второй фразе абз. 2 п. 4 комментируемой статьи содержится отдельная, самостоятельная норма, устанавливающая, что лицо, имя или наименование которого указано на экземпляре аудиовизуального произведения "обычным образом" (т.е., вероятно, в титрах или в конце произведения), считается изготовителем аудиовизуального произведения при отсутствии доказательств иного.

8. Пункт 5 данной статьи относится ко всем авторам тех произведений, которые вошли составной частью в аудиовизуальное произведение. Как прямо указано, к числу этих авторов относятся: автор произведения, положенного в основу сценария; оператор-постановщик; художник-постановщик. Поскольку указывается, что данная норма относится к "каждому" такому автору, очевидно, что данная норма распространяется и на тех авторов, которые перечислены в п. 2 комментируемой статьи.

Основная норма, содержащаяся в п. 5, предусматривает, что после того, как то или иное определенное произведение вошло составной частью в аудиовизуальное произведение, автор этого определенного произведения "сохраняет" исключительное право на свое произведение.

Это означает, что само по себе включение определенного произведения в аудиовизуальное произведение не приводит к прекращению исключительного права на любое произведение, вошедшее составной частью в аудиовизуальное произведение.

Но это только общая норма - из нее есть исключения, которые общим образом указаны в конце п. 5.

Прежде чем переходить к рассмотрению этих исключений, отметим, что указанная выше общая норма применяется как к тем отдельным произведениям, которые были созданы независимо от создания аудиовизуального произведения, так и к тем отдельным произведениям, которые были специально созданы для включения в состав аудиовизуального произведения.

Вместе с тем среди этих последних произведений имеется группа произведений, которые создаются (возникают в объективной форме) только в процессе создания аудиовизуального произведения, только вместе с аудиовизуальным произведением. К числу этих произведений относятся результаты творческого труда режиссера-постановщика, оператора-постановщика и, по-видимому, художника-постановщика. Эти произведения существуют только в составе аудиовизуального произведения, и потому у их авторов не может возникать никакого отдельного исключительного права на эти произведения. Попытка сконструировать исключительные права на идеи, использованные режиссером-постановщиком, оператором-постановщиком (и художником-постановщиком), наталкивается на норму, содержащуюся в п. 5 ст. 1259 ГК РФ, в соответствии с которой на идеи авторское право не распространяется.

Таким образом, ГК РФ допускает неточность, говоря о сохранении исключительного права за авторами таких произведений.

9. Из общей нормы, содержащейся в п. 5 комментируемой статьи, устанавливающей, что автор определенного произведения, вошедшего составной частью в аудиовизуальное произведение, сохраняет исключительное право на свое произведение, имеются следующие исключения:

1) в отношении использования этих отдельных произведений в составе этого аудиовизуального произведения - исключительное право перешло к изготовителю на основании норм, содержащихся в ст. 1240 ГК РФ (см. также п. 6 комментария к данной статье);

2) в отношении использования этих отдельных произведений не в составе этого аудиовизуального произведения - исключительное право могло перейти к изготовителю или к другому лицу на основании договора об отчуждении исключительного права (ст. 1234 ГК РФ), лицензионного договора (ст. 1235 ГК РФ) или без договора (ст. 1241 ГК РФ).

При этом нормы, содержащиеся в п. 1 и 2 ст. 1240 ГК РФ, не применяются.

Таким образом, если между изготовителем (продюсером) и автором определенного произведения заключен (или считается заключенным - абз. 1 п. 1 ст. 1240 ГК РФ) договор об отчуждении исключительного права, то к изготовителю переходят все права на это определенное произведение, в том числе исключительное право на его использование не в составе аудиовизуального произведения.

Если же между изготовителем (продюсером) и автором определенного произведения заключен лицензионный договор, этот договор может особо предусматривать предоставление изготовителю права использования этого определенного произведения не в составе аудиовизуального произведения, а также условия такого использования.

10. Нормы, содержащиеся в ст. 1263 ГК РФ, не применяются к аудиовизуальным произведениям, созданным за пределами России (см. п. 3 ст. 1256 и комментарий к нему).

11. В соответствии с ч. 4 ст. 5 Федерального закона от 18 декабря 2006 г. N 231-ФЗ "О введении в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации" автор произведения или иной первоначальный правообладатель определяется в соответствии с законодательством, действовавшим на момент воздания произведения.

Исходя из этой нормы, авторы и первоначальные правообладатели:

1) аудиовизуальных произведений, созданных в России в период с 3 августа 1993 г. по 31 декабря 2007 г., определяются на основе Закона РФ от 9 июля 1993 г. N 5351-1 "Об авторском праве и смежных правах" (ст. 13 и др.);

2) аудиовизуальных произведений, созданных в России в период с 3 августа 1992 г. по 2 августа 1993 г., - на основе Закона СССР от 31 мая 1991 г. "Основы гражданского законодательства Союза ССР и республик" (ст. 134 и др.);

3) кинофильмов и телефильмов, созданных на территории СССР (России) в период с 1 октября 1964 г. по 2 августа 1992 г., - на основе гражданских кодексов союзных республик бывшего СССР (в частности, ГК РСФСР - ст. 484, 486);

4) кинофильмов, созданных в СССР в 1928 - 1964 гг., - на основе законодательства об авторском праве 1928 г.

(См. также: Гаврилов Э.П. Комментарий к Закону об авторском праве и смежных правах. 4-е изд., перераб. и доп. М.: Экзамен, 2005. С. 93 - 106.)

Статья 1264. Проекты официальных документов, символов и знаков

Комментарий к статье 1264

1. Комментируемая статья посвящена проектам официальных документов, символов и знаков. Эта статья неразрывно связана с нормой, содержащейся в п. 6 ст. 1259 ГК РФ, в соответствии с которой не являются объектами авторского права официальные документы, а также государственные и муниципальные символы и знаки.

Замена ранее примененного для символов и знаков определения "государственный (муниципальный)" на "официальный" никакого правового значения не имеет: речь идет об одних и тех же объектах. Эта замена лишь подтверждает, что данные термины используются как синонимы.

2. В пункте 6 ст. 1259 ГК РФ речь идет об объектах, которые уже признаны официальными, утверждены как официальные. А комментируемая статья посвящена тем же объектам, которые еще не признаны в качестве официальных, но, вероятно, будут ими признаны в дальнейшем.

Нет никаких оснований сомневаться в том, что если такой объект, который еще не признан официальным, отвечает требованиям, предъявляемым к объектам авторского права, то он автоматически охраняется авторским правом как произведение науки, литературы или искусства, несмотря на то что автор назвал его проектом официального документа, символа или знака. При этом необходимо подчеркнуть, что никогда не бывает наверняка известно, что данный проект станет официальным объектом.

Когда такой проект становится официальным (закон подписан, судебное решение оглашено, орден утвержден в качестве официального), то все авторские права на такой объект - как имущественные, так и личные - прекращаются, "погашаются".

Но такое прекращение авторских прав, конечно, может иметь место только с согласия автора.

Само это прекращение авторских прав, осуществляемое при наличии согласия автора, по мнению многих специалистов, противоречит неким "принципам", в частности принципу, состоящему в том, что автор якобы не может отказаться от своих личных прав, прежде всего от права авторства: в п. 1 ст. 1265 ГК РФ торжественно провозглашается, что отказ от права авторства и от права на имя ничтожен.

Запрет такого отказа вполне обоснован, поскольку такой отказ обычно связан с появлением "лжеавтора": отказ действительного автора приводит к присвоению авторства другим лицом.

Однако в данном случае никакого присвоения авторства не происходит, а потому нормы, содержащиеся в ст. 1264 ГК РФ, вполне обоснованны и имеют право на существование.

3. В пункте 1 комментируемой статьи предусматривается, что лицо, создавшее проект официального документа, официального символа или знака, имеет право авторства на этот проект и вправе обнародовать этот объект.

Обнародование такого проекта может быть, однако, запрещено государственным органом, органом местного самоуправления или международной организацией, если такой проект был разработан по заказу этого органа или организации. Из нормы, содержащейся в первой фразе абз. 2 п. 1 комментируемой статьи, вытекает, что если в договоре заказа, в соответствии с которым разработан проект официального документа или официального символа или знака, не содержится запрета на обнародование этого проекта, то разработчик вправе его обнародовать.

Следует, однако, учитывать, что к данному отношению применимы нормы ст. 1295 ГК РФ, касающиеся служебных произведений.

В отношении служебных произведений никакой презумпции права автора на обнародование служебного произведения не предусмотрено. Поэтому и в данном случае следует полагать, что должно применяться предположение о том, что обнародование проекта может быть произведено при наличии согласия со стороны государственного органа, органа местного самоуправления муниципального образования или международной организации. Таким образом, норма, содержащаяся в первой фразе абз. 2 п. 1, не совсем точна.

4. Пункт 2 комментируемой статьи исходит из того, что когда такой проект обнародован разработчиком либо направлен разработчиком в государственный орган, орган местного самоуправления или в международную организацию, то это означает, что разработчик проекта (автор) выразил согласие на то, чтобы этот проект был утвержден и превратился в официальный документ, официальный символ или знак.

Иными словами, разработчик (автор) выразил свое согласие на то, чтобы авторские права на этот объект прекратились, перестали существовать.

В этих условиях соответствующий государственный орган, орган местного самоуправления или международная организация имеют право осуществлять подготовку официального документа, разрабатывать официальный символ или знак и использовать этот проект по своему усмотрению без дальнейшего согласия разработчика (автора). Это использование может выражаться в опубликовании, воспроизведении, распространении экземпляров. При этом в проект могут вноситься изменения и дополнения - также без согласия автора.

Гражданский кодекс РФ не устанавливает обязанности выплачивать вознаграждения разработчику (автору) за такое использование проекта. После официального принятия проекта к рассмотрению государственным органом, органом местного самоуправления или международной организацией он может использоваться ими без указания имени разработчика (автора), хотя его авторство сохраняется.

Отметим, что для всех других лиц (кроме соответствующего государственного органа, органа местного самоуправления и международной организации) такой проект вплоть до его официального принятия остается охраняемым объектом авторского права.

5. В отношении любого произведения, как обнародованного, так и необнародованного, между автором произведения и государственным органом (органом местного самоуправления, международной организацией) может быть заключен договор, в соответствии с которым это произведение будет рассматриваться как проект официального документа, символа или знака либо сразу будет утверждено в качестве официального такого объекта.

Статья 1265. Право авторства и право автора на имя

Комментарий к статье 1265

1. Статьи 1265 - 1269 ГК РФ посвящены личным неимущественным правам авторов произведений. Эти права не имеют экономического содержания и тем отличаются от имущественных прав. Данное отличие личных неимущественных прав от имущественных сохраняет свое значение и в настоящее время, несмотря на введение положений о материальной компенсации за причинение морального вреда при нарушении личных прав (ст. 151 ГК РФ).

2. Право авторства - это право признаваться, считаться автором произведения. Оно не совпадает с правом на имя.

Право авторства является закреплением и правовым отражением фактической работы автора по созданию произведения.

Опираясь на право авторства, а не на иные принадлежащие ему правомочия, автор защищает свои права и интересы в случае прямого присвоения авторства другим лицом (плагиат - ч. 1 ст. 146 УК РФ) или если авторство приписывается другому лицу.

Право авторства может осуществлять только автор, только он может утверждать: "Я - автор произведения". После его смерти право авторства прекращается. О защите авторства после смерти автора см. ст. 1267 ГК РФ.

3. Право на имя есть право на выбор способа указания имени автора при использовании произведения. При этом имеется в виду использование, которое осуществляется как самим автором, так и иными лицами.

В пункте 1 комментируемой статьи указываются три возможных способа указания имени автора: указание подлинного имени (абз. 1 п. 1 ст. 19 ГК РФ); указание вымышленного имени (псевдонима); использование произведения без обозначения имени (анонимно).

Авторское право на имя не совпадает с общегражданским правом на имя, принадлежащим любому физическому лицу.

Способ указания имени автора определяется в лицензионном или ином договоре. Разумеется, указание псевдонима может осуществляться только с согласия автора. Псевдоним не должен вводить потребителей в заблуждение, он не должен совпадать с именем известного лица.

В деле Игорь Волгин против Игоря Волознева и др. (рассмотрено Замоскворецким районным судом г. Москвы; решение оставлено без изменения коллегией по гражданским делам Мосгорсуда) ответчик использовал псевдоним Игорь Волгин для своих детективных романов. Истец требовал запретить использование этого псевдонима, заявляя, что он совпадает с его подлинным именем и фамилией, которые широко известны; истец требовал также выплаты ему денежной компенсации. Суд вынес решение об отказе в иске, поскольку было установлено, что имя истца не является широко известным, тем более что на книгах ответчика помещалась его фотография, а также указывалось отчество ответчика, не совпадающее с отчеством истца.

Верховный Суд РФ указал, что только автор может разрешить использовать свое произведение без указания имени (Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 15 декабря 2000 г. // Бюллетень ВС РФ. 2001. N 7. С. 9). Вместе с тем следует учитывать сложившуюся практику: во многих случаях (например, при радиотрансляциях) указание имен всех авторов произведений практически невозможно. Кроме того, надо отличать случаи неуказания имени автора, не приводящие к присвоению авторства, от случаев неуказания имени, приводящих к присвоению авторства.

При отсутствии особого указания со стороны автора произведение обозначается либо фамилией, именем и отчеством автора, либо его фамилией и инициалами (инициалом). Требования автора об изменении этих условий являются законными.

Порядок проставления имен соавторов определяется соглашением соавторов, которое должно соблюдаться пользователями как одно из проявлений права на имя. При отсутствии такого соглашения имена соавторов указываются в алфавитном порядке.

Автор вправе в любое время раскрыть или снять свой псевдоним (аноним).

Автор может иметь несколько псевдонимов. Он может пользоваться псевдонимом лишь для некоторых своих произведений.

Если произведение используется под псевдонимом или без указания имени автора (анонимно), то лица, которым из заключенного автором договора стало известно подлинное имя автора (работники издательства, редакции журнала, телевещательной организации), не вправе раскрывать имя автора.

Однако не совершает никакого нарушения личных авторских прав ученый, который в результате своих исследований приходит к выводу, что автором определенного произведения является какое-то лицо, и публикует этот вывод.

4. В первой фразе п. 1 комментируемой статьи устанавливается, что право авторства и право на имя являются неотчуждаемыми и непередаваемыми другим лицам не только в том случае, когда автор предоставляет другим лицам право использования произведения по лицензионному договору, но и в том случае, когда автор отчуждает свои исключительные права.

Во второй фразе п. 1 указано, что отказ автора от права авторства и права на имя ничтожен. Из этой нормы, однако, имеется одно исключение, оно указано в ст. 1264 ГК РФ (см. также комментарий к этой статье).

5. Пункт 2 комментируемой статьи устанавливает право издателя произведения в определенном случае защищать права автора и обеспечивать их осуществление.

Данная норма применяется в том случае, когда произведение опубликовано анонимно или под псевдонимом, причем псевдоним "не раскрыт", т.е. автор публично не делал заявлений о принадлежности ему этого псевдонима.

Нельзя не отметить, что выражение "когда псевдоним автора не оставляет сомнения в его личности" не является точным и определенным. В связи с этим следует

ориентироваться на более ясную формулировку, содержащуюся во второй фразе п. 2: издатель вправе выступать в качестве представителя автора "до тех пор, пока автор не раскроет свою личность и не заявит о своем авторстве".

В этом случае издатель, который опубликовал произведение или который считается опубликовавшим произведение, поскольку его имя или наименование указаны на экземплярах этого произведения, считается представителем автора (или иного правообладателя). При этом издатель не должен представлять доверенность от автора или договор с автором, поскольку автор пожелал сохранить свое имя в тайне. Таким образом, в данном случае имеет место представительство по закону.

Издатель, действуя как представитель, имеет право не только защищать права автора (иного правообладателя) в случаях бездоговорного нарушения авторских прав, но и заключать лицензионные договоры с теми лицами, которые выразят желание использовать произведение.

Когда автор раскроет свою личность и заявит о своем авторстве, начатый издателем судебный спор о защите авторских прав должен быть приостановлен (до вступления автора в дело). Что касается лицензионных договоров, заключенных издателем, то они сохраняют свою силу.

Если произведение опубликовано анонимно или под псевдонимом несколькими издателями, каждый из них получает право считаться представителем автора в соответствии с п. 2 комментируемой статьи, поскольку п. 1 ст. 1287 ГК РФ относится к случаям как первого, так и последующего опубликования произведения.

Статья 1266. Право на неприкосновенность произведения и защита произведения от искажений

Комментарий к статье 1266

1. Право на неприкосновенность произведения, отмененное в 1993 г., ныне восстановлено в российском законодательстве после четырнадцатилетнего перерыва.

2. Право на неприкосновенность произведения сформулировано как пассивное право запрета, как обязанность, налагаемая на третьих лиц.

На самом деле это именно личное право самого автора: право вносить в свое произведение различные (любые) изменения, сокращения и дополнения, право снабжать произведение при его использовании иллюстрациями, предисловием, послесловием или иными пояснениями. Этому - активному - личному праву автора соответствуют обязанности любых третьих лиц - не осуществлять указанные действия без согласия автора. Указанное согласие автора фиксируется в договоре.

Данное правомочие на неприкосновенность произведения, как это видно из приведенной выше нормы, касается как самого произведения, так и некоторых элементов, сопровождающих произведение, - иллюстраций, предисловия, послесловия, комментариев, пояснений, т.е. элементов, являющихся внешними по отношению к объективной форме произведения.

Следует считать, что право автора определять и запрещать использование вместе с произведением этих внешних элементов ограничивается теми случаями и теми элементами, которые влияют на восприятие произведения и могут исказить создаваемое произведением впечатление. Так, комментарии обычно отвлекают от ознакомления с произведением, "разбивают" единое впечатление, создаваемое произведением.

Особо необходимо остановиться на "иллюстрациях". Под этим термином следует понимать не только снабжение литературного произведения рисунками, но и любое иное сочетание разных произведений, например сопровождение музыкального произведения воспринимаемыми зрительно изображениями ("синхронизацией", цветомузыкой и т.д.). Любое "иллюстрирование" должно производиться с согласия автора. Однако помещение,

предположим, в том же номере журнала, где помещено произведение, отдельной критической статьи об этом произведении не нарушает авторского права на неприкосновенность и не требует согласования с автором.

Вообще пределы действия права на неприкосновенность как права запрета, адресованного третьим лицам, хорошо очерчены в норме, содержащейся в абз. 2 п. 1 комментируемой статьи.

Хотя этот абз. 2 относится к тому периоду времени, когда автор уже умер, тем не менее именно здесь раскрыта запретительная функция права на неприкосновенность: право на неприкосновенность направлено на то, чтобы без согласия автора не искажался замысел автора и не нарушалась целостность восприятия произведения. Если же ни того ни другого не происходит, право на неприкосновенность не должно действовать.

3. В абзаце 2 п. 1 комментируемой статьи рассматривается содержание права на неприкосновенность после смерти автора.

В этот период времени "активное" право на внесение изменений в произведение уже не существует: автора нет, а потому произведение должно быть "заморожено"; надо сохранить произведение в таком виде, в каком оно было создано автором.

Однако лицо, осуществляющее правомочия по охране неприкосновенности произведения после смерти автора, вправе разрешить внести в произведение изменения, сокращения, дополнения, но лишь такие, которые не искажают замысел автора и не нарушают целостность восприятия произведения.

Кроме того, имеется еще одно дополнительное условие, которое должно существовать для того, чтобы можно было внести в произведение изменения, сокращения, дополнения: внесение таких изменений и т.п. не должно противоречить воле умершего автора, определенно выраженной им в завещании или в ином письменном документе (письмо, дневник и т.п.).

Следует считать, что нормы, содержащиеся в абз. 1 п. 1, касаются равным образом и снабжения произведения иллюстрациями, предисловием, послесловием, комментариями и пояснениями, хотя об этих действиях данная норма прямо не упоминает.

4. Выше нами было упомянуто лицо, осуществляющее правомочия по охране неприкосновенности произведения после смерти автора.

В абзаце 2 п. 1 комментируемой статьи это лицо указано как "лицо, обладающее исключительным правом на произведение". Однако в соответствии с абз. 1 п. 2 ст. 1267 ГК РФ им может быть назначено и иное лицо. Что касается нормы, содержащейся в абз. 2 п. 2 ст. 1267 ГК РФ, то она противоречит норме, содержащейся в абз. 2 п. 1 ст. 1266 ГК РФ.

Следует считать, что по логике должна применяться особая норма, содержащаяся в абз. 2 п. 1 ст. 1266 ГК РФ, так как право на неприкосновенность произведения тесно связано с исключительными правами на произведение.

5. В пункте 2 комментируемой статьи говорится о таких изменениях, вносимых в произведение, которые порочат честь, достоинство и деловую репутацию автора. В этих случаях автор имеет право прибегнуть к способам защиты, указанным в ст. 152 ГК РФ. Автор вправе прибегнуть к таким способам защиты своих прав даже в тех случаях, когда указанные действия еще не опорочили честь, достоинство и деловую репутацию автора, но могут привести к таким последствиям. Очевидно, что, формулируя эту норму, законодатель исходил из общего принципа, содержащегося в п. 1 ст. 1065 ГК РФ.

Извращения, искажения и иные изменения произведения, опорочивающие честь, достоинство и деловую репутацию автора, являются одновременно действиями, нарушающими авторское право на неприкосновенность произведения.

Под норму, содержащуюся в п. 2 комментируемой статьи, подпадают также действия, заключающиеся в снабжении произведения иллюстрациями, предисловием, послесловием, комментариями и пояснениями, если они порочат честь, достоинство и деловую репутацию автора.

В соответствии со второй фразой п. 2 данной статьи заинтересованные лица могут защищать честь и достоинство автора, нарушенные после смерти автора посредством совершения указанных выше действий.

О понятии "заинтересованного лица" см. п. 4 комментария к данной статье.

Следует полагать, что действия, нарушающие деловую репутацию автора после его смерти, не могут быть предметом иска.

6. Право на неприкосновенность неразрывно связано с правом на переделку. Поэтому право на неприкосновенность - частично - переходит по наследству и может быть предметом договора.

Статья 1267. Охрана авторства, имени автора и неприкосновенности произведения после смерти автора

Комментарий к статье 1267

1. В пункте 1 комментируемой статьи предусматривается правило о том, что авторство, право на имя и неприкосновенность произведения охраняются без ограничения каким-либо сроком. Здесь говорится об охране авторства - а не права авторства, имени автора - а не права на имя, неприкосновенности произведения - а не права на неприкосновенность произведения. Различие в терминологии объясняется тем, что законодатель либо не указывает носителей этих субъективных прав (после смерти автора), либо хотя и указывает их, но довольно неопределенно.

На практике в течение срока действия исключительного авторского права на произведение (ст. 1281 ГК РФ) основным лицом, заинтересованным в соблюдении и охране права авторства, права автора на имя и права на неприкосновенность произведения, является правообладатель. Именно он следит за соблюдением указанных трех личных прав и защищает их от действий правонарушителей.

Следует считать, что три категории, указанные в п. 1 комментируемой статьи, все же представляют собой определенные субъективные права, но эти права по своему объему более узкие, чем те, которые принадлежат автору в течение его жизни.

2. Абзац 1 п. 2 данной статьи полностью, а абз. 2 п. 2 с незначительными изменениями повторяют нормы, содержавшиеся в ст. 481 ГК РСФСР 1964 г.

В абзаце 1 п. 2 устанавливается, что автор вправе указать лицо, на которое он возлагает охрану авторства, имени автора и неприкосновенности произведения после своей смерти.

Если такое лицо будет указано, охранять неприкосновенность произведения оно должно по правилам, указанным в абз. 2 п. 1 ст. 1266; это лицо должно охранять неприкосновенность произведения вместо лица, обладающего исключительным правом на произведение.

Указанное в абз. 1 п. 2 комментируемой статьи лицо назначается "в порядке, предусмотренном для назначения исполнителя завещания". Далее дается отсылка к ст. 1134 ГК РФ.

Буквальное прочтение этой нормы приводит к выводу, что указанное лицо не является исполнителем завещания, что оно лишь назначается в порядке, предусмотренном для назначения исполнителя завещания. Такое толкование имеет право на существование. Вместе с тем мы полагаем, что законодатель в данном случае допустил неточность и смысл этой нормы состоит в том, что указанное лицо является исполнителем завещания и что нормы, относящиеся к исполнителю завещания (ст. 1134 - 1136 ГК РФ), должны применяться к такому лицу, причем не в порядке аналогии, а прямо. Последняя точка зрения представляется более логичной.

Вторая фраза, содержащаяся в абз. 1 п. 2, устанавливает, что указанное лицо осуществляет свои полномочия пожизненно; это значит, что таким лицом может быть только гражданин.

3. В абзаце 2 п. 2 комментируемой статьи рассматриваются случаи, когда автор не назначил исполнителя завещания, а также когда назначенный автором исполнитель завещания отказался исполнять соответствующие полномочия либо умер. В этих случаях охрану авторства, имени автора и неприкосновенности произведения осуществляют наследники автора, их правопреемники, другие заинтересованные лица.

В отношении охраны неприкосновенности произведения эта норма не стыкуется с нормой, содержащейся в абз. 2 п. 1 ст. 1266 ГК РФ. Руководствоваться следует этой последней нормой (см. п. 4 комментария к ст. 1266 ГК РФ).

В качестве заинтересованных лиц иногда выступают организации и отдельные граждане, которым автор поручил (письменно) охрану своего авторства, авторского имени и неприкосновенности своих произведений.

Статья 1268. Право на обнародование произведения

Комментарий к статье 1268

1. В абзаце 1 п. 1 комментируемой статьи указывается и поясняется еще одно личное неимущественное субъективное право автора - право на обнародование произведения.

В отличие от других личных неимущественных авторских прав - права авторства, права на имя, права на неприкосновенность произведения, которые существуют и действуют в течение всего периода существования и использования произведения, право на обнародование произведения имеет разовый характер: оно реализуется только один раз, после чего это право прекращает свое существование. Исключение составляет случай, предусмотренный ст. 1269 ГК РФ, он будет рассмотрен особо; вообще упомянутая статья содержит исключение, которое применяется очень редко и не колеблет общего правила.

2. Право на обнародование произведения - это право осуществить такое действие (или дать другому лицу согласие на осуществление такого действия), которое делает произведение доступным для всеобщего сведения (доступным публике, обществу). Перечень таких действий, относящихся к произведению, предусмотрен в п. 1 комментируемой статьи, и он не носит ограниченного, закрытого характера. Это - опубликование произведения, его публичный показ, публичное исполнение, сообщение в эфир. В этот перечень, конечно, следует включить и доведение произведения до всеобщего сведения.

Реализация прав на обнародование всегда сочетается с осуществлением определенного правомочия по использованию произведения, т.е. с осуществлением какого-либо имущественного права. В этой связи право на обнародование - частично - переходит по наследству и может быть предметом договора.

3. При реализации своего права на обнародование произведения автор решает (для себя) вопрос, готово ли его произведение и следует ли представлять его на суд публике.

Кроме того, автор должен учитывать что, хотя и необнародованное, и обнародованное произведение охраняются авторским правом, эта охрана имеет значительные различия:

1) к обнародованному произведению применимы многочисленные случаи свободного использования (ст. 1273 - 1276, 1280 ГК РФ), в то время как к необнародованному произведению они не применимы;

2) срок действия исключительного права на обнародованное произведение исчисляется иначе, чем на необнародованное;

3) презумпция копирования со стороны нарушителя применяется ко всем обнародованным произведениям, а к необнародованным эта презумпция применяется

лишь в том случае, если будет установлено, что нарушитель знал о необнародованном произведении (имел к нему доступ).

Произведение, состоящее из отдельных частей, может быть обнародовано лишь частично. Обнародование элементов содержания произведения в иной форме, чем они фигурируют в произведении (см. п. 5 ст. 1259 ГК РФ), не является обнародованием произведения. Так, публикация автореферата диссертации не является обнародованием самой диссертации, обнародование анонса кинофильма не делает кинофильм обнародованным.

Для признания произведения обнародованным не имеет значения, какое число лиц фактически ознакомились с произведением; важно лишь, что произведение было доступно для всеобщего сведения.

4. В абзаце 2 п. 1 комментируемой статьи содержится определение понятия "опубликования произведения". Опубликование (или выпуск в свет) произведения - это выпуск в обращение (в гражданский оборот) экземпляров (копий) произведения. Опубликование, таким образом, имеет место в том случае, когда произведение воплощено в каком-либо материальном носителе (ст. 1227), и эти материальные носители (экземпляры, копии) поступают в гражданский оборот в количестве, достаточном для удовлетворения разумных потребностей публики.

Какое число экземпляров произведения должно быть выпущено в обращение для того, чтобы считать опубликование состоявшимся, зависит от характера произведения. Важное значение для решения этого вопроса имеет и последующее депонирование некоторых экземпляров произведения в общедоступном месте (библиотеке, информационном центре и т.п.).

Опубликование (выпуск в свет) произведения, конечно, осуществляется с согласия автора (или иного правообладателя), но это не особое личное неимущественное право, это один из способов реализации права на обнародование произведения. Любое опубликованное произведение является обнародованным; однако не любое обнародованное произведение является опубликованным.

Опубликование произведения может быть как первым, так и последующим. Первое опубликование произведения означает и обнародование произведения, если оно до этого момента не было обнародовано.

Опубликование является одним из самых надежных доказательств факта обнародования произведения.

5. Опубликование ранее обнародованного произведения увеличивает число случаев, когда произведение может использоваться свободно.

6. Международные договоры об авторском праве, а также законодательство зарубежных стран по авторскому праву, решая вопрос о предоставлении авторско-правовой охраны отдельным категориям иностранных произведений, оперируют как понятием "опубликование" (выпуск в свет - Published Works, erschienene Werke), так и понятием "обнародованное, но неопубликованное произведение" (Works Made available to the Public, veroffentliche Werke). По Всемирной конвенции об авторском праве (ст. VI) выпуском в свет считается воспроизведение в материальной форме и распространение среди публики экземпляров произведения, которое можно прочесть или зрительно воспринять иным образом. По Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений [ст. 3 (3)] произведение выпущено в счет, если экземпляры произведения выпущены в обращение в таком количестве, которое способно удовлетворить разумные потребности публики. При этом не считается выпуском в свет представление драматического, музыкально-драматического или кинематографического произведения, исполнение музыкального произведения, публичное чтение литературного произведения, сообщение по проводам или передача в эфир литературных или художественных произведений, показ произведения искусства и сооружение произведения архитектуры.

На эти конвенционные нормы могут ссылаться иностранные авторы и иные правообладатели при определении самого факта и пределов охраны своих произведений в России.

7. В соответствии с п. 2 комментируемой статьи, если автор передает по договору другому лицу произведение для использования, то считается, что он тем самым дает согласие на обнародование этого произведения.

Общий смысл этой нормы ясен и состоит в том, что в договоре можно не отражать согласие автора на обнародование своего произведения, поскольку это согласие предполагается, презюмируется. Иными словами, личное право на обнародование считается включенным в имущественное право на соответствующее использование произведения.

Следует считать, что эта норма является диспозитивной: в договоре может быть предусмотрено иное. Действительно, договором о приобретении в собственность картины, скульптуры, рисунка может быть предусмотрено, что это произведение будет использовано путем размещения в помещении, недоступном для широкой публики, что право на обнародование лицензиару не передается.

В комментируемой норме указывается на то, что она применяется к договорам, в соответствии с которыми "произведение передается другому лицу для использования".

Под это определение не подпадают ни договоры об отчуждении исключительного права (ст. 1234, 1285 ГК РФ), ни лицензионные договоры (ст. 1235, 1286 ГК РФ). Лишь в договоре авторского заказа (п. 1 ст. 1289 ГК РФ) указано о передаче заказчику созданного произведения; при этом в ст. 1288 ГК РФ поясняется, что речь идет о передаче заказчику "материального носителя" произведения.

Таким образом, строго формальное толкование этой нормы, которая, кстати сказать, имеет право на существование, приводит к выводу, что данная норма применима только к договорам авторского заказа.

Но такое толкование существенно сужает сферу применения этой нормы, которая исходя из ее общего смысла должна применяться более широко. В связи с этим следует считать, что в данном случае законодатель допустил небрежность и данная норма должна применяться ко всем договорам об отчуждении исключительных авторских прав, а также ко всем лицензионным договорам (ст. 1285 - 1289 ГК РФ). Это толкование представляется наиболее логичным.

8. В пункте 3 комментируемой статьи содержатся правила, касающиеся обнародования произведения после смерти автора.

В этот период времени вопрос об обнародовании произведения решается лицом, обладающим исключительным правом на произведение (правообладателем).

Однако это лицо имеет право обнародовать (посмертно) произведение лишь в том случае, если это не противоречит воле автора, определенно выраженной им в завещании, письмах, дневниках или ином письменном документе.

Следует считать, что к праву на обнародование по аналогии применимы нормы абз. 1 п. 2 ст. 1267 ГК РФ.

Если автор в завещании или в ином письменном документе запретил обнародование произведения после своей смерти, права правообладателя этого произведения фактически "парализуются".

Видимо, вопрос о реализации права на посмертное обнародование произведения в этом случае может быть предметом судебного рассмотрения.

Статья 1269. Право на отзыв

Комментарий к статье 1269

1. Если автор после обнародования своего произведения не желает по каким-либо причинам его дальнейшего широкого использования, он обычно отказывается заключать новые лицензионные договоры об использовании этого произведения; он также сообщает о своем решении аккредитованным организациям, осуществляющим управление правами на коллективной основе (п. 4 ст. 1244 ГК РФ). После этого использование такого произведения ограничивается случаями свободного использования обнародованного (опубликованного) произведения (ст. 1273, 1274 ГК РФ и др.).

Однако автор может поступить более решительно: реализовать свое право на отзыв.

2. Право на отзыв - это не самостоятельное право (а потому оно не указано в ст. 1255 ГК РФ); это лишь дополнительное правомочие, входящее в право на обнародование. Это право автор может реализовать в следующих двух ситуациях.

3. Первая ситуация: произведение еще не обнародовано, но автор уже заключил договор об отчуждении исключительного права либо лицензионный договор, предоставивший другому лицу право обнародовать произведение автора. В этих условиях автор уведомляет своего договорного партнера: "Я решил воспользоваться своим правом отзыва, и потому отзываю мое согласие на обнародование произведения". После этого автор обязан возместить своему договорному партнеру убытки, вызванные отзывом права на обнародование.

4. Вторая ситуация: произведение уже обнародовано. Тогда автор вправе публично оповестить о его отзыве.

Во второй фразе ч. 1 комментируемой статьи указано, что в ситуации, когда произведение уже обнародовано, автор "также" обязан публично оповестить о его отзыве. Поскольку в предшествующей фразе никакого публичного оповещения не предусматривается, следует признать, что слово "также" здесь лишнее.

После сделанного автором публичного оповещения об отзыве своего ранее обнародованного произведения это произведение должно рассматриваться как необнародованное: оно охраняется в режиме необнародованного произведения. Это, в частности, означает, что случаи свободного использования такого произведения резко ограничиваются. Что касается ранее выпущенных экземпляров этого произведения, то они либо изымаются автором из обращения с возмещением причиненных убытков, т.е. принудительно выкупаются, либо остаются в гражданском обороте, и тогда к ним применяются нормы ст. 1272 ГК РФ ("Исчерпание авторских прав").

Если в то время, когда автор делает оповещение об отзыве своего ранее обнародованного произведения, автор не состоит в договорных отношениях по поводу использования этого произведения, то никаких убытков третьим лицам он возмещать не обязан (за исключением случаев, когда он выкупает экземпляры произведения).

5. Если автор реализовал свое право отзыва в отношении определенного произведения, в результате чего договор об отчуждении или использовании этого произведения был расторгнут, то в случае пересмотра автором в дальнейшем своего решения об отзыве прежний партнер по договору имеет преимущественное право на заключение нового договора.

6. В соответствии с ч. 2 комментируемой статьи автор не имеет права отзыва, когда в качестве объекта отзыва выступает программа для ЭВМ, служебное произведение или произведение, вошедшее в сложный объект, в частности в аудиовизуальное произведение.

7. После смерти автора право на отзыв может реализовываться лицом, обладающим исключительным правом на произведение.

Статья 1270. Исключительное право на произведение

Комментарий к статье 1270

1. В пункте 1 комментируемой статьи, по сути, повторяются общие нормы, содержащиеся в п. 1 ст. 1229 ГК РФ.

В связи с этим к п. 1 ст. 1270 ГК РФ применимы все положения, содержащиеся в п. 1 - 9 комментария к ст. 1229 ГК РФ.

2. Пункт 2 комментируемой статьи начинается с общего указания о том, что использованием произведения, на которое распространяется исключительное право правообладателя, являются как те действия, которые совершаются с целью извлечения прибыли, так и те, которые совершаются без такой цели, т.е. бескорыстно совершаемые действия. Это очень важное указание. Оно применимо не только к сфере авторского права и не только к интеллектуальным правам. По сути, это общий принцип гражданского права.

3. В пункте 2 данной статьи перечислены одиннадцать способов использования произведения, которые "в частности" считаются способами использования исключительного авторского права.

Указание "в частности" означает, что если определенное действие не подпадает под определение какого-либо из одиннадцати перечисленных далее способов использования исключительного права, то это не значит, что оно не является использованием исключительного права: норма, содержащаяся в п. 1 комментируемой статьи, прямо устанавливает, что исключительное право может быть использовано любым (т.е. и иным) способом.

Но это не значит, что перечисление этих одиннадцати способов использования исключительного права не имеет смысла, не значит, что это перечисление является чисто иллюстративным.

Правовой смысл этого примерного перечня состоит в следующем.

Во-первых, если произведение использовано каким-либо из перечисленных одиннадцати способов, это означает, что исключительное право было использовано, и никаких споров и разногласий по этому поводу не может быть. Если же произведение использовано каким-либо иным, новым, необычным способом, в этом случае все же возможен спор о том, является ли этот способ способом использования исключительного права или это вообще новое явление, вообще не способ использования исключительного права.

Во-вторых, лицензионный договор может по-разному регулировать вопрос о сфере действия прав, предоставляемых лицензиату. В частности, такой договор может предусматривать предоставление лицензиату права использовать произведение какими-либо способами, указанными в п. 2 комментируемой статьи. В этом случае определение сферы действия того или иного способа приобретает правовое значение - для взаимоотношений между лицензиаром и лицензиатом.

4. Перечисляемые в п. 2 одиннадцать способов использования произведений именуются также субъективными имущественными правами (правомочиями).

5. В подпункте 1 п. 2 воспроизведение произведения рассматривается как первый способ его использования.

Воспроизведение определяется как изготовление одного экземпляра или большего числа экземпляров произведения, т.е. повторение произведения на материальном носителе. Воспроизведение (тиражирование, копирование) - исторически первое и на начальном этапе развития авторского права единственное имущественное авторское правомочие.

Воспроизведение - это повторение оригинала произведения в любой материальной форме. Воспроизведение есть не творческий, а технический процесс, не влекущий появления нового объекта авторского права: недаром в тексте ГК РФ употребляется слово "изготовление", а не создание.

Авторское право зародилось в Англии как право на изготовление копий книг, что нашло отражение и в названии самого этого права - "Copyright" - право копирования. Сам

этот термин "Copyright" сохранился, но теперь он переводится на русский язык как "авторское право".

Бернская конвенция об охране литературных и художественных произведений 1886 г. первоначально предусматривала закрепление за авторами именно этого правомочия (reproduction, Verfilfaltigung). Лишь постепенно развитие технических средств и расширение понимания авторского права привели к появлению и признанию других авторских правомочий, которые на первых порах пытались втиснуть в прокрустово ложе права на воспроизведение.

Творческий повтор не есть воспроизведение. Поэтому копирование живописного полотна (картины) от руки является не воспроизведением, а созданием нового объекта авторского права.

Перевод плоскостного изображения в объемное и, наоборот, перевод объемного изображения в плоскостное, если они включают в себя элементы творчества, не могут рассматриваться как воспроизведение. Но, конечно, если творчества при этом не привносится, то это - случаи воспроизведения.

Вместе с тем воспроизведение произведения в переводе, переработке является воспроизведением не только перевода, переработки, но и воспроизведением оригинала или первоначального произведения.

Запись произведения на электронном носителе, в том числе запись произведения в память ЭВМ, также является воспроизведением, потому что электронный носитель является материальной формой выражения произведения. Слово "считается" употребляется в тексте ГК РФ в смысле "является".

При формальном толковании второй фразы подп. 1 п. 2 может быть сделан вывод, что запись произведения на электронном носителе не считается воспроизведением, если "такая запись является временной и составляет неотъемлемую и существенную часть технологического процесса, имеющего единственной целью правомерное использование записи или правомерное доведение произведения до всеобщего сведения".

Однако формальное толкование этой нормы в данном случае было бы неправильным, оно не имеет логики. На самом деле смысл этой нормы состоит в том, что такая запись произведения на электронном носителе, хотя и является воспроизведением, тем не менее такое воспроизведение не входит в сферу действия исключительного права на использование произведения, т.е. может осуществляться свободно.

В подпункте 1 п. 2 устанавливается, что воспроизведением является изготовление одного или более экземпляра произведения "или его части". Это упоминание о "части" произведения хотя и не является ошибочным, однако крайне неудачно. Если следовать этой логике, слова "часть произведения" надо бы употреблять в ГК РФ каждый раз после употребления термина "произведение".

Но этого не надо делать: и без такого упоминания "произведение" всегда означает "произведение или его часть". При этом следует иметь в виду, что "часть произведения" получает правовую охрану не потому, что это часть какого-то охраняемого произведения, а потому, что эта "часть" является самостоятельным произведением.

6. В подпункте 2 п. 2 закреплено второе имущественное правомочие - право на распространение произведения.

Это правомочие тоже всегда связано с произведением, воплощенным в материальном носителе: это право отчуждать материальный носитель (оригинал его или экземпляр, копию) путем продажи или иным путем, например посредством мены и дарения. Однако передача материального носителя произведения в аренду (прокат) составляет содержание иного правомочия (см. подп. 5 п. 2 комментируемой статьи).

Распространение произведения составляет отдельный способ использования произведения, так как оно по времени своего совершения и по территории совершения может не совпадать с воспроизведением произведения. Все это свидетельствует о целесообразности конструирования отдельного права на распространение.

Однако если право на распространение прямо не упоминается в лицензионном договоре, в большинстве случаев это не означает, что такое право не предоставлено лицензиату. Так, если лицензионный договор, заключенный издательством, предусматривает, что издательство вправе издать произведение тиражом 10 тыс. экземпляров, а срок действия договора составляет три года, то из этого договора вытекает право издательства не только воспроизвести произведение, но и продавать его экземпляры в течение трех лет и разумного срока, необходимого для продажи остатка тиража. Толкование такого договора должно осуществляться в соответствии со ст. 431 ГК РФ.

С правом на распространение произведения тесно связаны нормы ст. 1272 ГК РФ (см. комментарий к ней).

7. В подпункте 3 п. 2 устанавливается третье имущественное правомочие - право на публичный показ. Это право демонстрации (показа) оригинала или экземпляра (копии) произведения. Такая демонстрация (показ) могут относиться только к статичному произведению. К музыкальному, сценическому, аудиовизуальному произведению это понятие не может быть применено. Следовательно, обладатели исключительных прав на эти последние категории произведений таким правомочием не обладают.

Однако отдельные неподвижные кадры аудиовизуального произведения могут быть показаны публично.

В комментируемой норме предусматривается, что отдельные кадры аудиовизуального произведения могут быть публично показаны, но "без соблюдения их последовательности". Смысл этой оговорки состоит в том, что при показе отдельных кадров аудиовизуального произведения в их последовательности создается иллюзия движения, а это уже не "показ" в смысле ст. 1270 ГК РФ.

Демонстрация (показ) произведения может осуществляться непосредственно (картина повешена на стену в музее) либо с помощью технических средств - экран, пленка, телевизионный кадр и т.п.

8. Использование произведения путем "показа" только тогда входит в сферу действия подп. 3 п. 2, когда такой показ является "публичным".

Показ является публичным, если он происходит в месте, открытом для свободного посещения. К числу этих мест следует относить музеи, выставки, холлы гостиниц, фотовитрины. Необходимость внесения платы за посещение такого места (входная плата в музей и т.п.) не имеет значения для решения вопроса о признании этого места открытым для свободного посещения.

Публичным может быть и показ, осуществляемый не в месте, открытом для свободного посещения, а в ином месте, если здесь присутствует значительное число лиц, не принадлежащих к обычному кругу семьи (вузы, колледжи, школы, приемные государственных учреждений, частные (домашние) лектории и т.п.).

Наконец, в комментируемой норме отмечается, что показ признается публичным "независимо от того, воспринимается ли произведение в месте его демонстрации или в другом месте одновременно с демонстрацией произведения". Эта норма относится к публичному показу как в месте, открытом для свободного посещения, так и в ином месте, отвечающем указанным выше критериям. Таким образом, показ изображения картины или скульптуры на телеэкране - это публичный показ.

9. Провозгласив публичный показ самостоятельным способом использования произведения, входящим в сферу исключительного права на использование произведения, законодатель часто забывает об этом. В связи с этим приходится расширительно толковать нормы ст. 1272 и 1291 ГК РФ (см. комментарий к ним).

10. В подпункте 4 п. 2 комментируемой статьи указывается, что импорт оригинала или экземпляра произведения в целях распространения является самостоятельным способом использования исключительного права.

Под импортом следует понимать пересечение товарами - материальными носителями произведений - Государственной границы РФ; возможное последующее растаможивание этого товара не имеет значения.

Если импортируемые товары являются контрафактными, то правообладатель вправе защищать свои права еще до того, как эти товары начнут распространяться (см. также п. 4 ст. 1252 ГК РФ).

11. Подпунктом 5 п. 2 устанавливается, что прокат оригинала или экземпляра произведения является самостоятельным способом использования произведения.

Термин "прокат" не следует понимать узко, в том значении, которое придается ему ст. 626 ГК РФ. Следует полагать, что в данном случае под этим термином имеется в виду вообще любая аренда (имущественный наем).

Безвозмездное пользование материальным объектом, воплощающим произведение, под данный способ использования произведения не подпадает (см. также п. 4 комментируемой статьи).

12. Шестым способом использования произведения является публичное исполнение произведения (подп. 6 п. 2 данной статьи).

Исполнение определяется как представление произведения. В отличие от "показа", когда произведение демонстрируется в статическом, спокойном, неподвижном состоянии, исполнение произведения - это длящийся во времени процесс, причем в этот период времени исполняемый объект изменяется и развивается. Исполнение как способ использования произведений применимо к музыке, литературному чтению, сценическим произведениям, аудиовизуальным произведениям.

Напротив, произведения изобразительного искусства, архитектуры, фотографии, географические карты не могут использоваться путем исполнения.

В комментируемой норме различают: живое исполнение (исполнение с помощью артистов, музыкантов и т.п.; иногда в этом термине слово "живое" берется в кавычки) и исполнение с помощью технических средств, в частности по радио и телевидению.

Представление аудиовизуального произведения в кинотеатре, видеосалоне и т.п. также считается исполнением. Для аудиовизуального произведения в данной статье употребляется термин "показ", но в данном случае этот термин используется в значении "исполнение", а не в том смысле, каком он применяется в подп. 3 п. 2 комментируемой статьи.

Исполнение произведения по радио и телевидению подпадает, кроме того, под подп. 7 п. 2 данной статьи, а исполнение произведения по радио и телевидению с помощью кабеля - под подп. 8 п. 2. Это обстоятельство необходимо учитывать при заключении и толковании лицензионных договоров.

13. Использование произведения путем "исполнения" только тогда входит в сферу действия подп. 6 п. 2, когда такое исполнение является "публичным".

Понятие "публичности" определяется точно таким же образом, как и понятие "публичности" применительно к публичному показу (подп. 3 п. 2) (см. п. 8 комментария к данной статье).

При этом термин "показ", применяемый в подп. 6, означает "исполнение", "представление", а не то, что он значит в подп. 3 п. 2.

14. Седьмой способ использования произведения (подп. 7 п. 2 комментируемой статьи) - сообщение произведения в эфир, т.е. сообщение его для всеобщего сведения (трансляция) по радио и телевидению. При сообщении произведения для всеобщего сведения по радио одновременно имеет место публичное исполнение произведения; если же произведение сообщается для всеобщего сведения по телевидению, одновременно имеет место публичный показ или публичное исполнение произведения. Это обстоятельство необходимо учитывать при заключении и толковании лицензионных договоров.

При сообщении в эфир произведение становится доступным для слухового и (или) зрительного восприятия широкого круга лиц; при этом не имеет значения, принимал ли кто-либо это сообщение. Под этот способ использования произведения подпадает ретрансляция, а также трансляция посредством спутников связи. Однако особо подчеркивается, что кабельная (проводная) трансляция не относится к этому способу использования.

Необходимый признак сообщения в эфир - публичность; сообщение должно быть доступным неопределенному числу лиц. Поэтому кодированные сообщения не являются сообщениями в эфир за исключением тех случаев, когда средства декодирования предоставляются неограниченному кругу лиц (хотя и за плату).

Разумеется, эти средства декодирования должны быть законными (см. ст. 1299 ГК РФ).

При сообщении в эфир через спутник связи в некоторых случаях сигналы с наземной станции на спутник (восходящая фаза) являются закодированными, причем средства декодирования не предоставляются неограниченному кругу лиц. Более того, иногда это имеет место и при передаче сигналов со спутника на наземную станцию (нисходящая фаза). В этих случаях указанные действия выходят за рамки "сообщения в эфир" как данного способа использования произведений.

Передача произведения через Интернет в режиме реального времени или со смещением по времени является сообщением произведения в эфир или по кабелю.

15. Восьмой способ использования произведений - сообщение по кабелю (подп. 8 п. 2 комментируемой статьи).

В этом случае радио- или телесигналы сообщаются с помощью кабеля, провода, оптического волокна и другими подобными средствами, а не через эфир. Под этот способ использования подпадают только те случаи, когда сигналы сообщаются для всеобщего сведения. Следовательно, различные локальные кабельные системы, обслуживающие отдельные учреждения, гостиницы и т.п., под данный способ использования не подпадают.

Проблемы, касающиеся кодированных сигналов, решаются так же, как и при сообщении в эфир (см. п. 14 комментария к данной статье).

Практически во многих случаях при сообщении по кабелю "часть пути" транслируемые сообщения проходят через эфир. Это обстоятельство надо учитывать при заключении и толковании лицензионных договоров.

См. также последний абзац п. 14 комментария к данной статье.

16. В подпункте 9 п. 2 комментируемой статьи указан девятый способ использования произведения - перевод или другая переработка произведения.

Этот способ, как указывается в данной норме, состоит в создании производного произведения: перевода, обработки, экранизации, аранжировки, инсценировки и т.п.

Если попытаться строго формально толковать эту норму, надо прийти к выводу, что само по себе создание перевода или инсценировки литературного произведения является использованием исключительного права, принадлежащего обладателю прав на оригинал или на первоначальное произведение, а потому, если такие действия произведены без согласия этого лица, сам оригинал (или экземпляр) сделанного перевода (или сделанной инсценировки) является контрафактным и подлежит изъятию и уничтожению (п. 4 ст. 1252 ГК РФ).

Если при этом вспомнить, что создание перевода или инсценировки является творческим процессом, то нельзя не признать, что норма, содержащаяся в подп. 9 п. 2 комментируемой статьи, которая, по сути, запрещает создавать перевод или инсценировку без согласия владельца исключительного права на оригинал или первоначальное произведение, ограничивает свободу творчества, т.е. является антиконституционной. Она противоречит ч. 1 ст. 44 Конституции РФ. Есть уверенность, что именно так будет истолкована эта норма судебными органами.

Таким образом, использование произведения для создания на его основе производного произведения само по себе не является и не может являться использованием первоначального произведения.

Другой вопрос - использование производного произведения является одновременно и использованием первоначального произведения и должно производиться только с согласия обладателя исключительного права на первоначальное произведение (см. также ст. 1260 ГК РФ и комментарий к ней).

17. Третья фраза подп. 9 п. 2 комментируемой статьи посвящена переработке (модификации) программ для ЭВМ и баз данных. Если и поскольку переработка (модификация) указанных произведений является процессом творчества, к ним применимы все выводы и замечания, содержащиеся в п. 16 комментария к настоящей статье.

Далее в данной норме к переработкам указанных произведений отнесены:

1) перевод программы для ЭВМ с одного языка на другой и

2) перевод базы данных с одного языка на другой.

Эти нормы вызывают некоторые замечания. Различаются естественные языки (языки человеческого общения) и машинные (искусственные) языки (языки программирования). Это совершенно разные явления.

Общеизвестно, что перевод произведения с одного естественного языка на другой естественный язык является творческим процессом и приводит к появлению оригинального результата - перевода.

Что касается перевода программы для ЭВМ с одного машинного языка на другой, то это не творческий, а технический процесс. Язык, на котором выражена программа для ЭВМ, не входит в понятие "формы произведения", в то время как язык романа - часть формы романа как авторского произведения.

В отношении перевода базы данных имеется еще одно дополнительное замечание: база данных - это сборное, составное произведение; это не произведение литературы. А перевод может быть осуществлен только в отношении произведений литературы. При применении данной нормы необходимо учитывать эти замечания.

Поскольку выражение программы для ЭВМ или базы данных на другом языке не является переводом, эти действия следует считать воспроизведением. А воспроизведение в соответствии с подп. 1 п. 2 настоящей статьи является способом использования исключительного права на произведение.

Из оговорки, содержащейся в третьей фразе подп. 9 п. 2 комментируемой статьи, следует, что адаптация (внесение изменений, осуществляемых исключительно в целях функционирования программы для ЭВМ или базы данных на конкретных технических средствах пользователя или под управлением конкретных программ пользователя) не является переработкой (модификацией) программы для ЭВМ или базы данных.

Эта норма выражена неточно. Ее смысл состоит в том, что такая адаптация хотя и является переработкой (модификацией), но она не подпадает под действие подп. 9 п. 2, поскольку она может производиться свободно. Нормы, содержащиеся в ст. 1280 ГК РФ, подтверждают данный вывод.

18. Десятый способ использования произведения (подп. 10 п. 2 комментируемой статьи) - практическая реализация произведения.

Этот способ относится только к прямо указанным здесь категориям произведений: к архитектурным, дизайнерским, градостроительным и садово-парковым проектам.

Перечисленные категории произведений считаются использованными не только в тех случаях, когда они используются каким-либо способом, указанным в подп. 1 - 9 и 11 п. 2 комментируемой статьи, но и тогда, когда они "практически реализованы".

Понятие "практической реализации" раскрыто в п. 3 данной статьи: это практическое применение положений, составляющих содержание произведения.

Это означает, что использованием архитектурного проекта считается сооружение здания; дизайнерского проекта - изготовление промышленного изделия; градостроительного проекта - сооружение города; садово-паркового проекта - создание самого сада с примыкающим к нему парком.

19. Последний - одиннадцатый - способ использования произведений из перечисленных в п. 2 комментируемой статьи указан в подп. 11. Краткое его название - доведение произведения до всеобщего сведения.

Заключается этот способ использования в том, что правообладатель может довести произведение до всеобщего сведения, т.е. поместить (разместить) его таким образом, чтобы любое лицо могло получить доступ к произведению из любого места и в любое время по собственному выбору.

Поскольку непосвященный человек никогда не сможет догадаться, что же это такое, необходимо сделать пояснение: здесь имеется в виду помещение произведения в сеть Интернет, а также дальнейшее использование произведения в сети Интернет.

Когда произведение размещается в Интернете - в открытом режиме или с возможностью ознакомления с ним (или "скачивания" его) за плату, пользователи могут по своему собственному выбору получить доступ к такому произведению, ознакомиться с ним и "скачать". Включение такого способа использования произведения в п. 2 комментируемой статьи означает, что следующие действия, производимые без согласия владельца исключительных авторских прав на произведение, являются незаконными (каждое по отдельности):

1) помещение произведения в Интернет (как в открытый доступ, так и в платный);

2) даже если произведение размещено в Интернете на каком-либо сайте - помещение произведения на ином сайте;

3) проникновение на сайт, содержащий произведение, путем обхода или взлома кода;

4) "скачивание" произведения с нарушением установленных правил.

Разумеется, произведение, законно размещенное в Интернете, становится обнародованным и - как обнародованное - может использоваться свободно в случаях, предусмотренных для обнародованных произведений.

20. Доведение произведения до всеобщего сведения как способ использования произведения, а по сути - как имущественное правомочие введено в российское законодательство под влиянием Договора Всемирной организации интеллектуальной собственности (ВОИС) по авторскому праву 1996 г., где оно определяется как "исключительное право разрешать любое сообщение своих произведений для всеобщего сведения по проводам или средствам беспроволочной связи, включая доведение своих произведений до всеобщего сведения таким образом, что представители публики могут осуществлять доступ к таким произведения из любого места и в любое время по их собственному выбору".

Приведенный выше официальный русский текст этой Конвенции, как это видно, несколько отличается от текста анализируемой нормы ГК РФ. Более того, официальный русский текст отличается от официальных текстов этой Конвенции на других языках, в частности на английском.

Следует полагать, что при толковании анализируемой российской нормы могут быть приняты во внимание формулировки, содержащиеся в указанной Конвенции, в том числе в ее различных языковых вариантах. В случае присоединения России к указанной Конвенции российская норма должна толковаться с учетом норм указанной Конвенции.

21. В пункте 3 комментируемой статьи устанавливается, что практическое применение положений, составляющих содержание произведения, в том числе положений, представляющих собой техническое, экономическое, организационное или иное подобное решение, не является использованием произведения.

Эта норма хорошо сочетается с нормой, содержащейся в п. 5 ст. 1259 ГК РФ, в соответствии с которой содержание произведения само по себе авторским правом не охраняется.

В соответствии с п. 3 приготовление блюда по рецепту, предложенному в поваренной книге, или строительство Вавилонской башни на основе изложенных в новой научной книге данных и расчетов, касающихся этого предмета, не являются действиями по использованию соответствующих произведений, а потому такие действия не могут быть запрещены (или разрешены) обладателями исключительных авторских прав на эти книги.

Исключение составляют случаи, указанные в подп. 10 п. 2 комментируемой статьи (см. п. 18 комментария к данной статье).

22. Пункт 4 комментируемой статьи относится к праву проката программ для ЭВМ.

Обычно программа для ЭВМ включается в состав компьютера и участвует в гражданском обороте как составная часть компьютера.

Приобретая компьютер, покупатель приобретает вместе с ним и программу для ЭВМ (записанную на его жестком диске и т.п.).

Комментируемая норма устанавливает, что при дальнейшей передаче этого компьютера в прокат (в аренду) не требуется испрашивать согласия владельца исключительного права на данную программу для ЭВМ, ибо основным объектом проката в данном случае является не эта программа, а сам компьютер с этой программой. Программа для ЭВМ в данном случае как неосновная часть арендуемого имущества может сдаваться в прокат (аренду) свободно.

Это, однако, не относится к случаям, когда программа для ЭВМ участвует в гражданском обороте как основной товар, как программа, записанная на диске. Сдача такой программы в прокат осуществляется либо самим правообладателем, либо с его разрешения (путем заключения лицензионного договора).

23. В лицензионных и иных договорах, касающихся использования произведений, способы использования произведений могут указываться либо так, как они определены в комментируемой статье, либо иначе, причем любым иным образом.

Но при употреблении терминов, содержащихся в данной статье, содержание этих терминов должно определяться так, как оно указано в комментируемой статье.

Статья 1271. Знак охраны авторского права

Комментарий к статье 1271

1. Комментируемая статья предусматривает возможность использования правообладателем знака охраны авторского права.

Знак охраны авторского права состоит из трех элементов:

- буквы "С" в окружности;
- указания имени или наименования правообладателя;
- указания года первого опубликования произведения.

Буква "С" (обычно произносится как "эс" или, как она звучит по-английски - "си"; хотя ГК РФ указывает на то, что это латинская буква, практически она никогда не произносится по-латыни, т.е. как "цэ") берет свое начало от английского Copyright - авторское право.

Знак охраны авторского права (по-английски - Copyright Notice) впервые появился в странах англо-американской правовой системы как обязательная формальность, необходимая для возникновения и сохранения авторского права. Постепенно этот знак получил распространение и в целом ряде других стран. Однако, столкнувшись с европейской (континентальной) системой охраны авторских прав, твердо стоящей на том, что авторское право возникает и действует независимо от выполнения каких бы то ни

было формальностей, этот знак превратился в факультативный, хотя в США и в настоящее время в некоторых случаях его отсутствие серьезно понижает уровень авторско-правовой охраны.

2. В настоящей статье устанавливается, что этот знак используется для оповещения об исключительных правах, принадлежащих правообладателю. Это указание сформулировано как неправовое: оповещение обычно производится в информационных целях, правового значения не имеющих.

Вместе с тем такое оповещение может иметь и правовой аспект: лицо, использующее этот знак, как бы заявляет о том, что исключительные права принадлежат ему и никому не будет позволено их нарушать.

Следует обратить внимание на п. 4 ст. 1259 ГК РФ и твердо уяснить, что проставление указанного знака никоим образом не расширяет авторские права и, наоборот, отсутствие такого знака никак не умаляет авторских прав правообладателя.

В тех случаях, когда нарушитель авторского права будет пытаться освободиться от возложения на него ответственности, ссылаясь на отсутствие своей вины (см. ст. 1250 ГК РФ), наличие знака охраны авторского права может иметь решающее значение для признания нарушителя виновным.

3. На практике знак охраны авторского права проставляется не только на экземплярах произведения, но и на оригинале; этот знак применяется и для неопубликованных произведений. Проставляет этот знак зачастую не только правообладатель, но и лицензиат, причем даже в тех случаях, когда предоставленные ему права не являются исключительными. Во всех этих случаях нарушений правовых норм нет, по крайней мере существенных.

Однако использование в знаке охраны авторского права ложных сведений (самое распространенное - неверное указание года первого опубликования, объясняющееся естественным желанием сделать произведение более "молодым") зачастую дает основания говорить о наличии недобросовестной конкуренции (ст. 14 Федерального закона от 26 июля 2006 г. N 135-ФЗ "О защите конкуренции").

Статья 1272. Распространение оригинала или экземпляров опубликованного произведения

Комментарий к статье 1272

1. В комментируемой статье закреплен принцип, известный как "принцип исчерпания исключительных авторских прав", особенно в законодательстве многих зарубежных стран. Для термина "исчерпание" в английском языке применяется слово "Exhaustion", в немецком - "Ersch pfung".

Этот принцип применяется и в отношении некоторых других интеллектуальных результатов и средств индивидуализации, воплощенных в материальных носителях (ст. 1325, 1344, 1359, 1487 ГК РФ). Последняя из указанных статей ГК РФ прямо так и называется: "Исчерпание исключительного права на товарный знак".

2. Этот принцип состоит в том, что если какое-либо произведение: 1) опубликовано; 2) воплощено в каком-либо материальном носителе (оригинал, экземпляр) и 3) этот материальный носитель "распространен", т.е. продан или отчужден какому-либо лицу, то дальнейшее распространение этого материального носителя осуществляется без согласия правообладателя и без выплаты ему вознаграждения - исключительное право распространения такого материального носителя "исчерпано".

Это императивная норма, она не может быть изменена или отменена договором.

В частности, договором не может быть предусмотрено, что "исчерпание" прав действует лишь на части территории РФ.

В результате действия этой нормы оригинал или экземпляр правомерно опубликованного произведения, проданный либо даже безвозмездно уступленный правообладателем другому лицу, может затем этим другим лицом, а равно и всеми последующими собственниками этого объекта продаваться или иным образом перепродаваться третьим лицам, на что не требуется ни согласия правообладателя, ни уплаты ему вознаграждения.

3. Как указано в данной статье, исчерпание прав имеет место только в том случае, если материальный носитель был продан или иным образом отчужден другому лицу "на территории Российской Федерации".

Это означает, что если названный материальный носитель опубликованного произведения был отчужден другому лицу за рубежом, то его ввоз (импорт) в Россию может быть ограничен; права на его распространение в России "не исчерпаны". Исключение составляют случаи, когда в лицензионном или ином договоре предусматривается, что правомерное распространение материальных носителей произведения, имеющее место за рубежом, означает "исчерпание" права на их распространение и в России.

Аналогичным образом, если право на распространение "исчерпано" в России, это "исчерпание" права не касается распространения материальных носителей за рубежом. Исключение составляют случаи, когда лицензионный или иной договор предоставляет лицензиату право свободного распространения материальных носителей произведения за рубежом.

4. Следует считать, что "исчерпание" прав ведет к прекращению (по аналогии) и права на публичный показ произведения (подп. 3 п. 2 ст. 1270 ГК РФ) (см. также соответствующий комментарий).

5. "Исчерпание" прав на материальный носитель произведения не прекращает права проката (аренды) этого материального носителя (см. подп. 5 п. 2 ст. 1270 ГК РФ).

6. Вопрос о том, распространяется ли "исчерпание" права на те имущественные правомочия, которые прямо не перечислены в п. 2 ст. 1270 ГК РФ, но принадлежат правообладателю в силу п. 1 ст. 1270 ГК РФ, должен решаться в зависимости от характера того или иного правомочия.

7. "Исчерпание" прав на материальный носитель позволяет новому собственнику материального носителя без согласия правообладателя изменять его форму (например, помещать в твердую обложку книгу, выпущенную в мягкой обложке). Однако при этом не должны нарушаться личные неимущественные права автора.

8. В комментируемой статье прямо оговаривается, что "исчерпание" права на распространение не прекращает права следования (ст. 1293 ГК РФ).

Статья 1273. Свободное воспроизведение произведения в личных целях

Комментарий к статье 1273

1. В статьях 1273 - 1278 и 1280 ГК РФ предусматриваются различные случаи свободного использования произведений. Все эти статьи начинаются со стандартной формулировки: "Допускается без согласия автора или иного правообладателя и без выплаты вознаграждения..." Далее указывается случай (или случаи), когда такое использование допустимо.

Случаи такого использования именуются "случаями свободного безвозмездного использования". В этом словосочетании термин "свободное" означает, что исключительное право в данном случае не действует, а "безвозмездное" означает, что и вознаграждение за такое использование правообладателю не должно выплачиваться.

В тексте ГК РФ выражение "автор или иной правообладатель" означает любой правообладатель, включая в это понятие и автора, если у последнего имеются

исключительные права. Выражение "без согласия правообладателя" означает, что на этот случай использования никакие исключительные права не распространяются.

Кроме случаев свободного безвозмездного использования произведений, в ГК РФ предусматриваются случаи свободного платного (возмездного) использования - когда согласия правообладателя спрашивать не надо, но сохраняется обязанность выплаты ему вознаграждения (ст. 1245, п. 3 ст. 1263, ст. 1293 ГК РФ).

2. Несмотря на то что в комментируемой статье речь идет о безвозмездном использовании произведений, тем не менее правообладатели используемых произведений определенные суммы в возмещение такого свободного использования должны получать посредством механизма, предусмотренного в ст. 1245 ГК РФ.

3. Комментируемая статья устанавливает принцип свободного безвозмездного воспроизведения произведения, если оно производится: 1) гражданином; 2) исключительно в личных целях и 3) относится к правомерно обнародованным произведениям.

"Воспроизведение" определено в подп. 1 п. 2 ст. 1270 ГК РФ.

В соответствии с данной нормой гражданин вправе воспроизвести (т.е. изготовить для себя) копию передаваемого по телевидению фильма, "скачать" на свой компьютер произведение, размещенное в Интернете (с последующим изготовлением бумажной копии), сделать на своем магнитофоне или на своем ксероксе копию звукозаписи или журнальной статьи. Однако этот случай свободного безвозмездного воспроизведения не распространяется на те случаи, когда такое воспроизведение осуществляется не гражданином, а организацией (даже если она действует по заказу гражданина), когда воспроизведение относится к необнародованному произведению либо, хотя и к обнародованному, но обнародованному неправомерно (например, на каком-то сайте в Интернете неправомерно размещено какое-либо произведение, музыкальное или иное), когда гражданин осуществляет такое воспроизведение не в личных целях, а для продажи этой копии или даже для того, чтобы подарить ее знакомому.

4. Копия произведения, полученная в соответствии с данной нормой, является вполне законной, легитимной. Но на ней имеется одно "несмываемое пятно": она не может распространяться, она может использоваться только для удовлетворения личных потребностей того гражданина, который ее изготовил. Никакого "исчерпания" прав (ст. 1272 ГК РФ) в отношении этой копии не происходит.

5. В комментируемой статье вместе с тем указаны шесть случаев, когда правомерно обнародованные произведения не могут быть воспроизведены гражданином, даже если это действие он намеревался осуществлять в личных целях. Иначе говоря, в указанных шести случаях такое воспроизведение должно осуществляться на общих основаниях, по согласованию с обладателем исключительных прав.

Первый такой случай - воспроизведение произведений архитектуры в форме зданий и аналогичных сооружений. Эта норма тесно связана с подп. 10 п. 2 и п. 3 ст. 1270 ГК РФ.

Под выражением "воспроизведение произведений архитектуры в форме зданий и аналогичных сооружений" имеется в виду строительство, сооружение, "практическая реализация" (последний термин употреблен в том же значении в п. 2 ст. 1270 ГК РФ).

Второй случай - воспроизведение баз данных и их существенных частей. Под "базами данных" имеются в виду разновидности авторских произведений (п. 2 ст. 1260 ГК РФ), а не те объекты, что указаны в подп. 4 п. 1 ст. 1304 ГК РФ.

Понятие "существенной части" базы данных в нормативных актах не определено. Следует полагать, что при определении того, является ли часть базы данных существенной, должны учитываться положения п. 7 ст. 1259 ГК РФ.

Третий случай, на который распространяется запрет воспроизведения в личных целях, касается программ для ЭВМ. Поскольку часть программы для ЭВМ также считается программой, этот запрет относится и к отдельным частям программы для ЭВМ.

Копирование программы для ЭВМ в личных целях, осуществляемое в соответствии со ст. 1280 ГК РФ, однако, является возможным.

Четвертый случай недопущения воспроизведения в личных целях относится не к воспроизведению вообще, а к разновидности воспроизведения - репродуцированию произведений, как оно определено в п. 2 ст. 1275 ГК РФ: не допускается в личных целях репродуцирование книг (полностью), а также репродуцирование нотных текстов.

Пятый случай, когда воспроизведение в личных целях запрещается, относится к такой ситуации: в месте, открытом для свободного посещения, или в месте, где присутствует значительное число лиц, не принадлежащих к обычному кругу семьи, осуществляется публичное представление аудиовизуального произведения. Таким образом, речь идет о представлении (показе) аудиовизуального произведения (фильма) на экране кинотеатра, видеозала, в ресторане, кафе, на открытой площадке или на "расширенном" просмотре в квартире. Анализируемая норма запрещает в такой ситуации гражданину записывать это аудиовизуальное произведение, даже если запись произведения осуществляется им в личных целях.

Наконец, шестой случай ограничения свободы воспроизведения произведений в личных целях относится к воспроизведению аудиовизуального произведения с помощью профессионального оборудования, не предназначенного для использования в домашних условиях: в этих обстоятельствах воспроизведение без согласия правообладателя не может осуществляться.

При этом не имеет значения, приобрел гражданин указанное профессиональное оборудование в собственность или лишь арендует его (взял в прокат). Более того, из анализируемой нормы вытекает, что запрещается не только изготавливать копию аудиовизуального произведения с помощью профессионального оборудования, но даже осуществлять просмотр его на экране с использованием профессионального оборудования, поскольку выведение аудиовизуального произведения на экран уже есть акт воспроизведения.

Статья 1274. Свободное использование произведения в информационных, научных, учебных или культурных целях

Комментарий к статье 1274

1. См. пункт 1 комментария к ст. 1273 ГК РФ.

2. В пункте 1 комментируемой статьи перечислены шесть случаев свободного безвозмездного использования произведений, которое может осуществляться "с обязательным указанием имени автора, произведение которого используется, и источника заимствования".

Под именем автора следует понимать имя, указанное на произведении; если автор выступает под псевдонимом, псевдоним должен быть указан вместо имени. Под источником заимствования можно понимать прежде всего название произведения либо место и время обнародования, опубликования или появления иного источника, содержащего произведение. Таким образом, "источник заимствования" может быть истолкован по-разному.

На практике возникают вопросы, как следует оценивать различные случаи использования произведений, которые хотя и подпадают по своему содержанию под один из подпунктов п. 1, но не содержат указания имени автора и источника заимствования либо содержат эти указания не полностью: подпадают эти случаи под действие п. 1 или мы имеем дело с нарушением имущественных прав, личных прав, либо с нарушением как личных, так и имущественных прав?

Однозначного ответа на этот вопрос не существует: следует дополнительно учитывать объем использования, наличие или отсутствие признаков присвоения авторства (плагиата), вину пользователя, практику того или иного свободного использования.

В частности, следует считать допустимым и подпадающим под п. 1 комментируемой статьи использование короткой цитаты. Например, все прошло, как с белых яблонь дым - с указанием за ней в скобках: Сергей Есенин (без указания каких-либо источников заимствования), и даже без указания имени автора, но тогда эта цитата обязательно должна быть взята в кавычки.

3. В подпункте 1 п. 1 указывается на два случая свободного использования - цитирование и использование в форме обзоров печати.

И в том и в другом случае возможно использование чужого произведения "в оригинале и в переводе". Это выражение означает, что при таких случаях свободного использования не допускается использовать произведение в других формах переработки (переделки), кроме перевода. Вместе с тем следует считать допустимым внесение в чужое используемое произведение некоторых редакционных поправок (перестановка слов, замена времени глагола и т.п.), не приводящих, однако, к искажению произведения.

Выражение "в оригинале или в переводе", хотя и не содержится в подп. 2 - 5 п. 1 комментируемой статьи, по смыслу применимо и должно применяться для определения пределов свободного использования на основе норм этих подпунктов.

4. Цитирование - первый случай свободного использования, указанный в подп. 1, - это включение в свое произведение чужого произведения (обычно частей чужого произведения). Под частью чужого произведения имеется в виду часть, охраняемая авторским правом: использование в своем произведении частей чужого произведения, которые не охраняются авторским правом (в частности, относящихся к содержанию произведения), выходит за сферу действия авторского права и анализируемого подпункта и всегда осуществляется свободно.

Обычно цитирование осуществляется в отношении литературных произведений, однако в музыковедческой литературе допускается цитирование из музыкальных произведений.

Цитата всегда должна быть отделена от основного текста, выделена из него. Если неясно, где цитата начинается и где заканчивается, то это не цитата.

Включение в аудиовизуальные произведения фрагментов из других аудиовизуальных произведений, если эти фрагменты выделены из контекста произведения, следует рассматривать как цитирование, если в конечных титрах аудиовизуального произведения указано, что "использованы фрагменты" из определенных произведений.

На вопрос, можно ли рассматривать как цитату включение произведения искусства или фотографии в коллаж, может быть дан положительный ответ, если это обусловлено какой-либо допустимой целью цитирования.

Указывается, что свободное цитирование допустимо в "научных, полемических, критических или информационных целях". Если цитирование производится в иных целях, оно должно быть основано на договоре с правообладателем. В частности, цитирование, направленное на усиление художественного воздействия, эстетического восприятия произведения читателем, зрителем, слушателем, не может осуществляться свободно. Так, если бы произведения М.Ю. Лермонтова охранялись авторским правом, В. Катаев должен был бы получить согласие на включение его стихотворения в роман "Белеет парус одинокий".

Однако в научно-художественной литературе допустимо свободное цитирование.

Объем цитирования определяется его целью: если критикуется одна строка песни, нельзя цитировать песню целиком, и т.п. В виде цитаты может быть использовано и все произведение целиком.

5. Второй случай свободного использования, подпадающий под подп. 1 п. 1, - воспроизведение отрывков из газетных и журнальных статей в форме обзоров печати. В анализируемой норме воспроизведение отрывка в обзоре печати названо разновидностью цитирования. Поэтому к данному случаю свободного использования применимы положения, касающиеся формы использования произведения (в оригинале или в переводе) и цели использования.

В некоторых случаях обзор печати представляет собой новое, целостное составное произведение; тогда использование чужого произведения в таком обзоре рассматривается как цитирование.

Обзор печати может не приводить к созданию нового произведения; это лишь "россыпь" отрывков из газетных и журнальных статей. Такое свободное использование тоже подпадает под подп. 1, но уже как самостоятельный случай свободного использования.

Обзоры поступивших в редакцию СМИ писем читателей не подпадают под нормы подп. 1 п. 1 комментируемой статьи, так как сами письма не были опубликованы; однако если поступившие в редакцию СМИ письма не искажаются, можно полагать, что они могут использоваться свободно.

6. В подпункте 2 п. 1 данной статьи устанавливается возможность свободного использования некоторых произведений в учебных целях. Для применения данной нормы учебная цель - ключевое понятие; она может частично совпадать с целью просвещения, образования, с научной целью, но полного совпадения здесь нет.

Под произведениями, которые могут свободно использоваться в соответствии с данной нормой, имеются в виду любые правомерно обнародованные произведения и отрывки из них (их части).

Эти произведения могут использоваться свободно в качестве иллюстраций (т.е. в качестве примеров для подкрепления каких-то положений) в произведениях учебного характера, а именно: 1) в изданиях; 2) радио- и телепередачах; 3) в звуко- и видеозаписях. Следует надеяться, что судебная практика распространит этот случай свободного использования на доведение до всеобщего сведения (подп. 11 п. 2 ст. 1270 ГК РФ).

Объем включения чужих произведений в виде иллюстраций в произведения учебного характера должен определяться учебной целью.

Исходя из общего смысла этой нормы, чужое произведение может использоваться в этом случае и в переводе; однако иная переработка может осуществляться лишь с согласия правообладателя.

Указанные выше учебные произведения вместе с иллюстрациями могут затем воспроизводиться, распространяться, сдаваться в прокат, доводиться до всеобщего сведения свободно, т.е. без согласия со стороны владельцев исключительных прав на приложенные к ним (или - включенные в них) иллюстрации.

Термин "иллюстрация" используется здесь в широком значении этого слова: это не только фото, репродукция произведения изобразительного искусства, но и иллюстративное использование литературного произведения. Иллюстрация должна быть воплощена в том же материальном объекте, что и основное, учебное произведение. Отдельно изданная хрестоматия, отдельный диск с записью песен и т.п. не могут считаться иллюстрациями.

7. Различные случаи свободного использования, подпадающие под подп. 3 п. 1, объединяет текущий, актуальный характер используемого материала. Это - газетные и журнальные статьи по экономическим, политическим, социальным и религиозным вопросам; переданные в эфир произведения такого же характера. Свободно используемое произведение обязательно должно быть злободневным. Различные обозрения, аналитические материалы, как можно полагать, под эту категорию не подпадают.

Такие статьи актуального, текущего характера иногда сопровождаются фотографиями, рисунками, схемами. Следует полагать, что, поскольку такие объекты составляют часть актуальной статьи, они могут использоваться свободно.

Свободное использование состоит в том, что указанные опубликованные в прессе или переданные в эфир актуальные произведения затем могут быть воспроизведены в прессе (с дальнейшим распространением экземпляров), сообщены в эфир или по кабелю.

Следует надеяться, что судебная практика распространит этот случай свободного использования на доведение произведения до всеобщего сведения (подп. 11 п. 2 ст. 1270 ГК РФ).

8. Свободное использование, упомянутое в подп. 3 п. 1, не может, однако, осуществляться, если правообладатель специально его запретил. Такой специальный запрет может быть установлен прямо или косвенно. Прямой и наиболее полный запрет может быть установлен следующим указанием: "Свободное использование настоящего произведения на основе подп. 3 п. 1 ст. 1274 ГК РФ запрещается". Краткая форма прямого запрета - указание "Перепечатка запрещена". Наконец, косвенный запрет - помещение рядом с произведением знака охраны авторского права (ст. 1271 ГК РФ). Следует считать, что помещение на номере газеты или журнала в целом знака охраны авторского права или указания "Перепечатки запрещаются" не является таким специальным запретом.

9. В подпункте 4 п. 1 комментируемой статьи указывается случай свободного использования произведений, для понимания которого важны два ключевых слова: речь идет о свободном использовании произведений, носящих политический характер, а само свободное использование преследует информационные цели.

Произведения, которые могут свободно использоваться, - это политические речи, обращения, доклады, выступления, причем произнесенные публично. Кроме литературного текста, указанные произведения могут включать также диаграммы, рисунки, чертежи, схемы и т.п.

По-видимому, под эту категорию подпадают и интервью политических деятелей. Однако чисто научные доклады, даже если они произносятся политическими деятелями, выходят за рамки этой категории.

Произведения данной категории могут быть свободно воспроизведены в прессе (т.е. в газетах и журналах, сообщены в эфир или по кабелю), но только в объеме, оправданном информационной целью. При этом небольшие по объему или очень важные политические произведения могут быть использованы целиком. На практике такие произведения часто используются в критических и полемических целях; эти цели тесно переплетаются с информационными.

Следует надеяться, что судебная практика распространит этот случай свободного использования на доведение произведения до всеобщего сведения (подп. 11 п. 2 ст. 1270 ГК РФ).

10. В соответствии со второй фразой подп. 4 п. 1 комментируемой статьи за авторами указанных публично произнесенных политических речей "сохраняется право на их опубликование в сборниках".

Сама эта норма никаких возражений не вызывает; однако возникает вопрос: кто вообще имеет право на использование произведений, указанных в подп. 4 п. 1? Ответ не вызывает сомнений: исключительное право на использование такого произведения принадлежит автору или иному правообладателю. Поэтому следует считать, что вне пределов свободного использования, указанных в первой фразе подп. 4 п. 1, все права на использование произведений указанных категорий принадлежат их правообладателям, и никакие выводы a contrario из второй фразы подп. 4 п. 1 делать не следует.

11. Подпункт 5 п. 1 комментируемой статьи относится к произведениям, которые случайно или попутно включены в состав других произведений.

Последние произведения условно названы "обзоры текущих событий". Очевидно, что это какие-то актуальные, злободневные произведения. Это могут быть действительно

обзоры текущих событий в виде аудиовизуального произведения (хроника дня и т.п.) или звукозаписи. Но сюда же относятся и фотографии с места события.

В обзоре текущих событий (включая в это понятие упомянутые фотографии) случайно или попутно может быть использовано какое-либо произведение другого автора: "фоновая" музыка, изображение картины или скульптуры на заднем плане и т.п. Подпункт 5 п. 1 устанавливает свободное использование этих чужих произведений, включенных в обзоры текущих событий. Включение в обзоры текущих событий этих чужих, свободно используемых произведений может быть осуществлено только в объеме, оправданном информационной целью. Эти произведения, иными словами, не должны специально "подставляться" для включения в обзор текущих событий.

12. Норма, содержащаяся в подп. 5 п. 1 комментируемой статьи, сформулирована крайне запутанно, и из нее практически невозможно понять, содержит ли она ограничения, касающиеся способов использования упоминаемого здесь обзора событий. В связи с этим следует считать, что наилучшим является толкование, сводящееся к тому, что данная норма не содержит ограничений, касающихся способов использования указанного обзора событий.

13. В соответствии с подп. 6 п. 1 любое правомерно опубликованное (не обнародованное, а именно опубликованное) произведение может быть свободно воспроизведено в такой форме, чтобы оно стало доступным для слепых людей. Обычная форма такого воспроизведения - рельефно-точечный шрифт; но, очевидно, это может быть и иная форма, например "говорящая книга".

При этом должно быть соблюдено одно дополнительное условие: такое воспроизведение и, видимо, дальнейшее распространение произведения в такой форме должны осуществляться без извлечения прибыли, т.е. либо бесплатно, либо за плату, но продажная цена не может быть выше себестоимости.

Следует полагать, что при этом произведение нельзя перерабатывать, но переводить на другой язык - допустимо.

Указанный случай свободного использования произведений для слепых не относится к тем произведениям, которые специально созданы для слепых, т.е. для использования в указанных особых формах.

14. Термин "воспроизведение", применяемый в подп. 1, 3, 4 п. 1 комментируемой статьи, включает в себя "распространение" полученных экземпляров.

В некоторых случаях свободное использование может одновременно подпадать под два или большее число подпунктов п. 1 комментируемой статьи.

15. Пункт 2 комментируемой статьи устанавливает правила свободного использования произведений библиотеками.

В соответствии со ст. 1 Федерального закона от 29 декабря 1994 г. N 78-ФЗ "О библиотечном деле" библиотека - это "информационное, культурное, образовательное учреждение, располагающее организованным фондом тиражируемых документов и предоставляющее их во временное пользование физическим и юридическим лицам".

В первой фразе п. 2 данной статьи указывается, что библиотека вправе свободно предоставлять во временное безвозмездное пользование экземпляры произведений, правомерно введенные в гражданский оборот.

Из этой нормы со всей очевидностью вытекает, что иные физические и юридические лица (кроме библиотек) не имеют права предоставлять другим лицам во временное безвозмездное пользование экземпляры правомерно введенных в гражданский оборот произведений без согласия правообладателей. Этот вывод, несмотря на всю абсурдность складывающейся ситуации, закономерно вытекает из нормы, устанавливающей "безбрежное" исключительное право (ст. 1229 и 1270 ГК РФ).

16. Вторая фраза п. 2 относится к случаям, когда библиотеки предоставляют во временное безвозмездное пользование экземпляры произведений, которые выражены в электронной форме. Это могут быть экземпляры, находящиеся на постоянном хранении в

библиотеке, а также полученные библиотекой в порядке взаимного использования библиотечных ресурсов. Выраженные в электронной форме экземпляры, очевидно, могут предоставляться во временное безвозмездное пользование только в помещениях библиотек, причем таким образом, чтобы была исключена возможность создания копии этого произведения в цифровой форме.

Эта норма является дополнительным исключением из общей нормы, допускающей воспроизведение произведения в личных целях, предусмотренной в ст. 1273 ГК РФ.

Установленный данной нормой запрет на свободное изготовление электронных (цифровых) копий не ограничивает возможности свободного создания копии такого произведения в бумажной (нецифровой) форме для личного пользования (ст. 1273 ГК РФ).

17. Пункт 3 комментируемой статьи посвящен пародиям и карикатурам. Эти произведения могут относиться к литературному, музыкальному, изобразительному и иному жанру. Указывается, что если первоначальные (оригинальные) произведения, которые являются объектом пародии или карикатуры, правомерно обнародованы, то создание и пародии, и карикатуры может осуществляться свободно и безвозмездно.

Отсюда вытекает, что необнародованные произведения не могут быть объектом пародии или карикатуры.

Следует учитывать, что создание пародии или карикатуры не является переделкой (переработкой) первоначального (оригинального) произведения; это создание нового, независимого произведения, создание новой формы. Пародии и карикатуры "узнаваемы", т.е. ассоциируются с первоначальным (оригинальным) произведением из-за сходства содержания (не охраняемого авторским правом), а не из-за сходства с формой (которая авторским правом охраняется).

Статья 1275. Свободное использование произведения путем репродуцирования

Комментарий к статье 1275

1. См. п. 1 комментария к ст. 1273 ГК РФ.

2. См. п. 2 комментария к ст. 1274 ГК РФ.

3. Пункт 1 комментируемой статьи относится к репродуцированию. Это понятие впервые упомянуто в подп. 4 п. 1 ст. 1273 ГК РФ (в этом и состоит смысл помещенной в скобках отсылки), но раскрыто оно в п. 2 данной статьи.

Пункт 1 относится не к любому репродуцированию, а к репродуцированию: 1) в единственном экземпляре и 2) без извлечения прибыли. Последнее, очевидно, означает, что репродуцирование осуществляется либо безвозмездно, либо за плату, которая не должна превышать себестоимость репродуцирования.

4. В подпункте 1 п. 1 устанавливается возможность свободного безвозмездного репродуцирования библиотекой или архивом в одном экземпляре правомерно опубликованного произведения, если этот экземпляр необходим библиотеке или архиву для восстановления или замены утраченного или испорченного экземпляра произведения, либо для предоставления этого экземпляра произведения другой библиотеке, которая по каким-либо причинам утратила свой экземпляр. О понятии и правовом статусе библиотеки см. Федеральный закон от 29 декабря 1994 г. N 78-ФЗ "О библиотечном деле".

О понятии и правовом статусе архива см. Федеральный закон от 22 октября 2004 г. N 125-ФЗ "Об архивном деле в Российской Федерации".

Определяя сферу применения этой нормы, прежде всего отметим, что в ней речь идет о репродуцировании только тех экземпляров произведений, которые ранее находились в фондах библиотек и в архивах, но были ими утрачены: данная норма не распространяется на случаи пополнения фондов библиотек и архивов новыми произведениями.

Следует обратить внимание и на то, что в данной норме не указано, почему библиотека предоставляет другой библиотеке экземпляр произведения: происходит ли это в порядке взаимопомощи (добровольно) или на основе каких-либо обязательных указаний нормативных правовых актов. И в том и в другом случае осуществляемое библиотекой репродуцирование подпадает под действие данной нормы.

Наконец, под действие данной нормы подпадает не только частичное, но и полное репродуцирование произведения.

Если будет установлено, что такой экземпляр произведения предоставляется другой библиотеке по цене, превышающей себестоимость, такое репродуцирование должно признаваться правонарушением, а изготовленный экземпляр - контрафактным.

5. Подпункт 2 п. 1 комментируемой статьи указывает на следующие объекты, которые могут свободно репродуцироваться:

1) "отдельные статьи и малообъемные произведения, правомерно опубликованные в сборниках, газетах и других периодических изданиях". При толковании этой нормы прежде всего надо дать ответ на вопрос: о каких сборниках здесь речь идет - о любых либо о тех, которые относятся к числу периодически издаваемых (серии научных трудов, научные записки, ежегодники и т.п.)? Исходя из принципа "исключительная норма не подлежит расширительному толкованию", следовало бы считать, что "сборник" здесь - это только периодическое издание.

К числу периодических изданий следует отнести и журналы.

"Отдельная" статья - это одна статья, а не подборка статей, например относящихся к одной тематике. Разумеется, статьи из разных номеров журнала не являются подборкой статей: просто это несколько самостоятельных заказов на репродуцирование "отдельных" статей.

Понятие "произведения малого объема" нигде не поясняется. Для художественной литературы в качестве малообъемного произведения целесообразно рассматривать прозаические произведения объемом до одного авторского листа (40 тысяч знаков, считая промежутки между словами), а для поэзии - объемом до 100 строк, как это считалось в РСФСР применительно к изданию произведений художественной литературы;

2) "короткие отрывки из правомерно опубликованных письменных произведений (с иллюстрациями или без иллюстраций)".

Под письменными произведениями следует понимать литературные произведения: это толкование основывается на стоящих в скобках словах, из которых следует, что иллюстрации не являются письменным произведением. Поскольку это так, приходится признать, что письменные произведения - это литературные произведения.

Очевидно, что произведения, состоящие в основном из изображений, даже если они сопровождаются текстом, под эту категорию не подпадают.

Комментируемая норма предусматривает возможность свободного репродуцирования "коротких отрывков" из произведений. Это означает, что произведение целиком репродуцироваться не может (если только оно не опубликовано в периодических изданиях, подпадающих под первую категорию).

Что касается краткости отрывка, наиболее логичная трактовка этого понятия состоит в том, что краткость должна определяться с учетом общего объема произведения в целом, т.е. в процентном отношении к общему объему произведения: чем больше по объему произведение в целом, тем больше объем "короткого отрывка" из него.

6. Произведения, указанные в подп. 2 п. 1 комментируемой статьи (они проанализированы в п. 5 комментария к данной статье), могут свободно репродуцироваться в следующих двух различных ситуациях:

во-первых, они могут свободно репродуцироваться библиотеками и архивами по запросам граждан в учебных или научных целях.

Надо полагать, что, когда посетитель библиотеки или архива просит изготовить ему ксерокопию, учебные или научные цели дальнейшего использования этой ксерокопии должны презюмироваться; впрочем, эта презумпция является опровержимой.

Следует отметить, что в архивах могут находиться неопубликованные произведения, на которые не распространяются данные нормы о свободном репродуцировании.

Если плата, взимаемая с граждан за репродуцирование, превышает себестоимость работы по его осуществлению, то действия библиотеки или архива не подпадают под нормы подп. 2 п. 1 комментируемой статьи, а само репродуцирование должно производиться с согласия правообладателя;

во-вторых, указанные произведения могут свободно репродуцироваться образовательными учреждениями для аудиторных занятий. Следует считать, что под образовательными учреждениями понимаются школы, колледжи, институты, академии и т.п., причем как государственные, так и частные. Однако учреждения, не имеющие соответствующей лицензии (аккредитации), не относятся к числу образовательных.

Образовательные учреждения могут осуществлять свободное репродуцирование только "для аудиторных занятий", а не для других целей. Число копий, изготовляемых при этом, не должно превышать фактическое число обучающихся. Изготовление копий впрок (про запас) не допускается. Условие о "единственном экземпляре", содержащееся в абзаце 1 п. 1 комментируемой статьи, трансформируется в данном случае таким образом: "единственная копия для одного обучающегося".

7. Любые иные юридические лица или индивидуальные предприниматели, не являющиеся библиотеками, архивами или соответственно образовательными учреждениями, даже если они созданы при библиотеке, архиве или образовательном учреждении или работают на их оборудовании, не могут осуществлять свободно репродуцирование, указанное в п. 1 комментируемой статьи.

8. В пункте 2 данной статьи содержится определение понятия "репродуцирование". Оно именуется также "репрографическим воспроизведением"; нет сомнения в том, что это - разновидность воспроизведения.

При репродуцировании сохраняются все особенности формы материального носителя, воплощающего произведение, а при воспроизведении эти особенности материального носителя могут и не сохраняться.

Репродуцирование - факсимильное воспроизведение оригинала или экземпляра произведения, т.е. максимально точная передача всех особенностей этого объекта. Хотя в комментируемой норме устанавливается, что произведения репродуцируются "не в целях издания", отделить "репродуцирование" от издания не так просто.

Когда особенности оригинала или экземпляра произведения воспроизводятся и сохраняются в электронной (в том числе в цифровой, оптической или в иной машиночитаемой) форме, то это не репродуцирование. Таким образом, сканирование и последующее помещение сканированного произведения в память компьютера не есть репродуцирование.

Однако сканирование выраженного в бумажной форме экземпляра произведения с последующим выведением на бумагу результата сканирования является репродуцированием. Этот вывод вытекает из оговорки, содержащейся во второй фразе п. 2 комментируемой статьи.

Статья 1276. Свободное использование произведения, постоянно находящегося в месте, открытом для свободного посещения

Комментарий к статье 1276

1. См. п. 1 комментария к ст. 1273 ГК РФ.

2. Объектом свободного использования в соответствии с данной статьей являются фотографии, произведения архитектуры и изобразительного искусства.

В понятие фотографических произведений включаются произведения, полученные аналогичным способом. Произведения архитектуры по смыслу комментируемой статьи включают произведения градостроительства и садово-паркового искусства, в том числе в виде проектов, чертежей, изображений, макетов, а также, вероятно, географические и другие карты, планы, эскизы и пластические произведения, относящиеся к географии и другим наукам.

Равным образом в контексте данной нормы должны широко пониматься и произведения изобразительного искусства - в их число включаются произведения декоративно-прикладного искусства.

3. Названные произведения, воплощенные в материальных объектах, могут свободно использоваться, если они "находятся в месте, открытом для свободного посещения" (здание на улице города, городской парк, картина, экспонируемая в музее или на выставке, художественное панно в метро, фотография в витрине магазина или на уличном стенде).

Место, открытое для свободного посещения, - это место, которое может посетить любое лицо независимо от того, необходимо ли за это платить. Частное домовладение или частный земельный участок, куда нет свободного доступа, не считаются местом, открытым для свободного посещения.

4. Материальный носитель (оригинал или экземпляр) произведения, находящийся в месте, открытом для свободного посещения, только тогда может свободно воспроизводиться, когда он находится в месте, открытом для свободного посещения "постоянно".

Поскольку никакое явление, строго говоря, не может быть постоянным, под этим термином следует понимать разумно продолжительный срок. Так, помещение картины в магазине с целью продажи не может рассматриваться как постоянное, даже если картина длительное время не находит покупателя; напротив, периодическое экспонирование в открытой экспозиции музея картины, обычно находящейся в запаснике, подпадает под комментируемую статью. Помещение фотографии на выставке, продолжающейся один месяц, - постоянное нахождение.

Следовательно, надо учитывать и цель помещения произведения в таком месте.

5. Свободное использование, предусмотренное комментируемой статьей, может выражаться в виде воспроизведения, сообщения в эфир или по кабелю. Об этих способах использования см. п. 2 ст. 1270 ГК РФ и комментарий к нему.

Можно утверждать, что "воспроизведение" в данном случае включает в себя и "распространение".

Следует надеяться, что судебная практика включит в перечень способов свободного использования также "доведение до всеобщего сведения" (подп. 11 п. 2 ст. 1270 ГК РФ), который по смыслу комментируемой статьи подразумевается.

6. В анализируемой норме предусматриваются еще два ограничения, относящиеся к данному случаю свободного использования.

Первое ограничение состоит в том, что свободно используемое произведение не должно быть основным объектом воспроизведения, передачи по телевидению или по кабелю. Значит, оно может быть только неосновным таким объектом, т.е. "фоном". Именно на фоне такого свободно используемого произведения может быть сделана фотография, видеозапись, осуществлена телевизионная или кабельная трансляция.

Второе ограничение состоит в том, что изображение свободно используемого произведения не должно использоваться в коммерческих целях.

Запрет касается изображения именно свободно используемого произведения, а не того, в которое вошло (еще раз отметим - в качестве фона) свободно используемое произведение. Так, фотография писателя Э. Гаврилова (на фоне скульптуры В.И. Мухиной

"Рабочий и колхозница") может использоваться (тиражироваться) для коммерческих целей, за исключением того случая, когда коммерческая выгода будет получена от использования изображения скульптуры (см. также ст. 1521 ГК РФ).

Хотя нормы, касающиеся этих ограничений, сформулированы не очень четко, следует считать, что эти два ограничения действуют как по отдельности, так и в совокупности, кумулятивно.

7. Комментируемая статья по сфере своего действия в значительной степени совпадает с нормой, содержащейся в подп. 5 п. 1 ст. 1274 ГК РФ. Однако ст. 1276 ГК РФ не содержит обязательства указывать имя автора и источник заимствования.

Статья 1277. Свободное публичное исполнение музыкального произведения

Комментарий к статье 1277

1. См. п. 1 комментария к ст. 1273 ГК РФ.

2. Данный случай свободного использования произведений, исходя из его общего смысла, может относиться только к обнародованным произведениям. Вместе с тем комментируемая норма не предусматривает ни указания имени автора, ни источника заимствования.

Свободно используемое музыкальное произведение не должно видоизменяться (аранжироваться и т.п.).

3. Если музыкальное произведение включает текст, то, по-видимому, текст свободно использоваться не может: если бы законодатель предусматривал свободное использование и текста, то текст должен был быть прямо упомянут, как это имеет место в п. 1 ст. 1259 и в п. 2 и 3 ст. 1263 ГК РФ.

4. Под официальной церемонией следует понимать церемонии, организуемые государственными или муниципальными органами власти и управления. "Официальная церемония свадьбы" и т.п. не относится к числу официальных церемоний.

5. Свободное воспроизведение музыкального произведения во время религиозной церемонии может не соответствовать моральным убеждениям автора, и потому нарушать его конституционные права (ст. 28 Конституции РФ); в этом случае нормы комментируемой статьи не должны применяться.

6. Похороны, упомянутые в данной статье, являются разновидностью официальной или религиозной церемонии.

Статья 1278. Свободное воспроизведение произведения для целей правоприменения

Комментарий к статье 1278

1. См. п. 1 комментария к ст. 1273 ГК РФ.

2. Исходя из общего смысла комментируемой статьи, свободное воспроизведение в данном случае относится как к обнародованным, так и к необнародованным произведениям.

Несмотря на то, что комментируемая статья предусматривает лишь свободное воспроизведение произведения, следует считать, что свободное использование может касаться также показа, исполнения, демонстрации на телеэкране, прослушивания с помощью технических устройств, исполнения аудиовизуального произведения.

3. Свободное использование для целей правоприменения может включать перевод произведения на другой язык.

4. Если для целей правоприменения свободно используется необнародованное произведение, а сам судебный процесс или иные подобные действия осуществляются в открытой форме, то открытое свободное использование произведения не может считаться

обнародованием произведения в связи с отсутствием согласия автора на его обнародование (ст. 1268 ГК РФ). Более того, представляется, что автор вправе настаивать, чтобы судебное заседание и другие действия по правоприменению проводились в закрытой форме.

Статья 1279. Свободная запись произведения организацией эфирного вещания в целях краткосрочного пользования

Комментарий к статье 1279

1. Данная статья регулирует вопросы изготовления записей краткосрочного использования, так называемых эфирных записей.

Объектом свободного использования в соответствии с данной статьей является произведение, в отношении которого организация эфирного вещания (т.е. радио- или телевещательная организация) получила право на передачу в эфир (подп. 7 п. 2 ст. 1270 ГК РФ).

Исходя из существа этой нормы, следует считать, что ее положения распространяются на сообщения по кабелю (подп. 8 п. 2 ст. 1270 ГК РФ), хотя прямо об этом в комментируемой норме не упоминается.

2. Организация эфирного вещания может получить согласие автора или иного правообладателя на сообщение произведения в эфир в разных ситуациях: согласие может быть получено по индивидуальному договору или на основе лицензионного договора с организацией по управлению правами на коллективной основе (п. 1 ст. 1243 ГК РФ); произведение - объект договора - может быть выражено в виде звукозаписи или видеозаписи либо не быть зафиксировано таким образом.

Во всех этих случаях у организации эфирного вещания может появиться "техническая" потребность предварительно, до сообщения произведения в эфир, произвести запись (или новую запись) этого произведения, с которой произведение будет транслироваться.

Комментируемая статья как раз и устанавливает право упомянутой организации изготовить такую запись, даже если это не предусмотрено договором об использовании. Более того, договор об использовании (в том числе с организацией коллективного управления правами) не может запретить организации эфирного вещания создавать такие записи.

Эта техническая запись должна быть выполнена самой организацией эфирного вещания и на ее собственном оборудовании; естественно, что оба эти условия - диспозитивные, они могут быть изменены договором.

3. Указанная выше запись произведения может поступать в гражданский оборот не иначе как с согласия правообладателя.

По истечении шести месяцев со дня изготовления такой записи она должна быть уничтожена организацией эфирного вещания. Однако договор с правообладателем может предусматривать более продолжительный срок сохранения записи, который может быть установлен и законом.

Кроме того, также без согласия правообладателя такая запись может быть передана в государственный или муниципальный архив, если это предусмотрено законодательством и если запись носит исключительно документальный характер (см. Федеральные законы от 29 декабря 1994 г. N 77-ФЗ "Об обязательном экземпляре документов" и от 22 октября 2004 г. N 125-ФЗ "Об архивном деле в Российской Федерации").

4. Нормы комментируемой статьи относятся как к обнародованным, так и к необнародованным произведениям.

Статья 1280. Свободное воспроизведение программ для ЭВМ и баз данных. Декомпилирование программ для ЭВМ

Комментарий к статье 1280

1. Комментируемая статья посвящена некоторым случаям свободного безвозмездного использования программ для ЭВМ и баз данных.

Понятие программы для ЭВМ дано в ст. 1261 ГК РФ, а базы данных - в абз. 2 п. 2 ст. 1260 ГК РФ.

В пункте 1 комментируемой статьи указывается на возможность совершения определенных действий "без разрешения автора или иного правообладателя", а в п. 2 и 3 - возможность совершения определенных действий "без согласия правообладателя". Условия применения этих норм следует считать одинаковыми: слова, взятые в кавычки, - синонимы.

2. В абзаце 1 п. 1 комментируемой статьи дается понятие пользователя: это лицо, правомерно владеющее экземпляром программы для ЭВМ или базы данных. Данное понятие применяется и в п. 2 и 3 комментируемой статьи.

Пользователь характеризуется как "лицо". В ГК РФ это понятие охватывает как физических лиц (граждане), так и юридических лиц (организации). Далее указывается, что пользователь правомерно владеет экземпляром произведения. Следовательно, недобросовестные владельцы не являются пользователями. Более того, не должны рассматриваться как пользователи и лица, у которых экземпляр, находящийся у них во владении, может быть истребован собственником в соответствии со ст. 302 ГК РФ, а также лица, которые владеют контрафактным экземпляром (п. 4 ст. 1252 ГК РФ).

"Владение" экземпляром может основываться на праве собственности, на праве хозяйственного ведения, на праве оперативного управления или на договоре - аренды (проката), ссуды и т.п.

3. Подпункт 1 п. 1 комментируемой статьи предоставляет пользователю программы для ЭВМ или базы данных право внести в них изменения исключительно в целях функционирования программы для ЭВМ или базы данных на технических средствах пользователя, т.е. приспособить программу для ЭВМ или базу данных для того, чтобы их можно было применять на технических средствах пользователя (т.е. на компьютере пользователя).

После этого пользователь вправе осуществлять с этой измененной (приспособленной) программой для ЭВМ или базой данных действия, необходимые для функционирования программы или базы данных в соответствии с их назначением, в том числе осуществлять запись и хранение их в памяти ЭВМ (одной ЭВМ или одного пользователя сети). Пользователь вправе также осуществлять исправление явных ошибок.

Далее, в данной норме содержится оговорка: "Указанные действия допустимы, если иное не предусмотрено договором с правообладателем".

Анализируя эту оговорку, прежде всего необходимо отметить: по нашему мнению, пользователь не всегда связан договором с правообладателем. Несмотря на норму, содержащуюся в п. 3 ст. 1286 ГК РФ, следует считать, что во многих случаях договорных отношений между пользователем и правообладателем просто нет, например при приобретении гражданином в собственность экземпляра программы для ЭВМ или базы данных. Далее, в тех случаях, когда экземпляр программы для ЭВМ или базы данных получен в пользование не от правообладателя, а от иного лица, невозможно "сконструировать" на этой основе договор между пользователем и правообладателем.

Подпункт 1 п. 1 предусматривает следующие действия пользователя:

- изменение (приспособление) произведения;
- действия по функционированию измененного произведения;
- исправление явных ошибок в произведении.

Полагаем, что указанный договор может изменить сферу применения лишь тех действий, которые относятся ко второй категории.

4. Важный вывод, который необходимо сделать из нормы, содержащейся в подп. 1 п. 1 комментируемой статьи, - вывод, который прямо не указан в этой норме, но вытекает из нее - a contrario - состоит в том, что пользователь вправе, не внося изменений в свой экземпляр произведения, использовать его по своему назначению, в том числе осуществлять запись, хранение в памяти ЭВМ и иное функционирование.

5. Подпункт 2 п. 1 данной статьи устанавливает право пользователя изготовить одну копию программы для ЭВМ или базы данных.

Эта копия предназначена исключительно:

- для архивных целей, или

- для замены принадлежащего пользователю экземпляра в определенных случаях.

Несмотря на то, что в данной норме предусмотрены две цели изготовления такой копии, на самом деле цель эта - единственная: копия предназначена для сохранения произведения вплоть до того момента, когда (и если) экземпляр пользователя будет утерян (очевидно, утрачен), уничтожен или стал непригодным для использования. До этого момента изготовленная копия не может использоваться; а после наступления такого момента копия может использоваться так, как если бы она была первоначальным экземпляром пользователя.

Копия изготавливается на случай, если экземпляр произведения будет утрачен или станет непригодным для использования; она изготавливается заранее.

Следует считать, что указанная копия может быть изготовлена только с того экземпляра, которым владеет пользователь; если этот экземпляр утрачен или стал непригодным для использования, право на изготовление копии не может быть реализовано. Если первоначальный экземпляр утрачен или стал непригодным для использования, пользователь получает право изготовить копию с имеющейся у него копии.

Если владение первоначальным экземпляром перестало быть правомерным (например, истек срок действия договора), указанная копия должна быть уничтожена. Нормы, предусмотренные в подп. 2 п. 1, не могут быть изменены договором.

6. Пункт 2 комментируемой статьи относится только к пользователям программ для ЭВМ.

Содержащаяся здесь норма предоставляет таким пользователям право свободно и безвозмездно изучать, исследовать, испытывать функционирование такой программы в целях определения идей и принципов, лежащих в основе любого элемента программы для ЭВМ, "путем осуществления действий, предусмотренных подп. 1 п. 1 настоящей статьи".

Действия, предусмотренные в подп. 1 п. 1, проанализированы в п. 3 комментария к данной статье.

Эти действия относятся к измененной ("приспособленной") программе для ЭВМ. Как отмечено в п. 4 комментария к данной статье, действия, относящиеся к неизмененной программе для ЭВМ, всегда могут осуществляться правообладателем свободно и безвозмездно (равно как и действия, предусмотренные в подп. 1 п. 1 комментируемой статьи).

Таким образом, п. 2 данной статьи "любезно разрешает" свободно и безвозмездно осуществлять те действия, которые ранее уже были отнесены к категории свободных и безвозмездных.

Цель, ради которой совершаются эти действия (изучение, исследование, испытание функционирования), не может иметь значения при определении законности или незаконности того или иного действия.

В связи с этим следует признать, что анализируемый п. 2 не несет правовой нагрузки.

7. Пункт 3 комментируемой статьи относится только к пользователям экземпляров программ для ЭВМ.

Эти пользователи вправе свободно и безвозмездно производить декомпиляцию программы для ЭВМ, т.е. воспроизвести и преобразовать объектный код в исходный текст (преобразовать ее из машиночитаемой формы в человекочитаемую форму). Такое преобразование является разновидностью воспроизведения.

Действия по декомпиляции программы для ЭВМ могут быть осуществлены как самим пользователем, так и иным лицом, выполняющим такие действия по поручению пользователя.

В абзаце 1, а также в подп. 1 и 2 п. 3 комментируемой статьи определены дополнительные условия и пределы свободно осуществляемой декомпиляции программы для ЭВМ.

В подпункте 3 п. 3 установлены ограничения, касающиеся использования результатов, полученных при декомпиляции.

Нормы, содержащиеся в п. 3, по сфере своего применения частично совпадают с нормами, содержащимися в подп. 1 п. 1 комментируемой статьи.

8. Некоторые действия, упоминаемые в п. 1 - 3 данной статьи, относятся к элементам содержания программ для ЭВМ и баз данных, т.е. к тем элементам, которые авторским правом не охраняются (п. 5 ст. 1259 ГК РФ). В связи с этим, строго говоря, нормы гл. 70 ГК РФ не могут ни разрешать, ни запрещать их совершение. Эти действия выходят за пределы сферы исключительного авторского права.

9. Пункт 4 комментируемой статьи повторяет - применительно к программам для ЭВМ и базам данных - общую норму, содержащуюся в абз. 2 п. 5 ст. 1229 ГК РФ.

Этот пункт не содержит специальных норм и не имеет правовой нагрузки.

Статья 1281. Срок действия исключительного права на произведение

Комментарий к статье 1281

1. Комментируемая статья посвящена сроку действия исключительных авторских прав.

О сроке действия права авторства, права на имя, права на неприкосновенность произведения см. ст. 1267 ГК РФ.

О сроке действия права на обнародование произведения см. ст. 1268, а права на отзыв - комментарий к ст. 1269 ГК РФ.

О сроке действия права доступа см. ст. 1292 ГК РФ.

О сроке действия права следования см. ст. 1293 ГК РФ.

О сравнении сроков охраны см. абз. 2 п. 4 ст. 1256 ГК РФ.

О сроке охраны прав на ранее созданные произведения см. ст. 6 Федерального закона от 18 декабря 2006 г. N 231-ФЗ "О введении в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации".

2. В пункте 1 комментируемой статьи устанавливается, что "исключительное право на произведение действует в течение всей жизни автора". Это выражение повторено дважды - в абз. 1 и 2.

Данная норма сформулирована неточно: исключительное право на произведение не существует и не может существовать до того, как произведение создано, выражено в объективной форме. В этой связи рассматриваемую норму следует понимать так: "Исключительное право на произведение действует в течение всей жизни автора, начиная с даты создания произведения".

3. Далее из нормы, содержащейся в абз. 1 п. 1 комментируемой статьи, следует, что после смерти автора "исключительное право на произведение действует в течение... семидесяти лет, считая с 1 января года, следующего за годом смерти автора".

Аналогичная норма с некоторыми словесными изменениями повторена и в абз. 2.

Эта норма сформулирована неточно. Из нее может быть сделан ложный вывод, что с даты смерти автора и вплоть до 1 января года, следующего за годом смерти автора, исключительное право на произведение не действует.

На самом деле это не так. Смерть автора не прерывает действия исключительного права: после смерти автора действие исключительного права продолжается в течение полных календарных семидесяти лет; при этом последний, семидесятый год этого срока заканчивается не на дату фактической (или юридической) смерти автора, а продлевается до 31 декабря.

4. В абзаце 2 п. 1 установлен срок действия исключительного авторского права на произведение, созданное в соавторстве.

Пока хотя бы один из соавторов такого произведения жив, исключительное право на такое произведение действует, причем на все произведение целиком. Но когда умирает последний из соавторов, действие исключительного права прекращается по истечении полных семидесяти календарных лет с даты его смерти, т.е. через 70 лет, считая с 1 января года, следующего за годом его смерти.

Норма, содержащаяся в абз. 2 п. 1 комментируемой статьи, применяется как к тем произведениям, которые представляют собой неделимое целое (неделимое соавторство), так и к тем, которые состоят из частей, имеющих самостоятельное значение (делимое соавторство) (см. ст. 1258 ГК РФ). Однако если часть произведения, имеющая самостоятельное значение, используется отдельно от других частей коллективного произведения, срок действия исключительного права на эту часть произведения определяется не по нормам, предусмотренным в абз. 2, а по нормам, установленным в абз. 1 п. 1 комментируемой статьи.

5. Пункт 2 данной статьи рассматривает вопрос о сроке действия исключительного права в отношении произведений, обнародованных анонимно или под псевдонимом.

Эти произведения упоминаются в п. 2 ст. 1265 ГК РФ; правда, эта последняя упомянутая норма относится не ко всем обнародованным произведениям, а только к опубликованным.

Следует считать, что если произведение обнародовано анонимно или под псевдонимом, но автор раскрыл свою личность или не скрывает ее либо если личность автора не оставляет никаких сомнений, то срок исключительного права на произведение исчисляется в соответствии с нормами, содержащимися в абз. 1 или абз. 2 п. 1 комментируемой статьи.

Но если аноним или псевдоним не раскрыт, исключительное право на такое произведение прекратится по истечении полных календарных семидесяти лет, считая с даты обнародования произведения, т.е. через семьдесят лет, считая с 1 января года, следующего за годом обнародования.

Вместе с тем, если в течение этого срока (его можно назвать условным сроком действия исключительного права) личность автора будет раскрыта, срок действия исключительного права будет исчисляться по общим правилам, указанным в п. 1 комментируемой статьи. Иными словами, срок действия исключительного права может оказаться продолжительнее или короче срока, исчисляемого с даты обнародования произведения.

Лицо, которое вправе защищать интересы автора произведения, опубликованного анонимно или под псевдонимом, указано в п. 2 ст. 1265 ГК РФ.

6. Пункт 3 комментируемой статьи относится к произведениям, обнародованным после смерти автора. В этом случае семидесятилетний срок (составляющий 70 полных календарных лет) начинает течь не с даты смерти автора, а с даты обнародования произведения. Однако это правило не применяется к тем произведениям, которые не были обнародованы в течение семидесяти полных календарных лет с даты смерти автора. Иными словами, нормы, предусмотренные п. 3 комментируемой статьи, действующие в

отношении посмертно обнародованных произведений, продлевают срок действия исключительного права, но не восстанавливают этот срок, если он уже истек ко времени обнародования.

Если произведение создано в соавторстве, то нормы п. 3 применяются только в том случае, если ко времени обнародования произведения умерли все соавторы.

7. Пункт 4 комментируемой статьи относится к тем авторам, которые были репрессированы и посмертно реабилитированы. Реабилитация означает, что эти авторы были репрессированы незаконно. Произведения репрессированных авторов, как правило, не используются. В этой связи для получения наследниками этих авторов справедливой компенсации за последующее использование произведений этих авторов установлено, что срок действия исключительного права в семьдесят полных календарных лет здесь исчисляется не с даты смерти автора, а с даты его реабилитации.

8. В пункте 5 данной статьи речь идет об авторах, которые либо работали во время Великой Отечественной войны (22 июня 1941 г. - 9 мая 1945 г.), либо участвовали в этой войне. Срок действия исключительного права на произведения этих авторов увеличивается на четыре года.

Статья 1282. Переход произведения в общественное достояние

Комментарий к статье 1282

1. Комментируемая статья посвящена произведениям, "перешедшим в общественное достояние".

Это излишне пышное и выраженное явно не по-русски словосочетание попросту означает, что произведение перестало охраняться авторским правом.

"Общественное достояние" (Public Domain) значит, что в отношении определенного произведения исключительное право не действует.

2. В пункте 1 данной статьи указывается, что по истечении срока действия исключительного права произведение, независимо от того, было оно обнародовано или нет, "переходит в общественное достояние".

3. Правовой режим произведения, перешедшего в общественное достояние, определяется в п. 2 комментируемой статьи. Такое произведение может свободно (т.е. без получения согласия какого-либо лица) использоваться любым лицом; при этом никакого вознаграждения (возмещения) никому не должно выплачиваться.

Однако при использовании охраняются: авторство, имя автора и неприкосновенность произведения (ст. 1267 ГК РФ).

Произведения, перешедшие в России в общественное достояние, могут охраняться в зарубежных странах. Но для российского законодательства и для использования произведения на территории России это значения не имеет.

4. Кроме произведений, которые перешли в общественное достояние на территории России в связи с истечением срока действия исключительного права, в России имеются и широко используются произведения, которые авторским правом никогда не охранялись, а потому не могли перейти в общественное достояние "в связи с истечением срока действия исключительного права".

В связи с этим в ст. 28 Закона РФ от 9 июля 1993 г. N 5351-1 "Об авторском праве и смежных правах" содержалась норма: "Произведения, которым на территории Российской Федерации никогда не предоставлялась охрана, также считаются перешедшими в общественное достояние". Однако Федеральным законом от 20 июля 2004 г. N 72-ФЗ эта норма была исключена из упомянутого Закона и в ст. 1282 ГК РФ она не вошла.

Это создает серьезный пробел в действующем законодательстве, ибо оставляет без ответа вопрос, в каком правовом режиме находятся на территории России произведения, на которые в России (и в СССР) никогда не распространялось исключительное право.

Единственный логически обоснованный ответ, который следует дать на этот вопрос (хотя мы понимаем, что этот ответ не соответствует принципу исторического толкования закона), состоит в том, что такие произведения также должны быть отнесены к произведениям, находящимся в общественном достоянии.

Попутно необходимо отметить, что, хотя комментируемая статья говорит о произведениях, "перешедших" в общественное достояние, на самом деле в ней речь идет не о "переходе", а о "нахождении" этих произведений в общественном достоянии.

Косвенное упоминание о произведениях, которые находятся в общественном достоянии в связи с тем, что они не охранялись авторским правом, содержится в п. 1 ст. 1337 ГК РФ.

5. В пункте 3 комментируемой статьи рассматриваются вопросы обнародования произведения после того, как оно перешло в общественное достояние.

Вопрос об обнародовании произведения после смерти автора, когда оно еще не перешло в общественное достояние, урегулирован нормами, содержащимися в п. 3 ст. 1268 ГК РФ.

Если же произведение перешло в общественное достояние, не будучи обнародованным, то, как установлено в п. 3 ст. 1281 ГК РФ, оно может быть обнародовано любым лицом. Очевидно, что таким лицом может быть как гражданин, так и организация.

Однако обнародование такого произведения может быть осуществлено лишь в том случае, если оно не противоречит воле автора, определенно выраженной им в письменной форме (завещание, дневники, письма и т.п.). Представляется, что вопрос об обнародовании такого произведения может быть предметом судебного спора.

В противном случае такое обнародование будет неправомерным.

Наконец, абз. 2 п. 3 комментируемой статьи содержит ссылку на то, что если такое обнародование было правомерным и осуществил его гражданин, то он получает особые (не авторские) права, указанные в § 6 гл. 71 ГК РФ.

Статья 1283. Переход исключительного права на произведение по наследству

Комментарий к статье 1283

1. Комментируемая статья регулирует вопросы перехода исключительного права на произведение по наследству. Она относится к случаям, когда исключительное право принадлежит гражданину - автору или иному гражданину, не являющемуся автором.

Исключительное право может принадлежать также юридическому лицу. Переход в силу закона исключительного права, принадлежащего юридическому лицу, к другому лицу может происходить по общим основаниям, предусмотренным ГК РФ для перехода имущественных прав.

2. Пункт 1 данной статьи устанавливает, что исключительное право на произведение переходит по наследству.

Эта норма вытекает из общих положений ГК РФ: в состав наследства входят принадлежащие наследодателю имущественные права (ст. 1112), а исключительное право прямо названо имущественным правом (ст. 1226). Договоры, касающиеся использования исключительных прав, стороной которых является наследодатель, сохраняют свою силу. Место наследодателя в них занимает наследник; к нему переходят права и обязанности, вытекающие из договора.

3. Пункт 2 предусматривает, что если исключительное право на произведение является выморочным имуществом или входит в состав выморочного имущества, то исключительное право на произведение прекращается, а само произведение переходит в общественное достояние (ст. 1282 ГК РФ).

Нельзя не отметить, что комментируемая норма, по-видимому, противоречит п. 2 ст. 1151 ГК РФ, поскольку в последней отсутствует оговорка "если иное не предусмотрено законом".

В связи с прекращением действия исключительного права должны прекращать свое действие договоры, касающиеся использования исключительного права.

Статья 1284. Обращение взыскания на исключительное право на произведение и на право использования произведения по лицензии

Комментарий к статье 1284

1. Данная статья устанавливает некоторые ограничения, касающиеся нахождения в гражданском обороте исключительного права на произведение и права на использование произведения в рамках лицензионного договора.

Ограничения основываются на том, что произведение является результатом интеллектуальной деятельности определенной личности - автора и всегда сохраняет правовую связь с личностью автора. Эта связь проявляется не только в закреплении за автором личных неимущественных прав на произведение, но и в определенных ограничениях, относящихся к имущественным правам на произведение.

2. Содержащаяся в абз. 1 п. 1 комментируемой статьи первая фраза устанавливает, что "на принадлежащее автору исключительное право на произведение обращение взыскания не допускается".

Очевидно, что здесь имеется в виду взыскание по исполнительным документам. Данная норма дополняет перечень имуществ, на которые не может быть обращено взыскание по исполнительным документам, содержащийся в ст. 446 ГПК РФ.

3. Данная норма распространяется только на те случаи, когда исключительное право на произведение принадлежит самому автору или его наследникам. О последнем прямо указано в абз. 3 п. 1.

Рассматриваемое положение относится как к обнародованным, так и к необнародованным произведениям. Если исключительное право на произведение было или является объектом лицензионного договора, это обстоятельство не влияет на применение данной нормы.

Если автор имеет лишь часть исключительного права на произведение (соавторство и другие случаи), данная норма распространяется на часть исключительного права, принадлежащего автору.

В случае заключения автором договора об отчуждении исключительного права данная норма не применяется (ст. 1234, 1285, 1288 ГК РФ). Она не ограничивает возможность обращения взыскания на материальный носитель (вещь, оригинал, экземпляр), в котором выражено произведение (ст. 1227, 1291 ГК РФ).

4. Во второй фразе абз. 1 п. 1 комментируемой статьи указаны три изъятия из нормы, устанавливающей запрет обращения взыскания на исключительное право, принадлежащее автору. Первое изъятие состоит в том, что принудительное взыскание на основе исполнительного документа может быть обращено на право требования автора к лицу, с которым автор заключил договор об отчуждении исключительного права. Это изъятие должно применяться даже в том случае, если исключительное право еще не перешло к приобретателю.

Второе - заключается в том, что принудительное взыскание может быть обращено на право требования автора к лицензиату, возникшее на основе лицензионного договора. Строго говоря, это правило выходит за пределы действия нормы, сформулированной в первой фразе абз. 1 п. 1 комментируемой статьи.

Третье - состоит в том, что принудительное взыскание может быть обращено на доходы, полученные автором от использования произведения. "Использованием

произведения" в данном случае следует считать и отчуждение исключительного права по договору. "Доходы, полученные по договору", включают в себя как фактически полученные автором суммы, так и суммы, которые начислены или перечислены автору, но по каким-либо причинам не получены им.

5. Абзац 2 п. 1 комментируемой статьи предусматривает, что если исключительное право принадлежит не автору (и не наследнику автора, как указанно в абз. 3 п. 1 данной статьи), а другому лицу, то на него может быть обращено принудительное взыскание. Равным образом принудительное взыскание может быть обращено и на право использования произведения, принадлежащее лицензиату. Следует считать, что здесь имеется в виду как исключительное, так и неисключительное право использования.

6. Абзац 3 п. 1 комментируемой статьи распространяет "правила абзаца первого настоящего пункта" на наследников автора, их наследников и т.д. в пределах срока действия исключительного права.

Содержащаяся здесь норма сформулирована крайне небрежно. Ее смысл состоит в том, что на наследников автора и на наследников распространяются не все положения, содержащиеся в абз. 1 п. 1; на них распространяется лишь запрет на обращение принудительного взыскания.

Под наследниками в данном случае имеются в виду как наследники по закону, так и наследники по завещанию, однако следует считать, что юридические лица в число наследников не входят.

7. Пункт 2 комментируемой статьи закрепляет за автором произведения преимущественное право на приобретение принадлежащего лицензиату права на использование этого произведения, если на это право на использование обращено принудительное взыскание и это право продается с публичных торгов.

Публичные торги осуществляются в соответствии с Федеральным законом от 21 июля 1997 г. N 119-ФЗ "Об исполнительном производстве". Впрочем, последний в ст. 63 устанавливает, что порядок проведения торгов определяется ГК РФ.

В связи с тем, что пока порядок осуществления автором принадлежащего ему преимущественного права не установлен, следует считать, что автор во всяком случае имеет право присутствовать на торгах и немедленно после их завершения сделать заявление о том, что он требует, чтобы с ним (а не с лицом, выигравшим торги) был заключен договор на тех же условиях, на которых может быть заключен договор с лицом, выигравшим торги (п. 5 ст. 448 ГК РФ). Если автор не был извещен о проведении торгов или был лишен возможности принять в них участие, он может в течение трех месяцев требовать в судебном порядке перевода на себя прав и обязанностей покупателя (п. 3 ст. 250 ГК РФ).

Нормы, содержащиеся в п. 2 комментируемой статьи, должны по аналогии применяться при продаже с публичных торгов исключительного права на произведение.

Статья 1285. Договор об отчуждении исключительного права на произведение

Комментарий к статье 1285

1. Комментируемая статья повторяет - применительно к произведениям - общие нормы, содержащиеся в п. 1 ст. 1234 ГК РФ. Никаких новых положений она не содержит.

См. п. 2 и 3 комментария к ст. 1234 ГК РФ.

2. К договору об отчуждении исключительного права на произведение должны применяться нормы, содержащиеся в п. 2 - 5 ст. 1234 ГК РФ.

3. Несмотря на установленную данной статьей возможность заключения договора об отчуждении исключительного права на произведение, ГК РФ признает, что некоторые элементы имущественных авторских прав сохраняются за автором и после заключения такого договора (см. ст. 1284 ГК РФ).

Следует также учитывать, что европейская доктрина и европейское законодательство (прежде всего законодательство Германии) твердо и последовательно исходят из невозможности отчуждения исключительных авторских прав. Можно полагать, что эти обстоятельства склонят российские суды к ограничениям при толковании договоров об отчуждении исключительных авторских прав.

Автор настоящего Комментария считает ошибочным введение в ГК РФ норм, допускающих отчуждение исключительных авторских прав.

Статья 1286. Лицензионный договор о предоставлении права использования произведения

Комментарий к статье 1286

1. Пункт 1 комментируемой статьи повторяет - применительно к произведениям - общие положения о лицензионном договоре, предусмотренные в абз. 1 п. 1 ст. 1235 ГК РФ. Никаких новых норм здесь не содержится (см. п. 2 - 4 комментария к ст. 1235 ГК РФ).

Далее лицензионный договор о предоставлении права использования произведения именуется "лицензионный договор".

2. В первой фразе п. 2 комментируемой статьи устанавливается, что лицензионный договор заключается в письменной форме. Тем самым вводится более строгая норма, чем та, которая предусмотрена в общих положениях ГК РФ о форме сделок. В частности, к сфере авторского права неприменимы нормы, предусмотренные п. 2 ст. 159 ГК РФ, о возможности заключения в устной форме сделок, которые исполняются при самом их совершении, а также п. 1 ст. 161 ГК РФ об устной форме сделок между гражданами при цене сделки менее 10 МРОТ. Вместе с тем комментируемая норма не устанавливает особых последствий несоблюдения письменной формы лицензионного договора. Однако в абзаце 3 п. 2 ст. 1235 ГК РФ предусматривается, что несоблюдение письменной формы лицензионного договора влечет его недействительность. Применительно к сфере авторского права эта норма представляется очень жесткой и даже ошибочной.

3. Во второй фразе п. 2 предусматривается, что лицензионный договор о предоставлении права использования произведения в периодическом печатном издании может быть заключен в устной форме. Это означает, что в случае спора наличие такого договора и его условия можно доказывать с помощью свидетелей.

Под периодическими печатными изданиями следует понимать газеты, журналы, периодически выпускаемые сборники.

Если любой лицензионный договор заключен в устной форме, следует предполагать, что на основе его предоставлено неисключительное право на разовое использование, причем только договорному партнеру.

4. Пункт 3 комментируемой статьи предусматривает особую форму лицензионных договоров о предоставлении права использования программ для ЭВМ и баз данных. Как указывается в анализируемой норме, эта форма лицензионного договора состоит в следующем: каждый пользователь заключает с правообладателем договор присоединения (ст. 428 ГК РФ), условия которого изложены на приобретаемом экземпляре произведения или на его упаковке, а договор считается заключенным, когда пользователь начинает использование этого экземпляра программы для ЭВМ или базы данных.

В настоящее время заключение такого договора происходит следующим образом:

- пользователь приобретает в собственность (покупает) экземпляр произведения. Иногда условия лицензионного договора об использовании напечатаны на упаковке этого экземпляра. Когда пользователь вскрывает упаковку, считается, что он вступил в договорные отношения, заключил file wrapper license;

- пользователь приобретает экземпляр произведения или находит его на чужом открытом сайте в Интернете. Открывая на экране своего компьютера эту программу для

ЭВМ или базу данных, пользователь видит прежде всего текст договора, содержащего условия использования произведения; заканчивается текст договора приглашением "нажать на мышку", что означает выражение пользователем согласия с условиями предложенного договора. Если пользователь выполнит это действие, произведение высвечивается на его экране или иным образом вводится в память компьютера и может быть использовано. В противном случае ввода произведения не происходит. В этом и состоит процедура заключения договора, указанная в п. 3 комментируемой статьи.

Заключение в данном случае договора с индивидуальным пользователем в отношении приобретения права на использование программ для ЭВМ и баз данных является необходимым, так как запись программы для ЭВМ или базы данных в память персонального компьютера является актом воспроизведения. Даже если это воспроизведение в данном случае осуществляется в личных целях и гражданином, оно все же может производиться только с согласия правообладателя, ибо эти случаи воспроизведения прямо выведены из сферы действия ст. 1273 ГК РФ.

Вместе с тем нельзя не отметить, что в договоре, заключенном в соответствии с п. 3 комментируемой статьи, акцепт на предложение о заключении договора, который в письменном договоре должен быть письменным, в данном случае заменяется какой-то "презумпцией", конклюдентным действием: раз пользователь "открыл" произведение, он считается согласившимся со всеми условиями договора. В связи с этим в судебной практике могут возникать сомнения относительно того, на каких условиях такой договор был заключен. Конечно, никаких сомнений не должно возникать, если договорный режим совпадает с законным режимом использования.

5. В абзаце 1 п. 4 комментируемой статьи повторяется норма, которая содержится в первой фразе абз. 2 п. 5 ст. 1235 ГК РФ; при этом повтор менее удачен.

Если в лицензионном договоре такие сведения не содержатся, то наступают последствия, предусмотренные в п. 5 ст. 1235 ГК РФ.

В абзаце 2 п. 4 перечислены возможные формы определения размеров, способов и сроков платежа лицензионного вознаграждения: фиксированный разовый платеж (например, 50 тыс. рублей за все или за каждый показ фильма по телевидению); периодические платежи (например, 10 тыс. рублей за каждый год действия договора); процентные отчисления от дохода (выручки) (например, 10% от розничной цены каждого экземпляра проданной книги). Договор может предусматривать и другие формы лицензионного вознаграждения.

Абзац 3 п. 4 предоставляет Правительству РФ право устанавливать минимальные размеры авторского вознаграждения за отдельные виды использования произведений.

Ранее, до вступления в силу этой нормы ГК РФ, были приняты Постановления Правительства РФ:

- от 21 марта 1994 г. N 218 "О минимальных ставках авторского вознаграждения за некоторые виды использования произведений литературы и искусства".

- от 29 мая 1998 г. N 524 "О минимальных ставках вознаграждения авторам кинематографических произведений, производство (съемка) которых осуществлено до 3 августа 1992 г.".

Из пункта 3 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 19 июня 2006 г. N 15 следует, что эти Постановления Правительства РФ утратили силу. Вопрос, сохраняют ли силу эти Постановления, является спорным.

6. Иные нормы, относящиеся к лицензионным договорам о предоставлении права на использование произведения, содержатся в ст. 1235 - 1238 и 1287 - 1290 ГК РФ.

Статья 1287. Особые условия издательского лицензионного договора

Комментарий к статье 1287

1. Комментируемая статья содержит понятие издательского лицензионного договора как разновидности лицензионного договора о предоставлении права использования произведения.

Понятие "издание произведения" в законе не определено; в п. 2 ст. 1270 ГК РФ этот способ использования произведения не указан.

В межгосударственном стандарте ГОСТ 7.60-2003 "Издания. Основные виды. Термины и определения" издание определяется как "документ, предназначенный для распространения содержащейся в нем информации, прошедший редакционно-издательскую обработку, самостоятельно оформленный, имеющий выходные сведения.

Примечание: под документом понимается зафиксированная на материальном носителе информация с реквизитами, позволяющими ее идентифицировать".

Федеральный закон от 29 декабря 1994 г. N 77-ФЗ "Об обязательном экземпляре документов" предусматривает следующие виды изданий, относя это понятие только к тиражируемым документам:

- издания (текстовые, нотные, картографические, изоиздания) - это издания, прошедшие редакционно-издательскую обработку, полиграфически самостоятельно оформленные, имеющие выходные сведения;

- издания для слепых и слабовидящих;

- электронные издания - программы для ЭВМ и базы данных, а также электронные документы, прошедшие редакционно-издательскую обработку, имеющие выходные сведения, тиражируемые и распространяемые на машиночитаемых носителях.

Указанный Закон не называет изданиями аудиовизуальную продукцию, под которой понимается кино-, видео-, фоно-, фотопродукция и ее комбинации, созданные и воспроизведенные на любых видах носителей.

В соответствии с межгосударственным стандартом ГОСТ 7.4-95 "Издания. Выходные сведения" издателем считается юридическое лицо, осуществляющее подготовку и выпуск издания.

2. В комментируемой статье указывается, что по издательскому лицензионному договору лицензиат, получающий здесь специфическое наименование "издатель", обязуется использовать объект договора - произведение - путем его издания. Под изданием следует понимать воспроизведение произведения и распространение полученных экземпляров произведения.

В качестве объекта договора могут выступать литературные и музыкальные произведения, рисунки, графика и другая изобразительная продукция, кроме скульптурных произведений. Тиражирование произведений декоративно-прикладного искусства не может опосредствоваться издательским договором.

Не являются издательскими и такие договоры, по которым лицензиат, хотя и издает произведение, но не становится собственником изготовленных экземпляров, а обязан передать их лицензиару, либо, хотя и распространяет изданные им экземпляры, но не как собственник, а как комиссионер или агент.

3. В комментируемой статье устанавливается, что обязанность издать произведение возлагается на издателя "в соответствии с договором".

В связи с этим следует считать, что эта обязанность из закона не возникает, а потому даже тот лицензиат, который носит название "издательство", вправе заключать не издательские, а иные лицензионные договоры.

Однако если в заключенном договоре лицензиат именуется "издатель" или "издательство", а в качестве предмета договора указано "издание произведения", логично предположить, что стороны намеревались заключить издательский лицензионный договор.

Нормы комментируемой статьи не должны применяться к договорам, заключенным до 1 января 2008 г., даже если в этих договорах лицензиат именуется издателем, а договор

назван издательским. Исключение составляют случаи, когда иное прямо предусмотрено в заключенном договоре.

4. В абзаце 2 п. 1 данной статьи предусматривается, что в соответствии с издательским договором лицензиат обязан начать использование произведения в определенный срок. Вместе с тем обязанность лицензиата заключается в том, что он должен "издать" произведение. Как отмечалось выше, "издание" означает воспроизведение произведения в определенном числе экземпляров и дальнейшее распространение этих экземпляров.

В связи с этим возникает вопрос, какое именно действие - воспроизведение или распространение - является началом использования? Поскольку воспроизведение является самостоятельным способом использования, следует считать, что это действие - начало использования. Однако имеется в виду именно воспроизведение, а не передача издательством произведения другой организации для воспроизведения.

Этот вопрос может быть иначе решен в договоре.

5. Срок начала использования произведения может быть прямо указан в издательском договоре. Если срок не соблюден, лицензиар вправе односторонне отказаться от договора без возмещения лицензиару причиненных таким расторжением убытков. Эта норма, содержащаяся во второй фразе абз. 1 п. 1 комментируемой статьи, соответствует общей норме, зафиксированной в п. 3 ст. 450 ГК РФ.

С другой стороны, лицензиат вправе потребовать возмещения причиненных ему убытков на основе п. 5 ст. 453 ГК РФ.

6. В соответствии с первой фразой абз. 2 п. 1 комментируемой статьи, если в издательском договоре не указан конкретный срок, в течение которого лицензиат обязан начать использование произведения, то использование должно быть начато в срок, обычный для данного вида произведений и данного способа их использования. Иными словами, применяется правило о "разумном" сроке исполнения обязательства, предусмотренное в абз. 1 п. 2 ст. 314 ГК РФ. Следует считать, что в данном случае применимы также нормы, содержащиеся в абз. 2 п. 2 ст. 314 ГК РФ.

Смысл второй фразы абз. 2 п. 1 состоит в том, что в случае пропуска указанного разумного срока лицензиат имеет право односторонне расторгнуть договор на основе п. 3 ст. 450 ГК РФ.

Вместе с тем одностороннее расторжение договора лицензиатом возможно и на основе нормы, содержащейся во второй фразе п. 1 комментируемой статьи; при этом на основании п. 5 ст. 453 ГК РФ лицензиар вправе взыскать с лицензиата и причиненные расторжением договора убытки.

7. Односторонний отказ лицензиара от договора, предусмотренный в абз. 1 и 2 п. 1 комментируемой статьи, приводит к расторжению договора независимо от решения суда, при этом подлежат применению общие положения п. 3, а не п. 2 ст. 450 ГК РФ.

Следует считать, что требование об одностороннем отказе от исполнения договора не может быть предъявлено, а в случае его предъявления - не приводит к расторжению договора, если лицензиат уже начал использование произведения, хотя и с просрочкой.

8. В пункте 2 данной статьи предусматривается, что если лицензиар расторгает издательский договор в связи с тем, что лицензиат в установленный срок (в том числе в разумный срок) не начал использование произведения, то лицензиар вправе потребовать выплаты предусмотренного договором вознаграждения в полном размере. Это не исключает возможности предъявления лицензиаром требования о возмещении убытков (но, конечно, с зачетом предусмотренного договором вознаграждения).

Из пункта 2 комментируемой статьи вытекает, что издательский договор всегда может быть только возмездным.

Статья 1288. Договор авторского заказа

Комментарий к статье 1288

1. Комментируемая статья посвящена договору авторского заказа, т.е. договору, при заключении которого произведения еще не существует. Сторонами такого договора являются автор и заказчик. Заказчиком может быть любое физическое или юридическое лицо.

2. Поскольку автор создает произведение уже после заключения договора, то для того, чтобы договор имел обязательную для сторон силу, произведение должно быть указано в договоре как можно более точно. По сути, объектом договора заказа должно быть произведение, уже задуманное автором, а может быть, даже уже сложившееся в голове автора, но еще не воспроизведенное им на каком-либо носителе.

Если условие о точном и конкретном обозначении заказываемого произведения соблюдено, нет препятствий к тому, чтобы договор заказа был заключен не на одно, а на несколько произведений, которые должны быть представлены заказчику по истечении длительного срока. Об этом сроке см. ст. 1289 ГК РФ.

Но если заказываемое произведение определено неточно и неконкретно, может возникнуть спор о признании заключенного договора недействительным как направленного на ограничение правоспособности или дееспособности автора (ст. 22 ГК РФ) либо как нарушающего нормы, содержащиеся в п. 4 ст. 1233 ГК РФ.

3. Абзац 2 п. 1 комментируемой статьи устанавливает, что материальный носитель, в котором выражено созданное автором произведение (оригинал или экземпляр произведения), должен быть передан заказчику в собственность; однако договор может предусматривать, что указанный материальный носитель передается заказчику во временное пользование.

Договор может предусматривать особую оплату этого материального носителя и возмездность временного пользования им. При этом применяется общая презумпция о возмездности договорных обязательств (ст. 423 ГК РФ).

В соответствии с общими положениями ГК РФ следует считать, что право собственности на указанный материальный носитель возникает у заказчика с момента его создания (ст. 218 и 703 ГК РФ) и что заказчик имеет право истребовать у автора данный материальный носитель.

4. Абзац 3 п. 1 закрепляет правило о том, что договор авторского заказа является возмездным, если соглашением сторон не предусмотрено иное.

Здесь повторены, хотя и в несколько иной форме, нормы, содержащиеся в абз. 1 п. 3 ст. 1234 и абз. 1 п. 5 ст. 1235 ГК РФ. Вместе с тем в п. 3 ст. 1234 и в п. 5 ст. 1235 имеются вторые абзацы, которые по какой-то причине не повторены в ст. 1288 ГК РФ.

Если такие действия законодателя толковать строго формально, приходим к выводу, что законодатель не применяет к договорам авторского заказа эти не упомянутые в ст. 1288 ГК РФ нормы. Однако лучшим толкованием в данном случае является признание некоторой небрежности законодателя и вывод, что к договорам авторского заказа нормы п. 3 ст. 1234 и п. 5 ст. 1235 ГК РФ применимы целиком.

Возможность заключения безвозмездных договоров авторского заказа, предусмотренная законодательством, представляется ошибочной. Думается, такие договоры противоречат общим принципам конституционного и гражданского права. Следует надеяться, что именно к такому выводу придет судебная практика.

5. Пункт 2 комментируемой статьи изложен довольно небрежно. Из него нельзя делать вывод, что если договор авторского заказа "может предусматривать" отчуждение заказчику исключительного права или предоставление заказчику права использования, то этот договор может и не предусматривать ни того ни другого.

Смысл этой нормы состоит в ином, а именно в том, что договор авторского заказа "должен" (а не "может"!) предусматривать либо отчуждение заказчику исключительного

права, либо предоставление заказчику права на использование: "может" относится к возможности выбора между этими двумя условиями.

Гражданский кодекс РФ не предусматривает, какое именно содержание договора авторского заказа должно презюмироваться.

Однако следует считать, что при наличии неустранимых сомнений и разногласий относительно содержания договора авторского заказа должно предполагать, что договор предусматривает отчуждение исключительного права; если же такие сомнения и разногласия возникают относительно объема и характера предоставляемого заказчику права на использование, то оно должно предполагаться исключительным и широким. Эти презумпции должны применяться, без всякого сомнения, к возмездным договорам авторского заказа.

6. Отчуждение исключительного права на произведение заказчику или, соответственно, предоставление заказчику права на использование произведения, происходящие на основе договора авторского заказа, имеют место в момент создания заказанного произведения (придания ему объективной формы), а не в момент заключения договора.

7. К договору авторского заказа, предусматривающему отчуждение исключительного права, применяются нормы ГК РФ о договорах об отчуждении исключительных прав (ст. 1285, 1234). Содержащаяся в п. 3 комментируемой статьи оговорка к этой норме - "если из существа договора не вытекает иное" - представляется излишней.

8. В пункте 4 данной статьи указывается, что если договор авторского заказа предусматривает предоставление заказчику права на использование произведения, то к такому договору применяются нормы о лицензионных договорах. Кроме перечисленных здесь ст. 1286 и 1287 ГК РФ, такие нормы содержатся в ст. 1235, 1236 и 1237 ГК РФ.

9. В пункте 2 ст. 1290 ГК РФ упоминается аванс, который заказчик выплатил автору по договору авторского заказа.

Автор Комментария полагает, что аванс является необходимым условием заключения любого договора авторского заказа.

Статья 1289. Срок исполнения договора авторского заказа

Комментарий к статье 1289

1. Комментируемая статья регламентирует срок, в течение которого автор, заключивший договор авторского заказа, должен создать произведение и передать его заказчику. Этот срок ошибочно именуется "сроком исполнения договора".

Фактически эта передача осуществляется путем передачи материального носителя произведения, о чем указывается в абз. 2 п. 1 ст. 1288 ГК РФ. Такая передача должна быть осуществлена в срок, указанный в договоре.

2. В абзаце 2 п. 1 комментируемой статьи устанавливается, что если договор не предусматривает такого срока "и не позволяет определить срока его исполнения", то он "считается незаключенным".

Выражение "считается незаключенным" является неточным: конечно, такой договор является оспоримой сделкой, но только до того момента, как произведение будет сдано заказчику и принято последним. Следует полагать, что в течение разумного срока такой договор действует. Именно так стороны понимают такие договоры на практике, и поскольку никакие публичные интересы это не затрагивает, у законодателя нет оснований вводить особые, более жесткие нормы.

Говоря о договоре, который "не позволяет определить срок", законодатель имеет в виду тот же случай, который упоминается в п. 2 ст. 314 ГК РФ: "обязательство... не содержит условий, позволяющих определить этот срок". Определение, содержащееся в п. 2 ст. 314 ГК РФ, является более определенным.

Если договор авторского заказа содержит условия, позволяющие определить этот срок, то его следует рассматривать как договор, предусматривающий такой срок. Говоря о "сроке исполнения договора", законодатель имеет в виду срок сдачи автором заказчику материального носителя произведения.

3. В пункте 2 данной статьи речь идет о дополнительном льготном сроке, который может быть предоставлен автору в том случае, если он не передал заказчику материальный носитель произведения в установленный договором срок.

Этот дополнительный срок предоставляется не автоматически: он "может быть" предоставлен автору при наличии нескольких условий и оговорок, указанных в п. 2, а также в абз. 2 п. 3 комментируемой статьи.

Указанный льготный срок предоставляется:

1) "для завершения создания произведения". Очевидно, что автор должен показать, что он приступил к созданию произведения и уже создал часть его, но еще "не завершил" эту работу;

2) "при необходимости". Хотя это указание очень напоминает "китайскую грамоту", оно, вероятно, означает, что автор просит продлить ему срок;

3) "при наличии уважительных причин" неисполнения автором заказанного произведения в срок.

Если заказанное произведение должно включаться в сложный объект (п. 1 ст. 1240 ГК РФ; применительно к авторскому праву речь идет о включении в аудиовизуальное произведение), то в договоре может быть указано на то, что дополнительный срок не предоставляется.

Дополнительный срок не предоставляется, если из условий договора "явно вытекает", что при неисполнении заказанного произведения в установленный срок заказчик утрачивает интерес к договору (абз. 2 п. 3 комментируемой статьи). Очевидно, что утрата интереса заказчика к договору может быть либо прямо указана в тексте договора, либо следовать из толкования договора (ст. 431 ГК РФ): что такое "явно вытекает" и как можно вытекать "неявно" - понять просто невозможно.

4. В пункте 2 комментируемой статьи устанавливается, что продолжительность дополнительного срока составляет одну четвертую часть срока, предусмотренного для создания произведения (этот срок опять ошибочно назван "сроком исполнения договора"); однако стороны могут предусмотреть в договоре более длительный дополнительный срок. Это значит, что условие о дополнительном сроке в принципе может регулироваться договором.

В связи с этим следует считать допустимым включение в договор авторского заказа следующего положения:

"Автор обязуется передать заказчику рукопись (картину, скульптуру и т.п.) до [такой-то даты]. Указанный срок включает в себя дополнительный льготный срок или, например, "срок исполнения заказанного произведения (включая и дополнительный льготный срок) - 11 августа 2008 г.".

5. Пункт 3 комментируемой статьи закрепляет право заказчика в одностороннем порядке отказаться от договора авторского заказа. Следует считать, что эта норма подпадает под общее положение, содержащееся в п. 3 ст. 450 ГК РФ: расторжение договора происходит независимо от решения суда по этому вопросу.

Комментируемая норма предусматривает, что право заказчика односторонне отказаться от договора возникает в двух случаях. Первый случай (он указан в абз. 1 п. 3) определяется так: "по истечении льготного срока, предоставленного автору в соответствии с пунктом 2 настоящей статьи".

Форма изложения этого условия далека от совершенства. Смысл его состоит в том, что заказчик вправе односторонне расторгнуть договор, если автор не представил произведение и после истечения предоставленного ему дополнительного срока.

Второй случай (он назван в абз. 2 п. 3) устанавливает право заказчика односторонне отказаться от договора, если автор не представил произведение в течение основного срока, указанного в договоре, а дополнительный срок по договору не должен предоставляться в связи с утратой заказчиком интереса к договору.

Употребляемое в абз. 2 п. 3 комментируемой статьи выражение "непосредственно по окончании срока" означает "без предоставления дополнительного срока", а выражение "срок исполнения договора" означает "предусмотренный договором срок сдачи произведения заказчику".

Право заказчика в одностороннем порядке отказаться от исполнения договора возникает и в тех случаях, когда автор не сдал произведение в течение основного срока, а дополнительный срок не предоставляется в соответствии с договором или не должен быть предоставлен в соответствии с договором, как это предусмотрено или вытекает из п. 2 комментируемой статьи.

Если заказчик имеет право на односторонний отказ от договора и реализовал свое право, он вправе требовать возмещения убытков (п. 5 ст. 453 ГК РФ). Следует, однако, учитывать, что убытки взыскиваются не в полном размере (п. 2 ст. 1290 ГК РФ).

Статья 1290. Ответственность по договорам, заключаемым автором произведения

Комментарий к статье 1290

1. Комментируемая статья устанавливает ограниченную ответственность авторов произведений за нарушение ими договорных обязательств. Она также предусматривает ограниченную ответственность автора за неисполнение или ненадлежащее исполнение им договорных обязательств по договорам:

1) об отчуждении исключительного права;

2) лицензионным;

3) авторского заказа.

На иные договоры, стороной которых являются авторы произведений, в частности на договоры между соавторами (п. 3 ст. 1229 ГК РФ) и на договоры о передаче полномочий по управлению правами на коллективной основе (п. 3 ст. 1242 ГК РФ), комментируемая статья не распространяется.

Нормы данной статьи не распространяются и на случаи, когда автор выступает как собственник или владелец материального объекта (оригинала, экземпляра), в котором воплощено его произведение.

2. Любой должник (в том числе автор), не исполнивший или ненадлежащим образом исполнивший обязательства по договору об отчуждении исключительного права, лицензионному договору или договору авторского заказа, несет ответственность по нормам гл. 25 ГК РФ "Ответственность за нарушение обязательств".

Применимость к указанным договорам норм гл. 25 ГК РФ вытекает как из общих положений ГК РФ (поскольку на основе этих договоров возникают гражданские обязательства), так и в связи с прямым указанием, содержащимся в п. 2 ст. 1233 ГК РФ.

Однако если лицом, не исполнившим или ненадлежащим образом исполнившим обязательство, возникшее из договора об отчуждении исключительного права, из лицензионного договора или договора авторского заказа, является автор, его ответственность, относящаяся к возмещению убытков, а в некоторых случаях и неустойки, является ограниченной; она ограничена пределами, указанными в комментируемой статье.

Возможность такого ограничения договорной ответственности предусмотрена в п. 1 ст. 400 ГК РФ: "По отдельным видам обязательств и по обязательствам, связанным с определенным родом деятельности, законом может быть ограничено право на полное возмещение убытков (ограниченная ответственность)".

3. В соответствии с п. 1 комментируемой статьи в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения автором обязательства, вытекающего из договора об отчуждении исключительного права или из лицензионного договора, его ответственность ограничена суммой реального ущерба, причиненного другой стороне. Понятие реального ущерба содержится в ст. 15 ГК РФ.

Комментируемая норма означает, что в случаях указанных выше нарушений договорных обязательств упущенная выгода с автора взысканию не подлежит.

В данной норме устанавливается, что в договоре может быть предусмотрен и меньший размер ответственности автора. Впрочем, эта норма вытекает из общих положений договорного права (п. 2 ст. 400, п. 4 ст. 401 ГК РФ).

4. О возможности взыскания с автора неустойки, предусмотренной договором об отчуждении исключительного права или лицензионным договором, см. п. 6 комментария к данной статье.

5. В пункте 2 данной статьи устанавливается ограниченная ответственность автора по обязательствам, возникающим из договора авторского заказа. Эта ответственность ограничена не только суммой реального ущерба, причиненного заказчику неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательства, но и тем, что сама эта сумма может складываться только из следующих двух источников: 1) суммы аванса, который заказчик уплатил автору по договору, и 2) неустойки, предусмотренной договором.

Что касается аванса, уплаченного автору, то следует считать, что он должен выплачиваться автору по любому договору авторского заказа. Однако возвращаться заказчику за нарушение автором договорных обязательств он должен не всегда: исключение составляют случаи, когда в договоре аванс назван "безвозвратным", что имеет место довольно часто.

Что касается неустойки, то она должна быть выплачена автором заказчику только в том случае, если заказчик докажет, что он понес реальный ущерб, и в пределах этого реального ущерба. Таким образом, в данном случае неустойка теряет один из важнейших своих признаков, а именно возможность ее взыскания независимо от убытков.

Никакие иные суммы в качестве реального ущерба заказчик взыскать с автора не может.

6. Вернемся к п. 1 комментируемой статьи и отметим, что договорная неустойка может предусматриваться договорами об отчуждении исключительных прав и лицензионными договорами, а комментируемая норма не упоминает об ограничениях, связанных с ее взысканием.

В отношении договоров авторского заказа, где также может предусматриваться договорная неустойка, законодатель упомянул о неустойке и ограничил случаи и пределы ее взыскания (п. 2 данной статьи).

Таким образом, сравнительный анализ двух пунктов ст. 1290 ГК РФ приводит к выводу о том, что, если в договоре об отчуждении исключительного права или в лицензионном договоре автор нарушил обязательство, обеспеченное неустойкой, неустойка может быть взыскана с автора в полном размере.

Справедливость этого вывода не вызывает никаких сомнений, как в случаях, когда договорный партнер автора не предъявляет требования о возмещении убытков, так и в случаях, когда такие требования предъявляются (см. ст. 394 ГК РФ).

7. Автор вступает в гражданские правоотношения в двух принципиально различных ситуациях.

Первая ситуация - эти отношения возникают в то время, когда автор создает свое произведение. Идет творческий процесс создания, автор еще не знает, создаст ли он задуманное произведение и каким оно будет. Творческий процесс создания произведения гражданским правом регулироваться не может; строго говоря, этот творческий процесс вообще находится вне правового поля.

В этой ситуации, естественно, автор не может и не должен нести полную гражданскую ответственность за то, что ему не удалось создать задуманное (заказанное) произведение.

Совершенно иной является ситуация, когда произведение уже создано, когда автор сознательно и добровольно, считая произведение готовым к использованию, заключает договор об отчуждении исключительного права или лицензионный договор. Какую цель преследует автор, заключая такой договор, - получить вознаграждение, прославиться, либо и то и другое (что обычно и бывает) - не имеет принципиального значения. Интересы автора как творца, создателя произведения получают достаточную правовую защиту, ибо у автора сохраняются личные неимущественные права (ст. 1265, 1266 ГК РФ); кроме того, за ним сохраняется право отзыва (ст. 1269 ГК РФ).

В этой второй ситуации применение к автору общих принципов гражданско-правовой ответственности представляется естественным и обоснованным. Нет никаких причин создавать для автора "тепличные" условия, ограничивать пределы его гражданско-правовой ответственности по заключенным им договорам.

Даже в договорах авторского заказа ограниченная ответственность автора имеет право на существование только до того момента, как он создал произведение. На практике имеют место случаи, когда автор создал произведение по договору авторского заказа, но передает его не заказчику, а третьему лицу, предложившему автору более выгодные условия его использования. Невозможно дать ответ на вопрос о том, почему в данной ситуации автор должен нести ограниченную ответственность по договору авторского заказа.

Нет никаких сомнений в том, что нормы, содержащиеся в комментируемой статье, приведут к дестабилизации договоров об отчуждении исключительных прав и лицензионных договоров, в которых участвует автор.

В этой связи нельзя не признать, что нормы, включенные в комментируемую статью, являются серьезной правовой ошибкой. Более того, возникает вопрос об их соответствии общим принципам гражданского и конституционного права.

Статья 1291. Отчуждение оригинала произведения и исключительное право на произведение

Комментарий к статье 1291

1. Комментируемая статья относится к тем договорам, предметом которых является отчуждение оригинала произведения. Оригинал произведения является одним из видов материальных носителей, в которых выражается произведение. Следует, однако, отметить, что не любой материальный носитель, воплощающий произведение, является оригиналом. Понятие "оригинал" применимо лишь к произведениям изобразительного искусства.

Оригинал как материальная форма, как вещь всегда уникален, всегда единственный в своем роде. Даже в том случае, если автор картины повторяет эту картину, он создает авторский повтор, новый, но не тот же оригинал. Если же картина повторяется, копируется от руки другим автором, то также появляется новый оригинал, отличный от первого. Иными словами, двух оригиналов быть не может.

Если произведение изобразительного искусства, например картина, скульптура, репродукция, повторяется с помощью технических приемов и способов, техническими средствами, то появляется копия.

Копия передает не все особенности оригинала, хотя техника копирования все время развивается, все большее количество элементов оригинала отражается в копии, а сами эти элементы все вернее отражаются в копии. Но всегда оригинал выражается в копии не

совсем адекватно. У других объектов авторского права (кроме произведений изобразительного искусства) понятия "оригинал произведения" нет.

2. Литературное произведение, музыкальное произведение и другие подобные произведения выражаются (воплощаются) в материальных носителях (вещах), которые являются не оригиналом и копиями, а "экземплярами" этих произведений.

Любой экземпляр таких произведений полно и адекватно, во всей глубине отражает форму и содержание таких произведений.

Рукопись литературного произведения - это не оригинал литературного произведения. Это оригинал произведения изобразительного искусства - каллиграфического произведения; возможно, этот оригинал может быть использован для научных, например литературоведческих исследований, но это не оригинал произведения литературы.

Приведенное выше понятие "оригинал произведения" необходимо учитывать при применении норм комментируемой статьи, а также других статей ГК РФ, в которых упоминается "оригинал" произведения.

3. Как указывается в п. 1 и 2 данной статьи, нормы этой статьи применяются в случаях "отчуждения" оригинала произведения.

Поскольку оригинал произведения понимается в комментируемой статье как материальный носитель (вещь), под отчуждением следует понимать переход права собственности на эту вещь на основании договора купли-продажи, мены, дарения или иной сделки. Отчуждение может иметь место и в силу закона (ст. 218 ГК РФ).

Если оригинал произведения передается или переходит во владение и пользование другого лица без отчуждения права собственности на него, то нормы комментируемой статьи на данный случай не распространяются. О применимости к этому случаю норм данной статьи по аналогии см. п. 10 комментария к данной статье.

4. Пункт 1 комментируемой статьи относится к случаю, когда автор произведения отчуждает оригинал своего произведения другому лицу.

Как следует из п. 3 рассматриваемой статьи, в понятие "автор" включаются и все лица, которые владеют правами на это произведение как наследники в пределах срока действия исключительного права.

5. Общая норма, содержащаяся в абз. 1 п. 1 комментируемой статьи, предусматривает, что при отчуждении автором оригинала своего произведения другому лицу "исключительное право на произведение сохраняется за автором".

Отсюда может быть сделан вывод о том, что нормы п. 1 распространяются лишь на те случаи отчуждения автором оригинала произведения, когда исключительное право на это произведение во время отчуждения принадлежит автору.

Следует, однако, учитывать, что в некоторых случаях автор отчуждает исключительные права на свое произведение другому лицу, оставляя при этом за собой оригинал в собственности. Логично предположить, что нормы п. 1 комментируемой статьи должны распространяться и на этот случай.

Кроме того, необходимо учитывать и различия в формулировках между п. 2 ст. 1227 ГК РФ и абз. 1 п. 1 комментируемой статьи, которые при указанном выше формальном (узком) толковании п. 1 просто невозможно объяснить.

В связи с этим следует считать, что п. 1 распространяется и на те случаи, когда автор, отчуждающий оригинал своего произведения, ранее уже осуществил отчуждение исключительного права на это произведение.

При таком (широком) толковании основная норма, содержащаяся в абз. 1 п. 1 комментируемой статьи, формулируется следующим образом:

"Отчуждение автором оригинала своего произведения не влечет ни перехода к приобретателю исключительного права, ни предоставления ему права на использование этого произведения".

6. К общей норме, содержащейся в абз. 1 п. 1, имеется одна оговорка: эта общая норма применяется, "если договором не предусмотрено иное".

Иными словами, в заключенном автором договоре об отчуждении оригинала может быть предусмотрено, либо что воплощенное в оригинале исключительное авторское право отчуждается приобретателю, либо что приобретателю предоставляются определенные права на использование этого произведения.

Включение таких условий в договор приводит к тому, что из договора об отчуждении оригинала договор превращается в лицензионный договор или договор об отчуждении исключительных прав либо, по крайне мере, в смешанный договор (п. 3 ст. 421 ГК РФ).

Вместе с тем включаемые в договор об отчуждении автором оригинала условия не могут ограничивать норму, предусмотренную в абз. 2 п. 1 данной статьи, поскольку эта последняя норма имеет императивный характер (см. п. 8 комментария к данной статье).

7. Норма, содержащаяся в абз. 1 п. 1, упоминает о том, что к договорам об отчуждении автором оригинала своего произведения относятся и договоры авторского заказа.

Если бы это было так, то в этом случае следовало бы считать, что договоры авторского заказа бывают двух типов: в одном случае (договор первого типа) такой договор обязывает автора создать произведение, передать его материальный носитель заказчику и либо предусматривает отчуждение исключительного права на произведение заказчику, либо предоставляет ему право использовать произведение; в другом случае (договор второго типа) такой договор обязывает автора создать произведение и передать его материальный носитель заказчику, но не содержит никаких положений, касающихся отчуждения или предоставления авторских прав.

Но в таком случае два принципиально разных договора носили бы одинаковые названия, что является недопустимым. Договоры о создании и отчуждении материального носителя авторского произведения, не затрагивающие вопросов отчуждения или предоставления авторских прав вообще, являются разновидностью договоров подрядного типа.

В связи с этим содержащееся в абз. 1 п. 1 упоминание о возможности отнесения договоров авторского заказа к договорам об отчуждении автором оригинала своего произведения следует считать досадной ошибкой. К тому же это упоминание выражено не очень четко и сопровождается оговорками.

Следует полагать, что договоры авторского заказа не могут ограничиваться отчуждением заказчику оригинала произведения; они всегда должны предусматривать отчуждение исключительных прав на произведение или предоставление права использования произведения.

См. п. 5 комментария к ст. 1288 ГК РФ.

8. Абзац 2 п. 1 комментируемой статьи содержит перечень тех правомочий, которые принадлежат собственнику оригинала произведения. Эти правомочия возникают у собственника в силу закона; они возникают у него потому, что он является собственником оригинала как материальной вещи, а не потому, что они были переданы (предоставлены) ему автором или иным правообладателем. Автор или иной правообладатель произведения, а равно и лицензиат, получивший право использования произведения, не могут ни лишить, ни ограничить собственника оригинала в осуществлении этих правомочий.

Эти правомочия необходимы собственнику оригинала для того, чтобы он мог нормально осуществлять свои правомочия собственника.

9. Правомочия собственника оригинала произведения состоят в следующем: он вправе без согласия автора или иного правообладателя и без выплаты им вознаграждения:

- демонстрировать оригинал произведения;

- воспроизводить его в каталогах выставок и в изданиях, посвященных его (собственника) коллекции (очевидно, имеется в виду коллекция оригиналов произведений, принадлежащих этому собственнику);

- передавать его другим лицам для демонстрации на выставках, организуемых другими лицами. Под "демонстрацией" в данной норме следует понимать "публичный показ" (подп. 3 п. 2 ст. 1270 ГК РФ) оригинала, но только на выставке.

Разумеется, при любом таком свободном использовании оригинала произведения должны соблюдаться личные неимущественные права автора.

10. Следует считать, что указанные правомочия, закрепляемые абз. 2 п. 1 комментируемой статьи за собственниками, исходя из общего смысла этой статьи, а также на основе норм об аналогии закона (п. 1 ст. 6 ГК РФ) принадлежат и законным владельцам оригиналов произведений, не являющихся собственниками, в частности лицам, имеющим право хозяйственного ведения или оперативного управления, арендаторам, ссудополучателям и т.п. (но, конечно, не хранителям и не перевозчикам).

11. Пункт 2 комментируемой статьи относится к тому случаю, когда собственник оригинала произведения одновременно обладает исключительным правом на произведение, однако этот собственник (и обладатель исключительных прав) не является ни автором, ни наследником автора (понятие наследника содержится в п. 3 данной статьи). Далее, если такой собственник заключает договор об отчуждении оригинала произведения, то презюмируется, что в соответствии с этим договором к приобретателю переходит и исключительное право на произведение. Таким образом, предполагается, что это - договор об отчуждении исключительного права. Указанная презумпция действует и в том случае, если сам договор назван договором об отчуждении оригинала произведения, однако она не действует, если собственник оригинала имеет не исключительное право на произведение, а право на использование произведения по лицензионному договору.

12. Данная презумпция может быть изменена или отменена договором.

Во-первых, в договоре об отчуждении оригинала может быть указано, что приобретателю оригинала предоставляется право использования произведения, что само по себе считается отменяющим презумпцию об отчуждении исключительного права.

Во-вторых, в договоре об отчуждении оригинала произведения может содержаться указание о том, что никакие авторские права к приобретателю не переходят.

Однако и в первом, и во втором случаях, отменяющих презумпцию отчуждения исключительных прав, у нового собственника оригинала произведения возникают правомочия, предусмотренные в абз. 2 п. 1 комментируемой статьи.

Статья 1292. Право доступа

Комментарий к статье 1292

1. Пункт 1 комментируемой статьи посвящен праву доступа к оригиналу произведения изобразительного искусства.

Право доступа упомянуто в ст. 1226 ГК РФ, где оно отнесено не к категории исключительных прав и не к категории личных неимущественных прав, а к третьей категории интеллектуальных прав - "иные права".

О понятии оригинала произведения см. п. 1 и 2 комментария к ст. 1291 ГК РФ.

2. Право доступа принадлежит только автору, а не его правопреемникам (и не наследникам). Введение права доступа объясняется двумя причинами.

Во-первых, автор имеет право еще раз осмотреть свое произведение, что вдохновит его на создание новых произведений, в частности авторских повторов, и чтобы закрепить свое впечатление - воспроизвести оригинал.

Во-вторых, автор вправе копировать свое произведение, которое ранее либо вовсе не копировалось, либо хотя и копировалось, но ранее созданные копии неполно или неверно

отражают оригинал. В этих пределах и для удовлетворения этих интересов автора и введено право доступа.

3. Хотя в данной норме указывается, что требование о праве доступа автор может предъявить к собственнику, под собственником следует понимать также и иного владельца, у которого оригинал находится в оперативном управлении, хозяйственном ведении, в аренде или в безвозмездном пользовании (музей, картинная галерея и т.п.). Именно к такому владельцу автор может предъявлять соответствующие требования.

В свою очередь, собственник (владелец) оригинала вправе запретить такие способы воспроизведения оригинала, которые могут нанести ему ущерб (механически-контактное копирование, воздействие яркого света или высокой температуры).

Собственник (владелец) вправе также потребовать возмещения своих расходов, связанных с обеспечением доступа к оригиналу произведения.

4. Нормы, содержащиеся в п. 2 комментируемой статьи, предоставляют автору произведения архитектуры право потребовать от собственника здания или сооружения (являющегося экземпляром произведения архитектуры) допустить его к этому зданию или сооружению для того, чтобы можно было осуществить фото- или видеосъемку этого объекта.

Указанное право автора прямо не названо в данном пункте правом доступа; оно отличается по своему содержанию от права доступа, установленного п. 1 комментируемой статьи.

О понятии "собственник" см. п. 3 комментария к данной статье.

Предусмотренное в п. 2 комментируемой статьи право автора относится только к произведениям архитектуры; оно не распространяется на произведения градостроительства и садово-паркового искусства.

Хотя в п. 2 употреблено выражение "оригинал произведения", термин "оригинал" не имеет того значения, которое придается ему в сфере изобразительного искусства (см. п. 1 и 2 комментария к ст. 1291 ГК РФ).

Право автора получить доступ к своему зданию или сооружению ограничено тем, что при этом может осуществляться лишь фото- и видеосъемка.

Копирование "от руки" и другие способы воспроизведения не предусмотрены.

Собственник (владелец) здания или сооружения имеет право требовать возмещения своих расходов, связанных с осуществлением автором своего права.

Нормы, содержащиеся в п. 2, сопровождаются оговоркой "если договором не предусмотрено иное". О каком договоре идет речь, становится ясным из ст. 1294 ГК РФ.

Статья 1293. Право следования

Комментарий к статье 1293

1. Комментируемая статья посвящена праву следования. Это право упомянуто в ст. 1226 ГК РФ среди "других интеллектуальных прав", не относящихся ни к исключительным правам, ни к личным неимущественным правам.

Сам термин "право следования", по-видимому, являющийся простым переводом французского термина "droit de suite" (применяется и в английском языке; нем. Folgerecht), не выражает сути этого права. В официальном русском переводе Бернской конвенции по охране литературных и художественных произведений это право именуется "правом долевого участия", что лучше выражает его суть.

2. В пункте 1 данной статьи устанавливается, что право следования принадлежит автору произведения изобразительного искусства. Это право возникает в том случае, когда оригинал произведения изобразительного искусства публично перепродается: "при публичной перепродаже".

Термин "перепродается" означает любую продажу оригинала, право собственности на который уже не принадлежит автору. Часто, создав оригинал произведения, автор уступает его (возмездно или безвозмездно) другому лицу. На эти случаи право следования не распространяется. Не действует право следования и в других случаях, когда право собственности на оригинал произведения переходит от автора к другому лицу не по воле автора.

"Публичной" следует считать такую перепродажу, когда в ней в качестве продавца, покупателя или посредника участвует "галерея изобразительного искусства, художественный салон, магазин или иная подобная организация". Любые торги (ст. 447 - 449 ГК РФ), в том числе закрытые, следует считать "публичной перепродажей".

3. Само право следования заключается в том, что автор вправе при каждой публичной перепродаже оригинала произведения получить от продавца определенный процент от цены перепродажи. Этот процент ("процентные отчисления") определяется от "цены перепродажи".

Это значит, что:

- при первой "перепродаже" этот процент исчисляется от всей цены сделки;

- при второй и каждой последующей перепродаже - от цены сделки за минусом цены предшествующей публичной перепродажи.

В данной норме устанавливается, что Правительство РФ имеет право (и обязано) определить "размер процентных отчислений, а также условия и порядок их выплаты".

Это означает, что Правительство РФ вправе также определить различные размеры процентных отчислений за разные виды произведений или в зависимости от цены перепродажи.

Подпункт 3 п. 1 ст. 1244 ГК РФ предусматривает возможность получения организацией по коллективному управлению правами государственной аккредитации на сбор процентных отчислений по праву следования. Однако эта норма не дает Правительству РФ права установить, что сбор процентных отчислений по праву следования должен осуществляться только аккредитованной организацией.

4. Пункт 2 комментируемой статьи распространяет право следования на авторские рукописи (автографы) литературных и музыкальных произведений.

Следует считать, что здесь имеются в виду оригиналы, а не копии этих рукописей. См. также п. 2 комментария к ст. 1291 ГК РФ.

5. Пункт 3 комментируемой статьи устанавливает, что право следования неотчуждаемо. Это, в частности, означает, что автор не может заранее отказаться от получения причитающихся ему сумм. Вместе с тем автор вправе не предъявить требования о выплате причитающейся ему суммы после того, как у него возникло право на ее получение. Не может автор и уступить другому лицу свое право следования.

Однако после смерти автора право следования переходит по наследству.

6. В соответствии со ст. 14ter Бернской конвенции по охране литературных и художественных произведений иностранный автор, пользующийся охраной в России на основе этой Конвенции, имеет право следования в России только в том случае, если право признается по законодательству той страны, к которой принадлежит этот автор.

7. Право следования является изъятием из "принципа исчерпания" исключительных прав (ст. 1272 ГК РФ).

Статья 1294. Права автора произведения архитектуры, градостроительства или садово-паркового искусства

Комментарий к статье 1294

1. Комментируемая статья относится к трем категориям произведений:

- произведениям архитектуры;

- произведениям градостроительства;

- произведениям садово-паркового искусства.

Далее в комментарии к данной статье они именуются "указанные (эти) произведения".

В данной статье устанавливаются некоторые дополнительные исключительные права, личные неимущественные права и "иные права" на указанные произведения (ст. 1226 ГК РФ).

2. В абзаце 1 п. 1 содержится напоминание о том, что авторы указанных произведений имеют исключительное право на использование своих произведений в соответствии с п. 2 и 3 ст. 1270 ГК РФ. Это положение не должно пониматься ограничительно: авторы указанных произведений имеют также исключительные права на использование, основанные на п. 1 ст. 1270, а равно и на ст. 1229 ГК РФ. В числе этих исключительных прав на использование принадлежащих авторам указанных произведений в абз. 1 п. 1 особо упоминаются следующие два правомочия:

1) право разработки документации для строительства;

2) право реализации проекта произведений указанных категорий.

Второе из этих правомочий ранее указывалось и пояснялось в подп. 10 п. 2, а также в п. 3 ст. 1270 ГК РФ, а вот первое правомочие названо впервые.

По своей сути это право (на разработку документации для строительства) является имущественным, но принадлежит оно только автору; ни к наследникам, ни к правопреемникам автора это право не переходит.

Правомочие по разработке документации для строительства частично совпадает с правомочием на переработку (подп. 9 п. 2 ст. 1270 ГК РФ), с правомочием по практической реализации проектов указанных категорий произведений (подп. 10 п. 2, а также п. 3 ст. 1270), а также с правомочием на участие в реализации проекта (п. 3 комментируемой статьи).

Содержание всех этих правомочий должно определяться с учетом норм, содержащихся в Федеральном законе от 17 ноября 1995 г. N 169-ФЗ "Об архитектурной деятельности в Российской Федерации" (ст. 2 и др.), а также в Градостроительном кодексе РФ от 29 декабря 2004 г. (ст. 48 и др.).

3. В абзаце 2 п. 1 комментируемой статьи предусматриваются некоторые правила, касающиеся договоров, объектом которых являются проекты указанных произведений, а также документация для строительства, выполненная на основе этих проектов.

Содержащиеся здесь нормы выражены в двух фразах, которые имеют по крайней мере частичные повторы и необоснованные различия в формулировках.

Анализ позволяет сделать вывод, что содержащиеся здесь нормы относятся к договорам, объектом которых являются:

1) проекты для реализации указанных произведений; либо

2) документация для строительства, выполненная на основе этих проектов, либо

3) и первый, и второй объекты вместе.

Общее правило, установленное в абз. 2 п. 1, состоит в том, что в соответствии с заключенным договором такой объект может быть реализован только однократно, т.е. на основе договора может быть сооружено только одно здание, построен только один город, разбит только один сад (парк).

Однако это правило может быть изменено договором; в этом случае в нем должно быть прямо указано, например, что на основе этого объекта может быть построено два здания, сооружено десять городов и т.д. Кроме того, может быть заключен другой договор на строительство второго аналогичного здания и т.п. Разумеется, в любом случае согласие автора на сооружение второго здания и т.п. может быть как возмездным, так и безвозмездным.

Следует считать, что сформулированные выше нормы применимы к лицензионным договорам, включая и договоры авторского заказа с условием предоставления заказчику права использования объекта договора в установленных договором пределах.

Вместе с тем указанная норма-презумпция не может применяться в договорах об отчуждении исключительного права на использование, в том числе в договорах авторского заказа, предусматривающих отчуждение заказчику исключительного права на произведение.

Нормы, содержащиеся в абз. 2 п. 1 комментируемой статьи, применяются как в случаях, когда лицензиаром по указанному договору выступает автор, так и в случаях, когда таким лицензиаром является иной правообладатель.

4. Пункт 2 данной статьи предусматривает особое личное неимущественное право автора указанных произведений: право осуществлять авторский контроль за разработкой документации для строительства и право авторского надзора за практической реализацией, воплощением в материальном объекте указанного произведения.

Это право не переходит к наследникам автора. Оно не может быть уступлено и по договору.

Предусматривается, что порядок осуществления авторского надзора и авторского контроля устанавливается федеральным органом исполнительной власти по архитектуре и градостроительству, т.е. Росстроем.

На практике проекты указанных произведений и документация для строительства разрабатываются авторами в качестве служебных произведений (ст. 1295 ГК РФ). При этом авторами таких объектов выступают большие коллективы проектных и иных подобных организаций.

В этой связи при осуществлении авторского контроля и авторского надзора авторы-разработчики обычно выступают не в своем личном качестве, а от имени этих проектных и иных подобных организаций. Авторский контроль и авторский надзор переводятся в плоскость отношений между различными организациями.

5. Пункт 3 комментируемой статьи регулирует некоторые вопросы, касающиеся содержания договоров авторского заказа на произведения указанных категорий. На основе такого договора, независимо от того, предусматривает ли он отчуждение заказчику исключительного права на произведение или предоставление заказчику права на использование заказанного произведения в определенных пределах, автор вправе потребовать права на участие в реализации (т.е. практическом воплощении) своего проекта.

Это сугубо личное право автора; оно прекращается с его смертью. Однако договор авторского заказа может предусматривать, что автор не имеет такого права.

Статья 1295. Служебное произведение

Комментарий к статье 1295

1. Большое число произведений создается авторами в рамках выполнения ими своих трудовых обязанностей.

В соответствии с п. 1 комментируемой статьи такие произведения именуются "служебные произведения"; авторские права на них принадлежат автору.

В соответствии со ст. 15 ТК РФ, вступив в трудовые отношения, работник обязуется выполнять свою трудовую функцию - работы по должности в соответствии со штатным расписанием, по своей профессии, квалификации.

В трудовую функцию работника могут входить творческие работы, завершающиеся созданием произведений науки, литературы и искусства.

В соответствии с нормами трудового права все результаты труда работника, созданные в пределах трудовых обязанностей, являются собственностью работодателя. К

числу этих результатов труда относятся материальные носители (вещи), в которых выражаются служебные произведения.

Однако для самих произведений установлен особый правовой режим, определяемый комментируемой статьей.

2. Нормы, касающиеся правового режима некоторых категорий служебных произведений и некоторых видов трудовых договоров, на основе которых создаются служебные произведения, предусмотрены в ст. 1296 - 1298 ГК РФ.

Нормы, содержащиеся в комментируемой статье, применимы и к этим (специальным) случаям, если иное не установлено в указанных статьях.

3. Смысл нормы, содержащийся в п. 1 данной статьи, а она закрепляет за автором авторские права на служебное произведение, состоит в закреплении в законе того обстоятельства, что авторские права, в отличие от прав на остальные результаты, созданные работником, первоначально возникают у работника. Так, право собственности на любой материальный предмет, создаваемый работником, никогда самому работнику не принадлежит; оно сразу же возникает у работодателя и для работодателя. А авторские права, даже на служебные произведения, возникают у автора и для автора. Эти права включают как исключительное право на использование произведения, так и личные неимущественные (и иные) авторские права.

Вместе с тем норму, содержащуюся в п. 1, следует воспринимать вместе с нормами, содержащимися в п. 2 и 3 этой статьи.

Авторские права на служебные произведения принадлежат автору с изъятиями, указанными в этих пунктах.

4. В абзаце 1 п. 2 комментируемой статьи содержится общая норма, являющаяся ключевой для всей этой статьи: "Исключительное право на служебное произведение принадлежит работодателю".

Анализируя эту норму, прежде всего надо ответить на вопрос о том, как, в результате чего это исключительное право оказалось принадлежащим работодателю?

На этот вопрос может быть дан только один ответ: это право перешло к работодателю от автора в связи с наличием между ними трудовых отношений, в связи с тем, что произведение создано в результате исполнения трудовых обязанностей (п. 3 ст. 1228 ГК РФ).

Переход исключительного права на служебное произведение к работодателю не должен фиксироваться в договоре, ни общим образом, ни в отношении конкретного служебного произведения: этот переход происходит в силу закона - на основе норм, содержащихся в п. 1 и в абз. 1 п. 2 комментируемой статьи.

Вместе с тем нет никаких запретов на то, чтобы стороны указали в трудовом договоре, что "все исключительные права на служебные произведения, которые могут быть созданы работником, принадлежат работодателю".

5. В абзаце 1 п. 2 комментируемой статьи указывается на то, что на служебное произведение работодателю принадлежит "исключительное право".

Понятие и объем исключительного права содержатся как в ст. 1229 ГК РФ, так и - более конкретно и применительно к авторскому произведению - в ст. 1270. Именно в таком его смысле и в таком объеме исключительное право считается перешедшим к работодателю.

В самом этом выражении "исключительное право на произведение" термин "исключительное право" употребляется в единственном числе. Это означает, что ГК РФ рассматривает исключительное право как нечто целое, неделимое. ГК РФ не допускает никаких случаев "частичного" или "ограниченного" исключительного права. Это хорошо подтверждается многими его нормами. Так, в п. 1 ст. 1233 ГК РФ предусмотрено, что даже "заключение лицензионного договора не влечет за собой переход исключительного права к лицензиату".

Поэтому следует считать, что в рассматриваемом случае исключительное право на служебное произведение возникает у работодателя в полном объеме.

В связи с этим надо полагать, что в данном случае у работодателя на основании закона возникает исключительное право на служебное произведение в том объеме, как если бы стороны заключили между собой договор об отчуждении исключительного права на произведение (ст. 1234 и 1285 ГК РФ).

Отсюда следует вывод, что исключительное право на служебное произведение принадлежит работодателю с момента создания произведения (выражения его в объективной форме).

Срок, в течение которого исключительное право на служебное произведение принадлежит работодателю, никак не связан со сроком действия трудового договора между автором и работодателем. Прекращение (расторжение) этого трудового договора не влечет возвращения исключительного права автору (см., однако, абз. 2 п. 2 комментируемой статьи).

О вознаграждении автору за переход исключительного права к работодателю см. абз. 3 п. 2 данной статьи.

6. Общая норма, содержащаяся в абз. 1 п. 2, устанавливающая переход к работодателю исключительного права на служебное произведение, может быть, однако, изменена или отменена "трудовым или иным договором".

Под "трудовым договором" следует понимать тот договор, который действует между автором и работодателем во время создания служебного произведения.

Под "иным договором" понимается трудовой договор, заключенный сторонами после создания служебного произведения, либо гражданско-правовой договор, заключенный как до, так и после создания служебного произведения.

Этот договор, изменяющий презумпцию перехода исключительного права к работодателю или отменяющий состоявшийся переход к работодателю исключительного права, не может решать вопрос о служебном характере того произведения, которое будет или уже было создано: независимо от того, что "иное" предусматривает такой договор, служебное произведение будет являться служебным или уже является служебным.

Такой договор, однако, может указывать, почему созданное произведение является или не является служебным.

Указанный договор также может предусматривать, что исключительное право на служебное произведение принадлежит автору. Он может дополнительно предусматривать предоставление работодателю лицензии (исключительной или простой) на использование служебного произведения и устанавливать дополнительные условия действия этой лицензии.

При толковании такого лицензионного договора действует презумпция: права использования служебного произведения, прямо не указанные в таком лицензионном договоре, сохраняются за работодателем. Эта презумпция основывается на общей норме, содержащейся в абз. 1 п. 2 комментируемой статьи, а также на норме абз. 2 п. 1 ст. 1235 ГК РФ.

7. Абзац 2 п. 2 комментируемой статьи предусматривает, что если работодатель в течение трех лет со дня, когда служебное произведение было предоставлено в его распоряжение, не совершит в отношении его определенные действия, то "исключительное право на служебное произведение принадлежит автору".

С точки зрения грамматики русского языка данная фраза, как говорится, "оставляет желать...". Но главное состоит в том, что из-за неясности грамматики неясным становится правовой смысл данной нормы: что означает выражение "исключительное право... принадлежит автору"? Означает ли это, что исключительное право считается принадлежащим автору с момента его возникновения, ab ovo или оно, это право, возвращается автору?

Надо ответить на вопрос о том, кто имеет право предъявить иск к нарушителю исключительного права на служебное произведение, если нарушение имело место в течение этого трехлетнего периода, но работодатель не совершил в течение данного периода действий, предусмотренных в абз. 2 п. 2?

Может ли автор совершать самостоятельно какие-либо действия по использованию служебного произведения и распоряжению исключительным правом, не дожидаясь окончания указанного трехлетнего периода? Ведь если по истечении этого трехлетнего срока выяснится, что работодатель не совершил действий, указанных в данной норме, то на основе грамматического толкования выражения "исключительное право... принадлежит автору" дать ответ на этот вопрос невозможно.

Следует считать, что в абз. 2 п. 2 слово "принадлежит" употребляется в том же значении, в котором оно употреблено в абз. 1 того же пункта.

В абзаце 1 п. 2 слово "принадлежит" означает: "переходит от автора к работодателю в силу закона и принадлежит работодателю".

В абзаце 2 п. 2 слово "принадлежит" означает: "переходит от работодателя к автору в силу закона и принадлежит автору". При этом сам этот переход исключительного права к автору происходит по истечении указанного трехлетнего срока; до этого момента исключительное право принадлежало работодателю. Переход этого права к автору не имеет "обратной силы".

8. Указанный трехлетний срок начинает течь с того дня, когда служебное произведение было предоставлено в распоряжение работодателя, а не с момента создания произведения. Несмотря на это, само исключительное право на служебное произведение, как уже отмечалось (см. п. 5 комментария к данной статье), принадлежит работодателю с момента создания служебного произведения.

9. В абзаце 2 п. 2 содержится перечень действий, которые должен совершить работодатель в течение указанного трехлетнего срока для того, чтобы по истечении этого срока исключительное право на служебное произведение не вернулось к автору. Вот этот перечень. Работодатель должен:

1) начать использование служебного произведения; или

2) передать исключительное право на служебное произведение другому лицу; или

3) сообщить автору, что он принял решение о сохранении служебного произведения в тайне.

10. Действия, указанные в п. 2 и 3 этого перечня, понятны и особых комментариев не требуют.

Очевидно, что если работодатель сообщает автору о своем решении сохранить служебное произведение в тайне, то работодатель обязан иметь какие-то доказательства совершения этого действия (подпись автора и т.п.). Если работодатель передает исключительное право на служебное произведение другому лицу, то доказательством этого является договор об отчуждении исключительного права (ст. 1285 и 1234 ГК РФ).

Из общего смысла этой нормы следует, что заключение работодателем лицензионного договора должно приравниваться в данном случае к договору об отчуждении исключительного права: заключение и того и иного договора свидетельствует о намерении работодателя использовать служебное произведение путем реализации своего правомочия по распоряжению исключительным правом.

Вместе с тем действие работодателя, состоящее в том, что он начал использовать служебное произведение, требует особого анализа.

11. Работодатель может начать использование служебного произведения в течение трех лет со дня, когда служебное произведение было предоставлено в его распоряжение, и тем самым предотвратить возвращение автору исключительного права на это произведение по истечении этого срока.

Для определения "использования" произведения необходимо обратиться к ст. 1270 ГК РФ: любое указанное в этой статье действие является использованием произведения.

Действия, совершаемые работодателем, будут считаться использованием произведения независимо от того, совершаются они в целях извлечения прибыли или без такой цели.

Использованием считается не только использование произведения способами, указанными в п. 2 и 3 ст. 1270 ГК РФ, но и иное использование произведения в любой форме и любым способом (см. также ст. 1229 ГК РФ и комментарии к ст. 1229 и 1270 ГК РФ).

Использованием произведения считается и такое использование, которое нарушает нормы права, например осуществляемое без согласия автора использование произведения без указания его имени или в переработке.

Таким образом, понятие "использование произведения", применяемое в данном случае, - очень широкое, практически "безбрежное". Если какая-либо сторона - автор или работодатель - пожелает доказать, что служебное произведение использовалось, то сделать это можно очень легко. Достаточно доказать, что служебный видеоклип был просмотрен генеральным директором, а тем более в присутствии других работников организации, например двух секретарш, для признания его использованным.

Если использование могло осуществляться без согласия автора, но с выплатой ему вознаграждения, то это - тоже "использование".

Не считаются "использованием" лишь те случаи, когда произведение может использоваться без согласия автора и без выплаты вознаграждения (ст. 1272 - 1278 ГК РФ), а также использование содержания произведения в иной форме (п. 5 ст. 1259; см. также п. 3 ст. 1270 ГК РФ).

12. Приведенное в п. 11 комментария к данной статье широкое толкование понятия "использования" произведения, по моему глубокому убеждению, является верным и юридически обоснованным.

Нельзя, однако, не отметить, что оно приводит к некоторым парадоксальным выводам: служебное произведение почти всегда (или практически всегда) считается использованным работодателем. Этот вывод логически вытекает из конструкции "бескрайнего", "безбрежного" исключительного права. Я лично считаю эту конструкцию неверной, но личному мнению не место в данном Комментарии.

Нельзя исключать того, что судебная практика сузит понятие использования служебного произведения применительно к этой статье. Такая практика будет направлена на исправление ошибки законодателя.

13. Абзац 3 п. 2 комментируемой статьи устанавливает обязанность работодателя выплатить автору вознаграждение за служебное произведение, если работодатель осуществит какие-либо действия в отношении этого служебного произведения, указанные в абз. 2 п. 2. Об этих действиях см. п. 9 - 11 комментария к данной статье.

Из этой нормы - a contrario - следует, что если работодатель до истечения трех лет с того дня, когда служебное произведение было предоставлено в его распоряжение, не совершит ни одного из указанных действий (вследствие чего исключительное право на служебное произведение возвратится к автору), то работодатель не обязан платить автору вознаграждение за созданное им служебное произведение.

14. Вторая фраза, содержащаяся в абз. 3 п. 2, предусматривает, что размер вознаграждения, условия и порядок его выплаты определяются договором между работодателем и автором, а спор между ними, касающийся вознаграждения, может быть рассмотрен в судебном порядке. ГК РФ не содержит никаких норм, относящихся к срокам заключения такого договора и к соотношению вознаграждения автора с его заработной платой (разд. VI ТК РФ).

В связи с этим, исходя из принципа свободы договора (ст. 421 ГК РФ), следует признать, что указанный договор может быть заключен как до, так и после создания служебного произведения, а также что вознаграждение автору может быть включено в заработную плату работника.

Условие о вознаграждении, включенное в трудовой договор, может быть разным по своему содержанию. Приведем несколько возможных форм такого соглашения:

- "заработная плата работника, предусмотренная настоящим договором, включает и вознаграждения за служебные произведения, создаваемые работником";

- "за каждое служебное произведение, которое будет создано работником и использовано работодателем путем издания (демонстрации по телевидению и т.п.), работнику выплачивается премия в размере 100 рублей";

- "заработная плата работника включает и вознаграждение за использование его служебных произведений. Но если использование какого-либо служебного произведения приносит организации доход в сумме, превышающей 100 тысяч рублей, то работнику выплачивается 10% от суммы дохода, превышающего 100 тысяч рублей".

В тех случаях, когда в отношении использования произведений действуют минимальные ставки авторского вознаграждения, установленные Правительством РФ (абз. 3 п. 4 ст. 1286 ГК РФ), размер вознаграждения за использование служебного произведения не может быть менее этих ставок.

Следует считать, что если трудовой договор предусматривает включение творческой деятельности, которая может завершиться созданием произведений, в трудовую функцию работника, то заработная плата включает в себя вознаграждение за использование служебных произведений, предусмотренную в абз. 3 п. 2 комментируемой статьи.

15. Если предположить, что вознаграждение за использование служебного произведения всегда должно выплачиваться сверх заработной платы, то становится невозможным дать ответ на вопрос о том, за что же работнику выплачивается зарплата. В связи с этим такое предположение следует признать неверным.

16. В случае возникновения спора о вознаграждении за служебное произведение не может быть вынесено решение о запрете использования служебного произведения (даже в качестве меры обеспечения иска), поскольку само использование служебного произведения является правомерным.

Однако если возникает спор о служебном характере использованного произведения, такое решение (определение) может быть вынесено.

17. Абзац 1 п. 3 комментируемой статьи относится к той ситуации, когда исключительное право на служебное произведение принадлежит автору. Указывается, что такая ситуация может возникнуть в соответствии с п. 2 данной статьи. В этом пункте предусмотрены два таких случая:

1) на основе абз. 1 в трудовом или ином договоре, заключенном между работником и работодателем, может быть предусмотрено, что исключительное право на служебное произведение принадлежит не работодателю, а автору;

2) на основе абз. 2 по истечении указанных здесь трех лет исключительное право возвращается автору.

В обоих этих случаях характер самого произведения не меняется - оно остается служебным.

18. В отношении такого служебного произведения работодателю в силу закона (абз. 1 п. 3 комментируемой статьи) предоставляются следующие права:

1) использовать такое служебное произведение способами, обусловленными целью служебного задания и в вытекающих из этого задания пределах;

2) обнародовать такое произведение.

Право работодателя на такое использование служебного произведения очень напоминает принудительную лицензию (ст. 1239 ГК РФ), но устанавливаемую не по решению суда, а по закону.

Это право на использование, принадлежащее работодателю, ограничивается целью и пределами служебного задания; таким образом, оно является ограниченным.

19. Под "служебным заданием" следует понимать конкретное поручение, данное работнику в пределах его трудовых обязанностей (трудовой функции). Задание,

выходящее за рамки трудовых обязанностей, не может привести к появлению "служебных" произведений.

С другой стороны, отсутствие конкретного поручения (т.е. служебного задания) не влияет на появление у работодателя указанного права на использование служебного произведения в условиях, указанных в абз. 1 п. 3 комментируемой статьи.

В этих случаях имеется "подразумеваемое служебное задание".

20. Рассматриваемое право на использование принадлежит работодателю без ограничения его каким-либо сроком.

Рассматриваемое право принадлежит работодателю и в том случае, если исключительное право на служебное произведение перешло от автора к другому лицу, например было отчуждено автором по договору. Поэтому указание о том, что данная норма применяется "в случае, когда... исключительное право на служебное произведение принадлежит автору", не следует понимать ограничительно: данная норма применима всегда в тех случаях, когда исключительное право на служебное произведение принадлежит не работодателю.

Следует считать, что работодатель не вправе передать указанное право другому лицу.

21. По нашему мнению, за использование служебного произведения на основе норм, содержащихся в первой фразе абз. 1 п. 3 комментируемой статьи, работодатель обязан выплачивать автору вознаграждение. При определении размера, условий и порядка выплаты этого вознаграждения должны применяться правила, установленные в абз. 3 п. 2 данной статьи. См. также п. 13 - 16 комментария к данной статье.

22. Смысл второй фразы абз. 1 п. 3 комментируемой статьи состоит в следующем: предоставленное в соответствии с первой фразой абз. 1 п. 3 работодателю право использовать служебное произведение не может ограничивать принадлежащее автору или иному правообладателю право использовать служебное произведение способом, не обусловленным служебным заданием, а равно и способом, хотя и обусловленным целью задания, но за пределами этого задания.

О толковании понятия "служебное задание" см. п. 19 комментария к данной статье.

23. Норма, содержащаяся в абз. 2 п. 3 комментируемой статьи, закрепляет за работодателем право при использовании служебного произведения указывать свое имя или наименование, а также требовать от других лиц такого указания. Речь здесь идет о личном неимущественном праве, которое защищается теми же способами, что и личные неимущественные права автора (ст. 1251 ГК РФ).

Это право применимо не только в случаях, предусмотренных в абз. 1 п. 3 комментируемой статьи, но и во всех иных случаях использования служебного произведения.

Статья 1296. Программы для ЭВМ и базы данных, созданные по заказу

Комментарий к статье 1296

1. Комментируемая статья относится к договорам, предметом которых является создание программы для ЭВМ или базы данных.

Стороны такого договора именуются подрядчиком (исполнителем) и заказчиком.

Поскольку создание программы для ЭВМ или базы данных является актом творчества, который может совершать только автор, логично предположить, что в качестве подрядчика (исполнителя) выступает автор. В этом случае невозможно понять, почему законодатель предусматривает двойное регулирование этих договоров - в ст. 1288 ГК РФ и в комментируемой статье. Учитывая, что комментируемая статья относится только к двум видам произведений, а ст. 1288 - ко всем видам произведений,

заказываемых авторам, следует считать, что комментируемая статья является специальной нормой по отношению к ст. 1288.

Вместе с тем комментируемая статья должна применяться и к тем случаям, когда в качестве подрядчика (исполнителя) выступает не автор, а иное лицо, например организация, работнику которой трудовым договором поручено создание служебной программы для ЭВМ или служебной базы данных (ст. 1295 ГК РФ).

Представляется, что комментируемая статья рассчитана как раз на эти последние случаи.

2. В соответствии с нормой, содержащейся в п. 1 комментируемой статьи, если программа для ЭВМ или база данных (далее - указанное произведение) созданы по такому договору заказа, причем предметом такого договора является создание указанного произведения, то исключительное право на указанное (созданное) произведение принадлежит заказчику.

Термин "принадлежит" означает "переходит к заказчику на основе договора и принадлежит заказчику".

Для такого перехода исключительного права никаких прямых указаний в договоре предусматриваться не должно. Достаточно факта создания указанного произведения на основе такого договора. Это такой же переход исключительного права в силу закона, как и тот, который предусмотрен в п. 2 ст. 1295 ГК РФ.

Следует считать, что исключительное право закрепляется договором за заказчиком без каких-либо ограничений.

3. Вместе с тем п. 1 комментируемой статьи содержит оговорку, в соответствии с которой указанный договор может "предусматривать иное".

Это означает, что указанный договор может предусматривать, что исключительное право на заказанное произведение заказчику не принадлежит, т.е. что по договору оно к заказчику не переходит.

Какие при этом "иные" дополнительные условия может содержать такой договор - это уже не имеет значения (в частности, логично предположить, что в этом случае договор будет предусматривать закрепление за заказчиком определенных прав на использование созданного произведения).

Но это будет уже, так сказать, "второй вариант".

Итак, "первый вариант" - основная норма: исключительное право принадлежит заказчику.

"Второй вариант" - оговорка: исключительное право принадлежит подрядчику (исполнителю).

Далее все просто: п. 2 комментируемой статьи применяется к первому варианту, а п. 3 - ко второму.

4. Основные нормы, содержащиеся в п. 2 и 3, идентичны по существу, но в то же время "зеркальны" - противоположны по отношению к сторонам договора.

Они могут быть сведены к одной простой формуле: та сторона договора, которой исключительное право на созданное произведение не принадлежит, в качестве компенсации получает в силу закона право использовать созданное произведение для собственных нужд на условиях безвозмездной простой (неисключительной) лицензии (см. ст. 1236 ГК РФ и комментарий к ней). Эта лицензия действует в течение всего срока действия исключительного права, а точнее - бессрочно.

Поскольку эта лицензия позволяет использовать созданное произведение для собственных нужд, то очевидно, что она не может быть уступлена другому лицу. Вместе с тем эта лицензия при реорганизации юридического лица переходит к правопреемнику. Однако при ликвидации юридического лица действие ее прекращается.

5. Норма о предоставлении указанной "лицензии по закону" для подрядчика (исполнителя) закреплена в п. 2 комментируемой статьи и является диспозитивной: может быть отменена (или изменена) договором. Подрядчик (исполнитель), который создал

указанное произведение по договору заказа, может быть вообще лишен каких-либо прав на использование произведения.

Напротив, норма, содержащаяся в п. 3 данной статьи (о выдаче заказчику простой (неисключительной) лицензии о безвозмездном использовании созданного произведения для собственных нужд), договором не может быть отменена - она является императивной. Однако очевидно, что договор может расширить права заказчика, получаемые на основе такой лицензии.

6. Пункт 4 комментируемой статьи устанавливает определенные правила, касающиеся права на вознаграждение авторов созданных по заказу произведений - программ для ЭВМ и баз данных, когда этим авторам не принадлежит исключительное право на созданное произведение.

Очевидно, что нормы, содержащиеся в п. 4, относятся как к авторам, которые являются подрядчиками (исполнителями) в рассматриваемых выше договорах заказа, так и к авторам, которые не являются стороной в рассматриваемых выше договорах заказа. В любом случае это - авторы произведений, создание которых было предметом данных договоров.

Авторы таких произведений имеют право на вознаграждение в соответствии с абз. 3 п. 2 ст. 1295 ГК РФ.

Следует считать, что договор, в соответствии с которым автор создал свое произведение, ставшее предметом рассмотренного в п. 1 - 3 комментируемой статьи договора заказа, может устанавливать более выгодное для автора вознаграждение.

Пункт 4, по сути, устанавливает, что при наличии договора заказа, предусмотренного п. 1 - 3 комментируемой статьи, автор произведения не может быть поставлен - в отношении вознаграждения за созданное произведение - в худшие условия, чем автор любого служебного произведения.

7. См. п. 9 комментария к ст. 1298 ГК РФ.

Статья 1297. Программы для ЭВМ и базы данных, созданные при выполнении работ по договору

Комментарий к статье 1297

1. Комментируемая статья относится к тем случаям, когда заключен либо договор подряда (гл. 37 ГК РФ), либо договор на выполнение научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ - НИОКР (гл. 38 ГК РФ).

В ходе исполнения такого договора может быть создана программа для ЭВМ или база данных, хотя их создание прямо не было предусмотрено заключенным договором.

Данная статья определяет некоторые вопросы, относящиеся к правовому режиму такой программы для ЭВМ или базы данных (далее именуются "указанные произведения").

2. Указанные произведения могут быть созданы либо подрядчиком (проектировщиком, изыскателем, исполнителем), либо иным лицом, действующим на стороне подрядчика (исполнителя).

Хотя создание указанных произведений договором не предусматривалось (выражение "прямо не предусматривалось" означает, что создание этих произведений не являлось существенным условием исполнения договора), такое произведение фактически создано. Более того, оно включено в результат договора (материальный объект), переданный заказчику. Именно на эти и только на эти случаи распространяется комментируемая статья.

3. В абзаце 1 п. 1 этой статьи устанавливается, что исключительное право на такое произведение принадлежит подрядчику (исполнителю).

Сформулирована эта норма не очень точно. Смысл ее состоит в следующем: исключительное право на указанное произведение (по закону) не считается переданным по договору к заказчику. Что касается вопроса о том, кому именно принадлежит исключительное право на указанное произведение, то этот вопрос данной нормой не решается.

Делая такой вывод, мы учитываем то обстоятельство, что в указанных договорах подрядчиками (исполнителями) может выступать как физическое, так и юридическое лицо, а юридическое лицо не может само создать указанное произведение.

4. Вместе с тем в абз. 1 п. 1 содержится оговорка, в соответствии с которой договор может предусматривать, что исключительное право на указанное произведение будет принадлежать заказчику (например: "Если в ходе исполнения настоящего договора будет создана программа для ЭВМ или база данных, которая будет включена в передаваемый заказчику результат, то... и т.д.").

5. Абзац 2 п. 1 посвящен случаю, когда стороны не воспользовались оговоркой, указанной в абз. 1 п. 1, исключительное право на случайно созданное произведение по договору к заказчику не перешло, но заказчик получил по договору материальный объект, в который воплощено указанное произведение.

6. В этом случае заказчик получает (по закону) право использовать указанное произведение в тех целях, для достижения которых был заключен договор. Это право приравнивается к выдаче простой (неисключительной) лицензии, которая является безвозмездной и предоставлена без ограничения каким-либо сроком.

Понятие "безвозмездности", упомянутое выше, требует некоторых пояснений. Сам договор подряда или договор на выполнение НИОКР является возмездным. Поэтому за переданный ему результат заказчик обязан уплатить договорную цену. Однако подрядчик (исполнитель) не может требовать увеличения этой цены в связи с включением в результат работы указанного произведения.

Следует считать, что данное право заказчика распространяется только на случаи использования указанного произведения в составе того результата, который заказчик получил по договору.

Если договор предусматривал (или не запрещал) право заказчика на воспроизведение или передачу этого результата, то данное право заказчика является передаваемым.

Заказчик сохраняет данное право и в том случае, если исключительное право на указанное произведение передается другому лицу (вторая фраза абз. 2 п. 1). Более точно эта норма изложена в п. 7 ст. 1235 ГК РФ, которым и следует руководствоваться.

7. Вместе с тем рассмотренное выше право заказчика на использование указанного произведения действует лишь в том случае, "если договором не предусмотрено иное". Таким образом, договор может предусмотреть, что это право вообще не будет предоставлено заказчику, что это право будет принадлежать заказчику в иных пределах - более узких (платное использование, использование только для собственных нужд) или, наоборот, в более широких.

8. Пункт 2 комментируемой статьи относится к случаю, когда стороны воспользовались оговоркой, предусмотренной в абз. 1 п. 1, и предусмотрели в договоре, что исключительное право на такие случайно появившиеся произведения будет принадлежать заказчику (либо "указанному заказчиком третьему лицу" - почему-то неожиданно добавляется в этой норме; это добавление основывается на ст. 430 ГК РФ и, конечно, применимо не только к рассматриваемому договору).

В этом случае подрядчик (исполнитель) получает (по закону) право использовать указанное произведение, но только для собственных нужд, на условиях безвозмездной простой (неисключительной) лицензии. Действие этой лицензии не ограничивается каким-либо сроком.

Подрядчик (исполнитель) не имеет права включать указанные произведения в результаты своих работ, выполняемых им по другим договорам подряда и по другим договорам на выполнение НИОКР.

9. Однако право подрядчика (исполнителя) на данное использование указанного произведения для собственных нужд не возникает, "если договором предусмотрено иное".

Таким образом, договор может либо вообще отменить это право подрядчика (исполнителя), либо сделать его срочным или возмездным.

10. Пункт 3 комментируемой статьи повторяет норму, содержащуюся в п. 4 ст. 1296 ГК РФ. В связи с этим см. п. 6 комментария к ней.

Статья 1298. Произведения науки, литературы и искусства, созданные по государственному или муниципальному контракту

Комментарий к статье 1298

1. Комментируемая статья устанавливает особые нормы, относящиеся к правовому режиму произведений, созданных по государственному или муниципальному контракту по выполнению работ для государственных или муниципальных нужд (далее именуется "контракт").

Этот контракт заключается в соответствии с параграфом 5 гл. 37 ГК РФ. Его предметом являются подрядные строительные работы, проектные и изыскательские работы, а также научно-исследовательские, опытно-конструкторские и технологические работы.

Указанный контракт является договором подрядного типа, поэтому стороны именуются в нем подрядчиком и заказчиком. В соответствии со ст. 764 ГК РФ подрядчиком может выступать юридическое или физическое лицо.

В комментируемой статье подрядчик именуется "исполнителем".

2. Общая норма, содержащаяся в п. 1 данной статьи, устанавливает, что исключительное право на произведение, созданное по такому контракту, принадлежит исполнителю.

В комментируемой норме поясняется, что исполнителем может быть как автор, так и иное лицо, выполняющее данный контракт. Таким образом, в соответствии с этой общей нормой исключительное право на такое произведение к заказчику по договору не передается, заказчику не уступается. В этом и состоит основной смысл этой нормы. Строго говоря, вопрос о том, кому, какому лицу принадлежит исключительное право на такое произведение, данной нормой не регулируется.

Следует полагать, что это общее правило об отсутствии перехода по закону исключительного права на созданное произведение должно применяться как в случае, если контракт прямо говорит о создании такого произведения, так и в случае, если его создание прямо контрактом не предусматривается, а произведение создано в ходе исполнения контракта лишь случайно, попутно.

Разумеется, здесь и далее в этой статье речь идет лишь о тех произведениях, материальные носители которых вошли в результат контракта, переданный заказчику.

Общая норма (об отсутствии отчуждения исключительного права) применяется в случаях, если контрактом не предусмотрено иное.

3. Вместе с тем, согласно п. 1 комментируемой статьи, контракт может предусматривать, что исключительное право на такое произведение принадлежит:

1) Российской Федерации, субъекту РФ или муниципальному образованию, от имени которых выступает государственный заказчик (далее указанные лица условно именуются "указанные субъекты");

2) совместно исполнителю и указанному субъекту. Из данной нормы следует, что других вариантов решения вопроса о том, кому принадлежит указанное исключительное право, контракт не может предусматривать.

Употребленный в данной норме термин "принадлежит" означает "переходит к указанному лицу, которое становится правообладателем".

4. Пункт 2 комментируемой статьи относится к случаю, когда исключительное право на указанное произведение по контракту должно "принадлежать" указанному субъекту.

Если исполнителем является физическое лицо - автор указанного произведения, то никаких трудностей и вопросов не возникает - от него исключительные права отчуждаются и "принадлежат" указанному субъекту. Поэтому такая простая ситуация в данной норме вообще не регламентируется. Трудности возникают, если первоначально исключительное право не принадлежит исполнителю. На эти случаи и рассчитаны дополнительные нормы, содержащиеся в п. 2 комментируемой статьи.

В этих случаях исполнитель обязан приобрести такое исключительное право у третьих лиц с тем, чтобы оно могло затем перейти к указанному субъекту.

Поясняется, что исполнитель при этом обязан либо приобрести эти права, либо "обеспечить их приобретение". Можно полагать, что это последнее выражение указывает на обязанность исполнителя в случае необходимости заключить "цепочку" договоров. "Приобретение" (или "обеспечение приобретения") указанных прав исполнитель осуществляет "путем заключения соответствующих договоров со своими работниками и третьими лицами".

Договоры исполнителя со всеми указанными лицами могут строиться на основе ст. 1285, 1288, 1295, 1296 ГК РФ. Какой именно договор будет заключен, значения не имеет. Главное состоит в том, чтобы на основе этого договора к исполнителю перешло исключительное право на произведение, которое затем по контракту передается указанному субъекту.

Затраты исполнителя по приобретению этих прав должны учитываться в цене контракта.

5. Пункт 3 комментируемой статьи относится к случаю, когда контракт не предусматривает перехода к указанному субъекту исключительных прав. В этом случае исключительные права не принадлежат указанному субъекту, но "правообладатель" по требованию заказчика обязан предоставить тому лицу, которое будет указано заказчиком, безвозмездную простую (неисключительную) лицензию на использование соответствующего произведения для государственных или муниципальных нужд.

Под термином "правообладатель" здесь, очевидно, имеется в виду исполнитель. Для того чтобы выдать указанную лицензию, исполнитель должен иметь соответствующее право, хотя бы в объеме этой лицензии.

Для получения такого права исполнитель в некоторых случаях обязан заключить соответствующие договоры. Следует сказать, что к данному случаю должны применяться нормы, содержащиеся в п. 2 комментируемой статьи (в том числе во второй фразе), но с соответствующими изменениями, поскольку речь идет не о приобретении исполнителем исключительного права, а о приобретении им права на использование в ограниченном объеме.

6. Пункт 4 данной статьи относится к случаю, когда по контракту исключительное право на созданное произведение принадлежит совместно исполнителю и указанному субъекту.

Совместное владение исключительным правом осуществляется по правилам, содержащимся в п. 3 ст. 1229 ГК РФ.

Пункт 4 устанавливает одно изъятие из этих общих правил. Оно состоит в том, что заказчик (а не указанный субъект!) вправе, уведомив о том исполнителя, предоставить (очевидно, любому лицу) безвозмездную простую (неисключительную) лицензию на использование такого произведения для государственных или муниципальных нужд.

Следует полагать, что число таких лицензий законом в рамках контракта не ограничивается.

7. Пункт 5 комментируемой статьи относится к праву автора созданного в рамках контракта произведения на получение вознаграждения в тех случаях, когда исключительное право на это произведение в силу данного контракта ему уже не принадлежит.

Его вознаграждение не может быть ниже вознаграждения, причитающегося автору служебного произведения. В этом и состоит смысл данной нормы.

8. Пункт 6 данной статьи распространяет нормы, предусмотренные ст. 1298 ГК РФ, на те программы для ЭВМ и базы данных, которые были созданы при выполнении контракта, хотя их создание прямо не предусматривалось этим контрактом. Следовательно, к таким программам для ЭВМ и базам данных не должны применяться нормы, установленные ст. 1297 ГК РФ.

9. Следует считать, что если программа для ЭВМ или база данных созданы по контракту, который прямо предусматривал их создание, то к ним применяются положения ст. 1298, а не ст. 1296 ГК РФ.

Статья 1299. Технические средства защиты авторских прав

Комментарий к статье 1299

1. Развитие техники и технологии постоянно расширяют сферы возможного использования произведений науки, литературы и искусства; приводят к появлению новых сфер и способов использования, сокращают время, необходимое для осуществления использования произведений, удешевляют процессы использования. Все это не только приводит к расширению круга пользователей, но и создает большие трудности для авторов и других правообладателей при выявлении случаев использования произведений.

В связи с этим авторы и иные правообладатели применяют различные приемы, способы и технические устройства, направленные на контролирование, предотвращение использования или ограничение случаев использования их произведений.

2. Комментируемая статья в п. 1 указывает на технические средства защиты авторских прав.

Под ними понимаются технологии (т.е. приемы, способы), а также технические устройства (конструкции, приборы, включая электронные устройства), которые контролируют доступ к охраняемому авторским правом произведению (в том числе к материальному объекту, воплощающему такое произведение) либо предотвращают или ограничивают возможности использования произведения.

Указанные технические средства применяются прежде всего при использовании произведений в Интернете, но их применение не ограничивается только этой сферой. Достаточно вспомнить кодирование телевизионных сигналов или кодирование дисков, распространяемых справочно-поисковой службой "КонсультантПлюс".

Автор или иной правообладатель вправе, используя эти технические средства защиты, пытаться контролировать, предотвращать или ограничивать осуществление "действий, которые не разрешены" автором или иным правообладателем. Эти запреты и ограничения могут относиться как к обнародованным, так и к необнародованным произведениям.

Право автора или иного правообладателя контролировать доступ к своему произведению реализуется в том случае, когда - в соответствии с законом или добровольным согласием правообладателя - произведение используется свободно, но с выплатой вознаграждения.

Право предотвращать или ограничивать использование произведения применимо в тех случаях, когда произведение может использоваться только с согласия правообладателя.

Технические средства защиты вместе с тем не могут и не должны применяться для того, чтобы контролировать, запрещать или ограничивать использование произведений в тех случаях, для которых закон предусматривает режим свободного безвозмездного использования (см. также п. 3 комментируемой статьи).

3. В подпункте 1 п. 2 комментируемой статьи устанавливается запрет на осуществление без согласия правообладателя действий, которые направлены на то, чтобы устранить технические средства защиты и обеспечить доступ к произведению или возможность его использования. К числу таких действий относится и обычное вскрытие "медвежатником" сейфа, в котором находится рукопись комментария к части четвертой ГК РФ, и вскрытие хакером кода доступа к чужому сайту в Интернете.

4. Подпункт 2 п. 2 комментируемой статьи относится к тому, что можно назвать "техническими средствами борьбы с техническими средствами защиты авторских прав". Содержащиеся здесь нормы содержат общий запрет использования и пропаганды этих средств.

Приводимый перечень запрещенных действий носит ограниченный, исчерпывающий характер.

5. Пункт 3 данной статьи определяет правовые последствия совершения тех действий, которые запрещены в соответствии с п. 2 этой же статьи. Он указывает на ответственность "нарушителя".

"Нарушителем" в данном случае является лицо, которое нарушило запреты, предусмотренные в п. 2. Здесь "нарушитель" - это не нарушитель авторских прав; последний несет ответственность на основе ст. 1250 - 1253 и 1301 ГК РФ.

Лицо, которое само не совершало действий, указанных в п. 2 комментируемой статьи, но в результате действий нарушителя незаконно использовало произведение (получив к нему доступ и т.п.), не является нарушителем по ст. 1299 ГК РФ.

Нарушитель по ст. 1299 ГК РФ (независимо от своей ответственности как нарушитель авторских прав, если он таковым является) обязан возместить убытки правообладателя, вызванные тем, что нарушитель и третьи лица получили доступ к произведению и использовали его. Вместо убытков правообладатель может потребовать выплаты нарушителем компенсации, предусмотренной ст. 1301 ГК РФ.

Ответственность нарушителя не возникает, если действия нарушителя направлены на использование или на достижение использования произведения в тех случаях и пределах, когда ГК РФ допускает "использование произведения без согласия правообладателя". Полагаем, что в данной норме речь идет о случаях использования произведения не только без согласия автора, но и без выплаты ему вознаграждения.

Статья 1300. Информация об авторском праве

Комментарий к статье 1300

1. Комментируемая статья вводит новое понятие - "информация об авторском праве" - и устанавливает запреты, касающиеся ее удаления и изменения.

2. Пункт 1 данной статьи содержит определение понятия "информация об авторском праве". Это любая информация, которая идентифицирует произведение, выделяя его из ряда иных произведений, идентифицирует автора или иного правообладателя, либо информация об условиях использования произведения. Из этого определения следует, что закон не устанавливает никакого перечня обязательных сведений, которые должны содержаться в этой информации.

Информация об авторском праве - это та информация, которая содержится на оригинале или экземпляре (копии) произведения, приложена к этому материальному носителю произведения или появляется, например, на экране при телевизионном или кабельном вещании произведения или при доведении произведения до всеобщего сведения (через Интернет).

Эта информация может быть выражена в открытой, широкодоступной форме либо представлена в виде кода, шифра и т.п.

Содержание этой информации и ее цель частично совпадают с содержанием и целью проставления знака охраны авторского права (ст. 1271 ГК РФ).

Следует обратить внимание на то, что информация об авторском праве, как и знак охраны авторского права, никаких новых или дополнительных авторских прав не порождает (п. 4 ст. 1259 ГК РФ). Что касается содержащихся в этой информации "условий использования произведения", то они не должны противоречить действующему законодательству; в частности, эти условия не могут ограничивать право собственности на соответствующий материальный объект.

3. Подпункт 1 п. 2 комментируемой статьи содержит запрет удаления или изменения информации об авторском праве без согласия правообладателя. Очевидно, что согласие правообладателя должно быть получено в письменной форме.

4. Подпункт 2 п. 2 содержит запрет совершать определенные действия с произведением, информация об авторском праве которого была удалена или изменена.

Перечень таких действий является закрытым (исчерпывающим). Запрет касается:

- воспроизведения таких экземпляров (копий);
- распространения оригинала и экземпляров (копий);
- импорта оригинала, экземпляров (копий) в целях распространения;
- публичного исполнения;
- сообщения в эфир или по кабелю;
- доведения до всеобщего сведения.

Другие действия по использованию таких произведений не подпадают под подпункт 2 п. 2 комментируемой статьи.

5. Пункт 3 устанавливает ответственность лиц, нарушивших запреты, содержащиеся в п. 2 комментируемой статьи.

Данная норма называет таких лиц "нарушителями". "Нарушитель" по данной статье - это не нарушитель авторского права и не нарушитель по ст. 1299 ГК РФ. Это совершенно иное лицо, то лицо, которое совершает действия, указанные в подп. 1 и (или) 2 п. 2 комментируемой статьи.

Правообладатель имеет право потребовать от нарушителя либо возмещения убытков, либо выплаты компенсации, предусмотренной в ст. 1301 ГК РФ.

6. Закрепляя за правообладателем право на информацию об авторском праве, ГК РФ не относит это право ни к категории исключительных прав, ни к категории личных неимущественных прав. Последний вывод основывается на том, что это право в п. 2 ст. 1251 ГК РФ не упоминается. Тем не менее следует полагать, что это личное неимущественное право, принадлежащее не автору, а любому правообладателю.

7. Следует считать, что оригинал и экземпляры (копии) материальных носителей, на которых отсутствует или искажена информация об авторском праве, сами по себе контрафактными не являются (п. 4 ст. 1252 ГК РФ). Они являются контрафактными лишь в том случае, если их использование приводит к нарушению исключительных прав.

Статья 1301. Ответственность за нарушение исключительного права на произведение

Комментарий к статье 1301

1. Комментируемая статья посвящена взысканию компенсации как одному из способов защиты нарушенного исключительного права на произведение и основывается на положениях п. 3 ст. 1252 ГК РФ. Она реализует - применительно к авторскому праву - потенциальную возможность взыскания такой компенсации, содержащуюся в п. 3 ст. 1252 ГК РФ; вместе с тем она конкретизирует размеры такой компенсации.

2. В комментируемой статье устанавливается, что такая компенсация может быть взыскана по требованию правообладателя - владельца исключительного права на произведение.

Однако в соответствии со ст. 1254 ГК РФ такая компенсация может быть взыскана и по требованию лицензиара, получившего исключительную лицензию, если будет нарушено то право, на которое ему была предоставлена исключительная лицензия. Следует считать, что в этом случае данное право сам правообладатель защищать не может.

3. Указанная компенсация, согласно данной статье, может быть потребована "вместо возмещения убытков". Это означает, что предъявление требования о взыскании компенсации означает отказ от возмещения убытков.

Возможность изменения основания иска определяется процессуальным законодательством.

4. Общие положения о взыскании данной компенсации предусмотрены в п. 3 ст. 1252 ГК РФ. См. также п. 6 - 10 комментария к ст. 1252 ГК РФ.

5. В комментируемой статье определены два вида компенсации:

в части 2 - "компенсация по усмотрению суда";

в части 3 - "компенсация в двукратном размере стоимости".

Эти условные термины будут пояснены ниже. Следует полагать, что право выбора того или иного вида компенсации принадлежит истцу. Возможность пересмотра решения о выборе вида компенсации определяется процессуальным законодательством.

6. Часть 2 комментируемой статьи предусматривает компенсацию по усмотрению суда в размере от 10 тыс. до 5 млн. рублей.

Закон не поясняет, чем должен руководствоваться суд, выражая свое "усмотрение"; не поясняется также и то, должен ли истец обосновывать требуемую сумму, если он просит взыскать компенсацию, превышающую 10 тыс. рублей.

Исходя из зафиксированного в ст. 56 ГПК РФ общего принципа гражданского процесса, в соответствии с которым "каждая сторона должна доказать те обстоятельства, на которые она ссылается", следует считать, что истец должен предоставить обоснования размеров требуемой им компенсации.

Что касается "судейского усмотрения", то логично было бы, если бы суд руководствовался следующими принципами:

- восстановления нарушенных прав (ст. 1 ГК РФ); при наличии убытков суд должен оценить их размер, хотя бы приблизительно, и присудить компенсацию, "соразмерную" причиненным убыткам. Отсутствие убытков должно влечь присуждение минимальной компенсации;

- учета степени вины нарушителя (ст. 151, 1101 ГК РФ): поскольку речь идет о компенсации, следовало бы учитывать, совершено правонарушение умышленно, с грубой неосторожностью или с легкой небрежностью;

- разумности и справедливости (ст. 10, 1101 ГК РФ);

- соразмерности компенсации последствиям правонарушения. Полагаем, что суд не вправе выходить за пределы заявленной суммы компенсации и присуждать компенсацию в большей сумме.

7. Часть 3 комментируемой статьи предусматривает возможность взыскания компенсации "в двукратном размере стоимости".

Для расчета этой компенсации может быть взята либо стоимость экземпляров произведения, либо стоимость прав. Общий подход при расчете такой компенсации таков.

Предположим, правообладатель обнаруживает, что принадлежащее ему произведение незаконно издано в виде книги тиражом одна тысяча экземпляров, причем продажная цена экземпляра книги составляет 100 руб.

Если он будет рассчитывать компенсацию исходя из стоимости экземпляров, он может потребовать выплаты ему: 100 руб. x 1000 экз. x 2 = 200 000 руб.

Но он может заявить, что по лицензионному договору за книжное издание этого произведения ему была бы предложена сумма в 110 тысяч руб., а потому он требует компенсации в 220 тысяч руб. (110 тыс. руб. x 2).

8. Следует, однако, учесть, что ч. 3 комментируемой статьи, предусматривая расчет компенсации "в двукратном размере стоимости", поясняет, что стоимость экземпляров и стоимость прав должны определяться "исходя из цены, которая при сравнимых обстоятельствах обычно взимается за правомерное использование произведения".

Смысл этой нормы понять совершенно невозможно, хотя можно высказать относительно нее некоторые соображения.

В частности, можно предположить, что законодатель, делая такую оговорку, пытался защитить интересы правообладателя. Так, если нарушитель продает контрафактный экземпляр книги по низкой цене, то цена эта объясняется тем, что нарушитель не платит ни налогов, ни авторских отчислений и стремится продать контрафактную книгу побыстрее. Поэтому следует учитывать цену легальной (лицензионной) книги.

С другой стороны, на практике, если вознаграждение рассчитывается от продажной цены книги, то учитывается ее оптовая, а не розничная цена, причем стоимость обложки книги из цены исключается.

Все приведенные выше обстоятельства следует учитывать, определяя размер взыскиваемой компенсации.

9. "Компенсация подлежит взысканию с лица, нарушившего исключительное право на использование произведения, если оно не докажет отсутствие своей вины в этом нарушении" - п. 6 информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 декабря 2007 г. N 122 "Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел, связанных с применением законодательства об интеллектуальной собственности".

10. Если истцом является лишь один из соавторов, а также если "экземпляр", указанный в части 3, включает несколько произведений, истец имеет право на получение лишь соответствующей доли компенсации.

Статья 1302. Обеспечение иска по делам о нарушении авторских прав

Комментарий к статье 1302

1. Комментируемая статья относится к обеспечительным мерам по делам о нарушении авторских прав.

Содержащиеся здесь нормы не отменяют и не заменяют существующих норм процессуального права; они лишь несколько конкретизируют их применительно к специфике авторского права.

Некоторые разъяснения, касающиеся обеспечения исков по делам о нарушении авторских прав, содержатся в п. 18 и 19 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 19 июня 2006 г. N 15 "О вопросах, возникших у судов при рассмотрении гражданских дел, связанных с применением законодательства об авторском праве и смежных правах".

2. Пункт 1, а также абз. 1 п. 2 комментируемой статьи определяют меры по обеспечениям исков по гражданским делам о нарушении авторских прав. Содержащиеся здесь нормы несколько конкретизируют нормы гл. 13 ГПК РФ и гл. 8 АПК РФ. Обеспечительные меры, указанные в абз. 2 п. 2 комментируемой статьи, относятся к обеспечительным мерам, применяемым в делах административного и уголовного

судопроизводства. Они детализируют общие обеспечительные меры, указанные в ст. 115 УПК РФ и в ст. 27.10 и 27.14 КоАП РФ.

3. Пункт 1 комментируемой статьи, конкретизируя содержащуюся в ст. 140 ГПК РФ меру о "запрещении ответчику совершать определенные действия", а также содержащуюся в ст. 91 АПК РФ меру "о запрещении ответчику и другим лицам совершать определенные действия, касающиеся предмета спора", устанавливает, что в делах о нарушении авторских прав суд может вынести определение, запрещающее совершать определенные действия, адресованное ответчику или лицу, в отношении которого имеются достаточные основания полагать, что оно является нарушителем авторских прав.

Далее в этой норме приводится перечень тех специфических действий, которые суд может запретить совершать. Это изготовление, воспроизведение, продажа, сдача в прокат, импорт, иное использование экземпляров, в том числе их транспортировка, владение или хранение с целью их последующего введения в гражданский оборот.

4. Абзац 1 п. 2 комментируемой статьи содержит уточнения, касающиеся объектов, на которые может быть наложен арест. К ним относятся: предполагаемо контрафактные экземпляры произведений, а также материалы и оборудование, используемые для изготовления или воспроизведения таких экземпляров или предназначенные для этой цели.

5. Абзац 2 п. 2 содержит нормы, обязывающие органы дознания и следствия - при наличии достаточных данных о нарушении авторских прав - принимать меры для розыска и ареста предположительно контрафактных материалов, а также материалов и оборудования, применяемых для изготовления таких экземпляров или предназначенных для такого использования.

6. Следует особо подчеркнуть, что нормы, установленные комментируемой статьей, не отменяют никаких положений, содержащихся в процессуальном законодательстве, в частности в ГПК РФ и АПК РФ.

Глава 71. ПРАВА, СМЕЖНЫЕ С АВТОРСКИМИ

§ 1. Общие положения

Статья 1303. Основные положения

Комментарий к статье 1303

1. В пункте 1 комментируемой статьи перечислены пять категорий объектов, на которые возникают права, смежные с авторскими правами. Это:

1) результаты исполнительской деятельности (исполнения);

2) фонограммы;

3) сообщения в эфир или по кабелю радио- и телепередач (вещание организаций эфирного и кабельного вещания);

4) содержание баз данных;

5) произведения науки, литературы и искусства, обнародованные после перехода их в общественное достояние.

Этот перечень не полностью соответствует общему перечню охраняемых объектов, приведенному в п. 1 ст. 1225 ГК РФ.

Следует считать, что перечень, содержащийся в п. 1 комментируемой статьи, является более точным; именно на него следует ориентироваться.

2. О содержании отдельных категорий объектов смежных прав см. комментарий к ст. 1304.

3. Права, возникающие на объекты смежных прав, именуются правами, смежными с авторскими, смежными правами.

Сам этот термин "смежные права", вероятно, заимствован из европейской практики (droits voisins, Verwandte Schutzrechte, derechos conexos). Употребляя этот термин, важно помнить о том, что речь идет о правах, смежных именно с авторским правом (полный английский термин - Rights Neighbouring to Copyright). Это означает, что эти права строятся по типу авторского права (автоматизм возникновения охраны, защита от копирования и другие характерные особенности).

Следует полагать в этой связи, что нормы авторского права могут по аналогии применяться к смежным правам.

4. В отличие от авторского права, которое предоставляет единый правовой режим для разных категорий произведений науки, литературы и искусства (за некоторыми исключениями), различные объекты смежных прав получают разные правовые режимы. Именно поэтому термин "смежные права" употребляется во множественном числе.

5. В пункте 2 комментируемой статьи указывается, что смежные права включают исключительные права, а также - в случаях, предусмотренных ГК РФ, - личные права.

В этом пункте конкретизируются, применительно к смежным правам, положения, предусмотренные ст. 1226 ГК РФ.

Но если в ст. 1226 ГК РФ предусматривается, что в число интеллектуальных прав включаются и "иные права" (в случаях, предусмотренных в ГК РФ), то применительно к смежным правам никаких "иных прав" не упоминается.

В связи с этим следует считать, что в отношении смежных прав ГК РФ не предусматривает наличие иных прав.

6. Первая категория смежных прав - исполнения - относится к результатам интеллектуальной деятельности (РИД). К этой категории применимы нормы ст. 1228 ГК РФ (см. также комментарий к данной статье).

Остальные четыре категории объектов смежных прав не относятся ни к результатам интеллектуальной деятельности, ни к средствам индивидуализации. См. также п. 3 комментария к ст. 1225 ГК РФ.

Статья 1304. Объекты смежных прав

Комментарий к статье 1304

1. В пункте 1 перечислены пять объектов смежных прав и указаны их основные признаки.

2. В качестве первого объекта смежных прав названы "исполнения".

Содержание этого понятия подробно раскрывается в ст. 1313 ГК РФ. См. также комментарий к ней.

3. Из подпункта 1 п. 1 комментируемой статьи следует, что исполнения только тогда охраняются как объекты смежных прав, когда они "выражаются в форме, допускающей их воспроизведение и распространение с помощью технических средств".

Буквальное прочтение этой нормы приводит к выводу о том, что если исполнение не выражено в форме, допускающей его воспроизведение и распространение с помощью технических средств, то оно не пользуется правовой охраной. Если придерживаться этой точки зрения, то тогда приходится решать вопрос о том, может ли получить правовую охрану исполнение, которое было зафиксировано на материальном носителе, не допускающем воспроизведения исполнения, но затем такая возможность появилась? Действующее законодательство ответа на этот вопрос не содержит.

Следует считать, что исполнение, зафиксированное в форме, не допускающей воспроизведение, пользуется правовой охраной с момента исполнения, но практическое осуществление исполнительских прав возможно только с того момента, когда эта запись станет воспроизводимой.

4. В подпункте 2 п. 1 комментируемой статьи содержится определение второго объекта смежных прав - фонограмм (звукозаписей). Это - "исключительно звуковые записи исполнений или иных звуков либо их отображений".

Понятие "отображение звуков" содержится в последней фразе ст. 1305 ГК РФ: это "представление звуков в цифровой форме, для преобразования которой в форму, воспринимаемую слухом, требуется использование технических средств".

Таким образом, нотная запись музыки не является таким отображением звуков.

5. В подпункте 2 п. 1 данной статьи фонограммы определяются как "исключительно" звуковые записи. Это означает, что если запись звуков сочетается с записью изображений, с визуальной записью, то такая запись не подпадает под определение фонограммы, и поэтому не пользуется охраной.

Это подтверждает и оговорка, содержащаяся в этом подпункте; смысл этой оговорки состоит в том, что звуковая запись, включенная в аудиовизуальное произведение, не считается фонограммой.

Однако если эта запись звуков будет использоваться отдельно от аудиовизуального произведения, то она будет охраняться как фонограмма.

6. В подпункте 3 п. 1 указан третий объект смежных прав - сообщение передач организаций эфирного и кабельного вещания.

Как поясняется в ст. 1329 ГК РФ, под "передачей" имеется в виду "совокупность звуков и (или) изображения или их отображений". (Термин "отображения звуков" пояснен в последней фразе ст. 1305 ГК РФ; очевидно, что аналогично должно пониматься и "отображение изображений".)

Хотя в ГК РФ употребляются термин "сообщение передач", а более простой и понятный термин "передача" не применяется, этот термин следует считать равнозначным термину "передача".

7. Поскольку указывается, что сообщение передач может быть "в частности" создано либо самой организацией эфирного или кабельного вещания, либо по ее заказу за счет ее средств другой организацией, это пояснение - благодаря наличию слов "в частности" - не позволяет отграничить охраняемые сообщения передач от иных, не охраняемых объектов: охраняемыми сообщениями передач являются и такие объекты, которые созданы не самой организацией эфирного или кабельного вещания, не по ее заказу и не за счет средств другой организации.

Единственный указанный здесь критерий, выделяющий такое сообщение передачи из круга других (не охраняемых) объектов, это сам факт сообщения такой передачи в эфир или по кабелю.

Этот основополагающий признак охраняемости этих объектов смежных прав, хотя и присутствовал в прежнем законодательстве, но был выражен менее ясно и иногда непоследовательно. Кем, как, с помощью чьих средств создавались материальные носители (материалы), затем переданные в эфир или по кабелю, - значения не имеет; важно, что они были сообщены, переданы в эфир или по кабелю.

8. В подпункте 4 п. 1 комментируемой статьи четвертый объект смежных прав называется "базы данных".

Здесь, однако, имеются в виду, не те указанные в п. 2 ст. 1260 ГК РФ базы данных, которые являются результатами интеллектуальной деятельности и выступают как объекты авторского права, а иные объекты, которые не считаются результатами интеллектуальной деятельности и не охраняются как таковые.

Хотя этот объект смежных прав может в некоторых случаях совпадать с базой данных как объектом авторского права, охрана на основе смежного права и охрана на основе авторского права никогда не объединяются, не сливаются воедино: они всегда существуют независимо друг от друга, причем владельцами правовой охраны являются разные лица.

В сфере смежных прав охрана предоставляется не всем базам данных - см. ст. 1334 ГК РФ.

Поэтому фактически смежные права распространяются на содержание некоторых объемных (массивных) баз данных.

Содержащееся в подп. 4 п. 1 указание на то, как охраняется содержание таких баз данных, является характеристикой не объекта, а существа предоставляемой охраны.

9. В подпункте 5 п. 1 комментируемой статьи указан пятый объект смежных прав.

Пытаясь определить этот объект с учетом норм, содержащихся в ст. 1337 ГК РФ, следует считать, что это некоторые произведения науки, литературы и искусства, впервые обнародованные в то время, когда исключительные авторские права на них на территории России не действуют.

Этот объект не является результатом интеллектуальной деятельности его владельца - публикатора.

10. Пункт 2 комментируемой статьи является повторением, применительно к смежным правам, нормы, содержащейся в абз. 1 п. 4 ст. 1259 ГК РФ, распространяющейся на произведения.

Устанавливая правило об отсутствии формальностей, российский законодатель тем самым не воспользовался возможностью, которая представлена ст. 11 Римской конвенции об охране прав исполнителей, производителей фонограмм и вещательных организаций.

Тем не менее для обеспечения прав российских производителей фонограмм и исполнителей в некоторых странах за рубежом следует выполнять определенную формальность: помещать на экземплярах опубликованных фонограмм или на их упаковке специальную надпись, состоящую из знака Р, за которым следует год первого издания, а также фамилию обладателя права (и изготовителя фонограммы или обладателя лицензии).

Кроме того, должны указываться фамилии основных исполнителей.

Аналогичные нормы содержатся в ст. 5 Конвенции об охране интересов производителей фонограмм от незаконного воспроизводства их фонограмм.

Термин "производитель фонограммы" применялся в прежнем российском законодательстве, а ныне применяется в официальных русских текстах некоторых международных договоров Российской Федерации. В ГК РФ применяется термин "изготовитель фонограммы". Эти термины являются синонимами.

11. Пункт 3 комментируемой статьи по своему содержанию аналогичен абз. 1 п. 4 ст. 1256 ГК РФ, но последний относится к авторскому праву.

12. В настоящее время на территории России исполнения, фонограммы и сообщения передач организаций эфирного и кабельного вещания охраняются на основе следующих международных договоров:

1) Римской конвенции об охране прав исполнителей, производителей фонограмм и вещательных организаций от 26 октября 1961 г. Россия стала ее участницей с 26 мая 2003 г. В Конвенции участвуют свыше 80 стран, в том числе Австрия, Беларусь, Бразилия, Великобритания, Испания, Канада, Франция, ФРГ, Чехия, Япония и др.;

2) Конвенции об охране производителей фонограмм от незаконного воспроизводства их фонограмм от 29 октября 1971 г. Россия является ее участницей с 13 марта 1995 г. и охраняет иностранные фонограммы, выпущенные в свет после 12 марта 1995 г.

В Конвенции участвуют свыше 70 стран, в том числе Австрия, Аргентина, Беларусь, Великобритания, Венгрия, Испания, Италия, Китай, США, Украина, Франция, ФРГ, Чехия, Швеция, Япония и др.

13. О содержании по существу нормы, содержащейся в п. 3 комментируемой статьи, см. п. 12 комментария к ст. 1256 ГК РФ.

По сути дела эта норма применима только в тех случаях, когда соответствующий международный договор Российской Федерации либо предусматривает те же правила, либо вообще не предусматривает никаких правил на этот счет.

Если же международный договор Российской Федерации предусматривает либо более широкую или, наоборот, более узкую сферу своего действия, то в силу "приоритета" норм международного договора (ст. 7 ГК РФ) должны применяться нормы международного договора, а не нормы, содержащиеся в п. 3 комментируемой статьи.

14. О понятии "страны происхождения" см. ст. 4, 5 и 6 Римской конвенции, а также ст. 2 Конвенции об охране интересов производителей фонограмм.

Статья 1305. Знак правовой охраны смежных прав

Комментарий к статье 1305

1. Эта статья посвящена знаку охраны некоторых категорий смежных прав.

Она во многом аналогична ст. 1271 ГК РФ, относящейся к знаку охраны авторского права.

2. Комментируемая статья в основном повторяет положения ст. 11 Римской конвенции.

Проставление знака охраны смежных прав никоим образом не расширяет объем предоставляемых смежных прав, а отсутствие такого знака никоим образом не умаляет смежные права правообладателей (в том числе и иностранных правообладателей).

Однако в тех случаях, когда нарушитель смежных прав будет пытаться освободиться от ответственности, ссылаясь на отсутствие своей вины (ст. 1250 ГК РФ), наличие знака охраны смежных прав может иметь решающее значение как доказательство виновности правонарушителя.

3. К знаку охраны смежных прав полностью применимы положения, указанные в ч. 3 комментария к ст. 1271 ГК РФ.

Статья 1306. Использование объектов смежных прав без согласия правообладателя и без выплаты вознаграждения

Комментарий к статье 1306

1. Данная статья относится к случаям свободного безвозмездного использования объектов смежных прав.

В ней предусмотрен общий принцип: нормы о свободном безвозмездном использовании авторских произведений применяются и к объектам смежных прав.

При этом такое применение осуществляется не на основе аналогии закона (п. 1 ст. 6 ГК РФ), а на основе прямого указания закона.

Разумеется, нормы о свободном безвозмездном использовании авторских произведений применяются к объектам смежных прав с необходимыми изменениями, mutatis mutandis.

2. Вместе с тем указанный общий принцип, как следует из комментируемой статьи, применим только к тем случаям свободного безвозмездного использования, которые установлены в ст. 1273, 1274, 1277, 1278 и 1279 ГК РФ.

Случаи свободного безвозмездного использования авторских произведений содержатся не только в этих пяти статьях, но и в некоторых иных статьях гл. 70 ГК РФ.

Учитывая общий принцип, установленный в комментируемой статье, следует считать, что и другие нормы о свободном безвозмездном использовании авторских произведений применимы к объектам смежных прав, но, конечно, только по аналогии и mutatis mutandis.

Нет препятствий для того, чтобы это последнее сформулированное нами правило применять и в отношении случаев свободного, но возмездного использования авторских произведений.

3. В комментируемой статье предусматривается также то, что объекты смежных прав могут использоваться свободно, без согласия правообладателя и без выплаты вознаграждения, и в других случаях, предусмотренных в гл. 71 ГК РФ. Такие случаи свободного безвозмездного использования указаны, в частности, в ст. 1326 и в п. 3 ст. 1334 ГК РФ.

4. К комментируемой статье применимы нормы, содержащиеся в абз. 2 п. 5 ст. 1229 ГК РФ. См. также п. 19, 20 и 21 комментария к ст. 1229 ГК РФ.

Статья 1307. Договор об отчуждении исключительного права на объект смежных прав

Комментарий к статье 1307

1. Данная статья повторяет применительно к смежным правам общие нормы, содержащиеся в п. 1 ст. 1234 ГК РФ. Никаких новых положений она не содержит.

См. п. 2 и 3 комментария к ст. 1234 ГК РФ.

2. К договорам об отчуждении исключительных прав применяются также нормы, содержащиеся в п. 2 - 5 ст. 1234 ГК РФ.

3. Несмотря на возможность отчуждения исключительного права на исполнение, что предусмотрено в комментируемой статье, из статьи 1319 ГК РФ следует, что исполнитель сохраняет некоторые элементы имущественных прав и после их отчуждения. В связи с этим см. п. 3 комментария к ст. 1285 ГК РФ.

Статья 1308. Лицензионный договор о предоставлении права использования объекта смежных прав

Комментарий к статье 1308

1. Комментируемая статья повторяет - применительно к смежным правам - норму, содержащуюся в абз. 1 п. 1 ст. 1235 ГК РФ. Никаких новых положений в ней не содержится.

В связи с этим см. п. 1 - 5 комментария к ст. 1235 ГК РФ.

2. К лицензионным договорам о предоставлении права использования смежных прав должны применяться также нормы, содержащиеся в абз. 2 п. 1 и в п. 2 - 6 ст. 1235, а также в ст. 1236, 1237 и 1238 ГК РФ.

3. Нормы, относящиеся к авторским лицензионным договорам (ст. 1286 - 1290 ГК РФ), в принципе применимы - по аналогии и mutatis mutandis - к договорам о предоставлении смежных прав. Исключение, однако, составляют специальные (исключительные) нормы, которые не могут быть применены по аналогии.

В частности, нормы об ограниченной ответственности автора (ст. 1290 ГК РФ) могут применяться по аналогии к ответственности исполнителей, но они не применимы для других владельцев исполнительских прав и для владельцев других смежных прав, даже если они являются физическими лицами.

Статья 1309. Технические средства защиты смежных прав

Комментарий к статье 1309

1. В комментируемой статье прежде всего дается понятие "технических средств защиты смежных прав".

Оно полностью совпадает с содержащимся в ст. 1299 ГК РФ понятием "технические средства защиты авторских прав", но, конечно, с заменой терминов.

В связи с этим см. п. 1 и 2 комментария к ст. 1299 ГК РФ.

2. В комментируемой статье, далее, указывается, что к техническим средствам защиты смежных прав применимы нормы, установленные в ст. 1299 ГК РФ, т.е., очевидно, нормы, содержащиеся в п. 2 и 3 ст. 1299 ГК РФ. Поскольку в п. 3 ст. 1299 ГК РФ дается отсылка к ст. 1301 ГК РФ, следует считать, что и эта последняя статья применима к случаям нарушения технических средств на объекты смежных прав. Разумеется, нормы, содержащиеся в п. 2 и 3 ст. 1299 и в ст. 1301 ГК РФ, применяются к смежным правам mutatis mutandis.

См. также п. 3 - 5 комментария к ст. 1299 и комментарий к ст. 1301 ГК РФ.

3. Наконец, в комментируемой статье указывается, что к техническим средствам защиты смежных прав применяются нормы ст. 1311 ГК РФ.

При этом содержащиеся в самом начале ст. 1311 ГК РФ слова "В случаях нарушения исключительного права на объект смежных прав" должны быть заменены словами "В случаях нарушения технических средств защиты смежных прав".

Статья 1310. Информация о смежном праве

Комментарий к статье 1310

1. В комментируемой статье прежде всего дается определение понятия "информация о смежном праве".

Это понятие полностью совпадает с понятием "информация об авторском праве", содержащимся в ст. 1300 ГК РФ; различия в формулировках имеют чисто технический, а не правовой характер.

В связи с этим см. п. 2 комментария к ст. 1300 ГК РФ.

2. Далее, в настоящей статье указывается, что к использованию информации о смежном праве применяются нормы ст. 1300 ГК РФ, т.е. фактически нормы, содержащиеся в п. 2 и 3 ст. 1300 ГК РФ.

Поскольку в п. 3 ст. 1300 ГК РФ содержится отсылка к ст. 1301 ГК РФ, следует считать, что и ст. 1301 ГК РФ должна применяться к информации о смежном праве. Применение к информации о смежном праве норм статей 1300 и 1301 ГК РФ осуществляется не по аналогии, а в силу прямого указания закона. Разумеется, при этом должна производиться замена отдельных слов и выражений.

См. п. 3 - 7 комментария к ст. 1300, а также комментарий к ст. 1301 ГК РФ.

3. В комментируемой статье, далее, указывается, что к информации о смежном праве применимы также нормы, установленные в ст. 1311 ГК РФ.

При этом содержащиеся в начале ст. 1311 ГК РФ слова "В случаях нарушения исключительного права на объект смежных прав" должны быть заменены словами "В случаях нарушения информации о смежных правах".

Статья 1311. Ответственность за нарушение исключительного права на объект смежных прав

Комментарий к статье 1311

1. В комментируемой статье повторяются (с одним отличием, которое будет отмечено ниже) нормы, содержащиеся в ст. 1301 ГК РФ.

Поэтому к этой статье применим комментарий, данный к ст. 1301 ГК РФ, разумеется, с заменой терминов (mutatis mutandis).

2. В отличие от нормы, содержащейся в части 3 ст. 1301 ГК РФ, в соответствии с которой правообладатель имеет право требовать с нарушителя выплаты компенсации в двукратном размере стоимости любых экземпляров произведения, в части 3

комментируемой статьи указывается на право правообладателя требовать выплаты компенсации в двукратном размере стоимости только экземпляров фонограмм, но не других экземпляров объектов смежных прав.

Нет никаких сомнений в том, что подобные требования владельцев исключительных вещательных прав, прав на содержание базы данных, а также публикаторских прав не подлежат удовлетворению.

Вопрос о том, могут ли быть удовлетворены такие требования, предъявляемые владельцами исключительных исполнительских прав, более сложен.

Материальный носитель (экземпляр), в котором выражается исполнение, законодатель именует термином "запись". Под "записью" понимается фиксация звуков и (или) изображений (подп. 3 п. 2 ст. 1317 ГК РФ), т.е. не только фонограммы. Вместе с тем в нескольких случаях законодатель в качестве материального воплощения результата исполнения называет "фонограмму" (подп. 3 п. 1 ст. 1315, подп. 4 п. 2 ст. 1317 ГК РФ).

Поскольку объем прав исполнителя не может быть зависимым от случайного фактора (а именно от того, записали его на фонограмму или на видеограмму), следует считать, что требования исполнителей о выплате компенсации в размере двойной стоимости экземпляров любых записей не могут быть удовлетворены. Такую компенсацию (в размере двойной стоимости экземпляров) могут требовать только владельцы фонограммных прав, но не владельцы исполнительских прав.

Статья 1312. Обеспечение иска по делам о нарушении смежных прав

Комментарий к статье 1312

1. Комментируемая статья распространяет на сферу смежных прав все нормы, содержащиеся в ст. 1302 ГК РФ, касающиеся мер по обеспечению исков по делам о нарушении авторских прав.

2. В связи с этим к данной статье полностью применим комментарий к ст. 1302 ГК РФ, но, разумеется, с заменой соответствующих терминов.

Нормы комментируемой статьи не отменяют и не ограничивают никаких положений, содержащихся в процессуальном законодательстве, в частности в ГПК РФ и в АПК РФ.

§ 2. Права на исполнение

Статья 1313. Исполнитель

Комментарий к статье 1313

1. Комментируемая статья определяет лиц, являющихся исполнителями. Они именуются также авторами исполнений.

Слово "автор" применяется только к создателям результатов интеллектуальной деятельности: ст. 1228 ГК РФ. Следовательно, исполнитель - это создатель, творец исполнения; исполнителем может быть только физическое лицо, гражданин. Именно за ним закрепляются личные неимущественные права, а исключительное право на исполнение всегда первоначально возникает у исполнителя (п. 3 ст. 1228 ГК РФ).

Вместе с тем, если исполнение имеет место за рубежом, нельзя исключать того, что по зарубежному законодательству исполнителем будет считаться юридическое лицо (п. 2 ст. 1231 ГК РФ).

2. К понятию "исполнитель" полностью применимы нормы, содержащиеся в п. 1 ст. 1228 ГК РФ.

В частности, "технические исполнители" не считаются исполнителями в смысле комментируемой статьи.

3. Комментируемая статья называет три категории лиц, являющихся исполнителями (авторами исполнения):

1) артисты-исполнители;

2) режиссеры-постановщики спектаклей;

3) дирижеры.

4. Очень часто исполнение относится к произведениям, охраняемым авторским правом. В этом также проявляется связь исполнительских прав и авторских прав, их "смежность": исполнитель выступает как посредник, промежуточное звено между автором и слушателем (зрителем).

Вместе с тем законодатель исходит из того, что исполнитель придает охраняемому авторским правом произведению новую внешнюю форму, не затрагивая при этом формы авторского произведения. Происходит, так сказать, "наращивание" новой формы. Именно поэтому исполнитель не становится обработчиком (переработчиком) исполняемого произведения, а приобретает самостоятельное право на результат своего исполнения. С известной долей условности исполнителя можно сравнить с переводчиком литературного произведения, который приобретает вполне самостоятельное право на свой перевод.

Однако для того, чтобы использовать литературное произведение в переводе, должно быть получено согласие автора оригинала.

Что касается исполнителя, то он не должен получать согласия автора исполняемого им произведения. Исключение составляют те случаи, когда исполнитель, выходя за рамки предоставленных ему исполнительских прав, фактически обрабатывает (переделывает) исполняемое им авторское произведение.

5. Во многих случаях, однако, исполнитель использует либо произведение, не охраняемое авторским правом, либо вообще "не произведение".

Под категорию произведений, не охраняемых авторским правом, подпадают как те произведения, которые утратили правовую охрану, так и те произведения, которые никогда не пользовались правовой охраной, в частности произведения народного творчества.

Что касается "не произведений", то это - исполнения неоригинальных материалов, подражания пению птиц, мимические исполнения и т.п.

Во всех этих случаях исполнитель зачастую обрабатывает (перерабатывает) сам исполняемый объект.

6. Объект исполнительского творчества появляется (создается) при каждом акте исполнения. При этом каждый акт исполнения приводит к появлению отдельного, самостоятельного творческого результата. Поэтому у исполнителя появляется право не на исполнение определенной песни, а на конкретное исполнение определенной песни (например, на исполнение, состоявшееся 11 августа 2008 г. в Колонном зале).

Этот вывод относится и к режиссерам-постановщикам спектаклей.

Любое "подражание" исполнителю, созданное другим исполнителем, приводит к появлению нового исполнения, не затрагивающего права на первое исполнение. Это положение применимо и к постановкам театральных спектаклей: повтор, сознательное копирование постановки другого режиссера-постановщика приводит к появлению новой постановки.

7. Артисту-исполнителю и дирижеру для появления любого (нового) результата исполнения необходимо личное участие в творческом акте.

В отличие от этого, режиссер-постановщик спектакля не участвует лично в показе представления.

Поэтому следует признать, что творческий труд режиссера-постановщика спектакля существенно отличается от творческого труда артиста-исполнителя и дирижера; он приближается к авторскому труду, в частности к труду режиссера-постановщика аудиовизуального произведения.

8. Любые творческие акты (в том числе исполнения) являются не сделками, а юридическими поступками. Они порождают права у самих исполнителей. Возникновение этих прав у исполнителя не зависит от дееспособности исполнителя.

Однако для осуществления возникших прав необходима дееспособность. Несовершеннолетние от 14 до 18 лет самостоятельно осуществляют свои исполнительские права (подп. 2 п. 2 ст. 26 ГК РФ).

9. Когда режиссер-постановщик спектакля осуществляет театрально-зрелищное представление, то в нем участвуют артисты-исполнители, также получающие исполнительские права. Аналогично и положение дирижера: при исполнении концерта исполнительские права возникают как у него, так и у артистов-исполнителей.

Поскольку в комментируемой статье режиссер-постановщик спектакля, а также дирижер названы отдельно от артистов-исполнителей, следует считать, что и у режиссера-постановщика спектакля, и у дирижера возникают отдельные самостоятельные исполнительские права, не входящие в состав смежных прав на совместное исполнение. Этот вывод подтверждается также нормой, предусмотренной в п. 1 ст. 1314 ГК РФ.

Статья 1314. Смежные права на совместное исполнение

Комментарий к статье 1314

1. Комментируемая статья по своему содержанию во многом сходна со ст. 1258 ГК РФ, относящейся к соавторству.

Более того, если оставить в стороне замену отдельных терминов и понятий, то необходимо отметить, что содержание норм п. 1, второй фразы абз. 1 п. 2, второго абз. п. 2, а также п. 4 комментируемой статьи аналогичны соответствующим нормам, содержащимся в ст. 1258 ГК РФ.

Нет сомнения в том, что законодатель сознательно и целенаправленно копировал в комментируемой статье нормы ст. 1258 ГК РФ. Это дает основания для их одинакового толкования.

По сути дела при совместном исполнении возникает соисполнительство, т.е. соавторство исполнителей.

В этой связи, в принципе, при толковании ст. 1314 применим комментарий к ст. 1258 ГК РФ, но, конечно, mutatis mutandis.

2. В отличие от соавторов произведений науки, литературы и искусства, круг которых определить бывает довольно сложно, круг соисполнителей определить довольно легко: это те лица, которые фактически приняли участие в акте исполнения.

Конечно, при этом из числа соисполнителей надо исключить так называемых технических, не творческих исполнителей.

3. Кроме того, необходимо учитывать, что режиссер-постановщик спектакля также является исполнителем и получает исполнительские права, хотя он сам не принимает фактического участия в акте исполнения. Но у режиссера-постановщика спектакля возникает отдельное, самостоятельное право на исполнение.

4. В пункте 1 комментируемой статьи указывается, что членами коллектива исполнителей являются "актеры, занятые в спектакле, оркестранты и другие члены коллектива исполнителей".

При этом такие важные категории исполнителей, как упоминавшиеся в ст. 1313 ГК РФ режиссер-постановщик спектакля и дирижер, здесь не названы.

Причиной, по которой эти категории исполнителей не указаны здесь, конечно, может быть небрежность законодателя. Но поскольку при толковании закона нельзя исходить из ошибки законодателя, следует считать, что эти категории не упомянуты не случайно, а намеренно, поскольку режиссер-постановщик спектакля и дирижер не входят в состав

коллектива исполнителей, ибо они имеют самостоятельные, отдельные исполнительские права.

5. В пункте 1 предусматривается, что исполнения бывают двух видов:

1) исполнения, которые образуют одно неразрывное целое; и

2) исполнения, состоящие из элементов, каждый из которых имеет самостоятельное значение.

Следует полагать, что термин "элемент" в данном случае имеет то же значение, которое имеет термин "часть" в ст. 1258 ГК РФ. "Элемент" исполнения имеет самостоятельное значение, если он может использоваться отдельно (один акт спектакля, сцена из спектакля, увертюра к опере и т.п.). Это обстоятельство поясняется в абз. 2 п. 2.

Таким образом, соисполнительство, как и соавторство, может быть либо неделимым, либо делимым.

6. В первой фразе абз. 1 п. 2 указывается лицо, которое осуществляет смежные права на совместное исполнение, т.е., в частности, имеет право на заключение договоров.

Таким лицом является прежде всего руководитель коллектива исполнителей. Очевидно, это то лицо, под управлением которого исполняется концерт, директор театра и т.п.

Если такого руководителя нет, то смежные права все члены коллектива исполнителей осуществляют совместно, т.е. совместно подписывают договоры.

Наконец, соглашение между всеми участниками коллектива исполнителей может определить лицо, которое вправе осуществлять исполнительские права на совместное исполнение. Такое соглашение представляет собой договор простого товарищества (гл. 55 ГК РФ).

7. Вторая фраза абз. 1 п. 2 относится к тем случаям, когда между членами коллектива исполнителей возникают разногласия относительно использования совместного исполнения, причем само совместное исполнение образует неразрывное целое. Эти разногласия могут касаться как использования исполнения вообще, так и конкретных видов использования.

Очевидно, что эти разногласия могут стать предметом судебного рассмотрения. Решая вопрос об использовании исполнения, суд должен согласиться с мнением большинства, причем мнение меньшинства должно учитываться только при наличии "достаточных оснований".

Закон не предусматривает участия в таких спорах организаций-пользователей или иных лиц, не являющихся исполнителями.

8. В абзаце 2 п. 2 комментируемой статьи говорится об использовании отдельных элементов (частей) коллективного исполнения, имеющих самостоятельное значение, если они могут (вне контекста всего исполнения) использоваться самостоятельно. Право использования таких элементов принадлежит тем исполнителям, которые создали эти элементы. Однако соглашение, заключенное всеми членами коллектива исполнителей, может предусмотреть иное, т.е. установить, что использование этих отдельных элементов требует согласия всего коллектива исполнителей.

9. Пункт 3 анализируемой статьи содержит отсылку к п. 3 ст. 1229 ГК РФ. Эта отсылка применяется к распределению доходов от использования совместного исполнения.

Следует учитывать, что использование совместного исполнения может осуществляться отдельными членами коллектива исполнителей не совместно, а по отдельности (если последнее предусмотрено соглашением). В этом случае такое использование не считается совместным и к нему не применяются правила, указанные в абз. 2 п. 3 ст. 1229 ГК РФ.

10. Пункт 4 комментируемой статьи фактически повторяет - применительно к исполнителям - норму, содержащуюся в п. 4 ст. 1258 ГК РФ, относящуюся к соавторам.

В этой связи к толкованию п. 4 данной статьи применимы все выводы, содержащиеся в пунктах 10 и 11 комментария к ст. 1258 ГК РФ.

Статья 1315. Права исполнителя

Комментарий к статье 1315

1. В пункте 1 комментируемой статьи содержится перечень субъективных прав исполнителя, включающий четыре вида прав.

Первый вид - исключительное право на исполнение - является имущественным правом; остальные - личные неимущественные права.

2. Поскольку исполнения представляют собой результаты творческой деятельности, исключительное право на исполнение всегда возникает у исполнителя (п. 3 ст. 1228 ГК РФ). Его содержание раскрыто в ст. 1317 ГК РФ.

3. Право авторства исполнителя определяется как право признаваться (т.е. считаться, являться, быть) автором исполнения; это отражение и закрепление фактической работы исполнителя по созданию исполнения.

Опираясь на это правомочие, исполнитель защищает свои права и интересы в том случае, если исполнение прямо или косвенно приписывается иному лицу или иное лицо утверждает, что оно является исполнителем.

Право авторства осуществляет только исполнитель, только он может заявить: "Это - мое исполнение". После его смерти владельцы исполнительских прав могут лишь защищать право авторства (см. ст. 1316 ГК РФ).

4. Второе личное неимущественное право исполнителя - право на имя. Оно определяется как право на указание имени или псевдонима на экземплярах фонограммы и в иных случаях использования исполнения. Под "иными случаями использования исполнения" имеются в виду прежде всего видеозаписи.

Закон не предусматривает прав исполнителя на анонимное использование исполнения. За этим исключением к праву исполнителя на имя применим - mutatis mutandis - комментарий, содержащийся в п. 3 комментария к ст. 1265 ГК РФ. Этот последний комментарий здесь не повторяется, поскольку случаи указания исполнителем псевдонима чрезвычайно редки.

5. В том случае, когда исполнение осуществляется коллективом исполнителей (п. 1 ст. 1314 ГК РФ), право на имя отдельных исполнителей не действует: его заменяет право на указание наименования коллектива исполнителей.

Кроме того, право на имя вообще не действует, если указание имени исполнителя или наименования коллектива исполнителей является невозможным в связи с особым "характером использования произведения".

Очевидно, что при наличии спора эта невозможность указания должна быть подтверждена пользователем.

В выражении "характер использования произведения" слово "произведение" употреблено как обобщающее название того, что исполняется. Впрочем, можно предположить и то, что слово "произведение" здесь ошибочно употреблено вместо слова "исполнение".

6. В отличие от принадлежащих автору произведения права авторства и права на имя, которые в соответствии с п. 1 ст. 1265 ГК РФ, признаются неотчуждаемыми и непередаваемыми, причем отказ от этих прав является ничтожным, аналогичные права, принадлежащие исполнителям, не характеризуются как неотчуждаемые и непередаваемые.

Однако упомянутые выше нормы, предусмотренные п. 1 ст. 1265, ГК РФ, очевидно, должны применяться к правам исполнителей по аналогии.

7. В подпункте 4 п. 1 комментируемой статьи указано третье личное неимущественное право исполнителя - право на неприкосновенность исполнения.

Сфера действия этого правомочия выражена в законе не совсем ясно. С одной стороны, указывается, что это - право на защиту исполнения от всяких искажений, что может пониматься очень широко.

С другой - поясняется, что речь идет только о тех изменениях, которые приводят к извращению смысла и нарушению целостности произведения. Этим последним, более конкретным указанием и следует руководствоваться.

Поясняется, что неприкосновенность исполнения может быть нарушена либо при внесении изменений в запись (аудиозапись или видеозапись), либо при сообщении исполнения в эфир или по кабелю.

8. Следует особо отметить, что право на неприкосновенность исполнения сформулировано в ГК РФ значительно уже, чем право на неприкосновенность произведения. По сути дела право на неприкосновенность исполнения почти полностью совпадает по своему содержанию с правом на защиту авторского произведения от искажения (см. ст. 1266 ГК РФ и комментарий к ней).

9. В пункте 2 комментируемой статьи предусматривается, что при осуществлении своих исполнительских прав исполнители обязаны соблюдать авторские права на те произведения, которые исполняются.

Здесь имеется в виду необходимость соблюдения как имущественных и личных неимущественных прав - в отношении произведений, охраняемых в России, так и соблюдение личных неимущественных прав - в отношении неохраняемых произведений.

Как следует из п. 5 ст. 1317 ГК РФ, термин "исполнитель" включает и правопреемников исполнителя.

10. Из пункта 3 комментируемой статьи следует, что права исполнителя признаются и действуют независимо от того, действуют ли авторские права на исполняемое произведение. Даже в том случае, если права исполнителя нарушают авторские права, права исполнителя будут признаваться и действовать; их существование по указанной причине не прекращается.

Статья 1316. Охрана авторства, имени исполнителя и неприкосновенности исполнения после смерти исполнителя

Комментарий к статье 1316

Комментируемая статья полностью, но с заменой терминов, повторяет нормы, содержащиеся в ст. 1267 ГК РФ применительно к авторским произведениям.

В связи с этим к данной статье применим комментарий, данный к ст. 1267 ГК РФ.

Статья 1317. Исключительное право на исполнение

Комментарий к статье 1317

1. Поскольку в п. 1 комментируемой статьи указывается на принадлежность исполнителю исключительного права на использование исполнения в соответствии со ст. 1229 ГК РФ, следует считать, что к исключительному праву исполнителя применяются нормы, указанные во всех трех абзацах п. 1 ст. 1229 ГК РФ. О толковании этих норм см. п. 1 - 9 комментария к ст. 1229 ГК РФ.

Во второй фразе п. 1 комментируемой статьи закрепляется право исполнителя на распоряжение исключительным правом на исполнение.

Термин "исполнитель", употребляемый в п. 1, включает и правопреемников исполнителя.

2. К нормам, содержащимся в абз. 1 п. 2 данной статьи, применимы общие положения, содержащиеся в абз. 1 п. 2 ст. 1270 ГК РФ. См. п. 2 комментария к ст. 1270 ГК РФ.

3. В пункте 2 комментируемой статьи перечислены девять способов использования исполнения, которые "в частности" считаются способами использования исключительного права исполнителя.

О значении этого перечисления см. п. 3 и 4 комментария к ст. 1270 ГК РФ, которые применимы здесь с соответствующими изменениями терминологии.

4. В подпункте 1 п. 2 комментируемой статьи указывается первое правомочие исполнителя - право сообщать исполнение в эфир.

Нормы, содержащиеся в подп. 1 п. 2, тождественны нормам, содержащимся в первых трех фразах подп. 7 п. 2 ст. 1270 ГК РФ. В этой связи к толкованию подп. 1 п. 2 применим - с заменой терминов - п. 14 комментария к ст. 1270 ГК РФ.

Хотя в подп. 1 п. 2 не упоминается о сообщении в эфир кодированных сигналов, следует считать, что вопрос о том, являются ли эти сигналы сообщением в эфир, должен решаться - по аналогии закона - так же, как он решен в последней фразе подп. 7 п. 2 ст. 1270 ГК РФ (см. посл. абз. п. 14 комментария к ст. 1270 ГК РФ).

"Сообщение в эфир" охватывает здесь лишь "живое" исполнение; об исполнении с использованием записи см. подп. 6 п. 2 комментируемой статьи.

5. В подпункте 2 п. 2 комментируемой статьи указывается второе правомочие исполнителя - право на сообщение по кабелю.

Оно идентично авторскому правомочию, указанному в подп. 8 п. 2 ст. 1270 ГК РФ, а потому к нему применимо толкование, содержащееся в п. 15 комментария к ст. 1270 ГК РФ.

Хотя кодированное сообщение по кабелю в комментируемой статье не упоминается, оно охватывается данной нормой, и поэтому норма, содержащаяся во второй фразе подп. 8 п. 2 ст. 1270 ГК РФ, применима здесь по аналогии.

"Сообщение по кабелю" охватывает здесь "живое" исполнение, так как исполнение с использованием записи подпадает под подп. 6 п. 2 комментируемой статьи.

6. Третье правомочие, входящее в понятие исключительного права исполнителя на использование исполнения, - запись исполнения, т.е. фиксация исполнения на каком-либо материальном носителе (подп. 3 п. 2 комментируемой статьи).

Материальный носитель присутствует и в том случае, если исполнение записано на электронном носителе, в том числе в память ЭВМ.

Материальный носитель должен обеспечивать возможность либо "восприятия" исполнения (т.е. восприятия звуков и (или) изображений непосредственно человеком), либо возможность их воспроизведения (т.е. перезаписи), либо возможность их сообщения (т.е., очевидно, дальнейшей передачи с помощью технических средств).

Хотя закон указывает, что запись должна обеспечивать возможность осуществления таких действий "неоднократно", следует считать, что записью должен считаться и такой объект, который допускает возможность однократно осуществить эти действия ("самоуничтожающиеся записи").

Право на запись исполнения, указанное в подп. 3, может быть осуществлено только один раз, поскольку перезапись есть не запись исполнения, а воспроизведение записи (подп. 4 п. 2 комментируемой статьи). Конечно, возможно, что при исполнении одновременно создаются несколько записей.

7. Четвертое прямо указанное правомочие исполнителя - воспроизведение записи исполнения, что означает повторение записи на другом экземпляре материального носителя. Этот другой экземпляр может быть либо того же рода, что и исходный экземпляр, либо иного рода.

8. Первая фраза подп. 4 п. 2 комментируемой статьи определяет воспроизведение записи исполнения как "изготовление одного и более экземпляра фонограммы или его части".

Слово "и" в данном случае означает "или": следует читать "одного или более экземпляров". Эта ошибка легко исправима и правового значения не имеет. Тем не менее она подтверждает небрежность законодателя при формулировании данной нормы.

Учитывая это обстоятельство, обратимся теперь к определению "запись исполнения", содержащемуся в подп. 4 п. 2: "запись исполнения" есть "экземпляр фонограммы или ее части".

Следовательно, в данной норме "запись" не охватывает видеозаписи. В то же время в предшествующем подпункте под "записью" имеется в виду как "аудиозапись", так и "видеозапись", поскольку в нем говорится о фиксации не только звуков, но и изображений.

Это серьезнейшее правовое противоречие, чреватое практическими последствиями. Хотя судебной практикой может и, на наш взгляд, должно быть признано, что узкое понятие "записи", охватывающее только аудиозапись, данное в подп. 4 п. 2, является ошибочным, до этого придется в договорах каждый раз пояснять термин "запись" указанием на то, включается ли в это понятие видеозапись. Есть и другой путь - применять только два термина: 1) "аудиозапись" ("фонограмма", "звукозапись") и 2) "запись, включая видеозапись".

9. Вторая фраза подп. 4 п. 2 повторяет - с заменой термина "произведение" термином "исполнение" - норму, содержащуюся во второй фразе подп. 1 п. 2 ст. 1270 ГК РФ.

Запись исполнения на электронный носитель фактически является воспроизведением, так как электронный носитель является разновидностью материального носителя. Смысл оговорки, начинающейся словами "кроме случаев", заключается не в том, чтобы исключить такие временные воспроизведения из числа воспроизведений, а в том, чтобы указать на то, что такие временные воспроизведения не нарушают исполнительских прав. Это случай свободного использования исполнений, один из случаев, упомянутых в ст. 1306 ГК РФ.

10. В подп. 5 п. 2 указывается на пятое правомочие исполнителя: право на распространение записи исполнения.

Это новое для нашего права полномочие. Оно всегда связано с исполнением, воплощенным в материальном носителе: это право отчуждать материальный носитель путем продажи, посредством мены, дарения. Однако передача материального носителя исполнения в аренду (прокат) составляет содержание иного правомочия (см. подп. 9 п. 2 комментируемой статьи).

В подпункте 5 говорится о распространении "оригинала или экземпляров" записи исполнения. Следует учитывать, что во многих случаях "оригинал" ("мастер-копия") практически не отличается от "экземпляров" (копий, повторов).

Право на распространение записи тесно связано с правом на импорт, а также с принципом "исчерпания прав".

Право на импорт записи исполнения в ст. 1317 ГК РФ прямо не упомянуто, следует считать, что оно закрепляется за исполнителем на основе п. 1 ст. 1317 ГК РФ.

Принцип "исчерпания прав" в отношении записей исполнений не предусмотрен, хотя этот принцип применяется к экземплярам произведений (ст. 1272 ГК РФ) и к экземплярам фонограмм (ст. 1325 ГК РФ). Поскольку принцип "исчерпания прав" является одним из ограничений исключительных прав, а последние должны быть прямо предусмотрены в ГК РФ (абз. 1 п. 5 ст. 1229 ГК РФ), распространение принципа "исчерпания прав", предусмотренного для авторских произведений и для фонограмм, по аналогии на записи исполнений невозможно, не обоснованно. Однако возможно расширительно истолковать ст. 1306 ГК РФ, а именно: исходить из того, что перечень статей, указанных в ст. 1306 ГК

РФ, является примерным. В этом случае ст. 1272 ГК РФ должна распространяться на правомерно отчужденные экземпляры записей исполнения.

11. В подпункте 6 п. 2 указывается на шестое правомочие исполнителя - сообщение в эфир или сообщение по кабелю записи исполнения. См. п. 4 и 5 комментария к ст. 1317 ГК РФ.

Несмотря на то, что правомочие исполнителя на сообщение записи исполнения в эфир или по кабелю отнесено к числу исключительных прав, на самом деле это право серьезно ограничивается нормой, содержащейся в п. 3 комментируемой статьи; последняя указанная норма применяется в совокупности со ст. 1326 ГК РФ.

Фактически исключительное право заменяется правом на получение вознаграждения за использование.

12. В подпункте 7 п. 2 комментируемой статьи указывается седьмое имущественное правомочие исполнителя: доведение записи исполнения до всеобщего сведения. Это правомочие аналогично тому, которое закреплено за авторами произведений в подп. 11 п. 2 ст. 1270 ГК РФ.

О содержании этого правомочия см. п. 19 и 20 комментария к ст. 1270 ГК РФ. Применяя этот комментарий к подп. 7 п. 2 ст. 1317 ГК РФ, следует заменить термин "произведение" на термин "исполнение", а ссылку на Договор ВОИС по авторскому праву 1996 г. ссылкой на Договор ВОИС по исполнениям и фонограммам 1996 г.

13. Если исполнение не в записи, а "вживую" сообщается в сети Интернет "в режиме реального времени", то такие действия не подпадают ни под подп. 2, ни под подп. 7 п. 2 ст. 1317 ГК РФ. Тем не менее они входят в сферу действия исключительного права исполнителя, как оно вытекает из ст. 1229 и 1317 ГК РФ.

14. В подп. 8 п. 2 комментируемой статьи предусмотрено восьмое правомочие, закрепляемое за исполнителем, - право на публичное исполнение записи исполнения.

По своему содержанию это правомочие имеет многие черты сходства с правом автора на публичное исполнение произведения, которое указано в подп. 6 п. 2 ст. 1270 ГК РФ.

К толкованию публичного исполнения записи исполнения в этой связи применимы все выводы, содержащиеся в п. 12 и 13 комментария к ст. 1270 ГК РФ, разумеется, mutatis mutandis.

Кроме того, при публичном исполнении аудиовизуальных произведений это исключительное право исполнителя не действует в связи с нормой, содержащейся в п. 4 ст. 1317 ГК РФ.

Исполнение, не являющееся "публичным", находится за пределами действия исключительного права исполнителя.

Существенное изъятие из права на публичное исполнение содержится в ст. 1326 ГК РФ.

15. В подпункте 9 п. 2 комментируемой статьи указано последнее, девятое правомочие исполнителя: право на прокат записи исполнения.

Оно аналогично праву на прокат материальных носителей авторских произведений, которое предусмотрено в подп. 5 п. 2 ст. 1270 ГК РФ. См. п. 11 комментария к ст. 1270 ГК РФ.

16. Пункт 3 комментируемой статьи содержит существенные изъятия из прав, предусмотренных в подп. 3, 6 и 8 п. 2 данной статьи.

Эти изъятия сводятся к тому, что исключительное право исполнителя на воспроизведение записи исполнения, на сообщение в эфир или по кабелю записи исполнения и на публичное исполнение записи исполнения прекращает свое действие, если запись исполнения была произведена с согласия исполнителя, причем исполнитель дал согласие на то, чтобы эта запись использовалась в определенных целях, а указанные действия по использованию записи осуществляются как раз в этих целях.

Таким образом, исключительные права исполнителя при использовании записи исполнения в соответствии с подп. 3, 6 и 8 п. 2 действуют лишь в следующих двух случаях:

1) исполнитель вообще не давал согласия на запись исполнения;

2) исполнитель дал согласие на запись исполнения для определенных целей, а эта запись используется для иных целей.

Во всех остальных случаях исключительное право при указанных способах использования исполнения не действует. Следует, однако, учитывать, что в случаях, указанных в ст. 1326 ГК РФ, вместо исключительного права действует право на получение вознаграждения.

17. Смысл нормы, содержащейся в первой фразе п. 4 комментируемой статьи, состоит в следующем:

если исполнитель по договору создал исполнение, которое должно быть включено в аудиовизуальное произведение, то предполагается (действует презумпция того), что исполнитель передал изготовителю аудиовизуального произведения все свои права, необходимые для использования исполнения в составе аудиовизуального произведения. Таким образом, исполнитель не имеет уже никаких имущественных прав, касающихся использования этого аудиовизуального произведения. Эта презумпция не может быть изменена или отменена договором.

Вторая фраза п. 4 касается условий отдельного использования такого исполнения, включенного в аудиовизуальное произведение. Договор между исполнителем и изготовителем аудиовизуального произведения может предусматривать, что исполнитель передает или предоставляет изготовителю аудиовизуального произведения право использования исполнения отдельно от всего аудиовизуального произведения. Если такое условие в договоре отсутствует, то исполнитель сохраняет за собой право на отдельное использование своего исполнения.

Нормы п. 4 комментируемой статьи не относятся к тем случаям, когда владелец исполнительских прав дает согласие на использование в составе аудиовизуального произведения записи ранее созданного исполнения.

18. Поскольку исключительное право на использование исполнения может принадлежать не только исполнителю, но и иным лицам, к которым оно перешло по закону или по договору, либо было предоставлено по лицензионному договору, п. 5 комментируемой статьи обращает внимание на то, что и эти лица вправе осуществлять свои права только с соблюдением прав авторов исполняемых произведений, как это указано в п. 2 ст. 1315 ГК РФ.

Статья 1318. Срок действия исключительного права на исполнение, переход этого права по наследству и переход исполнения в общественное достояние

Комментарий к статье 1318

1. В пункте 1 комментируемой статьи содержатся общие положения о сроке действия исключительного права на исполнение.

Эти положения относятся к следующим двум ситуациям:

1) исполнитель осуществил исполнение, после чего прожил еще пятьдесят лет;

2) исполнитель осуществил исполнение, но его смерть наступила до истечения пятидесяти лет с даты осуществления исполнения.

В связи с тем, что жизнь человека - увы! - коротка, чаще приходится сталкиваться со второй ситуацией. В этом случае исключительное право на исполнение действует в течение минимального срока, в то время как в первой ситуации исключительное право на исполнение действует в течение более длительного срока.

2. Исключительное право на исполнение всегда возникает и действует с момента осуществления исполнения. Срок его действия истекает по прошествии пятидесяти полных календарных лет, считая с года осуществления исполнения.

Это и есть минимальный срок действия исключительного права исполнителя.

Если к моменту истечения этого срока (т.е. 31 декабря пятидесятого года) исполнителя уже нет в живых, то исключительное право на исполнение прекращается. А это означает, что в течение части этого срока исключительное право исполнителя обязательно принадлежало его наследникам.

Если же на момент истечения этого минимального срока охраны исполнитель еще жив, то действие исключительного права считается продолженным (см. п. 4 комментария к настоящей статье).

3. В качестве начального момента исчисления указанного минимального срока охраны назван "год, в котором осуществлено исполнение". Важен именно "год", а не конкретная дата, ибо в любом случае минимальный срок охраны истекает после истечения пятидесяти полных календарных лет.

Вместе с тем начальным моментом исчисления указанного минимального срока охраны названы также "запись исполнения (имеется в виду аудио- или видеозапись) либо сообщение исполнения в эфир или по кабелю". Следует считать, что здесь имеется в виду запись "живого" исполнения и сообщение в эфир или по кабелю исполнения "вживую".

Норма об исчислении минимального срока действия исключительного права с года записи или сообщения в эфир или по кабелю применима в редчайшем ("экзотическом") случае, когда исполнение осуществляется 31 декабря, а записывается или сообщается в эфир или по кабелю на той части планеты Земля, где уже наступило 1 января следующего года.

4. Если на момент истечения минимального срока действия исключительного права исполнитель находится в живых, то исключительное право продолжает действовать вплоть до даты его смерти: его действие прекращается на следующий день после его смерти. К наследникам оно не переходит. Исключение составляет случай, указанный в п. 3 комментируемой статьи.

5. Закон не устанавливает никаких особых сроков действия исключительных прав на совместное исполнение. В связи с этим следует считать, что в этом случае применяются общие положения, содержащиеся в п. 1 комментируемой статьи. Истечение указанных здесь сроков лишает наследников исполнителя, в частности, права на получение соответствующей доли вознаграждения.

Мы не видим оснований применять в этом случае по аналогии норму, содержащуюся в абз. 2 п. 1 ст. 1281 ГК РФ.

6. В пункте 2 комментируемой статьи содержится норма, аналогичная предусмотренной в п. 4 ст. 1281 ГК РФ в отношении авторов произведений (см. также п. 7 комментария к ст. 1281 ГК РФ). В этих случаях исключительное право на исполнение продлевается или восстанавливается.

7. Пункт 3 комментируемой статьи содержит норму, аналогичную той, которая предусмотрена в п. 5 ст. 1281 ГК РФ в отношении авторов произведений. См. п. 8 комментария к ст. 1281 ГК РФ.

Срок действия исключительного права для этой категории исполнителей при переходе к наследникам исполнителя увеличивается на четыре полных года и составляет 54 года.

8. Пункт 4 комментируемой статьи устанавливает, что к переходу исключительного права исполнителя по наследству соответственно (т.е. с заменой терминологии) применяются правила ст. 1283 ГК РФ. В связи с этим см. комментарий к ст. 1283 ГК РФ.

9. Первая фраза п. 5 комментируемой статьи аналогична п. 1 ст. 1282 ГК РФ, а вторая фраза содержит норму, устанавливающую применимость к исполнению, перешедшему в общественное достояние, правил ст. 1282 ГК РФ.

В связи с этим к п. 5 комментируемой статьи полностью применим, mutatis mutandis, комментарий к ст. 1282 ГК РФ.

Следует полагать, что абз. 2 п. 3 ст. 1282 ГК РФ не распространяется на записи исполнений, перешедших в общественное достояние.

10. Истечение срока действия исключительного права на исполнение влечет и прекращение права на получение вознаграждения в соответствии со ст. 1326 ГК РФ.

Статья 1319. Обращение взыскания на исключительное право на исполнение и на право использования исполнения по лицензии

Комментарий к статье 1319

Комментируемая статья буквально, но с заменой терминологии, повторяет нормы, содержащиеся в ст. 1284 ГК РФ, применяемые в сфере авторского права.

В связи с этим к этой статье полностью применимы положения, содержащиеся в комментарии к ст. 1284 ГК РФ.

Статья 1320. Исполнение, созданное в порядке выполнения служебного задания

Комментарий к статье 1320

1. Комментируемая статья распространяет на исполнения, созданные в порядке выполнения служебного задания, нормы ст. 1295 ГК РФ, относящиеся к служебным произведениям. Поэтому комментарий к ст. 1295 ГК РФ полностью применим к служебным исполнениям. Однако этот комментарий применяется mutatis mutandis.

2. В отличие от ст. 1295 ГК РФ, которая устанавливает, что произведение является служебным, если оно создано в пределах трудовых обязанностей, и не требует при этом наличия конкретного служебного задания на создание произведения, комментируемая статья устанавливает, что исполнение является служебным, если оно создано исполнителем в порядке выполнения служебного задания; о трудовых обязанностях исполнителя при этом ничего не упоминается.

Создание служебных исполнений по своей сути и правовой природе не отличается от создания служебных авторских произведений.

В этой связи следует считать, что служебное задание может быть дано исполнителю только в пределах его трудовых обязанностей. Любое служебное задание, выходящее за рамки его трудовых обязанностей, приводит к появлению исполнения, которое не может считаться служебным.

3. Более того, следует учитывать, что служебное исполнение может быть создано даже при отсутствии конкретного служебного задания: исполнение считается служебным, если оно создано в пределах (в рамках) служебных обязанностей.

В комментируемой статье "служебное задание" применяется как синоним "служебных (трудовых) обязанностей".

Действительно, предположим, что актер-исполнитель, участвующий в представлении в порядке исполнения своих трудовых обязанностей, исполняет какой-либо номер повторно, на бис. Невозможно предположить, что такой повтор исполнения не будет считаться служебным исполнением.

Статья 1321. Действие исключительного права на исполнение на территории Российской Федерации

Комментарий к статье 1321

1. Комментируемая статья, как и ст. 1231 и 1256 ГК РФ, относится к сфере международного частного права: она решает вопросы о действии исключительного права на исполнение при наличии "иностранных элементов".

2. В соответствии с ч. 2 анализируемой статьи исключительное право на исполнение признается и действует в России, если исполнитель является гражданином России ("критерий гражданства"). Учитывается то гражданство, которое исполнитель имел во время исполнения. Последующее изменение гражданства значения не имеет. Не имеет значения и территория, на которой осуществляется исполнение.

Если хотя бы один из соисполнителей отвечает критерию гражданства, исключительное право на исполнение действует в России.

3. Часть 3 комментируемой статьи устанавливает, что исключительное право на исполнение возникает и действует на территории России, если исполнение имело место на территории России ("территориальный принцип"). Гражданство исполнителя в данном случае значения не имеет.

Поскольку повторное исполнение создает новое исполнение, новый объект права, слово "впервые" употреблено законодателем в ч. 3 данной статьи ошибочно: это слово не несет правовой нагрузки.

Если исполнение осуществляется за рубежом и запись этого "живого" исполнения осуществляется в России либо такое исполнение включено в сообщение в эфир или по кабелю, то это исполнение не отвечает "территориальному принципу".

4. В соответствии с ч. 4 комментируемой статьи исключительное право на исполнение действует на территории России, если исполнение зафиксировано в фонограмме, охраняемой в России по любым основаниям, указанным в ст. 1328 ГК РФ.

5. Таким образом, ч. 4 комментируемой статьи вводит принцип: "Если в России действует исключительное право на фонограмму, то действует и исключительное право на исполнение, зафиксированное на этой фонограмме".

В связи с этим следует определить, будет ли такое исполнение охраняться в России после истечения срока действия права на фонограмму?

Ответ может быть двояким. С одной стороны, логично предположить, что прекращение правовой охраны фонограммы влечет прекращение охраны исполнения, охраняемого в связи с охраняемостью фонограммы. С другой - можно предположить, что правовая охрана такого исполнения "отрывается" от правовой охраны фонограммы и продолжает существовать отдельно. Статья 1318 ГК РФ говорит в пользу второго толкования, поскольку в ней не предусматривается досрочного прекращения срока действия исключительного права на исполнение.

6. В части 5 комментируемой статьи предусмотрено, что исключительное право на исполнение действует на территории России, если исполнение включено в сообщение в эфир или по кабелю, которое охраняется по любым основаниям, указанным в ст. 1332 ГК РФ.

Эта норма не распространяется, однако, на те случаи, когда в сообщения в эфир или по кабелю включена запись исполнения в виде фонограммы.

Следовательно, ч. 5 относится к тем охраняемым в России сообщениям в эфир или по кабелю, в которые включены исполнения, осуществляемые "вживую" или на основе видеозаписи, но не на основе фонограммы. Так как понять логику законодателя в данном случае очень трудно, эту норму надо просто запомнить.

7. Поскольку ч. 5 комментируемой статьи вводит принцип, в соответствии с которым в определенных случаях исключительное право на исполнение действует в России, если получает охрану сообщение в эфир или по кабелю, включающее это исполнение, то следует ответить на вопрос о том, каков будет срок действия этого исключительного права: не прекратит ли оно действовать после истечения срока действия исключительного права на сообщение в эфир или по кабелю? Ответ может быть двояким. См. выше, п. 5 комментария к данной статье.

8. Часть 6 комментируемой статьи устанавливает, что исключительное право на исполнение может возникать и действовать на территории России в случаях, предусмотренных международными договорами Российской Федерации.

Сама эта норма лишь повторяет - применительно к исключительному праву на исполнение - общие нормы о примате международных договоров и, в частности, норму, содержащуюся в абз. 1 п. 1 ст. 1231 ГК РФ.

Основные международные договоры России в этой области указаны в п. 12 комментария к ст. 1304 ГК РФ.

См. также п. 3 ст. 1304 ГК РФ и комментарий к нему (п. 13).

§ 3. Право на фонограмму

Статья 1322. Изготовитель фонограммы

Комментарий к статье 1322

1. Комментируемая статья устанавливает, что изготовителем фонограммы является "лицо". Как следует из части первой ГК РФ, лицо - это либо физическое лицо (гражданин), либо юридическое лицо (организация). У граждан имеется имя (ст. 19 ГК РФ), у юридических лиц - наименование (ст. 54 ГК РФ). У изготовителя фонограммы, как следует из второй фразы комментируемой статьи, может иметься имя или наименование. Следовательно, изготовителем фонограммы может быть признан как гражданин, так и юридическое лицо.

2. В соответствии с п. 1 ст. 1228 ГК РФ создавать результаты интеллектуальной деятельности могут лишь граждане: они называются авторами.

Поскольку изготовителем фонограммы может быть и юридическое лицо, изготовитель фонограммы не является автором, а сама фонограмма не является результатом интеллектуальной деятельности.

3. В первой фразе комментируемой статьи указано, что изготовителем фонограммы признается лицо, взявшее на себя инициативу и ответственность за "первую запись" звуков или отображений этих звуков.

Выделенные нами слова - "первая запись" - означают, что до этого фонограммы не было, что изготовитель фонограммы изготовил ее экземпляр не путем копирования, не путем повторения ранее существовавшей записи, а создал первую запись (см., однако, п. 3 ст. 1324 ГК РФ: фонограммой считается и переработка существующей фонограммы).

Хотя изготовителем фонограммы будет признано и то лицо, которое создало некачественную первую запись, не об этих лицах сейчас идет речь. Для изготовления качественной первой записи требуются навыки и дорогостоящее оборудование.

Исключительное право закрепляется за изготовителем фонограммы в связи с его усилиями и расходами, связанными с созданием первой записи звуков.

4. В комментируемой статье эти усилия изготовителя фонограммы названы так: изготовитель фонограммы "взял на себя инициативу и ответственность за первую запись". Подобное выражение имеется во французском законодательстве и в одном международном соглашении, сформулированном под влиянием французской правовой доктрины.

Очевидно, отсюда это выражение проникло и в текст ГК РФ. Такое заимствование следует признать крайне неудачным. Действительно, хотя ГК РФ относит к юридическим фактам гражданского права самые разнообразные действия, однако признать юридическим фактом такое действие, которым лицо "берет на себя инициативу и ответственность", - это просто невозможно понять!

На самом деле изготовитель фонограммы либо сам создает фонограмму для себя, либо поручает ее создание своему работнику (в рамках его служебных обязанностей),

либо, выступая заказчиком, заключает договор с исполнителем (подрядчиком) на изготовление фонограммы. Во всех этих случаях все права на созданную фонограмму возникают у изготовителя фонограммы и для него. Ни у работника, ни у исполнителя (подрядчика) по договору никаких прав на фонограмму не возникает.

Только так и можно толковать выражение "взять на себя инициативу и ответственность за первую запись".

5. В ранее действовавшем российском законодательстве применялся термин "производитель фонограммы". Этот же термин используется в официальных русских текстах некоторых международных соглашений. Термин "изготовитель фонограммы" нельзя считать более благозвучным или более точным. Оба термина являются синонимами.

6. Вторая фраза комментируемой статьи содержит презумпцию: при отсутствии доказательства иного изготовителем фонограммы считается лицо, имя или наименование которого указано на экземпляре фонограммы или на ее упаковке. Слова "обычным образом" означают, что при этом не обязательно должно прямо указываться, что, например, "Иванов является изготовителем фонограммы"; достаточно простого проставления имени - "Иванов" либо проставления имени вместе со знаком правовой охраны смежных прав - см. ст. 1305 ГК РФ.

Конечно, указанная презумпция является опровержимой.

Статья 1323. Права изготовителя фонограммы

Комментарий к статье 1323

1. Пункт 1 комментируемой статьи предусматривает возникновение у изготовителя фонограммы четырех видов субъективных прав.

Перечень этих прав является исчерпывающим.

2. В качестве первого такого права названо исключительное право на фонограмму. Его содержание раскрывается в ст. 1324 ГК РФ.

3. В качестве второго субъективного права изготовителя фонограммы названо право указывать свое имя (наименование) на экземплярах фонограммы и (или) на их упаковке.

Имя (наименование) изготовителя фонограммы может указываться либо само по себе, либо с указанием на то, что указанное лицо является изготовителем фонограммы, либо с проставлением знака охраны смежных прав (ст. 1305 ГК РФ). Способ осуществления этого права может определяться в договоре о распоряжении исключительным правом; этот договор может предусматривать также отказ изготовителя фонограммы от указания своего имени (наименования).

4. Третье право изготовителя фонограммы - право на защиту фонограммы от искажения при ее использовании. Содержание этого права в ГК РФ не раскрывается; поэтому, очевидно, можно по аналогии применять норму, содержащуюся в подп. 4 п. 1 ст. 1315 ГК РФ, и считать, что изготовитель фонограммы может препятствовать использованию фонограммы с изменениями, приводящими к извращению ее смысла и к нарушению целостности восприятия фонограммы. Указанное право является более узким, чем авторское право на неприкосновенность произведения.

5. Четвертое (и последнее) право изготовителя фонограммы - право на обнародование фонограммы (подп. 4 п. 1). Изготовитель фонограммы имеет право осуществить действия, которые впервые сделают фонограмму доступной для всеобщего сведения. Эти действия могут быть осуществлены самим изготовителем фонограммы или иным лицом - с согласия изготовителя фонограммы. При этом сам способ обнародования правового значения не имеет. Это может быть опубликование, публичное исполнение, сообщение в эфир или по кабелю. Среди способов обнародования упоминается также и "публичный показ". Содержание этого термина неясно. В авторском праве "публичный

показ" означает демонстрацию произведения в статическом состоянии. Это толкование к правам изготовителя фонограммы не может быть применено. Поэтому следует считать, что "публичный показ" есть разновидность публичного исполнения.

6. В подпункте 4 п. 1 указывается на то, что одним из способов обнародования является опубликование (выпуск в свет) экземпляров фонограммы. Это выпуск в гражданский оборот экземпляров фонограммы с согласия изготовителя фонограммы, причем в количестве, достаточном для удовлетворения разумных потребностей публики.

При применении нормы, содержащейся в подп. 4 п. 1 комментируемой статьи, не имеет значения, каким способом обнародована фонограмма - путем опубликования (выпуска в свет) материальных носителей или иным способом.

Однако в ст. 1325 и 1326 ГК РФ говорится об опубликованных фонограммах, а не обо всех обнародованных фонограммах, поэтому указанные статьи применяются только к опубликованным (выпущенным в свет) фонограммам.

Право на обнародование и право на опубликование могут быть реализованы только один раз.

7. Статья 1268 ГК РФ, относящаяся к авторским произведениям, более подробно характеризует понятия "обнародования" и "опубликования". Эти более подробные понятия могут по аналогии применяться к правам изготовителя фонограммы.

8. В пункте 2 комментируемой статьи устанавливается, что при осуществлении своих прав изготовитель фонограммы обязан соблюдать права авторов произведений, вошедших в фонограмму, а также права исполнителей, исполнения которых использованы в фонограмме. Изготовитель фонограммы не вправе использовать фонограмму, нарушая авторские и исполнительские права, хотя сама фонограмма и в этом случае пользуется правовой охраной. Но, конечно, в этом случае права изготовителя фонограммы оказываются "парализованы".

9. Пункт 3 комментируемой статьи предусматривает, что права изготовителя фонограммы признаются и действуют независимо от наличия и действия использованных в фонограмме авторских и исполнительских прав. Это означает, что права изготовителя фонограммы действуют как при наличии, так и при отсутствии исключительных авторских и исполнительских прав, а акты распоряжения исключительными авторскими и исполнительскими правами не имеют правового значения для прав изготовителя фонограммы.

10. Пункт 4 посвящен сроку действия двух прав, указанных в п. 1 комментируемой статьи: права на указание имени (наименования) и права на защиту фонограммы от искажения.

Эти два правомочия тесно связаны с исключительным правом на фонограмму и, по идее, должны были бы действовать в течение срока действия данного исключительного права.

Но законодатель, исходя, очевидно, из личного характера этих прав, установил, что они действуют либо в течение жизни гражданина - изготовителя фонограммы, либо до прекращения юридического лица, являющегося изготовителем фонограммы. Таким образом, срок действия этих прав может оказаться либо короче, либо, наоборот, продолжительнее срока действия исключительного права. И то и другое влечет отрицательные практические последствия. Кроме того, из п. 4 вытекает, что указанные права не могут передаваться или предоставляться другим лицам, что также крайне нелогично и влечет отрицательные практические последствия.

Статья 1324. Исключительное право на фонограмму

Комментарий к статье 1324

1. В пункте 1 комментируемой статьи за изготовителем фонограммы закреплено очень широкое исключительное право на использование, которое сформулировано в ст. 1229 ГК РФ. Фактически к праву изготовителя фонограммы применимы нормы, содержащиеся в п. 1, 2, 3 и 5 ст. 1229 ГК РФ. О толковании этих норм см. комментарий к ст. 1229 ГК РФ.

2. В пункте 2 комментируемой статьи перечислены девять правомочий, входящих, в частности, в исключительное право изготовителя фонограммы. О значении этого перечисления правомочий см. п. 3 и 4 комментария к ст. 1270 ГК РФ.

3. В подпункте 1 п. 2 указано первое правомочие изготовителя фонограммы - право на публичное исполнение. Исполнением считается сообщение (т.е., проще говоря, "озвучивание") фонограммы с помощью технических средств в месте, открытом для свободного посещения (дискотека, ресторан, холл гостиницы и т.п.), либо в месте, где присутствует значительное число лиц, не принадлежащих к обычному кругу семьи: "семейное прослушивание", очевидно, не является "публичным". См. также п. 8 комментария к ст. 1270 ГК РФ.

Существенное изъятие из сферы этого правомочия предусмотрено в ст. 1326 ГК РФ.

4. Второе правомочие (подп. 2 п. 2) - сообщение в эфир - сформулировано аналогично одноименному авторскому правомочию, указанному в подп. 7 п. 2 ст. 1270 ГК РФ. В связи с этим к данной норме полностью применим комментарий, содержащийся в п. 14 комментария к ст. 1270 ГК РФ.

5. Подпункт 3 п. 2 комментируемой статьи предусматривает третье имущественное право изготовителя фонограммы - право на сообщение фонограммы по кабелю. Оно сформулировано аналогично одноименному авторскому правомочию, указанному в подп. 8 п. 2 ст. 1270 ГК РФ. См. п. 15 комментария к ст. 1270 ГК РФ.

Правила, касающиеся кодированных сигналов, содержащиеся в подп. 8 п. 2 ст. 1270 ГК РФ, применимы к сообщениям по кабелю фонограмм по аналогии.

Существенное изъятие из этого правомочия содержится в ст. 1326 ГК РФ.

6. Четвертое имущественное право - доведение фонограммы до всеобщего сведения. Оно строится так же, как аналогичное авторское правомочие, указанное в подп. 11 п. 2 ст. 1270 ГК РФ. Комментарий к этой последней норме, содержащийся в п. 19 и 20 комментария к ст. 1270 ГК РФ, полностью применим к праву изготовителя фонограммы на доведение до всеобщего сведения. При этом слово "произведение" следует заменить словом "фонограмма", а ссылку на Договор ВОИС по авторскому праву ссылкой на Договор ВОИС по исполнениям и фонограммам.

7. В качестве пятого имущественного правомочия подп. 5 п. 2 комментируемой статьи называет право на воспроизведение фонограммы (или "части фонограммы", добавляет законодатель не совсем удачно, поскольку и во всех остальных случаях упоминания в ГК РФ фонограммы имеется в виду не только фонограмма целиком, но и отдельные ее части).

Воспроизведение поясняется как изготовление одного или большего числа экземпляров фонограммы. Термин "изготовление" применен здесь крайне неудачно: речь идет не о том "изготовлении" первой, оригинальной записи (в отношении создания которой изготовитель фонограммы "взял на себя инициативу и ответственность"), а о техническом повторении, копировании уже имеющейся первой записи, пусть даже и на другом виде материального носителя.

Вторая фраза, содержащаяся в подп. 5, тождественна второй фразе подп. 1 п. 2 ст. 1270 ГК РФ. Их следует понимать одинаково: запись фонограммы на электронном носителе (в том числе запись в память ЭВМ) также является воспроизведением, ибо электронный носитель является материальным. Смысл этой нормы состоит не в том, чтобы объявить такую запись "не воспроизведением", а в том, чтобы исключить такую запись при указанных здесь условиях из сферы действия исключительного права

изготовителя фонограммы, т.е. указать на то, что такое воспроизведение может осуществляться свободно.

8. Шестое имущественное право - право на распространение материальных носителей фонограммы (подп. 6 п. 2).

Оно сформулировано аналогично авторскому правомочию на распространение экземпляров произведения, указанному в подп. 2 п. 2 ст. 1270 ГК РФ. См. п. 6 комментария к ст. 1270 ГК РФ.

Хотя в подп. 6 п. 2 комментируемой статьи указывается на то, что распространение может относиться не только к экземплярам (копиям) фонограммы, но и к ее оригиналу, наличие "оригинала" фонограммы вызывает серьезные сомнения.

Право на распространение фонограммы ограничивается правилом об "исчерпании прав" (ст. 1325 ГК РФ).

"Использование исключительных прав в форме распространения является... предложение к продаже экземпляра фонограммы, совершенное лицом, осуществляющим предпринимательскую деятельность по продаже товаров в розницу" - п. 2 информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 декабря 2007 г. N 122.

9. Седьмое прямо названное имущественное правомочие изготовителя фонограммы - право на импорт материальных носителей фонограммы. К этому праву применим комментарий, данный к подп. 4 п. 2 ст. 1270 ГК РФ (см. п. 10 этого комментария).

В подпункте 7 п. 2 комментируемой статьи предусматривается, что право на импорт распространяется также на те материальные носители фонограммы, которые были изготовлены с разрешения правообладателя. Как правило, это относится к тем материальным носителям, которые были изготовлены за рубежом. Их импорт в Россию возможен лишь в том случае, если из договора, касающегося их изготовления, следует, что они могут распространяться на территории России.

10. В подпункте 8 п. 2 комментируемой статьи указано на то, что прокат материальных носителей фонограммы относится к числу исключительных имущественных прав изготовителя фонограммы.

Толкование этого правомочия содержится в п. 11 комментария к ст. 1270 ГК РФ (с заменой термина "произведение" на термин "фонограмма").

11. В подпункте 9 п. 2 комментируемой статьи закреплено девятое имущественное право изготовителя фонограммы - право на переработку фонограммы.

В отличие от переработки авторского произведения, являющейся результатом творчества, переработка фонограммы результатом творчества не является. Поэтому законодатель вправе был предусмотреть право изготовителя фонограммы на переработку фонограммы; оно включает и право запрета.

Под переработкой следует понимать изменение формы фонограммы. Перевод фонограммы на иной материальный носитель не является переработкой.

12. В соответствии с нормой, содержащейся в п. 3 комментируемой статьи, лицо, правомерно осуществившее переработку фонограммы, приобретает на переработанную фонограмму "смежное право". Очевидно, что под этим термином здесь имеются в виду "права изготовителя фонограммы". Слово "правомерно" означает, что переработка должна производиться по договору с изготовителем первоначальной фонограммы. В противном случае переработка неправомерна, и все материальные носители переработанной фонограммы являются контрафактными (п. 4 ст. 1252 ГК РФ).

13. В соответствии с п. 4 комментируемой статьи, если фонограмма используется не изготовителем фонограммы, а иным лицом (лицензиатом или лицом, которое приобрело права на фонограмму по договору или по закону), то и это иное лицо должно соблюдать права авторов произведений и исполнителей, вошедших в фонограмму.

Статья 1325. Распространение оригинала или экземпляров опубликованной фонограммы

Комментарий к статье 1325

1. В комментируемой статье в отношении материальных носителей правомерно опубликованных фонограмм, введенных в гражданский оборот в России путем отчуждения права собственности на них, установлен принцип дальнейшего свободного нахождения в гражданском обороте. Таким материальные носители, в частности, могут свободно перепродаваться. Это так называемый принцип "исчерпания прав".

2. Применительно к экземплярам авторских произведений аналогичный принцип "исчерпания прав" установлен в ст. 1272 ГК РФ. Пункты 1 - 3, 5 - 7 комментария к ст. 1272 ГК РФ применимы, mutatis mutandis, к толкованию ст. 1325 ГК РФ.

3. Заголовок комментируемой статьи очень широк и не отражает содержания данной статьи.

Статья 1326. Использование фонограммы, опубликованной в коммерческих целях

Комментарий к статье 1326

1. Комментируемая статья относится не только к исключительному праву на фонограмму, но и к исключительному праву на исполнение. Нормы этой статьи существенно ограничивают исключительные права на фонограмму, указанные в подп. 1, 2 и 3 п. 2 ст. 1324 ГК РФ.

Вместе с тем нормы данной статьи "восстанавливают" некоторые права исполнителей, которые были аннулированы нормой, предусмотренной п. 3 ст. 1317 ГК РФ.

2. Нормы комментируемой статьи касаются фонограмм, опубликованных в коммерческих целях, при следующих способах их использования:

- публичное исполнение (подп. 1 п. 2 ст. 1324 ГК РФ);
- сообщение в эфир (подп. 2 п. 2 ст. 1324 ГК РФ);
- сообщение по кабелю (подп. 3 п. 2 ст. 1324 ГК РФ).

Указание на то, что речь идет об "опубликованных" фонограммах, означает, что материальные носители таких фонограмм должны быть выпущены в гражданский оборот. Следует считать, что упомянутое выше использование осуществляется посредством этих опубликованных (т.е. проданных или иным образом отчужденных) экземпляров.

3. Когда такие фонограммы используются указанными выше способами, то исключительные права на эти случаи не распространяются, вместо исключительного права действует право на получение вознаграждения.

4. Когда такие фонограммы используются указанными выше способами, то не действуют и соответствующие исключительные права на исполнения, зафиксированные на таких фонограммах. Таким образом, в этих случаях не действуют исключительные права исполнителей фонограмм, указанные в подп. 6 и 8 п. 2 ст. 1317 ГК РФ; они заменяются правом на получение вознаграждение.

5. В пункте 2 комментируемой статьи устанавливается, что вознаграждение с пользователей данных фонограмм собирают организации по управлению правами на коллективной основе, имеющие государственную аккредитацию на осуществление соответствующих видов деятельности. Эти организации по коллективному управлению также и распределяют собранные суммы вознаграждения среди владельцев прав.

Эта норма означает, что отдельные изготовители фонограмм и исполнители не имеют права требовать и получать от пользователей суммы вознаграждения непосредственно: организация по коллективному управлению является обязательным посредником при выплате указанного вознаграждения.

6. Хотя в данной статье ничего не говорится о размерах сумм собираемого (выплачиваемого) вознаграждения, следует полагать, что эти размеры определяются соглашениями между пользователями (союзами или ассоциациями пользователей) и аккредитованными организациями.

Если же такие соглашения не будут достигнуты, то получатели вознаграждения все же не могут запретить пользователям использовать опубликованные фонограммы, но спор о размерах вознаграждения может быть перенесен в суд.

7. Как следует из подп. 5 и 6 п. 1, а также из п. 2 ст. 1244 ГК РФ, сбор и выплату вознаграждения за указанное использование фонограмм, опубликованных в коммерческих целях, может осуществлять либо одна, либо две и более аккредитованные организации. Однако в любом случае собирать указанное вознаграждение с пользователей, исходя из практических соображений, должна только одна такая организация.

Из наличия только одной такой организации исходит и п. 3 комментируемой статьи. В нем устанавливается, что вся сумма (или - все суммы) собранного вознаграждения сначала делится поровну между исполнителями и изготовителями фонограмм (это императивная норма), а затем каждые 50 процентов этих сумм распределяются между конкретными исполнителями (и, соответственно, между изготовителями фонограмм) "пропорционально фактическому использованию соответствующих фонограмм". Очевидно, что эта норма имеет в виду учет числа использований, а может быть, и продолжительности звучания.

Правительство РФ имеет право и должно установить порядок сбора, распределения и выплаты этого вознаграждения. Отметим, что правительству не предоставлено право определять размеры указанного вознаграждения.

8. В пункте 4 комментируемой статьи предусматривается, что пользователи указанных фонограмм обязаны представлять в аккредитованную организацию по коллективному управлению правами отчеты об использовании фонограмм, а также иные сведения и документы, необходимые для сбора и распределения вознаграждения. Следует считать, что эта норма должна применяться после заключения договора о выплате вознаграждения, причем в указанном договоре данная норма должна быть конкретизирована. См. также п. 3 ст. 1243 ГК РФ.

9. См.: Правила сбора, распределения и выплаты вознаграждения исполнителям и изготовителям фонограмм, опубликованных в коммерческих целях, утвержденные Постановлением Правительства РФ от 29 декабря 2007 г. N 988 // СЗ РФ. 2008. N 2. Ст. 112.

Статья 1327. Срок действия исключительного права на фонограмму, переход этого права к правопреемникам и переход фонограммы в общественное достояние

Комментарий к статье 1327

1. Как указывается в п. 1 комментируемой статьи, срок действия исключительного права на фонограмму составляет 50 лет. Естественно, что исключительное право возникает с даты осуществления записи фонограммы: именно с этого момента фонограмма может быть использована, а права на фонограмму могут быть нарушены.

Далее законодатель пытался сказать (хотя это получилось у него не очень удачно), что в последний, пятидесятый год этого срока исключительное право на фонограмму действует вплоть до 31 декабря включительно. И если в течение этого срока фонограмма не обнародована (см. ст. 1323 ГК РФ, п. 1, подп. 4), то исключительное право на нее прекращает свое существование.

2. Однако если до истечения этих пятидесяти лет фонограмма будет обнародована, то срок действия исключительного права завершится через 50 лет не с момента изготовления фонограммы, а с момента ее обнародования.

3. Истечение срока действия исключительного права влечет и прекращение права на получение вознаграждения, предусмотренного в ст. 1326 ГК РФ.

4. О сроке действия некоторых иных прав на фонограмму см. п. 4 ст. 1323 ГК РФ.

5. В соответствии с п. 2 комментируемой статьи переход исключительного права на фонограмму по наследству, а также заключение договора об отчуждении исключительного права не изменяют сроков действия исключительного права на фонограмму.

6. В случае ликвидации юридического лица - владельца исключительного права на фонограмму - исключительное право на фонограмму досрочно прекращается.

В случае смерти гражданина - владельца исключительного права на фонограмму - при отсутствии наследников исключительное право на фонограмму переходит к государству.

7. Пункт 3 комментируемой статьи устанавливает, что по истечении срока действия исключительного права на фонограмму она переходит в общественное достояние и к ней, соответственно, применяются правила ст. 1282 ГК РФ.

Слово "соответственно" означает в данном случае "с соответствующими изменениями", mutatis mutandis.

В частности, следует учитывать, что у изготовителя фонограммы отсутствует авторство, что вместо права на имя у изготовителя фонограммы имеется право на помещение определенных указаний на экземплярах (упаковке) фонограммы, а вместо права на неприкосновенность - право на защиту от искажения (подп. 2 и 3 п. 1 ст. 1323 ГК РФ); при этом указанные права действуют в течение определенных сроков (п. 4 ст. 1323 ГК РФ).

Следует полагать, что абз. 2 п. 3 ст. 1282 ГК РФ не распространяется на фонограммы, перешедшие в общественное достояние. См. также комментарий к ст. 1282 ГК РФ.

Статья 1328. Действие исключительного права на фонограмму на территории Российской Федерации

Комментарий к статье 1328

1. Комментируемая статья предусматривает, что исключительное право на фонограмму на территории Российской Федерации действует, если фонограмма отвечает хотя бы одному из следующих критериев:

1) "критерий гражданства": если изготовителем фонограммы является российский гражданин или российское юридическое лицо.

"Критерий гражданства" должен существовать на дату создания фонограммы. Последующее изменение гражданства, последующая ликвидация юридического лица не делают фонограмму охраноспособной и не лишают ее охраны;

2) "критерий первого обнародования в России": охраняются фонограммы, которые впервые обнародованы в России, например прозвучали по радио или в концерте. "Критерий гражданства" при этом значения не имеет;

3) "критерий первого публичного распространения экземпляров фонограммы в России": если фонограмма была впервые обнародована за рубежом (например, прозвучала по радио), но материальные носители фонограммы впервые распространяются (например, продаются) в России, то такая фонограмма охраняется в России. Следует полагать, что в данном случае охрана возникает с момента первого распространения ее экземпляров в России;

4) исключительное право на фонограмму действует в России, если это предусмотрено международным договором России.

Об основных международных договорах России по смежным правам см. п. 12 комментария к ст. 1304 ГК РФ.

Если фонограмма не отвечает ни одному из перечисленных выше критериев, то исключительное право на нее в России не действует.

§ 4. Право организаций эфирного и кабельного вещания

Статья 1329. Организация эфирного или кабельного вещания

Комментарий к статье 1329

1. Формулировка комментируемой статьи далека от совершенства. Смысл нормы, содержащейся в этой статье, можно уяснить только путем анализа.

Хотя данная статья построена как определение того, что же представляет собой организация эфирного или кабельного вещания, на самом деле такого определения она не содержит и не должна содержать.

Фактически в комментируемой статье устанавливается, что лицо, на законном основании осуществляющее сообщение в эфир или по кабелю, признается первоначальным владельцем определенных прав на это сообщение.

2. Хотя в комментируемой статье указывается, что такими первоначальными правообладателями могут быть только юридические лица, нет сомнений в том, что если лицензии на эфирное или кабельное вещание будут выдаваться и гражданам, то такими правообладателями будут выступать и граждане.

3. В комментируемой статье содержатся важные дополнительные признаки данного охраняемого объекта, которые, строго говоря, должны были быть установлены в подп. 3 п. 1 ст. 1304 ГК РФ.

Указывается, что охраняемым объектом являются сообщения в эфир или по кабелю радио- и телепередач.

Поясняется, что передача - это совокупность звуков и изображений, либо только звуков, либо только изображений. При этом и звуки, и, по-видимому, изображения могут передаваться в виде "отображений". Этот последний термин применительно к звукам поясняется в последней фразе ст. 1305 ГК РФ как "представление [звуков] в цифровой форме, для преобразования которой в форму, воспринимаемую слухом, требуется использование соответствующих технических средств".

4. В комментируемой статье определяется и правовое основание появления у организации эфирного и кабельного вещания определенных прав на сообщения (передачи). Этим основанием является сам факт осуществления этого сообщения.

5. В некоторых случаях передаваемые сообщения одну часть своего "пути" до слушателя (зрителя) проходят через эфир, а другую - по кабелю. Следовательно, можно говорить и об эфирно-кабельных сообщениях, которые охватываются комментируемой статьей.

6. Права организаций вещания на сообщения передач возникают как в том случае, если сообщение осуществляется на основе "живого" исполнения, так и в том случае, когда сообщение осуществляется на основе записи.

Статья 1330. Исключительное право на сообщение радио- или телепередач

Комментарий к статье 1330

1. В пункте 1 комментируемой статьи указывается на то, что организации эфирного или кабельного вещания (далее кратко именуются "организации вещания") принадлежит исключительное право на "правомерно осуществляемое или осуществленное" ею

сообщение. Следует считать, что термин "правомерно" относится как к "осуществляемому", так и к "осуществленному" сообщению. Очевидно также и то, что "неправомерное" сообщение не порождает никаких прав.

2. Пункт 1 устанавливает, что исключительное право, возникающее на сообщение передачи, означает право использования сообщения любым не противоречащим закону способом, причем объем и содержание этого права указаны в ст. 1229 ГК РФ. Следовательно, к праву организации вещания применимы нормы, предусмотренные ст. 1229 ГК РФ. См. также комментарий к ней.

3. Вторая фраза п. 1 комментируемой статьи закрепляет за организациями вещания право на распоряжение исключительным правом на сообщения передач. Практически это означает возможность заключения договоров об отчуждении прав, лицензионных договоров, а также договоров залога.

4. В пункте 2 данной статьи предусмотрены отдельные способы использования сообщений передач, которые входят в состав исключительного права организаций вещания.

О значении перечисления этих способов см. п. 3 комментария к ст. 1270 ГК РФ.

5. Как следует из п. 1 комментируемой статьи, перечень способов использования прав, указанный в п. 2 данной статьи, не является закрытым, исчерпывающим.

6. К способам использования прав, принадлежащих организациям вещания, применяется (по аналогии) норма, содержащаяся в абз. 1 п. 2 ст. 1270 ГК РФ. См. п. 2 комментария к ст. 1270 ГК РФ.

7. В подпункте 1 п. 2 анализируемой статьи устанавливается первое имущественное правомочие, входящее в состав исключительного права: запись сообщения передачи на каком-либо материальном носителе, который позволяет неоднократно осуществлять восприятие (т.е. прослушивание или просмотр), воспроизведение (т.е. техническое повторение записи) или сообщение (т.е. последующее сообщение в эфир или по кабелю либо публичное исполнение).

Указание на то, что запись должна обеспечивать возможность ее "неоднократного" использования, по-видимому, является неточным: исключительное право распространяется и на те записи, которые дают возможность их однократного использования. Вместе с тем очевидно, что изготовление такой "единоразовой" записи не относится к этому способу использования исключительного права.

Запись звукового сообщения "живой" передачи, осуществленная правомерно, приводит к появлению фонограммы.

8. В подпункте 2 и 3 п. 2 комментируемой статьи говорится о правомочиях владельца исключительного права, относящихся к уже изготовленной правомерно записи сообщения передачи. Эта запись может быть изготовлена либо самим правообладателем, либо иным лицом, действующим по договору с ним.

9. В подп. 2 п. 2 комментируемой статьи указано право на воспроизведение записи сообщения (например, путем тиражирования).

Право на воспроизведение относится как к записи целиком, так и к ее отдельной части (фрагменту записи).

Вторая фраза данной нормы указывает на то, что запись сообщения на электронный носитель, в том числе - в память ЭВМ, также является воспроизведением записи.

Смысл оговорки, содержащейся во второй фразе данной нормы, состоит в том, что временные воспроизведения записи сообщения, которые технологически необходимы и служат для правомерного доведения сообщения передачи до всеобщего сведения, могут производиться свободно, согласия правообладателя не требуют и никаких исключительных прав не нарушают.

10. В подпункте 3 п. 2 комментируемой статьи предусматривается третье имущественное правомочие организации вещания - право на распространение экземпляров записи передач путем их продажи или иного отчуждения.

Содержащееся в этой норме упоминание "оригинала" записи является сомнительным, поскольку такой "оригинал" не обладает уникальными чертами. См. п. 1 и 2 комментария к ст. 1291 ГК РФ.

11. С правом на распространение материальных носителей (экземпляров, копий) записей тесно связаны право на импорт, право проката, а также принцип "исчерпания прав". Ни эти права, ни принцип "исчерпания прав" в отношении записей сообщений передач в ГК РФ не предусмотрены.

В связи с этим представляется целесообразным в договорах об использовании записей сообщений передач прямо указывать на то, охватывают ли они право проката.

Что касается принципа "исчерпания прав" применительно к экземплярам записей сообщений передач, законно выпущенных в гражданский оборот путем отчуждения права собственности на материальный носитель, то, хотя оно прямо для этих правовых объектов не предусмотрено, приходится считать, что по аналогии должны применяться нормы, содержащиеся в ст. 1272 и 1325 ГК РФ. В противном случае гражданский оборот этих объектов будет "парализован".

12. В качестве четвертого имущественного правомочия, принадлежащего организации вещания, в подп. 4 п. 2 комментируемой статьи указано право ретрансляции, т.е. право одновременно с получением сообщения передачи от другой организации вещания ретранслировать его дальше - в эфир или по кабелю.

Объем этого права раскрывается в п. 3 комментируемой статьи: ретрансляция может быть из эфира - в эфир; из кабеля - по кабелю; из эфира - по кабелю; из кабеля - в эфир.

В настоящее время имеет место ретрансляция по сети Интернет "в режиме реального времени" сообщений из эфира или из кабеля. Это разновидность указанного правомочия.

13. Пятое, прямо названное имущественное право организаций вещания - право на доведение до всеобщего сведения (через сеть Интернет). О содержании этого правомочия см. подп. 11 п. 2 ст. 1270 ГК РФ и п. 19 и 20 комментария к ст. 1270 ГК РФ.

Ретрансляция в сети Интернет радио- и телесообщений "в режиме реального времени" относится к праву на ретрансляцию (см. выше, п. 12 комментария к данной статье).

14. Последнее, шестое названное в комментируемой статье имущественное правомочие - право на публичное исполнение сообщений передачи в местах с платным входом (подп. 6 п. 2 комментируемой статьи).

Указывается, что это публичное исполнение осуществляется "с помощью технических средств", т.е., очевидно, с помощью больших радиоприемников и телевизоров с большим экраном.

Следует считать, что данное правомочие охватывает публичное исполнение как тех передач, которые передаются сейчас, "в режиме реального времени", так и тех передач, которые уже состоялись, но публично исполняются в записи.

15. О пункте 3 комментируемой статьи см. выше, п. 12 комментария к данной статье.

16. В соответствии с п. 4 настоящей статьи к праву использования сообщения передачи организации вещания соответственно применяются правила, предусмотренные п. 3 ст. 1317 ГК РФ.

Термин "соответственно" означает "с заменой терминов и понятий", mutatis mutandis.

Попытаемся сформулировать норму п. 3 ст. 1317 ГК РФ применительно к сообщению передач организаций вещания, как это требует п. 4 комментируемой статьи:

"Исключительное право на сообщение радио- и телепередач не распространяется на воспроизведение, сообщение в эфир или по кабелю и публичное исполнение записи сообщения передачи в случаях, когда такая запись была произведена с согласия организации вещания, а ее воспроизведение, сообщение в эфир или по кабелю либо публичное исполнение осуществляется в тех же целях, для которых было получено согласие организации вещания при записи сообщения передачи".

Однако это "соответственное" переложение нормы п. 3 ст. 1317 ГК РФ пока приводится только в первом приближении.

Необходимо дополнительно учитывать, что п. 3 ст. 1317 ГК РФ предусматривает исключения из исключительных прав исполнителя, которые, в частности, включают воспроизведение, сообщение в эфир или по кабелю и публичное исполнение записи исполнения, а исключительное право на сообщение передачи не включает (по крайней мере - прямо, expressis verbis) сообщение в эфир или по кабелю, а говорит лишь о праве на повторное сообщение (ретрансляцию) передачи; кроме того, публичное исполнение соотносится не только с публичным исполнением записи, но и с публичным исполнением сообщения любой передачи.

Поэтому необходимо отметить, что сфера применения п. 4 ст. 1330 является в высшей степени неясной. Очевидно, однако, что сфера действия исключения, предусмотренного в п. 3 ст. 1317 ГК РФ, не может быть расширена.

См. также комментарий к п. 4 ст. 1317 ГК РФ.

17. В пункте 5 комментируемой статьи устанавливается, что организации вещания осуществляют свои права с соблюдением прав тех лиц, охраняемые объекты которых включены в сообщения передач: авторов, исполнителей, изготовителей фонограмм, других организаций вещания.

Аналогичные нормы содержатся в п. 2 ст. 1315 и в п. 2 ст. 1323 ГК РФ.

В целях выполнения нормы, содержащейся в п. 5, на практике в договоры включают следующее условие:

"Лицо, передающее различные материальные носители, содержащие результаты интеллектуальной деятельности, должно гарантировать, что при их использовании не будут нарушаться права третьих лиц". На профессиональном жаргоне говорят, что должна быть произведена "очистка" прав (Clearance, Reinheit).

18. В пункте 6 комментируемой статьи устанавливается, что права организаций вещания признаются и действуют независимо от наличия и действия авторских, исполнительских и фонограммных прав на объекты, включенные в сообщения передачи.

В частности, прекращение и переход к другому лицу этих последних прав не оказывает влияния на права организаций вещания.

Аналогичные нормы содержатся в п. 3 ст. 1315 и в п. 3 ст. 1323 ГК РФ.

Статья 1331. Срок действия исключительного права на сообщение радио- или телепередачи, переход этого права к правопреемникам и переход сообщения радио- или телепередачи в общественное достояние

Комментарий к статье 1331

1. Пункт 1 комментируемой статьи устанавливает, что исключительное право на сообщения радио- и телепередач действует в течение пятидесяти лет. Возникает исключительное право с даты сообщения передачи в эфир или по кабелю, а прекращается 31 декабря пятидесятого года, считая с года передачи сообщения.

Пункт 1 данной статьи содержит именно такие нормы, которые, к сожалению, выражены неясно и неточно.

2. В течение этого срока исключительное право на сообщение передачи может перейти к правопреемнику организации вещания (при реорганизации, по договору и т.п.). Это не меняет срока действия исключительного права. Именно эта норма содержится в п. 2 комментируемой статьи.

3. В соответствии с п. 3 комментируемой статьи по истечении срока действия исключительного права на сообщение передачи, это сообщение переходит в общественное достояние (Public Domain), и к нему "соответственно применяются правила ст. 1282 ГК РФ".

Однако применить ст. 1282 ГК РФ к указанным сообщениям оказывается не просто.

Конечно, не возникает никаких проблем при применении к перешедшим в общественное достояние сообщениям первой фразы п. 2 ст. 1282 ГК РФ: "находящиеся в общественном достоянии объекты могут свободно использоваться любым лицом без чьего-либо согласия или разрешения и без выплаты вознаграждения".

Но как применить к таким объектам вторую фразу п. 2 ст. 1282 ГК РФ: "При этом охраняются авторство, имя автора и неприкосновенность произведения"?

Поскольку кроме исключительного права, закрепляемого за организациями вещания, никаких личных и иных прав закон за ними не закрепляет, следует считать, что вторая фраза п. 2 ст. 1282 ГК РФ к находящимся в общественном достоянии сообщениям передач не применима. Не применимы здесь и нормы п. 3 ст. 1282 ГК РФ.

Статья 1332. Действие исключительного права на сообщение радио- или телепередачи на территории Российской Федерации

Комментарий к статье 1332

1. В комментируемой статье предусматривается, что исключительное право на сообщение передачи действует на территории России в следующих двух случаях:

1) если организация вещания имеет место нахождения на территории России и осуществляет сообщение с помощью передатчиков, расположенных на территории России.

При толковании этой нормы могут быть применены по аналогии нормы второй, третьей и четвертой фразы подп. 7 п. 2 ст. 1270 ГК РФ. См. также п. 14 комментария к ст. 1270 ГК РФ;

2) если предоставление исключительного права предусмотрено международным договором Российской Федерации.

2. С 26 мая 2003 г. Россия участвует в Международной (Римской) конвенции от 26 октября 1961 г. об охране интересов артистов-исполнителей, производителей фонограмм и вещательных организаций. В ней участвуют около 80 стран.

В соответствии с этой Конвенцией Россия предоставляет на своей территории национальный режим иностранным обладателям исключительного права на эфирные сообщения передач, переданные в эфир после 25 марта 2003 г. Россия присоединилась к этой Конвенции с рядом оговорок: см. СЗ РФ. 2002. N 52. Ст. 5217.

§ 5. Право изготовителя базы данных

Статья 1333. Изготовитель базы данных

Комментарий к статье 1333

1. Комментируемая статья, как следует из ее названия, определяет понятие изготовителя базы данных. На самом деле ее содержание намного шире: в ней перечислены также основные права, закрепляемые за изготовителем базы данных, и, кроме того, содержатся нормы, позволяющие сформулировать понятие базы данных.

2. Следует различать два понятия: "база данных как объект авторского права" и "база данных как объект смежного права". Это разные понятия.

Понятие "база данных как объект авторского права" дается в абз. 2 п. 2 ст. 1260 ГК РФ. Это совокупность самостоятельных материалов, систематизированных таким образом, чтобы эти материалы можно было найти и обработать с помощью ЭВМ (см. п. 4 комментария к ст. 1260 ГК РФ).

"База данных как объект смежного права" с технической точки зрения - это разновидность базы данных как объекта авторского права.

База данных как объект смежного права обладает одним дополнительным признаком. Он указан в п. 1 ст. 1334 ГК РФ и состоит в том, что база данных как объект смежного права обязательно является результатом вложения в ее создание значительных затрат: финансовых, материальных, организационных или иных. Условно такую базу данных можно назвать "дорогостоящей".

Для того чтобы дать какие-то ориентиры практике относительно того, какую базу данных считать "дорогостоящей", в последней фразе абз. 1 п. 1 ст. 1334 ГК РФ указывается, что если база данных содержит не менее 10 тысяч самостоятельных информационных элементов (материалов), то считается, что она потребовала существенных затрат на свое создание, т.е. является "дорогостоящей". Однако эта презумпция является опровержимой: возможно, что если включаемые элементы (материалы) являются очень простыми, для признания базы данных "дорогостоящей" потребуется свыше 10 тысяч таких элементов; возможны, однако, и иные, прямо противоположные, случаи.

Такие "дорогостоящие" базы данных охраняются как объект смежного права. Никакие иные базы данных смежным правом не охраняются, а потому для различения разных баз данных охраняемые смежным правом базы данных мы будем именовать "особыми базами данных".

3. Субъект права на особые базы данных в комментируемой статье назван "изготовителем", вероятно, по аналогии с изготовителем фонограммы.

Изготовителем особой базы данных, как следует из второй фразы п. 1 комментируемой статьи, может быть либо гражданин, либо юридическое лицо.

Следовательно, особая база данных не является результатом интеллектуальной деятельности, поскольку первоначальными владельцами прав на такие результаты могут быть только граждане.

Таким образом, особая база данных - это не результат творческих усилий изготовителя, а результат организационных усилий изготовителя: он организовал работу по созданию базы данных и работу по сбору, обработке и расположению составляющих ее материалов.

Хотя нельзя исключать, что всю работу по созданию особой базы данных выполнит физическое лицо, которое и должно в этом случае признаваться изготовителем, более естественным в качестве фигуры изготовителя выглядит работодатель, поскольку подобрать, обработать и расположить 10 тысяч (!) материалов вряд ли под силу одному какому-либо гражданину.

Служебные фрагменты ("наработки") особой базы данных ГК РФ даже не упоминает, поскольку очевидно, что все права на них принадлежат работодателю - ст. 1470 ГК РФ должна применяться к данным случаям, причем прямо, а не по аналогии.

4. Во второй фразе п. 1 комментируемой статьи содержится презумпция того, что изготовителем особой базы данных считается лицо, имя или наименование которого указано обычным образом на материальном носителе особой базы данных или на его упаковке. Слова "обычным образом" означают, что при этом не обязательно именовать указанное лицо изготовителем особой базы данных; достаточно, в частности, чтобы имя (наименование) лица стояло в заголовке или в титрах этой базы данных.

Указанная презумпция является опровержимой.

При применении указанной презумпции следует учитывать, что имя (наименование) определенного лица, проставленное на материальных носителях (упаковке) особой базы данных, может означать не только изготовителя, но и владельца авторских прав.

5. Пункт 2 данной статьи закрепляет за изготовителем особой базы данных два правомочия:

- исключительное право, содержание которого раскрыто в ст. 1334 ГК РФ, и

- личное право на указание на материальных носителях или на упаковке особой базы данных имени (наименования) изготовителя.

Статья 1334. Исключительное право изготовителя базы данных

Комментарий к статье 1334

1. В абзаце 1 п. 1 комментируемой статьи содержатся некоторые положения, относящиеся к базам данных как к объектам смежного права. Эти положения отмечены и проанализированы в комментарии к ст. 1333 ГК РФ (см. п. 2 этого комментария).

2. В первой фразе абз. 1 п. 1 сформулировано имущественное право, принадлежащее изготовителю особой базы данных: это право извлекать из данной базы материалы и осуществлять их последующее использование в любой форме и любым способом.

Выражение "извлекать... материалы" при этом имеет особый смысл, который поясняется во второй фразе абз. 2 п. 1. Оказывается, что "извлечение материалов" - это перенос на другой материальный носитель всего содержания особой базы данных или существенной части составляющих ее материалов.

Таким образом, перенос одного из материалов, отдельных материалов и даже "несущественной" части особой базы данных на другой (новый) материальный носитель не является нарушением исключительного права изготовителя. Что такое "несущественная" часть - 5 - 10% от общего массива особой базы данных или иное количество материалов - все это будет определять суд.

3. Но сам по себе перенос всего массива или существенной части особой базы данных на другой материальный носитель еще не составляет использования исключительного права. Дополнительно требуется, чтобы этот перенесенный материал использовался.

Одного намерения такого последующего использования недостаточно: это ясно видно из первой фразы абз. 1 п. 1 и из первой фразы абз. 2, хотя вторая фраза абз. 2 п. 1 в этом отношении менее ясна.

Указанное последующее использование может осуществляться "в любой форме и любым способом" (первая фраза абз. 1 п. 1) или - что одно и то же - "с использованием любых технических средств и в любой форме" (вторая фраза абз. 2 п. 1). Иными словами, форма, способ, применяемые технические средства этого последующего использования не имеют значения при решении вопроса о том, использовано ли исключительное право.

4. Первая фраза абз. 2 п. 1 комментируемой статьи устанавливает общий запрет, адресованный любым третьим лицам, осуществлять то использование особой базы данных, которое составляет содержание исключительного права. Это запретительная, негативная часть исключительного права, которая существует наряду с позитивной, разрешительной частью этого права.

5. Из пункта 1 комментируемой статьи следует, что изготовителю особой базы данных предоставляется право запрета, полного или в существенной части, копирования особой базы данных, независимо от сохранения последовательности расположения отдельных информационных материалов (элементов). Изготовителю особой базы данных принадлежит и соответствующее позитивное право.

В этом состоит принципиальное отличие исключительного смежного права на особую базу данных от исключительного авторского права на базу данных. Последнее (авторское) право охраняет и защищает лишь определенную последовательность расположения информационных элементов (материалов).

6. Во второй фразе абз. 1 п. 1 указывается, что изготовитель особой базы данных может распоряжаться своим исключительным правом, т.е. отчуждать его, закладывать его или выдавать на него лицензии.

7. В первой фразе абз. 2 п. 1 упоминаются ограничения исключительного права: разрешения правообладателя не требуется в случаях, "предусмотренных настоящим Кодексом".

Случаи свободного использования особой базы данных указаны в п. 3 комментируемой статьи.

8. Пункт 2 анализируемой статьи устанавливает, что исключительное право изготовителя особой базы данных "признается и действует" независимо от наличия и действия любых иных исключительных прав на те объекты, которые включены в состав этой особой базы данных.

Речь здесь может идти о самых разных объектах, на которые существуют исключительные права: объекты авторского права, смежных прав, объекты патентного права, средства индивидуализации и т.д.

Объектами авторского права (произведениями) могут быть как сама особая база данных (составное произведение), так и отдельные включенные в нее базы данных (не являющиеся особыми базами данных), а также отдельные информационные элементы (материалы), из которых состоит особая база данных, а также программы для ЭВМ, с помощью которых осуществляется поиск в особой базе данных.

На элементы (материалы), включенные в особую базу данных, могут существовать исполнительские права, фонограммные права, права организаций вещания.

Авторское право на особую базу данных, а также на отдельные входящие в нее базы данных может принадлежать изготовителю особой базы данных - как работодателю (на основе ст. 1295 ГК РФ) или на основе договора заказа (ст. 1296 ГК РФ).

Вообще изготовитель особой базы данных может осуществлять свои исключительные права лишь в том случае, если он имеет (приобрел) права на использование всех объектов исключительных прав, которые включены в особую базу данных. В противном случае исключительное право изготовителя оказывается "парализованным".

Независимость исключительного права изготовителя особой базы данных от наличия и действия иных исключительных прав на объекты, входящие в данную базу данных, проявляется в том, что переход любых иных исключительных прав к другому лицу не влияет на существование и объем исключительного права изготовителя этой особой базы данных.

9. В первом абз. п. 3 комментируемой статьи указываются случаи, когда особая база данных может быть использована свободно, без нарушения при этом исключительного права изготовителя особой базы данных, установленного в п. 1 данной статьи.

Это свободное использование может осуществляться лицом, правомерно пользующимся особой базой данных.

Что это за лицо? Для ответа на этот вопрос возьмем, например, широко распространенную справочно-поисковую систему "КонсультантПлюс", представляющую собой, конечно, особую базу данных. Она включает как официальные (не авторские) материалы, так и авторские материалы (в том числе научные статьи); общий объем включенных информационных элементов намного превышает 10 тысяч единиц.

Правомерными пользователями этой особой базы данных являются организации и отдельные граждане, получающие (обычно через Интернет) СПС "КонсультантПлюс" в соответствии с заключенными договорами, а также лица, которые приобрели (обычно купили) периодически издаваемые на дисках электронные версии СПС "КонсультантПлюс".

Конечно, лица, которые купили экземпляры нелицензионных (контрафактных) дисков, не считаются правомерными пользователями этой особой базы данных.

Абзац 1 п. 3 комментируемой статьи предоставляет таким правомерным пользователям право извлекать из такой базы данных материалы и осуществлять их

последующее использование, но только в некоммерческих целях, т.е. не для извлечения прибыли.

Это и есть практически единственный случай свободного использования особых баз данных, установленный законом.

10. В абзаце 1 п. 3 предусматривается, что даже если свободное использование осуществляется в некоммерческих целях, оно может производиться в том объеме, который оправдан указанными целями. Эта норма, по-видимому, не имеет практического значения.

11. Наконец, в абзаце 1 п. 3 отмечается, что разрешенное свободное использование особой базы данных допустимо только в той мере, в которой действия по свободному использованию не нарушают авторские права.

Это последнее указание, как говорится, "из другой оперы": любое использование особой базы данных не может нарушать авторские права, которые принадлежат самому изготовителю особой базы данных, если он является ее автором или владельцем авторских прав, либо иному владельцу авторских прав. Свободное использование особой базы данных не отменяет и не может отменять положений авторского права, содержащихся в гл. 70 ГК РФ.

12. Лица, правомерно пользующиеся особыми базами данных, обычно извлекают из таких баз данных только отдельные включенные в них материалы, не составляющие существенной части всей особой базы данных, для последующего их использования.

Эти действия указанных лиц не составляют использования (и следовательно, потенциального нарушения прав) изготовителей особых баз данных, но могут затрагивать авторские и иные исключительные права на объекты, содержащиеся в особых базах данных.

Очевидно, что п. 3 комментируемой статьи охватывает и эти случаи.

13. Абзац 2 п. 3 устанавливает, что если материал, извлеченный из особой базы данных, будет затем использоваться таким способом, что к нему получает доступ неограниченный круг лиц, то при таком использовании должно даваться указание на то, из какой базы данных взят этот материал.

Эта норма, которая может быть названа "правом на ссылку", очевидно, относится ко всем случаям использования материалов, взятых из особой базы данных; она не ограничивается теми случаями, когда из особой базы данных извлечена существенная часть составляющих ее материалов.

Эту норму следует рассматривать как личное неимущественное право изготовителя особой базы данных.

Следует считать, что это "право на ссылку" не действует, если речь идет о материалах, известных из других источников (например, из научных журналов, официальных изданий и т.п.).

Статья 1335. Срок действия исключительного права изготовителя базы данных

Комментарий к статье 1335

1. Начальным моментом возникновения исключительного права на особую базу данных всегда является дата завершения ее создания.

После создания исключительное право всегда действует еще в течение полных 15 лет: в последний, 15-й год исключительное право действует вплоть до 31 декабря.

2. Если в течение этого срока особая база данных будет обнародована, то срок действия исключительного права будет действовать в течение полных 15 лет с даты обнародования. Таким образом, если обнародование имело место не в год завершения создания особой базы данных, то срок действия исключительного права оказывается продленным.

Срок действия исключительного права на особую базу данных, создание которой завершено 11 августа 2008 г., истекает 31 декабря 2023 г., а на особую базу данных, обнародованную 11 августа 2009 г., 31 декабря 2024 г.

Следует считать, что понятие "обнародования" особой базы данных определяется в соответствии с положениями абз. 1 п. 1 ст. 1268 ГК РФ.

3. Пункт 2 комментируемой статьи относится к тем случаям, когда особая база данных после завершения ее создания (или после обнародования) обновляется, что обычно и имеет место.

В этом случае каждое обновление считается завершением создания особой базы данных и дает начало исчислению нового срока охраны.

Таким образом, на обновленные (новые) версии особой базы данных течет срок, указанный в п. 1 и 2 комментария к данной статье.

Однако для лиц, использующих старые версии особой базы данных, исключительное право на новые версии значения не имеет.

Статья 1336. Действие исключительного права изготовителя базы данных на территории Российской Федерации

Комментарий к статье 1336

Исключительное право изготовителя особой базы данных действует на территории России в следующих трех случаях:

1) "гражданство изготовителя": если изготовитель особой базы данных является либо гражданином России, либо российским юридическим лицом.

Значение имеет гражданство на дату завершения создания особой базы данных.

К гражданам России приравниваются апатриды, имеющие место жительства на территории России;

2) "взаимность": изготовитель особой базы данных является гражданином или юридическим лицом того государства, которое предоставляет права изготовителя особой базы данных российским гражданам или юридическим лицам на основе взаимности.

Апатриды, имеющие постоянное место жительства на территории такого иностранного государства, приравниваются к его гражданам;

3) охрана предоставляется в соответствии с международными договорами России.

В настоящее время таких международных договоров Россия не имеет.

§ 6. Право публикатора на произведение науки, литературы или искусства

Статья 1337. Публикатор

Комментарий к статье 1337

1. Пункт 1 комментируемой статьи содержит определение "публикатора" как субъекта смежного права.

Публикатором признается гражданин, который правомерно обнародовал произведение, не охраняемое авторским правом в России. Именно к этому краткому определению сводится довольно объемная норма ГК РФ.

2. Публикатором может быть только гражданин, но не юридическое лицо. Если не охраняемое авторским правом произведение обнародовано организацией, то у нее прав публикатора не возникает.

Права публикатора могут возникать у любого гражданина - независимо от его возраста и дееспособности.

3. Права возникают у публикатора в результате того, что он обнародовал произведение. Понятие "обнародования" содержится в абз. 1 п. 1 ст. 1268 ГК РФ. Об этом понятии см. п. 1, 2 и 4 комментария к ст. 1268 ГК РФ.

4. Публикатор может осуществить действия по обнародованию произведения лично (прочесть необнародованное произведение публично или по радио, сам исполнить обнародованную песню или музыкальное произведение) либо "дать согласие на осуществление таких действий" (передать картину для показа на выставке, передать рукопись издательству для опубликования и т.п.).

5. Действия публикатора по обнародованию произведения должны быть "правомерными". Это означает, что они не должны нарушать предписаний закона и противоречить условиям договора, заключенного с гражданином, который затем обнародовал произведение. В частности, обнародование произведения не должно противоречить воле умершего автора (см. п. 3 ст. 1282 ГК РФ, а также п. 2 ст. 1338 ГК РФ).

Если произведение обнародовано неправомерно, то права публикатора не возникают. Следует отметить, что нормы ст. 1342 ГК РФ не применяются при неправомерном обнародовании произведения; они применяются при неправомерном использовании того произведения, которое было обнародовано правомерно.

6. Права публикатора возникают лишь в том случае, если публикатором будет обнародовано произведение, находящееся в России в общественном достоянии, т.е. не пользующееся авторско-правовой охраной.

Эта неохраняемость произведения может быть либо результатом того, что срок охраны его уже истек, либо потому, что оно вообще не охранялось авторским правом в России по каким-либо иным основаниям.

О сроке действия исключительного авторского права см. ст. 1281 ГК РФ, а также ст. 6 Федерального закона от 18 декабря 2006 г. N 231-ФЗ "О введении в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации".

О произведениях, которые вообще не охранялись авторским правом в России, см. ст. 1256 ГК РФ (и комментарий к ней).

О праве публикатора на перевод и переработку произведения см. п. 2 ст. 1339 ГК РФ и комментарий к нему.

7. В пункте 2 комментируемой статьи указывается на то, что объектом права публикатора являются все объекты, которые отвечают признакам, предъявляемым к произведениям, указанным в ст. 1259 ГК РФ. Главное, чтобы такие объекты "могли быть признаны [в принципе] объектами авторского права". Это общее принципиальное указание сопровождается пояснением "независимо от времени их создания".

Данное пояснение является верным, но его нельзя понимать ограничительно: объектами права публикатора могут быть и такие объекты, которые не охранялись авторским правом в России и по другим причинам, связанным, например, с гражданством автора или местом создания (нахождения) произведения.

Следует считать, что объектом права публикатора могут быть произведения народного творчества (фольклор).

8. В пункте 3 предусматривается, что объектом права публикатора не могут быть произведения, находящиеся в государственных и муниципальных архивах.

Об этих понятиях см. Федеральный закон от 22 октября 2004 г. N 125-ФЗ "Об архивном деле в Российской Федерации" (СЗ РФ. 2004. N 43. Ст. 4169).

Если материальный носитель (оригинал или экземпляр) произведения передан в архив после того, как произведение было обнародовано публикатором, то права публикатора продолжают действовать.

9. Следует считать, что п. 3 комментируемой статьи не относится к произведениям, находящимся в иностранных архивах.

Статья 1338. Права публикатора

Комментарий к статье 1338

1. В пункте 1 комментируемой статьи закреплены два субъективных права, принадлежащих публикатору:

1) исключительное право на обнародованное произведение и

2) право на указание своего имени.

Третье субъективное право публикатора указано в п. 3 данной статьи.

Исключительному праву публикатора посвящена ст. 1339 ГК РФ.

2. В подпункте 2 п. 1 установлено, что на экземплярах обнародованного публикатором произведения и при различных случаях его использования должно указываться имя публикатора. Имя публикатора должно указываться и в том случае, если обнародованное публикатором произведение используется в переводе или в другой переработке (несмотря на то, что сам перевод или иная переработка такого произведения не требуют разрешения публикатора - это вытекает из п. 1 ст. 1339 ГК РФ). О переводе и переработке произведения см. также п. 2 ст. 1339 ГК РФ.

Следует считать, что вместо своего имени публикатор может указывать свой псевдоним либо вообще использовать обнародованное им произведение без таких обозначений.

Для публикатора обнародованное им произведение не является результатом интеллектуальной деятельности; у публикатора не возникает права авторства.

3. Пункт 2 комментируемой статьи устанавливает, что при обнародовании произведения публикатор обязан соблюдать условия, предусмотренные в п. 3 ст. 1268 ГК РФ, т.е. не нарушать волю покойного автора, который запретил обнародование произведения или определил особые условия обнародования произведения.

Фактически в п. 2 речь идет о частном случае, при этом повторяется общая норма, содержащаяся в п. 1 ст. 1337 ГК РФ, в соответствии с которой публикатор вправе обнародовать произведение, лишь если его действия "правомерны".

4. В пункте 3 комментируемой статьи указывается на то, что публикатору принадлежат также права, предусмотренные в абз. 2 п. 1 ст. 1266 ГК РФ, т.е. право на внесение в обнародованное произведение изменений, сокращений или дополнений, при условии, что этим не искажается замысел автора, не нарушается целостность восприятия произведения и что это не противоречит воле автора, выраженной им при жизни.

Это третье правомочие публикатора (первые два указаны в п. 1 комментируемой статьи), оно является личным, неимущественным.

Действует это правомочие в течение срока действия исключительного права публикатора. Этому сроку посвящена ст. 1340 ГК РФ.

5. Из второй фразы п. 3 следует, что если исключительное право публикатора перешло к другому лицу (по закону, по договору или по наследству), то указанное неимущественное правомочие публикатора также считается перешедшим к новому правообладателю.

Из этой нормы следует, что указанное неимущественное правомочие не может передаваться ни отдельно, ни по лицензионному договору.

6. Пункт 3 комментируемой статьи исходит из того, что произведение сначала обнародуется в первоначальном виде, а затем в него могут быть внесены дозволяемые изменения, сокращения или дополнения. В любом случае публика должна иметь возможность отделить эти изменения, сокращения и дополнения от того произведения, как оно существует в первоначальном виде.

Статья 1339. Исключительное право публикатора на произведение

Комментарий к статье 1339

1. В пункте 1 данной статьи определяется исключительное право публикатора не прямо, а путем отсылок к двум статьям ГК РФ: 1229 и 1270.

Кроме того, указано, что публикатор может распоряжаться своим исключительным правом, т.е., очевидно, отчуждать его, передавать в залог, предоставлять на основе лицензионного договора, а также завещать.

2. В соответствии со ст. 1229 ГК РФ обладатель исключительного права может использовать принадлежащий ему объект "любым не противоречащим закону способом". Но в п. 1 комментируемой статьи эта норма заменена другой нормой: публикатор вправе использовать обнародованное им произведение только теми способами, которые перечислены в подп. 1 - 8 и 11 п. 2 ст. 1270 ГК РФ. Все другие способы использования находятся вне сферы исключительного права публикатора.

Содержащиеся в абз. 1 п. 2 ст. 1270 ГК РФ слова "в частности" к исключительному праву публикатора не применяются.

Об указанных способах использования см. комментарий к ст. 1270 ГК РФ.

3. Первая фраза п. 2 комментируемой статьи предусматривает, что исключительное право публикатора на произведение признается и в том случае, когда произведение было обнародовано публикатором в переводе или в виде иной переработки.

С большой долей уверенности можно утверждать, что здесь имеется в виду тот случай, когда публикатор обнародовал только перевод произведения на другой язык или только переработанное произведение, а само произведение в оригинале или в первоначальном виде остается необнародованным. И вот в такой ситуации, говорит законодатель, у публикатора возникают исключительные права на само (необнародованное) произведение.

Если именно об этом говорится в первой фразе п. 2 комментируемой статьи, то это большая принципиальная ошибка законодателя.

Следует учитывать, что обнародование перевода не является обнародованием оригинала: знакомясь с переводом, невозможно точно определить ту форму, в которой выражен оригинал произведения. Это верно даже для произведений научной литературы. Форма произведения художественной литературы в переводе существенно меняется. А что касается поэзии, то по переводу восстановить оригинал практически невозможно. То же самое относится и к переработкам (инсценировкам, экранизациям, аранжировкам): во всех таких случаях о форме переработанного произведения можно лишь догадываться.

Поэтому публикатор перевода или иной переработки не может получать никаких прав публикатора на необнародованный им оригинал или иное первоначальное произведение.

В связи с этим следует считать, что первая фраза п. 2 комментируемой статьи относится только к тем случаям, когда публикатор обнародовал не только перевод или иную переработку произведения, но и первоначальное произведение.

4. Вторая фраза п. 2 устанавливает независимость различных видов прав: права публикатора на обнародованное произведение, права автора перевода, права иного переработчика произведения. Все эти права признаются и действуют независимо друг от друга, даже если перевод или иная переработка произведения осуществлены публикатором.

Статья 1340. Срок действия исключительного права публикатора на произведение

Комментарий к статье 1340

Комментируемая статья определяет, что исключительное право публикатора на использование произведения возникает в момент обнародования произведения и

действует после этого непрерывно в течение 25 лет; при этом конечной датой действия этого права является 31 декабря двадцать пятого года срока охраны.

Так, например, исключительное право публикатора на произведение, обнародованное 17 ноября 2008 г., истекает 1 января 2034 г. (последний день действия права - 31 декабря 2033 г.).

Статья 1341. Действие исключительного права публикатора на произведение на территории Российской Федерации

Комментарий к статье 1341

1. В пункте 1 комментируемой статьи, которая относится к международному частному праву, установлены четыре критерия, в соответствии с которыми исключительные права публикатора признаются в России:

1) "территориальный принцип": публикатор (независимо от своего гражданства) охраняется в России, если обнародование произведения имело место в России;

2) "принцип гражданства": публикатор охраняется в России, если он является гражданином России (на момент обнародования произведения);

3) "принцип взаимности": публикатор охраняется в России, если государство, гражданином которого он является, предоставляет охрану прав публикаторов, являющихся гражданами России, на основе взаимности.

Это правило распространяется и на апатридов, имеющих место жительства на территории такого государства;

4) на основе международных договоров России.

В настоящее время Россия таких международных договоров не имеет.

2. В пункте 2 комментируемой статьи установлено так называемое правило "сравнения сроков охраны", которое применяется по отношению к публикаторам, охрана которых предоставляется в России на основе принципа взаимности: срок действия предоставляемого им исключительного права не может превышать того срока, который установлен в стране гражданства публикатора, т.е. в той стране, где произведение было обнародовано.

Статья 1342. Досрочное прекращение исключительного права публикатора на произведение

Комментарий к статье 1342

1. Комментируемая статья относится к тому случаю, когда произведение было обнародовано правомерно и на него возникло исключительное право публикатора, но затем публикатор или иной правообладатель этого права при использовании обнародованного произведения допускает нарушения авторства, имени автора произведения или нарушения неприкосновенности произведения, поскольку эти права охраняются бессрочно (ст. 1267 ГК РФ). Отметим, что неприкосновенность произведения охраняется с ограничениями, указанными в абз. 2 п. 1 ст. 1266 ГК РФ.

В этом случае по иску заинтересованного лица суд выносит решение о досрочном прекращении действия исключительного права публикатора.

2. В качестве такого заинтересованного лица могут выступать либо наследники (родственники, свойственники) автора, либо государственные (муниципальные) органы, ведающие вопросами науки, литературы, искусства, либо государственный орган, специально назначенный уполномоченным федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим нормативно-правовое регулирование в сфере авторского права и смежных прав (п. 1 ст. 1246 ГК РФ).

3. Нарушение авторства, имени автора и неприкосновенности произведения, допускаемое не правообладателем, а лицензиатом, не дают основания для досрочного прекращения исключительного права публикатора.

См. также п. 8 и 9 комментария к ст. 1291 ГК РФ.

Статья 1343. Отчуждение оригинала произведения и исключительное право публикатора на произведение

Комментарий к статье 1343

1. Данная статья распространяет на права публикатора две нормы, содержащиеся в ст. 1291 ГК РФ. Они касаются соотношения между правом собственности на материальный носитель произведения и исключительным правом на произведение.

См. комментарий к ст. 1291 ГК РФ.

2. Пункт 1 комментируемой статьи относится к тому случаю, когда собственник оригинала авторского произведения обладает исключительным правом публикатора на это произведение.

В этом случае, если собственник оригинала этого обнародованного произведения отчуждает другому лицу оригинал произведения, то к приобретателю переходит не только право собственности на оригинал, но и исключительное право публикатора.

Эта презумпция действует во всех случаях, если договором не предусмотрено иное.

3. Указанная презумпция распространяется только на случаи отчуждения оригинала произведения; она не применяется при отчуждении иных материальных носителей произведения (экземпляров, копий).

См. п. 1 и 2 комментария к ст. 1291 ГК РФ.

4. Норма, содержащаяся в п. 2 комментируемой статьи, сформулирована применительно только к тому случаю, когда оригинал обнародованного произведения приобретен каким-то лицом, но приобретатель не получил исключительного права публикатора на само произведение. Таким образом, это как раз тот случай, который регулируется нормой, содержащейся в п. 1 данной статьи, но только стороны "предусмотрели договором иное".

Но такая гипотеза (сфера применения) нормы, содержащейся в п. 2, сформулирована очень узко и неполно: фактически эта норма применима во всех тех случаях, когда собственник оригинала обнародованного произведения не имеет на это произведение исключительного права публикатора.

5. В указанных выше случаях собственник оригинала имеет право свободно, по своему усмотрению, "демонстрировать оригинал произведения и воспроизводить его в каталогах выставок и в изданиях, посвященных его [собственника оригинала] коллекции, а также передавать оригинал этого произведения для демонстрации на выставках, организуемых другими лицами".

Такое использование осуществляется без согласия обладателя исключительного права публикатора на обнародованное произведение и без выплаты ему вознаграждения (последнее прямо указано в ст. 1291 ГК РФ). Таким образом, такое использование является установленным законом случаем свободного использования обнародованного произведения, изъятием из сферы действия исключительного права публикатора. Сфера действия этого свободного использования договором не может быть сужена. Расширение этой сферы возможно путем заключения лицензионного договора.

Статья 1344. Распространение оригинала или экземпляров произведения, охраняемого исключительным правом публикатора

Комментарий к статье 1344

1. Комментируемая статья устанавливает, что к оригиналу и экземплярам того произведения, на которое существует исключительное право публикатора, применяется принцип "исчерпания прав": если эти материальные носители правомерно введены в гражданский оборот путем их продажи или иного отчуждения права собственности на них, то дальнейшее их распространение не требует согласия публикатора и выплаты ему вознаграждения.

2. См. комментарий к ст. 1272 ГК РФ.

3. Поскольку территория, на которой права публикатора считаются "исчерпанными", в комментируемой статье не указана, этот вопрос может быть урегулирован в договоре; важное значение могут иметь при этом отметки, проставляемые на экземпляре произведения (например: "Подлежит распространению только на территории Украины").

Глава 72. ПАТЕНТНОЕ ПРАВО

§ 1. Основные положения

Статья 1345. Патентные права

Комментарий к статье 1345

1. Комментируемая статья детализирует положения, предусмотренные ст. 1226 ГК РФ ("Интеллектуальные права") в сфере патентного права.

Введение в ГК РФ новой категории прав - "интеллектуальные права" означает, помимо отказа от термина "интеллектуальная собственность", - который лишь формально обозначен в ст. 1225 ГК РФ, появление родового понятия, в которое в качестве видового входят понятия "исключительное право", "личное неимущественное право", "иное право", что в определенной степени снимает остроту дискуссии относительно того, входит ли личное неимущественное право, учитывая большую степень его исключительности, в состав исключительного права, имеющего имущественный характер.

Уместно отметить, что сам термин "интеллектуальные права" не является новым, его ввел в обиход еще в 1879 г. бельгийский юрист Э. Пикар, согласно воззрениям которого интеллектуальные права считались правами sui generis, находящимися вне классической триады вещных, обязательственных и личных прав. В России концепцию интеллектуальных прав отстаивал В.А. Дозорцев (Дозорцев В.А. Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации: Сб. ст. М., 2005).

Термин "интеллектуальные права" нигде в мире не прижился. Этот термин не используется в международных договорах Российской Федерации, отсутствует он и в законодательствах зарубежных стран.

2. Пункт 1 комментируемой статьи определяет, что интеллектуальные права на изобретения, полезные модели и промышленные образцы являются патентными правами.

Обобщающий термин "интеллектуальные права" в сфере патентного права больше не используется. Произошла дифференциация, и термин "интеллектуальные права" уступает место термину "патентные права". Никакой правовой нагрузки такая дифференциация, на мой взгляд, не несет (если не считать по сути фактическое вытеснение из правового лексикона термина "интеллектуальная собственность"), что свидетельствует об искусственном и противоречивом характере указанной правовой конструкции.

3. В пунктах 2 и 3 данной статьи установлены виды прав, принадлежащих автору изобретения, полезной модели или промышленного образца: исключительное право; право авторства; другие права. В ст. 1226 ГК РФ, имеющей общий характер, помимо исключительного права и личных неимущественных прав, предусмотрены иные права.

Указанную несогласованность в терминологии в комментируемой статье можно отнести к издержкам юридической техники, не имеющей решающего значения для существа дела, поскольку оба термина можно рассматривать в качестве синонимов.

Указание только автора в качестве субъекта рассматриваемых прав свидетельствует о том, что именно с личностью автора связано возникновение патентных прав, которые в указанном контексте рассматриваются как первоначальные права.

Вместе с тем следует указать на несколько гипертрофированный характер главенствующей роли автора в патентно-правовых отношениях, особенно в части принадлежности ему исключительного права, что не присуще законодательствам государств с развитым правопорядком. В связи с вышеизложенным, положение о принадлежности автору исключительного права следует толковать таким образом, что автор получает это право только после выдачи ему патента, т.е. когда он становится патентообладателем (см. комментарий к ст. 1358 ГК РФ).

В противном случае, если толковать эту норму буквально, автор, не являющийся патентообладателем, может всегда претендовать на исключительное право наряду с действительным патентообладателем, что противоречит принципам патентного права.

4. В пункте 2 комментируемой статьи в качестве основных прав автора изобретения, полезной модели или промышленного образца выделены исключительное право, являющееся имущественным правом, и право авторства, являющееся личным неимущественным правом, содержание которых охарактеризовано соответственно в ст. 1358 ГК РФ (см. комментарий к ней) и в ст. 1356 ГК РФ (см. комментарий к этой статье). Указанное разграничение общепринято в мировой патентной практике. Оно закреплено в законодательствах государств с развитым правопорядком и в нормативных правовых актах международных организаций, в том числе и Всемирной организации интеллектуальной собственности (ВОИС).

5. Другие права, круг которых очерчен в п. 3 комментируемой статьи рамками ГК РФ, закреплены в этом пункте в форме открытого перечня прав. В этом перечне непосредственно указаны право на получение патента, содержание которого раскрыто в ст. 1357 ГК РФ (см. комментарий к ней), и право на вознаграждение за использование служебного изобретения, полезной модели или промышленного образца, содержание которого раскрыто в ст. 1370 ГК РФ (см. комментарий к ней). Упомянутые выше права имеют имущественный характер.

К числу других патентных прав, предусмотренных ГК РФ и имеющих имущественный характер, можно отнести право на вознаграждение за использование изобретения, полезной модели или промышленного образца, созданных при выполнении работ по договору (см. комментарий к ст. 1371 ГК РФ), право на вознаграждение за использование промышленного образца, созданного по заказу (см. комментарий к ст. 1372 ГК РФ), право на вознаграждение за использование изобретения, полезной модели, промышленного образца, созданных при выполнении работ по государственному или муниципальному контракту (см. комментарий к ст. 1373 ГК РФ).

Что касается вопроса о содержании права на получение патента (имущественное ли это право или личное неимущественное право), то однозначно ответить на этот вопрос невозможно без дополнительного анализа, который уместно провести при комментарии ст. 1357 ГК РФ.

Статья 1346. Действие исключительных прав на изобретения, полезные модели и промышленные образцы на территории Российской Федерации

Комментарий к статье 1346

1. В комментируемой статье, являющейся новеллой части четвертой ГК РФ, выражен территориальный принцип действия исключительного права на изобретение, полезную

модель и промышленный образец или территориальный предел действия исключительного права.

Территориальный предел действия - это один из признаков (наряду с объемом охраны и сроком действия) исключительного права, выявляющего его специфику и отличие, например, от объектов вещного права.

Территориальный предел исключительного права (патентной монополии), как правило, составляет территория государства, компетентный орган которого предоставил исключительное право (выдал патент, удостоверяющий исключительное право). За пределами территории, на которую распространяется действие исключительного права, соответствующие изобретение, полезная модель или промышленный образец могут быть безвозмездно использованы любым лицом. В связи с вышеизложенным вполне очевидна необходимость получения национальных патентов в каждом государстве, где имеются экономические интересы предпринимателя, или использовать возможности региональных патентов (например, европейской системы правовой охраны изобретений, основанной на Европейской патентной конвенции 2000 г., евразийской патентной системы, основанной на Евразийской патентной конвенции 1994 г.).

Введение нормы о территориальном характере действия исключительного права полезно также и с точки зрения необходимости правильного толкования других норм комментируемой главы (например, ввоз на территорию России как одна из форм контрафакции - см. комментарий к ст. 1358 ГК РФ, исчерпание прав как одна из форм ограничения прав патентообладателя - см. комментарий к ст. 1359 ГК РФ).

2. Из текста комментируемой статьи следует, что на территории России действуют не только патенты, выданные федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности, но и патенты, имеющие силу на ее территории в соответствии с международными договорами Российской Федерации.

Одним из таких международных договоров России является Евразийская патентная конвенция (ЕАПК) от 9 сентября 1994 г. (действующая в отношении Российской Федерации с 27 сентября 1995 г.), учредившая Евразийскую патентную организацию (ЕАПО). С 1 января 1996 г. Евразийское патентное ведомство, выполняющее все административные функции ЕАПО, принимает евразийские заявки на изобретения и выдает евразийские патенты, имеющие единый характер действия после их выдачи на территории всех государств - участников ЕАПК (Азербайджан, Армения, Белоруссия, Казахстан, Кыргызстан, Молдова, Россия, Таджикистан, Туркменистан).

К дате уплаты первой годовой пошлины за поддержание патента в силе владелец евразийского патента, исходя из своих экономических интересов, вправе ограничить круг государств - участников ЕАПК, в которых он в дальнейшем намерен поддерживать в силе евразийский патент.

Можно отметить и другие элементы единого характера действия евразийского патента. Так, согласно ст. 13 ЕАПК, споры, касающиеся действительности евразийского патента или его нарушения, разрешаются национальными судами или другими компетентными органами государств - участников ЕАПК на основании настоящей Конвенции и Патентной инструкции к ЕАПК. Следовательно, при проведении национальных процедур по указанным спорам должны применяться материальные нормы патентного права, закрепленные в нормативных правовых актах ЕАПО.

Кроме того, согласно правилам ст. 13 и 62.1 Патентной инструкции к ЕАПК Евразийское патентное ведомство правомочно осуществлять регистрацию передачи права на евразийскую заявку или евразийский патент в форме уступки права, а также регистрировать в определенных случаях залог указанных прав. Действие документов, подтверждающих такие регистрации, распространяется на территории государств - участников ЕАПК, в отношении которых действует евразийский патент, в том числе и на территорию Российской Федерации.

Статья 1347. Автор изобретения, полезной модели или промышленного образца

Комментарий к статье 1347

1. Первое предложение комментируемой статьи в принципе воспроизводит п. 1 ст. 7 Патентного закона РФ. Главное отличие заключается в том, что вместо термина "физическое лицо" использован термин "гражданин". Указанное отличие можно отметить по всему тексту части четвертой ГК РФ, в том числе в общей норме п. 1 ст. 1228 ГК РФ, согласно которой автором результата интеллектуальной деятельности признается гражданин, творческим трудом которого создан такой результат.

Указание законодателя-гражданина в качестве автора связано собственно с интеграцией норм об исключительных правах в ГК РФ. В связи с этим для целей комментария данной статьи необходимо обратиться к общим нормам части первой ГК РФ, например п. 2 ст. 1 ГК РФ, в которой граждане и физические лица фигурируют в качестве синонимов. Кроме того, следует принимать во внимание норму п. 1 ст. 2 ГК РФ, согласно которой правила, установленные гражданским законодательством, применяются к отношениям с участием иностранных граждан, лиц без гражданства и иностранных юридических лиц, если иное не предусмотрено федеральным законом. Поэтому безосновательны опасения на предмет того, что могут быть ущемлены права иностранных граждан и апатридов.

Следует отметить, что гражданское законодательство не устанавливает особых возрастных ограничений для граждан (физических лиц) в плане их признания авторами изобретений, полезных моделей или промышленных образцов. Однако и в этих случаях необходимо прибегать к общим нормам ГК РФ: несовершеннолетние в возрасте от 14 до 18 лет вправе самостоятельно осуществлять права автора результатов интеллектуальной деятельности (ст. 26 ГК РФ); от имени малолетних, а также граждан, признанных недееспособными, права автора могут осуществлять только их законные представители.

2. Как и прежде, непременным условием признания за гражданином (физическим лицом) статуса автора изобретения, полезной модели или промышленного образца является его творческий труд при создании соответствующего результата интеллектуальной деятельности.

Творческий труд, или - в более широком понимании - творчество, следует рассматривать как сложный многоаспектный процесс взаимоотношений между авторами-творцами и объектами творчества, как единство познания и преобразования. Наиболее общее определение творчества, содержащееся в энциклопедических словарях, следующее: деятельность, порождающая нечто качественно новое и отличающееся неповторимостью, оригинальностью и общественно-исторической уникальностью. Поскольку в комментируемой статье речь идет об авторе изобретения, полезной модели или промышленного образца, то и творчество последнего следует рассматривать преимущественно как техническое творчество.

Техническое творчество связано прежде всего с необходимостью удовлетворения материальных потребностей человека. Результатом творческого труда автора может быть субъективно и объективно новое решение. Субъективно новое решение означает такой результат творческой деятельности автора, который является новым только для него самого, а объективно является известным. Объективно новое решение характеризует ту качественную новизну результата творческого труда, которая отвечает общественным потребностям, являясь одновременно и субъективно новым для автора решением.

В комментируемой норме привлекает также внимание наличие двух разнопорядковых терминов: "творческий труд" и "интеллектуальная деятельность".

Как уже указывалось, творчество характеризуется как деятельность по созданию качественно нового решения, отличающегося неповторимостью и уникальностью.

Справедливо также утверждение, что творить способен практически всякий, но вот степень творчества меняется в очень широких пределах.

Интеллектуальная деятельность (от латинского intellectus - познание, понимание, рассудок) - это использование автором способностей мышления, рационального познания окружающей действительности в целях поиска путей решения какой-либо задачи.

Если термин "творческий труд" характеризует качество результата деятельности человека, то термин "интеллектуальная деятельность" указывает на способ его достижения.

Таким образом, в комментируемой норме заложено внутреннее противоречие, которого можно было бы избежать в случае обозначения охраняемых объектов термином "результаты творческой деятельности" с одновременной корректировкой указанной нормы.

Вместе с тем, исходя из позиции законодателя, следует полагать, что в первом предложении комментируемой статьи термины "творческий труд" и "интеллектуальная деятельность" использованы как синонимы.

3. Во втором предложении комментируемой статьи установлена опровержимая презумпция авторства лица, указанного в качестве такового в заявке на выдачу патента на изобретение, полезную модель или промышленный образец. При этом не требуется никаких подтверждений права авторства при подаче соответствующих заявок. Необходимо только указание автора изобретения, полезной модели или промышленного образца, а также его места жительства (см. комментарии к ст. 1375, ст. 1376 и ст. 1377 ГК РФ).

Споры об авторстве изобретения, полезной модели или промышленного образца (т.е. в случаях опровержения презумпции авторства) рассматриваются только в судебном порядке (см. комментарий к ст. 1406 ГК РФ).

Следовательно, существует легальная презумпция действительного авторства подателя заявки на изобретение, полезную модель или промышленный образец до тех пор, пока она не опровергнута в установленном порядке.

Статья 1348. Соавторы изобретения, полезной модели или промышленного образца

Комментарий к статье 1348

1. Большинство изобретений, полезных моделей или промышленных образцов создаются в трудовых коллективах или на иной коллективной основе, что предполагает авторство нескольких лиц, именуемых соавторами, чьим совместным творческим трудом создаются соответствующие результаты интеллектуальной деятельности.

В пункте 1 комментируемой статьи указано, что граждане, создавшие изобретение, полезную модель или промышленный образец совместным творческим трудом, признаются соавторами. Следовательно, соавторство предполагает совместное творчество нескольких физических лиц по созданию единого результата интеллектуальной деятельности, т.е. особый случай авторства.

2. При установлении соавторства ключевыми понятиями являются понятия "совместный труд" и "творческий труд", и словосочетание "совместный творческий труд".

Понятие "совместный труд" не определено ни в ГК РФ, ни в других нормативных правовых актах. Следует полагать, что совместный характер труда можно установить через взаимодействие (прямое или опосредованное) участников коллективного процесса по созданию технических или художественно-конструкторских решений либо в трудовых коллективах (преобладающая форма совместного труда при организации служебного изобретательства), либо в рамках иных отношений, в том числе гражданско-правовых. При этом следует иметь в виду, что такое взаимодействие возможно как в форме непосредственной кооперации и общения участников трудового процесса, так и в форме

разделенного во времени сотрудничества, когда трудовой процесс организован поэтапно и его участники прямо не контактируют друг с другом. В последнем случае на заключительных этапах трудового процесса используются неопубликованные результаты разработок, полученные на предшествующих его этапах.

Равным образом не определено легально понятие "творческий труд", которое еще в меньшей степени подвержено формализации. Косвенные признаки отсутствия творческого характера труда соавторов закреплены в общих положениях части четвертой ГК РФ. Так, согласно абз. второму п. 1 ст. 1228 ГК РФ, не признаются авторами результата интеллектуальной деятельности граждане, не внесшие личного творческого вклада в создание такого результата, в том числе оказавшие его автору только техническое, консультационное, организационное или материальное содействие или помощь либо только способствовавшие оформлению прав на такой результат или его использование, а также граждане, осуществляющие контроль за выполнением соответствующих работ. Указанная норма шире по своему содержанию сходной нормы абз. второго п. 2 ст. 7 ранее действовавшего Патентного закона РФ.

Вместе с тем следует отметить, что в советский период истории нашей страны уделялось больше внимания вопросам правового регулирования соавторства, в частности творческому участию соавторов в совместном труде. Некоторые документы, посвященные указанным вопросам, сохраняют, на мой взгляд, методологическое значение в настоящее время (см., например, указания по составлению заявки на изобретение - ЭЗ-1-74; Положение о порядке премирования за содействие изобретательству и рационализации и использования выделенных для этих целей средств от 15 апреля 1974 г.; указания о порядке оформления заявок на изобретения, созданные в соавторстве от 28 июля 1983 г.; Разъяснение Госкомизобретений СССР от 28 мая 1971 г. N 1). Так, в п. 132 указаний ЭЗ-1-74 изложены требования к справке о творческом участии каждого из соавторов в создании изобретения: указывается конкретно, какое творческое участие принимал данный соавтор в создании изобретения, его конкретного признака, а если невозможно указать, какой из признаков, перечисленных в формуле изобретения, разработан конкретным соавтором, указывается та часть творческой работы, которая выполнена соавтором (например, "разработал теоретические обоснования параметра", "обосновал опытами", "дал форму рабочего органа" и т.п.). Кроме того, в стандартных бланках заявлений на выдачу авторского свидетельства, кроме справки о творческом участии каждого из соавторов в создании изобретения, включалась декларация об авторстве, в которой утверждалось, что в заявлении указаны все действительные авторы данного изобретения и что в связи с этим после принятия заявки к рассмотрению никакие другие лица не будут включаться в состав авторов.

3. По общему правилу предполагается, что соавторство - это добровольное волеизъявление нескольких граждан (физических лиц) по созданию какого-либо технического или художественно-конструкторского решения. Вместе с тем следует иметь в виду, что в настоящее время, когда подавляющее большинство таких решений создаются в рамках так называемого служебного изобретательства, отношения соавторства проявляются в рамках трудовых правоотношений, в частности в связи с выполнением соавторами трудовых обязанностей или конкретного задания работодателя. Поэтому нельзя полностью исключать определенного влияния, которое может оказывать администрация работодателя на формирование состава соавторов.

В связи с отсутствием в российском законодательстве требования о наличии справки о творческом участии соавторов в создании технического решения или какого-либо заменяющего ее документа может возникнуть проблема сбора доказательств творческого участия соавторов в случае возникновения спора о соавторстве. Спор о соавторстве может возникнуть вследствие объективных причин, например, если в процессе экспертизы заявки на изобретение по существу формула изобретения изменена по сравнению с первоначально заявленной. В таком случае может быть поставлен под сомнение

творческий характер труда каждого из соавторов, т.е. принимал ли каждый из них творческое участие в совместном труде над техническим решением, отраженным в измененной формуле изобретения.

В российском законодательстве установлено единственное основание для признания соавторами граждан при отсутствии факта их совместного творческого труда: подача заявок на идентичные изобретения, полезные модели или промышленные образцы, имеющие одну и ту же дату приоритета, разными заявителями (см. комментарий п. 1 ст. 1383 ГК РФ). Указанный случай соавторства можно условно назвать "добровольно-принудительным", поскольку соглашение между заявителями о лице, которому выдается патент по одной из таких заявок, предопределяющее в конечном счете и состав соавторов, должно быть достигнуто в течение 12 месяцев (под страхом признания соответствующих заявок отозванными) с даты уведомления заявителей о коллизии их заявок.

"Принудительный" порядок установления соавторства, не допускающий никакого соглашения между авторами, был закреплен в п. 51 Положения об открытиях, изобретениях и рационализаторских предложениях от 21 августа 1973 г.: в случае, если даты приоритета заявок совпадают, все авторы, упомянутые в заявках, рассматриваются как соавторы.

4. В пунктах 2 и 3 комментируемой статьи определены правомочия соавторов по использованию изобретений, полезных моделей и промышленных образцов, включая распределение доходов от такого использования, по распоряжению правом на получение патента, а также по распоряжению исключительным правом на изобретение, полезную модель или промышленный образец.

В пункте 2 данной статьи предусмотрено, что каждый из соавторов вправе использовать изобретение, полезную модель или промышленный образец по своему усмотрению, если соглашением между ними не предусмотрено иное. Указанная диспозитивная норма может применяться в отношении соавторов в тех случаях, когда они одновременно являются и патентообладателями. Понятие "использования" изобретения, полезной модели или промышленного образца, раскрытое в ст. 1358 ГК РФ (см. комментарий к ней) путем изложения открытого перечня действий по использованию, входит в качестве позитивной функции исключительного права на указанные результаты интеллектуальной деятельности. В комментируемой норме установлено общее правило, касающееся использования охраняемого объекта при совместном обладании: каждый из соавторов-патентообладателей имеет право использовать охраняемый объект по своему усмотрению, без согласования такого использования с остальными соавторами.

В абзаце первом п. 3 данной статьи предусмотрено, что к отношениям соавторов, связанным с распределением доходов от использования изобретения, полезной модели или промышленного образца и с распоряжением исключительным правом на указанные объекты, соответственно, применяются правила, предусмотренные п. 3 ст. 1229 ГК РФ. Из сказанного следует, что доходы от совместного использования указанными результатами интеллектуальной деятельности распределяются между всеми соавторами-патентообладателями поровну, если соглашением между ними не определено иное, а распоряжение исключительным правом на эти результаты осуществляется соавторами-патентообладателями совместно, если ГК РФ не предусмотрено иное.

В общей норме о распоряжении исключительным правом, предусмотренной ст. 1233 ГК РФ, указаны два частных способа такого распоряжения: договор об отчуждении исключительного права и лицензионный договор. Вполне очевидно, что возможны и другие, не противоречащие закону и существу исключительного права способы распоряжения, например договор залога исключительного права, договор доверительного управления и т.п.

5. Особого внимания заслуживает положение абз. второго п. 3 комментируемой статьи, которым установлена императивная норма о том, что распоряжение правом на

получение патента на изобретение, полезную модель или промышленный образец осуществляется авторами совместно.

Однако нигде по тексту главы 72 ГК РФ не закреплено за соавторами право на получение патента. Ведь в ст. 1357 ГК РФ предусматривается принадлежность только автору права на получение патента. Вполне очевидно, что явное упущение законодателя по этому вопросу не может быть истолковано таким образом, что соавторы лишены права на получение патента на указанные результаты интеллектуальной деятельности.

В российском законодательстве нет также прямого ответа на вопрос о содержании понятия "распоряжение правом на получение патента". Казалось бы, уместна аналогия с понятием "распоряжение исключительным правом" (как минимум, договор об отчуждении, лицензионный договор и договор залога). Однако, исходя из смысла ст. 1357 ГК РФ, можно заключить, что под распоряжением правом на получение патента законодатель понимает только договор об отчуждении этого права. По-видимому, развитие рыночных отношений в нашей стране не достигло того уровня, чтобы включать в гражданский оборот также права, вытекающие из патентных заявок, в форме лицензионных договоров или договоров о залоге этих прав, как это уже давно принято в государствах с развитым правопорядком.

6. Равным образом в гл. 72 ГК РФ прямо не закреплены правомочия по распределению вознаграждения между соавторами за результаты интеллектуальной деятельности, созданные в связи с выполнением служебного задания или при выполнении работ по договору.

В отличие от ранее действовавшего законодательства (п. 2 ст. 7 Патентного закона РФ), в гл. 72 ГК РФ отсутствует общая норма о том, что порядок пользования правами, принадлежащими соавторам, определяется соглашением между ними. Примечательно, что норма сходного содержания имелась в советском законодательстве (п. 4 Положения об открытиях, изобретениях и рационализаторских предложениях от 21 августа 1973 г.).

Однако систематическое толкование п. 3 комментируемой статьи и ст. 1370, 1371, 1372 и 1373 ГК РФ, в которых предусмотрено право автора на вознаграждение за служебные результаты интеллектуальной деятельности или за указанные результаты, созданные по соответствующему договору, заказу или контракту, приводит к выводу, что соавторы правомочны распределять суммы вознаграждения между собой поровну, если соглашением между ними не определено иное.

7. Пункт 4 комментируемой статьи посвящен одному из нововведений в часть четвертую ГК РФ, согласно которому каждый из соавторов вправе самостоятельно принимать меры по защите своих прав на изобретение, полезную модель или промышленный образец. Указанная норма, сформулированная в качестве императивной, рассчитана на защиту как исключительных прав, так и личных неимущественных прав соавторов. Несмотря на тот факт, что в § 8 главы 72 ГК РФ ("Защита прав авторов и патентообладателей") не упомянуты соавторы, не вызывает сомнения, что статьи указанного параграфа в равной мере относятся и к соавторам (см. комментарий к ст. 1406 и 1407 ГК РФ).

Статья 1349. Объекты патентных прав

Комментарий к статье 1349

1. Комментируемая статья содержит положения, ранее известные российскому патентному законодательству (п. 5 ст. 3 Патентного закона РФ относительно секретных объектов), и положения, относящиеся к разряду нововведений.

2. В пункте 1 комментируемой статьи предусмотрено, что объектами патентных прав являются результаты интеллектуальной деятельности в научно-технической сфере, отвечающие установленным ГК РФ требованиям к изобретениям и полезным моделям, и

результаты интеллектуальной деятельности в сфере художественного конструирования, отвечающие установленным ГК РФ требованиям к промышленным образцам.

Сказанное означает, что ни в законах, ни в других нормативных правовых актах не должны содержаться положения, определяющие условия квалификации результатов интеллектуальной деятельности таковыми, кроме тех, которые установлены в ГК РФ: см. комментарии ст. 1350 ("Условия патентоспособности изобретения"); ст. 1351 ("Условия патентоспособности полезной модели"); ст. 1352 ("Условия патентоспособности промышленного образца").

3. Объекты патентных прав, равно как и объекты авторского права и иные объекты, объединенные в рамках части четвертой ГК РФ, имеют один общий признак, характеризующий их как нематериальные, невещественные, бестелесные результаты интеллектуальной деятельности. Таким образом, нематериальность - универсальный признак для всех объектов, охраняемых согласно части четвертой ГК РФ, который определяет особенности их правовой охраны.

Зачастую, особенно на бытовом уровне, результаты интеллектуальной деятельности обозначают как нематериальные блага, что представляется ошибочным, поскольку термин "нематериальные блага" имеет четкий легальный смысл, указанный в ст. 150 ГК РФ. Так, нематериальными благами признаются, в частности, право на имя, право авторства, иные личные неимущественные права.

4. Результаты интеллектуальной деятельности, указанные в комментируемой статье изобретения, полезные модели и промышленные образцы, являются продуктами мышления, т.е. идеальными представлениями о материальных предметах, выраженными в логических определениях (понятиях). Следовательно, идеальные представления о материальных предметах, по сути, новые знания, являются объектами общественных отношений, урегулированных нормами права.

Главная особенность объектов патентных прав, в отличие, например, от предметов вещного права, заключается в предоставлении им со стороны государства специальной охраны, выраженной в форме исключительного права, т.е. патентной монополии. Имеются и другие отличия нематериальных, "идеальных" объектов от вещественных объектов, которые вкратце заключаются в следующем.

К изобретениям, полезным моделям и промышленным образцам, ввиду их нематериальной природы, нельзя применить категорию владения, входящую в триаду правомочий собственника вещи. Поэтому в отношении результатов интеллектуальной деятельности принято говорить об обладании: например, патентообладатель и т.п.

Специфика результатов интеллектуальной деятельности выражается в том, что они могут быть использованы одновременно неограниченным кругом лиц. Такое использование может быть законным, например, в случае предоставления права использования по лицензионному договору, или незаконным, например, в случае контрафакции, из-за чего результаты интеллектуальной деятельности особо уязвимы с точки зрения их сохранности.

Свойства нематериальных объектов таковы, что им нельзя причинить вред в общепринятом смысле этого слова, как, например, предметам вещного права. Однако, как уже указывалось, права на результаты интеллектуальной деятельности могут быть беспрепятственно нарушены, чем ощутимо наносится вред их обладателям.

В доктрине считается общепризнанным, что результаты интеллектуальной деятельности являются непотребляемыми объектами. Иными словами, они не подвержены физическому износу, т.е. они не подлежат амортизации, а сроки их морального износа заранее не могут быть определены. Однако российский законодатель по этому поводу придерживается иной точки зрения. Так, согласно п. 1 ст. 256 Налогового кодекса РФ, результаты интеллектуальной деятельности признаются амортизируемым имуществом (т.е. имущество со сроком полезного использования более 12 месяцев и первоначальной

стоимостью более 10 тыс. руб.), стоимость которых погашается путем начисления амортизации.

Сказанное выше подтверждает тот непреложный вывод о том, как осторожно следует относиться к применению в отношении результатов интеллектуальной деятельности норм, рассчитанных на объекты вещных прав, не допуская их механического переноса из одной сферы в другую.

5. Положения пунктов 2 и 3 комментируемой статьи практически сходны с соответствующими положениями п. 5 ст. 3 ранее действовавшего Патентного закона РФ.

В соответствии с п. 2 комментируемой статьи на секретные изобретения распространяются положения ГК РФ, если иное не предусмотрено специальными правилами, предусмотренными ст. 1401 - 1405 ГК РФ (см. комментарий к этим статьям), и изданными в соответствии с ними иными правовыми актами, т.е. секретным изобретениям предоставляется правовая охрана на тех же условиях, что и обычным изобретениям с учетом особенностей такой охраны, предусмотренных § 7 главы 72 ГК РФ. При этом для этих целей допускается издание иных правовых актов, что встречается крайне редко в части четвертой ГК РФ.

Согласно п. 3 комментируемой статьи полезным моделям и промышленным образцам, содержащим сведения, составляющие государственную тайну, правовая охрана в соответствии с ГК РФ не предоставляется. Правовая охрана в режиме секретности не предоставляется полезным моделям и промышленным образцам и на основании иных нормативных правовых актов, что обусловлено сущностью самих рассматриваемых объектов. Принято считать, что полезные модели, занимающие в иерархии технических решений место между изобретениями и рационализаторскими предложениями, экспертиза которых проводится без проверки условий патентоспособности, просто-напросто не "заслуживают" подобного режима охраны. Что касается промышленных образцов, являющихся художественно-конструкторскими, а не техническими решениями, к существенным признакам которых относятся прежде всего эстетические особенности внешнего вида изделия, то они по определению не могут считаться секретными.

Исходя из вышеизложенного, комментируемый пункт следует толковать таким образом, что в нем закреплена норма о том, что полезным моделям и промышленным образцам не может предоставляться правовая охрана в режиме секретности.

6. Пункт 4 комментируемой статьи в целом можно отнести к нововведениям части четвертой ГК РФ. В этом пункте изложен примерный перечень решений, противоречащих общественным интересам, принципам гуманности и морали, которые не могут быть объектами патентных прав. В принципе такие решения относятся к разряду непатентоспособных; именно к таковым эти решения были причислены в ранее действовавшем законодательстве (п. 3 ст. 4 Патентного закона РФ).

Частными видами решений, противоречащих общественным интересам, принципам гуманности и морали, согласно п. 4 комментируемой статьи являются: способы клонирования человека; способы модификации генетической целостности клеток зародышевой линии человека; использование человеческих эмбрионов в промышленных и коммерческих целях.

Следует особо отметить, что в связи с бурным развитием биотехнологии в мире не стихают споры вокруг патентования изобретений в сфере биотехнологии, поскольку последние объективно имеют двойственную природу, позволяя, с одной стороны, побеждать ранее неизлечимые болезни, а с другой стороны - оставляя возможность для злоупотреблений и непредвиденных последствий в такой деликатной области, как влияние на живую природу.

Применительно к биотехнологии, равно как и в отношении других областей человеческой деятельности, ни в ГК РФ, ни в других законах не раскрыты понятия "общественные интересы", "принципы гуманности и морали", так что при их оценке на

практике следует использовать доктринальные исследования по праву, философии, социологии.

Следует указать, что в России использован западноевропейский опыт решения проблемы правового регулирования изобретений в области биотехнологии. В основе указанного регулирования лежат положения Директивы ЕС 98/44 от 6 июля 1998 г. "О правовой охране биотехнологических изобретений", которые являются дополнительным средством толкования при применении гл. VI ("Биотехнологические изобретения") Инструкции к Европейской патентной конвенции. В правиле 23 quinquies указанной Инструкции, помимо трех видов решений, противоречащих общественным интересам, принципам гуманности и морали, которые упомянуты в п. 4 комментируемой статьи, указан еще один вид изобретения: способы изменения генетической индивидуальности животных, которые способны вызывать страдания без какой-либо существенной медицинской пользы для человека или животного, а также животные, выведенные такими способами.

В связи с вышеизложенным следует иметь в виду, что согласно п. 2 ст. 27 Соглашения по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (далее - Соглашение ТРИПС) страны-члены могут исключать из области патентуемых изобретения, коммерческое использование которых необходимо предотвратить в пределах их территории для охраны общественного порядка или морали, включая охрану жизни или здоровья людей, животных или растений, или во избежание нанесения серьезного ущерба окружающей среде.

Статья 1350. Условия патентоспособности изобретения

Комментарий к статье 1350

1. Комментируемая статья посвящена одному из самых ключевых понятий патентного права - понятию патентоспособного изобретения и в целом воспроизводит положения ранее действовавшего законодательства (ст. 4 Патентного закона РФ).

2. В первом предложении п. 1 комментируемой статьи дается понятие изобретения: в качестве изобретения охраняется техническое решение в любой области, относящееся к продукту (в частности, устройству, веществу, штамму микроорганизма, культуре клеток растений или животных) или способу (процессу осуществления действий над материальным объектом с помощью материальных средств).

Легальное определение изобретения через техническое решение появилось в Патентном законе РФ в результате внесения в него изменений и дополнений в 2003 г. В первоначальной редакции Патентного закона РФ (1992 г.) изобретение характеризовалось через перечень условий патентоспособности (новизна, изобретательский уровень, промышленная применимость). Наличие легального определения изобретения знаменует собой возврат к советской практике квалификации изобретения, когда изобретением признавалось техническое решение задачи в любой области народного хозяйства, социально-культурного строительства или обороны страны (п. 21 Положения об открытиях, изобретениях и рационализаторских предложениях 1973 г. // СП СССР. 1973. N 19. Ст. 109).

Следует отметить, что в мировой патентной практике определение изобретения встречается крайне редко, что в принципе закономерно, поскольку постоянно появляющиеся новые объекты изобретения трудно охватить таким понятием, в котором имеется четкое указание на технический характер решения. В связи с вышеизложенным следует заключить, что указанное определение изобретения не вполне согласуется с п. 1 ст. 27 Соглашения ТРИПС, согласно которому патенты выдаются на любые изобретения, независимо от того, являются ли они продуктом или способом, во всех областях техники, при условии, что они обладают новизной, содержат изобретательский уровень (inventive

step) и являются промышленно применимыми. Вполне очевидно, что нельзя поставить знак равенства между требованием технического характера решения, согласно п. 1 комментируемой статьи, и указанием на все области техники в п. 1 ст. 27 Соглашения ТРИПС.

3. К основным видам объектов изобретения относятся продукты и способы.

В 2003 г. в российском патентном законодательстве исключен исчерпывающий перечень объектов изобретения (устройство, способ, вещество, штамм микроорганизма, культуры клеток растений и животных, а также применение известного ранее устройства, способа, вещества, штамма по новому назначению), который сдерживал патентование новых объектов.

Взамен введен примерный перечень наиболее распространенных объектов, относящихся к продукту (устройство, вещество, штамм микроорганизма, культура клеток растений и животных), и дано определение <1> способа как процесса осуществления действий над материальным объектом с помощью материальных средств.

- -

<1> В патентных законодательствах государств с развитым правопорядком термин "штамм микроорганизма" заменен на термин "биотехнологический продукт" в связи с уведомлением Всемирной организации интеллектуальной собственности (ВОИС) о расширительном толковании понятия "микроорганизм" в контексте Будапештского договора о международном признании депонирования микроорганизмов для целей патентной процедуры 1977 г.

Определение способа как объекта изобретения продублировано в п. 8.3.3.2 проекта Административного регламента исполнения Федеральной службой по интеллектуальной собственности, патентам и товарным знакам государственной функции по организации приема заявок на изобретение и их рассмотрения, экспертизы и выдачи в установленном порядке патентов Российской Федерации на изобретение (далее - проект Регламента по изобретениям).

В проекте Регламента по изобретениям (п. 8.3.3.1) охарактеризованы также виды объектов, относящихся к продукту. Так, под устройствами понимаются конструкции и изделия. К веществам относятся, в частности, химические соединения, в том числе нуклеиновые кислоты и белки, композиции (составы, смеси), продукты ядерного превращения. Штаммами микроорганизмов считаются, в частности, штаммы бактерий, вирусов, бактериофагов, микроводорослей, микроскопических грибов, консорциумы микроорганизмов. К линиям клеток растений и животных относятся линии клеток тканей, органов растений или животных, консорциумы соответствующих клеток. К генетическим конструкциям относятся, в частности, плазмиды, векторы, стабильно трансформированные клетки микроорганизмов, растений и животных, трансгенные растения и животные.

4. Во втором предложении п. 1 комментируемой статьи установлено, что изобретению предоставляется охрана, если оно является новым, имеет изобретательский уровень и промышленно применимо. Указанные требования являются условиями патентоспособности изобретения, которые содержатся в патентных законодательствах большинства стран мира, хотя нет однозначности в толковании этих условий в различных правовых системах.

Толкование двух предложений п. 1 комментируемой статьи приводит к выводу о введении в российское законодательство дополнительного условия патентоспособности - "технический характер решения". Указанное условие ограничивает патентоспособность изобретений только решениями, имеющими технический характер.

В отличие от изобретательского права советского периода, когда требовалось техническое решение задачи в любой области науки, в нынешнем определении

изобретения говорится о техническом решении в любой области, без указания задачи, которую призвано решать изобретение.

Однако вместо термина "задача" в подзаконных актах использован термин "технический результат", указывающий на цель изобретения: сущность изобретения как технического решения выражается в совокупности существенных признаков, достаточной для достижения обеспечиваемого изобретением технического результата. Под техническим результатом понимается характеристика технического эффекта, явления, свойства и т.п., объективно проявляющихся при осуществлении способа или при изготовлении либо использовании продукта. Технический результат может выражаться в снижении (повышении) коэффициента трения, в предотвращении заклинивания, снижении вибрации, в улучшении кровообращения органа, локализации действия лекарственного препарата, снижении его токсичности, в устранении дефектов структуры литья и т.п.

Введение дополнительного условия патентоспособности изобретения, а точнее возврат к ранее сложившейся практике, продиктовано исторически сложившимися традициями проведения экспертизы патентных заявок, когда эксперты имеют преимущественно техническое образование, а базы данных для проведения информационного поиска специализированы по техническим областям знания. Поэтому в России, в отличие от США и Японии, не получила широкого распространения практика выдачи патентов на изобретения, относящиеся к методам ведения бизнеса.

5. Как отмечалось выше, изобретению предоставляется правовая охрана, если оно является новым, имеет изобретательский уровень и промышленно применимо. Указанные требования являются универсальными условиями патентоспособности изобретения (иногда их именуют критериями или признаками патентоспособности).

Как уже указывалось, в России с 2003 г., кроме трех универсальных условий патентоспособности изобретения, на уровне закона предусмотрено дополнительное условие патентоспособности - технический характер решения.

Заявленное решение, имеющее технический характер и одновременно удовлетворяющее всем указанным условиям (критериям) патентоспособности, является патентоспособным со всеми вытекающими из этого факта правовыми последствиями (выдача патента, защита патентных прав и т.п.). Если изобретение не соответствует хотя бы одному из указанных условий (критериев), включая технический характер решения, оно не может быть запатентовано и не признается изобретением в правовом смысле этого слова.

Следует отметить, что критериальный аппарат патентоспособности изобретения прошел длительный эволюционный путь развития, насчитывающий более двухсот лет, пока не достиг своего нынешнего состояния. На начальном этапе отдельные условия (критерии) патентоспособности были выработаны судебной или административной практикой, а впоследствии включены в патентные законодательства отдельных стран.

Специфика патентного права нашей страны, связанная со стремительным характером перехода к рыночным отношениям, заключается в том, что указанные условия (критерии) патентоспособности сначала были восприняты законодательством, а затем началось их практическое осмысление административными и судебными органами.

Определенная детализация универсальных условий (критериев) патентоспособности изобретения (новизна, изобретательский уровень и промышленная применимость) закреплена в п. 2, 3 и 4 комментируемой статьи.

6. Условие патентоспособности изобретения "новизна", сформулированное в п. 2 комментируемой статьи, увязано с понятием "уровень техники": изобретение является новым, если оно не известно из уровня техники.

Под уровнем техники понимаются любые сведения, ставшие общедоступными в мире до даты приоритета изобретения.

Понятие общедоступности определено в подзаконном акте: при определении уровня техники общедоступными считаются сведения, содержащиеся в источнике информации, с которым любое лицо может ознакомиться само либо о содержании которого ему может быть законным путем сообщено. Принципиально важным в указанном понятии является то обстоятельство, что масштабы распространения той или иной информации не имеют значения при ее отнесении к уровню техники. Для потери новизны достаточно, чтобы даже одно лицо имело возможность ознакомиться с такой информацией.

Указание в определении уровня техники на общедоступность сведений в мире свидетельствует о том, что в России, как и в большинстве стран мира, принято требование так называемой "мировой новизны", предполагающее наиболее строгие требования к доступности изобретения: оно не должно быть когда-либо и кем-либо опубликовано и не должно применяться ни в одной стране мира.

Иными словами, в уровень техники входит все, что стало раскрыто и общедоступно, независимо от каких-либо ограничений относительно времени, места и субъекта раскрытия (последним может быть даже сам автор).

Следует отметить, что в исторической ретроспективе универсальный критерий новизны (он существовал всегда, но к нему предъявлялись разные требования) эволюционировал от локальной (местной) новизны, минуя этап относительной мировой новизны, к мировой новизне. Локальная (местная) новизна означает недоступность к изобретению только в пределах страны. При относительной мировой новизне печатные публикации противопоставляются новизне независимо от места их доступности, т.е. по принципу мировой новизны, однако открытое применение рассматривается в качестве обстоятельства, порочащего новизну, если оно имело место в стране патентования, а факт применения изобретения за границей не влияет на оценку его новизны.

Дата приоритета изобретения устанавливается по дате подачи в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности заявки на изобретение (см. комментарий к ст. 1381 ГК РФ).

От даты приоритета изобретения следует отличать дату, определяющую включение источника информации, содержащего порочащие новизну сведения, в уровень техники. В проекте Регламента по изобретениям определены даты, с которых изобретению могут противопоставляться общедоступные сведения, имеющиеся в различных источниках информации. Для различных источников информации, насчитывающих 14 позиций, приняты определенные даты, например для опубликованных патентных документов - указанная на них дата опубликования; для отечественных печатных изданий и печатных изданий СССР - указанная на них дата подписания в печать; для материалов диссертаций и авторефератов диссертаций, изданных на правах рукописи, - дата их поступления в библиотеку; для сведений, полученных в электронном виде - через Интернет, через онлайн-доступ, отличный от сети Интернет, и CD и DVD-rom дисков - либо дата публикации документов, ставших доступными с помощью указанной электронной среды, если она на них проставлена, либо, если эта дата отсутствует, - дата помещения сведений в эту электронную среду при условии ее документального подтверждения.

7. Следует особо отметить, что при исследовании новизны изобретения в уровень техники включаются и некоторые сведения, еще не ставшие общедоступными до даты приоритета изобретения, т.е. не отвечающие требованию общедоступности на дату приоритета изобретения.

Такие сведения изложены в абз. четвертом п. 2 комментируемой статьи: при установлении новизны изобретения в уровень техники также включаются при условии их более раннего приоритета все поданные в Российской Федерации другими лицами заявки на выдачу патентов на изобретения и полезные модели, с документами которых вправе ознакомиться любое лицо в соответствии с п. 2 ст. 1385 или п. 2 ст. 1394 ГК РФ, и запатентованные в России изобретения и полезные модели.

Как следует из вышеизложенного, в уровень техники могут включаться, искусственно его расширяя, неопубликованные заявки, в целях противодействия такому негативному явлению, как "двойное патентование", которое возможно в случае последовательной подачи заявок на идентичные изобретения, причем подача второй заявки происходит до момента публикации первой заявки.

Особенность российского патентного права заключается в том, что заявителю не может быть противопоставлена его же заявка, в которой раскрыто изобретение, являющееся предметом второй рассматриваемой заявки. Ведь в комментируемой норме речь идет о включении в уровень техники заявок, поданных "другими лицами", т.е. другими заявителями.

Важно иметь в виду, что по рассматриваемому вопросу положение российских заявителей выгодно отличается от положения заявителей, испрашивающих европейский патент согласно Европейской патентной конвенции 2000 г., ст. 54 которой допускает такое прискорбное для них явление, как "самостолкновение" заявок в случае последовательной подачи одним заявителем заявок по одной тематике. Вместе с тем не следует забывать отрицательные последствия "двойного патентования", открывающего для российских заявителей возможность получения, например, двух охранных документов на один и тот же объект.

Ссылки на указанные в комментируемом абзаце ст. 1385 и 1394 ГК РФ означают, что включение в уровень техники заявок обусловлено возможностью для любого лица ознакомиться с их документами. В свою очередь такое ознакомление возможно в том случае, если соответствующая заявка не отозвана и не признана отозванной на дату публикации сведений о ней либо после публикации сведений о выдаче патента на изобретение или патента на полезную модель.

Следует учесть, что заявка на изобретение включается в уровень техники в отношении содержащихся в ней описания и формулы на дату ее подачи, при этом такое включение не зависит от того, выдан ли по этой заявке патент. К такой заявке приравниваются международные заявки, в которых в качестве государств патентования указана Россия, а также евразийские заявки, при условии их преобразования в российские заявки.

В целях устранения "двойного патентования", т.е. выдачи двух патентов на одно изобретение, в уровень техники также включаются запатентованные в России изобретения и полезные модели при условии их более раннего приоритета (т.е. изобретения и полезные модели, зарегистрированные в соответствующих государственных реестрах СССР и Российской Федерации, и изобретения, запатентованные в соответствии с Евразийской патентной конвенцией 1994 г.).

Следует обратить внимание на то обстоятельство, что в отношении изобретений и полезных моделей нет указания на то, что они запатентованы "другими лицами". Следовательно, в уровень техники включаются изобретения и полезные модели, запатентованные в России теми же лицами, т.е. заявителями. Иными словами, запрет двойного патентования в этом случае является абсолютным и относится как к заявителям, так и к другим лицам.

Вполне очевидно, что если бы информация о запатентованных изобретениях и полезных моделях не включалась в уровень техники, то вполне вероятна возможность выдачи патентов на идентичные изобретения и полезные модели с разными датами приоритета, поскольку нельзя исключать ситуации, когда до даты приоритета более поздней заявки не выдается патент (и сведения о нем не становятся общедоступными) по более ранней заявке.

Кроме того, следует учитывать, что запатентованные в России изобретения и полезные модели (в отличие от заявок) включаются в уровень техники только в отношении формулы, с которой имела место их регистрация в соответствующем Госреестре.

8. Законодателем предусмотрена так называемая льгота по новизне, закрепленная в п. 3 комментируемой статьи: не порочит новизну изобретения такое раскрытие информации, относящееся к изобретению, автором, заявителем или любым лицом, получившим от них прямо или косвенно эту информацию, при котором сведения о сущности изобретения стали общедоступными, если заявка подана в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности в течение шести месяцев со дня раскрытия информации. При этом бремя доказывания факта, обусловливающего возможность применения льготы по новизне, лежит на заявителе.

Прежде всего необходимо учитывать, что льготный шестимесячный срок отсчитывается в обратном направлении от даты подачи заявки, а не от даты приоритета изобретения, устанавливаемого в силу ст. 1381 ГК РФ. Точка отсчета льготного шестимесячного срока (дата подачи заявки) не имеет расширительного толкования, т.е. она не распространяется на дату приоритета изобретения. Поэтому на основании нормы о льготе по новизне невозможно испрашивать, например, конвенционный приоритет, пытаясь искусственно продлить срок его действия.

Льгота по новизне, по российскому законодательству, предоставляется только в случае раскрытия информации автором изобретения, заявителем или любым лицом, получившим от них прямо или косвенно эту информацию. Иными словами, речь идет о добросовестном раскрытии такой информации самим автором (заявителем) либо с его согласия. В отношении фактов недобросовестного раскрытия информации об изобретении третьими лицами (например, в результате подкупа служащего заявителя) льгота по новизне не предусматривается.

В этом плане упомянутое выше положение отличается от льготы по новизне, закрепленной в патентных законодательствах большинства государств с развитым правопорядком, согласно которой шестимесячная льгота по новизне предоставлена в двух случаях: когда имело место очевидное злоупотребление в отношении заявителя или его правопредшественника; когда заявитель или его правопредшественник поместил изобретение на официальных или официально признанных выставках.

9. Согласно абзацу второму п. 2 комментируемой статьи изобретение имеет изобретательский уровень, если для специалиста оно явным образом не следует из уровня техники.

Изобретательский уровень - второе универсальное условие патентоспособности изобретения - используется для оценки творческой деятельности автора, отличной от простой инженерной деятельности, материализованной в патентоспособном решении, результат которой должен обладать определенным качественным уровнем.

Закрепление указанного критерия патентоспособности в ГК РФ, как и в патентных законодательствах большинства государств, явилось результатом длительной эволюции патентного права и, в частности, такого условия патентоспособности, как новизна. Со временем утвердился принцип, согласно которому не всякое формально новое решение является изобретением. Изобретательский уровень, дополнивший критерий новизны, способствует отграничению патентоспособных изобретений от иных новых технических решений, которые в субъективном смысле могут быть изобретениями только для их авторов, а в объективном смысле, т.е. с точки зрения общества, они таковыми не являются.

В патентном праве приняты различные названия, используемые для условия качественной оценки новизны изобретения (изобретательский уровень, изобретательская деятельность, изобретательский шаг, неочевидность), которые во многом сходны, но не вполне идентичны по содержанию, если учитывать материалы административной и судебной практики.

В патентных законодательствах многих европейских стран, а также в Европейской патентной конвенции 2000 г. для оценки творческого характера деятельности изобретателя предусмотрен критерий изобретательской деятельности или

изобретательского шага: изобретение считается основанным на изобретательской деятельности, если оно не вытекает для специалиста очевидным образом из уровня техники.

Ключевым в данном определении является понятие специалиста. Являясь юридической фикцией, абстрактная фигура специалиста служит объективным масштабом для оценки как неочевидности изобретения, так и творческого характера деятельности конкретного изобретателя. В этом отношении фигура специалиста сходна с идентичным по своей функции понятием bonus pater familias, которое является мерилом для оценки поведения и усилий должника в обязательственном праве. Гипотетическая фигура специалиста в большой степени зависит от той области техники, к которой относится изобретение. В маломеханизированных сферах производства к нему предъявляются сравнительно небольшие требования. В таких же отраслях, как химия, биотехнология, электроника, самолето- и ракетостроение, уровень специалиста предполагается весьма высоким. Специалистом в определенной области техники может считаться специалист-практик средней квалификации, обладающий общеизвестными сведениями в области техники и, кроме того, имеющий доступ к полному уровню техники. Для некоторых областей техники в качестве специалиста может выступать группа специалистов.

Что касается понятия очевидность, то этот термин означает нечто, что не выходит за пределы нормального прогресса в технике, как само собой разумеющееся или как логическое следствие вытекает из уровня техники, что не предполагает использования мастерства или же изобретательского таланта.

В российском патентном праве лишь в 2008 г. проектом Регламента по изобретениям предусмотрены понятия, необходимые для надлежащего установления изобретательского уровня.

В проекте Регламента по изобретениям под специалистом понимается гипотетическое лицо, обладающее общими знаниями в данной области техники (общими знаниями в данной области техники считаются знания, основанные на информации, содержащейся в справочниках, монографиях и учебниках), имеющее доступ ко всему уровню техники и имеющее опыт работы и эксперимента, которые являются обычными для данной области.

Изобретение явным образом следует из уровня техники, если оно может быть признано созданным путем объединения, изменения или совместного использования сведений, содержащихся в уровне техники, и/или общих знаний специалиста.

Изобретение признается не следующим для специалиста явным образом из уровня техники, если в ходе указанной выше проверки не выявлены решения, имеющие признаки, совпадающие с его отличительными признаками, или такие решения выявлены, но не подтверждена известность влияния этих отличительных признаков на указанный заявителем технический результат.

10. Третьим универсальным условием патентоспособности изобретения является промышленная применимость. В п. 4 комментируемой статьи предусматривается, что изобретение является промышленно применимым, если оно может быть использовано в промышленности, сельском хозяйстве, здравоохранении, других отраслях экономики или в социальной сфере.

При исследовании промышленной применимости проверяется:

- указано ли назначение изобретения в описании, содержащемся в заявке на дату подачи;

- приведены ли в описании, содержащемся в заявке, и в указанных документах средства и методы, с помощью которых возможно осуществление изобретения в том виде, как оно охарактеризовано в каждом из пунктов формулы изобретения.

Следовательно, при определении патентоспособности изобретения должна быть подтверждена возможность его осуществления с указанным назначением.

Условие промышленной применимости следует отличать от других сходных условий патентоспособности, закрепленных в патентных законодательствах некоторых государств, таких, как полезность, техническая прогрессивность, в том числе положительный эффект, который был предусмотрен п. 21 Положения об открытиях, изобретениях и рационализаторских предложениях 1973 г.

Условие промышленной применимости предполагает, что предмет изобретения может быть изготовлен или использован, т.е. его возможно осуществить, не принимая во внимание качество изготовленного предмета или результат использования. При таком подходе учитывается лишь принципиальная возможность использования изобретения и не принимаются во внимание целесообразность, качество или результат такого использования, поскольку предполагается, что эти факторы должны проявляться на рынке в условиях конкурентной борьбы, а не в предварительных оценках административных органов.

В целом такой подход соответствует мировой патентной практике. Вместе с тем можно отметить некоторые отличия, проявляющиеся при оценке промышленной применимости в России. Так, требование п. 2 ст. 1375 ГК РФ (см. комментарий к этой статье) к описанию изобретения (достаточность раскрытия описания для его осуществления) учитывается в практике экспертизы при оценке возможности использования изобретения в рамках исследования условия патентоспособности изобретения промышленная применимость. В патентных законодательствах большинства государств, а также в международных договорах, в том числе в Европейской патентной конвенции 2000 г., недостаточность описания является основанием для аннулирования патента.

11. Пункты 5 и 6 комментируемой статьи содержат перечни объектов, которые по тем или иным причинам исключены из правовой охраны.

Следует отметить, что указанные перечни в первоначальной редакции Патентного закона РФ 1992 г. были объединены в один закрытый перечень. Все закрепленные в них решения исключались из правовой охраны как непатентоспособные изобретения, что не соответствовало мировой патентной практике.

В результате внесения в 2003 г. изменений и дополнений в Патентный закон РФ были установлены два перечня: открытый перечень решений, которые изначально не считаются изобретениями, и закрытый перечень решений, которые не признаются патентоспособными.

В 2006 г. в связи с принятием четвертой части ГК РФ указанные перечни вновь постигли изменения. Перечень решений, которые изначально не являются изобретениями, вновь стал закрытым, а вместо перечня непатентоспособных решений изложен перечень решений, которым не предоставляется охрана в качестве изобретения.

12. В абзаце первом п. 5 данной статьи вновь установлен закрытый (исчерпывающий) перечень решений, которые ни при каких обстоятельствах не могут быть признаны изобретениями, состоящий из шести позиций. Сказанное означает, что по данному основанию никакие другие решения не могут быть исключены из правовой охраны, поскольку этот перечень не подлежит расширительному толкованию.

По своему содержанию указанный перечень практически не претерпел никаких изменений по сравнению с ранее действовавшим законодательством (п. 2 ст. 4 Патентного закона РФ): открытия; научные теории и математические методы; решения, касающиеся только внешнего вида изделий и направленные на удовлетворение эстетических потребностей (т.е. промышленные образцы); правила и методы игр, интеллектуальной или хозяйственной деятельности; программы для ЭВМ; решения, заключающиеся только в представлении информации (т.е. базы данных).

Указанную выше категорию решений объединяет то обстоятельство, что все они имеют нетехнический характер. Включение в российское законодательство дополнительного условия (критерия) патентоспособности (технический характер

решения) в принципе делает излишним как примерный, так исчерпывающий перечни нетехнических решений.

Что касается открытого перечня нетехнических решений, установленного в ст. 52 Европейской патентной конвенции 2000 г., то такой перечень, в условиях отсутствия в европейском патентном праве определения изобретения через техническое решение, оправдан, поскольку позволяет в процессе экспертизы отсекать от патентования решения, формально отвечающие критериям патентоспособности, но имеющие нетехнический характер.

Наличие закрытого перечня нетехнических решений в абз. первом п. 5 комментируемой статьи следует толковать таким образом, что указанные в этом перечне решения не подлежат проверке на патентоспособность, а в выдаче патента должно быть отказано без проведения экспертизы по существу. Однако даже если бы такой перечень не существовал, указанные решения не смогли бы пройти экспертизу по существу ввиду их несоответствия условию технического характера.

13. В абзаце втором п. 5 комментируемой статьи закреплено важное положение, предназначенное для толкования предыдущего абзаца этого пункта. В нем предусмотрено ограничение действия исключений из категории охраноспособных изобретений: в соответствии с настоящим пунктом исключается возможность отнесения этих объектов к изобретениям только в случае, когда заявка на выдачу патента изобретения касается этих объектов как таковых.

Иными словами, в упомянутом выше положении предусмотрено ограничение действия исключений из правовой охраны. Это положение применяется в том случае, когда неохраноспособное решение сочетается с охраноспособным решением. Для его иллюстрации можно привести пример с программами для ЭВМ, которые, как указывалось выше, не являются изобретениями. Однако способ функционирования ЭВМ может быть признан охраноспособным изобретением, несмотря на то что его осуществление может обеспечиваться программой для ЭВМ.

Кроме того, на основе указанного положения можно аргументировать противоположную позицию, согласно которой к нетехническим объектам следует относить решения, которые лишь по форме представлены в виде технических.

14. В пункте 6 комментируемой статьи перечислены объекты, которым не предоставляется правовая охрана в качестве изобретения, а именно:

- сорта растений, породы животных и биологические способы их получения, за исключением микробиологических способов и продуктов, полученных такими способами;

- топологии интегральных микросхем.

В ранее действовавшем законодательстве речь шла о непатентоспособных объектах (п. 3 ст. 4 Патентного закона РФ), к которым, в отличие от ныне действующего законодательства, причислялись также решения, противоречащие общественным интересам, принципам гуманности и морали. Последние в настоящее время не считаются объектами патентных прав (см. комментарий к ст. 1349 ГК РФ).

Следует отметить, что указанные объекты ранее охранялись специальными законами, а в настоящее время - отдельными главами ГК РФ (гл. 73 "Право на селекционное достижение" и гл. 74 "Право на топологии интегральных микросхем").

К важным нововведениям в указанной сфере относится включение в перечень объектов, не охраняемых в качестве изобретения, биологических способов получения сортов растений и пород животных, что соответствует мировой патентной практике. Указанное дополнение устраняет возможность, которая существовала ранее (ст. 4 и 10 Патентного закона РФ), использования косвенной охраны (в данном конкретном случае - сортов растений и пород животных), согласно которой исключительное право патентообладателя распространяется и на продукт, полученный непосредственно запатентованным способом.

Статья 1351. Условия патентоспособности полезной модели

Комментарий к статье 1351

1. В 1992 г. в Российской Федерации введена правовая охрана нового для нашей страны объекта исключительных прав - полезной модели.

Впервые полезные модели получили правовую охрану в конце XIX в. в Германии после того, как в одном из судебных решений было указано, что закон должен защищать и те технические решения, которые, будучи новыми, не обладают требуемым уровнем изобретательского творчества. С тех пор правовая охрана полезных моделей (иногда их называют "малыми" изобретениями) распространилась по всему миру и в настоящее время предусмотрена более чем в 50 странах мира.

Введение в России института полезной модели в какой-то степени компенсирует фактическое прекращение правовой охраны рационализаторских предложений, существовавшей ранее в СССР.

Анализ динамики патентования полезных моделей (т.е. выдачи патентов на полезные модели) за последние годы (2002 г. - 5611; 2006 г. - 9568) свидетельствует о привлекательности института полезных моделей для заявителей, хотя в абсолютных цифрах указанные показатели еще отстают от соответствующих показателей для изобретений (2002 г. - 18114; 2006 г. - 23299).

Вместе с тем практика правовой охраны полезной модели выявила ее негативную сторону в условиях нашей страны, когда институт полезной модели, ввиду простоты получения патента на заведомо известное решение, используется как инструмент недобросовестной конкуренции.

2. В пункте 1 комментируемой статьи дается определение полезной модели: в качестве полезной модели охраняется техническое решение, относящееся к устройству. Кроме того, полезной модели предоставляется правовая охрана, если она является новой и промышленно применимой.

Указанные выше формулировки в максимальной степени приближены к соответствующим формулировкам в отношении понятия изобретения.

Как и для изобретения, в отношении полезной модели установлено дополнительное условие патентоспособности - технический характер решения. Объектом полезной модели может быть только устройство, к которому относятся конструкции и изделия. Следовательно, по объектному составу полезные модели значительно уступают, как, впрочем, в законодательствах многих других государств, изобретениям.

Универсальные (или традиционные) условия (критерии) патентоспособности полезной модели - новизна и промышленная применимость.

В отличие от изобретений, не требуется соответствие условию "изобретательский уровень", что дает основание говорить о более низком творческом уровне полезных моделей. Полностью отрицать творческий характер полезных моделей некорректно, поскольку последние создаются, как и изобретения и промышленные образцы, творческим трудом их авторов (см. комментарий к ст. 1347 ГК РФ).

3. В абзаце первом п. 2 комментируемой статьи раскрыто понятие новизны полезной модели, которое отличается от понятия новизны изобретения. Если в отношении изобретения требование новизны соблюдается в том случае, если оно не известно из уровня техники, то полезная модель считается новой, если совокупность ее существенных признаков не известна из уровня техники.

Следовательно, при установлении новизны полезной модели оцениваются только ее существенные признаки, несущественные признаки в учет не принимаются, что в определенной степени повышает качество новизны полезной модели.

Как указано в п. 7.3.6.4.3 (1.1) проекта Административного регламента исполнения Федеральной службой по интеллектуальной собственности, патентам и товарным знакам

государственной функции по организации приема заявок на полезную модель и их рассмотрения, экспертизы и выдачи в установленном порядке патентов Российской Федерации на полезную модель (далее - проект Регламента по полезным моделям), признаки относятся к существенным, если они влияют на возможность получения технического результата, т.е. находятся в причинно-следственной связи с указанным результатом.

4. Отличается также понятие уровня техники, которое определено в первом предложении абз. второго п. 2 комментируемой статьи: уровень техники включает опубликованные в мире сведения о средствах того же назначения, что и заявленная полезная модель, и сведения об их применении в России, если такие сведения стали общедоступными до даты приоритета полезной модели.

Комментируемая норма означает, что новизна полезной модели сформулирована как относительная мировая, поскольку при оценке новизны полезной модели в расчет берутся порочащие ее сведения, опубликованные как в России, так и за рубежом, а также сведения о ее применении только на территории России.

Что касается акцентирования внимания на сведениях о средствах того же назначения, то эта особенность определения уровня техники для полезной модели по сути не имеет практического значения.

Положение об искусственном расширении уровня техники для полезной модели, предусмотренное во втором предложении абз. второго п. 2, идентично по своему содержанию аналогичному положению, относящемуся к изобретению.

5. Положение о льготе по новизне для полезной модели, приведенное в п. 3 данной статьи, полностью совпадает с аналогичным положением для изобретения. В связи с этим указанное положение не нуждается в каком-либо дополнительном комментарии.

6. В пункте 4 комментируемой статьи раскрыто условие промышленной применимости: полезная модель является промышленно применимой, если она может быть использована в промышленности, сельском хозяйстве, здравоохранении, других отраслях экономики или в социальной сфере. Условие промышленной применимости полезной модели идентично соответствующему условию, предусмотренному для изобретения.

7. В пункте 5 комментируемой статьи закреплен перечень объектов, которым не предоставляется правовая охрана в качестве полезной модели. Указанный перечень является закрытым и состоит из двух объектов: решения, касающиеся только внешнего вида изделий и направленные на удовлетворение эстетических потребностей; топологии интегральных микросхем.

По сути в этом перечне объединены два вида объектов, различных по своему содержанию. Применительно к изобретениям указанные объекты содержатся в разных перечнях (см. комментарий к п. 5 и 6 ст. 1350 ГК РФ). Первые из них - решения, касающиеся только внешнего вида изделий, т.е. промышленные образцы - имеют нетехнический характер и изначально не могут считаться полезными моделями. Вторые - топологии интегральных микросхем - могут иметь технический характер, однако их правовая охрана урегулирована в отдельной главе ГК РФ (гл. 74 "Право на топологии интегральных микросхем").

Статья 1352. Условия патентоспособности промышленного образца

Комментарий к статье 1352

1. Выбор товара потребителем определяется не только его утилитарными (полезными) функциями, что достигается в первую очередь использованием изобретений и полезных моделей при его изготовлении, но и привлекательностью внешнего вида товара, в котором воплощен промышленный образец.

В условиях рыночной экономики внешнее оформление товара приобретает особую экономическую ценность, что и предопределило правовую охрану внешнего вида товара в качестве промышленного образца.

Промышленные образцы являются, наравне с изобретениями и полезными моделями, результатами интеллектуальной деятельности, нематериальными объектами, которые не следует смешивать с материальными предметами, т.е. с изделиями, в которых они воплощены.

Внешний вид изделия может выражаться либо в особой форме или конфигурации изделия (объемный образец или модель), либо в рисунке или орнаменте на поверхности изделия (двухмерный или плоскостной образец), правовой статус которых, как правило, одинаков.

Несмотря на происходящие в мире процессы гармонизации и унификации законодательств о промышленных образцах, особенно в рамках ЕС, правовая охрана промышленных образцов все еще основана на двух системах охраны, значительно отличающихся друг от друга.

В государствах первой системы, назовем ее условно англо-саксонской (США, Великобритания, Япония и др.), правовая охрана промышленных образцов тяготеет к правовой охране объектов патентного права. Государства второй системы, или романо-германской системы охраны (Франция, ФРГ и др.), сформировали свои законодательства на основе сближения промышленных образцов с объектами авторского права.

В основе такого различия лежит двойственная сущность самого промышленного образца: обеспечение внешней привлекательности изделия (эстетический аспект, являющийся доминирующим) с учетом функциональных особенностей такого изделия (утилитарный аспект).

Правовая охрана промышленных образцов в России со времени ее возникновения (1864 г.) всегда тяготела к патентной форме охраны. Указанная тенденция сохранилась и усилилась в советский период истории нашей страны, весьма непростой период и для промышленных образцов, правовая охрана которых прерывалась дважды: с 1917 г. по 1924 г. и с 1936 г. по 1965 г.

Промышленные образцы следует отличать от других результатов интеллектуальной деятельности. В связи с двойственной природой промышленных образцов наибольшие трудности возникают при разграничении промышленных образцов и объектов авторского права.

В государствах романо-германской правовой системы допускается кумулятивная (т.е. двойная) охрана промышленных образцов: нормами законодательства о промышленных образцах и нормами законодательства об авторском праве. Напротив, в государствах англосаксонской правовой системы двойная охрана промышленных образцов исключена. В этих государствах допускается так называемое альтернативное сосуществование обеих форм охраны: либо правом о промышленных образцах, либо авторским правом.

В российской правовой доктрине преобладающей является точка зрения, согласно которой промышленные образцы могут пользоваться кумулятивной (двойной) охраной. Произведения декоративно-прикладного искусства, включающие также произведения дизайна, часто охраняются как промышленные образцы, что приводит к двойной охране (см. комментарий к ст. 1259 ГК РФ).

2. Комментируемая статья, посвященная понятию и условиям патентоспособности промышленного образца, в основном повторяет, за редким исключением, текст ст. 6 ранее действовавшего Патентного закона РФ.

3. В абзаце первом п. 1 комментируемой статьи дается определение промышленного образца: художественно-конструкторское решение изделия промышленного или кустарно-ремесленного производства, определяющее его внешний вид.

В мировой практике редко встречаются легальные определения промышленного образца, еще реже - определения промышленного образца через решение изделия, определяющего его внешний вид.

Именно в этом заключается главная особенность российского законодательства о промышленных образцах, из которой проистекают другие его особенности, о них будет сказано ниже.

Как правило, в законодательствах зарубежных стран под промышленным образцом понимается форма или рисунок, воспринимаемые зрительно в готовом изделии, т.е. внешний вид изделия и впечатление, которое оно производит на потребителя. Так, например, в законодательстве о промышленных образцах Японии образец означает форму, рисунок или раскраску либо их сочетание в любом предмете, оставляющее эстетическое впечатление при их осмотре.

4. Требование художественно-конструкторского решения изделия согласно российскому определению промышленного образца означает по сути, по аналогии с требованием технического решения для изобретения, дополнительное условие патентоспособности промышленного образца.

Требование художественно-конструкторского решения изделия воспринято из советского законодательства по правовой охране промышленных образцов (Положение о промышленных образцах, утвержденное Постановлением СМ СССР от 9 июня 1965 г. N 535 // СП СССР. 1965. N 15. Ст. 119; Положение о промышленных образцах, утвержденное Постановлением СМ СССР от 8 июня 1981 г. N 539 // СП СССР. 1981. N 19. Ст. 114), которое испытало на себе сильное влияние изобретательского права.

В первоначальной редакции Патентного закона РФ 1992 г. (п. 1 ст. 6) промышленный образец - это художественно-конструкторское решение изделия, определяющее его внешний вид. Это определение, имеющее самый общий характер, отличается от комментируемого определения, в котором, по сути, выдвинуто требование об указании назначения изделия: художественно-конструкторское решение изделия ПРОМЫШЛЕННОГО ИЛИ КУСТАРНО-РЕМЕСЛЕННОГО ПРОИЗВОДСТВА (выделено авт. - В.Е.).

Следует особо отметить, что указание назначения изделия являлось ранее ключевым фактором при установлении возможности многократного воспроизведения промышленного образца, которое считалось определяющим для установления его промышленной применимости, одного из условий патентоспособности промышленного образца согласно Патентному закону РФ в первоначальной редакции 1992 г.

В результате внесения изменений и дополнений в Патентный закон РФ в 2003 г. из него исключено условие патентоспособности промышленного образца "промышленная применимость", что в принципе соответствует требованиям ст. 25 Соглашения ТРИПС, которая в качестве условий патентоспособности промышленного образца определяет только новизну и оригинальность.

Формально выполнив требования Соглашения ТРИПС, законодатель, по сути, сохранил указанное условие патентоспособности промышленного образца, сформулировав его в измененной форме в определении промышленного образца.

Следует также учитывать положение п. 20.5.3 проекта Административного регламента исполнения Федеральной службой по интеллектуальной собственности, патентам и товарным знакам государственной функции по организации приема заявок на промышленный образец и их рассмотрения, экспертизы и выдачи в установленном порядке патентов Российской Федерации на промышленный образец (далее - проект Регламента по промышленным образцам), в котором предписано, что если установлено, что заявленное решение не является художественно-конструкторским решением, определяющим внешний вид изделия, или что решение не относится к внешнему виду изделия либо к изделию промышленного или кустарно-ремесленного производства, то проверка его новизны и оригинальности не производится.

5. Традиционные условия патентоспособности промышленного образца изложены в абз. втором п. 1 комментируемой статьи: промышленному образцу предоставляется правовая охрана, если по своим существенным признакам он является новым и оригинальным.

Судя по определению, существенные признаки являются тем общим знаменателем, относительно которого устанавливаются новизна и оригинальность промышленного образца.

Признаки относятся к существенным (указано в абз. третьем данной статьи), если они определяют эстетические и (или) эргономические особенности внешнего вида изделия, в частности форму, конфигурацию, орнамент и сочетание цветов.

При этом эстетические и (или) эргономические особенности внешнего вида изделия могут выражаться, например, в том, что:

- обеспечена соподчиненность частей относительно доминирующего элемента, способствующая целостному восприятию композиции (для объектов с развитой пространственной структурой);

- упаковка оформлена в виде стилизованного изображения старинной шкатулки, а этикетка имитирует истлевший папирус (для коллекционных сортов чая и марочных вин соответственно);

- обеспечено удобство пользования (спортивный инвентарь и оборудование, армейское снаряжение, сложная бытовая электротехника);

- зрительный образ отражает непроизводственный, бытовой характер машины (для садово-огородного мини-трактора).

6. В пункте 2 комментируемой статьи раскрывается содержание такого условия патентоспособности промышленного образца, как новизна. Новизна промышленного образца присутствует в том случае, если совокупность его существенных признаков, нашедших отражение на изображениях изделия и приведенных в перечне существенных признаков промышленного образца, не известна из сведений, ставших общедоступными в мире до даты приоритета промышленного образца.

Из указанного определения вытекают два следующих вывода. Во-первых, в отношении промышленного образца установлено требование абсолютной мировой новизны. Во-вторых, визуальная форма выражения существенных признаков промышленного образца ("нашедших отражение на изображениях изделия") и словесная форма их выражения ("приведенных в перечне существенных признаков") равны по своей значимости.

При установлении новизны промышленного образца, как и при установлении новизны изобретения и полезной модели, учитываются заявки других лиц (т.е. других заявителей) на промышленные образцы при условии их более раннего приоритета и запатентованных в России промышленных образцов с более ранним приоритетом (абз. второй п. 2).

7. В пункте 3 комментируемой статьи раскрывается такое условие патентоспособности промышленного образца, как оригинальность: промышленный образец считается оригинальным, если его существенные признаки обусловлены творческим характером особенностей изделия.

Прежде всего необходимо отметить кардинальное отличие указанного понятия оригинальности промышленного образца от аналогичного понятия, сформулированного в ранее действовавшем законодательстве. Так, согласно абз. пятому п. 1 ст. 6 Патентного закона РФ, промышленный образец признается оригинальным, если его существенные признаки обусловливают творческий характер особенностей изделия.

Иными словами, если ранее существенные признаки обусловливали творческий характер особенностей изделия, то в настоящее время, наоборот, творческий характер особенностей изделия обусловливает существенные признаки промышленного образца.

Чем же вызвано столь противоречивое на первый взгляд решение законодателя? Ранее в практике экспертизы условие оригинальности играло для промышленного образца роль, аналогичную условию изобретательского уровня для изобретения, когда устанавливалась существенность новизны промышленного образца. Так, проверка оригинальности заявленного промышленного образца включала, в частности: определение наиболее близкого аналога; выявление существенных признаков, которыми заявленный промышленный образец, представленный на изображениях и охарактеризованный заявителем в перечне существенных признаков, отличается от наиболее близкого аналога (существенных отличительных признаков).

При этом в практике экспертизы перечню существенных признаков, как правило, представляющему собой многостраничное словесное описание промышленного образца, придавалось приоритетное значение. В результате оригинальность промышленного образца оценивалась не с точки зрения творческого характера особенностей внешнего вида изделия, а исходя из словесного описания существенных признаков промышленного образца, составленного заявителем, которые зачастую не совпадали с существенными признаками изображения изделия, в котором должен быть воплощен заявленный промышленный образец.

В нынешней формулировке условия оригинальности промышленного образца определяющим является внешний вид изделия, которое должно восприниматься прежде всего зрительно. Следует полагать, что законодателем предпринята попытка перенести акцент на изображение изделия, сделать такое изображение первичным, при определении оригинальности промышленного образца.

Следует особо отметить, что в законодательствах зарубежных стран крайне редко содержатся определения понятий условий промышленного образца, особенно понятия оригинальности промышленного образца. Как правило, такие понятия раскрываются в судебных решениях, которые не отличаются единообразием.

Что касается оригинальности промышленного образца, то в судебной практике таких стран можно отметить два подхода - авторско-правовой и патентный - подходы к пониманию оригинальности промышленного образца. Авторско-правовой подход к оригинальности промышленного образца означает независимость при его создании, без копирования (полного или частичного) работы другого автора, т.е. достижение уникального неповторимого творческого результата. Патентный подход к пониманию оригинальности промышленного образца основан на существенных отличиях нового образца от известных в данной области дизайнерских решений, что по существу означает приравнивание оригинальности к наличию в образце достаточного уровня изобретательского творчества, выходящего за рамки умения обычного дизайнера.

8. В пункте 4 комментируемой статьи установлена льгота по новизне в отношении промышленного образца, действие которой в принципе аналогично соответствующей льготе по новизне, предусмотренной для изобретения (см. п. 8 комментария к ст. 1350 ГК РФ). При этом следует учитывать то обстоятельство, что в отношении промышленных образцов не предусмотрена публикация сведений о заявках.

9. В пункте 5 комментируемой статьи предусмотрен исчерпывающий перечень объектов, которым не предоставляется правовая охрана в качестве промышленных образцов, хотя некоторые из них и могли бы отвечать условиям патентоспособности промышленного образца.

К исключенным из правовой охраны в качестве промышленных образцов относятся решения, обусловленные только технической функцией изделия. К таковым относятся как простые формы изделий (например, гайки, болты, винты, сверла и т.п.), так и технические решения, которым может быть предоставлена охрана в качестве полезной модели или даже изобретения. В последнем случае определяющим является то обстоятельство, что форма изделия продиктована функциональной необходимостью. Иными словами, если технический результат достигается при использовании только какой-либо конкретной

формы, то последняя несет техническую нагрузку и может охраняться как полезная модель или изобретение.

В диапазоне между простой формой изделия (болты, гайки и т.п.) и собственно техническим решением формы изделия (полезная модель или изобретение) лежит пространство для художественно-конструкторского решения внешнего вида изделия, т.е. для промышленного образца. Практика экспертизы подтверждает, что перечень существенных признаков промышленного образца наряду с эстетическими (т.е. художественными) содержит и эргономические характеристики, основанные на использовании технических признаков, которые зачастую невозможно отделить друг от друга. В подобных случаях наступает эффект двойного патентования, когда заявитель может выбрать определенную форму охраны своего решения (например, в качестве промышленного образца или полезной модели) или получить два охранных документа на одно и то же решение внешнего вида изделия.

Правовая охрана в качестве промышленных образцов не предоставляется объектам архитектуры (кроме малых архитектурных форм), промышленным, гидротехническим и другим стационарным сооружениям. Считается, что указанные объекты охраняются нормами авторского права как произведения архитектуры. К малым объектам архитектуры, являющимся исключениями из указанного правила, относятся, например, телефонные будки, транспортные остановки, торговые палатки и т.п.

Равным образом исключены из правовой охраны в качестве промышленных образцов объекты неустойчивой формы из жидких, газообразных, сыпучих или подобных веществ, которые невозможно отнести к изделиям в обычном понимании этого слова (например, ледяные формы и т.п.).

Статья 1353. Государственная регистрация изобретений, полезных моделей и промышленных образцов

Комментарий к статье 1353

1. Содержащаяся в комментируемой статье норма имеет частный характер, она относится конкретно к государственной регистрации изобретений, полезных моделей и промышленных образцов. Норма общего характера о государственной регистрации результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации содержится в ст. 1232 ГК РФ (см. комментарий к данной статье).

2. Условием признания и охраны исключительного права на изобретение, полезную модель или промышленный образец является государственная регистрация соответствующего изобретения, полезной модели или промышленного образца.

Следовательно, государственная регистрация изобретений, полезных моделей или промышленных образцов имеет правоустанавливающее значение, поскольку без указанной регистрации не может возникнуть исключительное право на указанные объекты.

3. Комментируемую статью следует рассматривать в комплексе с другими положениями ГК РФ, так как не только государственная регистрация является источником исключительного права на изобретение, полезную модель или промышленный образец.

Следует учитывать возможность охраны таких объектов на территории Российской Федерации не на основе государственной регистрации, а в силу международных договоров Российской Федерации (см. комментарий к ст. 1231 ГК РФ). Кроме того, в данной главе ГК РФ имеются нормы, регулирующие действие на территории Российской Федерации исключительного права на изобретение на основе евразийских патентов, выдаваемых Евразийским патентным ведомством в соответствии с Евразийской патентной конвенцией (см. комментарий к ст. 1395 - 1397 ГК РФ).

4. В комментируемой статье указано, что на основании государственной регистрации федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности выдает патент на изобретение, полезную модель или промышленный образец.

В настоящее время функции указанного федерального органа исполнительной власти выполняет Федеральная служба по интеллектуальной собственности, патентам и товарным знакам (Роспатент), образованная в соответствии с Постановлением Правительства РФ от 7 апреля 2004 г. N 178 (СЗ РФ. 2004. N 15. Ст. 1471), изданным во исполнение Указа Президента РФ от 9 марта 2004 г. N 314 "О системе и структуре федеральных органов исполнительной власти" (СЗ РФ. 2004. N 11. Ст. 945).

5. Роспатент осуществляет юридически значимые действия по государственной регистрации изобретений, полезных моделей и промышленных образцов путем внесения указанных объектов в Государственный реестр изобретений РФ, Государственный реестр полезных моделей РФ и Государственный реестр промышленных образцов РФ.

Исключительное право на изобретение, полезную модель и промышленный образец, удостоверенное патентом, выступает в форме легальной монополии, предоставляемой на основе публично-правового акта государства. Совершаемые Роспатентом от имени государства юридически значимые действия, связанные с патентом, нельзя квалифицировать в качестве предоставления услуг, даже публично-правового характера.

За совершение юридически значимых действий по государственной регистрации изобретений, полезных моделей и промышленных образцов взимаются патентные пошлины, которые формально, согласно положениям гл. 25.3 Налогового кодекса РФ, не считаются государственными пошлинами.

Вместе с тем патентные пошлины, в том числе за поддержание патента в силе, зачисляются в федеральный бюджет, что подтверждает их фискальный, т.е. налоговый характер.

Патентные пошлины, не являясь адекватной платой за услуги, не носят компенсационного характера, поскольку Роспатент, являясь по определению федеральной службой, должен осуществлять прежде всего контроль и надзор в сфере исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации.

Статья 1354. Патент на изобретение, полезную модель или промышленный образец

Комментарий к статье 1354

1. В пункте 1 комментируемой статьи раскрыта сущность патента как охранного документа, который, согласно определению, удостоверяет приоритет, авторство и исключительное право на изобретение, полезную модель или промышленный образец.

Несмотря на использование законодателем термина "удостоверяющий", патент как охранный документ имеет конститутивное, т.е. правоустанавливающее значение. Без выдачи патента не возникает исключительное право на изобретение, полезную модель или промышленный образец, равно как и приоритет на указанные объекты, а авторство может представлять лишь субъективное значение для создателя предполагаемого изобретения полезной модели или промышленного образца.

Вопросы установления приоритета изобретения, полезной модели или промышленного образца рассмотрены в комментариях к ст. 1381 - 1383 ГК РФ.

Что касается удостоверения патентом авторства на изобретение, полезную модель или промышленный образец, то эта формулировка воспринята из советского законодательства об изобретательстве. В законодательствах государств с развитым правопорядком такая норма отсутствует, имеется лишь норма об указании изобретателя в патенте и о праве изобретателя воспротивиться такому указанию. Даже в тех государствах, в законодательствах которых требуется предоставление заявителем

доказательств его прав на изобретение (например, ФРГ), правильность сведений об изобретателе патентным ведомством не проверяется.

В связи с вышеизложенным вызывает сомнение норма о том, что патент может удостоверять авторство, поскольку федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности не проверяет факт авторства, не требует от заявителя даже простой декларации об авторстве, а споры об авторстве рассматриваются в судебном порядке. Ведь норма об опровержимой презумпции авторства лица, указанного таковым в патентной заявке (см. комментарий к ст. 1347 ГК РФ), несовместима с нормой об удостоверении авторства патентом, выданным по такой заявке.

Не вполне удачна также норма об удостоверении (т.е. в какой-то степени о гарантии) исключительного права на изобретение, полезную модель или промышленный образец, поскольку патент в течение срока его действия может быть признан недействительным. Сказанное в равной мере относится и к удостоверению приоритета изобретения, полезной модели и промышленного образца.

В реальности речь может идти о действии исключительного права, вытекающего из выданного патента. Патент как охранный документ - это разновидность легальной монополии, предоставляемой государством патентообладателю в определенном объеме, на определенный срок и на определенной территории, в рамках которой патентообладатель реализует свое право на использование запатентованного изобретения, невзирая на положения антимонопольного законодательства, а также свое право на запрет или разрешение третьим лицам такого использования. Выдача патента - это своего рода вознаграждение патентообладателя за создание и раскрытие изобретения обществу.

2. В предложении первом п. 2 комментируемой статьи очерчены предметные границы охраны, предоставляемой патентом на изобретение или полезную модель, или объем правовой охраны. Такой объем определяется содержащейся в патенте формулой изобретения или, соответственно, полезной модели, которые в соответствии со ст. 1394 ГК РФ (см. комментарий к ней) федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности обязан публиковать в качестве сведений о патенте в официальном бюллетене.

Таким образом, правовое значение формулы изобретения или полезной модели заключается в определении границ патентной монополии патентообладателя.

Формула изобретения и формула полезной модели являются неотъемлемыми частями заявок на выдачу патента на изобретение и патента на полезную модель (см. комментарии к ст. 1375 и 1376 ГК РФ).

В формулировке об определении объема правовой охраны, предоставляемой патентом, говорится об охране интеллектуальных прав, т.е. об исключительном праве и праве авторства. Сказанное означает, что при определении объема правовой охраны может корректироваться субъектный состав, т.е. круг авторов первоначально заявленного решения. Ведь в результате экспертизы может оказаться, что некоторые признаки исключаются из окончательного текста формулы вследствие несоответствия их условиям патентоспособности. И если за разработку таких признаков отвечают какие-либо конкретные лица, то они не могут считаться соавторами изобретения или полезной модели.

В 2003 г. в российское патентное законодательство (п. 4 ст. 3 Патентного закона РФ) внесено важное дополнение, сформулированное также в предложении втором п. 2 комментируемой статьи, согласно которому для толкования формулы изобретения и формулы полезной модели могут использоваться описания и чертежи.

Описание изобретения и описание полезной модели являются неотъемлемыми частями заявок на выдачу патентов на изобретение и патента на полезную модель (см. комментарии к ст. 1375 и 1376 ГК РФ).

Норма о возможности толкования формулы изобретения и полезной модели при помощи описания и чертежей является составной частью патентных законодательств стран мира.

Толкование формулы изобретения или полезной модели, заключающееся в уяснении действительного смысла входящих в нее признаков, учитывается при осуществлении прав, вытекающих из патента, в основном в производствах о его нарушении (контрафакции).

В отличие от патентных законодательств государств с развитым правопорядком и международного патентного права, в российском законодательстве не раскрыты конкретные приемы толкования формулы, которые могли бы быть полезны при рассмотрении в судах дел о нарушении патента. Например, упомянутые приемы толкования в отношении формулы изобретения раскрыты в Протоколе о толковании статьи 69 Европейской патентной конвенции 2000 г. и в правиле 12 Патентной инструкции к Евразийской патентной конвенции 1994 г.

Правила толкования формулы изобретения, согласно упомянутому выше правилу 12, заключаются в следующем. Во-первых, при толковании формулы изобретения принимается во внимание каждый признак, включенный в независимый пункт формулы изобретения, или эквивалентный ему признак, известный в качестве такового до даты подачи евразийской заявки, а если установлен приоритет, до даты приоритета изобретения. Во-вторых, само толкование формулы изобретения заключается не только в преодолении ее неясных или неопределенных положений, но и в установлении ее полного и действительного содержания. При этом должны исключаться крайности как буквального (ограничительного) толкования формулы изобретения, так и расширительной ее интерпретации (с учетом всего описания и чертежей в целях выявления общей изобретательской идеи).

3. Пункт 3 анализируемой статьи посвящен определению объема правовой охраны, предоставляемой патентом на промышленный образец: охрана интеллектуальных прав на промышленный образец предоставляется на основании патента в объеме, определяемом совокупностью его существенных признаков, нашедших отражение на изображениях изделия и приведенных в перечне существенных признаков промышленного образца.

Перечень существенных признаков промышленного образца является неотъемлемой частью заявки на выдачу патента на промышленный образец (см. комментарий к ст. 1377 ГК РФ).

Следует особо подчеркнуть, что нормы, регулирующие отношения по определению объема правовой охраны промышленного образца традиционно тяготеют к соответствующим нормам, относящимся к изобретениям. Объясняется это тем обстоятельством, что перечню существенных признаков промышленного образца, т.е. словесному описанию внешнего вида изделия, всегда придавалось огромное значение, которое в практике экспертизы по сути играло роль формулы изобретения.

С изменением патентного законодательства в 2003 г. в норму об объеме правовой охраны, предоставляемой патентом на промышленный образец, было включено указание на перечень существенных признаков промышленного образца. Указанная норма легла в основу п. 3 комментируемой статьи, формулировка которого дает основание полагать, что изображение внешнего вида изделия и перечень существенных признаков по крайней мере равнозначны по своему влиянию на определение объема правовой охраны промышленного образца.

Как справедливо отмечается в правовой литературе, первичным для определения объема правовой охраны промышленного образца является изображение изделия, а назначение перечня существенных признаков промышленного образца приближено к назначению, присущему формуле изобретения, но при этом перечень не может иметь самостоятельного значения без изображения изделия (см.: Джермакян В.Ю. Патентная охрана промышленных образцов в России XXI века. М., 2004).

Вместе с тем следует учитывать тот факт, что даже такой "вспомогательный" статус перечня существенных признаков промышленного образца может приводить к случаям, когда признак промышленного образца отображен на изображении изделия, но не включен заявителем в указанный перечень, что существенно уменьшает, по сравнению с зарубежной практикой, объем правовой охраны, предоставляемой российским патентом на промышленный образец.

Статья 1355. Государственное стимулирование создания и использования изобретений, полезных моделей и промышленных образцов

Комментарий к статье 1355

1. Комментируемая статья представляет собой яркий пример декларативной нормы, имеющей отсылочный характер. Формулировка комментируемой статьи претерпела определенные изменения по сравнению с ее прототипом в ранее действующем законодательстве (ст. 34 Патентного закона РФ). Из текста комментируемой статьи исключено упоминание о льготных условиях налогообложения и кредитования, что в принципе является самым важным для целей стимулирования создания и использования изобретений, полезных моделей и промышленных образцов.

2. Однако именно в сфере налогообложения сохранились некоторые льготные условия для субъектов изобретательской и художественно-конструкторской деятельности.

Так, согласно подп. 26 п. 2 ст. 149 НК РФ не подлежит налогообложению передача исключительных прав, в том числе на изобретения, полезные модели, промышленные образцы, а также прав на использование указанных результатов интеллектуальной деятельности на основании лицензионного договора.

В соответствии с п. 3 ст. 221 НК РФ авторы открытий, изобретений, промышленных образцов имеют право на профессиональные налоговые вычеты в случае документального подтверждения ими материальных затрат, связанных с созданием технических решений, а если затраты не могут быть подтверждены, то вычеты предоставляются в соответствии со шкалой нормативных затрат. Как следует из вышеизложенного, при формулировке указанной нормы законодатель не учел авторов полезных моделей, т.е. использовал нормативные правовые акты, действовавшие ранее в СССР.

К налоговым льготам по уплате налога на прибыль организаций можно условно отнести норму ст. 262 НК РФ о списании на прочие расходы расходов на научные исследования и/или опытно-конструкторские разработки.

В соответствии с подп. 2.1, 2.2 и 2.3 п. 1 ст. 346.16 НК РФ при определении объекта налогообложения налогоплательщик вправе уменьшить полученные доходы на следующие расходы:

- на приобретение исключительных прав, в том числе на изобретения, полезные модели, промышленные образцы, а также прав на использование указанных результатов интеллектуальной деятельности на основании лицензионного договора;

- на патентование и/или оплату правовых услуг по получению правовой охраны результатов интеллектуальной деятельности;

- на научные исследования и/или опытно-конструкторские разработки, признаваемые таковыми в соответствии с п. 1 ст. 262 НК РФ.

3. Положением о пошлинах за патентование изобретений, полезных моделей, промышленных образцов, регистрацию товарных знаков, знаков обслуживания, наименований мест происхождения товаров, предоставление права пользования наименованиями мест происхождения товаров от 12 августа 1993 г. (с последующими изменениями) отдельным категориям граждан (например, участникам ВОВ и приравненным к ним лицам) предоставляются льготы по уплате пошлин (освобождение от уплаты, отсрочка от уплаты, уменьшение размера пошлин), действие которых

прекращается при заключении лицензионного договора или договора об отчуждении патента.

К государственному стимулированию можно условно приравнять установление права авторов, не являющихся патентообладателями, на вознаграждение за служебные изобретения, полезные модели и промышленные образцы. Западный вариант решения проблемы служебных изобретений значительно жестче для авторов-изобретателей: служебные изобретения безусловно принадлежат работодателю, а их авторы получают вознаграждение в редких случаях, как правило, когда условие об этом включено в трудовой договор.

Вполне очевидно, что столь скромный перечень льгот явно недостаточен для целей стимулирования перехода экономики нашей страны на инновационный путь развития.

4. Поучительны меры государственного стимулирования изобретательства, которые были предусмотрены Законом СССР "Об изобретениях в СССР" от 31 мая 1991 г., вступившим в силу с 1 июля 1991 г. Так, прибыль (доход) и валютная выручка, получаемые патентообладателями от использования изобретений, продажи или покупки лицензий, освобождались от налогообложения в течение пятилетнего срока. Этот срок мог быть продлен по отношению к изобретениям, имеющим важное народнохозяйственное значение (в первую очередь в области экологии и медицины).

Указанная льгота распространялась также на предприятия, которые специально создавались для изготовления новой техники и в определенных случаях на госбюджетные организации. Предприятия могли создавать фонды поощрения изобретательской деятельности, которые также не подлежали налогообложению. Государственный заказ на выпуск продукции, при изготовлении которой предполагалось использовать чужие патенты (в том числе и иностранных патентообладателей), влек для государственных органов обязанность обеспечить приобретение соответствующих лицензий.

Вполне очевидно, что некоторые льготы для авторов (например, право на дополнительную жилую площадь), предусмотренные указанным Законом, нереальны в условиях рыночных отношений.

§ 2. Патентные права

Статья 1356. Право авторства на изобретение, полезную модель или промышленный образец

Комментарий к статье 1356

1. Право авторства на изобретение, полезную модель или промышленный образец - один из ключевых институтов патентного права.

Комментируемую статью необходимо рассматривать совокупно с положениями ст. 1228 ГК РФ, имеющей общее значение для всех разнородных результатов интеллектуальной деятельности.

В статье 1228 ГК РФ употребляются термины "право авторства" и "авторство", но, к сожалению, ни одному из них не дается определения, кроме указания на принадлежность права авторства к личным неимущественным правам, что дает основания для различного их толкования и продолжения дискуссий в доктрине относительно природы этих понятий и их соотношения. Указаны только признаки права авторства (неотчуждаемость и непередаваемость) и авторства (бессрочность охраны). К положительным моментам можно отнести исправление явной ошибки, содержащейся в ранее действующем законодательстве (п. 3 ст. 7 Патентного закона РФ), когда утверждалось, что право авторства охраняется бессрочно.

2. В первом предложении комментируемой статьи дается определение права авторства: право признаваться автором изобретения, полезной модели или

промышленного образца, которое неотчуждаемо и непередаваемо, в том числе при передаче другому лицу или переходе к нему исключительного права на указанные объекты.

В содержание права авторства входит гарантированная государством возможность автора выступать в общественных отношениях в качестве признанного создателя технического или художественно-конструкторского решения. Право авторства предоставляет возможность создателю считать себя автором указанных решений.

Признаками права авторства являются его неотчуждаемость и непередаваемость. Право авторства является личным неотчуждаемым правом, т.е. оно неотделимо от личности. Право авторства является непередаваемым, т.е. оно лишено экономического содержания и за редким исключением не может никому передаваться самим автором. Кроме того, как указано во втором предложении комментируемой статьи, отказ от этого права ничтожен, т.е. не влечет за собой никаких правовых последствий. Указанная норма направлена на пресечение попыток скрытой передачи права авторства.

Право авторства независимо от исключительного (имущественного) права и при его передаче или переходе к другому лицу не следует за ним. В этом выражена главная концепция патентного права: патентование приводит к присвоению технического или художественно-конструкторского решения только в экономическом, но не в духовном плане.

Право авторства абсолютно по своему характеру, т.е. создает для всех лиц обязанность воздерживаться от присвоения себе или приписывания кому-либо чести создания технического или художественно-конструкторского решения.

3. Нельзя обойти вниманием вопрос о соотношении понятий "авторство" и "право авторства", поскольку законодатель, изменив свою позицию относительно бессрочности права авторства, все же не дает однозначные ответы на вопросы о начале и окончании срока действия права авторства.

В понятии авторства отражается объективный факт создания определенного технического или художественно-конструкторского решения. Факт авторства венчает собой творческий процесс по созданию указанного решения. Однако, если применительно к объектам авторского права юридический факт создания произведения, выраженного в объективной форме, свидетельствует о возникновении права авторства на произведение, то в патентном праве факт создания изобретения, полезной модели или промышленного образца, не свидетельствует о возникновении права авторства на соответствующее решение.

Кроме факта создания изобретения, полезной модели или промышленного образца необходим административный акт о признании его таковым со стороны федерального органа исполнительной власти по интеллектуальной собственности. Иными словами, для возникновения права авторства на изобретение, полезную модель или промышленный образец необходим юридический состав: факт создания соответствующего решения и факт его последующей регистрации и выдачи патента.

4. Может показаться, что такая позиция противоречит подп. 5 п. 1 ст. 8 ГК РФ, согласно которому гражданские права возникают в результате создания произведений науки, литературы, искусства, изобретений и иных результатов интеллектуальной деятельности. Однако в указанной общей норме говорится об одном юридическом факте, которого достаточно для возникновения права авторства на объекты авторского права, но недостаточно для объектов патентного права. Следует также иметь в виду, что в подп. 2 п. 1 ст. 8 ГК РФ предписано, что гражданские права возникают из актов государственных органов; именно такими актами являются решения федерального органа исполнительной власти по интеллектуальной собственности о государственной регистрации изобретения, полезной модели и выдачи патента (см. комментарий к ст. 1393 ГК РФ). С этого момента возникает объект права (запатентованное изобретение, полезная модель или

промышленный образец) и субъективное право на него - авторское право на указанный объект.

5. Более сложным представляется вопрос об окончании срока действия права авторства на изобретение, полезную модель или промышленный образец.

Как указано в п. 2 ст. 1228 ГК РФ, авторство и имя автора охраняются бессрочно. Сказанное означает, что применительно к патентному праву факт авторства гражданина незыблем во времени.

Однако право авторства, как любое субъективное право, имеет свои пределы. Применительно к рассматриваемому случаю такие пределы можно связывать либо с истечением срока действия соответствующего исключительного права, либо со смертью автора, носителя субъективного права. Второй случай представляется более предпочтительным, и не только с моральной точки зрения.

Следует полагать, что с истечением срока действия исключительного права право авторства не прекращается. Общеизвестно, что с истечением срока действия исключительного права соответствующее решение переходит в общественное достояние. Однако сведения о таком решении включены в уровень техники и являются препятствием для его экономического присвоения другим лицом и возможности считать себя автором такого решения.

Кроме того, право авторства дает основание требовать выплату вознаграждения и после истечения срока действия исключительного права, если обязанность по выплате вознаграждения не выполнена.

Статья 1357. Право на получение патента на изобретение, полезную модель или промышленный образец

Комментарий к статье 1357

1. Важной новеллой части четвертой ГК РФ является норма статьи 1357, предусматривающей право на получение патента на изобретение, полезную модель или промышленный образец. Данное нововведение направлено на устранение на уровне закона отдельных пробелов в правовом регулировании.

Ранее указанные вопросы решались на уровне подзаконных актов, которыми регламентировалась передача права на получение соответствующих патентов. Однако это было паллиативное решение, поскольку не осуществлялось полноценной государственной регистрации соответствующих договоров; на основании заявлений производилось изменение имени или наименования заявителя в документах заявки.

Следует признать, что право на получение патента - более широкое понятие по сравнению с правом на подачу заявки в советском изобретательском праве, которое определялось преимущественно как личное неимущественное право.

2. В пункте 1 комментируемой статьи установлена императивная норма, согласно которой право на получение патента на изобретение, полезную модель или промышленный образец первоначально принадлежит автору соответствующего объекта. В указанной норме подчеркивается неразрывная связь автора с результатами его интеллектуальной деятельности.

В норме общего характера (см. комментарий к ст. 1345 ГК РФ) право на получение патента отнесено к категории "другие права". В отличие от права авторства и исключительного права, содержание такой категории, как "другие права", включая право на получение патента, в законе не раскрыто.

На первый взгляд, исходя из нормы о первоначальной принадлежности автору права на получение патента и особенно принципа неразрывной связи автора с результатом его интеллектуальной деятельности, можно предположить, что это право имеет неимущественный характер. Ведь только от первоначального волеизъявления автора

зависит сам факт раскрытия для общества результата его интеллектуальной деятельности. Однако закон не связывает первоначальный выбор автора с правом на получение патента. Предполагается, что такой выбор уже произошел, автор определился с судьбой результата своей интеллектуальной деятельности, поэтому юридически безразличен этап, предшествующий возникновению права на получение патента. Однажды сделав свой выбор, автор располагает правом на получение патента (самостоятельно воспользоваться этим правом либо передать его по договору), которое, несомненно, имеет имущественный характер, поскольку обладает таким качеством, как оборотоспособность.

Следовательно, право на получение патента нельзя однозначно отнести ни к личным неимущественным правам, ни к имущественным правам. Это право имеет комплексную природу, включая в себя одновременно элементы личного неимущественного права и имущественного права. К элементам личного неимущественного характера можно отнести правомочие на подачу заявки, а к элементам имущественного характера - правомочие на передачу как заявки, так и патента.

Следует отметить, что с правом на получение патента корреспондируют соответствующие обязанности автора-заявителя (собственно подача заявки, которая должна соответствовать установленным требованиям, уплата патентных пошлин, взаимодействие с экспертизой и т.п.).

3. В пункте 2 комментируемой статьи раскрывается имущественный характер права на получение патента на изобретение, полезную модель или промышленный образец и способы реализации этого права.

Это право реализуется двояко:

- переход к другому лицу (правопреемнику);

- передача в случаях и по основаниям, которые установлены законом, в том числе в порядке универсального правопреемства, или по договору, в том числе по трудовому договору.

Прежде всего следует отметить некоторые противоречия, заложенные во втором способе реализации права на получение патента. Дело в том, что законодатель отнес к передаче права на получение патента универсальное правопреемство, включающее, как известно, наследование и реорганизацию юридического лица. Однако данное решение законодателя противоречит некоторым статьям ГК РФ, в частности ст. 1241 и ст. 1110 ГК РФ.

В статье 1241 ГК РФ речь идет о переходе исключительного права к другим лицам без договора, включающего, в частности, наследование и реорганизацию юридического лица. Вполне очевидно, что право на получение патента, по своему содержанию сходное с исключительным правом, должно быть урегулировано в таком же порядке.

В статье 1110 ГК РФ говорится о наследовании имущества умершего, которое переходит к другим лицам в порядке универсального правопреемства. В этом случае даже затруднительно представить себе передачу права на получение патента.

Исходя из вышеизложенного, следует полагать, что переход права на получение патента включает в себя случаи универсального правопреемства (наследование, реорганизация юридического лица в форме слияния, присоединения, разделения, выделения, преобразования), обращения взыскания на имущество правообладателя, а также все другие случаи перехода права на получение патента без договора.

4. Другие случаи перехода права на получение патента без договора нуждаются в дополнительном комментарии, поскольку они прямо не упомянуты в п. 2 комментируемой статьи. К таким случаям, полагаем, относится случай перехода права на получение патента, указанный в п. 3 ст. 1370 ГК РФ (см. комментарий к ней), когда отсутствует сама необходимость в оформлении договорных отношений между сторонами - автором-работником и работодателем. Исходя из экономического веса работодателя условие о принадлежности права на получение патента и исключительного права на служебное изобретение, служебную полезную модель или служебный промышленный образец почти

всегда присутствует в трудовом или ином договоре между автором-работником и работодателем.

Однако если такое условие не включено в договор, то как можно объяснить переход к работодателю права на получение патента, если первоначально это право принадлежит автору? Или это исключение из положения о первоначальной принадлежности автору права на получение патента?

Думается, что в этом случае необходимо прибегнуть к юридической фикции. Предполагается, что автор-работник одновременно с принятием решения о раскрытии изобретения, полезной модели или промышленного образца, за которым должно последовать соответствующее уведомление работодателя, соглашается с переходом права на получение соответствующего патента к его работодателю. Естественно, что такое условное согласие на переход права не нуждается в договорном оформлении.

5. В пункте 3 комментируемой статьи предусмотрена одна из форм передачи права на получение патента - договор об отчуждении права на получение патента на изобретение, полезную модель или промышленный образец. Такой договор должен быть заключен в письменной форме, а несоблюдение письменной формы влечет его недействительность.

В патентных законодательствах государств и международном патентном праве предусмотрена возможность заключения лицензионных договоров, предметом которых являются патентные заявки. Так, например, согласно ст. 73 Европейской патентной конвенции 2000 г., европейская заявка на патент на изобретение может быть предметом лицензии в целом или частично для всех или части территорий указанных договаривающихся государств.

Российский законодатель не счел нужным предоставить заявителям такую возможность, посчитав, по-видимому, что российский рынок прав на результаты интеллектуальной деятельности еще не достиг достаточной степени зрелости. Вместе с тем нет прямого запрета на осуществление сделок по предоставлению прав на использование заявленных изобретений, полезных моделей и промышленных образцов. Следовательно, исходя из принципа свободы договора (ст. 421 ГК РФ), не существует препятствий для заключения лицензионных договоров в отношении патентных заявок. При этом лицензиат должен отдавать себе отчет в том, что риск непатентоспособности заявленного изобретения, полезной модели или промышленного образца, по аналогии с договором об отчуждении права на получение патента, лежит на самом лицензиате.

6. В пункте 4 комментируемой статьи закреплена общепринятая в мировой патентной практике норма о возложении на приобретателя права на получение патента риска непатентоспособности заявленного изобретения, полезной модели или промышленного образца, если соглашением сторон договора не предусмотрено иное.

В п. 3 и 4 анализируемой статьи нет прямого указания о необходимости государственной регистрации договоров об отчуждении права на получение патента на изобретение, полезную модель или промышленный образец. Между тем, в отличие от лицензионных договоров, договоры об отчуждении права на получение патента влекут за собой полную или частичную замену состава заявителей, что должно отражаться в документах соответствующих заявок в форме замены имени или наименования заявителя.

Статья 1358. Исключительное право на изобретение, полезную модель или промышленный образец

Комментарий к статье 1358

1. Комментируемая статья посвящена одному из ключевых институтов патентного права - исключительному праву на изобретение, полезную модель или промышленный образец.

Главная особенность результатов интеллектуальной деятельности, по сравнению, например, с предметами вещного права, заключается в предоставлении им со стороны государства специальной охраны, выраженной в форме исключительного права. В отличие от обычных товаров результаты интеллектуальной деятельности очень уязвимы, как только они становятся известны широкому кругу лиц. Без государственной охраны они могут быть легко присвоены каждым, кто имеет необходимые средства для их использования в целях извлечения прибыли. Отсутствие гарантированной правовой охраны означало бы, что лица, вложившие определенные средства в разработку результатов интеллектуальной деятельности, не смогли бы окупить свои затраты и вследствие этого не были бы заинтересованы в такого рода деятельности. В целом институт исключительного права служит инструментом, стимулирующим развитие в обществе художественного творчества и научно-технического прогресса.

2. Ранее исключительному праву на изобретение, полезную модель или промышленный образец был посвящен отдельный раздел IV Патентного закона РФ, в ст. 10 которого было раскрыто его содержание. В настоящее время положения об исключительных правах сосредоточены в параграфе втором ("Патентные права") и параграфе третьем ("Распоряжение исключительным правом на изобретение, полезную модель или промышленный образец") гл. 72 ГК РФ.

В то же время содержание положений комментируемой статьи не претерпело существенных изменений по сравнению с соответствующими положениями, предусмотренными пунктами 2 и 3 ст. 10 ранее действовавшего Патентного закона РФ.

3. В пункте 1 комментируемой статьи исключительное право понимается прежде всего как принадлежащее патентообладателю исключительное право ИСПОЛЬЗОВАНИЯ (выделено авт. - В.Е.) изобретения, полезной модели или промышленного образца в соответствии со ст. 1229 ГК РФ любым, не противоречащим закону способом, в том числе способами, предусмотренными пунктами 2 и 3 комментируемой статьи. Кроме того, патентообладатель может распоряжаться исключительным правом на изобретение, полезную модель или промышленный образец.

Как следует из определения, в исключительном праве на первое место выдвигается его позитивная функция - правомочие использования запатентованного объекта, что теоретически исключает коллизию легальной патентной монополии с положениями антимонопольного законодательства (Федеральный закон от 26 июля 2006 г. N 135-ФЗ "О защите конкуренции" // СЗ РФ. 2006. N 31 (ч. 1). Ст. 3434).

Ссылка на ст. 1229 ГК РФ означает, что в понятие исключительного права включена его негативная функция, т.е. правомочие патентообладателя запрещать другим лицам использование результата интеллектуальной деятельности.

В предложении втором п. 1 комментируемой статьи сформулировано правомочие распоряжения патентообладателем своим исключительным правом.

4. В пунктах 1 и 2 данной статьи особое внимание обращают на себя вводные слова: соответственно "в том числе" и "в частности".

Указанный прием юридической техники означает, что установленный в комментируемой статье перечень способов использования изобретения, полезной модели или промышленного образца является открытым (или примерным).

Если в отношении собственных действий патентообладателя открытый перечень способов использования изобретения, полезной модели или промышленного образца можно признать позитивным фактором, то в отношении других лиц, которые совершают нарушение исключительного права (контрафакцию), открытый перечень правонарушающих действий - это достаточно зловещее явление, особенно в сфере уголовной ответственности за контрафакцию.

Специфика исключительных прав такова, что ответственность за нарушение патента (контрафакцию) наступает только за те правонарушения, которые непосредственно указаны в патентном законодательстве. Такой подход сложился исторически, так как на

первом этапе развития патентного законодательства главенствующую роль играла уголовная ответственность за нарушение патента, которая исключает примерный или открытый перечень преступных деяний.

В настоящее время акценты сменились, на первый план вышла гражданско-правовая ответственность, которая в ряде стран является единственным видом ответственности за нарушение патента. Однако традиционный подход к формулировке перечней контрафактных действий остался прежним - такие перечни закрепляются в патентном законодательстве как исчерпывающие или закрытые.

Нетрадиционный подход к перечню контрафактных действий в российском патентном законодательстве чреват серьезными осложнениями, особенно в сфере уголовной ответственности за нарушение патента. Как известно, согласно ст. 147 УК РФ ("Нарушение изобретательских и патентных прав") незаконное использование изобретения, полезной модели или промышленного образца влечет за собой, помимо других, более мягких наказаний (штраф, обязательные работы, арест), лишение свободы на срок до двух лет, а по квалифицирующим признакам (совершение деяния группой лиц по предварительному сговору; организованной группой) - на срок до пяти лет. Выходит, что ГК РФ открывает возможность привлечения к уголовной ответственности за деяния, которые непосредственно не указаны в законе, что грубо нарушает принципы возложения уголовной ответственности.

Открытый перечень нарушающих патент действий уже сказался, причем самым неблагоприятным образом, на содержании Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 26 апреля 2007 г. N 14 "О практике рассмотрения судами уголовных дел о нарушении авторских, смежных, изобретательских и патентных прав, а также о незаконном использовании товарного знака" (РГ. 2007. 5 мая). В п. 10 этого Постановления Пленум ВС РФ указал, что следует также считать незаконным использование изобретения, полезной модели или промышленного образца без согласия хотя бы одного из патентообладателей, поскольку порядок использования указанных объектов может определяться договором между обладателями патента.

Вполне очевидно, что указанный случай является примером договорной ответственности, в соответствии с которой на виновную сторону могут возлагаться меры гражданско-правовой, а не уголовной ответственности. В приведенном случае сообладатель патента по своему статусу не может быть признан нарушителем патента, он может нести ответственность по правилам договорной (гражданско-правовой) ответственности.

5. Понятие использования изобретения, полезной модели или промышленного образца сформулировано в виде перечня способов такого использования.

В пункте 2 комментируемой статьи закреплен открытый (примерный) перечень способов использования изобретения, полезной модели или промышленного образца, который одновременно, в случае нарушения патента (контрафакции) играет роль перечня противоправных нарушающих патент (контрафактных) действий.

Указанный перечень необходимо рассматривать совместно с положением абз. третьего п. 1 ст. 1229 ГК РФ, в которой дается общее определение контрафакции: использование результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации (в том числе их использование способами, предусмотренными ГК РФ), если такое использование осуществляется без согласия правообладателя, является незаконным и влечет ответственность, установленную ГК РФ, другими законами.

В некоторых работах делаются попытки представить перечень противоправных действий закрытым, т.е. исчерпывающим, что представляется ошибочным. Так, например, авторы Постатейного комментария к Патентному закону РФ утверждают, что перечень действий, на совершение которых третьи лица должны получить разрешение патентообладателя, можно считать исчерпывающим, поскольку в самом перечне действий используется такое определение, как "иное введение в гражданский оборот или хранение

для этих целей" (см.: Корчагин А.Д., Богданов Н.В., Казакова В.К., Полищук Е.П. Постатейный комментарий к Патентному закону Российской Федерации с учетом дополнений и изменений, внесенных Федеральным законом от 02.02.2003 N 22-ФЗ. М., 2004. С. 71). Данное утверждение не основано на законе, поскольку, как указано в ст. 129 ГК РФ, оборотоспособность определяется через отчуждение или переход от одного лица к другому объектов гражданских прав. Ведь изготовление, применение и хранение, которые упомянуты в перечне способов использования изобретения, полезной модели или промышленного образца, никак нельзя отнести к отчуждению или переходу прав на объекты.

6. Что касается самого перечня способов использования изобретения, полезной модели или промышленного образца (или перечня противоправных (контрафактных) действий), то он по существу не претерпел никаких изменений. Сейчас этот перечень, включающий четыре позиции, выглядит следующим образом:

- ввоз на территорию России, изготовление, применение, предложение к продаже, продажа, иное введение в гражданский оборот или хранение для этих целей продукта, в котором использованы изобретение или полезная модель, либо изделия, в котором использован промышленный образец;

- совершение вышеуказанных действий в отношении продукта, полученного непосредственно запатентованным способом. Если продукт, получаемый запатентованным способом, является новым, идентичный продукт считается полученным путем использования запатентованного способа, поскольку не доказано иное;

- совершение вышеуказанных действий в отношении устройства, при функционировании (эксплуатации) которого в соответствии с его назначением автоматически осуществляется запатентованный способ;

- осуществление способа, в котором используется запатентованное изобретение.

В мировой патентной практике упомянутые выше противоправные (контрафактные) действия причисляются к так называемому прямому нарушению патента.

Несмотря на пополнение перечня нарушающих патент действий, которое произошло в результате изменения Патентного закона РФ в 2003 г., подпадающих под понятия прямого нарушения патента, в этот перечень все же не включено такое правонарушение, преследуемое во всех государствах с развитым правопорядком, как предложение для осуществления способа, в котором используется запатентованное изобретение.

Кроме того, разработчики законопроекта упустили благоприятную возможность для усиления привлекательности российского патента, не включив в законопроект норму о так называемом косвенном нарушении патента. Имеется в виду несанкционированная поставка или предложение о поставке средств осуществления запатентованного изобретения лицам, которые не имеют права на использование этого изобретения (кроме, например, лицензиата). Ответственность поставщика наступает тогда, когда он знает или из обстоятельств очевидно, что поставляемые им изделия предназначены для изготовления запатентованного изобретения, т.е. в случае установления в его действиях вины.

Указанные нормы о прямом и косвенном нарушении патента достаточно апробированы на практике и доказали свою эффективность. Следует отметить, что эти нормы восприняты не только государствами - участниками Европейской патентной конвенции 2000 г., но и другими государствами, которые в последнее время реформировали или приняли новое патентное законодательство.

7. Некоторые способы использования изобретения, полезной модели или промышленного образца (противоправные (контрафактные) действия), упомянутые в п. 2 комментируемой статьи, нуждаются в дополнительном комментарии.

Следует особо отметить, что перечисленные в п. 2 противоправные (контрафактные) действия являются частными случаями противозаконного использования

запатентованного изобретения, полезной модели или промышленного образца и имеют самостоятельное значение.

Самостоятельность указанных противоправных (контрафактных) действий заключается в том, что за каждый из них патентообладатель может преследовать нарушителя своего патента. Причем нарушителей может быть несколько, все зависит от конкретных обстоятельств дела.

Конечно, первоначальными формами нарушения патента является несанкционированное изготовление продукта и применение способа. С этого все начинается. Примечательно, что в старых патентных законах преследовались только эти две формы нарушения патента. Однако с развитием рыночной экономики появилась потребность детализации понятия противозаконного использования запатентованного изобретения, полезной модели или промышленного образца на отдельные его составляющие (ввоз, предложение к продаже, продажа, хранение и др.).

Как правило, сегодня ни одна компания не занимается и изготовлением продукции, и ее реализацией на рынке. Существует целая сеть оптовиков, розничных торговцев и т.д. Более полный перечень, нарушающий патент действий, позволяет патентообладателю проследить за всей цепочкой противоправных действий и взыскать убытки с каждого правонарушителя. Этим обеспечивается более полная защита имущественных интересов патентообладателя. Однако следует учитывать, что каждая форма противоправного использования имеет свои особенности.

Сам факт изготовления нарушающего патент продукта (даже в ограниченном количестве) является достаточным для привлечения нарушителя к ответственности, независимо от назначения или дальнейшего использования контрафактных продуктов. При этом, конечно, изготовление должно осуществляться с целью извлечения прибыли. Однако не является нарушением, например, простое изготовление чертежей изобретения без дальнейшей его разработки и внедрения. Незавершенное или неполное изготовление продукта также не является нарушением патента.

Как и при изготовлении запатентованного продукта, ответственность наступает для нарушителя при наличии одного факта применения способа.

Ввоз контрафактной продукции на территорию России также считается законченным правонарушением, даже независимо от целей дальнейшего использования этой продукции. Необязательно, чтобы ввезенный товар предназначался для продажи, достаточно одного использования импортируемых товаров. Нарушение патента путем ввоза считается осуществленным, как только товар пересекает Государственную границу. По вопросу о транзитной перевозке товаров через территорию России можно предположить отсутствие нарушения патента, поскольку их ввоз на российскую территорию не является окончательным.

Предложение к продаже считается правонарушением независимо от факта заключения в дальнейшем сделки. Оно может осуществляться самыми разнообразными способами: выставление продукта (в течение даже непродолжительного времени) в витрине магазина, на выставке или ярмарке, объявление о продаже продукта в средствах печати, по радио, на телевидении, в сети Интернет, выставление рекламных щитов, вручение покупателям каталогов и т.п.

При хранении чужого объекта нарушитель отвечает уже за сам факт хранения, но при условии, что такое хранение осуществляется с целью применения, предложения к продаже, продажи, иного введения в гражданский оборот заинтересованного продукта.

Одним из наиболее распространенных заблуждений в данной сфере правового регулирования является квалификация такого незаконного способа использования, как "иное введение в гражданский оборот". Зачастую под иным введением в гражданский оборот понимается ввоз на территорию России, изготовление, применения запатентованного продукта, что является ошибочным с точки зрения понятия оборотоспособности объектов гражданских прав согласно ст. 129 ГК РФ.

Оборотоспособность характеризуется отчуждением или переходом от одного лица к другому объекта гражданских прав. Под это определение никак нельзя подогнать ввоз как таковой на территорию России, а также изготовление и применение объекта.

Под иными введениями в гражданский оборот следует понимать иные, помимо продажи или предложения к продаже, акты отчуждения или передачи запатентованного объекта (например, сдача в аренду, передача в залог). Именно такое понимание иного введения в гражданский оборот можно отметить в судебной практике государств с развитым правопорядком.

Ошибки при квалификации нарушения патента могут привести к привлечению к ответственности лиц, на которых она не должна распространяться. Так, например, признание разработки научно-технической документации, в которой воплощено чужое изобретение, нарушением патента в форме иного введения в гражданский оборот, поскольку такая документация является научно-техническим продуктом, представляется ошибочным. Здесь делается попытка отождествить правонарушающие действия, в частности изготовление, с иным введением в гражданский оборот. Чтобы привлечь к ответственности исполнителя технической документации, необходимо доказать его участие в нарушении патента в форме изготовления продукта, в котором воплощено запатентованное изобретение. Причем изготовление продукта признается в том случае, если он материализован в реальном объекте - например, в устройстве, а не в виде научно-технической документации - это этап, предшествующий использованию изобретения в форме изготовления изделий, в которых оно воплощено.

8. В подп. 3 п. 2 комментируемой статьи закреплено положение, являющееся особенностью российского патентного законодательства в сфере защиты от нарушения патента (контрафакции). Согласно указанному положению использованием (в том числе незаконным) считается совершение действий по использованию в отношении устройства, при функционировании (эксплуатации) которого в соответствии с его назначением автоматически осуществляется запатентованный способ. В практике экспертизы данное положение иллюстрируется следующим примером: если получен патент на способ обработки видеосигнала, то у патентообладателя необходимо получить разрешение на ввоз, изготовление, применение, предложение о продаже, продажу, иное введение в оборот или хранение телевизоров, в которых аппаратно или программно реализуется такой способ обработки. Вполне очевидно, что комментируемое положение существенно расширяет полномочия обладателей российских патентов на способ по защите своих имущественных интересов.

9. В пункте 3 комментируемой статьи закреплены важные нормы об установлении фактов использования изобретения, полезной модели и промышленного образца. При этом установление факта использования объекта требуется как для квалификации нарушения патента (контрафакции), так и для других целей, в том числе для выплаты вознаграждения автору-работнику за служебное изобретение, служебную полезную модель и служебный промышленный образец (см. комментарий к ст. 1370 ГК РФ), для выплаты денежной компенсации за использование заявленного изобретения в период временной правовой охраны (см. комментарий к ст. 1392 ГК РФ), установления права преждепользования (см. комментарий к ст. 1361 ГК РФ), установления права послепользования (см. комментарий к п. 3 ст. 1400 ГК РФ).

В абзаце первом п. 3 комментируемой статьи устанавливается, что понимается под использованием изобретения или полезной модели в продукте или способе: если продукт содержит, а в способе использован каждый признак изобретения или полезной модели, приведенный в независимом пункте содержащейся в патенте формулы изобретения или полезной модели, либо признак, эквивалентный ему и ставший известным в качестве такового в данной области техники до совершения в отношении соответствующего продукта или способа действия по использованию.

Из вышеизложенного следует, что формула изобретения или полезной модели служит критерием при установлении факта использования запатентованного изобретения или полезной модели, в том числе и незаконного использования, т.е. нарушения патента (путем сравнения объектов, которые предположительно нарушают патент, с объектами, находящимися под охраной патента).

Кроме того, при толковании формулы изобретения или полезной модели может быть применена так называемая теория эквивалентов, согласно которой признаки считаются эквивалентными, если они выполняют одну и ту же техническую функцию для достижения одного и того же результата, хотя и отличаются по форме. Иными словами, при определении эквивалентности признаков учитывается их взаимозаменяемость.

В абзаце втором п. 3 устанавливается, что понимается под использованием промышленного образца в изделии: если такое изделие содержит все существенные признаки промышленного образца, нашедшие отражение на изображениях изделия и приведенные в перечне существенных признаков промышленного образца.

Перечень существенных признаков промышленного образца включен в понятие использования промышленного образца в 2003 г. (п. 2 ст. 10 Патентного закона РФ) для характеристики внешнего вида изделия в статическом состоянии последнего.

Как следует из вышеизложенного, перечень существенных признаков промышленного образца, т.е. словесное их описание, хотя является вспомогательным инструментом для определения факта использования промышленного образца, в том числе и незаконного, все же играет в некоторой степени роль формулы изобретения.

В абзаце третьем п. 3 предусмотрен особый случай признания использованным изобретения, полезной модели, промышленного образца: если при использовании изобретения или полезной модели используются также все признаки, приведенные в независимом пункте содержащейся в патенте формулы другого изобретения или другой полезной модели, а при использовании промышленного образца - все признаки, приведенные в перечне существенных признаков другого промышленного образца.

В данной норме описаны случаи так называемых зависимых патентов. Один из таких случаев, предусмотренных в п. 2 ст. 1362 ГК РФ (см. комментарий к ней), может завершиться выдачей принудительной лицензии.

10. В пункте 4 комментируемой статьи описана ситуация, когда сообладателями патента на одно изобретение, одну полезную модель или один промышленный образец являются два или более лица, независимо от того, является ли кто-либо из них автором этого результата интеллектуальной деятельности. Для целей применения данной нормы сделана ссылка на правила, установленные пунктами 2 и 3 ст. 1348 ГК РФ (см. комментарий к данной статье).

Содержание комментируемой нормы в принципе соответствует содержанию абзаца шестого п. 1 ст. 10 ранее действовавшего Патентного закона РФ.

Статья 1359. Действия, не являющиеся нарушением исключительного права на изобретение, полезную модель или промышленный образец

Комментарий к статье 1359

1. Комментируемая статья посвящена действиям, не являющимся нарушением исключительного права на изобретение, полезную модель или промышленный образец, т.е. случаям свободного использования запатентованных объектов.

В патентных законодательствах государств мира почти повсеместно закреплены положения, согласно которым определены действия, формально нарушающие чужой патент, которые на самом деле таковыми не являются.

Речь идет о так называемых исключениях из патентной монополии патентообладателя, направленных на установление разумного баланса интересов между патентообладателями, иными лицами и обществом в целом.

Естественно, что такие исключения существенно ограничивают объем исключительного права патентообладателя. Делается это для содействия научно-техническому прогрессу в стране, решения ряда социальных проблем, выполнения международно-правовых обязательств государства.

2. В российском законодательстве исключения из патентной монополии сконцентрированы в основном в комментируемой статье, которая в целом повторяет положения ст. 11 ранее действовавшего Патентного закона РФ.

В комментируемой статье установлен исчерпывающий перечень случаев свободного, в основном безвозмездного использования запатентованных объектов, состоящий из шести позиций.

Между тем исключения из патентной монополии не сводятся к тем случаям свободного использования запатентованных объектов, которые перечислены в указанном перечне. К исключениям из патентной монополии можно причислить, например, использование изобретения, полезной модели, промышленного образца в интересах национальной безопасности (см. комментарий к ст. 1360 ГК РФ), право преждепользования (см. комментарий к ст. 1361 ГК РФ), принудительное лицензирование (см. комментарий к ст. 1362 ГК РФ).

Указанный феномен связан в основном с заимствованием Россией зарубежных образцов правового регулирования в указанной сфере, которое образовалось не одномоментно, а на протяжении длительного периода времени.

3. Общие положения, лежащие в основе исключений, ограничивающих патентную монополию, установлены ст. 10 ГК РФ, которая определяет пределы осуществления гражданских прав.

В соответствии с данной статьей при осуществлении гражданских прав запрещены:

- действия, осуществляемые исключительно с намерением причинить вред другому лицу, а также злоупотребление правом в иных формах;

- использование гражданских прав в целях ограничения конкуренции, а также злоупотребление доминирующим положением на рынке <1>.

- -

<1> В данном случае мысль законодателя выражена нечетко, поскольку злоупотребление доминирующим положением на рынке является одной из форм ограничения конкуренции.

В целом пределы осуществления гражданских прав связываются с разумными и добросовестными действиями граждан и юридических лиц, которые законом презюмируются.

4. Первое исключение из патентной монополии относится к применению продукта, в котором использованы изобретение или полезная модель, и применению изделия, в котором использован промышленный образец, на транспортных средствах или в космической технике иностранных государств, временно или случайно находящихся на территории РФ, действующее на началах взаимности.

Это общепризнанное в мировой патентной практике исключение из патентной монополии; оно предусмотрено также международным патентным правом (например, ст. 5.ter Парижской конвенции по охране промышленной собственности).

Однако в отличие от зарубежного опыта, российское законодательство не предусматривает применение запатентованного способа в транспортных средствах иностранных государств, что может повлечь за собой ответные меры в отношении российских транспортных средств, находящихся временно или случайно на территориях зарубежных государств.

5. Второе исключение из патентной монополии касается проведения научного исследования продукта, способа или изделия, в которых использованы, соответственно, изобретение, полезная модель или промышленный образец, либо проведения эксперимента над таким продуктом, способом или изделием.

Российский законодатель, на мой взгляд, некорректно сформулировал указанное исключение из патентной монополии, ограничив его применение только случаями проведения научного исследования или эксперимента.

За рубежом указанное исключение служит целям развития научно-технического прогресса, позволяя третьим лицам осуществление всех действий, относящихся к предмету запатентованного изобретения, в экспериментальных целях.

6. Третье исключение из патентной монополии заключается в использовании запатентованного объекта при чрезвычайных обстоятельствах (стихийные бедствия, катастрофы, аварии) с уведомлением о таком использовании патентообладателя в кратчайший срок с последующей выплатой ему соразмерной компенсации.

Указанное исключение из патентной монополии не является случаем безусловного свободного использования запатентованного объекта, поскольку влечет за собой выплату патентообладателю соразмерной компенсации, а также его уведомление о таком использовании в кратчайший срок.

При этом следует иметь в виду, что использование запатентованного объекта следует понимать в широком смысле, т.е. в соответствии с положениями ст. 1358 ГК РФ (см. комментарий к этой статье), но строго в определенных целях - для устранения последствий чрезвычайных обстоятельств.

7. Четвертым исключением из патентной монополии является использование запатентованного объекта для удовлетворения личных, семейных, домашних или иных не связанных с предпринимательской деятельностью нужд, если целью такого использования не является получение прибыли или дохода.

Как и в предыдущем случае исключения из патентной монополии, использование следует понимать в широком смысле, однако не для целей получения прибыли или дохода.

8. Пятое исключение из патентной монополии охватывает разовое изготовление в аптеках по рецептам врачей лекарственных средств с использованием изобретения.

Российский законодатель слишком узко сформулировал указанное исключение из патентной монополии. В мировой патентной практике действие патента не распространяется не только на непосредственное и разовое приготовление лекарств в аптеках по рецепту врача, но также и на действия, касающиеся приготовленных таким образом лекарств, т.е. и на их продажу по рецептам.

В связи с вышеизложенным следует полагать, что разовое изготовление в аптеках по рецептам врачей лекарственных средств теряет свой смысл, если оно не будет сопровождаться разрешением на их продажу пациентам.

Вместе с тем следует учитывать тот факт, что такое изготовление лекарственных средств должно быть действительно разовым и не перерастать в приготовление запасов таких лекарственных средств для их дальнейшей продажи, что в условиях больших городов нанесло бы ощутимый ущерб экономическим интересам патентообладателя.

9. Последнее, шестое, исключение из патентной монополии, предусмотренное комментируемой статьей, касается правила исчерпания прав патентообладателя.

В основе данного правила лежит так называемая теория исчерпания прав патентообладателя, разработанная в патентных системах государств с развитым правопорядком. Сущность этой теории заключается в ограничении прав патентообладателя после изготовления запатентованного продукта и первого ввода его в гражданский оборот им самим или с его согласия (уполномоченным лицом, которым может быть, например, лицензиат) в отношении действий по дальнейшей коммерческой реализации или использования этого продукта (перепродажа, сдача в аренду и т.д.).

Контроль патентообладателя за такими действиями может осуществляться на договорных условиях, если это не нарушает антимонопольное законодательство, и, естественно, в случае нарушения контрагентом таких условий последний будет нести не деликтную, а договорную ответственность, т.е. не будет считаться нарушителем патента.

Предполагается, что патентообладатель в результате ввода запатентованного объекта в гражданский оборот им самим или через уполномоченное лицо автоматически исчерпывает свое исключительное право, так как он уже получил выгоду из своей монополии.

В мировой патентной практике различают два основных принципа исчерпания прав патентообладателя (национальный и международный) в зависимости от того, с какой территорией, где произошел ввод продукта в гражданский оборот, законодатель связывает исчерпание прав патентообладателя.

Национальный принцип исчерпания прав патентообладателя, который получил наибольшее распространение в мире, действует в том случае, когда исключительное право считается исчерпанным при введении товара в гражданский оборот на национальной территории. Международный принцип исчерпания прав патентообладателя действует в том случае, когда исключительное право считается исчерпанным при введении товара в гражданский оборот как на национальной территории, так и за рубежом.

Вполне естественно, что международный принцип исчерпания прав не выгоден для патентообладателя, поскольку он не вправе запретить ввоз и продажу на территории действия патента продуктов, которые были им впервые введены в гражданский оборот за рубежом.

Следует особо отметить, что в Патентном законе РФ в редакции 1992 г. отсутствовало указание на место введения запатентованного продукта или изделия в оборот, что давало основание для применения невыгодного для патентообладателя международного принципа исчерпания прав. Последовавшее в 2003 г. четкое указание на введение запатентованного продукта или изделия в гражданский оборот на территории Российской Федерации сняло ранее существовавшую неопределенность относительно места введения в гражданский оборот, в том числе и за рубежом, что могло нанести вред имущественным интересам патентообладателя.

Статья 1360. Использование изобретения, полезной модели или промышленного образца в интересах национальной безопасности

Комментарий к статье 1360

1. Комментируемая статья посвящена одному из исключений из патентной монополии: использование изобретения, полезной модели или промышленного образца в интересах национальной безопасности.

В принципе это общепризнанная норма в патентных законодательствах зарубежных государств. Как правило, ограничение прав патентообладателя в данном случае осуществляется в форме выдачи официальных лицензий и по более широкому спектру оснований, например в интересах общественного здравоохранения, национальной экономики.

2. По сравнению с ранее действовавшим патентным законодательством (п. 4 ст. 13 Патентного закона РФ) данная статья претерпела некоторые изменения.

Законодатель посчитал необходимым вынести в название комментируемой статьи родовое понятие "национальная безопасность", а в ее текст включить два видовых понятия: "оборона" и "безопасность".

Под понятием "оборона" понимается система политических, экономических, военных, социальных правовых и иных мер по подготовке к вооруженной защите и вооруженная защита РФ, целостности и неприкосновенности ее территории (см. ст. 1

Федерального закона "Об обороне" от 31 мая 1996 г. N 61-ФЗ // СЗ РФ. 1996. N 23. Ст. 2750).

Понятие "безопасность" означает состояние защищенности жизненно важных интересов личности, общества и государства от внутренних и внешних угроз (ст. 1 Закона РФ "О безопасности" от 5 марта 1992 г. N 2446-1 // Ведомости РФ. 1992. N 15. Ст. 769).

Указанная правовая конструкция в принципе соответствует нормам международного права. Так, согласно Сиракузским принципам толкования ограничений и отступлений от положений Международного пакта о гражданских и политических правах под национальной безопасностью понимается защита существования нации или ее территориальной целостности либо политической независимости против силы или угрозы силой.

3. Закрепленное в комментируемой статье исключение из патентной монополии не является случаем свободного (безвозмездного) использования запатентованного объекта.

Предоставление Правительством РФ разрешения на использование запатентованного объекта без согласия патентообладателя влечет за собой выплату последнему соразмерной компенсации. При этом патентообладатель должен уведомляться о факте такого разрешения в кратчайший срок.

Понятия "соразмерное вознаграждение", "кратчайший срок", являющиеся оценочными понятиями, требуют их раскрытия в подзаконном акте Правительства РФ, равно как и всего механизма предоставления разрешения на использование запатентованного изобретения, полезной модели или промышленного образца в интересах национальной обороны.

Статья 1361. Право преждепользования на изобретение, полезную модель или промышленный образец

Комментарий к статье 1361

1. Право преждепользования на изобретение, полезную модель или промышленный образец, закрепленное в комментируемой статье, во всех правовых системах традиционно относят к исключениям из патентной монополии.

По сравнению с ранее действовавшим законодательством (ст. 12 Патентного Закона РФ) положения о праве преждепользования претерпели незначительные изменения.

Смысл института преждепользования заключается в поощрении параллельного творчества лиц, которые по тем или иным причинам не смогли вовремя запатентовать результаты своего технического или художественно-конструктивного творчества.

2. В соответствии с п. 1 комментируемой статьи лицо, которое до даты приоритета изобретения, полезной модели или промышленного образца (см. комментарии к ст. 1381 и 1382 ГК РФ) добросовестно использовало на территории России созданное независимо от автора тождественное решение или сделало необходимые приготовления, сохраняет право на дальнейшее безвозмездное использование тождественного решения без расширения объема такого использования.

Как следует из п. 1 комментируемой статьи, действие права преждепользования предполагает наличие следующих условий:

- добросовестное использование тождественного решения (или добросовестные необходимые приготовления к такому использованию) на территории России до даты приоритета изобретения, полезной модели или промышленного образца <1>;

- -

<1> Нечеткая формулировка п. 1 данной статьи допускает толкование, согласно которому необходимые приготовления к использованию могут иметь место как на территории России, так и за ее пределами. Однако с таким толкованием нельзя

согласиться, поскольку право преждепользования, как и исключительное право, имеет территориальный характер, т.е. его действие связано с определенной территорией.

- независимое от автора изобретения, полезной модели или промышленного образца создание тождественного решения;

- нерасширение объема использования тождественного решения.

3. Следует особо отметить, что право преждепользования по российскому законодательству существенно отличается от аналогичного права, действующего в большинстве государств с развитым правопорядком.

Патентные законодательства таких государств не содержат, например, такого условия действительности права преждепользования, как независимость при создании тождественного решения.

Последовательное применение указанного положения существенно сужает полномочия преждепользователя. Представим себе ситуацию, когда заказчик разработки использует изобретение в режиме ноу-хау, а затем автор патентует данное изобретение. Заказчик в этом случае, при отсутствии соответствующих условий договора, не сможет использовать результаты заказанной разработки даже как преждепользователь, поскольку изобретение, полезная модель или промышленный образец, согласно п. 1 комментируемой статьи, должно быть создано независимо от его автора.

Почти повсеместно закреплено единственное условие действительности права преждепользования: добросовестное использование или принятие необходимых для этого мер, что на практике означает отсутствие заимствования или присвоения чужого изобретения, полезной модели или промышленного образца.

Поэтому требование о нерасширении объема использования тождественного решения по российскому законодательству также можно расценить как неоправданное сужение полномочий преждепользователя. Кроме того, с большой долей уверенности можно прогнозировать возникновение затруднений при рассмотрении судебных споров о праве преждепользования в отношении определения объема использования на дату приоритета изобретения, полезной модели или промышленного образца.

4. Преждепользование можно квалифицировать как случай свободного (безвозмездного) использования параллельно созданного (т.е. своего, а не чужого) изобретения, полезной модели или промышленного образца.

Право преждепользования - это субъективное гражданское право, имеющее индивидуальный характер, действующее в пределах территории России.

В отличие от патентообладателя, полномочия преждепользователя ограничены использованием объекта преждепользования, как правило, на предприятии преждепользователя, а в России - дополнительно ограничено запретом расширения объема такого использования.

Обычно право преждепользования не удостоверяется никакими охранными документами. В редких случаях, например в Австрии, преждепользователь может потребовать, чтобы его право было признано патентообладателем путем выдачи удостоверения. В случае отказа по ходатайству преждепользователя патентное ведомство выносит соответствующее решение и вносит запись об этом в патентный реестр.

5. В пункте 2 комментируемой статьи предусмотрен единственный способ передачи права преждепользования другому лицу: только вместе с предприятием, на котором имело место использование тождественного решения или были сделаны необходимые к этому приготовления <1>.

- -

<1> Комментируемая норма отличается от ранее действовавшей заменой экономического термина "производство" на юридический термин "предприятие", понятие которого в качестве объекта права раскрыто в ст. 132 ГК РФ.

Сказанное означает, что право преждепользования в составе части предприятия не допускается, необходима сделка в отношении предприятия в целом, равно как и не допускается самостоятельная, отдельная от этого предприятия передача этого права.

Однако это ответ на один вопрос. Не совсем ясно, какой смысл вкладывал законодатель в термин "передано" при формулировке нормы о том, что "право преждепользования может быть передано другому лицу".

Возможно узкое толкование этого термина, например, при передаче права преждепользования в рамках договора продажи предприятия (см. ст. 559 ГК РФ), т.е. допускается только отчуждение права преждепользования вместе с предприятием в целом.

Однако логично предположить, что законодатель имел в виду широкое толкование этого термина, включающее передачу права преждепользования, в том числе по договору аренды предприятия (см. ст. 656 ГК РФ), а также случаи перехода права преждепользования к другим лицам без договора (наследование, реорганизация юридического лица, обращение взыскания на имущество патентообладателя).

Статья 1362. Принудительная лицензия на изобретение, полезную модель или промышленный образец

Комментарий к статье 1362

1. В комментируемой статье предусмотрено предоставление двух видов принудительных лицензий (в случае неиспользования или недостаточного использования патентообладателем запатентованных объектов и в случае так называемых зависимых изобретений), которые в ранее действовавшем законодательстве были урегулированы соответственно п. 3 и 4 ст. 10 Патентного закона РФ.

Институт принудительного лицензирования предусмотрен в патентных законодательствах большинства государств мира, хотя на практике он не получил широкого применения.

Институт принудительного лицензирования нашел также отражение в международном патентном праве, например в ст. 5 (A) Парижской конвенции по охране промышленной собственности (далее - Парижская конвенция), ст. 31 Соглашения по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (далее - Соглашение ТРИПС).

2. В пункте 1 комментируемой статьи предусмотрены условия предоставления, а также прекращения действия принудительной лицензии в случае использования или недостаточного использования патентообладателем запатентованного изобретения, полезной модели или промышленного образца.

Принудительное лицензирование по указанному основанию - это одна из форм исключений из патентной монополии на возмездных началах.

В основе указанного исключения лежит обязанность по использованию запатентованного объекта, являющаяся, наряду с обязанностью по уплате пошлин, своеобразной ценой за предоставленную государством патентную монополию. С этой точки зрения принудительное лицензирование представляет собой санкцию за невыполнение патентообладателем обязанности по использованию запатентованного объекта.

Сам факт неиспользования запатентованного изобретения квалифицируется международным патентным правом как злоупотребление в сфере осуществления исключительного права, предоставляемого патентом, для предотвращения которого и предусмотрена выдача принудительных лицензий (ст. 5 (A) (2) Парижской конвенции).

Принудительная лицензия носит ярко выраженный штрафной характер, что помимо прочего следует из ее названия. Поэтому именно судебное решение является основанием возникновения данного принудительного договорного обязательства.

3. Положения о предоставлении принудительной лицензии на изобретение, полезную модель или промышленный образец во многом согласованы с требованиями ст. 31 Соглашения ТРИПС. Отсутствует только положение о том, что принудительная лицензия может быть переуступлена другому лицу только совместно с предприятием, на котором использовался соответствующий запатентованный объект.

4. Предоставление принудительной простой (неисключительной) лицензии на использование на территории России соответствующего запатентованного объекта осуществляется путем предъявления в суд иска к патентообладателю при наличии одновременно следующих условий:

- неиспользование или недостаточное использование патентообладателем запатентованных объектов в течение допустимых сроков их неиспользования (недостаточного использования);
- недостаточное предложение соответствующих товаров, работ или услуг на рынке вследствие указанного неиспользования (недостаточного использования);
- готовность любого лица, желающего использовать указанные запатентованные объекты;
- отказ патентообладателя от заключения с этим лицом лицензионного договора на условиях, соответствующих установившейся практике.

5. Следует отметить некоторое ужесточение требований к обязательному использованию запатентованных изобретений, полезных моделей или промышленных образцов.

Если ранее, согласно п. 3 ст. 10 Патентного закона РФ, при оценке использования запатентованных объектов должны были учитываться не только соответствующие действия патентообладателей, но и лиц, которым передавались права на указанные объекты (т.е. лицензиатов), то в настоящее время такая возможность исключена.

Иными словами, в соответствии с комментируемым пунктом патентообладатель не может оправдать свое бездействие фактами использования запатентованных изобретений, полезных моделей или промышленных образцов согласно предоставленному им лицензионному договору.

6. Для целей предоставления принудительной лицензии важное значение имеет определение понятий "неиспользование" или "недостаточное использование" запатентованных объектов. Иными словами, необходимо установить, какие виды использования патентообладателем запатентованных объектов могут предотвратить принудительное лицензирование.

Во-первых, представляется очевидным, что использование запатентованных объектов должно иметь промышленный характер, достаточный для насыщения рынка соответствующими товарами, работами, услугами.

Во-вторых, не все виды использования запатентованных объектов, перечисленные в п. 2 ст. 1358 ГК РФ (см. комментарий к указанному пункту), могут быть признаны таковыми для целей применения комментируемого пункта. Так, например, изготовление запатентованного продукта или применение запатентованного способа на территории России, а также все вторичные виды использования указанных объектов (предложение к продаже, продажа, иное введение в гражданский оборот или хранение) могут считаться достаточными, чтобы избежать принудительного лицензирования. Однако ввоз на территорию Российской Федерации запатентованного в Российской Федерации продукта, изготовленного за рубежом, и все последующие действия по введению его в гражданский оборот или хранению, не могут быть признаны надлежащим его использованием. Иными словами, импорт в Россию запатентованной продукции, произведенной в зарубежных государствах, не может заменить размещения производства указанной продукции на территории России.

7. Комментируемая статья содержит ряд терминов, которые являются оценочными понятиями и подлежат в случае спора доказыванию в суде лицами, выдвигающими требования о предоставлении принудительной лицензии либо о прекращении ее действия.

К таким терминам относятся следующие: "готовность к использованию" запатентованного объекта; "недостаточное предложение" соответствующих товаров (работ, услуг) на рынке; "уважительные причины" неиспользования или недостаточного использования запатентованных объектов; "цена лицензии, определяемая при сравнимых обстоятельствах"; "обстоятельства, обусловившие предоставление такой лицензии, перестанут существовать и их возникновение маловероятно".

Так, например, готовность лица, испрашивающего принудительную лицензию, следует понимать как наличие у него достаточных средств для осуществления неиспользуемого (недостаточно используемого) объекта (финансовые средства, наличие материальной базы, сырья, квалифицированной рабочей силы, комплектующих деталей, производственных площадей и т.д.). Уважительными причинами неиспользования (недостаточного использования) запатентованного объекта могут быть только аргументы правомерного характера (в том числе юридического, технико-экономического), подтвержденные компетентными органами.

8. К числу исключений из патентной монополии традиционно относят предоставление принудительной лицензии в случае так называемого зависимого изобретения, когда патентообладатель не может использовать свое запатентованное изобретение, не нарушая при этом прав обладателя другого (предшествующего) патента на изобретение или полезную модель.

Правила, регламентирующие указанный случай принудительного лицензирования, предусмотрены в п. 2 комментируемой статьи; они во многом совпадают с положениями ст. 31 Соглашения ТРИПС.

9. Предоставление принудительной простой (неисключительной) лицензии, действующей на территории России, в случае зависимого изобретения осуществляется путем предъявления в суд иска обладателем патента на зависимое изобретение обладателю первого (независимого) изобретения при наличии одновременно следующих условий:

- невозможность для обладателя второго патента использовать свое изобретение (зависимое изобретение) без нарушения прав обладателя первого патента на изобретение или полезную модель;

- отказ обладателя первого патента от заключения лицензионного договора с обладателем второго патента на условиях, соответствующих установившейся практике;

- доказанность обладателем второго патента в суде того факта, что его зависимое изобретение представляет собой важное техническое достижение и имеет существенные экономические преимущества перед предшествующим запатентованным изобретением или полезной моделью.

Следует особо отметить, что законодатель исключил возможность возникновения ситуации с зависимой полезной моделью, поскольку комментируемый пункт не уполномочивает обладателя патента на такую полезную модель требовать предоставить ему лицензии на предшествующее изобретение или полезную модель для целей беспрепятственного правомерного использования данной полезной модели.

10. Как следует из вышеизложенного, принудительное лицензирование в случае зависимого изобретения существенно отличается от принудительного лицензирования в случае неиспользования или недостаточного использования запатентованного объекта.

Объединяет эти два случая принудительного лицензирования то обстоятельство, что в их основе лежит злоупотребление патентообладателем своим исключительным правом (патентной монополией).

В случае с зависимым изобретением злоупотребление патентной монополией выражается в форме отказа патентообладателя, патент которого препятствует

использованию важного для общества технического достижения, от заключения лицензионного соглашения с обладателем патента на зависимое изобретение, что в принципе является тормозом для развития научно-технического прогресса в стране.

11. Важное отличие указанного случая принудительного лицензирования заключается в правовых последствиях предоставления принудительной лицензии, которые в определенной степени уравновешивают баланс интересов между обоими патентообладателями.

Эти правовые последствия выражены в форме так называемого перекрестного лицензирования: в случае предоставления принудительной лицензии обладатель патента на изобретение или полезную модель, право на использование которых предоставлено на основании указанной лицензии, также имеет право на получение простой (неисключительной) лицензии на использование изобретения, в связи с которым была выдана принудительная лицензия. При этом такая "перекрестная" лицензия выдается на условиях, соответствующих установившейся практике, т.е. с определением объема использования, размера, порядка и срока платежей.

Второе отличие принудительного лицензирования в случае зависимого изобретения состоит в том, что законодатель, следуя ст. 31 Соглашения ТРИПС, предусмотрел возможность передачи права использования, предоставленного согласно принудительной лицензии: полученное по принудительной лицензии право использования изобретения, охраняемое первым патентом, не может быть передано другим лицам, кроме случая отчуждения второго патента, т.е. зависимого патента. Иными словами, самостоятельная передача права использования предшествующего изобретения не допускается; оно может быть передано другим лицам только совместно с отчуждением этим лицам исключительного права на зависимое изобретение.

Примечательно, что в данном положении речь идет о передаче права использования только изобретения, полученного по принудительной лицензии на использование как изобретения, так и полезной модели. В связи с этим не вполне понятна судьба полученного по принудительной лицензии права использования полезной модели в случае отчуждения исключительного права на изобретение, зависимое от этой полезной модели. Думается, что в тех редких случаях, когда это может произойти, право использования полезной модели должно следовать судьбе исключительного права на зависимое изобретение, т.е. передаваться совместно с отчужденным патентом.

12. Пункт 3 комментируемой статьи представляет собой новацию ГК РФ, расширяющего полномочия федерального органа исполнительной власти по интеллектуальной собственности.

Оба вида принудительных лицензий, предоставляемых на основании решений судов (п. 1 и 2 комментируемой статьи), подлежат государственной регистрации в указанном федеральном органе.

Статья 1363. Сроки действия исключительных прав на изобретение, полезную модель и промышленный образец

Комментарий к статье 1363

1. В данной статье определены правила в отношении действия исключительных прав на изобретение, полезную модель или промышленный образец, а также удостоверяющих эти права патентов во времени.

По сравнению с ранее действовавшим законодательством (п. 3 ст. 3 Патентного закона РФ) правила определения указанных сроков претерпели определенные изменения.

2. В соответствии с абзацем первым п. 1 комментируемой статьи срок действия исключительного права на изобретение, полезную модель или промышленный образец и удостоверяющего это право патента исчисляется со дня подачи первоначальной заявки на

выдачу патента в федеральной орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности и составляет: 20 лет - для изобретений; 10 лет - для полезных моделей; 15 лет - для промышленных образцов.

В данном пункте определены как начало срока действия исключительного права (удостоверяющего это право патента), так и его окончание.

3. Прежде всего следует отметить, что, в отличие от ранее действовавшего законодательства, оперировавшего, по сути, одним термином ("патент", "срок действия патента"), в комментируемом пункте используются два термина ("срок действия исключительного права", "срок действия патента"), которые хотя и одинаковые по длительности, имеют в данном контексте разную смысловую нагрузку.

Примечательно, что в мировой патентной практике термин "патент" употребляется в разных значениях: это может быть сам документ (патентная грамота) или запатентованное изобретение или исключительное право на изобретение. В последнем случае термины "патент" и "исключительное право на изобретение" являются синонимами.

Кроме того, срок действия исключительного права (патента) исчисляется не "с даты подачи заявки", как это было прежде, а "со дня подачи первоначальной заявки".

Указанные новации влекут за собой определенные последствия.

Во-первых, нарушено единство терминологии по всему тексту гл. 72 ГК РФ, поскольку, например, в ст. 1375, 1376, 1377 ГК РФ речь идет о дате подачи заявки, соответственно, на изобретение, полезную модель или промышленный образец. Указанный подход не стыкуется с положениями международных договоров в сфере интеллектуальной собственности, например ст. 33 Соглашения ТРИПС, согласно которой срок предоставляемой охраны не заканчивается до истечения периода в 20 лет, считая с даты подачи заявки.

В Договоре о патентной кооперации и Инструкции к указанному Договору, участницей которого является Россия, все установленные сроки также привязаны к соответствующим календарным датам.

В практическом плане изменилось начало течения срока действия исключительного права (патента), поскольку ранее действовало общее правило ст. 191 ГК РФ, согласно которому течение срока, определенного периодом времени, начинается на следующий день после календарной даты или наступления события, которыми определено его начало.

Во-вторых, указание в комментируемой норме на подачу первоначальной заявки представляется ошибочной. Речь должна идти о подаче заявки на изобретение, заявки на полезную модель или заявки на промышленный образец, как это указано, соответственно, в ст. 1375, 1376 и 1377 ГК РФ. Другое дело, что для патентов, выдаваемых по выделенным заявкам (см. комментарии к п. 4 ст. 1381 ГК РФ), законодатель установил в качестве точки отсчета дату первоначальной заявки, на основании которой была подана выделенная заявка. Иными словами, термин "первоначальная заявка" характеризует один из случаев установления приоритета изобретения, полезной модели или промышленного образца ("по выделенной заявке"), а не общее правило для определения начала срока действия исключительного права (патента).

4. В комментируемой норме четко указано начало срока действия исключительного права (патента): со дня подачи заявки на выдачу патента.

Исключительное право, исходя из положений ст. 1229 и 1358 ГК РФ (см. комментарии к указанным статьям), включает в себя позитивную функцию (правомочие по использованию и распоряжению запатентованным объектом) и негативную функцию (правомочие по запрету третьим лицам использовать запатентованный объект).

К сожалению, в комментируемой норме отсутствует оговорка о том, что срок действия исключительного права (патента) исчисляется с учетом действия ст. 1392 ГК РФ о временной правовой охране изобретения (со дня публикации сведений о заявке до даты публикации сведений о выдаче патента), что дает некоторые основания полагать, что

негативная функция патента начинает действовать со дня подачи заявки и ставит под сомнение само существование института временной правовой охраны.

5. Однако норма абзаца второго п. 1 комментируемой статьи снимает все сомнения относительно начала действия негативной функции патента.

В данной норме предписано, что защита исключительного права, удостоверенного патентом, может быть осуществлена лишь после государственной регистрации изобретения, полезной модели или промышленного образца и выдачи патента (см. комментарий к ст. 1393 ГК РФ).

Иными словами, негативная функция исключительного права, т.е. правомочие по запрету третьим лицам использовать запатентованный объект, начинает действовать после выдачи патента.

При этом следует иметь в виду, что одной выдачи патента недостаточно, необходима параллельная публикация сведений о выдаче патента, уведомляющая всех о чужих патентных правах. В противном случае возможно наступление безвиновной (объективной) ответственности, что противоречит принципу возложения гражданско-правовой ответственности только за вину.

6. Следует особо отметить, что указание на начало действия исключительного права (патента) со дня подачи заявки определяет отправную точку положительной функции исключительного права, т.е. начало действия правомочия патентообладателя по использованию и распоряжению запатентованным объектом, что немаловажно в условиях действия антимонопольного законодательства, особенно когда его положения реформируются без учета особенностей патентной монополии.

Так, с принятием Федерального закона от 26 июля 2006 г. N 135-ФЗ "О защите конкуренции" (СЗ РФ. 2006. N 31 (ч. 1). Ст. 3434) из антимонопольного законодательства исчезла общая норма о нераспространении его на отношения, связанные с объектами исключительных прав, т.е. положение о легитимности патентной монополии и других монополий, основанных на исключительных правах на результаты интеллектуальной деятельности и приравненных к ним средств индивидуализации, которая присутствовала в ранее действовавшем Законе РСФСР от 22 марта 1991 г. N 948-1 "О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках" (Ведомости РФ. 1991. N 16. Ст. 499).

7. В пункте 2 комментируемой статьи установлен порядок продления срока действия исключительного права (патента) на изобретение, относящееся к лекарственному средству, пестициду или агрохимикату, для применения которых требуется получение в установленном законом порядке разрешения.

Комментируемый пункт имеет исключительно важное значение для патентообладателей в упомянутых сферах хозяйственной деятельности, поскольку, помимо процедур по выдаче патентов, они связаны установленными государственными органами формальностями, соблюдение которых объективно сокращает срок действия патентов на изобретения, относящиеся к лекарственным средствам, пестицидам и агрохимикатам.

Следует особо отметить, что продление срока правовой охраны такого рода изобретений широко известно патентным законодательствам государств с развитым правопорядком и международным организациям еще с начала 90-х годов прошлого века.

В ЕС в 1992 г. принят Регламент N 1768/92 о дополнительном охранном свидетельстве для медицинских продуктов, вступивший в силу со 2 июля 1993 г.

В 1991 г. в ст. 63 Европейской патентной конвенции включено положение, вступившее в силу в 1997 г., о возможности продления срока действия европейского патента, если его предметом является продукт или способ изготовления продукта, который перед введением в оборот подвергается процедуре административного разрешения, установленной законом.

Сходное правовое регулирование принято в государствах ЕС. Так, например, согласно ст. L. 611-2 и L. 611-3 Кодекса интеллектуальной собственности Франции, в случае патента, предметом которого является медикамент, способ получения медикамента, продукт, необходимый для получения медикамента, или способ производства такого продукта, используемого для изготовления фармацевтической продукции, возможна выдача дополнительного охранного свидетельства сроком на 7 лет, действующего с момента окончания основного срока патента.

8. Круг объектов, очерченный в комментируемом пункте, достаточно узок: лекарственные средства, пестициды, агрохимикаты. Все они относятся к категории веществ, определения которым даны в специальных законах.

Под лекарственными средствами, согласно ст. 4 Федерального закона от 22 июня 1998 г. N 86-ФЗ "О лекарственных средствах" (СЗ РФ. 1998. N 26. Ст. 3006), понимаются вещества, применяемые для профилактики, диагностики, лечения болезни, предотвращения беременности, полученные из крови, плазмы крови, а также органов, тканей человека или животного, растений, минералов методом синтеза или с применением биологических технологий. К лекарственным средствам относятся также вещества растительного, животного или синтетического происхождения, обладающие фармакологической активностью и предназначенные для производства и изготовления лекарственных средств (фармацевтические субстанции).

Понятия пестицидов и агрохимикатов раскрыты в Федеральном законе от 19 июля 1997 г. N 109-ФЗ "О безопасном обращении с пестицидами и агрохимикатами" (СЗ РФ. 1997. N 29. Ст. 3510).

Пестицидами признаются химические или биологические препараты, используемые для борьбы с вредителями и болезнями растений, сорными растениями, вредителями хранящейся сельскохозяйственной продукции, бытовыми вредителями и внешними паразитами животных, а также для регулирования роста растений, предуборочного удаления листьев (дефолианты), предуборочного подсушивания растений (десиканты).

Агрохимикатами считаются удобрения, химические мелиоранты, кормовые добавки, предназначенные для питания растений, регулирования плодородия почв и подкормки животных.

Таким образом, продление срока действия может относиться только к тем патентам, которые непосредственно относятся к лекарственным средствам, пестицидам или агрохимикатам, т.е. когда в формуле изобретения охарактеризовано вещество, обладающее фармакологической активностью и предназначенное для изготовления лекарственного средства, или лекарственное средство как таковое, или лекарственный препарат.

Следовательно, невозможно продление срока действия патентов на изобретения, относящиеся, например, к медицинским устройствам (изделия медицинского назначения), к способам изготовления лекарственных средств, пестицидов или агрохимикатов, хотя в отношении указанных объектов может существовать лицензионный порядок их применения.

9. Продление срока действия исключительного права (патента) осуществляется при наличии следующих условий:

- истечение пятилетнего периода времени со дня подачи заявки на выдачу патента до дня получения первого разрешения на применение изобретения;

- подача патентообладателем в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности заявления о продлении срока;

- подача указанного заявления (с соблюдением всех формальных требований установленной процедуры) в период действия патента до истечения 6 месяцев с даты получения разрешения на применение изобретения или даты выдачи патента (в зависимости от того, какой из этих сроков истекает позднее).

Предусмотрен довольно сложный алгоритм исчисления срока продления действия патента: срок продлевается на время, прошедшее со дня подачи заявки на выдачу патента на изобретение до дня получения первого разрешения на его применение, за вычетом пяти лет. При этом указанный срок не может быть продлен более чем на пять лет.

Иными словами, продолжительность срока продления охраны рассчитывается как разность между временем, прошедшим с даты подачи патентной заявки, и датой первого разрешения применять запатентованное изобретение, за вычетом пяти лет.

К заявлению о продлении срока прилагается патент на изобретение и заверенная копия официального документа, содержащего сведения о продукте, позволяющие его идентифицировать с продуктом, охарактеризованным в формуле запатентованного изобретения, регистрационный номер и дату получения первого разрешения уполномоченного органа на применение этого продукта.

Запись о продлении срока действия вносится в патент, который возвращается патентообладателю, а сведения о продлении срока действия вносятся в Государственный реестр изобретений РФ и публикуются в официальном бюллетене федерального органа исполнительной власти по интеллектуальной собственности.

10. Пункт 3 комментируемой статьи посвящен продлению срока действия исключительного права (патента) на полезную модель и промышленный образец, которое также осуществляется федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности.

Указанный срок остался прежним для полезных моделей - не более чем на три года и увеличился вдвое для промышленных образцов - не более чем на десять лет.

Процедура продления срока обставлена минимальными требованиями: подача заявления в указанный федеральный орган и уплата соответствующей пошлины. В соответствующий патент вносится запись о продлении срока, а сведения об этом регистрируются в соответствующих реестрах и публикуются в официальных бюллетенях указанного федерального органа.

Таким образом, исключительное право (патент) на полезную модель действует в течение десяти лет со дня подачи заявки в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности (плюс возможность продления на три года), а исключительное право (патент) на промышленный образец - в течение пятнадцати лет (плюс возможность продления на десять лет).

11. В пункте 4 комментируемой статьи определен федеральный орган исполнительной власти, компетентный устанавливать порядок продления срока действия патента на изобретение, полезную модель или промышленный образец.

Если в соответствии с ранее действовавшим патентным законодательством таким органом был федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности (т.е. Роспатент), то в настоящее время - это федеральный орган исполнительной власти, осуществляющий нормативно-правовое регулирование в сфере интеллектуальной собственности (Министерство образования и науки РФ).

12. В пункте 5 комментируемой статьи не вполне четко сформулирована норма о том, что положения ст. 1398 и 1399 ГК РФ о признании недействительным патента и о досрочном прекращении действия патента применяются в отношении признания недействительным или прекращении досрочно действия исключительного права на изобретение, полезную модель или промышленный образец.

Статья 1364. Переход изобретения, полезной модели или промышленного образца в общественное достояние

Комментарий к статье 1364

1. Комментируемая статья, посвященная переходу изобретения, полезной модели или промышленного образца в общественное достояние, представляет собой редкий пример абсолютного новшества в патентном праве.

В патентных законодательствах отсутствуют нормы о переходе указанных объектов в общественное достояние. Это прерогатива науки патентного права, когда констатируют, исходя из существа правоотношений, что с окончанием срока действия патента любое лицо может беспрепятственно использовать его предмет.

2. Комментируемая статья - явное заимствование из сферы авторского права, причем в усеченной форме.

Переход произведения в общественное достояние регламентирован в ст. 1282 ГК РФ (см. комментарий к указанной статье), статья сходного содержания присутствовала также в ранее действовавшем Законе РФ от 9 июля 1993 г. N 5351-1 "Об авторском праве и смежных правах" (ст. 28).

С переходом произведения в общественное достояние связан широкий круг вопросов, что, собственно, и оправдывает наличие этой нормы в ГК РФ, например вопросы охраны авторства, имени автора, неприкосновенности произведения, обнародования любым лицом необнародованного произведения.

Большинство упомянутых выше вопросов не возникают в патентном праве, поэтому правовое регулирование, предусмотренное в комментируемой статье, ограничено, по сути, констатацией очевидных фактов.

3. В пункте 1 комментируемой статьи указано, что по истечении срока действия исключительного права изобретение, полезная модель или промышленный образец переходят в общественное достояние.

Вполне очевидно, что при этом прекращает свое действие патент, удостоверяющий исключительное право.

Однако в данном пункте ничего не сказано о личных неимущественных правах автора изобретения, полезной модели или промышленного образца.

Логично предположить, что право авторства не прекращается по истечении исключительного права на указанные объекты. Оно принадлежит автору в течение его жизни. После смерти автора охрана авторства осуществляется наследниками автора, их правопреемниками, другими заинтересованными лицами.

4. Правовой режим изобретения, полезной модели или промышленного образца, перешедшего в общественное достояние, определен в п. 2 комментируемой статьи.

Такие объекты могут свободно (т.е. без получения согласия или разрешения какого-либо лица) использоваться на территории России. При этом не предусмотрена выплата никакого вознаграждения, в том числе в форме каких-либо отчислений.

5. Следует особо подчеркнуть, что в практике некоторых государств отчетливо проявилась тенденция к продлению действия монополии обладателей патентов на изобретения, полезные модели и промышленные образцы на основании норм о пресечении недобросовестной конкуренции.

Так, в Италии и Франции большое распространение приобрел такой вид неправомерного использования чужой репутации, как рабское копирование товаров конкурентов и защита в суде от такой формы недобросовестной конкуренции. Такие случаи известны в основном в отношении рабского копирования (или близкого к рабскому) промышленных образцов, хотя рабское копирование неохраняемого изобретения также подпадает под понятие недобросовестной конкуренции.

Таким образом, защита неохраняемых патентным правом технических или художественно-конструктивных решений от копирования нормами законодательства о пресечении недобросовестной конкуренции в определенных случаях может быть косвенным продолжением срока действия патентной монополии.

§ 3. Распоряжение исключительным правом на изобретение,

полезную модель или промышленный образец

Статья 1365. Договор об отчуждении исключительного права на изобретение, полезную модель или промышленный образец

Комментарий к статье 1365

1. Договор об отчуждении исключительного права на изобретение, полезную модель или промышленный образец, предусмотренный комментируемой статьей, является одной из форм распоряжения исключительным правом на указанные объекты.

В соответствии с ранее действовавшим патентным законодательством (п. 5 ст. 10 Патентного закона РФ) указанный договор именовался договором о передаче исключительного права (уступке патента).

Представляется неоправданной замена термина "уступка", устоявшегося в законодательстве, правоприменительной практике и правовой литературе, на термин "отчуждение", которым принято обозначать цель уступки исключительного права. Так, в ГК РФ широко используется термин "уступка права", например в ст. 355 "Уступка права по договору залога". Такие примеры можно продолжить: ст. 250, 336, 993 ГК РФ.

Напротив, термин "отчуждение" используется в сфере вещного права, например по поводу отчуждения имущества, которое в силу закона не может принадлежать данному лицу (ст. 238 ГК РФ), отчуждение недвижимого имущества в связи с изъятием земельного участка (ст. 239 ГК РФ). Подобные примеры также можно продолжить: ст. 252, 272, 282, 285, 293 ГК РФ.

2. По договору об отчуждении патента одна сторона (патентообладатель) передает или обязуется передать принадлежащее ей исключительное право на соответствующий результат интеллектуальной деятельности в полном объеме другой стороне - приобретателю исключительного права (приобретателю патента).

Как явствует из вышеизложенного, в отличие от терминологии, применяемой в отношении сторон лицензионного договора ("лицензиар" - "лицензиат"), законодатель не воспринял широко используемые в мировой патентной практике термины в области уступки патента ("цедент" - "цессионарий"). Это не значит, что стороны в договоре об отчуждении патента не могут использовать вместо термина "патентообладатель" термин "цедент", а вместо термина "приобретатель патента" термин "цессионарий".

3. Комментируемая статья предписывает единственное условие указанного договора: передача (обязательство передачи) патентообладателем принадлежащего ему исключительного права на соответствующий объект в полном объеме приобретателю права.

Это условие характеризует предмет договора об отчуждении исключительного права. Условие о предмете договора, согласно ст. 432 ГК РФ, считается существенным, т.е. императивным (обязательным) для сторон договора.

На практике при заключении договора об отчуждении исключительного права достаточно указать номер патента, название изобретения, полезной модели или промышленного образца и принадлежность патента передающей стороне, который на момент передачи поддерживается в силе.

В комментируемой статье речь идет об отчуждении исключительного права, т.е. имущественного права, что лишний раз подтверждает, что право авторства, т.е. личное неимущественное право, неотчуждаемо и непередаваемо.

4. Если в соответствии с ранее действовавшим патентным законодательством принимающей стороной договора уступки патента был обозначен конкретный субъект (любое физическое или юридическое лицо), то в комментируемой статье не указан круг лиц, которые могут выступать в качестве приобретателя патента.

Согласно общей норме ст. 1233 ГК РФ правообладатель может распорядиться принадлежащим ему исключительным правом на результат интеллектуальной деятельности, в том числе путем его отчуждения по договору другому лицу (договор об отчуждении исключительного права).

Как известно, гражданское законодательство регулирует отношения между лицами, т.е. с участием физических лиц (граждан РФ, иностранных граждан, лиц без гражданства) и юридических лиц, как российских, так и иностранных, если иное не предусмотрено федеральным законом.

Таким образом, как и прежде, на принимающей стороне (приобретателе патента) могут быть только физические и/или юридические лица (предполагается, что патент также выдан физическому и/или юридическому лицу). Иными словами, в качестве приобретателя патента в договоре об отчуждении исключительного права, в отличие от некоторых правовых систем, не могут выступать представительства, филиалы и другие обособленные подразделения юридического лица, поскольку они юридическими лицами не являются, и поэтому не могут быть субъектами гражданского оборота.

5. В отличие от ранее действовавшего патентного законодательства, в данной статье установлено, что исключительное право на соответствующий результат интеллектуальной деятельности передается в полном объеме, т.е. целиком.

Сказанное означает, что не допускается передача, например, одного из пунктов формулы изобретения или какой-либо части перечня существенных признаков промышленного образца, с сохранением остальных пунктов или частей у патентообладателя - передающей стороны в договоре.

Следует отметить, что указанное положение было разработано в практике регистрации договоров об уступке патента, которое впоследствии превратилось в норму права.

Понятие передачи исключительного права в полном объеме следует отличать от частичной передачи исключительного права, широко известной в патентных законодательствах государств с развитым правопорядком.

Поскольку ГК РФ не содержит положений, ограничивающих количество сообладателей патента, ничто не препятствует возможности передачи исключительного права на изобретение, полезную модель или промышленный образец в части прав, принадлежащих одному из сообладателей патента, так как взаимоотношения лиц, которым исключительное право принадлежит совместно, определяется соглашением между ними (см. комментарий к п. 3 ст. 1229 ГК РФ). Моделью таких взаимоотношений является договор об отчуждении патента, в результате которого изменяется состав сообладателей патента.

В юридической литературе (см.: Евдокимова В.Н. Правовая квалификация договоров о передаче технологий: проблемы и решения // Патенты и лицензии. 2004. N 8. С. 32 - 44) достаточно полно освещены варианты так называемой частичной уступки права на патент:

- уступка одним из сообладателей принадлежащей ему части прав на патент;

- уступка сообладателем патента принадлежащей ему части прав сообладателю (сообладателям) патента;

- уступка каждым из сообладателей части прав на патент третьему лицу (лицам).

6. Договор об отчуждении исключительного права заключается в письменной форме и подлежит государственной регистрации в федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности.

Как установлено в общей норме п. 2 ст. 1234 ГК РФ, несоблюдение требований письменной формы договора и его государственной регистрации влечет недействительность договора.

Кроме того, к договору об отчуждении патента применима норма предложения второго п. 4 ст. 1234 ГК РФ: если договор об отчуждении исключительного права

подлежит государственной регистрации (см. комментарий к п. 2 ст. 1232 ГК РФ), то исключительное право на такой результат переходит от правообладателя к приобретателю в момент государственной регистрации этого договора.

Пункт 3 ст. 433 ГК РФ также предписывает, что договор, подлежащий государственной регистрации, считается заключенным с момента его регистрации, если не установлено иное. Как следует из вышеизложенного, в законе иного не установлено.

Следовательно, моментом заключения договора об отчуждении патента считается момент его регистрации в указанном федеральном органе. Данный вывод имеет важные теоретические и практические последствия.

Принято считать, что договор об отчуждении патента (ранее - об уступке патента) - это консенсуальный договор. Однако такой подход не основан на законе.

Консенсуальным является договор, который считается заключенным с момента, когда стороны достигли между собой соглашения по всем его существенным условиям и облекли его в требуемую законом форму (п. 1 ст. 432 ГК РФ).

В случае договора об отчуждении патента момент заключения договора, равно как и переход исключительного права, совпадает с моментом его государственной регистрации. Стороны могут согласовать существенные условия договора об отчуждении патента, подписать этот договор, но он будет считаться недействительным до момента его регистрации.

Причем несоблюдение требования о государственной регистрации сделки влечет за собой ее ничтожность, т.е. абсолютную недействительность (п. 1 ст. 165 ГК РФ).

Поэтому подписанный, но не зарегистрированный договор об отчуждении патента, не порождает гражданских прав и обязанностей не только в отношении третьих лиц, но даже между сторонами данного договора.

Единственное исключение из указанного правила - право приобретателя патента требовать от патентообладателя исполнения его обязанности по государственной регистрации договора об отчуждении патента, основанное на норме п. 3 ст. 165 ГК РФ, согласно которой суд вправе, если одна из сторон уклоняется от регистрации сделки, по требованию другой стороны вынести решение о ее регистрации.

Возвращаясь к вопросу о классификации договоров, необходимо учитывать цель государственной регистрации договоров об отчуждении патента (равно как и других договоров о распоряжении исключительными правами). Эта цель заключается в исключении случаев злоупотребления патентообладателем своим исключительным правом в форме многократного отчуждения, легко осуществляемого с учетом нематериального характера объекта, одного и того же патента разным лицам, что не исключено в условиях еще не устоявшихся рыночных отношений в нашей стране. По сути, требование о государственной регистрации - это одна из форм государственного регулирования гражданского оборота, которое хотя и замедляет оборотоспособность его объектов, но зато предотвращает появление на рынке конкурентов с одинаковым набором патентных прав.

Исходя из вышеизложенного, представляется целесообразным именовать договор об отчуждении патента, равно как и другие договоры о распоряжении исключительными правами, которые подлежат государственной регистрации, формальными договорами, поскольку условием их действительности является соблюдение установленной формальности - государственной регистрации.

7. В комментируемой статье четко определена цель заключения договора об отчуждении патента - передача (обязательство передать) исключительного права приобретателю патента.

Поэтому договор об отчуждении патента можно отнести к каузальным договорам, которые имеют правовую цель, к достижению которой стремятся стороны.

Кроме того, договор об отчуждении патента следует признать двусторонне обязывающим (или) взаимным договором, по которому стороны принимают на себя соответствующие права и обязанности.

8. Одним из классифицирующих признаков разграничения договоров на различные виды является возмездность, наличие или отсутствие которой дает основание для отнесения того или иного договора к возмездным или безвозмездным договорам.

Гражданский кодекс РФ предусматривает возможность заключения как возмездных, так и безвозмездных договоров об отчуждении патента.

Данный вывод вытекает из нормы абз. первого п. 3 ст. 1234 ГК РФ, согласно которому по договору об отчуждении исключительного права приобретатель обязуется уплатить правообладателю предусмотренное договором вознаграждение, если договором не предусмотрено иное.

В абзаце втором п. 3 ст. 1234 ГК РФ предусмотрено, что в случае отсутствия в возмездном договоре об отчуждении исключительного права условия о размере вознаграждения или порядке его определения договор считается незаключенным. При этом исключается применение правил определения цены, предусмотренных в п. 3 ст. 424 ГК РФ, суть которых заключается в следующем: при отсутствии в договоре соответствующего условия товар должен быть оплачен по цене, которая при сравнимых обязательствах обычно взимается за аналогичные товары.

Таким образом, условие о вознаграждении (или цены договора) в случае возмездного отчуждения патента является существенным условием такого договора, поскольку при отсутствии в договоре условия о цене имеет место незаключенная (несовершившаяся сделка), а общие правила определения цены не применимы к столь специфическому товару, как исключительные права, удостоверяемые патентом, свойства которого сугубо индивидуализированы.

9. Цена, как условие договора об отчуждении патента, обычно устанавливается двумя способами: путем уплаты единовременной паушальной суммы или путем периодического внесения определенной суммы (роялти). Реже встречаются случаи сочетания двух указанных способов.

Пункт 5 ст. 1234 ГК РФ посвящен правовым последствиям существенного нарушения приобретателя обязанности выплатить правообладателю в установленный договором об отчуждении исключительного права срок вознаграждения, т.е. существенного нарушения условия договора о цене за приобретение исключительного права на результат интеллектуальной деятельности. В случае указанного нарушения прежний правообладатель вправе требовать в судебном порядке перевода на себя прав приобретателя исключительного права и возмещения убытков, если исключительное право перешло к его приобретателю.

Комментируемая норма рассчитана в основном на случаи нарушения условия о вознаграждении в форме роялти, хотя не исключена вероятность нарушения условия об уплате паушального (единовременного) платежа, если такой платеж по условиям договора определен после момента заключения договора, совпадающего с моментом его государственной регистрации.

10. В качестве возмездного следует рассматривать договор отчуждения патента, предусматривающий не денежное вознаграждение, а иное встречное исполнение. В этом случае на такой договор будут распространяться положения гл. 31 ГК РФ ("Мена"), с учетом особенностей результатов интеллектуальной деятельности.

Кроме того, в правоприменительной практике известны случаи, когда патент играет роль отступного во исполнение денежного обязательства, возникшего у должника перед кредитором (ст. 409 ГК РФ).

11. Поскольку ГК РФ допускает возможность заключения безвозмездных договоров об отчуждении патента, то на такие договоры распространяются положения гл. 32 ГК РФ ("Дарение"), с учетом особенностей результатов интеллектуальной деятельности.

При этом следует учитывать норму ст. 575 ГК РФ, в соответствии с которой не допускается дарение между коммерческими организациями.

Кроме того, суд может отменить дарение, совершенное индивидуальным предпринимателем или юридическим лицом в нарушение положения закона о несостоятельности (банкротстве) (ст. 578 ГК РФ).

12. В отличие от ранее действовавшего патентного законодательства, когда правила регистрации договоров о передаче исключительного права на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации принимались федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности, в настоящее время порядок и условия государственной регистрации договоров об отчуждении исключительного права на результаты интеллектуальной деятельности устанавливаются Правительством РФ (см. комментарий к п. 2 ст. 1232 ГК РФ).

Статья 1366. Публичное предложение заключить договор об отчуждении патента на изобретение

Комментарий к статье 1366

1. Комментируемая статья представляет собой один из двух случаев так называемого самоограничения прав патентообладателя путем добровольно принятых на себя обязательств, которой ранее соответствовал п. 3 ст. 13 Патентного закона РФ.

Норма о публичном предложении заключить договор об отчуждении патента на изобретение не имеет аналогов в патентных законодательствах зарубежных государств.

Включение указанной нормы в Патентный закон РФ в 2003 г. было продиктовано попыткой создать льготный режим для отчуждения изобретений, перехода исключительных прав на изобретения от авторов к лицам, которые располагают инвестициями по их использованию.

2. В соответствии с абзацем первым п. 1 комментируемой статьи публичное предложение заключить договор об отчуждении патента на изобретение оформляется в виде отдельного заявления, которое прилагается заявителем - автором изобретения к документам заявки при ее подаче в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности.

Содержание указанного заявления заключается в обязательстве автора изобретения заключить договор об отчуждении патента (в случае его выдачи) на условиях, соответствующих установившейся практике, с любым гражданином РФ или российским юридическим лицом, кто первый заявит такое желание и уведомит об этом патентообладателя и указанный федеральный орган.

Наличие такого заявления является основанием для освобождения заявителя от уплаты патентных пошлин в отношении как заявки на выдачу патента на изобретение, так и патента, выданного по такой заявке.

Вполне очевидно, что от уплаты патентных пошлин освобожден не только заявитель, но и патентообладатель. Подтверждением этому служит также указание в п. 2 комментируемой статьи на обязанность "уплатить все патентные пошлины, от уплаты которых был освобожден заявитель (патентообладатель)".

3. В комментируемом пункте установлена обязанность заявителя - автора изобретения заключить договор об отчуждении патента на условиях, соответствующих установившейся практике.

Понятие "условия договора, соответствующие установившейся практике" является оценочным понятием, которое в случае необходимости должно устанавливаться в суде в зависимости от обстоятельств каждого конкретного дела.

Однако стороны в договоре, исходя из принципа свободы договора, закрепленного в ст. 421 ГК РФ, могут формировать его условия по своему усмотрению. И лишь в случае

возникновения спора, который, кстати, может касаться и интересов лиц, которые не смогли заключить соответствующий договор с автором изобретения, в суде будут оцениваться условия, соответствующие установившейся практике.

4. В комментируемом пункте выдвинуто требование об уведомлении патентообладателя и федерального органа исполнительной власти по интеллектуальной собственности о желании заключить договор об отчуждении патента на изобретение.

Вполне очевидно, что законодатель также допустил неточность, упустив фигуру заявителя в качестве адресата для уведомления. Исходя из содержания абзаца второго п. 1 комментируемой статьи, согласно которому сведения об указанном заявлении публикуются в официальном бюллетене уполномоченного федерального органа исполнительной власти, заявление об отчуждении патента публикуется дважды: при публикации сведений о самом заявлении и при публикации сведений о выдаче патента. Следовательно, всегда имеется возможность направления указанного уведомления как заявителю, так и патентообладателю.

Целесообразность направления указанного уведомления федеральному органу исполнительной власти по интеллектуальной собственности обусловлена тем обстоятельством, что указанный федеральный орган обязан проверять очередность поступления уведомлений заинтересованных лиц при рассмотрении заявлений об отчуждении патента, с тем чтобы определить, кто первый изъявил желание стать участником договора об отчуждении патента.

5. В связи с тем, что в п. 1 комментируемой статьи закреплена обязанность заявителя (патентообладателя) заключить договор об отчуждении патента, можно предположить, что отношения сторон указанного договора могут быть дополнительно урегулированы положениями ст. 445 ГК РФ ("Заключение договора в обязательном порядке"), с учетом особенностей результатов интеллектуальной деятельности.

В частности, заинтересованное в заключении договора об отчуждении патента лицо вправе обратиться в суд с требованием о понуждении заявителя (патентообладателя) заключить указанный договор, если последний уклоняется от его заключения, и о возмещении причиненных ему убытков.

6. В пункте 2 комментируемой статьи определены правовые последствия для лица, заключившего с патентообладателем договор об отчуждении патента.

Приобретатель патента обязан уплатить все патентные пошлины, от уплаты которых был освобожден заявитель (патентообладатель). В дальнейшем он обязан уплачивать патентные пошлины в установленном порядке.

Как установлено в ГК РФ (см. комментарий к ст. 1365), договор об отчуждении патента считается заключенным с момента его регистрации в федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности. При этом для целей регистрации по смыслу комментируемой статьи должен быть приложен документ, подтверждающий уплату всех патентных пошлин, от уплаты которых был освобожден заявитель (патентообладатель).

7. В пункте 3 комментируемой статьи установлены последствия непоступления в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности письменного уведомления о желании заинтересованных лиц (граждан РФ, российских юридических лиц) заключить договор об отчуждении патента.

Непоступление указанного уведомления в течение двух лет со дня публикации сведений о выдаче патента на изобретение, в отношении которого было сделано заявление об отчуждении патента, открывает для патентообладателя возможность подать в указанный федеральный орган ходатайство об отзыве своего заявления.

В этом случае на патентообладателя возлагается обязанность по уплате неуплаченных ранее патентных пошлин и по дальнейшей уплате годовых пошлин за поддержание патента в силе.

Сведения об отзыве указанного заявления подлежат публикации в официальном бюллетене указанного федерального органа.

8. Лаконичность комментируемого пункта оставляет без ответа некоторые вопросы, что свидетельствует о пробелах в правовом регулировании, допущенных законодателем.

Так, не вполне ясно, может ли заявитель отозвать свое заявление до истечения двухлетнего срока со дня публикации сведений о выдаче патента? Следует полагать, что заявление патентообладателя не подлежит отзыву до истечения указанного двухлетнего срока, поскольку решение о противном нарушило бы стабильность публичного предложения патентообладателя заключить договор об отчуждении патента.

Гражданский кодекс не предусматривает ситуации, когда в установленный двухлетний срок не поступило ходатайство о желании заключить договор об отчуждении патента, а заявитель не подает ходатайство об отзыве своего заявления, ведь закон не обязывает его делать это.

В такой ситуации патент продолжает находиться в режиме публичного предложения заключить договор об отчуждении, а патентообладатель и впредь не несет никаких финансовых обязательств по уплате патентных пошлин за поддержание своего патента в силе, что в принципе противоречит основам патентного права.

Статья 1367. Лицензионный договор о предоставлении права использования изобретения, полезной модели или промышленного образца

Комментарий к статье 1367

1. В комментируемой статье приведено общее определение лицензионного договора в сфере промышленной собственности, основными признаками которого являются предоставление (обязанность предоставить) одной стороной - патентообладателем (лицензиаром) другой стороне (лицензиату) удостоверенное патентом право использования изобретения, полезной модели или промышленного образца в установленных договором пределах.

Лицензионный договор, как и договор об отчуждении патента, является одной из форм распоряжения исключительным правом на изобретение, полезную модель или промышленный образец.

Вполне естественно, исходя из крайней лаконичности данного определения, что устанавливаемые лицензионным договором пределы использования технического или художественно-конструкторского решения, именуемые обычно условиями лицензионного договора, определяются в соответствии с общими нормами гражданского права как императивного, так и диспозитивного характера, закрепленными, в частности, ст. 1235 - 1238 и ст. 1254 ГК РФ.

2. Лицензионный договор заключается в письменной форме и подлежит государственной регистрации в федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности.

Как указано в общей норме п. 2 ст. 1235 ГК РФ, несоблюдение письменной формы или требования о государственной регистрации влечет за собой недействительность лицензионного договора.

Требования о письменной форме лицензионного договора, а также о его государственной регистрации продублированы в ст. 1369 ГК РФ (см. комментарий к указанной статье).

Согласно п. 2 ст. 1233 ГК РФ к договорам о распоряжении исключительным правом на результат интеллектуальной деятельности, в том числе к лицензионным (сублицензионном) договорам применяется общее положение об обязательствах (ст. 307 - 419) и о договорах (ст. 420 - 453).

Следовательно, моментом заключения лицензионного договора считается момент его регистрации в указанном федеральном органе.

Поэтому подписанный, но не зарегистрированный лицензионный договор не порождает гражданских прав и обязанностей не только в отношении третьих лиц, но даже между сторонами данного договора.

Единственное исключение из указанного правила - право лицензиата требовать от лицензиара исполнения его обязанности по государственной регистрации лицензионного договора, основанное на норме, установленной п. 3 ст. 165 ГК РФ, согласно которой суд вправе, если одна из сторон уклоняется от регистрации сделки, по требованию другой стороны вынести решение о ее регистрации.

Исходя из вышеизложенного, лицензионные договоры, как и договоры об отчуждении патента, целесообразно относить к категории формальных договоров (см. дополнительно п. 6 комментария к ст. 1365 ГК РФ). Во всяком случае такие договоры нельзя классифицировать в качестве консенсуальных, поскольку условием их действительности является соблюдение установленной формальности - государственной регистрации.

3. В комментируемой статье четко определена цель заключения лицензионного договора - предоставление (обязательство предоставить) лицензиату право использования. Поэтому лицензионный договор можно отнести к каузальным договорам, которые имеют правовую цель, к достижению которой стремятся стороны.

Кроме того, лицензионный договор следует признать двусторонне обязывающим (или взаимным) договором, по которому стороны принимают на себя соответствующие права и обязанности.

4. Сторонами лицензионного договора обозначены патентообладатель (лицензиар) и другая сторона (лицензиат).

На той или иной стороне лицензионного договора могут быть гражданин (физическое лицо) и/или юридическое лицо.

Таким образом, в качестве лицензиата (предполагается, что патент также выдан физическому и/или юридическому лицу) в лицензионном договоре, в отличие от некоторых правовых систем, не могут выступать представительства, филиалы и другие обособленные подразделения юридического лица (см. дополнительно п. 4 комментария к ст. 1365 ГК РФ).

Следует особо подчеркнуть, что действующее законодательство не содержит ограничений в отношении патентообладателя в праве выбора вида договора, посредством которого он уполномочивает других лиц заключить договоры о предоставлении права на использование изобретения, охраняемого принадлежащим ему патентом: договора комиссии, агентирования, поручения, доверительного управления (см. подробнее: Евдокимова В.Н. Передача технологии: правовое регулирование и правоприменительная практика в Российской Федерации. М., 2001. С. 75 - 81).

Так, например, поскольку при заключении лицензионных договоров патентообладатель вправе воспользоваться услугами комиссионера (гл. 51 ГК РФ), в качестве лицензиара в таких договорах может выступать комиссионер.

Следует полагать, что такого рода договоры, не требующие регистрации сами по себе, необходимы при регистрации лицензионных договоров в федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности для подтверждения правомочия лица, не являющегося патентообладателем, выступать в качестве лицензиара или подписывать договор от его имени.

Кроме того, в качестве лицензиара может выступать сублицензиар в сублицензионном договоре, являющийся лицензиатом в ранее заключенном лицензионном договоре, по условиям которого у него есть право предоставлять сублицензии.

5. В статье 1236 ГК РФ путем закрытого перечня определены виды лицензионных договоров:

- простая (неисключительная) лицензия, т.е. предоставление лицензиату права использования результата интеллектуальной деятельности или средств индивидуализации с сохранением за лицензиаром права выдачи лицензий другим лицам;

- исключительная лицензия, т.е. предоставление лицензиату права использования результатов интеллектуальной деятельности или средств индивидуализации без сохранения за лицензиатом права выдачи лицензий другим лицам.

Содержание упомянутых выше положений свидетельствует о кардинальном отходе от ранее действовавшего правового регулирования лицензионных договоров в России (п. 1 ст. 13 Патентного закона РФ). Это касается не только формальных моментов, например введения литературного термина "простая" лицензия как синонима неисключительной лицензии, но и положений по существу.

Классифицирующим признаком разграничения видов лицензионных договоров, согласно ст. 1236 ГК РФ, является факт сохранения за лицензиаром права выдачи лицензий другим лицам или отсутствия у лицензиара указанного права. При этом в обоих случаях (и при выдаче исключительной лицензии, и при выдаче неисключительной лицензии) лицензиату предоставляется право использования результата интеллектуальной деятельности, в данном случае изобретения, полезной модели или промышленного образца.

Рассмотрим правовые последствия упомянутых выше положений для режимов исключительной и неисключительной лицензий по сравнению с ранее действовавшим правовым регулированием лицензионных договоров.

При исключительной лицензии, согласно п. 1 ст. 13 Патентного закона РФ, лицензиату передавалось право на использование в пределах, оговоренных договором, с сохранением за лицензиаром права на его использование в части, не передаваемой лицензиату. Подразумевалось также, что лицензиар лишался права выдачи лицензий другим лицам.

По сути, указанная лицензия была исключительной лишь по названию; в мировой патентной практике ей соответствовала так называемая "единоличная" или "полуисключительная" лицензия (см.: Штумпф Г. Лицензионный договор. М., 1988. С. 49 - 50).

При исключительной лицензии, согласно подп. 2 п. 1 ст. 1236 ГК РФ, лицензиату предоставляется право использования без сохранения за лицензиаром права выдачи лицензий другим лицам.

Иными словами, лицензиат наделяется всеми правами, вытекающими из положительной функции патента, т.е. всеми способами использования запатентованного изобретения, полезной модели или промышленного образца. Кроме того, лицензиату, согласно ст. 1254 ГК РФ, предоставлено право защищать свои права всеми способами, которые предусмотрены, например, для защиты исключительных прав (ст. 1252 ГК РФ), т.е. лицензиат вправе, наряду с лицензиаром, реализовывать негативную функцию исключительного права.

Лицензиар, в случае выдачи им исключительной лицензии, лишается права самому использовать запатентованный объект и права выдачи лицензий другим лицам; по сути, за ним сохраняется правовой титул, т.е. право на патент, с возможностью предъявлять иск к нарушителям патента и возможностью расторгнуть договор исключительной лицензии, если лицензиат нарушает условия лицензионного договора, например не уплачивает лицензиару вознаграждение в случае возмездной исключительной лицензии.

Таким образом, в ст. 1236 ГК РФ реализована общепринятая в мире концепция исключительной лицензии, когда лицензиату принадлежат монопольное право использования предмета лицензии и право запрета такого использования другими лицами, включая патентообладателя - лицензиара. Сходная концепция была предложена

разработчиками опубликованного проекта части третьей ГК РФ (ст. 1122) под названием полная лицензия (РГ. 1997. 12 июня).

В отношении неисключительной лицензии законодатель допустил ошибку, когда использовал ту же формулировку, что и в отношении исключительной лицензии: "Предоставление лицензиату права использования результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации..." Значит, если толковать эту норму буквально, у лицензиара, кроме выдачи лицензий другим лицам, ничего не остается, даже права использования своего запатентованного объекта.

В чем же тогда различие между исключительной лицензией и неисключительной лицензией? Выходит, что только в возможности или невозможности выдачи лицензий другим лицам?

Вполне очевидно, что такая концепция неисключительной лицензии, противоречащая мировой патентной практике, в том числе и существовавшей ранее в России, может привести к печальным практическим последствиям.

Уместно отметить, что прежде (п. 1 ст. 13 Патентного закона РФ) в соответствии с неисключительной лицензией лицензиар, предоставляя лицензиату право на использование, сохранял за собой все права, подтверждаемые патентом.

Поэтому при толковании понятия простой (неисключительной) лицензии следует прежде всего принимать во внимание ее неисключительный характер, что всегда предполагает сохранение у лицензиара права на использование изобретения, полезной модели или промышленного образца.

6. Следует особо отметить, что патентные законодательства большинства государств мира не содержат определений различных видов лицензионных договоров; имеются лишь указания о возможности передачи исключительных и неисключительных лицензий. Понятия лицензионных договоров разработаны в доктрине или судебной практике.

Несовершенство и ошибочность (в части неисключительной лицензии) определений видов лицензионных договоров в ст. 1236 ГК РФ ставит перед правоприменительными органами нелегкую задачу их адекватного толкования.

Норма п. 2 ст. 1236 ГК РФ, согласно которой лицензия предполагается простой (неисключительной), если лицензионным договором не предусмотрено иное, мало что дает для решения проблемы разграничения видов лицензионных договоров, поскольку само название лицензионного договора может быть ошибочно, а стороны договора могут заблуждаться относительно его действительного содержания.

Следует полагать, что в создавшейся ситуации стороны лицензионного договора могут прибегнуть к общей норме п. 2 ст. 421 ГК РФ, согласно которой стороны могут заключить договор, как предусмотренный, так и не предусмотренный законом или иными правовыми актами, чтобы избежать неблагоприятных последствий жесткой конструкции видов лицензионных договоров, закрепленной в ст. 1236 ГК РФ.

Так, например, если лицензиар исключительной лицензии намерен сам использовать запатентованный объект, он должен закрепить за собой такое право непосредственно в договоре исключительной лицензии. Лицензиар неисключительной лицензии обязан включить в договор условие о сохранении за собой права использовать запатентованный объект, чтобы избежать эффекта буквального толкования положения о предоставлении лицензиату права использования результата интеллектуальной деятельности.

7. В основе толкования лицензионного договора, кроме признака сохранения за лицензиаром права выдачи лицензии другим лицам или отсутствия этого права, должен лежать признак исключительного или неисключительного характера предоставляемой лицензии.

Неисключительный характер лицензии предполагает, что лицензиат получает лишь право использования предмета лицензии в рамках относительного правоотношения. При этом лицензиат неисключительной лицензии лишен права выдачи сублицензий и права

предъявления исков о нарушении патента. Количество неисключительных лицензий, представляемых патентообладателем(ями), не ограничено.

Исключительная лицензия предполагает предоставление лицензиату в рамках относительного правоотношения исключительного (монопольного) права использования предмета лицензии, исключающего из сферы такого использования всех других лиц, зачастую и патентообладателя - лицензиара. Дополнительно к такому относительному правоотношению по закону возникает абсолютное правоотношение, в котором с лицензиатом корреспондирует обязанность неопределенного круга лиц не нарушать исключительное право, являющееся предметом лицензии. Дополнительным признаком исключительной лицензии является возможность для лицензиата предоставлять сублицензии для других лиц, правда, не безусловная, а при письменном согласии лицензиара (см. комментарий к ст. 1238 ГК РФ).

8. Исходя из положений п. 3 ст. 421 ГК РФ о возможности заключать сторонами смешанный договор, содержащий элементы различных договоров, стороны лицензионного договора также могут включать в свои договоры обязательства, содержащие различные договоры, в том числе договоров аренды, купли-продажи, подряда, о совместной деятельности, что на практике приводит иногда к включению в договоры противоречащих друг другу условий, присущих различным договорным институтам.

Пункт 3 ст. 1236 ГК РФ вводит в российское право новую разновидность смешанных договоров применительно сугубо к лицензионным договорам: в одном лицензионном договоре в отношении различных способов использования результатов интеллектуальной деятельности (т.е. изготовления, применения, предложения к продаже, продаже и т.д.) могут содержаться условия, предусмотренные для различных видов лицензионных договоров, указанных в данной статье.

9. В статье 1235 ГК РФ предусмотрены условия заключения лицензионного договора о предоставлении права использования результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации, которые определяют также содержание лицензионных договоров о предоставлении права использования изобретения, полезной модели или промышленного образца.

Среди условий лицензионного договора необходимо выделять существование условий, требующих согласования волеизъявлений контрагентов (лицензиара или лицензиата), которые подразделяются на предписываемые законом (в данном случае ст. 1235 ГК РФ) и инициативные (признаваемые существенными по желанию сторон).

К существенным условиям лицензионного договора, предписываемым ГК РФ, можно отнести условия о предмете договора, о способах использования изобретения, полезной модели или промышленного образца и о цене возмездного лицензионного договора.

Существенное условие о предмете лицензионного договора одновременно индивидуализирует предмет исполнения (запатентованное изобретение, полезная модель или промышленный образец с указанием номера и даты выдачи патента) и определяет характер самого договора (предоставление исключительного или неисключительного права использования запатентованного изобретения, полезной модели или промышленного образца).

Существенное условие лицензионного договора о способах использования изобретения, полезной модели или промышленного образца определяет конкретные правомочия лицензиата по использованию запатентованного объекта, например права лицензиата на изготовление, применение, ввоз, предложение к продаже, продажу и иное введение в гражданский оборот продукции по лицензии.

Способы использования изобретения, полезной модели или промышленного образца закреплены в открытом перечне ст. 1358 ГК РФ (см. комментарий к указанной статье).

При этом такие способы могут быть указаны в лицензионном договоре общим способом (т.е. совместно) или конкретно (т.е. по отдельности).

Лицензионные договоры, согласно п. 5 ст. 1235 ГК РФ, могут быть возмездными и безвозмездными.

Условие о цене возмездного лицензионного договора (обусловленного договором вознаграждения) также является существенным, поскольку при отсутствии в возмездном лицензионном договоре условия о размере вознаграждения или порядке его определения договор считается незаключенным, т.е. несуществующим.

В отдельных статьях ГК РФ определены условия лицензионного договора, которые могут и не согласовываться сторонами, но тем не менее войдут в содержание их договорного обязательства как условия, предусмотренные диспозитивными нормами этих статей.

Следует полагать, что такие условия нельзя классифицировать в качестве существенных условий лицензионного договора.

К указанной категории условий лицензионного договора относятся условия о территории действия, о сроке, на который заключается лицензионный договор, о предоставлении лицензиару отчета об использовании соответствующего объекта.

Так, согласно п. 3 ст. 1235 ГК РФ, в лицензионном договоре должна быть определена территория, на которой допускается использование, в данном случае изобретения, полезной модели или промышленного образца. Если территория, на которой допускается использование соответствующего объекта, в договоре не указана, лицензиат вправе осуществлять их использование на всей территории России.

Согласно п. 4 ст. 1235 ГК РФ срок, на который заключается лицензионный договор, не может превышать срок действия исключительного права. Однако, если в лицензионном договоре срок его действия не определен, договор считается заключенным на пять лет, если ГК РФ не предусмотрено иное. Здесь явно чувствуется влияние положений авторского права.

Пункт 1 ст. 1237 ГК РФ устанавливает, что лицензиат обязан представлять лицензиару отчет об исполнении результата интеллектуальной деятельности, если лицензионным договором не предусмотрено иное. В том случае, если в лицензионном договоре, предусматривающем представление отчетов об использовании, отсутствуют условия о сроке и порядке их представления, лицензиат обязан представлять такие отчеты лицензиару по его требованию.

Стороны лицензионного договора могут включать в договор любые иные условия, которые они считают необходимыми для достижения цели договора, в том числе об обоюдном информировании о произведенных усовершенствованиях, касающихся запатентованных объектов, об обязательстве лицензиара о технической осуществимости производства продукции по лицензии, о технической помощи в освоении производства продукции по лицензии, о соблюдении режима конфиденциальности, об обязательстве лицензиата не оспаривать действительность патента лицензиара.

10. Неисполнение той или иной стороной лицензионного договора его условий может повлечь возложение на виновную сторону гражданско-правовых санкций по правилам договорной ответственности.

Вместе с тем ГК РФ предусматривает возможность наступления внедоговорной (деликтной) ответственности вследствие использования лицензиатом изобретения, полезной модели или промышленного образца вне пределов предоставленного лицензиату объема прав.

Так, согласно п. 3 ст. 1237 ГК РФ, использование результата интеллектуальной деятельности способом, не предусмотренным лицензионным договором, либо по прекращению действия такого договора, либо иным образом за пределами прав, предоставленных лицензиату по договору, влечет ответственность за нарушение

исключительного права. Иными словами, упомянутые выше противоправные действия лицензиата квалифицируются как нарушение патента или контрафакция.

11. В отличие от ранее действовавшего патентного законодательства, когда правила регистрации договоров о передаче исключительного права на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации принимались федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности, в настоящее время порядок и условия государственной регистрации лицензионных договоров устанавливаются Правительством РФ (см. комментарий к п. 2 ст. 1232 ГК РФ).

Статья 1368. Открытая лицензия на изобретение, полезную модель или промышленный образец

Комментарий к статье 1368

1. Комментируемая статья представляет собой один из двух случаев так называемого самоограничения прав патентообладателя путем добровольно принятых на себя обязательств, которой ранее соответствовал п. 2 ст. 13 Патентного закона РФ.

Институт открытой лицензии широко известен в мировой патентной практике, хотя в разных правовых системах он имеет свои особенности.

Целесообразность института открытой лицензии заключается в стремлении государства ускорить оборот исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности. Для достижения указанной цели государство идет на предоставление патентообладателю льготы по уплате годовых пошлин за поддержание патента в силе.

2. Содержание открытой лицензии заключается в публичном предложении, обращенном к неопределенному кругу лиц, которое осуществляется путем подачи патентообладателем в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности заявления о возможности предоставления любому лицу права использования изобретения, полезной модели или промышленного образца (абз. первый п. 1 комментируемой статьи).

Взамен патентообладатель получает уменьшение размера патентной пошлины за поддержание патента в силе на 50% начиная с года, следующего за годом публикации указанным федеральным органом сведений об открытой лицензии (абз. второй п. 1 комментируемой статьи).

При этом следует учитывать то обстоятельство, что по смыслу комментируемой нормы "год публикации" и "год, следующий за годом публикации" - это не календарные годы, а годы действия соответствующего патента, отсчитываемые от даты подачи соответствующей заявки.

3. Положения абз. третьего п. 1 комментируемой статьи являются новеллами в ГК РФ.

Если ранее сведения о заявлении об открытой лицензии публиковались федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности безвозмездно для патентообладателя, то в настоящее время сведения об открытой лицензии публикуются указанным федеральным органом за счет патентообладателя.

В комментируемом абзаце также установлено, что патентообладатель обязан заключить с лицом, изъявившим желание использовать изобретение, полезную модель или промышленный образец, лицензионный договор на условиях простой (неисключительной) лицензии.

Комментируемая норма вносит больше ясности в правоотношения по предоставлению открытой лицензии по сравнению с ранее действующим патентным законодательством, поскольку прежде обязанным к заключению договора было лицо, изъявившее желание заключить договор о платежах, который не подлежал

государственной регистрации, если только он не входил составной частью в лицензионный договор.

В настоящее время обязанным к заключению лицензионного договора является патентообладатель, что логично вытекает из его положения - лица, сделавшего публичное предложение об открытой лицензии.

В связи с вышеизложенным логично предположить, что отношения сторон лицензионного договора, заключаемого на основании публично предложенной открытой лицензии, могут быть дополнительно урегулированы положениями ст. 445 ГК РФ ("Заключение договора в обязательном порядке"), с учетом особенностей результатов интеллектуальной деятельности.

Указание в комментируемом абзаце на простую (неисключительную) лицензию дает основание утверждать, что патентообладатель имеет право подавать заявление о предоставлении открытой лицензии в том случае, если он прежде никому не предоставлял исключительную лицензию в отношении того же изобретения, полезной модели или промышленного образца.

Вполне очевидно, что заключенный на основе открытой лицензии лицензионный договор подлежит государственной регистрации в федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности.

4. В пункте 2 комментируемой статьи предусмотрена возможность отзыва патентообладателем своего заявления о предоставлении открытой лицензии, если он в течение двух лет не получал предложений в письменной форме о заключении лицензионного договора. В этих целях он может по истечении двух лет подать в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности ходатайство об отзыве своего заявления.

Это решение означает для патентообладателя обязанность доплатить все суммы пошлин за поддержание патента в силе за период времени, прошедший со дня публикации сведений об открытой лицензии. Вполне естественно, что в дальнейшем патентные пошлины за поддержание патента в силе уплачиваются патентообладателем в полном размере.

На практике к ходатайству об отзыве заявления об открытой лицензии прилагается документ, подтверждающий доплату всех требуемых пошлин. В противном случае указанный федеральный орган не удовлетворяет указанное ходатайство и не публикует в официальном бюллетене сведения об отзыве такого заявления.

Поскольку предложения о заключении лицензионного договора на основе открытой лицензии могут поступать только в адрес патентообладателя, указанный федеральный орган не может проверить достоверность утверждения патентообладателя, содержащегося в его ходатайстве, о непоступлении таких предложений.

Следовательно, удовлетворение указанного ходатайства происходит в случае доплаты требуемых пошлин автоматически, что в принципе может затронуть экономические интересы лиц, которые ранее не смогли достичь соглашения с патентообладателем в связи с заключением лицензионного соглашения на основе открытой лицензии.

5. Следует особо отметить, что в комментируемой статье не установлены правовые последствия бездействия патентообладателя по истечении двух лет с даты публикации сведений об открытой лицензии.

Патентообладатель может не подавать ходатайство об отзыве своего заявления по истечении указанного двухлетнего срока и в то же время пользоваться льготным режимом открытой лицензии по уплате годовых пошлин за поддержание патента в силе.

Следует полагать, что патентообладатель лишен права отзыва своего заявления в указанный двухлетний срок, поскольку решение о противном нарушило бы стабильность публичного предложения об открытой лицензии, что могло бы повредить экономическим интересам неопределенного круга лиц.

Статья 1369. Форма и государственная регистрация договоров о распоряжении исключительным правом на изобретение, полезную модель и промышленный образец

Комментарий к статье 1369

1. Положения комментируемой статьи о форме и государственной регистрации договоров о распоряжении исключительным правом на изобретение, полезную модель и промышленный образец в определенной степени повторяют общие положения п. 2 ст. 1234 и п. 2 ст. 1235 ГК РФ о необходимости письменной формы и государственной регистрации, соответственно, договоров об отчуждении исключительного права и лицензионных договоров.

Кроме того, следует учитывать общие положения п. 2 ст. 1232 ГК РФ о необходимости государственной регистрации не только отчуждения исключительного права и предоставления права использования результата интеллектуальной деятельности, но и залога исключительного права, а равно и перехода исключительного права без договора (т.е. наследование, реорганизация юридического лица, обращение взыскания на имущество правообладателя).

2. В комментируемой статье установлено, что подлежат государственной регистрации в федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности договор об отчуждении патента, лицензионный договор, а также другие договоры, посредством которых осуществляется распоряжение исключительным правом на изобретение, полезную модель и промышленный образец.

С одной стороны, в данной статье не предусмотрен переход исключительных прав без договора (наследование, реорганизация юридического лица, обращение взыскания на исключительное право патентообладателя), что непосредственно предписано общей нормой п. 2 ст. 1232 ГК РФ.

С другой - в ней сделана ссылка на другие договоры в сфере распоряжения исключительными правами, неоправданно расширяющая государственное вмешательство указанного федерального органа в гражданский оборот, что неизбежно приведет к его замедлению со всеми вытекающими из этого факта негативными последствиями. Вполне очевидно, что ссылка на другие договоры открывает возможность распространения императивной нормы о государственной регистрации, кроме открытых лицензий, на договоры комиссии, агентирования, доверительного управления, поручения, относящиеся к изобретениям, полезным моделям и промышленным образцам.

3. Упомянутые выше погрешности, допущенные законодателем, не должны быть истолкованы как усиление администрирования при регулировании договорных отношений в сфере распоряжения исключительными правами. Равным образом недопустимы пробелы в правовом регулировании указанных отношений.

Поэтому, исходя из общей нормы, закрепленной в п. 2 ст. 1232 ГК РФ, следует полагать, что в федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности подлежат регистрации, по примеру государств с развитым правопорядком и региональных международных организаций, факты перехода исключительного права на изобретение, полезную модель или промышленный образец в порядке универсального правопреемства (наследование, реорганизация юридического лица), а также решения об обращении взыскания на исключительное право патентообладателя.

Что же касается нормы о необходимости регистрации в федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности других договоров, посредством которых осуществляется распоряжение исключительными правами на изобретение, полезную модель или промышленный образец, то эту норму целесообразно толковать таким образом, что предполагаемые договоры (комиссии, агентирования, доверительного управления, поручения) должны представляться в указанный

федеральный орган не для целей их государственной регистрации, а для подтверждения, в случае необходимости, полномочий лицензиара, замещающего, согласно указанным договорам, фигуру патентообладателя.

4. В отличие от ранее действовавшего правового регулирования, согласно которому порядок и условия государственной регистрации договоров о распоряжении исключительным правом на изобретение, полезную модель или промышленный образец устанавливались ведомственным нормативным актом федерального органа исполнительной власти по интеллектуальной собственности, в настоящее время, в соответствии с п. 2 ст. 1232 ГК РФ, порядок и условия государственной регистрации указанных договоров устанавливаются Правительством РФ, что в целом свидетельствует о поднятии уровня их правового регулирования.

§ 4. Изобретение, полезная модель и промышленный образец, созданные в связи с выполнением служебного задания или при выполнении работ по договору

Статья 1370. Служебное изобретение, служебная полезная модель, служебный промышленный образец

Комментарий к статье 1370

1. В комментируемой статье предусмотрено правовое регулирование отношений в сфере служебных изобретений, полезных моделей и промышленных образцов, которой в ранее действовавшем патентном законодательстве соответствовал п. 2 ст. 8 Патентного закона РФ.

В целом анализируемая статья состоит из норм трудового права, что в известной степени нарушает, с учетом наличия также многочисленных норм административного права, включенных в раздел VII, целостность и цивилистический характер ГК РФ.

Первоначально, согласно абз. пятому п. 2 ст. 8 Патентного закона в редакции 1992 г. и п. 10 Постановления Верховного Совета РФ "О введении в действие Патентного закона РФ", предусматривалось принятие специального закона о служебных изобретениях, полезных моделях и промышленных образцах.

Следует отметить, что специальное законодательство о служебных изобретениях получило довольно широкое распространение в мире, например Швеции (1949 г.), Дании (1955 г.), ФРГ (1957 г.), Финляндии (1967 г.), Норвегии (1970 г.), Франции (1979 г., 1980 г.).

2. Законодательство зарубежных стран о служебных изобретениях, при всем их многообразии, можно условно разбить на две группы, отражающие в данной области либо неоклассическую либеральную модель, либо социально ориентированную модель рыночной экономики.

Характерным примером приверженности к неоклассической либеральной модели (первая группа) является опыт нормотворчества в США. В этой стране отсутствует специальное законодательство о служебных изобретениях, нет упоминания о них и в Патентном законе США. Здесь правоотношения в связи со служебными изобретениями регулируются судебными прецедентами и трудовыми договорами, преимущественно индивидуальными. Согласно таким договорам служебные изобретения принадлежат работодателю и в большинстве случаев вознаграждение за них работнику не выплачивается. Большое распространение получили договоры, предусматривающие передачу работниками их будущих изобретений работодателю на безвозмездной основе.

Вторая группа стран, тяготеющая к социально ориентированной модели рыночной экономики, - преимущественно страны Западной Европы, в которых действует законодательство о служебных изобретениях. Общим для законодательства этой группы

стран является социальная направленность, проявляющаяся в гарантии вознаграждения за труд изобретателя, более адекватном подходе к балансу интересов заинтересованных сторон. Здесь основополагающий принцип - принадлежность служебного изобретения работодателю в сочетании с материальным стимулированием творческой активности работника.

3. В пункте 1 комментируемой статьи дается легальное определение служебного изобретения, служебной полезной модели, служебного промышленного образца (далее сокращенно - служебное изобретение): изобретение, полезная модель или промышленный образец, созданные работником в связи с выполнением своих трудовых обязанностей или конкретного задания работодателя.

Следовательно, изобретение признается служебным в двух случаях - в связи с выполнением работником:

- своих трудовых обязанностей;
- конкретного задания работодателя.

Трудовые обязанности работника возложены на него трудовым договором, в котором, согласно ст. 57 Трудового кодекса РФ, в обязательном порядке указывается трудовая функция работника (работа по должности в соответствии со штатным расписанием, профессии, специальности с указанием квалификации; конкретный вид получаемой работником работы, т.е. конкретное содержание труда, например, если оборудование впервые поставлено в Российской Федерации и работы по его обслуживанию пока не регламентированы). Именно в трудовой договор, понятие которого раскрыто в ст. 56 ТК РФ, должно быть включено условие об осуществлении работником изобретательской или иной творческой деятельности, входящей в его трудовые обязанности.

Создание служебного изобретения в связи с выполнением работником конкретного задания работодателя (например, в рамках порученной работнику исследовательской работы) предполагает осуществление изобретения вне круга его трудовых обязанностей, предусмотренных трудовым договором.

Такая возможность вытекает из нормы ст. 60 ТК РФ, которая, в принципе, запрещает требовать от работника выполнения работы, не обусловленной трудовым договором, за исключением случаев, предусмотренных Трудовым кодексом РФ и иными федеральными законами. Именно к "иным федеральным законам" относится ГК РФ.

Вместе с тем следует полагать, что конкретное задание работнику должно входить в сферу деятельности работодателя. Кроме того, весьма существенно, чтобы все условия конкретного задания были согласованы, по аналогии со ст. 60.2 ТК РФ, работодателем с работником в письменной форме.

4. В пункте 2 комментируемой статьи предусмотрено, что право авторства на служебное изобретение принадлежит работнику (автору), что, в принципе, дублирует норму ст. 1356 ГК РФ о том, что право авторства на изобретение, полезную модель или промышленный образец неотчуждаемо и непередаваемо.

5. В пункте 3 комментируемой статьи закреплена диспозитивная норма, согласно которой исключительное право на служебное изобретение и право на получение патента принадлежат работодателю, если трудовым или иным договором между работником и работодателем не предусмотрено иное.

Как следует из вышеизложенного, концепция служебного изобретательство в России не изменилась - факт создания служебного изобретения влечет за собой возникновение у работодателя права на это изобретение, судьбу которого он вправе определить по своему усмотрению. В этом отношении российское законодательство сходно с соответствующими положениями нормативных правовых актов Великобритании и Франции. Напротив, в ФРГ закреплен принцип возникновения права на служебное изобретение у работника, который должен затем передать его работодателю. Впрочем,

правовые последствия обоих подходов одинаковы - право на служебное изобретение, в конечном счете, принадлежит работодателю.

Таким образом, трудовой или иной договор заключается в тех случаях, когда право на получение патента на служебное изобретение переходит к работнику, поскольку по общему правилу это право возникает у работодателя. На практике условие о переходе права на получение патента на служебное изобретение включается в трудовой договор заранее либо, в случае необходимости, соответствующее изменение вносится в уже действующий трудовой договор.

Возможен вариант, когда работник и работодатель достигнут соглашения о том, что они станут созаявителями и исключительное право на служебное изобретение, в случае выдачи патента, будет принадлежать им совместно.

Указание в комментируемой норме на иной договор между работником и работодателем является новеллой в правовом регулировании служебного изобретательства.

Следует полагать, что законодатель в этом случае имеет в виду коллективный договор (ст. 40 ТК РФ), поскольку вопрос о принадлежности служебного изобретения должен решаться только в рамках трудовых отношений.

Данная концепция - принадлежность служебного изобретения работодателю - в целом способствует соблюдению баланса интересов работника (автора), работодателя и общества в целом, а также соответствует мировой патентной практике.

6. В пункте 4 комментируемой статьи установлен порядок определения принадлежности права на получение патента и исключительного права на служебное изобретение.

По общему правилу (абз. первый п. 4 комментируемой статьи) работник должен письменно уведомить работодателя о создании такого результата, в отношении которого возможна правовая охрана.

В абз. втором п. 4 комментируемой статьи определены правовые последствия бездействия работодателя в течение четырех месяцев со дня уведомления его работником о полученном результате, в отношении которого возможна правовая охрана.

Так, если работодатель в течение указанного выше срока:

- не подаст заявку на выдачу патента на служебное изобретение в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности;

- не передаст право на получение патента на служебное изобретение другому лицу <1>;

- -

<1> Следует полагать, что такая передача может осуществляться на основании гражданско-правового договора в письменной форме, который не подлежит государственной регистрации.

- не сообщит работнику о сохранении информации в соответствующем результате интеллектуальной деятельности в тайне,

право на получение патента принадлежит работнику.

Вполне очевидно, что в данном случае речь должна идти о переходе права на получение патента к работнику, поскольку в п. 3 комментируемой статьи закреплена презумпция принадлежности указанного права работодателю.

Факт перехода права на получение патента к работнику означает, что работодатель в течение всего срока действия патента имеет право использования в собственном производстве на условиях простой неисключительной лицензии с выплатой патентообладателю-работнику компенсации, размер, условия и порядок выплаты которой определяются договором между работником и работодателем, а в случае спора - судом.

Из вышеизложенного следует, что патентообладатель-работник имеет безусловное право на компенсацию независимо от того, использует ли он сам служебное изобретение, предоставил ли он лицензию другому лицу или вовсе его не использует.

Поскольку работодатель может реализовать свое право на использование служебного изобретения в режиме неисключительной лицензии в течение довольно продолжительного времени, то возможны различные ситуации с правовым оформлением указанного права работодателя.

Так, если работодателя и работника связывают трудовые отношения, то их взаимоотношения по выплате компенсации должны быть урегулированы в трудовом договоре или путем дополнительного соглашения к трудовому договору. Если начало использования служебного изобретения приходится на период времени, когда между работодателем и работником прекращены трудовые отношения, между ними должен быть заключен лицензионный договор, подлежащий государственной регистрации, одно из условий которого - выплата патентообладателю, бывшему работнику, компенсации.

7. В абзаце третьем п. 4 комментируемой статьи определены случаи, когда работник имеет право на вознаграждение:

- получение работодателем патента на служебное изобретение;
- принятие работодателем решения о сохранении информации о служебном изобретении в тайне с сообщением об этом работнику;
- передача работодателем права на получение патента другому лицу;
- неполучение работодателем патента по данной им заявке по зависящим от него причинам.

Последний случай может быть проиллюстрирован фактами неисполнения работодателем-заявителем требований, предъявляемых в процессе экспертизы заявки, например неуплата им пошлины за выдачу патента после получения решения о его выдаче.

Размер, условия и порядок выплаты такого вознаграждения устанавливаются договором между работодателем и работником, а в случае спора - судом.

Поскольку работодателя и работника связывают трудовые отношения, размер, условия и порядок выплаты вознаграждения устанавливаются заранее в трудовом договоре или, в случае необходимости, путем дополнительного соглашения к трудовому договору.

Комментируемая норма не проясняет ситуацию с бездействием работодателя в отношении служебного изобретения, когда он фактически сохраняет информацию о служебном изобретении в тайне, но не сообщает об этом работнику и не выплачивает ему вознаграждение. Думается, что случай бездействия работодателя также является основанием для выплаты работнику вознаграждения, а при возникновении спора - основанием для обращения работника в суд.

8. При передаче работодателем служебного изобретения другим лицам могут возникнуть проблемы с выплатой вознаграждения работнику. Такая передача возможна в двух случаях: после получения патента на служебное изобретение и в случае передачи права на получение патента другому лицу. Оба случая являются основаниями для выплаты работодателем вознаграждения работнику. Однако далеко не во всех случаях это происходит на практике, и зачастую при передаче служебное изобретение обременяется обязательством по выплате вознаграждения работнику, с которым правопреемника работодателя не связывают никакие отношения, что является основанием для уменьшения цены соответствующего договора.

9. В абзаце четвертом п. 4 комментируемой статьи установлено, что Правительство РФ вправе устанавливать минимальные ставки вознаграждения за служебные изобретения, служебные полезные модели, служебные промышленные образцы.

Указанная норма впервые появилась в российском патентном законодательстве в 2003 г., в результате внесения изменений и дополнений в Патентный закон РФ.

Здесь явно чувствуется влияние авторского права, где норма о минимальных ставках авторского вознаграждения существовала всегда.

Следует отметить, что указанная норма сформулирована крайне неопределенно. Правительство РФ вправе устанавливать минимальные ставки вознаграждения, но вправе и не устанавливать, что и происходит в течение ряда лет.

Таким образом, в российском законодательстве утвердился взамен прежнего принципа выплаты работнику соразмерного вознаграждения, который действует в патентных законодательствах большинства стран мира, договорный принцип выплаты вознаграждения, который скорректирован гипотетической возможностью принятия Правительством РФ минимальных ставок такого вознаграждения.

10. Впредь до принятия Правительством РФ указанных минимальных ставок, в соответствии со ст. 12 Вводного закона, действуют соответствующие нормы Законов СССР: п. 1, 3 и 5 ст. 32 ("Вознаграждение автору изобретения, не являющемуся патентообладателем"), ст. 33 ("Ответственность за несвоевременную выплату вознаграждения") и ст. 34 ("Вознаграждения лицам, содействовавшим созданию и использованию изобретения") Закона СССР от 31 мая 1991 г. N 2213-1 "Об изобретениях в СССР" (Ведомости СССР. 1991. N 25. Ст. 703); п. 3 ст. 21 ("Государственное стимулирование использования промышленных образцов"), п. 1 и 3 ст. 22 ("Вознаграждение за использование промышленного образца автору, не являющемуся патентообладателем") и ст. 23 ("Ответственность за несвоевременную выплату вознаграждения") Закона СССР от 10 июля 1991 г. N 2328-1 "О промышленных образцах" (Ведомости СССР. 1991. N 32. Ст. 908).

Таким образом, в настоящее время все еще действуют прежние нормы о минимальных размерах авторского вознаграждения (15% прибыли (соответствующей части дохода), 20% выручки от продажи лицензии и 2% от доли себестоимости - для изобретений; пятикратный размер заработной платы, 20% выручки от продажи лицензии - для промышленных образцов), о сроках выплаты вознаграждения, о поощрительном вознаграждении за изобретения, об ответственности за несвоевременную выплату вознаграждения, о вознаграждении лиц, содействующих созданию и использованию изобретений и промышленных образцов.

Вместе с тем применение на практике указанных выше норм сопряжено с рядом проблем, вызванных различием в подходах к выплате вознаграждения по союзным и российскому законам. Дело в том, что в комментируемой статье, помимо использования, фигурирует ряд других оснований для выплаты вознаграждения, а именно: получение работодателем патента, передача работодателем права на получение патента другому лицу, принятие работодателем решения о сохранении соответствующего объекта в тайне, неполучение патента по поданной работодателем заявке по причинам, зависящим от работодателя.

Кроме того, упомянутые выше нормы нельзя применять в отношении выплаты вознаграждения за полезные модели, поскольку они не охранялись в СССР. В этом случае должен применяться сугубо договорной принцип выплаты вознаграждения работнику, являющемуся автором полезной модели.

11. Пункт 5 комментируемой статьи содержит новеллу, несомненно имеющую прогрессивное значение, поскольку она восполняет давно существующий пробел в российском законодательстве.

Развитие правового регулирования служебного изобретательства привело к выделению из служебных изобретений особой промежуточной (между служебными и свободными) категории изобретений, созданных с использованием опыта или иных средств работодателя, права на которые хотя и принадлежат работнику, однако ограничены в значительной степени правами работодателя.

Особым признаком таких изобретений, полезных моделей и промышленных образцов является то обстоятельство, что они созданы с использованием денежных,

технических или иных материальных средств работодателя, но не в связи с выполнением своих трудовых обязанностей или конкретного задания работодателя.

Такие изобретения не являются служебными, а право на получение патента и исключительное право на такие изобретение, полезную модель или промышленный образец принадлежат работнику.

При этом работодатель правомочен по своему выбору:

- потребовать предоставления ему безвозмездной простой (неисключительной) лицензии на использование созданного результата интеллектуальной деятельности для собственных нужд <1> на весь срок действия исключительного права;

- -

<1> Следует учитывать тот факт, что в ГК РФ не раскрыто понятие "для собственных нужд". На практике различные лица имеют различный масштаб собственных нужд. Так, например, собственные нужды КБ или НИИ, заключающиеся в возможности использовать полученный результат в других разработках, отличаются от собственных нужд компаний, имеющих собственное производство, а тем более - от собственных нужд ТНК.

- возмещения расходов, понесенных им в связи с созданием таких изобретения, полезной модели или промышленного образца.

Следует отметить, что за указанную категорию изобретений, полезных моделей или промышленных образцов работодатель не обязан уплачивать патентообладателю-работнику компенсацию или какое-либо иное вознаграждение.

Примечательно, что в других правовых системах работник имеет право на соразмерное вознаграждение только за указанную категорию изобретений. За сугубо служебные изобретения автор вознаграждается в редких случаях, поскольку существует только возможность (но не обязанность) включения в трудовой договор условия о выплате вознаграждения автору-работнику.

Статья 1371. Изобретение, полезная модель или промышленный образец, созданные при выполнении работ по договору

Комментарий к статье 1371

1. Комментируемая статья является новой. Ее включение в ГК РФ является прогрессивным шагом, поскольку окончательно снимает вопросы разграничения трудовых договоров, содержащих положения о служебных изобретениях, полезных моделях или промышленных образцах, и гражданско-правовых договоров о создании и использовании указанных объектов.

Прежде к гражданско-правовым договорам о создании и использовании изобретений, полезных моделей и промышленных образцов применялись общие положения гл. 37 ГК РФ о подряде (по аналогии) и положения гл. 38 ГК РФ о договорах на выполнение научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ (далее - НИОКР) по прямому указанию в соответствующих статьях, что на практике зачастую вызывало споры при урегулировании прав сторон на результаты работ.

В связи с принятием части четвертой ГК РФ внесены изменения в ряд статей, в том числе ст. 772 ГК РФ, в нынешней редакции которой сделана ссылка на раздел VII ГК РФ относительно урегулирования прав исполнителя и заказчика на результат работ, которым предоставляется правовая охрана как результатам интеллектуальной деятельности.

Вместе с тем сказанное не означает полного разграничения договоров на выполнение НИОКР и положений о правовой охране результатов интеллектуальной деятельности. Как и прежде, в п. 4 ст. 769 ГК РФ установлено, что условия договоров на выполнение НИОКР должны соответствовать законам и иным правовым актам об исключительных правах

(интеллектуальной собственности) <1>, а ст. 773 ГК РФ обязывает исполнителя в договорах на выполнение НИОКР учитывать исключительные права на результаты интеллектуальной деятельности других лиц.

- -

<1> В данном случае законодатель не учел, что он сам отменил все специальные законы в сфере правовой охраны интеллектуальной собственности, а также упразднил отождествление понятий "исключительные права" и "интеллектуальная собственность".

2. В пункте 1 комментируемой статьи речь идет об изобретении, полезной модели или промышленном образце, созданных при выполнении договора подряда или договора на выполнение НИОКР, которые прямо не предусматривали их создание.

Иными словами, при определении предмета этих договоров не указаны, наряду с работой, в качестве результата работы изобретение, полезная модель или промышленный образец. Предполагается, что в таких подрядных договорах результаты работы на уровне изобретения, полезной модели или промышленного образца достигаются случайно или с определенной долей вероятности.

В связи с этим возникает вопрос, могут ли быть созданы изобретение или полезная модель не в рамках подрядных договоров, предметом которых их создание прямо не предусмотрено, а по договору заказа, как промышленный образец, согласно ст. 1372 ГК РФ (см. комментарий к указанной статье).

В правовой литературе на этот счет имеются различные точки зрения, некоторые даже считают создание изобретений и полезных моделей по заказу невозможными и бессмысленными.

На этот вопрос уже давно дала ответ практика заключения договоров заказа на создание изобретений (полезных моделей) в конкретных областях техники и с конкретными параметрами, в некоторых случаях с составлением заявок на соответствующие объекты.

Вполне очевидно, что договоры заказа на создание изобретений и полезных моделей имеют право на существование. По сути, заказные изобретения и полезные модели ничем не отличаются от служебных изобретений и полезных моделей, создаваемых работниками при выполнении конкретного задания работодателя.

В связи с вышеизложенным следует полагать, что в данном случае, при наличии явного пробела в законодательстве, к договорам заказа на создание изобретений или промышленных образцов возможно в порядке аналогии закона (ст. 6 ГК РФ) применение правил, предусмотренных ст. 1372 ГК РФ.

3. Право на получение патента и исключительное право на изобретение, полезную модель или промышленный образец, созданные при выполнении работ по такому договору, принадлежат подрядчику (исполнителю), если договором между ним и заказчиком не предусмотрено иное.

Указанная норма является диспозитивной, стороны договора могут прийти к другому соглашению, например о совместном обладании таким правом.

Если договором не предусмотрено иное, то заказчик правомочен использовать соответствующий объект в договорных целях на условиях безвозмездной (т.е. без дополнительного вознаграждения) неисключительной лицензии в течение всего срока действия патента.

При этом заказчик сохраняет право использования соответствующего объекта на упомянутых выше условиях и в случае передачи подрядчиком (исполнителем) права на получение патента или отчуждения самого патента другому лицу.

4. В пункте 2 комментируемой статьи определены правовые последствия соглашения между сторонами договора о передаче права на получение патента или исключительного права на соответствующий объект заказчику или указанному им третьему лицу.

В таком случае подрядчик (исполнитель) правомочен использовать соответствующий объект для соответствующих нужд на условиях безвозмездной неисключительной лицензии в течение всего срока действия патента. Поскольку в ГК РФ не дается определение понятия "собственные нужды", следует иметь в виду, что различные лица имеют различный масштаб собственных нужд. Так, например, собственные нужды КБ и НИИ заключаются в возможности использовать полученный результат в других разработках и отличаются от собственных нужд компаний, имеющих собственное производство, а тем более - от собственных нужд ТНК.

5. В пункте 3 комментируемой статьи урегулированы вопросы выплаты вознаграждения автору изобретения, полезной модели или промышленного образца, которые созданы при выполнении работ по подрядным договорам.

Вознаграждение автору, не являющемуся патентообладателем, выплачивается по правилам, предусмотренным п. 4 ст. 1370 ГК РФ (см. комментарий к ней).

На практике указанное вознаграждение выплачивается патентообладателем, которым в зависимости от условий договора может быть как заказчик или указанное им третье лицо, так и подрядчик (исполнитель).

Размер, условия и порядок выплаты такого вознаграждения устанавливаются договором между патентообладателем и автором, а в случае спора - судом.

6. Как следует из вышеизложенного, в комментируемой статье определены в основном правовые последствия принадлежности права на получение патента и исключительного права на изобретение, полезную модель или промышленный образец той или иной стороне договора подряда или договора на выполнение НИОКР.

Это не означает, исходя из принципа свободы договора, что не могут быть заключены договоры, целью которых является создание изобретения или полезной модели.

К условиям таких договоров должны применяться общие положения гл. 37 ГК РФ и положения гл. 38 ГК РФ с учетом особенностей результатов интеллектуальной деятельности, например, что предметом таких договоров могут быть не результаты работ, поскольку они не материальны, а право на получение соответствующего патента.

Статья 1372. Промышленный образец, созданный по заказу

Комментарий к статье 1372

1. Комментируемая статья является новеллой в ГК РФ. Ранее в российском гражданском законодательстве был известен только авторский договор заказа.

Как и в некоторых других случаях, здесь явно чувствуется влияние авторского права, в данном случае ст. 1288 ГК РФ.

Несомненно, что на решение законодателя в данном случае повлияла, кроме необходимости легализации уже существующей практики, близость произведений дизайна, а также декоративно-прикладного искусства и промышленных образцов.

Вместе с тем законодатель не придал договору патентного заказа всеобъемлющий характер, т.е. не предусмотрел договоры о создании по заказу изобретений и полезных моделей, что представляется в определенной степени нелогичным, поскольку в практике такие договоры получили довольно широкое распространение.

2. Законодатель прямо не указывает вид договора, который может заключаться между сторонами с целью создания промышленного образца.

Однако используемая в комментируемой статье терминология ("заказчик", "подрядчик", "исполнитель") свидетельствует, что это может быть только договор подрядного типа.

Следует особое внимание уделять цели договора: создание промышленного образца по заказу. При этом сделанная по заказу разработка должна быть на уровне

охраноспособного художественно-конструкторского решения с оформлением соответствующих документов заявки.

При заключении договора заказа на создание промышленного образца уместно включать в договор патентно-правовые гарантии, т.е. условие о соответствии полученного результата критериям патентоспособности. Следует иметь в виду, что результат художественно-конструкторского творчества получает правовую охрану не с момента придания ему объективной формы, как это происходит с объектами авторского права, а после проведения экспертизы и признания его охраняемым федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности.

3. В пункте 1 комментируемой статьи определены предмет договора патентного заказа и принадлежность права на промышленный образец, созданный по заказу.

По замыслу законодателя предметом указанного договора является создание промышленного образца. Однако одного этого указания недостаточно, поскольку передать нематериальный результат работы невозможно. Поэтому необходимо дополнительное указание на передачу заказчику права на получение патента.

Таким образом, толковать предмет договора патентного заказа следует расширительно, включая в него не только нематериальный результат творческой деятельности подрядчика (исполнителя), но и передачу права на получение патента заказчику.

4. В пункте 1 закреплена диспозитивная норма о принадлежности права на получение патента и исключительного права на созданный промышленный образец заказчику.

Вполне очевидно, что стороны договора патентного заказа могут включить в договор иное условие о принадлежности права на промышленный образец.

Примечательно, что в данном случае действует противоположная презумпция по сравнению с нормой ст. 1371 ГК РФ о принадлежности права на получение патента и исключительного права на изобретение, полезную модель или промышленный образец, созданные при выполнении договора подряда или договора на выполнение НИОКР, которые прямо не предусматривали их создание.

5. В пункте 2 комментируемой статьи определены правовые последствия принадлежности заказчику права на получение патента и исключительного права на промышленный образец, созданный по заказу.

В этом случае подрядчик (исполнитель) правомочен, поскольку в договоре не предусмотрено иное, использовать промышленный образец для собственных нужд на условиях простой (неисключительной) лицензии в течение всего срока действия патента.

Гражданский кодекс не дает определение термина "для собственных нужд", поэтому в договоре целесообразно указывать, в чем состоят такие нужды (на собственном предприятии, в сфере официальной деятельности и т.д.).

6. В пункте 3 комментируемой статьи определены правовые последствия принадлежности подрядчику (исполнителю) права на получение патента и исключительного права на промышленный образец, созданный по заказу.

Эти последствия, по сути, идентичны тем последствиям, которые указаны в п. 5 комментария к данной статье.

7. В пункте 4 комментируемой статьи урегулированы вопросы выплаты вознаграждения автору созданного по заказу промышленного образца.

Вознаграждение автору, не являющемуся патентообладателем, выплачивается по правилам, предусмотренным п. 4 ст. 1370 ГК РФ (см. комментарий к указанному пункту).

На практике указанное вознаграждение выплачивается патентообладателем, которым в зависимости от условий договора патентного заказа может быть как заказчик, так и подрядчик (исполнитель).

Размер, условия и порядок выплаты такого вознаграждения устанавливаются договором между патентообладателем и автором, в случае спора - судом.

Статья 1373. Изобретение, полезная модель, промышленный образец, созданные при выполнении работ по государственному или муниципальному контракту

Комментарий к статье 1373

1. В комментируемой статье урегулированы вопросы распределения прав на изобретения, полезные модели или промышленные образцы, созданные при выполнении работ по государственному или муниципальному контракту, которой в ранее действовавшем законодательстве соответствовала ст. 9.1, включенная в Патентный закон РФ в 2003 г. В феврале 2006 г. указанная статья была дополнена положениями о муниципальном контракте, муниципальном заказчике, муниципальном образовании, муниципальных нуждах.

Из опыта государств с развитой экономикой известны различные формы государственного регулирования создания и использования результатов интеллектуальной деятельности, полученных за счет бюджетных средств, направленные на совершенствование взаимоотношений между государственными институтами, наукой и бизнес-сообществом в интересах развития высоких технологий и национальных экономик в этих государствах.

2. В целом отношения, связанные с договорными обязательствами по обеспечению государственных и муниципальных нужд, регулируются ГК РФ (параграфом 4 гл. 30 "Поставка товаров для государственных или муниципальных нужд"; параграфом 5 гл. 37 "Подрядные работы для государственных или муниципальных нужд"), Федеральными законами: от 13 декабря 1994 г. N 60-ФЗ "О поставках продукции для федеральных государственных нужд" // СЗ РФ. 1994. N 34. Ст. 3540; от 21 июля 2005 г. N 94-ФЗ "О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных или муниципальных нужд" // СЗ РФ. N 2005. N 30. Ст. 3105), иными нормативными правовыми актами (Постановлениями Правительства РФ: от 2 сентября 1999 г. N 982 "Об использовании результатов научно-технической деятельности" // СЗ РФ. 1999. N 36. Ст. 4412; от 17 ноября 2005 г. N 685 "О порядке распоряжения правами на результаты научно-технической деятельности". Этим Постановлением было утверждено Положение о закреплении и передаче хозяйственным субъектам прав на результаты научно-технической деятельности, полученные за счет средств федерального бюджета // СЗ РФ. 2005. N 47. Ст. 4939).

3. В пункте 1 комментируемой статьи установлено общее правило закрепления прав на результаты интеллектуальной деятельности (право на получение патента и исключительное право), созданные при выполнении работ по государственному или муниципальному контракту для государственных или муниципальных нужд. Предполагается, что указанные права принадлежат исполнителю (организации, выполняющей государственный или муниципальный контракт), если в контракте не предусмотрена иная принадлежность этих прав, а именно:

- Российской Федерации, субъекту РФ или муниципальному образованию, от имени которых выступает государственный или муниципальный заказчик;

либо совместно:

-исполнителю и Российской Федерации;

- исполнителю и субъекту РФ;

- исполнителю и муниципальному образованию.

В отличие от ранее действовавшего правового регулирования (ст. 9.1 Патентного закона РФ), комментируемая норма допускает совместное обладание правами на результаты интеллектуальной деятельности частных лиц (таковыми могут быть организации, выполняющие государственный или муниципальный контракт) и публично-

правовых образований (Российской Федерации, субъекты РФ, муниципальные образования).

Иными словами, в данном случае используется модель государственно-частного партнерства, которое получило широкое распространение в мире в последние годы в различных секторах экономики.

4. В отличие от традиционного договора подряда, согласно которому право на результат работы принадлежит заказчику, в данном случае право на результаты интеллектуальной деятельности принадлежит исполнителю, если в государственном или муниципальном контракте не предусмотрено, что указанное право принадлежит публично-правовому образованию или совместно исполнителю и одному из публично-правовых образований.

В вышеназванном Постановлении Правительства РФ от 17 ноября 2005 г. N 685 конкретизирован принцип распределения прав на результаты научно-технической деятельности, включающих также исключительные права на изобретения, полезные модели и промышленные образцы, но только в отношении государственного контракта, без упоминания муниципального контракта.

Согласно данному Постановлению в большинстве случаев права должны закрепляться за исполнителем на условиях, определяемых в государственном контракте, за определенными исключениями.

Так, государственные заказчики при заключении государственных контрактов должны включать в них условия о закреплении прав на результаты научно-технической деятельности:

- за Российской Федерацией, если данные результаты в силу закона изъяты из оборота либо ограничены в обороте или финансирование работ по доведению этих результатов до стадии промышленного применения (включая изготовление опытной партии) берет на себя Россия;

- за Российской Федерацией или по решению государственного заказчика за Российской Федерацией и исполнителем совместно, если данные результаты необходимы для выполнения государственных функций, связанных с обеспечением обороны и безопасности государства, а также с защитой здоровья населения.

Вполне очевидно, что упомянутые выше положения носят не гражданско-правовой, а публично-правовой характер, предопределяя этим модель поведения государственного заказчика при заключении государственного контракта.

5. Государственный или муниципальный контракт по многим параметрам отличается от договоров подрядного типа, в том числе договора на выполнение НИОКР.

Прежде всего государственный муниципальный контракт отличается своим особым субъектным составом. От имени Российской Федерации, субъекта РФ и муниципального образования выступают, соответственно, государственный заказчик и муниципальный заказчик.

Работы по государственному или муниципальному контракту выполняются для удовлетворения государственных или муниципальных нужд за счет соответствующих бюджетных средств.

В Федеральном законе "О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд" раскрыты понятия "государственные заказчики", "муниципальные заказчики", "государственные нужды" и "муниципальные нужды".

Так, государственными заказчиками и муниципальными заказчиками могут выступать, соответственно, государственные органы, государственные внебюджетные фонды, органы местного самоуправления, а также бюджетные учреждения, иные получатели средств федерального бюджета и уполномоченные органами государственной власти субъектов РФ или органами местного самоуправления на размещение заказов

бюджетные учреждения, иные получатели средств бюджетов субъектов РФ или местных бюджетов.

Под государственными нуждами понимаются обеспечиваемые за счет средств федерального бюджета или бюджетов субъектов РФ и внебюджетных источников финансирования потребности Российской Федерации, государственных заказчиков в товарах, работах, услугах, необходимых для осуществления функций и полномочий Российской Федерации, государственных заказчиков (в том числе для реализации федеральных целевых программ), для исполнения международных обязательств России, в том числе для реализации межгосударственных целевых программ (федеральные нужды), либо потребности субъектов РФ, государственных заказчиков в товарах, работах, услугах, необходимых для осуществления функций и полномочий субъектов РФ, государственных заказчиков, в том числе для реализации региональных целевых программ (нужды субъектов РФ).

Муниципальные нужды - это потребности муниципальных образований, муниципальных заказчиков в товарах, работах, услугах, необходимых для решения вопросов местного значения и осуществления отдельных государственных полномочий, переданных органам местного самоуправления федеральными законами и (или) законами субъектов РФ, функций и полномочий муниципальных заказчиков, обеспечиваемых за счет средств местных бюджетов и внебюджетных источников финансирования.

Что касается исполнителя по государственному или муниципальному контракту, то в этом качестве может выступать лишь организация, имеющая статус юридического лица, организационно-правовая форма которой может быть любой.

6. Как следует из комментируемой нормы, в определенных случаях права на результаты интеллектуальной деятельности могут принадлежать публично-правовым образованиям в лице Российской Федерации, субъектов РФ и муниципальных образований, являющихся, согласно п. 2 ст. 124 ГК РФ, субъектами гражданского права.

Это особые субъекты гражданского права, от их имени, согласно п. 3 ст. 125 ГК РФ, могут выступать государственные органы, органы местного самоуправления, а также юридические лица и граждане.

Следовательно, патентообладателями могут быть государственные органы, в том числе федеральные министерства, службы, агентства. Однако следует иметь в виду, что права и обязанности, вытекающие из исключительного права на изобретение, полезную модель или промышленный образец, возникают не у государственного органа - заказчика, а у государства.

При этом государственные органы - заказчики реализуют лишь правомочие по распоряжению исключительным правом на изобретение, полезную модель или промышленный образец, причем в четко заданных границах, о чем будет сказано ниже. Элементы предпринимательства не должны присутствовать в деятельности государственных органов, поскольку их основное назначение состоит в осуществлении функций публичной власти на основе бюджетного финансирования.

7. В пункте 2 комментируемой статьи описывается случай, когда по государственному или муниципальному контракту право на получение патента и исключительное право на результаты интеллектуальной деятельности принадлежат Российской Федерации, субъекту РФ или муниципальному образованию. В этом случае государственный или муниципальный заказчик может подать заявку на выдачу патента в течение шести месяцев со дня его письменного уведомления исполнителем о полученном результате, способного к правовой охране. При этом если в течение упомянутого выше срока государственный или муниципальный заказчик не подаст заявку, то право на получение патента (равно как и на исключительное право) принадлежит (а вернее, переходит) исполнителю.

8. В пункте 3 данной статьи установлены обязанности исполнителя в случае, когда по государственному или муниципальному контракту право на получение патента

(исключительное право) принадлежит Российской Федерации, субъекту РФ или муниципальному образованию.

Исполнителю вменяется в обязанность (путем заключения соответствующих соглашений со своими работниками и третьими лицами) приобрести все права либо обеспечить их приобретение для передачи соответственно Российской Федерации, субъекту РФ и муниципальному образованию.

Речь идет о соглашениях с работниками исполнителя, являющимися авторами изобретений, полезных моделей или промышленных образцов, заключаемых в соответствии со ст. 1370 ГК РФ.

Соглашения с третьими лицами заключаются в соответствии со ст. 1371 ГК РФ, что, в принципе, налагает на исполнителя довольно серьезные и трудоемкие обязанности. В этом случае исполнитель должен провести патентные исследования в соответствии с ГОСТ 15.011-96 как на начальной, так и на конечной стадии работ, без чего невозможно обеспечить гарантии передачи заказчику результатов интеллектуальной деятельности, не нарушающих чужих патентных прав. При этом стоимость всех этих работ, а не только возмещение затрат, понесенных исполнителем в связи с приобретением прав у третьих лиц, как указано в комментируемом пункте, должна быть компенсирована исполнителю.

9. В пункте 4 комментируемой статьи предусмотрены последствия того случая, когда патент на соответствующий результат интеллектуальной деятельности не принадлежит Российской Федерации, субъекту РФ или муниципальному образованию.

В этом случае патентообладатель-исполнитель обязан по требованию государственного или муниципального заказчика предоставить указанному им лицу безвозмездную простую (неисключительную) лицензию на использование соответствующего результата интеллектуальной деятельности для государственных или муниципальных нужд.

В комментируемой норме закреплена возможность обеспечения государственным или муниципальным заказчиком публичных интересов. При этом, однако, не уточняется, каким образом оформляется требование государственного или муниципального заказчика, т.е. в норме нет прямого ответа на вопрос, достаточно ли простого уведомления патентообладателя-исполнителя или необходимо заключение лицензионного договора между сторонами?

Следует полагать, что заказчик, являясь инициатором более широкого использования результата интеллектуальной деятельности, созданного при выполнении работ по государственному или муниципальному контракту, вправе определять порядок взаимодействия между патентообладателем-исполнителем и лицом, которое указано заказчиком в качестве пользователя.

Таким образом, упомянутое требование заказчика может быть включено в качестве условия в государственный или муниципальный контракт или направлено, в случае необходимости, отдельным документом исполнителю либо оформлено договором о предоставлении безвозмездной неисключительной лицензии лицу, указанному заказчиком. Последний вариант является более предпочтительным для лица, указанного заказчиком, поскольку вносит определенность и стабильность в его взаимоотношения с патентообладателем-исполнителем.

10. В рамках государственного или муниципального контракта могут быть решены и другие вопросы обеспечения публичных интересов в случае закрепления за организацией-исполнителем прав на результаты интеллектуальной деятельности.

Так, например, в эти контракты могут быть включены условия об эффективном использовании организацией-исполнителем полученных результатов интеллектуальной деятельности (на своем предприятии или путем предоставления лицензии), о предоставлении заказчику сведений о фактах использования результатов интеллектуальной деятельности, о контроле заказчиком за правомочиями организации-

исполнителя по распоряжению исключительными правами на результаты интеллектуальной деятельности (отчуждение патента, предоставление лицензии).

11. В пункте 5 комментируемой статьи предусмотрена возможность для государственного или муниципального заказчика предоставлять безвозмездные простые (неисключительные) лицензии на использование изобретения, полезной модели или промышленного образца, созданных при выполнении работ по государственному или муниципальному контракту, патент на которые получен совместно на имя исполнителя и Российской Федерации, исполнителя и субъекта РФ, исполнителя и муниципального образования.

При этом такая лицензия может предоставляться только в целях выполнения работ или осуществления поставок продукции для государственных или муниципальных нужд с одновременным уведомлением об этом исполнителя.

Следует отметить, что комментируемая норма в принципе ограничивает патентную монополию организации-исполнителя, особенно это чувствительно в рамках государственно-частного партнерства, поскольку способствует появлению на рынке его конкурентов.

12. В пункте 6 комментируемой статьи урегулированы отношения по досрочному прекращению действия патента на результаты интеллектуальной деятельности, созданные при выполнении работ по государственному или муниципальному контракту для государственных или муниципальных нужд.

В случае принятия решения о досрочном прекращении патента исполнителем, на имя которого он получен, на него возлагается обязанность уведомить об этом государственного или муниципального заказчика и по его требованию передать патент на безвозмездной основе Российской Федерации, субъекту РФ или муниципальному образованию.

В случае принятия аналогичного решения государственным или муниципальным заказчиком в отношении патента, полученного на имя Российской Федерации, субъекта РФ или муниципального образования, заказчик обязан уведомить об этом исполнителя и по его требованию передать ему патент на безвозмездной основе.

Следует полагать, что если патент получен совместно на имя исполнителя и Российской Федерации, исполнителя и субъекта РФ или исполнителя и муниципального образования, вопрос о досрочном прекращении его действия должен решаться сообладателями патента по обоюдному согласию, в том числе и вопрос о выходе из состава сообладателей такого патента.

13. В пункте 7 комментируемой статьи путем отсылки к ст. 1370 ГК РФ решен вопрос о выплате вознаграждения автору изобретения, полезной модели или промышленного образца, созданных при выполнении работ по государственному или муниципальному контракту для государственных или муниципальных нужд, который не является изобретателем.

По общему правилу указанное вознаграждение выплачивается патентообладателем, которым в зависимости от условий государственного или муниципального контракта могут быть различные субъекты.

Размер, условия и порядок выплаты такого вознаграждения устанавливаются договором между патентообладателем и автором, а в случае спора - судами.

§ 5. Получение патента

1. Заявка на выдачу патента, ее изменение и отзыв

Статья 1374. Подача заявки на выдачу патента на изобретение, полезную модель или промышленный образец

Комментарий к статье 1374

1. Положения о получении патентов на изобретения, полезные модели и промышленные образцы закреплены в параграфе 5 гл. 72 ГК РФ.

Большинство норм указанного параграфа являются нормами административного права, которые призваны "обслуживать" сферу гражданского права, а именно права на получение патента, чем нарушен цивилистический характер ГК РФ.

В этом отношении ГК РФ радикально отличается от кодексов государств с развитым правопорядком, в том числе государств СНГ, где процедурные нормы патентного права сконцентрированы в специальных законах по охране интеллектуальной, включая промышленную, собственности.

2. Раздел 1 параграфа 5 посвящен заявочной документации, вопросам внесения изменений в документы заявок, отзыва заявок, а также преобразования заявок на изобретение или полезную модель.

В правовом регулировании в указанной области не произошло заметных изменений по сравнению с ранее действующим законодательством (ст. 15 - 18, 20, 27, 28 Патентного закона РФ).

3. Комментируемая статья регулирует отношения, связанные с подачей заявки на выдачу патента на изобретение, полезную модель или промышленный образец.

В соответствии с п. 1 комментируемой статьи заявка на выдачу патента подается в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности лицом, обладающим правом на получение патента в соответствии с ГК РФ (заявителем).

Указанный пункт содержит две нормы: заявка должна быть подана в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности; заявка должна быть подана лицом, обладающим правом на получение патента (заявителем).

В настоящее время после ряда переименований, начиная с 1992 г., функции федерального органа исполнительной власти по интеллектуальной собственности выполняет Федеральная служба по интеллектуальной собственности, патентам и товарным знакам (Роспатент), находящаяся в ведении Министерства науки и образования РФ (Указ Президента РФ от 9 марта 2004 г. N 314 "О системе и структуре федеральных органов исполнительной власти" (СЗ РФ. 2004. N 11. Ст. 945)).

На практике, согласно соответствующим бланкам заявлений, заявки подаются в Федеральный институт промышленной собственности, являющийся структурным подразделением Роспатента.

В Российской Федерации принята сугубо заявительская система подачи заявки, поскольку от заявителя не требуют подтверждения права на подачу заявки каким-либо документом.

К лицам, обладающим правом на подачу заявки (т.е. к заявителям), относятся, в частности, автор изобретения, полезной модели или промышленного образца, работодатель работника (автора), подрядчик (исполнитель), заказчик, исполнитель работ по государственному или муниципальному контракту для государственных или муниципальных нужд.

В патентных законодательствах государств с развитым правопорядком принята формулировка, согласно которой право на подачу заявки принадлежит заявителю или его правопреемнику.

Как следует из вышеизложенного, в российской норме нет указания на правопреемника заявителя. Однако исходя из систематического толкования п. 1 комментируемой статьи и п. 2 ст. 1357 ГК РФ, в котором регламентируется, что право на получение патента может перейти к другому лицу (правопреемнику), следует полагать, что право на подачу заявки на выдачу патента на изобретение, полезную модель или промышленный образец принадлежит также правопреемникам лиц, которые были указаны выше.

4. В пункте 2 комментируемой статьи изложены требования к языку, на котором должна подаваться заявочная документация.

Заявление о выдаче патента во всех случаях должно представляться на русском языке, а прочие документы заявки представляются на русском или другом языке. Если документы заявки представлены на другом языке, к заявке прилагается их перевод на русский язык.

Согласно п. 2 ст. 15 Патентного закона РФ в редакции 1992 г. перевод на русский язык документов заявки, составленной на другом языке, должен быть представлен при подаче заявки или в течение двух месяцев после поступления заявки, содержащей такие документы. Указанный подход принят в патентных законодательствах многих стран. В 2003 г. двухмесячный льготный срок для подачи перевода документов заявки на русский язык исключен из Патентного закона РФ и подзаконных актов. Такой льготный срок отсутствует и в п. 2 комментируемой статьи ГК РФ.

Следовательно, с 2003 г. российское патентное законодательство не содержит указания на срок, в течение которого должен быть представлен перевод документов заявки на русский язык. Все зависит от усмотрения эксперта на этапе проведения формальной экспертизы, что вносит неопределенность в положение заявителя.

5. В пункте 3 комментируемой статьи определены лица, которые имеют право подписывать заявление о выдаче патента на изобретение, полезную модель или промышленный образец: заявитель, а в случае подачи заявки через патентного поверенного или иного представителя - заявитель или его представитель, подающий заявку.

В соответствии с ранее действовавшим законодательством такими лицами являлись заявитель, его поверенный или иной его представитель.

Судя по редакции п. 3 комментируемой статьи, фигура патентного поверенного входит в настоящее время в более широкое понятие иного представителя заявителя.

Требования к патентному поверенному, порядок его аттестации и регистрации, полномочия на ведение дел по правовой охране изобретений, полезных моделей и промышленных образцов определены Положением о патентных поверенных, утвержденным Постановлением Правительства РФ от 12 февраля 1993 г. N 122 (САПП. 1993. N 7. Ст. 573).

6. В пункте 4 комментируемой статьи определен орган исполнительной власти, который устанавливает требования к документам заявки на выдачу патента на изобретение, полезную модель или промышленный образец. Такие требования устанавливаются на основании ГК РФ федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим нормативно-правовое регулирование в сфере интеллектуальной собственности, функции которого в настоящее время выполняет Министерство науки и образования РФ.

Следует отметить, что правовая регламентация заявочной документации поднята в настоящее время на более высокий уровень, поскольку ранее установление требований к документам заявки входило в компетенцию федерального органа исполнительной власти по интеллектуальной собственности (т.е. Роспатента).

7. В пункте 5 комментируемой статьи предусмотрено, что к заявке на выдачу патента на изобретение, полезную модель или промышленный образец прилагается документ, подтверждающий уплату патентной пошлины в установленном размере, или документ, подтверждающий основание освобождения от уплаты патентной пошлины, либо уменьшения ее размера, либо отсрочки ее уплаты.

К документам, подтверждающим уплату патентной пошлины, относятся, в частности, платежные поручения, квитанции к приходным ордерам, на которых должно быть указано назначение платежа.

Помимо разъяснений общего характера (см. комментарий к ст. 1249 ГК РФ), в отношении патентных пошлин можно сказать следующее.

Патентные пошлины не входят в понятие государственных пошлин, поэтому они не указаны в гл. 25.3 ("Государственная пошлина") НК РФ, хотя первоначально предполагалось, что положения о государственных пошлинах за патентование изобретений, полезных моделей и промышленных образцов будут закреплены в указанной выше главе Налогового кодекса РФ.

В статье 333.30 НК РФ предусмотрено взимание государственных пошлин только за официальную регистрацию программ для ЭВМ, баз данных и топологий интегральных микросхем.

Возникла нелепая ситуация, когда один и тот же орган (Роспатент) за одну и ту же деятельность (совершение юридически значимых действий) по патентованию или регистрации однотипных результатов интеллектуальной деятельности обязан взимать различные платежи (государственные пошлины - налоговые платежи и патентные пошлины - неналоговые платежи).

У истоков этой нелепой ситуации лежит ошибочное, на мой взгляд, Определение Конституционного Суда РФ от 10 декабря 2002 г. N 283-О (СЗ РФ. 2002. N 52 (ч. 2). Ст. 5289), квалифицирующее патентные пошлины как платежи (сборы) неналогового характера, которым был связан законодатель при принятии гл. 25.3 НК РФ.

Указанная позиция Конституционного Суда РФ в отношении патентных пошлин имеет не только теоретическое значение, но и важные практические последствия. Отказ в придании патентным пошлинам статуса государственных пошлин допускает установление их размера на уровне подзаконного акта.

Государственная пошлина устанавливается законодателем, поэтому следует полагать, что ее размер всегда будет приемлемым для правообладателей.

Патентные пошлины, размер которых определяет Правительство РФ, имеют тенденцию к росту, о чем свидетельствует, например, трехкратное увеличение размера патентных пошлин в 2002 г. (Постановление Правительства РФ от 14 января 2002 г. N 8 (СЗ РФ. 2002. N 3. Ст. 219)).

Статья 1375. Заявка на выдачу патента на изобретение

Комментарий к статье 1375

1. Пункт 1 комментируемой статьи посвящен одному из основных требований к заявке на выдачу патента на изобретение - требованию единства изобретения. Заявка отвечает указанному требованию, если она относится к одному изобретению. Вместе с тем допускается подача заявок, содержащих несколько изобретений, если они образуют группу изобретений, связанных единым изобретательским замыслом.

В ГК РФ отсутствует определение понятия единства изобретения.

Это понятие раскрыто в проекте Регламента по изобретениям (п. 8.3.4).

Требование единства изобретения соблюдено, в частности, когда одно изобретение предназначено для получения (изготовления) другого изобретения (например, устройство или вещество и способ получения (изготовления) устройства или вещества в целом или их части), либо одно из которых предназначено для осуществления другого (например, способ и устройство для осуществления способа в целом или одного из его действий), либо одно из которых предназначено для использования другого (в другом) (например, способ и вещество, предназначенное для использования в способе), либо изобретения - варианты (несколько устройств, несколько веществ и т.д.), имеющие одинаковое назначение и обеспечивающие получение одного и того же технического результата.

2. В пункте 2 комментируемой статьи закреплен перечень документов, которые должна содержать заявка на изобретение. Этот перечень является исчерпывающим, он носит относительно императивный характер, т.е. заявка должна включить в себя все

указанные в нем документы, кроме чертежей и иных материалов, которые представляются в случае необходимости (для понимания сущности изобретения).

3. Содержание документов заявки на изобретение раскрыто в проекте Регламента по изобретениям.

Заявление о выдаче патента представляется на типографском бланке или в виде компьютерной распечатки по установленному образцу. Если какие-либо сведения нельзя разместить полностью в соответствующих графах, их приводят по той же форме на дополнительном листе с указанием в соответствующей графе заявления: "см. продолжение на дополнительном листе".

Примечательно, что подача международной заявки на изобретение, созданное в Российской Федерации, обставлена рядом условий, в частности в заявлении международной заявки должна быть указана Российская Федерация в качестве государства, в котором заявитель намерен получит патент.

Вышеизложенное означает, что российские заявители не могут использовать процедуру патентования по системе Договора о патентной кооперации (PCT), включающую большинство стран мира, без указания России как страны патентования.

Назначение описания изобретения состоит в раскрытии изобретения с полнотой, достаточной для его осуществления.

Описание изобретения начинается с его названия, которое, как правило, характеризует его назначение и излагается в единственном числе, и содержит следующие разделы: область техники, к которой относится изобретение; уровень техники; раскрытие изобретения; краткое описание чертежей (если они содержатся в заявке); осуществление изобретения; перечень последовательностей (если последовательности нуклеотидов и/или аминокислот использованы для характеристики изобретения).

Порядок изложения описания может отличаться от вышеизложенного, если с учетом особенностей изобретения иной порядок способствует лучшему пониманию и более краткому изложению.

Краткая характеристика разделов описания изобретения заключается в следующем.

В разделе описания "Область техники" указывается область применения изобретения, а если таких областей несколько, то указываются преимущественные.

В уровне техники приводятся сведения об известных заявителю аналогах изобретения с выделением из них аналога, наиболее близкого к изобретению (прототипа). В качестве аналога изобретения указывается средство того же назначения, известное из сведений, ставших общедоступными до даты приоритета изобретения.

Требование раскрытия изобретения предполагает наличие в описании сведений, раскрывающих сущность изобретения.

Сущность изобретения как технического решения выражается в совокупности существенных признаков, достаточной для достижения обеспечиваемого изобретением технического результата.

Технический результат выражается таким образом, чтобы обеспечить возможность понимания специалистом на основании уровня техники его смыслового содержания.

Под специалистом понимается гипотетическое лицо, обладающее общими знаниями в данной области техники (общими знаниями в данной области техники считаются знания, основанные на информации, содержащейся в справочниках, монографиях и учебниках), а также и имеющее доступ ко всему уровню техники и имеющее опыт работы и эксперимента, которые являются обычными для данной области техники.

В кратком описании чертежей приводится перечень фигур с краткими пояснениями того, что изображено на каждой из них. Если представлены иные графические материалы, поясняющие сущность изобретения, они также указываются в перечне и приводится краткое пояснение их содержания.

В разделе описания "Осуществление изобретения" должно быть показано, как может быть осуществлено изобретение с реализацией указанного заявителем назначения,

предпочтительно путем приведения примеров, и со ссылками на чертежи или иные графические материалы, если они имеются. В данном разделе приводятся также сведения, подтверждающие возможность получения при осуществлении изобретения того технического результата, который указан в разделе описания "Раскрытие изобретения". Характер сведений, приводимых в данном разделе описания, в значительной степени зависит от вида объекта изобретения (устройство, вещество, способ и т.д.).

В перечне последовательностей приводится детальное раскрытие последовательностей нуклеотидов и/или аминокислот. Каждой последовательности должен быть присвоен отдельный номер. При этом номера последовательностей должны начинаться с единицы и увеличиваться последовательно на целое число.

Формула изобретения предназначается для определения объема правовой охраны, предоставляемой патентом (см. комментарий к п. 2 ст. 1354 ГК РФ), равно как и для определения объема временной правовой охраны изобретения (см. комментарий к ст. 1392 ГК РФ).

Кроме того, следует учитывать, что формула изобретения используется при установлении факта использования изобретения, в том числе и незаконного использования (контрафакции) (см. комментарий к ст. 1358 ГК РФ).

Формула изобретения должна:

- быть полностью основана на описании, т.е. характеризуемое ею изобретение должно быть раскрыто в описании, а определяемый формулой изобретения объем правовой охраны должен быть подтвержден описанием;

- выражать сущность изобретения, т.е. содержать совокупность его существенных признаков, достаточную для достижения указанного заявителем технического результата;

- быть ясной. Признаки изобретения должны быть выражены в формуле изобретения таким образом, чтобы обеспечить возможность понимания специалистом на основании уровня техники их смыслового содержания.

С точки зрения структуры, формула изобретения может быть однозвенной или многозвенной и включать, соответственно, один или несколько пунктов.

Однозвенная формула изобретения применяется для характеристики одного изобретения совокупностью признаков, не имеющей развития или уточнения применительно к частным случаям его выполнения или использования.

Многозвенная формула применяется для характеристики одного изобретения с развитием и/или уточнением совокупности его признаков применительно к частным случаям выполнения или использования изобретения или для характеристики группы изобретений. При этом многозвенная формула, характеризующая одно изобретение, имеет один независимый пункт и следующий(ие) за ним зависимый(ые) пункт(ы), а многозвенная формула, характеризующая группу изобретений, имеет несколько независимых пунктов, каждый из которых характеризует одно из изобретений группы.

Пункт формулы изобретения излагается в виде одного предложения. Пункт формулы включает признаки изобретения, в том числе родовое понятие, отражающее назначение, с которого начинается изложение формулы, и состоит, как правило, из ограничительной части, включающей признаки изобретения, совпадающие с признаками наиболее близкого аналога, и отличительной части, включающей признаки, которые отличают изобретение от наиболее близкого аналога.

Формула изобретения составляется без разделения на ограничительную и исполнительные части, в частности если она характеризует: индивидуальное химическое соединение; штамм микроорганизма, линию клеток растений или животных; применение по определенному назначению; изобретение, не имеющее аналогов.

Независимый пункт формулы изобретения характеризует изобретение совокупностью его признаков, определяющей объем испрашиваемой правовой охраны, и излагается в виде логического определения объекта изобретения.

Зависимый пункт формулы изобретения содержит развитие и/или уточнение совокупности признаков изобретения, приведенных в независимом пункте, с признаками, характеризующими изобретение лишь в частных случаях его выполнения или использования.

Материалы, поясняющие сущность изобретения, могут быть оформлены в виде графических изображений (чертежей, схем, рисунков, графиков, эпюр, осциллограмм и т.д.), фотографий и таблиц. Рисунки представляются в том случае, если невозможно проиллюстрировать изобретение чертежами или схемами. Фотографии представляются как дополнение к графическим изображениям. Однако в исключительных случаях, например для иллюстрации этапов выполнения хирургической операции, фотографии могут выступать в качестве основного вида поясняющих материалов.

Реферат служит для целей информации об изобретении, т.е. имеет вспомогательное значение, и представляет собой сокращенное изложение содержания описания изобретения, включающее название, характеристику области техники, к которой относится изобретение, и/или области применения, если это не ясно из названия, характеристику сущности изобретения с указанием достигаемого технического результата. Реферат может содержать дополнительные сведения, в том числе указание на наличие и количество зависимых пунктов формулы, графических изображений, таблиц. Рекомендуемый объем текста реферата - до 1000 печатных знаков.

4. Пункт 3 комментируемой статьи посвящен одному из важных положений патентного права - установлению даты подачи заявки на изобретение, по которой устанавливается приоритет изобретения и которая служит начальной точкой отсчета для целого ряда важных сроков (срок действия патента и т.п.).

Такой датой считается дата поступления в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности заявки, содержащей заявление о выдаче патента, описание изобретения и чертежи, если в описании на них имеется ссылка, а если указанные документы представлены не одновременно - дата поступления последнего из документов.

Важно отметить, что при установлении даты подачи заявки не требуется представления формулы изобретения. Но только при установлении даты подачи, на дальнейших этапах прохождения заявки формула изобретения является ее неотъемлемой частью.

Однако такое послабление не столь радикально, как это предписывает Договор о патентном праве (сокращенно - PLT), принятый на Дипломатической конференции в Женеве 1 июня 2000 г., который разработан в целях гармонизации национальных патентных законодательств в отношении процедурных норм патентного права, в том числе формальных требований к заявке.

Согласно положениям PLT для установления даты подачи заявки требуется, по крайней мере: указание о том, что по заявке испрашивается выдача патента; сведения, позволяющие установить заявителя или связаться с ним; часть, которая внешне выглядит как описание изобретения.

Как следует из текста п. 3 комментируемой статьи, при установлении даты подачи заявки требуются собственно описание изобретения и, в случае необходимости, чертежи, а не часть, которая внешне выглядит как описание изобретения.

Правда, в проекте Регламента по изобретениям (п. 21.6) имеется положение о том, что в качестве описания изобретения для целей установления даты подачи заявки наряду с описанием, составленным и оформленным в соответствии с установленными требованиями, может быть признан документ, представленный на любом языке, внешне выглядящий как описание.

Однако вполне очевидно, что такие важные вопросы должны решаться не на уровне подзаконного акта, соответствующие положения должны быть закреплены в ГК РФ.

Указанное расхождение в подходе к установлению даты подачи заявки, на мой взгляд, обусловлено тем обстоятельством, что Россия не участвует в PLT.

В связи с вышеизложенным не соответствует действительности утверждение некоторых авторов (см.: Корчагин А.Д., Богданов Н.В., Казакова В.К., Полищук Е.П. Постатейный комментарий к Патентному закону Российской Федерации с учетом дополнений и изменений, внесенным Федеральным законом от 02.02.2003 N 22-ФЗ. М., 2004. С. 108) о том, что Российская Федерация является участником Договора о патентной кооперации (PLT) со 2 июня 2000 г.

Российская Федерация подписала Заключительный акт Дипломатической конференции, т.е. своего рода "протокол о намерениях" подписать PLT, но сам Договор о патентном праве не подписала и не присоединилась к нему в дальнейшем, а поэтому никак не может быть его участницей.

По состоянию на 12 марта 2008 г. участниками PLT являются 18 государств, в том числе Кыргызстан, Молдова, Украина, Узбекистан (PLT Notification N 19. WIPO. December 12. 2007).

Статья 1376. Заявка на выдачу патента на полезную модель

Комментарий к статье 1376

1. В пункте 1 комментируемой статьи установлено требование единства полезной модели: заявка на выдачу патента на полезную модель должна относиться к одной полезной модели или группе полезных моделей, связанных между собою настолько, что они образуют единый творческий замысел.

Содержание требования единства полезной модели, предъявляемого к заявке на полезную модель, по сути, идентично содержанию такого же требования к заявке на изобретение (см. комментарий к п. 1 ст. 1375 ГК РФ), если не считать, что термин "изобретательский замысел" заменен термином "творческий замысел", что сделано, конечно, для разграничения этих результатов интеллектуальной деятельности.

2. В пункте 2 комментируемой статьи изложен перечень документов, входящих в состав заявки на полезную модель.

Требования к составу этих документов и их содержанию, в принципе, идентичны соответствующим требованиям к документам заявки на изобретение (см. комментарий к п. 2 ст. 1375 ГК РФ).

Единственное различие состоит в отсутствии указания на "иные материалы" в случае их необходимости, когда речь идет о чертежах (подп. 4 п. 2 комментируемой статьи). Вместе с тем в проекте Регламента по полезным моделям, как и в случае с заявкой на выдачу патента на изобретение, говорится о материалах, поясняющих сущность полезной модели, в которые входят графические изображения (чертежи, схемы, рисунки и т.д.), фотографии и таблицы.

3. В пункте 3 комментируемой статьи, как и в отношении заявки на выдачу патента на изобретение, закреплено важное правило об установлении даты подачи заявки на полезную модель в федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности.

Сказанное в отношении установления даты подачи заявки на изобретение (см. комментарий к п. 3 ст. 1375 ГК РФ) можно полностью отнести и к комментируемому положению.

Вполне очевидно, исходя из содержания п. 3 данной статьи и п. 18.10 проекта Регламента по полезным моделям, что для целей установления даты подачи заявки на полезную модель в качестве описания полезной модели не может быть принят документ, внешне выглядящий как описание. Необходимо представление для указанных целей традиционного описания полезной модели.

Статья 1377. Заявка на выдачу патента на промышленный образец

Комментарий к статье 1377

1. В комментируемой статье определены требования к заявочной документации на выдачу патента на промышленный образец. В целом эти требования аналогичны требованиям, установленным в ранее действовавшем российском патентном законодательстве (ст. 18 Патентного закона РФ).

2. В пункте 1 комментируемой статьи раскрыто требование единства промышленного образца: заявка на промышленный образец должна относиться к одному промышленному образцу или к группе промышленных образцов, связанных между собой настолько, что они образуют единый творческий замысел.

Как следует из вышеизложенного, требования единства промышленного образца соблюдено, если заявка относится к одному промышленному образцу или группе промышленных образцов.

Понятия одного промышленного образца и группы промышленных образцов раскрыты в проекте Регламента по промышленным образцам (п. 7.3.5).

Одним промышленным образцом является художественно-конструкторское решение единого изделия, в том числе целого изделия (например, автомобиль), его самостоятельной части (например, фара), набора (комплекта) из группы совместно используемых изделий (например, мебельный гарнитур).

Ранее российское законодательство предусматривало лишь одну разновидность группы промышленных образцов, для которой возможно было вести речь о ее соответствии требованию единства, - варианты промышленного образца. При этом вариантами промышленного образца считалась группа промышленных образцов, связанных между собой настолько, что они образуют единый творческий замысел и относятся к решениям одного и того же изделия, имеющим общие существенные признаки, характеризующие основные доминирующие композиционные элементы, определяющие одинаковые основные эстетические и (или) эргономические особенности изделия и различающиеся незначительной частью существенных признаков, дополняющих выше указанные общие признаки.

В настоящее время предусмотрены две разновидности группы промышленных образцов, включая варианты промышленных образцов. Так, единство промышленного образца признается соблюденным, если:

- на изображениях изделия и в перечне существенных признаков промышленного образца представлена группа промышленных образцов, образующих единый творческий замысел и представляющих собой художественно-конструкторские решения одного и того же изделия, относящиеся к одному классу Международной классификации промышленных образцов (МКПО), одно из которых определяет внешний вид изделия в целом, а другое (другие) - внешний вид видимой в процессе эксплуатации изделия его самостоятельной части;

- на изображениях изделия и в перечне существенных признаков промышленного образца представлена группа промышленных образцов, образующих единый творческий замысел и представляющих собой художественно-конструкторские решения, определяющие внешний вид одного и того же изделия в целом и относящиеся к одному классу МКПО, при этом каждое из решений определяет свой вариант внешнего вида изделия, а основные эстетические и (или) эргономические особенности внешнего вида изделия, обусловленные решениями-вариантами, совпадают.

В зарубежной практике заявки на группы промышленных образцов принято называть множественными заявками. При этом такие заявки, кроме вариантов

промышленного образца, включают как изделие в целом, так и его часть или части, равно как и комплект (набор) изделий, так и каждый его элемент в отдельности.

Упомянутые выше изменения сближают российское законодательство о промышленных образцах с зарубежной практикой по указанному вопросу.

3. В пункте 2 комментируемой статьи очерчен состав заявочной документации на промышленный образец, включающий в себя пять позиций, большинство из которых сформулированы как обязательные при подаче заявки на промышленный образец.

Заявление о выдаче патента представляется на типографском бланке или в виде компьютерной распечатки по установленному образцу. Если какие-либо сведения нельзя разместить полностью в соответствующих графах, их приводят по той же форме на дополнительном листе с указанием в соответствующей графе заявления: "см. продолжение на дополнительном листе".

Комплект изображений изделия считается основным документом, содержащим информацию о заявленном промышленном образце, используемую для определения объема правовой охраны промышленного образца, предоставляемого на основании патента, - информацию о совокупности существенных признаков промышленного образца.

Заявка должна содержать для объемного промышленного образца изображение общего вида изделия в ракурсе 3/4 спереди, а также такое количество видов изображений изделия (например, спереди, слева, справа, сзади, сверху, снизу), которое дает полное детальное представление о внешнем виде изделия.

Для плоскостного промышленного образца достаточно одного вида.

Набор (комплект) изделий должен быть представлен на изображениях общего вида полностью, т.е. всеми входящими в него изделиями. Кроме того, каждое изделие, входящее в набор (комплект), дополнительно представляется на отдельных изображениях во всех требуемых видах.

Каждое изделие из группы промышленных образцов должно быть представлено отдельным комплектом изображений во всех необходимых видах.

Изображения в виде фотографий представляются, как правило, размером 18 x 24 см, другие изображения - в формате А4. Для небольших по габаритам изделий, например наручных (карманных) часов, микрокалькуляторов, карманных зажигалок и тому подобных, могут быть представлены изображения малого формата размером 13 x 18 или 9 x 12 см.

Материалы, поясняющие сущность промышленного образца (чертеж общего вида изделия, эргономическая схема, рисунок, конфекционная карта и другие), представляют собой диспозитивную часть заявочной документации на выдачу патента на промышленный образец. Эти материалы представляются в том случае, если они необходимы для раскрытия сущности промышленного образца.

Чертеж общего вида представляется в случае, когда он необходим для пояснения сущности промышленного образца, определения габаритов, соотношений размеров внешнего вида изделия или его элементов.

Эргономическая схема изделия представляется в случае, когда она необходима для пояснения указанных заявителем эргономических особенностей внешнего вида изделия.

Конфекционная карта (т.е. образец текстильных, трикотажных материалов, кожи, фурнитуры, отделки и тому подобного, рекомендуемых для изготовления изделия) представляется в том случае, если промышленный образец относится к изделиям легкой и текстильной промышленности. При этом образец материалов с повторяющимся рисунком (декоративных материалов, ковров, тканей и других) представляется в размере раппорта рисунка.

Назначение описания промышленного образца заключается в раскрытии в словесной форме представленного на изображениях элементов (признаков) внешнего вида изделия.

Описание начинается с названия промышленного образца, которое должно быть кратким и точным и, как правило, в единственном числе. Перед названием указывается индекс рубрики действующей редакции Международной классификации промышленных образцов, к которой относится промышленный образец.

С точки зрения структуры, описание содержит следующие разделы: назначение и область применения промышленного образца; аналоги промышленного образца; перечень изображений, дающих полное детальное представление о внешнем виде изделия, а также других представленных материалов, иллюстрирующих промышленный образец (чертеж, эргономическая схема, конфекционная карта) в случае их представления; раскрытие сущности промышленного образца.

Порядок изложения описания может отличаться от указанного выше порядка, если, с учетом особенностей промышленного образца, иной порядок способствует лучшему пониманию его сущности. Не допускается замена раздела описания отсылкой к источнику, в котором содержатся необходимые сведения, в том числе к литературному источнику, описанию к ранее поданной заявке, описанию к охранному документу и т.п.

Перечень существенных признаков промышленного образца - один из самых сложных разделов при составлении заявки на промышленный образец, поскольку допускаемые при этом ошибки приводят либо к неоправданному расширению, либо к прискорбному для заявителя сужению объема правовой охраны.

Основное назначение перечня существенных признаков заключается в определении, совместно с изображением изделия, объема правовой охраны, предоставляемой патентом. При этом перечень существенных признаков промышленного образца играет вспомогательную роль, основная нагрузка при определении объема правовой охраны образца ложится на изображения, отображающие внешний вид заявленного изделия.

Перечень должен включать совокупность существенных признаков промышленного образца, обусловливающих эстетические и (или) эргономические особенности внешнего вида изделия, представленного на его изображениях, и признаков, указывающих на назначение изделия. Иными словами, перечень существенных признаков промышленного образца, по сути отождествленный с их совокупностью, представляет собой словесную идентификацию, более или менее точную, изображения внешнего вида изделия.

Признаки, включаемые в перечень, не рекомендуется выражать абсолютными размерами (такой промышленный образец легко обойти путем изменения абсолютных размеров) либо зрительно не различимыми соотношениями размеров изображенных элементов изделия. Не рекомендуется включать в перечень описания графических изображений служебно-потребительского значения (верх, не кантовать, штрих-код и так далее), являющихся маркировкой изделия, если их исполнение не имеет отличительных особенностей.

Признаки перечня должны быть выражены понятиями, смысловое содержание которых однозначно понятно пользователю изделия. При этом несущественно, имеет словесная характеристика признака в перечне существенных признаков детальный или обобщенный характер. Характеристика признака должна позволять однозначно идентифицировать его с визуально воспринимаемым признаком, нашедшим отражение на изображении внешнего вида изделия.

В структурном отношении перечень существенных признаков может включать один или несколько пунктов. Перечень существенных признаков, относящихся к одному промышленному образцу, излагается в одном пункте. Перечень существенных признаков, относящихся к группе промышленных образцов, излагается в нескольких пунктах, количество которых соответствует количеству промышленных образцов, объединенных в группу.

Пункт перечня существенных признаков излагается в виде логически связанного последовательного изложения характеристик признаков промышленного образца как одно предложение. Как правило, пункт перечня составляется с разделением на

ограничительную часть, включающую признаки промышленного образца, совпадающие с признаками наиболее близкого аналога, и отличительную часть, включающую признаки, которые отличают промышленный образец от наиболее близкого аналога.

Следует отметить в качестве отличительной черты российского законодательства наличие детального описания промышленного образца и особенно перечня существенных признаков промышленного образца, внешне сходного с формулой изобретения, которые крайне редко встречаются в законодательствах зарубежных стран об охране промышленных образцов.

4. Пункт 3 комментируемой статьи относится к сравнительно новому для российского законодательства понятию - дате подачи заявки на промышленный образец.

Такой датой считается дата поступления в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности всех обязательных документов, перечисленных в п. 2 данной статьи, кроме материалов, поясняющих сущность промышленного образца (чертеж общего вида, эргономическая схема, конфекционная карта).

Если требуемые документы представлены не одновременно, то датой подачи заявки считается поступление последнего из документов.

Статья 1378. Внесение изменений в документы заявки на изобретение, полезную модель или промышленный образец

Комментарий к статье 1378

1. Комментируемая статья посвящена вопросам внесения изменений в документы заявки на изобретение, полезную модель или промышленный образец. По сравнению с ранее действующим законодательством (ст. 20 Патентного закона РФ) данная статья по сути осталась неизменной.

В ней регулируются отношения по внесению изменений в документы заявки как по инициативе заявителя, так и в результате действий федерального органа исполнительной власти по интеллектуальной собственности.

2. В абзаце первом п. 1 комментируемой статьи предусмотрено право заявителя вносить в документы заявки исправления и уточнения, в том числе путем подачи дополнительных материалов, до принятия по этой заявке решения о выдаче патента либо об отказе в выдаче патента. Основным условием принятия таких исправлений и уточнений является отсутствие изменения сущности заявленных изобретения, полезной модели или промышленного образца.

На практике внесение изменений в документы заявки осуществляется путем представления заменяющих листов. В сопроводительном письме к заменяющим листам приводятся краткие пояснения предлагаемым изменениям.

Если изменения касаются опечаток, погрешностей в указании библиографических данных и т.п. и исправление документа не приведет к отрицательным последствиям в отношении четкости при непосредственном репродуцировании, необходимость внесения соответствующих исправлений может быть выражена непосредственно в ходатайстве. При этом представление заменяющих листов в этом случае не является обязательным.

3. В абзаце втором п. 1 изложены условия, при наличии которых дополнительные материалы изменяют сущность заявленных изобретений или полезной модели: если они предусматривают включение в формулу изобретения или полезной модели таких признаков, которые не были раскрыты на дату приоритета в документах, послуживших основанием для его установления, а также в формуле изобретения или полезной модели в случаях, если на дату приоритета заявка содержала формулу изобретения или полезной модели.

По сравнению с ранее действовавшим законодательством (п. 1 ст. 20 Патентного закона РФ) несколько расширена формулировка условий признания измененной сущности заявленных изобретения или полезной модели. Если ранее учитывались признаки, содержащиеся в дополнительных материалах, которые отсутствовали на дату подачи заявки в описании, то в настоящие время в расчет принимаются признаки, не раскрытые на дату приоритета в документах, послуживших основанием для его установления.

Таким образом, в формулу изобретения или полезной модели могут быть включены признаки, взятые не только из описания, но также из чертежей и реферата.

4. В абзаце третьем п. 1 комментируемой статьи предусмотрены условия, при наличии которых дополнительные материалы изменяют сущность заявленного промышленного образца: если они содержат признаки, подлежащие включению в перечень существенных признаков промышленного образца и отсутствующие на дату подачи заявки на изображениях изделия.

Как следует из вышеизложенного, формулировка условий признания измененной сущности заявленного промышленного образца осталась прежней - только изображения изделия, имеющиеся на дату подачи заявки, являются основой для включения признаков в измененный перечень существенных признаков промышленного образца.

5. В пункте 2 комментируемой статьи установлено, что изменение сведений о заявителе, а также исправление очевидных и технических ошибок могут быть внесены в документы заявки до регистрации изобретения, полезной модели или промышленного образца.

Изменение сведений о заявителе происходит, как правило, при передаче права на получения патента другому лицу либо вследствие изменения имени или наименования заявителя.

До включения в ГК РФ отдельной нормы о возможности перехода или передачи права на получение патента (см. комментарий к п. 2 ст. 1357 ГК РФ) норма об "изменении заявителя при передачи права на получение патента" (п. 2 ст. 20 Патентного закона РФ) была единственным легальным основанием для оформления передачи права на получение патента в федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности.

В ГК РФ не раскрыты понятия "очевидные ошибки" и "технические ошибки". Эти понятия приведены в проектах Регламентов по изобретениям (полезным моделям, промышленным образцам).

Ошибка считается очевидной, если специалист в данной области техники понимает, что на дату подачи заявки подразумевалось нечто иное, чем то, что написано в заявке, и никакое иное исправление, кроме предложенного, не может быть произведено.

Ошибка считается технической, если она обусловлена неправильным написанием слов, неправильной расстановкой знаков препинания (грамматические ошибки), наличием опечаток и погрешностей в указании библиографических данных источников информации и т.д.

6. В пункте 3 комментируемой статьи установлено правило, согласно которому патентная пошлина за внесение изменений в документы заявки не взимается, если эти изменения внесены по инициативе заявителя в течение двух месяцев со дня подачи заявки. Указанная норма стимулирует заявителей вносить изменения в заявочную документацию в наикратчайшие сроки, с тем чтобы они были учтены на дальнейших этапах экспертизы заявки.

7. В пункте 4 комментируемой статьи предписано, что изменения, внесенные заявителем в документы заявки на изобретение, должны учитываться при публикации сведений о заявке на изобретение (см. комментарий к ст. 1385 ГК РФ), если такие сведения представлены в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности в течение 12 месяцев со дня подачи заявки.

Вполне очевидно, что указанный федеральный орган обязан учитывать эти изменения при публикации сведений о заявке на изобретение и за пределами вышеуказанного 12-месячного срока, если технологические возможности позволяют это сделать.

Статья 1379. Преобразование заявки на изобретение или полезную модель

Комментарий к статье 1379

1. Комментируемая статья посвящена преобразованию заявки на изобретение или полезную модель. Ее содержание практически не изменилось по сравнению с ранее действовавшим патентным законодательством (ст. 28 Патентного закона РФ).

2. Пункт 1 анализируемой статьи предоставляет право заявителю преобразовать свою заявку на изобретение в заявку на полезную модель.

Такое преобразование возможно путем подачи соответствующего заявления в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности до публикации сведений о заявке на изобретение (см. комментарий к п. 1 ст. 1385 ГК РФ), но не позднее даты принятия решения о выдаче патента на изобретение.

Вместе с тем указанное преобразование не допускается в том случае, когда к заявке приложено заявление о предложении заключить договор об отчуждении патента (см. комментарий к п. 1 ст. 1366 ГК РФ). Данное ограничение связано с тем обстоятельством, что только в отношении заявки на выдачу патента на изобретение и в отношении патента, выданного по такой заявке, с заявителя не взимаются патентные пошлины.

Практический смысл преобразования заявки на изобретение в заявку на полезную модель имеется в том случае, если заявленное изобретение не отвечает критерию изобретательского уровня. Поскольку в отношении полезной модели не предъявляется такое строгое требование, то заявитель может получить охрану для своего технического решения в качестве полезной модели.

3. В пункте 2 комментируемой статьи предусмотрена норма об обратном преобразовании, т.е. о преобразовании заявки на полезную модель в заявку на изобретение.

Указанное преобразование возможно до даты принятия решения о выдаче патента, а в случае принятия решения об отказе выдачи патента - до того, как будет исчерпана предусмотренная ГК РФ возможность подачи возражения против этого решения.

4. В пункте 3 комментируемой статьи закреплена очень важная норма о сохранении приоритета изобретения или полезной модели, а также даты подачи соответствующей заявки в указанных выше случаях преобразования заявки на изобретение или полезную модель.

Статья 1380. Отзыв заявки на изобретение, полезную модель или промышленный образец

Комментарий к статье 1380

1. Комментируемая статья об отзыве заявки на изобретение, полезную модель или промышленный образец воспроизводит аналогичную норму ст. 27 ранее действовавшего Патентного закона РФ.

2. В мировой патентной практике отзыв патентной заявки имеет практический смысл в тех случаях, когда заявитель, стремясь избежать ответственности за нарушение чужих предшествующих патентных прав или за акт недобросовестной конкуренции вынужден прибегать к отзыву своей заявки.

Реже - отзыв заявки связан с изменением предпринимательской стратегии заявителя, когда он решает охранять свое решение в режиме ноу-хау.

3. Заявитель вправе отозвать поданную им заявку до регистрации изобретения, полезной модели или промышленного образца в соответствующем государственном реестре путем подачи соответствующего заявления в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности.

В соответствии с положениями проектов Регламентов по изобретениям (полезным моделям, промышленным образцам) при поступлении такого заявления в установленный срок заявителю направляется уведомление об отзыве заявки в месячный срок со дня поступления соответствующего заявления. При этом статус отозванной заявка приобретает с даты поступления заявления. После направления заявителю уведомления об отзыве заявки рассмотрение заявки прекращается.

Права заявителя в дальнейшем не могут основываться на этой заявке, в частности не могут быть испрошены некоторые виды приоритета (приоритет по дате поступления дополнительных материалов; так называемый "внутренний" приоритет, согласно которому приоритет может устанавливаться по дате поступления более ранней заявки того же заявителя; приоритет по выделенной заявке).

Следует особо подчеркнуть, что просьба заявителя считать недействительным его заявление об отзыве заявки, поступившая после направления заявителю уведомления об отзыве заявки, не может быть удовлетворена.

2. Приоритет изобретения, полезной модели и промышленного образца

Статья 1381. Установление приоритета изобретения, полезной модели или промышленного образца

Комментарий к статье 1381

1. Раздел 2 параграфа 5 гл. 72 ГК РФ посвящен чрезвычайно важному институту патентного права - приоритету изобретения, полезной модели и промышленного образца.

Прежде вопросы приоритета были урегулированы в единственной и довольно объемной ст. 19 Патентного закона РФ. Упомянутый раздел 2 состоит из трех статей, которые в принципе повторяют положения ст. 19 Патентного закона РФ.

2. В пункте 1 комментируемой статьи предусмотрено общее правило установления приоритета изобретения, полезной модели или промышленного образца: по дате подачи в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности заявки на изобретение, полезную модель или промышленный образец.

Под приоритетом обычно понимается признание указанным федеральным органом первенства в оформлении прав на техническое или художественно-конструкторское решение. Конкретные даты приоритета относятся к юридическим фактам, имеющим исключительно важное значение при проведении экспертизы заявок на патентоспособность, а также при рассмотрении возражений против выдачи патентов. В конечном счете дата приоритета служит для исключения появления нескольких охранных документов на один и тот же результат интеллектуальной деятельности.

3. В пункте 2 анализируемой статьи представлен случай установления приоритета по дате поступления дополнительных материалов, если они оформлены заявителем в качестве самостоятельной заявки.

Установление комментируемого приоритета возможно при наличии двух условий:

- самостоятельная заявка должна быть подана до истечения трехмесячного срока с даты получения заявителем уведомления федерального орган исполнительной власти по

интеллектуальной собственности о невозможности принять во внимание дополнительные материалы в связи с признанием их изменяющими сущность заявленного решения;

- на дату подачи самостоятельной заявки заявка, содержащая указанные дополнительные материалы, не отозвана и не признана отозванной.

4. В пункте 3 комментируемой статьи закреплено так называемое правило о внутреннем приоритете, согласно которому приоритет может устанавливаться по дате поступления более ранней заявки того же заявителя. Такой приоритет получил условное название внутреннего, поскольку заявки (более ранняя заявка и новая заявка) подаются в одно и то же патентное ведомство, в отличие, например, от конвенционного приоритета (см. комментарий к ст. 1382 ГК РФ), когда заявки (первая заявка и последующая заявка) подаются в разные патентные ведомства.

Для целей испрашивания заявителем приоритета изобретения, полезной модели или промышленного образца по дате подачи в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности его более ранней заявки требуется наличие следующих условий:

- подача в вышеуказанный орган заявки, по которой испрашивается такой приоритет, заявителем более ранней заявки в течение 12 месяцев с даты подачи более ранней заявки на изобретение или в течение шести месяцев с даты подачи более ранней заявки на полезную модель или промышленный образец;

- ранее поданная заявка не отозвана и не признана отозванной на дату подачи заявки, по которой испрашивается такой приоритет;

- по ранее поданной заявке не испрашивается приоритет изобретения, полезной модели или промышленного образца более ранний, чем дата подачи этой заявки (т.е. приоритет не может устанавливаться по дате подачи заявки, по которой уже испрашивался более ранний приоритет).

Последнее условие призвано исключить возможность многократного переноса заявителем на более поздний срок публикацию сведений о заявке на изобретение, а также возможность отсрочки на неопределенный срок начала действия патента на полезную модель или промышленный образец.

Следует отметить, что испрашивание внутреннего приоритета влечет для заявителя некоторые негативные последствия, так как при подаче заявки с испрашиванием указанного приоритета его более ранняя заявка признается отозванной, о чем заявитель уведомляется.

Небезынтересен вопрос о том, возможно ли испрашивание внутреннего приоритета по заявке на изобретение на основании более ранней заявки на полезную модель, и наоборот - по заявке на полезную модель на основании более ранней заявке на изобретение? Ведь указанные результаты интеллектуальной деятельности имеют большое сходство, а условия определения даты подачи, по которой устанавливается приоритет, для указанных заявок по сути идентичны.

Однако на этот вопрос следует ответить отрицательно, поскольку для подобного толкования нет законных оснований. Установление приоритета, в том числе и внутреннего, является одним из элементов экспертизы заявки по существу, т.е. относится к сфере административного права. А в указанной отрасли права действует правовой принцип, согласно которому разрешено только то, что непосредственно указано в законе. Следовательно, поскольку рассматриваемый случай установления внутреннего приоритета прямо не предусмотрен п. 3 комментируемой статьи, то обе заявки (более ранняя заявка и новая заявка) должны быть заявками на один и тот же результат интеллектуальной деятельности.

5. В пункте 4 данной статьи регламентируется установление приоритета изобретения, полезной модели или промышленного образца по выделенной заявке.

Для целей испрашивания заявителем указанного приоритета необходимо наличие следующих условий:

- подача в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности выделенной заявки заявителем первоначальной заявки до того, как исчерпана предусмотренная ГК РФ возможность подать возражение на решение об отказе в выдаче патента по первоначальной заявке, либо до даты регистрации изобретения, полезной модели или промышленного образца, если по первоначальной заявке принято решение о выдаче патента;

- первоначальная заявка не отозвана и не признана отозванной до даты подачи выделенной заявки.

В случае соблюдения упомянутых выше условий приоритет изобретения, полезной модели или промышленного образца устанавливается по дате подачи первоначальной заявки, а при наличии права приоритета по первоначальной заявке - по дате этого приоритета.

Если первоначальная заявка является конвенционной заявкой, то, в соответствии со ст. 4 (G) Парижской конвенции по охране промышленной собственности, датой подачи выделенной заявки считается дата подачи конвенционной заявки в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности, если имеется соответствующая просьба заявителя.

6. Согласно п. 5 комментируемой статьи приоритет изобретения, полезной модели или промышленного образца может быть установлен на основании нескольких ранее поданных заявок или дополнительных материалов к ним (так называемый множественный приоритет).

В зависимости от указанных заявителем оснований для испрашивания множественного приоритета проверяется соблюдение условий, предусмотренных, соответственно, п. 2, 3 и 4 комментируемой статьи, а также ст. 1382 ГК РФ. Иными словами, правило о множественном приоритете относится ко всем видам более раннего приоритета.

Так, если для изобретения, охарактеризованного в одном из независимых пунктов формулы изобретения, испрашивается приоритет по дате подачи более ранней заявки того же заявителя, а в отношении изобретения, охарактеризованного в другом независимом пункте, - по дате поступления дополнительных материалов к этой заявке, то в отношении каждого из указанных изобретений должны быть соблюдены условия, приведенные в соответствующем пункте (п. 3 и 2 комментируемой статьи).

Если заявителем при испрашивании приоритета на основании нескольких ранее поданных заявок не разнесены их даты по пунктам многозвенной формулы изобретения, заявителю предлагается указать, каким пунктам формулы изобретения соответствуют даты испрашиваемого приоритета. При этом заявителю сообщается, что в случае непредставления соответствующих сведений в отношении всех пунктов формулы изобретения устанавливается приоритет по наиболее поздней дате.

Статья 1382. Конвенционный приоритет изобретения, полезной модели и промышленного образца

Комментарий к статье 1382

1. Комментируемая статья посвящена конвенционному приоритету изобретения, полезной модели или промышленного образца.

Право конвенционного приоритета предусмотрено ст. 4 Парижской конвенции по охране промышленной собственности от 20 марта 1883 г. (далее - Парижская конвенция), к которой СССР присоединился в 1965 г. Как известно, Российская Федерация, являясь правопреемницей СССР, должна выполнять международно-правовые обязательства, вытекающие из положений Парижской конвенции.

Нормы о конвенционном приоритете - это основополагающие нормы материального патентного права, лежащие в основе многостороннего международного договора по охране промышленной собственности.

Право конвенционного приоритета заключается в возможности для заявителя, надлежащим образом подавшего первую заявку в одной из стран - участниц Парижской конвенции, или его правопреемника подавать в течение определенных сроков заявки во всех других странах-участницах с сохранением даты приоритета первой заявки.

Сроки конвенционного приоритета составляют 12 месяцев в отношении изобретений и полезных моделей и шесть месяцев в отношении промышленных образцов.

Основанием для возникновения права конвенционного приоритета является всякая подача заявки, имеющая силу правильно оформленной национальной подачи заявки в соответствии как с национальным законодательством каждой страны - участницы Парижской конвенции, так и с двусторонними или многосторонними соглашениями, заключенными между странами-участницами (например, Договор о патентной кооперации 1970 г., Европейская патентная конвенция 2000 г., Евразийская патентная конвенция 1994 г.).

Под правильно оформленной национальной подачей заявки понимается всякая подача, которая достаточна для установления даты подачи заявки в соответствующей стране - участнице Парижской конвенции, какова бы ни была дальнейшая судьба этой заявки.

Следовательно, существует возможность установления конвенционного приоритета на основании отозванной или признанной отозванной первой заявки. Этой особенностью конвенционный приоритет выгодно отличается от внутреннего приоритета (см. комментарий к п. 3 ст. 1381 ГК РФ), установление которого невозможно на основании отозванной или признанной отозванной более ранней заявки.

Представляется важным положение Парижской конвенции о том, что в странах-участницах допускается подача заявки на полезную модель с использованием права приоритета, основанного на подаче заявки на изобретение, и наоборот.

Кроме того, следует обратить внимание на императивную норму п. F ст. 4 Парижской конвенции, согласно которому ни одна страна-участница не имеет права не признать приоритет или отклонить заявку на патент на изобретение <1> на том основании, что заявитель притязает на несколько приоритетов, в том числе установленных в разных странах (так называемый множественный приоритет), или на том основании, что заявка, притязающая на один или несколько приоритетов, содержит один или несколько элементов, которые не были включены в заявку или заявки, по которым испрашивается приоритет (так называемый частичный приоритет). При этом в обоих случаях, согласно закону страны-участницы, должно существовать единство изобретения.

- -

<1> Неточность, допущенная в опубликованных переводах п. F ст. 4 Парижской конвенции (указано слово "патент" вместо слов "патент на изобретение"), дает основание некоторым авторам утверждать, что указанный пункт относится ко всем объектам промышленной собственности, о которых речь идет в ст. 1382 ГК РФ. В действительности в подписанном французском тексте Парижской конвенции фигурирует термин "патент на изобретение" (brevet d'invention). Кроме того, из общего контекста указанного пункта вытекает, что в нем говорится только об изобретениях, поскольку закреплено условие единства изобретения в отношении как множественного, так и частичного приоритетов.

2. В пункте 1 комментируемой статьи определены общие условия установления конвенционного приоритета, а именно:

- дата подачи первой заявки на изобретение, полезную модель или промышленный образец в государстве - участнике Парижской конвенции как точка отсчета конвенционного приоритета;

- подача в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности заявки, по которой испрашивается конвенционный приоритет;

- указанная подача заявки должна быть осуществлена в течение 12 месяцев с даты подачи первой заявки для изобретений и полезных моделей и в течение шести месяцев - для промышленных образцов.

Вместе с тем установленный срок (12 месяцев или шесть месяцев) может быть продлен федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности, но не более чем на два месяца, если по не зависящим от заявителя обстоятельствам он не мог быть соблюден. Если заявка подана в течение указанных двух месяцев, то орган экспертизы проверяет, названы ли заявителем такие обстоятельства и, если они названы, устанавливает необходимость документального подтверждения того, что эти обстоятельства имеют место.

Указанная возможность продления срока испрашивания конвенционного приоритета - это послабление, предоставляемое заявителю российским законодательством, которое не предусмотрено положениями Парижской конвенции.

3. В пункте 2 комментируемой статьи определены специальные условия испрашивания (установления) конвенционного приоритета в отношении заявки на полезную модель или промышленный образец:

- предоставление в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности ходатайства об установлении конвенционного приоритета до истечения двух месяцев с даты подачи в него заявки, по которой испрашивается конвенционный приоритет;

- предоставление в указанный федеральный орган заверенной копии первой заявки до истечения трех месяцев с даты подачи в него заявки, по которой испрашивается конвенционный приоритет.

4. В пункте 3 комментируемой статьи раскрыты особенности испрашивания (установления) конвенционного приоритета в отношении заявки на изобретение.

Следует отметить, что в указанном пункте нашли отражение многие положения Договора о патентном праве (PLT) от 1 июня 2000 г. и Инструкции к этому Договору.

Кроме того, можно констатировать, что условия испрашивания (установления) конвенционного приоритета в отношении заявки на изобретение имеют более льготный характер по сравнению с аналогичными условиями в отношении полезных моделей и промышленных образцов.

5. В абзаце первом п. 3 комментируемой статьи определены специальные условия испрашивания (установления) конвенционного приоритета в отношении заявки на изобретение:

- представление в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности ходатайства об установлении конвенционного приоритета в течение 16 месяцев со дня ее подачи в патентное ведомство государства - участника Парижской конвенции;

- представление в указанный федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности заверенной копии первой заявки в течение 16 месяцев со дна ее подачи в патентное ведомство государства - участника Парижской конвенции.

6. В абзаце втором п. 3 предусмотрена возможность признания (согласно ранее действовавшему патентному законодательству - восстановления) федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности права конвенционного приоритета по заявке на изобретение при несоблюдении заявителем 16-месячного срока представления заверенной копии первой заявки.

Такое признание осуществляется по ходатайству заявителя, поданному им в указанный орган до истечения указанного срока, т.е. 16-месячного срока с даты подачи первой заявки в патентное ведомство государства - участника Парижской конвенции.

Указанное ходатайство удовлетворяется при наличии следующих условий:

- копия первой заявки запрошена заявителем в патентном ведомстве, в которое подана первая заявка, в течение 14 месяцев со дня ее подачи;

- заверенная копия первой заявки представлена в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности в течение двух месяцев со дня ее получения заявителем.

7. В абзаце третьем п. 3 урегулирован вопрос перевода первой заявки на русский язык, если она составлена на другом языке.

Такой перевод может быть потребован от заявителя федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности только в том случае, если проверка действительности притязания на приоритет изобретения связана с установлением патентоспособности заявленного изобретения.

По сравнению с ранее действовавшим патентным законодательством (абз. третий п. 2 ст. 19 Патентного закона РФ) в указанной норме после слова "приоритет" добавлено слово "изобретение".

Это, казалось бы, небольшое добавление чревато серьезными правовыми последствиями, поскольку допускает, хотя и косвенно, установление приоритета не в отношении заявки на изобретение, а в отношении непосредственно самого изобретения. А в таком случае неизбежны, как в США, споры о времени создания изобретения, что совершенно чуждо российскому патентному праву.

Поэтому следует считать, что в данной норме речь идет не о приоритете изобретения, а о приоритете в отношении заявки на изобретение.

Статья 1383. Последствия совпадения дат приоритета изобретения, полезной модели или промышленного образца

Комментарий к статье 1383

1. Комментируемая статья посвящена последствиям совпадения дат приоритета изобретения, полезной модели или промышленного образца, т.е. в ней урегулированы отношения, связанные со столкновением заявок, имеющих одну и ту же дату приоритета.

Анализируемая статья во многом повторяет положения ранее действовавшего законодательства (п. 7 ст. 19 Патентного закона РФ).

В целом положения данной статьи направлены на исключение случаев "двойного" патентования, т.е. выдачи нескольких патентов на одинаковые результаты интеллектуальной деятельности как разным заявителям, так и одному и тому же заявителю.

2. В первых трех абзацах п. 1 предусмотрены правовые последствия подачи разными заявителями заявок на идентичные изобретения, полезные модели или промышленные образцы с одной и той же датой приоритета.

В случае обнаружения экспертизой такого факта патент на соответствующий объект может быть выдан только по одной из таких заявок лицу, определяемому соглашением между заявителями. При этом заявители обязаны добиться искомого соглашения и сообщить о нем в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности в течение 12 месяцев со дня получения ими соответствующего уведомления от указанного федерального органа.

В случае выдачи патента по одной из заявок все авторы, указанные в ней, признаются соавторами в отношении идентичных изобретений, полезных моделей или промышленных образцов.

Следует особо подчеркнуть, что в приведенной выше норме описан случай специального соавторства, который не отвечает критериям соавторства как совместного творческого труда (см. комментарий к ст. 1348 ГК РФ).

Ситуация более или менее удовлетворительна, когда авторы и заявители - одни и те же лица. Если же авторы и заявители - разные лица, то последние решают судьбу соавторства лиц, которые по тем или иным причинам могут и не желать быть соавторами. По сути, в указанной ситуации законодателем предусмотрен случай "принудительного" соавторства, поскольку, как указано в п. 2 ст. 1228 ГК РФ, отказ от личных имущественных прав, в том числе и от права авторства, ничтожен.

Единственное, что в такой ситуации может сделать автор, это отказаться быть упомянутым в качестве такового в публикуемых сведениях о заявке на изобретение (см. комментарий к п. 1 ст. 1385 ГК РФ) и о выдаче патента на изобретение, полезную модель или промышленный образец (см. комментарий к п. 1 ст. 1394 ГК РФ).

3. В абзаце четвертом п. 1 комментируемой статьи предусмотрены правовые последствия подачи одним и тем же заявителем заявок на идентичные изобретения, полезные модели или промышленные образцы с одной и той же датой приоритета.

В указанном случае патент выдается по заявке, выбранной заявителем. В течение 12 месяцев с даты получения уведомления от федерального органа исполнительной власти по интеллектуальной собственности заявитель должен сообщить в указанный федеральный орган о своем выборе.

4. В абзаце пятом п. 1 указаны неблагоприятные последствия (признание соответствующих заявок отозванными) непоступления в течение установленного срока (12 месяцев) в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности сообщения заявителей о достигнутом соглашении или сообщения единственного заявителя о сделанном им выборе либо совместной просьбы заявителей или просьбы единственного заявителя о продлении указанного 12-месячного срока.

Продление указанного срока осуществляется в порядке, предусмотренном п. 5 ст. 1386 ГК РФ, т.е. как и в случае продления срока ответа на запрос при проведении экспертизы заявки на изобретение по существу.

5. В пункте 2 комментируемой статьи предусмотрено особое регулирование при совпадении дат приоритета изобретения и идентичной ему полезной модели по заявкам одного и того же заявителя, т.е. когда заявитель подает идентичные заявки на изобретение и полезную модель.

В таком случае после выдачи патента по одной из таких заявок выдача патента по другой заявке возможна только при условии подачи в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности заявления обладателя ранее выданного патента о прекращении действия патента в отношении идентичного изобретения или идентичной полезной модели. Действие ранее выданного патента в отношении идентичного изобретения или идентичной полезной модели прекращается с даты публикации сведений о выдаче патента по другой заявке (см. комментарий к ст. 1394 ГК РФ). При этом публикация сведений о выдаче патента по заявке на изобретение или полезную модель и публикация сведений о прекращении действия ранее выданного патента в отношении идентичного изобретения или идентичной полезной модели осуществляются одновременно.

3. Экспертиза заявки на выдачу патента. Временная правовая охрана изобретения, полезной модели или промышленного образца

Статья 1384. Формальная экспертиза заявки на изобретение

Комментарий к статье 1384

1. Раздел 3 параграфа 5 гл. 72 ГК РФ посвящен вопросам экспертизы заявок на выдачу патентов на изобретения, полезные модели и промышленные образцы, а также временной правовой охраны изобретения.

Рассматриваемый раздел содержит заголовок "Временная правовая охрана изобретения, полезной модели или промышленного образца", что представляется очевидной технической ошибкой законодателя, поскольку в соответствующей статье ГК РФ (см. комментарий к ст. 1392 ГК РФ) речь идет только о временной правовой охране изобретения.

2. Комментируемая статья устанавливает правила, регламентирующие проведение формальной экспертизы заявки на изобретение.

В ранее действовавшем патентном законодательстве указанные правила являлись составной частью чрезвычайно обширной ст. 21 Патентного закона РФ.

В настоящее время положения, содержащиеся в ст. 21 Патентного закона РФ, сосредоточены в шести статьях, что представляется оптимальным для восприятия их содержания.

Вместе с тем такое разграничение нормативного материала предполагает для определенных случаев дублирование соответствующих положений, о чем будет сказано ниже.

3. В пункте 1 комментируемой статьи сформулировано общее правило, согласно которому по всем поступающим в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности заявкам на изобретение проводится формальная экспертиза.

Содержание указанной экспертизы - проверка наличия документов, предусмотренных в составе заявки на выдачу патента на изобретение (см. комментарий к п. 2 ст. 1375 ГК РФ), и их соответствие установленным требованиям.

Это классические условия формальной экспертизы, которая не предусматривает проверку существа заявленного изобретения. Проведение формальной экспертизы не лимитировано какими-либо временными рамками.

Кроме того, в практике экспертизы, согласно проекту Регламента по изобретениям, проверяются:

- соответствие размера уплаченной патентной пошлины установленному размеру;

- наличие, в случае необходимости, доверенности на представительство и соответствие ее установленным требованиям;

- соблюдение требования единства изобретения;

- соблюдение установленного порядка представления дополнительных материалов;

- правильность классифицирования изобретения по Международной патентной классификации (МПК). Если это не сделано заявителем, то производится такое классифицирование.

4. В практике экспертизы поступившие в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности документы регистрируются как заявка с простановкой даты их поступления, если эти документы содержат как минимум заявление о выдаче патента на русском языке.

При этом заявке присваивается десятизначный регистрационный номер указанного федерального органа (первые четыре цифры обозначают год поступления заявки, пятая цифра - код, используемый для обозначения заявок на изобретения, пять остальных - порядковый номер заявки в серии данного года).

О факте поступления документов заявки заявитель уведомляется сообщением ему регистрационного номера заявки и даты поступления документов. Уведомление направляется в течение одного месяца с даты поступления документов заявки. Зарегистрированная заявка возврату не подлежит. После регистрации заявки проводится собственно ее формальная экспертиза.

5. Как известно, заявитель правомочен до принятия решения о выдаче патента либо об отказе в выдаче патента вносить в документы заявки на изобретение исправления и уточнения, в том числе путем подачи дополнительных материалов (см. комментарий к п. 1 ст. 1378 ГК РФ).

В указанном случае федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности проверяет, не изменяют ли дополнительные материалы сущность заявленного изобретения (п. 2 комментируемой статьи).

Дополнительные материалы признаются изменяющими сущность заявленного изобретения, если они содержат признаки, подлежащие включению в формулу изобретения, не раскрытые на дату подачи заявки в заявке, а также в формуле, если она содержалась в заявке на дату ее подачи.

Если в результате проверки обнаружится, что дополнительные материалы изменяют сущность заявленного решения, то они при рассмотрении заявки на изобретение в части, изменяющей сущность заявленного изобретения, во внимание не принимаются. Однако эти материалы могут быть представлены заявителем в качестве самостоятельной заявки. При этом указанный федеральный орган уведомляет об этом заявителя.

6. В пункте 3 комментируемой статьи предусмотрено, что федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности после завершения формальной экспертизы незамедлительно уведомляет заявителя о положительном результате формальной экспертизы и о дате подачи заявки на изобретение.

Дата подачи заявки устанавливается по дате поступления в указанный федеральный орган заявки, содержащей заявление о выдаче патента, описание изобретения и чертежи, если в описании на них имеется ссылка, а если указанные документы представлены не одновременно - дата поступления последнего из документов (см. комментарий к п. 3 ст. 1375 ГК РФ).

Вместе с тем положения проекта Регламента по изобретениям (п. 21.6) предусматривают упрощенный порядок установления даты подачи заявки, заимствованный из Договора о патентном праве (PLT) от 1 июня 2000 г. и Инструкции к этому Договору. Это относится, прежде всего, к заявлению о выдаче патента и к описанию изобретения для целей установления даты подачи заявки.

Не вызывает сомнения, что упрощенный порядок установления даты подачи заявки является существенной льготой для заявителей, что можно только приветствовать. Однако вполне очевидно, что указанный порядок должен быть установлен на уровне ГК РФ, а не подзаконного акта, или в ГК РФ должна быть сделана соответствующая ссылка на указанный подзаконный акт. Как известно, установление даты подачи осуществляется при проведении экспертизы заявки на изобретение, т.е. в рамках административных правоотношений, где действует следующий правовой принцип: разрешено только то, что непосредственно указано в законе.

7. В пункте 4 комментируемой статьи речь идет о случаях, когда заявка на изобретение подана с нарушением установленных требований к документам заявки. В этих случаях федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности направляет заявителю запрос с предложением в течение двух месяцев со дня получения им запроса представить исправленные или недостающие документы.

Гражданский кодекс не содержит ограничений по количеству запросов, которые могут быть направлены заявителю по одной и той же заявке на изобретение.

В проекте Регламента по изобретениям установлен закрытый перечень оснований для направления указанного запроса, состоящий из 20 позиций. К таким основаниям, в частности, относятся: отсутствие в заявке, по крайней мере, одного из предписанных документов или представление документов в количестве экземпляров меньше установленного; отсутствие документа, подтверждающего уплату патентной пошлины в установленном размере, или документа, подтверждающего основание для освобождения от уплаты патентной пошлины, либо уменьшения ее размера, либо отсрочки ее уплаты;

отсутствие перевода документов заявки на русский язык, если она представлена на другом языке; отсутствие доверенности на представительство, если заявление подписано представителем заявителя, не являющимся патентным поверенным; отсутствие в заявлении о выдаче патента реквизитов, подписей, оттиска печати, когда они необходимы; отсутствие в описании изобретения предписанных структурных разделов; отсутствие в формуле изобретения указания объекта, для которого испрашивается правовая охрана.

Если заявитель в установленный срок (т.е. в течение двух месяцев) не представит запрашиваемые документы (т.е. исправленные или недостающие документы) или не подаст ходатайство о продлении этого срока, то заявка признается отозванной. При этом этот срок может быть продлен указанным федеральным органом, но не более чем на 10 месяцев.

8. В пункте 5 комментируемой статьи предусмотрен случай, когда заявка на изобретение подана с нарушением требования единства изобретения (см. комментарий к п. 1 ст. 1375 ГК РФ).

В этом случае федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности предлагает заявителю в течение 2 месяцев со дня получения им соответствующего уведомления сообщить, какое из заявленных изобретений должно рассматриваться. При этом другие заявленные в этой заявке изобретения могут быть оформлены выделенными заявками. В случае отсутствия реакции заявителя на указанное уведомление рассматривается изобретение, указанное в формуле изобретения первым.

Указанные выше положения п. 5 о проверке соблюдения требования единства изобретения в рамках ранее действовавшей ст. 21 Патентного закона РФ были общими как для формальной экспертизы, так и для экспертизы по существу, т.е. они могли применяться при проведении обоих видов экспертизы заявки на изобретение.

В настоящее время эти положения формально не относятся к экспертизе по существу. Однако следует полагать, исходя из общего характера указанных положений, что они могут применяться как при проведении формальной экспертизы заявки на изобретение, так и экспертизы такой заявки по существу.

9. Сказанное выше в полной мере относится к положениям, предусмотренным п. 2 комментируемой статьи, о проверке соблюдения требования неизменности сущности заявленного изобретения в результате представления заявителем дополнительных материалов.

Статья 1385. Публикация сведений о заявке на изобретение

Комментарий к статье 1385

1. В комментируемой статье установлены правила публикации сведений о заявке на изобретение. В ранее действовавшем патентном законодательстве вопросы публикации сведений о заявке были урегулированы в п. 6 ст. 21 Патентного закона РФ.

Публикация сведений о заявке на изобретение (или публикация заявки) предусмотрена патентными законодательствами большинства стран мира, а также международными договорами как универсального характера (Договор о патентной кооперации 1970 г.), так и регионального характера (Европейская патентная конвенция 2000 г., Евразийская патентная конвенция 1994 г.).

Цель публикации сведений о заявке на изобретение - информирование заинтересованных лиц (изобретателей, предпринимателей и др.) о предполагаемых исключительных правах на изобретения. Такая информация представляет большую ценность, поскольку является ориентиром для других разработчиков при осуществлении ими изобретательской деятельности, а также предостережением для потенциальных нарушителей чужих патентных прав.

2. В абзаце первом п. 1 комментируемой статьи установлено общее правило, согласно которому сведения о заявке на изобретение, прошедшей формальную экспертизу с положительным результатом, публикуются по истечении 18 месяцев со дня ее публикации в официальном бюллетене федерального органа исполнительной власти по интеллектуальной собственности. Указанная публикация производится автоматически, без подачи какого-либо ходатайства со стороны заявителя. При этом состав публикуемых сведений определяется не федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности (т.е. Роспатентом), как было прежде, а федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим нормативно-правовое регулирование в сфере интеллектуальной собственности (т.е. Министерством образования и науки РФ).

Федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности публикует следующие сведения о заявке на изобретение:

- номер заявки;
- дату подачи заявки в указанный федеральный орган;
- имя и наименование заявителя;
- код страны места жительства или места нахождения заявителя в соответствии со стандартом Всемирной организации интеллектуальной собственности (ВОИС) ST.3 и адрес для переписки с ним или его представителем;
- имя автора изобретения, если он не отказался быть упомянутым в качестве такового при публикации, код страны местожительства автора изобретения в соответствии со стандартами ВОИС ST.3;
- номер, дату и код в соответствии со стандартами ВОИС ST.3 страны подачи заявки (дату поступления дополнительных материалов по ней), на основании которой испрашивается приоритет изобретения, если по заявке испрашивается более ранняя дата приоритета, чем дата подачи заявки в указанный федеральный орган;
- индекс рубрики Международной патентной классификации (МПК), как он установлен в результате формальной экспертизы заявки;
- название изобретения;
- первоначальную формулу изобретения или, если она изменялась, последнюю на момент истечения 12 месяцев с даты подачи заявки измененную заявителем в установленном порядке формулу изобретения;
- сведения об отзыве заявки или признании ее отозванной (дату отзыва или дату, с которой заявка признана отозванной).

3. В абзаце втором п. 1 предусматривается, что автор изобретения вправе отказаться быть упомянутым в качестве такового в публикуемых сведениях о заявке на изобретение.

Данная норма присутствует в патентных законодательствах многих стран мира, а также в международных договорах о региональном патенте.

Вполне очевидно, что отказ автора изобретения быть упомянутым в качестве такового в публикуемых сведениях о заявке должен быть оформлен путем подачи соответствующего ходатайства в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности.

Указанный отказ учитывается при публикации сведений о заявке, если он представлен до завершения технической подготовки к публикации. В этот же срок автор может отозвать свой отказ.

4. В абзаце третьем п. 1 предусмотрено исключение из общего правила о публикации сведений о заявке на изобретение по истечении 18 месяцев со дня подачи заявки.

Публикация сведений о заявке до истечения 18 месяцев с даты подачи заявки производится федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности по ходатайству заявителя, поданному до истечения 12 месяцев со дня подачи заявки на изобретение. Указанное ходатайство удовлетворяется при условии соответствующей оплаты в течение 6 месяцев с даты его поступления.

Если ходатайство поступило до окончания формальной экспертизы, то указанный 6-месячный срок исчисляется с даты направления заявителю уведомления о положительном результате формальной экспертизы.

5. В абзаце четвертом п. 1 изложены условия, при наличии которых публикация сведений о заявке по ходатайству заявителя не производится.

Так, сведения о заявке не публикуются, если на дату подачи ходатайства (т.е. до истечения 12 месяцев со дня подачи заявки) заявка была отозвана или признана отозванной либо на ее основании состоялась регистрация изобретения в Государственном реестре изобретений РФ.

6. В пункте 2 комментируемой статьи закреплено право любого лица на ознакомление с документами заявки на изобретение.

Реализация такого права связана с двумя условиями. Во-первых, это право предоставляется после публикации сведений о заявке на изобретение. Во-вторых, на дату публикации заявка не должна быть отозвана или быть признанной отозванной. При этом порядок ознакомления с документами заявки и выдачи копий таких документов устанавливается не федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности (т.е. Роспатентом), как было прежде, а федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим нормативно-правовое регулирование в сфере интеллектуальной собственности (т.е. Министерством образования и науки РФ).

Следует учитывать также то обстоятельство, что в комментируемой норме говорится об ознакомлении с документами заявки, которые определены в ст. 1375 ГК РФ, а не о материалах заявки, как это предусматривалось в Патентном законе РФ в редакции 1992 г. Иными словами, для целей ознакомления не предоставляется переписка заявителя с федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности и другие подобные материалы.

В практическом плане ознакомление с документами заявки, сведения о которых опубликованы, осуществляется в форме выкладки описания изобретения, формулы изобретения, чертежей, если они имеются в заявке, реферата, а также дополнительных материалов в виде заменяющих листов, содержащих исправления и уточнения документов заявки, если они представлены заявителем в установленном порядке в течение 12 месяцев с даты подачи заявки. При этом копии выложенных документов могут быть предоставлены любому лицу при условии соответствующей оплаты.

7. По общему правилу опубликованные сведения о заявке на изобретение включаются в уровень техники в отношении других заявок при проверке патентоспособности изобретения.

В пункте 3 комментируемой статьи описана ситуация, когда произведена публикация сведений о заявке на изобретение, которая на дату публикации была отозвана или признана отозванной.

Такие сведения не включаются в уровень техники, но только в отношении последующих заявок того же заявителя, при условии подачи их в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности до истечения 12 месяцев со дня публикации сведений о заявке на изобретение.

Статья 1386. Экспертиза заявки на изобретение по существу

Комментарий к статье 1386

1. Комментируемая статья посвящена самому важному этапу экспертизы заявки на изобретение - экспертизы по существу.

В России в 1992 г. введена так называемая отсроченная экспертиза заявки на изобретение, которая получила широкое распространение в мире.

Отсроченная экспертиза была впервые введена в Нидерландах в 1964 г. Ее целью было устранение недостатков проверочной экспертизы (длительность процедуры рассмотрения заявки, высокая стоимость содержания патентного ведомства) и обеспечение выдачи надежных патентов без излишней перегрузки патентных ведомств.

Кроме того, система отсроченной экспертизы предоставляет заявителям время и возможность оценить целесообразность патентной охраны своих изобретений, предварительно зафиксировав их приоритет.

2. В пункте 1 комментируемой статьи определены условия проведения экспертизы заявки на изобретение по существу.

Указанная экспертиза проводится при наличии следующих обстоятельств:

- ходатайство заявителя или третьих лиц, поданное в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности;

- ходатайство может быть подано при подаче заявки на изобретение или в течение 3 лет со дня подачи этой заявки;

- формальная экспертиза заявки должна быть завершена с положительным результатом.

Помимо упомянутых выше условий, требуется предоставление документа, подтверждающего уплату пошлины за проведение экспертизы заявки по существу в размере, установленном подп. "г" п. 1 Положения о пошлинах за патентование изобретений, полезных моделей, промышленных образцов, регистрацию товарных знаков, знаков обслуживания, наименований мест происхождения товаров, предоставления права пользования наименованиями мест происхождения товаров, утвержденного Постановлением Совета Министров - Правительства РФ от 12 августа 1993 г. N 793 (САПП. 1993. N 34. Ст. 3182).

Указанная выше норма претерпела некоторые изменения по сравнению с ранее действовавшим законодательством (п. 7 ст. 21 Патентного закона РФ). Если ранее ходатайство заявителя или третьих лиц могло быть подано в течение трех лет со дня подачи заявки, то в настоящее время указанное ходатайство может быть подано и при подаче заявки.

Следует особо отметить, что и прежде орган экспертизы допускал представление заявителями указанных ходатайств (по причине многочисленности таких случаев) при подаче ими заявок, что, в целом, свидетельствует о невостребованности в России системы отсроченной экспертизы.

Вполне очевидно, что таким нововведением может воспользоваться только заявитель (в целях ускорения делопроизводства по заявке), поскольку третьи лица по своему статусу практически не в состоянии это сделать.

Теоретически можно представить себе, например, подачу указанного ходатайства работодателем, который ранее сам не подал заявку на служебное изобретение. Однако вероятность такого шага со стороны работодателя практически исключена.

3. Срок подачи ходатайства (три года со дня подачи заявки) о проведении экспертизы по существу может быть продлен федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности. Такое продление срока обусловлено подачей соответствующего ходатайства до истечения этого срока и представлением вместе с ним документа, подтверждающего уплату патентной пошлины. При этом указанный срок может быть продлен не более чем на два месяца.

Правовые последствия пропуска установленного срока подачи ходатайства о проведении экспертизы заявки по существу - признание заявки отозванной.

4. В пункте 2 комментируемой статьи раскрыто содержание экспертизы заявки по существу.

Экспертиза по существу включает:

- информационный поиск в отношении заявленного изобретения для определения уровня техники, по сравнению с которым будет осуществляться оценка новизны и изобретательского уровня изобретения;

- проверку соответствия заявленного изобретения условиям патентоспособности, предусмотренным ст. 1350 ГК РФ (см. комментарий к указанной статье).

Кроме того, согласно проекту Регламента по изобретениям при экспертизе заявки по существу орган экспертизы проводит следующие юридически значимые действия: установление приоритета изобретения (см. комментарий к ст. 1381 и 1382 ГК РФ); проверку представленной заявителем формулы изобретения; проверку дополнительных материалов, если такие материалы представлены заявителем (см. комментарий к ст. 1378 ГК РФ).

Как указывалось ранее (см. комментарий к п. 5 ст. 1384 ГК РФ), на этапе экспертизы заявки по существу может быть осуществлена проверка соблюдения требования единства изобретения.

При проверке формулы изобретения устанавливается наличие в ней существенных признаков заявленного изобретения, совокупность которых достаточна для получения указанного заявителем технического результата.

5. Информационный поиск в отношении заявленного изобретения, относящегося к объектам, указанным в п. 4 ст. 1349 и в п. 5 и 6 ст. 1350 ГК РФ, не проводится, о чем уведомляется заявитель до истечения шести месяцев со дня начала экспертизы по существу. Иными словами, проведение информационного поиска исключается в отношении решений, которые не могут быть объектами патентных прав (способы клонирования человека; способы модификации генетической целостности клеток зародышевой линии человека; использование человеческих эмбрионов в промышленных или коммерческих целях; иные решения, противоречащие общественным интересам, принципам гуманности и морали), решений, которые изначально не являются изобретениями (открытия, научные теории и математические методы; касающиеся только внешнего вида изделий и направленные на удовлетворение эстетических потребностей; правила и методы игр, интеллектуальной или хозяйственной деятельности; программы для ЭВМ; решения, заключающиеся только в предоставлении информации), а также в отношении решений, которым не предоставляется охрана в качестве изобретения (сорта растений, породы животных и биологические способы их получения; топологии интегральных микросхем).

При этом порядок проведения информационного поиска и представления отчета о нем устанавливается не федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности (т.е. Роспатентом), как было прежде, а федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим нормативно-правовое регулирование в сфере интеллектуальной собственности (т.е. Министерством образования и науки РФ).

6. Что касается объема информационного поиска, то федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности проводит этот поиск не менее чем в объеме следующих документов с ретроспективой, где это возможно, с 1920 г.:

- официальные бюллетени указанного федерального органа, а также бывшего патентного ведомства СССР;

- описания к охранным документам СССР и Российской Федерации;

- описания к евразийским патентам;

- заявки на выдачу патентов Российской Федерации на изобретения и патентов и свидетельств Российской Федерации на полезные модели, доступные для ознакомления третьих лиц;

- опубликованные заявки на выдачу евразийских патентов;

- патентную документацию США, Великобритании, Германии, ФРГ, Франции, Японии (в объеме рефератов на русском и английском языках), Швейцарии (на французском и немецком языках), Австрии, Австралии и Канады, а также патентную

документацию Европейского патентного ведомства (ЕПВ), Всемирной организации интеллектуальной собственности (ВОИС), Африканской организации интеллектуальной собственности и Африканской региональной организации промышленной собственности;

- непатентную литературу по списку, опубликованному Международным бюро ВОИС с ретроспективой не менее пяти лет.

Содержание отчета об информационном поиске следующее:

- номер заявки, по которой проведен информационный поиск;
- дата подачи заявки в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности;
- индекс рубрики Международной патентной классификации (МПК), установленный при классифицировании заявленного изобретения;
- название изобретения, в отношении которого проведен информационный поиск;
- индекс рубрики МПК, характеризующий область информационного поиска;
- приводимые в виде библиографических данных ссылки на документы с указанием релевантных частей, относящихся к предмету информационного поиска, и пунктов формулы с указанием релевантных частей, к которым относится ссылка;
- категории релевантности приведенных ссылок, указанные в соответствии со стандартом ST.14 ВОИС;
- дата завершения информационного поиска.

При условии соответствующей оплаты копии документов, указанных в отчете об информационном поиске, могут предоставляться заявителю и третьим лицам, за исключением копий заявок, сведения о которых не доступны для ознакомления любого лица.

7. В пункте 3 комментируемой статьи указано, что по истечении шести месяцев со дня начала экспертизы заявки на изобретение по существу федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности направляет заявителю отчет об информационном поиске. Направление указанного отчета обусловлено двумя обстоятельствами:

- если по такой заявке не испрашивается приоритет более ранний, чем дата подачи заявки;
- если ходатайство о проведении экспертизы по существу подано при подаче заявки.

Данная норма способствует более эффективному патентованию изобретений за рубежом с использованием конвенционного приоритета, когда заявитель заинтересован в скорейшем получении отчета об информационном поиске для правильной оценки перспектив такого патентования.

Слова "по истечении шести месяцев со дня начала экспертизы" должны толковаться таким образом, что федеральному органу исполнительной власти по интеллектуальной собственности дается шесть месяцев для составления отчета об информационном поиске, который должен быть затем незамедлительно направлен заявителю.

Вместе с тем срок направления заявителю отчета об информационном поиске (а точнее - срок составления этого отчета) может быть продлен указанным федеральным органом в двух случаях:

- есть необходимость запроса в других организациях источника информации, отсутствующего в фондах указанного федерального органа;
- заявленное изобретение охарактеризовано таким образом, что это делает невозможным проведение информационного поиска в установленном порядке.

Комментируемая норма не содержит указание на длительность продления срока направления отчета об информационном поиске, что, в целом, ухудшает положение заявителя.

8. В пункте 4 комментируемой статьи предусмотрена возможность проведения информационного поиска вне рамок процедуры экспертизы по существу. В соответствии с этой нормой заявителю и третьим лицам предоставляется право ходатайствовать о

проведении по заявке на изобретение, прошедшей формальную экспертизу с положительным результатом, информационного поиска для определения уровня техники, по сравнению с которой будет осуществляться оценка новизны и изобретательского уровня заявленного изобретения.

Указанная норма расширяет правомочия заявителей и третьих лиц, поскольку дает им возможность до начала экспертизы заявки на изобретение по существу оценить перспективы получения патента на заявленное изобретение.

Порядок и условия проведения такого информационного поиска и предоставления сведений о его результатах устанавливаются не федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности (т.е. Роспатентом), как было прежде, а федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим нормативно-правовое регулирование в сфере интеллектуальной собственности (т.е. Министерством образования и науки РФ).

9. В пункте 5 комментируемой статьи установлено правило, согласно которому федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности на этапе экспертизы по существу может запросить у заявителя дополнительные материалы, в том числе измененную формулу изобретения.

Критерий запроса у заявителя дополнительных материалов - невозможность для указанного федерального органа проведения экспертизы по существу.

Дополнительные материалы (без изменения сущности изобретения) должны быть представлены в течение двух месяцев со дня получения заявителем запроса или копий материалов, противопоставленных заявке (в случае истребования заявителем указанных копий в течение месяца со дна получения им запроса). При этом упомянутый выше срок для представления заявителем запрашиваемых материалов может быть продлен указанным федеральным органом не более чем на 10 месяцев.

Как правило, основанием для запроса дополнительных материалов могут быть следующие обстоятельства. Это необходимость:

- выяснения вопросов, связанных с правильностью уплаты патентных пошлин;
- уточнения формулы изобретения по результатам проверки патентоспособности изобретения;
- решения вопросов, связанных с рассмотрением заявок на идентичные изобретения и полезную модель, имеющие одну и ту же дату приоритета.

Статья 1387. Решение о выдаче патента на изобретение или об отказе в его выдаче

Комментарий к статье 1387

1. В комментируемой статье урегулированы вопросы вынесения решений федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности о выдаче патента на изобретение, об отказе в его выдаче, о признании заявки на изобретение отозванной, а также вопросы обжалования указанных решений.

В ранее действовавшем патентном законодательстве аналогичные вопросы были урегулированы в п. 8 и 9 ст. 21 Патентного закона РФ.

2. В пункте 1 комментируемой статьи приведены основания, согласно которым принимаются решения о выдаче патента на изобретение либо отказе в его выдаче.

3. Абзац первый данной статьи посвящен решению о выдаче патента на изобретение. Такое решение принимается в том случае, если установлено, что заявленное изобретение, выраженное формулой, предложенной заявителем, соответствует условиям патентоспособности, предусмотренной ст. 1350 ГК РФ (имеется техническое решение, оно является новым, имеет изобретательский уровень и промышленно применимо).

Следует иметь в виду, что в практике экспертизы к формуле изобретения, предложенной заявителем, причисляется и формула, составленная экспертом и

направленная на согласование заявителю, в отношении которой от заявителя получен положительный ответ.

Если при подготовке решения о выдаче патента будут обнаружены недостатки описания и/или чертежей, о необходимости устранения которых заявитель не уведомлялся ранее, то заявителю может быть предложено представить уточненные описание и/или чертежи в двухмесячный срок с даты получения такого уведомления. Если заявитель в установленный срок не представит уточненное описание, то оно будет опубликовано с указанными недостатками.

Кроме того, когда в описании изобретения содержатся сведения об необщедоступных источниках информации либо недопустимые элементы (в частности, выражения, чертежи, рисунки, фотографии и иные материалы, противоречащие морали и общественному порядку, пренебрежительные высказывания по отношению к продукции или технологическим процессам, а также заявкам или охранным документам других лиц), заявитель уведомляется о том, что описание будет опубликовано с соответствующими купюрами.

Если предложенная заявителем формула изобретения содержит ошибки в орфографии, пунктуации и т.п., то в формулу изобретения вносятся соответствующие исправления.

4. При установлении несоответствия заявленного изобретения, выраженного формулой, предложенной заявителем, хотя бы одному условию патентоспособности, принимается решение об отказе в выдаче патента (абзац второй п. 1 комментируемой статьи).

В проекте Регламента по изобретениям приведены конкретные случаи, когда принимаются отказные решения.

Так, например, принимается решение об отказе в выдаче патента:

- если установлено, что заявленное изобретение, охарактеризованное в многозвенной формуле, имеющей один независимый пункт и зависимые пункты, не соответствует одному из условий патентоспособности в отношении независимого пункта, а заявитель отказывается скорректировать этот пункт формулы;

- если установлена патентоспособность изобретения, охарактеризованного в независимом пункте формулы, не имеющей других независимых пунктов, а характеристика изобретения, содержащаяся в зависимых пунктах, такова, что она препятствует осуществлению изобретения или реализации указанного заявителем назначения либо является основанием для отнесения изобретения к решениям, противоречащим общественным интересам, принципам гуманности и нормам морали, и заявитель отказывается скорректировать либо исключить из формулы такие зависимые пункты.

5. В абзаце третьем п. 1 комментируемой статьи сформулирована норма, которая, в целом, благоприятна для заявителей в процессе принятия федеральным органом по исполнительной власти интеллектуальной собственности решения о выдаче патента или об отказе в выдаче патента.

Согласно этой норме до принятия такого решения указанный федеральный орган направляет заявителю уведомление о результатах проверки патентоспособности заявленного изобретения с предложением представить свои доводы по приведенным в уведомлении мотивам.

Иными словами, заявителю предлагается вступить в полемику с органом экспертизы с изложением своих контраргументов относительно содержания результатов проверки патентоспособности его заявленного изобретения. При условии представления таких контраргументов (доводов) в течение шести месяцев со дня получения заявителем уведомления они учитываются при принятии решения по заявке.

6. В пункте 2 комментируемой статьи дано определение заявки, признанной отозванной, которое отсутствовало в ранее действовавшем законодательстве.

Заявка признается отозванной в соответствии с положениями комментируемой главы на основании решения федерального органа исполнительной власти по интеллектуальной собственности, за исключением случая, когда она отзывается заявителем.

Правовой смысл легального разграничения двух видов отозванной заявки - заявки, которая признана отозванной, и заявки, отозванной заявителем, заключается в более четком определении их правовых последствий, хотя и прежде такие последствия вытекали из соответствующих правовых норм. Только решения указанного федерального органа о признании заявки отозванной могут быть оспорены как в административном, так и в судебном порядке.

7. В пункте 3 комментируемой статьи определены виды решений федерального органа исполнительной власти по интеллектуальной собственности, которые могут быть оспорены заявителем в административной инстанции:

- об отказе в выдаче патента на изобретение;
- о выдаче патента на изобретение;
- о признании заявки на изобретение отозванной.

Упомянутые выше решения могут быть оспорены заявителем путем подачи возражения в палату по патентным спорам в течение шести месяцев со дня получения им запрошенных у указанного федерального органа исполнительной власти копий материалов, противопоставленных заявке и указанных в решении об отказе в выдаче патента (если заявитель запросил копии этих материалов в течение двух месяцев со дня получения решения, принятого по заявке).

Практический смысл обжалования заявителем решения о выдаче патента возникает, например, в том случае, когда решение принято по поводу изобретения, охарактеризованного в формуле, которая не предлагалась заявителем и которая не устраивает последнего.

Статья 1388. Право заявителя знакомиться с патентными материалами

Комментарий к статье 1388

1. В комментируемой статье закреплено процессуальное право заявителя на этапе экспертизы заявки на изобретение знакомиться с патентными материалами.

В ранее действовавшем законодательстве комментируемой статье соответствует п. 11 ст. 21 Патентного закона РФ.

2. В предложении первом данной статьи определен состав патентных материалов, с которыми имеет право знакомиться заявитель.

К таковым относятся материалы, на которые имеется ссылка в: запросах; отчетах; решениях; уведомлениях или иных документах, полученных заявителем из федерального органа исполнительной власти по интеллектуальной собственности.

Следует особо отметить, что понятие "патентные материалы" шире понятия "патентные документы". Патентные материалы включают в себя, помимо патентных документов, и непатентную литературу, включенную экспертом в уровень техники, на которую имеется ссылка, например, в запросе экспертизы.

3. Предложение второе комментируемой статьи обязывает федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности в течение одного месяца со дня получения запроса заявителя направлять ему только копии документов, к которым относятся, в частности, заявочная документация, описания к охранным документам.

Право заявителя на ознакомление с другими патентными материалами, по сути, ограничено помещениями указанного федерального органа.

Статья 1389. Восстановление пропущенных сроков, связанных с проведением экспертизы заявки на изобретение

Комментарий к статье 1389

1. В комментируемой статье предусмотрено право заявителя на восстановление пропущенных сроков, связанных с проведением экспертизы заявки на изобретение.

В целом данная статья воспроизводит положения п. 12 ст. 21 Патентного закона РФ.

2. В пункте 1 этой статьи указаны виды пропущенных сроков, которые могут быть восстановлены федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности, и условия такого восстановления.

Так, могут быть восстановлены следующие сроки, пропущенные заявителем:

- основной двухмесячный срок представления по запросу указанного федерального органа исправленных или недостающих документов в ходе проведения формальной экспертизы заявки;

- продленный указанным федеральным органом не более чем на 10 месяцев основной срок представления исправленных или недостающих документов в ходе проведения формальной экспертизы заявки;

- трехлетний срок подачи ходатайства о проведении экспертизы заявки по существу;

- основной двухмесячный срок представления по запросу указанного федерального органа дополнительных материалов в ходе экспертизы заявки по существу;

- продленный указанным федеральным органом не более чем на 10 месяцев основной срок представления дополнительных материалов в ходе экспертизы заявки по существу;

- шестимесячный срок подачи возражений в палату по патентным спорам против решений указанного федерального органа.

Восстановление пропущенных сроков обусловлено представлением заявителем:

- доказательства уважительности причин, по которым не был соблюден срок;

- документа, подтверждающего уплату патентной пошлины.

3. В пункте 2 комментируемой статьи определен порядок подачи ходатайства о восстановлении пропущенных сроков в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности.

Так, указанное ходатайство может быть подано заявителем в течение 12 месяцев со дня истечения установленного срока.

При этом указанное ходатайство должно быть подано одновременно с соответствующими документами, дополнительными материалами, ходатайствами или возражениями.

Статья 1390. Экспертиза заявки на полезную модель

Комментарий к статье 1390

1. В комментируемой статье установлены общие правила проведения экспертизы заявки на полезную модель, которая, как и прежде (ст. 23 Патентного закона РФ), основана на так называемой явочной системе регистрации полезных моделей, когда проверке подлежат преимущественно формальные требования к заявке, без анализа существа полезной модели.

2. В абзаце первом п. 1 данной статьи раскрыто содержание экспертизы заявки на полезную модель, проводимой федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности.

Так, в процессе экспертизы заявки на полезную модель проверяются:

- наличие документов заявки на полезную модель (заявление о выдаче патента, описание полезной модели; формула полезной модели; чертежи, если они необходимы для понимания сущности полезной модели; реферат);

- соответствие этих документов установленным требованиям;

- соблюдение требования единства полезной модели;

- относится ли заявленное решение к техническим решениям, охраняемым в качестве полезной модели.

Помимо упомянутых выше условий проверяется также соответствие размера уплаченной пошлины размеру, установленному подп. "а" п. 1 Положения о пошлинах за патентование изобретений, полезных моделей, промышленных образцов, регистрацию товарных знаков, знаков обслуживания, наименований мест происхождения товаров, предоставление права пользования наименованиями мест происхождения товаров, утвержденного Постановлением Совета Министров Правительства РФ от 12 августа 1993 г. N 793 (САПП. 1993. N 34. Ст. 3182).

3. В абзаце втором п. 1 установлено, что в процессе экспертизы не проверяется соответствие заявленной полезной модели условиям патентоспособности, предусмотренным п. 1 ст. 1351 ГК РФ (наличие технического решения, являющегося новым) (см. комментарий к этой статье).

Комментируемая норма свидетельствует о том, что в России предусмотрена явочная система экспертизы заявки на полезную модель в ее классическом виде, когда заявленное решение не проверяется органом экспертизы на его соответствие условиям патентоспособности.

Проверка патентоспособности полезной модели может быть проведена, например, при рассмотрении споров о действительности полезной модели в палате по патентным спорам или в суде.

4. Абзац третий п. 1 распространяет действие отдельных положений, регламентирующих проведение экспертизы заявки на изобретение, на отношения по проведению экспертизы заявки на полезную модель.

Во-первых, к проведению экспертизы заявки на полезную модель применяются положения, предусмотренные п. 2, 4 и 5 ст. 1384 ГК РФ (см. комментарий к указанной статье) о формальной экспертизе заявки на изобретения.

Следовательно, в процессе экспертизы проверяется, не изменяют ли дополнительные материалы, если они представлены, сущность заявленной полезной модели, соответствует ли заявка установленным требованиям к ее документам и соблюдено ли требование единства полезной модели.

Во-вторых, в отношении полезных моделей применяются п. 2 и 3 ст. 1387 ГК РФ (см. комментарий к ней) относительно принимаемых федеральным органом государственной власти по интеллектуальной собственности решений о выдаче или об отказе в выдаче патента на изобретение. Речь в упомянутых выше пунктах идет о том, какие заявки признаются отозванными и какие решения указанного федерального органа могут быть оспорены заявителем (об отказе в выдаче патента; о выдаче патента; о признании заявки отозванной).

В-третьих, к проведению экспертизы заявки на полезную модель применяются положения ст. 1388 ГК РФ (см. комментарий к указанной статье) о праве заявителя знакомиться с патентными материалами и ст. 1389 ГК РФ (см. комментарий к ней) о праве заявителя на восстановление пропущенных сроков, связанных с экспертизой заявки на изобретение.

5. Дополнительные элементы к содержанию экспертизы заявки на полезную модель, помимо тех элементов, которые упомянуты в п. 2 и п. 4 комментария к данной статье, указаны в проекте Регламента по полезным моделям <1>.

<1> Следует отметить попутно, что такое расширение полномочий федерального органа исполнительной власти по интеллектуальной собственности в сфере экспертизы полезной модели не основано на законе, поскольку комментируемая статья не содержит указание на установление иных условий проведения такой экспертизы в подзаконном акте.

В практике экспертизы также проверяется:

- соблюдение порядка подачи заявки, в том числе наличие, в случае необходимости, доверенности на представительство и соответствие ее установленным требованиям;

- правильность классифицирования полезной модели по международной патентной классификации (МПК). Если это не сделано заявителем, то производится такое классифицирование;

- обоснованность испрашивания в заявке более раннего приоритета, чем дата ее поступления в федеральной орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности.

Экспертиза проводится по заявке, прошедшей регистрацию в указанном федеральном органе, с простановкой даты ее поступления и с присвоением ей десятизначного регистрационного номера.

Если в ходе экспертизы установлено, что заявка оформлена с нарушением установленных требований, в частности к ее документам, или подана на объект, которому не предоставляется охрана в качестве полезной модели (техническое решение, не относящееся к устройству; решения, касающиеся только внешнего вида изделия, направленные на удовлетворение эстетических потребностей; топологии интегральных микросхем; решения, противоречащие общественным интересам, принципам гуманности и морали), заявителю направляется запрос с указанием обнаруженных недостатков и предложением представить исправленные или недостающие документы в течение двух месяцев с даты получения запроса.

Основаниями для запроса являются, в частности, следующие обстоятельства: отсутствие в заявке по крайне мере одного из предписанных документов; отсутствие перевода документов на русский язык, если они представлены на другом языке; отсутствие в заявлении о выдаче патента реквизитов, подписей, оттиска печати, если они необходимы; выявление недостатков в оформлении документов, препятствующих их непосредственному репродуцированию, публикации, хранению и/или делающих невозможным ознакомление с ними заинтересованных лиц; отсутствие в описании полезной модели предписанных структурных разделов; нарушение требования об изложении пункта формулы в виде одного предложения; отсутствие в формуле полезной модели указания объекта, для которого испрашивается правовая охрана; наличие в формуле полезной модели вместо признака объекта полезной модели только данных о ее эксплуатационных показателях и потребительских свойствах, эффектах и явлениях, имеющих место при ее использовании.

6. В пункте 2 комментируемой статьи предусмотрено право заявителя и третьих лиц ходатайствовать о проведении информационного поиска в отношении заявленной полезной модели для определения уровня техники, по сравнению с которым может оцениваться патентоспособность полезной модели.

Вполне очевидно, что уровень техники, для определения которого проводится информационный поиск, может быть использован только для оценки новизны заявленной полезной модели (см. комментарий к п. 2 ст. 1351 ГК РФ).

Порядок и условия проведения информационного поиска и предоставления сведений о его результатах устанавливаются не федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности (т.е. Роспатентом), как было прежде, а федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим нормативно-правовое регулирование в сфере интеллектуальной собственности (т.е. Министерством образования и науки РФ).

Согласно проекту Регламента по полезным моделям информационный поиск для определения уровня техники, по сравнению с которым может осуществляться оценка патентоспособности полезной модели, проводится по ходатайству заявителя или третьего лица при условии соответствующей оплаты.

По ходатайству третьего лица информационный поиск проводится в отношении формулы, содержащейся в решении о выдаче патента.

В случае поступления ходатайства о проведении информационного поиска от третьего лица заявитель уведомляется о таком ходатайстве.

Если ходатайство о проведении информационного поиска поступило по заявке, которая отозвана или признана отозванной, или по которой вынесено решение об отказе в выдаче патента, то подавшему ходатайство лицу сообщается о невозможности удовлетворения его ходатайства.

По завершении информационного поиска, срок проведения которого определен в 2 месяца, отчет о нем направляется лицу, подавшему ходатайство.

Что касается характеристик уровня техники, области и объема информационного поиска, содержания отчета об информационном поиске, то они во многом сходны с соответствующими характеристиками относительно проведения информационного поиска в сфере изобретений (см. комментарий к п. 4 ст. 1386 ГК РФ).

7. В пункте 3 комментируемой статьи описана ситуация, когда заявителем включены в формулу полезной модели признаки, отсутствовавшие на дату подачи заявки в описании полезной модели, если заявка на дату подачи содержала такую формулу.

В таком случае применяются положения п. 2 ст. 1384 ГК РФ (см. комментарий к указанной статье и п. 4 комментария к данной статье), регламентирующие проверку дополнительных материалов, предусматривающих внесение изменений в документы заявки без изменения сущности заявленной полезной модели до принятия по этой заявке решения о выдаче патента либо решения об отказе в выдаче патента.

Кроме того, как установлено в комментируемом пункте, федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности направляет заявителю запрос с предложением исключить указанные признаки из формулы полезной модели.

8. В пункте 4 комментируемой статьи определены виды решений, которые принимаются в результате экспертизы заявки на полезную модель: решение о выдаче патента и решение об отказе в выдаче патента.

Если в результате экспертизы установлено, что заявка подана на техническое решение, охраняемое в качестве полезной модели, содержит все необходимые документы и эти документы оформлены с соблюдением всех установленных к ним требований, то принимается решение о выдаче патента с формулой, предложенной заявителем, с указанием даты подачи заявки и установленного приоритета, если испрашивался более ранний приоритет.

Если предложенная заявителем формула полезной модели содержит ошибки в орфографии, пунктуации и т.п., то при подготовке решения о выдаче патента в формулу вносятся соответствующие исправления.

В решении о выдаче патента указывается, что патент выдается без проверки соответствия заявленной полезной модели условиям патентоспособности.

Если в результате экспертизы установлено, что заявка подана на техническое решение, не охраняемое в качестве полезной модели, принимается решение об отказе в выдаче патента, которое направляется заявителю.

Уместно напомнить, что заявленное решение не признается относящимся к объектам, охраняемым в качестве полезной модели, если оно в целом, в том виде, как охарактеризовано в пункте формулы полезной модели, не является техническим решением, относящимся к устройству (см. комментарий к п. 1 ст. 1351 ГК РФ), либо к решениям, касающимся только внешнего вида изделий и направленным на удовлетворение эстетических потребностей и к топологиям интегральных микросхем (см. комментарий к п. 5 ст. 1351 ГК РФ), либо к решениям, противоречащим общественным интересам, принципам гуманности и морали (см. комментарий к п. 4 ст. 1349 ГК РФ).

9. В пункте 5 комментируемой статьи предусмотрена норма, согласно которой в случае обнаружения федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной

собственности сведений, составляющих государственную тайну, документы заявки на полезную модель засекречиваются в порядке, установленном законодательством о государственной тайне.

Упомянутый порядок засекречивания в принципе аналогичен соответствующему порядку относительно секретных изобретений (см. комментарий к п. 3 ст. 1401 ГК РФ). Кроме того, следует учитывать положения, предусмотренные Правилами проведения проверки наличия в заявках на выдачу патента на изобретение или полезную модель, созданные в Российской Федерации, сведений, составляющих государственную тайну, утвержденными Постановлением Правительства РФ от 24 декабря 2007 г. N 928 (СЗ РФ. 2007. N 53. Ст. 6624).

В случае засекречивания заявителю предлагается два варианта поведения:

- отзыв заявки на полезную модель;
- преобразование ее в заявку на секретное изобретение.

При этом рассмотрение такой заявки приостанавливается до принятия заявителем того или иного решения либо до рассекречивания заявки.

Предложенная заявителю альтернатива (отзыв заявки или ее преобразование в заявку на секретное изобретение) обусловлено тем обстоятельством, что полезным моделям, содержащим сведения, составляющие государственную тайну, правовая охрана в соответствии с ГК РФ не предоставляется (см. комментарий к п. 3 ст. 1349 ГК РФ).

Статья 1391. Экспертиза заявки на промышленный образец

Комментарий к статье 1391

1. В комментируемой статье установлены общие правила проведения экспертизы заявки на промышленный образец, которые во многом сходны с соответствующими правилами ранее действовавшего патентного законодательства (ст. 24 Патентного закона РФ).

В России принята так называемая проверочная система экспертизы заявки на промышленный образец, состоящая из двух этапов - формальной экспертизы и экспертизы по существу.

По этому параметру экспертиза заявки на промышленный образец сходна с отсроченной экспертизой заявки на изобретение, однако по другим параметрам (отсутствие публикации заявки, ходатайства о проведении экспертизы по существу, ходатайства о проведении информационного поиска) она существенно от нее отличается.

2. В пункте 1 данной статьи определены этапы проведения экспертизы заявки на промышленный образец - формальная экспертиза и экспертиза по существу с краткой характеристикой содержания.

При положительном результате формальной экспертизы автоматически, без подачи какого-либо ходатайства, проводится экспертиза по существу.

3. В абзаце первом п. 1 комментируемой статьи раскрыто основное содержание формальной экспертизы заявки на промышленный образец: проверка наличия документов, предусмотренных п. 2 ст. 1377 ГК РФ (заявление о выдаче патента; комплект изображений изделия; чертеж общего вида изделия, эргономическая схема, конфекционная карта, если они необходимы; описание промышленного образца; перечень существенных признаков промышленного образца) и их соответствие установленным требованиям.

Проверяется также соответствие размера уплаченной пошлины размеру, установленному подп. "а" п. 1 Положения о пошлинах за патентование изобретений, полезных моделей, промышленных образцов, регистрацию товарных знаков, знаков обслуживания, наименований мест происхождения товаров, предоставления права пользования наименованиями мест происхождения товаров, утвержденного

Постановлением Совета Министров - Правительства РФ от 12 августа 1993 г. N 793 (САПП. 1993. N 34. Ст. 3182).

4. В абзаце втором п. 1 комментируемой статьи раскрыто основное содержание экспертизы промышленного образца по существу, которая проводится при условии завершения формальной экспертизы заявки с положительным результатом.

Экспертиза заявки на промышленный образец по существу заключается в проверке соответствия заявленного промышленного образца условиям патентоспособности, установленным ст. 1352 ГК РФ (художественно-конструкторское решение изделия, являющееся новым и оригинальным).

5. Пункт 2 комментируемой статьи распространяет действие отдельных положений, регламентирующих проведение экспертизы заявки на изобретение, на отношения по проведению экспертизы заявки на промышленный образец, как формальной экспертизы, так и экспертизы по существу.

6. В дополнение к тем элементам формальной экспертизы заявки, рассмотренным в п. 3 комментария к данной статье, при проведении формальной экспертизы заявки на промышленный образец, на основании п. 2 комментируемой статьи, в котором сделана ссылка на п. 2 - 5 ст. 1384 ГК РФ, проверяется:

- соблюдение установленного порядка представления дополнительных материалов;

- соблюдение требования единства промышленного образца (без анализа существа заявленного промышленного образца).

Кроме того, согласно проекту Регламента по промышленным образцам <1> в практике экспертизы также проверяются:

<1> Следует отметить, что подобное расширение полномочий федерального органа исполнительной власти по интеллектуальной собственности в сфере экспертизы промышленного образца не основано на законе, поскольку комментируемая статья не содержит указание на установление иных условий проведения такой экспертизы в подзаконном акте.

- соблюдение порядка подачи заявки, в том числе наличие, в случае необходимости, доверенности на представительство и соответствие ее установленным требованиям;

- правильность классифицирования промышленного образца по Международной классификации промышленных образцов (МКПО), осуществленного заявителем (или осуществляется такое классифицирование, если оно не сделано заявителем).

7. Если в процессе формальной экспертизы заявки на промышленный образец, прошедшей регистрацию (простановка даты поступления, присвоение десятизначного регистрационного номера) в федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности, установлено, что заявка оформлена с нарушением требований к ее документам, заявителю в двухмесячный срок с даты поступления документов заявки направляется запрос с указанием обнаруженных недостатков и предложением представить исправленные или недостающие документы в течение 2 месяцев с даты его получения.

Основанием для запроса являются, в частности: отсутствие в заявке по крайней мере одного из предписанных документов и/или представление документов заявки в количестве экземпляров, меньшем установленного; отсутствие документа, подтверждающего уплату патентной пошлины, в установленном размере или документа, подтверждающего основания для освобождения от уплаты патентной пошлины, либо уменьшения ее размера, либо отсрочки от ее уплаты; отсутствие перевода документов заявки на русский язык, если они представлены на другом языке; отсутствие в заявлении о выдаче патента реквизитов, подписей, оттиска печати, если они необходимы; выявление недостатков в оформлении документов, препятствующих их непосредственному репродуцированию, публикации, хранению и/или делающих невозможным ознакомление

с ними заинтересованных лиц; отсутствие в описании промышленного образца предписанных структурных разделов; нарушение требований, согласно которым пункт перечня существенных признаков промышленного образца должен относиться только к одному промышленному образцу или должен быть изложен в виде одного предложения; отсутствие в перечне существенных признаков промышленного образца указания изделия, для которого испрашивается патентная охрана.

Запрос недостающих и исправленных документов может направляться заявителю столько раз, сколько это необходимо для устранения недостатков заявки и ее документов.

Если заявитель в установленный срок не представит запрашиваемые документы или не подаст ходатайство о продлении этого срока, то его заявка признается отозванной. Этот срок может быть продлен указанным федеральным органом, но не более чем на 10 месяцев.

После завершения формальной экспертизы, если заявка на промышленный образец отвечает всем установленным требованиям, указанный федеральный орган незамедлительно уведомляет заявителя о положительном результате экспертизы.

8. В дополнение к тем элементам экспертизы по существу, рассмотренным в п. 4 комментария к данной статье, при проведении экспертизы промышленного образца по существу, на основании п. 2 комментируемой статьи, в котором сделана ссылка на п. 5 ст. 1386 ГК РФ, проверяются дополнительные материалы, запрошенные у заявителя федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности, без которых проведение экспертизы невозможно, в том числе перечень существенных признаков промышленного образца, измененный заявителем по запросу органа экспертизы.

В указанном случае дополнительные материалы должны быть представлены в течение двух месяцев со дня получения заявителем запроса или копий материалов, противопоставленных заявке. В случае непредставления заявителем в установленный срок запрошенных материалов или ходатайства о продлении установленного срока заявка признается отозванной.

Кроме того, согласно проекту Регламента по промышленным образцам <1> в практике экспертизы заявки по существу также проводят:

<1> См. примечание к п. 6 комментария к данной статье.

- установление приоритета промышленного образца;
- проверку представленного заявителем перечня существенных признаков промышленного образца.

9. С учетом ссылки на п. 3 ст. 1387 ГК РФ (см. комментарий к указанной статье), сделанной в п. 2 комментируемой статьи, заявитель имеет право оспорить следующие решения федерального органа исполнительной власти по интеллектуальной собственности:

- об отказе в выдаче патента на промышленный образец;
- о выдаче патента на промышленный образец;
- о признании заявки на промышленный образец отозванной.

Для этих целей заявителем подается возражение в палату по патентным спорам в течение 6 месяцев со дня получения им соответствующего решения или запрошенных у указанного федерального органа копий материалов, противопоставленных заявке.

10. С учетом ссылки на ст. 1388 ГК РФ (см. комментарий к ней), содержащейся в п. 2 комментируемой статьи, заявитель имеет право знакомиться со всеми относящимися к патентованию промышленного образца материалами, на которые имеется ссылка в запросах, отчетах, решениях, уведомлениях или иных документах, полученных им из федерального органа исполнительной власти по интеллектуальной собственности.

11. С учетом ссылки на ст. 1389 ГК РФ (см. комментарий к этой статье), сделанной в п. 2 комментируемой статьи, заявитель имеет право на восстановление пропущенных сроков, связанных с проведением экспертизы заявки на промышленный образец.

Вполне очевидно, исходя из существа регулируемых отношений, что к экспертизе заявки на промышленный образец не относится норма о восстановлении пропущенного срока подачи ходатайства о проведении экспертизы заявки по существу.

Статья 1392. Временная правовая охрана изобретения

Комментарий к статье 1392

1. Комментируемая статья посвящена сравнительно новому для российского законодательства институту - временной правовой охране изобретения. Ранее действовавшее патентное законодательство (ст. 22 Патентного закона РФ) распространяло действие временной правовой охраны и на другие результаты интеллектуальной деятельности - полезные модели и промышленные образцы.

Институт временной правовой охраны изобретения развит преимущественно в патентных законодательствах государств с отсроченной системой экспертизы заявок на изобретения, поскольку является составной частью указанной системы экспертизы.

2. В пункте 1 данной статьи раскрыто содержание временной правовой охраны: заявленному изобретению со дня публикации сведений о заявке (см. комментарий к п. 1 ст. 1385 ГК РФ) до даты публикации сведений о выдаче патента (см. комментарий к ст. 1394 ГК РФ) предоставляется временная правовая охрана в объеме опубликованной формулы изобретения.

Однако указанный объем имеет свои пределы - не более чем в объеме, определяемом формулой, содержащейся в решении федерального органа исполнительной власти по интеллектуальной собственности о выдаче патента на изобретение.

Иными словами, объем правовой охраны изобретения может быть, как правило, ограничен, так как в процессе экспертизы заявки на изобретение по существу зачастую возникает корректировка первоначальной формулы изобретения в сторону уменьшения объема правовой охраны.

3. В пункте 2 комментируемой статьи указано основание ненаступления временной правовой охраны:

- заявка на изобретение отозвана заявителем;

- заявка на изобретение признана отозванной федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности;

- по заявке на изобретение принято решение указанным федеральным органом об отказе в выдаче патента, и возможность подачи возражения против этого решения, предусмотренная ГК РФ, исчерпана.

Следует отметить, что в ст. 22 Патентного закона РФ в редакции 1992 г. последнее основание ненаступления временной правовой охраны было сформировано более корректно, поскольку в первоначальной редакции этой статьи говорилось о решении об отказе в выдаче патента, "возможности обжалования которого исчерпаны". Вполне очевидно, что в этом случае речь должна идти именно о возможностях (их, как минимум, две - в палате по патентным спорам и в суде), а не об одной возможности подачи возражения против такого решения.

4. В пункте 3 комментируемой статьи определены условия реализации временной правовой охраны изобретения: после получения заявителем патента в форме выплаты ему (уже патентообладателю) денежной компенсации, размер которой определяется соглашением сторон, а в случае спора - судом.

Прямое указание на рассмотрение споров в судебном порядке - нововведение в статью о временной правовой охране, поскольку ранее такая возможность вытекала из ст. 31 Патентного закона РФ о рассмотрении споров в судебном порядке.

Строго говоря, термин "охрана" здесь не совсем удачен, поскольку публикация сведений о заявке не предоставляет заявителю права запрещать третьим лицам использовать его заявленное изобретение, а после получения патента патентообладатель может рассчитывать только на получение денежной компенсации, а не на возмещение причиненных ему убытков.

Третьи лица, скорее всего конкуренты, имеют право использовать чужое заявленное изобретение, и если процедура выдачи патента растягивается на много лет, то выплаты денежной компенсации, которая всегда меньше реальных убытков, - слабое утешение для патентообладателя. Но такова плата за особенности отсроченной системы экспертизы заявок на изобретение с обязательной публикацией заявок в целях информирования разработчиков и деловых кругов о появлении потенциальных изобретений.

5. Как следует из вышеизложенного, непременным атрибутом временной правовой охраны изобретений в России является публикация патентных заявок.

Между тем такое положение существовало не всегда. Пункт 4 ст. 22 Патентного закона РФ предусматривал возможность возникновения временной правовой охраны изобретения в результате направления заявителем уведомления пользователю о поданной им заявке на выдачу патента, если дата уведомления наступала ранее даты публикации сведений о заявке на изобретение.

Кроме того, временная правовая охрана распространялась также на полезные модели и промышленные образцы с даты уведомления заявителем пользователей о поданных им заявках ранее публикации сведений о выдаче патента.

Следовательно, российский законодатель решил увязать предоставление временной правовой охраны только с публикацией заявок, которая возможна только в отношении изобретений.

Указанный шаг законодателя представляется не вполне логичным, поскольку явно ограничивает права заявителей, особенно тех, которые подают заявки на полезные модели и промышленные образцы.

4. Регистрация изобретения, полезной модели, промышленного образца и выдача патента

Статья 1393. Порядок государственной регистрации изобретения, полезной модели, промышленного образца и выдача патента

Комментарий к статье 1393

1. В комментируемой статье раскрыта одна из основных функций федерального органа исполнительной власти по интеллектуальной собственности - государственная регистрация изобретений, полезных моделей и промышленных образцов и выдача на эти результаты технического и художественно-конструкторского творчеств охранных документов.

Указанный федеральный орган регистрирует результаты интеллектуальной деятельности и выдает о них патенты от имени государства, что означает легальный характер патентной монополии на указанные результаты, подкрепленный государственными мерами защиты административного, уголовного и гражданско-правового характера.

2. В пункте 1 комментируемой статьи, в отличие от п. 1 ст. 26 Патентного закона РФ, предусмотрено основание государственной регистрации - решение указанного

федерального органа о выдаче патента на изобретение, полезную модель или промышленный образец.

На основании этого решения указанный федеральный орган вносит изобретение, полезную модель или промышленный образец в соответствующий государственный реестр (Государственный реестр изобретений РФ, Государственный реестр полезных моделей РФ, Государственный реестр промышленных образцов РФ) и выдает патент на изобретение, полезную модель или промышленный образец. При этом если патент испрашивался на имя нескольких лиц, то им выдается один патент.

Вполне очевидно, что в государственные реестры вносятся не собственно изобретения или другие результаты интеллектуальной деятельности, а сведения (в форме записей) об изобретениях и других результатах интеллектуальной деятельности, на которые выданы патенты РФ.

По смыслу комментируемой статьи дата внесения сведений об изобретении, полезной модели или промышленном образце в соответствующий государственный реестр, т.е. дата их регистрации, совпадает с датой выдачи соответствующего патента, хотя вполне очевидно, что технологически первая дата может предшествовать второй дате.

3. Правила государственной регистрации изобретения, полезных моделей или промышленных образцов определены в проекте Административного регламента Федеральной службы по интеллектуальной собственности, патентам и товарным знакам по исполнению государственной функции по осуществлению ведения реестров зарегистрированных объектов интеллектуальной собственности, публикации сведений о зарегистрированных объектах интеллектуальной собственности, поданных заявках и выданным по ним патентам и свидетельствах, о действии, прекращении действия и возобновлении действия правовой охраны в отношении объектов интеллектуальной собственности, передаче прав на охраняемые объекты, об официальной регистрации объектов интеллектуальной собственности (далее - проект Регламента по ведению реестров и публикации сведений).

Государственные реестры представляют собой совокупность записей, выполненных по установленной форме и содержащих сведения об изобретениях, полезных моделей и промышленных образцах, на которые выданы патенты.

При регистрации в документе соответствующего государственного реестра вносятся:

- регистрационный номер изобретения (полезной модели, промышленного образца) (номер патента);
- регистрационный номер заявки на выдачу патента;
- дата подачи заявки на выдачу патента;
- дата(ы) приоритета изобретения (полезной модели, промышленного образца);
- название изобретения (полезной модели, промышленного образца);
- сведения о патентообладателе: фамилия, имя, отчество (полностью), наименование юридического лица, его (их) место жительства, место нахождения. Если патент выдан на имя Российской Федерации или субъекта Российской Федерации, дополнительно указывается наименование государственного заказчика, выступающего от имени Российской Федерации, субъекта Российской Федерации;
- сведения об авторе (авторах) изобретения: фамилия, имя, отчество (полностью), его (их) место жительства;
- адрес для переписки с патентообладателем или его представителем;
- дополнительные сведения (в частности, сведения о наличии представителя патентообладателя, сведения о государственном заказчике, если изобретение создано при выполнении работ по государственному контракту);
- дата регистрации изобретения (полезной модели, промышленного образца);
- дата выдачи патента;
- дата публикации сведений о выдаче патента и номер официального бюллетеня.

Если автор отказался быть упомянутым в качестве такового при публикации сведений о выдаче патента, то в документе Государственного реестра изобретений Российской Федерации делается отметка "не публикуется".

Внесение изменений и дополнений в документы государственных реестров изобретений (полезных моделей, промышленных образцов) осуществляется, в частности, в отношении следующих сведений: об исправлении очевидных и технических ошибок; о договорах об отчуждении патента; лицензионных (сублицензионных) договорах; о договоре коммерческой концессии (субконцессии); о договоре залога исключительного права; об аннулировании патента в связи с признанием его недействительным полностью или частично; о прекращении действия патента по заявлению патентообладателя; о восстановлении действия патента; об изменении наименования и/или адреса места нахождения патентообладателя (юридического лица); об изменении Ф.И.О. и/или адреса места жительства автора, патентообладателя (физического лица).

4. В пункте 2 комментируемой статьи предусмотрено условие государственной регистрации изобретения, полезной модели или промышленного образца и выдачи патента на указанные результаты интеллектуальной деятельности - плата соответствующей патентной пошлины.

Даже если вынесено решение о выдаче патента на изобретение, полезную модель или промышленный образец, но заявителем не представлен в установленном порядке документ, подтверждающий уплату патентной пошлины, регистрация соответствующего результата интеллектуальной деятельности и выдача патента не осуществляются, а соответствующая заявка признается отозванной.

5. В пункте 3 комментируемой статьи определен компетентный орган, который устанавливает форму патента на изобретение, полезную модель или промышленный образец и состав указанных в нем сведений.

Если в соответствии с ранее действовавшим законодательством (п. 2 ст. 12 Патентного закона РФ) это входило в компетенцию федерального органа исполнительной власти по интеллектуальной собственности (т.е. Роспатента), то в настоящее время - это прерогатива федерального органа исполнительной власти, осуществляющего нормативно-правовое регулирование в сфере интеллектуальной собственности (т.е. Министерства образования и науки РФ).

6. Согласно п. 4 комментируемой статьи федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности вносит исправления очевидных и технических ошибок в выданный патент на изобретение, полезную модель или промышленный образец и/или в соответствующий государственный реестр.

Сведения об исправлении очевидных или технических ошибок вносятся в документ соответствующего государственного реестра в раздел "изменения и дополнения".

В ГК РФ не раскрыты понятия "очевидные ошибки" и "технические ошибки".

Эти понятия приведены в проектах Регламентов по изобретениям (полезным моделям, промышленным образцам).

Ошибка считается очевидной, если специалист в данной области техники понимает, что на дату подачи заявки подразумевалось нечто иное, чем то, что написано в заявке, и никакое иное исправление, кроме предложенного, не может быть произведено.

Ошибка считается технической, если она обусловлена неправильным написанием слов, неправильной расстановкой знаков препинания (грамматические ошибки), наличием опечаток и погрешностей в указании библиографических данных источников информации и т.п.

7. В пункте 5 комментируемой статьи установлена обязанность федерального органа исполнительной власти по интеллектуальной собственности публиковать в официальных бюллетенях ("Изобретения. Полезные модели", "Промышленные образцы") сведения о любых изменениях записей в государственных реестрах изобретений (полезных моделях, промышленных образцах).

Однако в действительности федеральный орган публикует в официальных бюллетенях не только сведения о любых изменениях записей в государственных реестрах, но все содержащиеся в этих реестрах сведения, кроме сведений, относящихся к секретным изобретениям, сведений об адресе местожительства физических лиц, а также сведений об авторах изобретений, отказавшихся быть упомянутыми в качестве таковых при публикации.

Состав сведений об изменениях и дополнениях в записи государственных реестров указан в п. 3 комментария к данной статье.

Статья 1394. Публикация сведений о выдаче патента на изобретение, полезную модель, промышленный образец

Комментарий к статье 1394

1. Комментируемая статья посвящена публикации сведений о выдаче патента на изобретение, полезную модель, промышленный образец. Она имеет чрезвычайно важное значение как для патентообладателя, так и для третьих лиц.

Именно с этой даты третьи лица (разработчики, деловые круги) знают или, во всяком случае, должны знать (презюмируется, что предприниматели-конкуренты обязаны должным образом отслеживать нововведения в соответствующих областях техники или художественно-конструкторского творчества) о чужих патентных правах и не нарушать последние.

2. В связи с вышеизложенным возникает основополагающий в патентном праве вопрос о начале действия запретительной (негативной) функции патента.

К сожалению, ГК РФ (как и ранее действовавший Патентный закон РФ) обходит этот вопрос молчанием. Ни в ст. 1229 ГК РФ, ни в ст. 1358 ГК РФ нет ответа на вопрос, с какой даты третьи лица не могут использовать соответствующий результат интеллектуальной деятельности без согласия патентообладателя, т.е. с какой даты начинает действовать запретительная функция исключительного права на изобретение.

Представляется единственно верным решением в данной ситуации использование систематического толкования ст. 1392, 1393 и ст. 1394 ГК РФ.

Как известно, в ст. 1392 ГК РФ определен период действия временной правовой охраны изобретения - со дня публикации сведений о заявке до даты публикации сведений о выдаче патента, которые предоставляют патентообладателю право на получение денежной компенсации. Следовательно, поскольку этот период перекрыт временной правовой охраной, "постоянная" правовая охрана может наступить именно с даты публикации сведений о выдаче патента, а не с даты регистрации изобретения в государственном реестре, совпадающей с датой выдачи патента.

В противном случае - если датой начала действия исключительного права будет признана дата выдачи патента, а не дата его публикации - будет открыт путь для объективного вменения, т.е. третьи лица могут понести ответственность без вины.

Вполне очевидно, что по аналогии (ст. 6 ГК РФ) данный вывод можно применить к полезным моделям и промышленным образцам, хотя в отношении этих результатов интеллектуальной деятельности не предусмотрена публикация сведений о заявке и связанная с такой публикацией временная правовая охрана.

Следует отметить, что в государствах с развитым правопорядком (в патентных законодательствах или судебной практике) начало действия исключительного права связывают именно с датой публикации сведений о патенте.

3. В абзаце первом п. 1 комментируемой статьи установлен перечень основных сведений о выдаче патента на изобретение, полезную модель или промышленный образец, который должен публиковать федеральный орган исполнительной власти по

интеллектуальной собственности в официальных бюллетенях ("Изобретения. Полезные модели", "Промышленные образцы").

В состав этих сведений входят: имя автора (если автор не отказался быть упомянутым в качестве такового), имя или наименование патентообладателя, название и формула изобретения или полезной модели, перечень существенных признаков промышленного образца и его изображение.

Остальной состав публикуемых сведений, согласно абзацу второму п. 1 комментируемой статьи, определяет федеральный орган исполнительной власти, осуществляющий нормативно-правовое регулирование в сфере интеллектуальной собственности. В соответствии с ранее действовавшим законодательством (ст. 25 Патентного закона РФ) полный состав публикуемых сведений определялся федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности.

В полный состав публикуемых сведений о выдаче патента, кроме сведений, указанных в абзаце первом п. 1 комментируемой статьи, входят, согласно п. 19.1 проекта Регламента по ведению реестров и публикации сведений, следующие сведения:

- регистрационный номер изобретения, полезной модели, промышленного образца (номер патента);

- индекс (индексы) рубрик МПК, установленный федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности для данного изобретения, полезной модели, МКПО, установленный федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности для данного промышленного образца;

- номер и дата подачи заявки на изобретение, полезную модель, промышленный образец, по которой выдан патент;

- дата публикации сведений о заявке и номер бюллетеня (только для патента на изобретение);

- номер, дата и код в соответствии со стандартом ВОИС ST.3 страны подачи заявки (дату поступления дополнительных материалов по ней), на основании которой установлен приоритет изобретения, полезной модели, промышленного образца, если по заявке установлена более ранняя дата приоритета, чем дата подачи заявки в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности;

- код страны места жительства автора изобретения, полезной модели, промышленного образца и места жительства (места нахождения) патентообладателя в соответствии со стандартом ВОИС ST.3, адрес для переписки с патентообладателем или его представителем;

- чертеж (графический материал) при наличии необходимости и технической возможности его приведения (для патентов на изобретения, полезных моделей);

- изображения промышленного образца (группы промышленных образцов);

- сведения о поданном в соответствии с п. 1 ст. 1366 ГК РФ заявлении об обязательстве заключить договор об отчуждении патента (только по патентам на изобретения).

При публикации сведений о выдаче патента на изобретение дополнительно публикуются источники информации, принятые во внимание при экспертизе.

4. В абзаце первом п. 2 комментируемой статьи закреплено право любого лица на ознакомление с документами заявки и отчетом об информационном поиске после публикации сведений о выдаче патента на изобретение, полезную модель или промышленный образец.

Следует иметь в виду, что в упомянутой выше норме речь идет о праве на ознакомление не с материалами заявки, а с документами заявки, перечень которых указан соответственно в п. 2 ст. 1375 ГК РФ (см. комментарий к указанной статье), п. 2 ст. 1376 ГК РФ (см. комментарий к ней) и в п. 2 ст. 1377 ГК РФ (см. комментарий к этой статье).

В абзаце втором п. 2 комментируемой статьи определен орган, который компетентен устанавливать порядок ознакомления с документами заявки и отчетом об

информационном поиске - федеральный орган исполнительной власти, осуществляющий нормативно-правовое регулирование в сфере интеллектуальной собственности.

В соответствии с ранее действовавшим законодательством (ст. 25 Патентного закона РФ) этими полномочиями располагал федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности.

Статья 1395. Патентование изобретений или полезных моделей в иностранных государствах и в международных организациях

Комментарий к статье 1395

1. Комментируемая статья посвящена вопросам патентования изобретений или полезных моделей в иностранных государствах и международных организациях. В ранее действовавшем патентном законодательстве порядок зарубежного патентования изобретений или полезных моделей регулировался ст. 35 Патентного закона РФ.

Исходя из смысла комментируемой статьи, патентование изобретений или полезных моделей в иностранных государствах и в международных организациях означает процедуру получения охранных документов в патентных ведомствах иностранных государств или в региональных патентных организациях, предоставляющих исключительное право на изобретение или полезную модель, действующее на территории государства патентования или на территории группы государств определенного региона патентования.

Как правило, осуществление прав, вытекающих из региональных охранных документов, регламентировано нормами национальных патентных законодательств государств, на территории которых действуют указанные охранные документы.

2. Законодатель исходит из принципа свободы зарубежного патентования, т.е. свободы выбора заявителем государства патентования своего результата интеллектуальной деятельности.

Вместе с тем свобода зарубежного патентования ограничена п. 1 комментируемой статьи в интересах национальной безопасности в связи с возможным засекречиванием сведений, содержащихся в патентных заявках.

3. В соответствии с предложением первым п. 1 комментируемой статьи заявка на выдачу патента на изобретение или полезную модель, созданные в России, может быть подана в иностранном государстве или в международную организацию по истечении шести месяцев со дня подачи соответствующей заявки в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности, если в указанный срок заявитель не будет уведомлен о том, что в заявке содержатся сведения, составляющие государственную тайну.

Прежде всего необходимо отметить, что, согласно Патентному закону РФ в редакции 1992 г., ограничение свободы зарубежного патентования касалось также промышленных образцов, а срок проверки заявки на наличие в ней государственной тайны равнялся трем месяцам. Налицо противоречивые тенденции в развитии правового регулирования в указанной области. С одной стороны, из сферы ограничения свободы зарубежного патентования исключен один объект - промышленный образец. С другой - с увеличением срока проверки заявки на наличие в ней государственной тайны в два раза необоснованно замедлен сам процесс зарубежного патентования.

Следует также иметь в виду то обстоятельство, что в комментируемой норме речь идет об изобретении и полезной модели, которые созданы в Российской Федерации. Иными словами, законодатель не связывает напрямую зарубежное патентование с гражданством РФ.

Кроме того, в комментируемой норме предусматривается уведомление заявителя о том, что в заявке содержатся сведения, составляющие государственную тайну.

Следовательно, бремя засекречивания соответствующего объекта возлагается не на заявителя, а на орган государственной власти, который согласно ст. 10 Закона РФ от 21 июля 1993 г. N 5485-1 "О государственной тайне" (в ред. Федерального закона от 6 октября 1997 г. N 131-ФЗ // СЗ РФ. 1997. N 41. Ст. 4673) должен засекретить документы заявки, содержащие сведения, составляющие государственную тайну.

4. В предложениях втором и третьем п. 1 комментируемой статьи раскрыты особенности проведения в России проверки наличия в заявках сведений, составляющих государственную тайну.

Так, заявка на изобретение или полезную модель может быть подана в иностранном государстве или в международную организацию ранее указанного срока (т.е. до истечения шести месяцев со дня подачи соответствующей заявки), но после проведения по просьбе заявителя указанной выше проверки. При этом порядок проведения такой проверки устанавливается Правительством РФ.

Если следовать буквальному толкованию указанных выше положений, то можно прийти к выводу, что проверка наличия в заявках сведений, составляющих государственную тайну, должна проводиться только в случае просьбы заявителя об этом в целях ускорения процесса зарубежного патентования.

Однако если исходить из такого толкования, то представляется бессмысленным установление 6-месячного срока, в течение которого ограничена свобода выбора зарубежного патентования. Поэтому следует полагать, что проверка наличия в заявках сведений, составляющих государственную тайну, должна производиться автоматически в течение указанного шестимесячного срока независимо от факта поступления просьбы заявителя об ускорении зарубежного патентования.

5. Правила проведения проверки наличия в заявках на выдачу патента на изобретение или полезную модель, созданные в Российской Федерации, сведений, составляющих государственную тайну, утверждены Постановлением Правительства РФ от 24 декабря 2007 г. N 928 (СЗ РФ. 2007. N 53. Ст. 6624).

Проверка заявки, поступившей в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности, осуществляется путем ознакомления с ней имеющих необходимую форму допуска к сведениям, составляющим государственную тайну, представителей федеральных органов исполнительной власти, руководители которых наделены полномочиями по отнесению сведений к государственной тайне (далее - компетентный орган). Определение представителей осуществляется руководителем соответствующего компетентного органа.

Федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности в течение 5 рабочих дней с даты поступления заявки предоставляет представителям компетентных органов возможность ознакомления с ней в соответствии с ее тематической принадлежностью.

В деле заявки, с которой ознакомлен представитель компетентного органа, делается отметка об ознакомлении.

В случае выявления представителем компетентного органа обстоятельств, требующих, по его мнению, проверки содержания заявки, заявка направляется федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности с использованием специальной связи в соответствующий компетентный орган, о чем уведомляется заявитель. Уведомление должно содержать предупреждение о неразглашении сведений, содержащихся в заявке, до окончания проверки.

Компетентный орган в двухмесячный срок с даты получения заявки осуществляет ее проверку.

В случае если по результатам проверки заявки установлено наличие в ней сведений, составляющих государственную тайну, руководитель компетентного органа или уполномоченное им должностное лицо на основании заключения комиссии принимает решение о засекречивании заявки и присвоении ей соответствующего грифа секретности в

порядке, установленном законодательством Российской Федерации о государственной тайне.

Компетентный орган, принявший решение о засекречивании заявки, уведомляет об этом федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности и заявителя, который предупреждается о нераспространении сведений, составляющих государственную тайну, и ответственности за их несанкционированное распространение.

В случае если решение о засекречивании заявки принимается в отношении международной заявки или евразийской заявки, заявитель также уведомляется о невозможности зарубежного патентования изобретения или полезной модели.

Заявитель уведомляется компетентным органом о засекречивании его заявки до истечения шести месяцев с даты подачи заявки в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности.

6. В соответствии со ст. 7.28 Кодекса РФ об административных правонарушениях нарушение установленного порядка патентования объектов промышленной собственности в иностранных государствах влечет наложение административного штрафа на граждан в размере от одной тысячи до двух тысяч рублей; на юридических лиц - от пятидесяти тысяч до восьмидесяти тысяч рублей.

При определенных обстоятельствах нарушение порядка зарубежного патентования может подпасть под действие ст. 283 УК РФ о разглашении государственной тайны, санкции которой также незначительны.

7. Пункт 2 комментируемой статьи содержит исключение из общего порядка зарубежного патентования изобретений и полезных моделей, предусмотренного п. 1 комментируемой статьи, которое допускается на основании международных договоров, участницей которых является Россия. Согласно данному пункту патентование в соответствии с Договором о патентной кооперации (Patent Cooperation Treaty, далее - PCT) или Евразийской патентной конвенцией (далее - ЕАПК) изобретения или полезной модели, созданных в России, допускается без предварительной подачи соответствующей заявки в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности, если заявка в соответствии с PCT (международная заявка) подана в указанный федеральный орган как в получающее ведомство и в ней указана Россия в качестве государства, в котором заявитель намерен получить патент, а евразийская заявка подана через указанный федеральный орган.

Иными словами, в этом случае у заявителя нет необходимости подавать сначала российскую заявку, а на ее основе, с использованием права конвенционного приоритета, - международную заявку или евразийскую заявку.

8. Заявитель имеет право выбора следующих процедур зарубежного патентования:

- национальная (традиционная) процедура, при которой патент испрашивается согласно национальным патентным законодательствам каждой из стран патентования;

- универсальная процедура, при которой патент испрашивается согласно правилам PCT;

- региональная процедура, при которой патент испрашивается согласно правилам международных договоров о региональных патентах (в частности, Евразийская патентная конвенция (ЕАПК), Европейская патентная конвенция (ЕПК));

- смешанная процедура, при которой патент испрашивается посредством сочетания универсальной процедуры PCT и одной или нескольких региональных процедур.

Выбор заявителем упомянутых выше процедур зарубежного патентования зависит от многих факторов, в том числе от стратегии заявителя на внешних рынках (защита экспорта, заключение лицензионных договоров), экономических интересов заявителя в различных регионах, масштабов бизнеса заявителя.

9. Предусмотренная в п. 2 комментируемой статьи универсальная система патентования - по процедуре PCT - самая распространенная и востребованная в мире.

Договор о патентной кооперации (РСТ), заключенный в г. Вашингтоне в 1970 г., вступил в силу 1 июня 1978 г. Государства - участники РСТ, число которых по состоянию на 15 апреля 2008 г. составляет 139, образуют Международный союз патентной кооперации.

Одно из самых распространенных заблуждений в отношении РСТ, даже в среде специалистов, - это признание этого Международного союза международной организацией. С таким утверждением нельзя согласиться по той причине, что Международный союз РСТ не соответствует одному из ключевых признаков международной организации - у него нет органов управления, действующих на постоянной основе. Функции управления (администрирования) Международным союзом РСТ, равно как и другими союзами, в том числе Парижским союзом по охране промышленной собственности, осуществляет Международное бюро Всемирной организации интеллектуальной собственности (ВОИС), что экономически выгодно для государств - участников РСТ.

Другое распространенное заблуждение - отнесение международных региональных патентных организаций к разряду организаций - участниц РСТ. Членство в РСТ открыто только для государств. Другое дело, что международные региональные патентные организации "встроены" в систему РСТ для целей получения региональных патентов на основании международных заявок, что весьма удобно для заявителей.

Наконец, подача международных заявок не приводит к выдаче "международных" патентов, поскольку на основании этих заявок, после проведения по ним поиска и предварительной экспертизы, если она испрошена, выдаются национальные патенты и региональные патенты соответственно национальными патентными ведомствами и международными региональными патентными организациями.

Универсальная процедура, т.е. процедура рассмотрения международной заявки в соответствии с РСТ, предусматривает международную и национальную (региональную) фазы.

Международная фаза рассмотрения международной заявки включает в себя три обязательных этапа и один факультативный этап.

К обязательным относятся следующие этапы:

- подача заявителем международной заявки и ее рассмотрение получающим ведомством. Под получающим ведомством понимается национальное патентное ведомство или межправительственная организация, в которую подается международная заявка;

- подготовка одним из международных поисковых органов отчета о международном поиске, целью которого является выявление соответствующего уровня техники. Международный поиск осуществляется одним из крупных патентных ведомств или межправительственной организацией, назначенных с их согласия Ассамблеей Международного союза РСТ и отвечающих установленным Инструкцией к РСТ требованиям в отношении штата сотрудников, их языковой подготовки и минимума документации (патентной и непатентной литературы). К таким ведомствам относятся: Европейская патентная организация и патентные ведомства Австралии, Австрии, Испании, Канады, КНР, Республики Корея, Российской Федерации, США, Финляндии (фактически бездействует с 2003 г.), Швеции и Японии;

- публикация Международным бюро ВОИС международной заявки вместе с отчетом о международном поиске и их рассылка в национальные патентные ведомства или региональные патентные организации (так называемые указанные ведомства), в которых заявитель желает получить патентную охрану.

Факультативный этап, заключающийся в проведении международной предварительной экспертизы, наступает по инициативе заявителя, который желает заранее ознакомиться с перспективами патентования заявленного объекта. В ходе международной

предварительной экспертизы заявитель правомочен вносить изменения в международную заявку.

Международная предварительная экспертиза проводится одним из органов международной предварительной экспертизы, функции которых возложены на те же ведомства и организации, которые выполняют функции международных поисковых органов.

Целью международной предварительной экспертизы является составление предварительного и не обязывающего для указанных ведомств (национальных патентных ведомств и региональных патентных организаций) заключения о патентоспособности заявленного изобретения, на основании которого заявитель может сделать вывод о целесообразности дальнейшего делопроизводства по международной заявке.

Национальная фаза (а точнее национально-региональная фаза) является второй из двух основных фаз универсальной процедуры PCT. На этой фазе национальные патентные ведомства или региональные патентные организации (в соответствии с национальными патентными законодательствами или международными договорами о региональных патентах) выдают национальные или региональные патенты.

10. Предусмотренная в п. 2 комментируемой статьи региональная система патентования в соответствии с Евразийской патентной конвенцией (ЕАПК), участницей которой является Россия, - одна из самых молодых и динамично развивающихся региональных патентных систем мира.

Евразийская патентная конвенция, подписанная 9 сентября 1994 г. и вступившая в силу 12 августа 1995 г., объединяет девять постсоветских государств Азии и Европы (по хронологии присоединения к ЕАПК или ее ратификации: Туркменистан, Белоруссия, Таджикистан, Россия, Казахстан, Азербайджан, Кыргызстан, Молдова, Армения).

С вступлением в силу ЕАПК на территории государств-участников сформировалась единое патентное пространство, что с учетом международной практики патентной кооперации и интеграции обеспечивает:

- упрощение и удешевление процедуры получения документа, действующего во всех государствах - участниках ЕАПК до даты возможного ограничения его территориальной сферы действия (одна евразийская заявка на одном языке (русском) - одна экспертиза - единый евразийский патент);

- получение надежных евразийских патентов как следствие обязательной проверочной экспертизы евразийских заявок;

- гармонизация охраны прав патентовладельцев в пределах единого патентного пространства на основе ЕАПК и принятых для целей ее применения других нормативных правовых актов.

Заявитель имеет право выбора между прямой подачей заявки в Евразийское патентное ведомство (ЕАПВ), выполняющее функции секретариата, т.е. исполнительного органа Евразийской патентной организации (в том числе и через национальные патентные ведомства государств - участников ЕАПК, если их законодательства это предписывают в целях обеспечения национальной безопасности) или подачей заявки с использованием универсальной процедуры PCT с ее прохождением первоначально через международную фазу, а затем региональную фазу.

Если заявитель не имеет постоянного места жительства или постоянного места нахождения на территории какого-либо государства - участника ЕАПК, то он должен быть представлен в ЕАПК евразийским патентным поверенным.

Процедуру рассмотрения евразийской заявки можно условно разделить на два этапа. Первый из них включает установление даты подачи евразийской заявки, формальную экспертизу, поиск по заявке и публикацию заявки. Второй этап начинается с экспертизы по существу и заканчивается выдачей и публикацией евразийского патента. Евразийский патент выдается на изобретение, которое является новым, имеет изобретательский уровень и промышленно применимо.

Следует особо отметить, что некоторая часть прав, вытекающих из евразийского патента, регулируется не нормами патентных законодательств государств - участников ЕАПК, а на региональном уровне, т.е. централизованно, что придает евразийскому патенту признаки единого охранного документа. Так, передача права на евразийский патент (путем уступки права или в порядке правопреемства) регистрируется в Евразийском патентном ведомстве согласно правилам Патентной инструкции к ЕАПК и других нормативных правовых актов Евразийской патентной организации.

11. Кроме упомянутых выше международных договоров, в которых участвует Россия, действуют другие международные договоры в сфере патентного права в различных регионах мира.

Следует отметить, что пионером в области региональной патентной интеграции явились государства Африканского континента. Так, в 1962 г. в Либревиле франкоязычными государствами Африки было заключено Соглашение о создании Африканского и Мальгашского ведомства по охране промышленной собственности. На смену этому Соглашению пришло Бангийское соглашение 1977 г. о создании Африканской организации интеллектуальной собственности (OAPI). Быстрые процессы патентной интеграции в странах этого региона объясняются тем обстоятельством, что до провозглашения независимости в этих государствах на основе концепции прямого управления метрополии действовало французское патентное законодательство.

В настоящее время членами этого соглашения являются 16 африканских государств: Бенин, Буркина-Фасо, Габон, Гвинея, Гвинея-Бисау, Камерун, Конго, Кот-д'Ивуар, Мавритания, Мали, Нигер, Сенегал, Того, Центрально-Африканская Республика, Чад, Экваториальная Гвинея. Как явствует из вышеупомянутого состава государств, Бангийское соглашение вышло за рамки франкоязычных государств Африки, поскольку в Гвинее-Бисау одним из официальных языков является португальский язык, а в Экваториальной Гвинее - испанский язык.

Список приложений к Бангийскому соглашению, в которых предусмотрены охраняемые объекты интеллектуальной собственности, выглядит следующим образом: изобретение; полезные модели; товарные знаки и знаки обслуживания; промышленные образцы; фирменные наименования; географические указания; литературная и художественная собственность; защита против недобросовестной конкуренции; топологии интегральных микросхем; охрана достижений в области растениеводства.

Важная отличительная особенность OAPI заключается в том, что Бангийское соглашение и приложения к нему - это единое законодательство в сфере правовой охраны интеллектуальной собственности для всех государств-участников. Иными словами, права на объекты интеллектуальной собственности, предусмотренные приложениями к Бангийскому соглашению, считаются независимыми национальными правами.

Кроме того, OAPI заменяет для каждого государства-участника национальную службу по делам промышленной собственности по смыслу ст. 12 Парижской конвенции о промышленной собственности и центральный орган документации и информации в области патентов на изобретение, т.е. играет роль единого патентного ведомства для государств-участников.

Общность исторического и экономического развития англоязычных государств Африки обусловила подписание ими в 1976 г. Лусакского соглашения о создании Организации промышленной собственности англоязычных стран Африки - ESARIPO. С 1986 г. эта организация имеет другое название - Африканская региональная организация промышленной собственности (ARIPO).

Членами ARIPO в настоящее время являются следующие 15 африканских государств: Ботсвана, Гана, Замбия, Зимбабве, Кения, Лесото, Маврикий, Малави, Мозамбик, Свазиленд, Сомали, Судан, Сьерра-Леоне, Танзания, Уганда. С присоединением в 2000 г. к ARIPO Мозамбика, в котором государственным является

португальский язык, эта организация вышла за пределы англоязычных государств Африки.

В рамках ARIPO в соответствии с Хараркским протоколом 1982 г. о патентах и промышленных образцах и Банжульским протоколом 1993 г. о товарных знаках предусмотрена правовая охрана изобретений, полезных моделей, промышленных образцов и товарных знаков.

Одна из особенностей системы ARIPO, в отличие от системы OAPI, заключается в том, что большинство государств-участников имеют собственные законодательства в сфере правовой охраны различных объектов промышленной собственности.

Учрежденная Хараркским протоколом система не предусматривает выдачу единого патента или регистрацию единой полезной модели или промышленного образца для всех государств, участвующих в Протоколе. Выдаваемые ведомствам ARIPO охранные документы действуют в государствах-участниках, которые были указаны в заявках, и считаются национальными охранными документами. Указанные государства-участники правомочны оценивать охраноспособность изобретений, полезных моделей или промышленных образцов до выдачи соответствующих патентов или регистрации полезных моделей или промышленных образцов. Так, в случае их несоответствия требованиям Протокола или национального законодательства ведомства этих государств могут сделать заявление о том, что соответствующие охранные документы будут недействительны на их национальной территории. Действующая согласно Протоколу система предусматривает лишь выдачу охранных документов; осуществление же прав, вытекающих из этих документов, регулируется нормами национальных законодательств государств-участников.

Наиболее удачный пример региональной патентной интеграции с точки зрения ее эффективности можно наблюдать на примере государств Европы. В значительной степени это было предопределено высоким уровнем экономического развития европейских государств, их общей культуры и профессиональной подготовкой сторонников осуществления патентной интеграции.

Конвенция о выдаче европейских патентов (Европейская патентная конвенция), подписанная в г. Мюнхене в 1973 г., вступила в силу 7 октября 1977 г. С 1 июня 1978 г. начало работу Европейское патентное ведомство. В настоящее время участниками Европейской патентной конвенции являются 34 европейских государства.

Европейская патентная конвенция, действующая в настоящее время в редакции 2000 г., предусматривает выдачу европейского патента на изобретение, которое является новым, промышленно применимо и основано на изобретательской деятельности. Осуществление прав, вытекающих из европейского патента, регулируются нормами национальных законодательств государств-участников.

Однако окончательные цели европейской патентной интеграции еще не достигнуты, поскольку Конвенция о европейском патенте для общего рынка (Конвенция о патенте Сообщества), подписанная в 1975 г. в Люксембурге и получившая в 1985 г. название Соглашение о патенте Сообщества, предусматривающая выдачу единого европейского патента с действием на территории всех государств - членов ЕС, еще не вступила в силу.

Статья 1396. Международные и евразийские заявки, имеющие силу заявок, предусмотренных настоящим Кодексом

Комментарий к статье 1396

1. В комментируемой статье предусмотрены некоторые особенности рассмотрения международных заявок при переходе их на национальную фазу и евразийских заявок в случае их преобразования в российские заявки на изобретение.

Положения комментируемой статьи практически воспроизводят соответствующие положения ст. 37.1 ранее действовавшего Патентного закона РФ.

2. В абзаце первом (первое предложение) п. 1 комментируемой статьи указан срок для перехода международной заявки в национальную фазу, по истечении которого начинается ее рассмотрение федеральными органами исполнительной власти по интеллектуальной собственности в качестве указанного ведомства или выбранного ведомства, если подано требование на проведение международной предварительной экспертизы <1>.

- -

<1> По правилам PCT для обозначения национального патентного ведомства или регионального патентного ведомства, в котором заявитель желает использовать результаты международной предварительной экспертизы, используется термин "выбранное ведомство", который всегда совпадает с "указанным ведомством".

Такой срок равняется 31 месяцу со дня испрашиваемого в международной заявке приоритета. Следует отметить, что в ст. 22 (1) и 39 (1) (a) указан 30-месячный срок для перехода на национальную (или региональную фазу) соответственно в указанных или выбранных ведомствах. Россия воспользовалась возможностью, которая предоставлена, соответственно, ст. 22 (3) и 39 (1) (b) PCT, установить срок, который истекает позже 30 месяцев с даты приоритета, что в целом благоприятно для заявителей.

3. Как правило, указанные или выбранные ведомства не проводят процедуру по международной заявке или экспертизу по этой заявке до истечения соответствующих сроков. Однако, как предусмотрено ст. 23 (2) и 40 (2) PCT, любое указанное или выбранное ведомство по специальной просьбе заявителя может в любое время провести процедуру по международной заявке или экспертизу по этой заявке.

Такая возможность предусмотрена абзацем первым (второе предложение) п. 1 комментируемой статьи при наличии одного из следующих условий:

- международная заявка была подана на русском языке;

- до истечения 31-месячного срока в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности представлен перевод на русский язык заявления о выдаче патента на изобретение или полезную модель, содержащегося в международной заявке, поданной на другом языке.

4. В соответствии с правилом 49.5, установленным Инструкцией к Договору о патентной кооперации (PCT), перевод международной заявки должен содержать описание, формулу изобретения, любые надписи, относящиеся к чертежам, и реферат.

Что касается перевода заявления о выдаче патента, то каждое указанное ведомство может потребовать перевод заявления при переходе заявки на национальную фазу. Большинство из указанных ведомств не требует перевода заявления о выдаче патента.

В абзаце втором п. 1 комментируемой статьи указано, какой путь решения этой проблемы избрал российский законодатель: представление в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности перевода на русский язык содержащегося в международной заявке заявления о выдаче патента может быть заменено представлением предусмотренного ГК РФ заявления о выдаче патента, что для заявителей из зарубежных стран равнозначно требованию перевода на русский язык заявления о выдаче патента, содержащегося в международной заявке.

Для подготовки перевода заявления каждое указанное ведомство обязано бесплатно предоставить заявителю бланк заявлений на языке перевода, использование которого заявителем является факультативным.

5. В абзаце третьем п. 1 комментируемой статьи должны быть определены последствия невыполнения действий, необходимых для перехода на национальную фазу рассмотрения международной заявки.

К сожалению, редакция комментируемого абзаца не позволяет однозначно утверждать, какие не представленные в срок документы являются причиной прекращения действия международной заявки в отношении Российской Федерации. Буквальное прочтение предшествующих положений п. 1 комментируемой статьи наводит на мысль, что в нем говорится о представлении документов, необходимых для досрочного рассмотрения международной заявки по просьбе заявителя, что, естественно, не стыкуется с требованиями РСТ.

Поэтому имеются все основания полагать, что в комментируемом абзаце речь идет о заявлении, содержащемся в международной заявке на русском языке, либо о заявлении о выдаче патента Российской Федерации. ГК РФ связывает начало рассмотрения заявки в указанном федеральном органе как по истечении 31 месяца со дня испрашиваемого в международной заявке приоритета, так и в случае ее досрочного рассмотрения по просьбе заявителя при представлении последним как минимум одного из упомянутого выше документов.

Кроме того, как указано в ст. 22 (1) и 39 (1) (a) РСТ, заявитель уплачивает национальную пошлину, если таковая предусмотрена. Пошлина за перевод на национальную фазу международной заявки на изобретение, полезную модель предусмотрена подп. "а" п. 1 Положения о пошлинах за патентования изобретений, полезных моделей, промышленных образцов, регистрацию товарных знаков, знаков обслуживания, наименований мест происхождения товаров, предоставление права пользования наименованиями мест происхождения товаров, утвержденного Постановлением Совета Министров - Правительства РФ от 12 августа 1993 г. N 793 (САПП. 1993. N 34. Ст. 3182).

Следует также помнить о других требованиях РСТ в отношении действий заявителя при переводе международной заявки на национальную фазу ее рассмотрения.

Прежде всего необходимо представление перевода международной заявки (описание изобретения, формула изобретения, любые надписи, относящиеся к чертежам, и реферат) в том случае, если язык, на котором она была подана или опубликована, не является языком, допустимым указанным ведомством.

Если заявитель переводит на национальную фазу рассмотрения международную заявку с формулой, измененной согласно ст. 19 РСТ ("Изменение формулы изобретения в Международном бюро ВОИС"), необходимо представить перевод на русский язык измененной формулы изобретения одновременно с переводом на русский язык краткого объяснения относительно внесенных изменений, если заявитель прибегнул к такому объяснению.

Если заявитель переводит международную заявку на национальную фазу рассмотрения с учетом изменений формулы изобретения, описания изобретения и чертежей, внесенных ст. 34 (2) (b) РСТ ("Процедура, применяемая органом международной предварительной экспертизы"), необходимо представить перевод на русский язык международной заявки с учетом внесенных изменений, принятых органом международной предварительной экспертизы.

6. В абзаце четвертом п. 1 комментируемой статьи установлено, что предусмотренный п. 3 ст. 1378 ГК РФ срок для внесения изменений в документы заявки исчисляется со дня начала рассмотрения международной заявки федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности в соответствии с ГК РФ.

Сказанное означает, что заявитель освобождается от уплаты пошлины за внесение им по собственной инициативе изменений в документы международной заявки в течение двух месяцев со дня начала рассмотрения международной заявки указанным федеральным органом.

7. В пункте 2 комментируемой статьи определена точка отсчета особой процедуры рассмотрения евразийской заявки на изобретение, преобразованной в российскую заявку на изобретение: со дня, когда федеральным органом исполнительной власти по

интеллектуальной собственности получена от Евразийского патентного ведомства заверенная копия евразийской заявки.

Случаи, когда евразийские заявки могут быть преобразованы в национальные патентные заявки, указаны в ст. 16 Евразийской патентной конвенции (ЕАПК): отказ Евразийского патентного ведомства (ЕАПВ) в выдаче евразийского патента либо отказ в удовлетворении возражения, поданного заявителем против отказного решения ЕАПВ.

В целях преобразования евразийской заявки в национальную патентную заявку заявитель может подать в ЕАПВ ходатайство с указанием государств - участников ЕАПК, в которых он намерен получить патент по национальной процедуре. Срок подачи такого ходатайства составляет шесть месяцев с даты получения заявителем отказного решения ЕАПВ или уведомления ЕАПВ об отказе в удовлетворении возражения против отказного решения.

Преобразованная таким образом евразийская заявка приравнивается в каждом государстве - участнике ЕАПК к правильно оформленной национальной заявке, поданной в национальное ведомство с той же датой подачи и, если таковая имеется, датой приоритета, что и евразийская заявка. Такая заявка проходит дальнейшую процедуру в национальном ведомстве при условии, что заявитель уплатит национальному ведомству требуемые национальные пошлины.

Как следует из комментируемого пункта, российский вариант преобразования евразийской заявки в национальную не обусловливает начало рассмотрения евразийской заявки в федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности с представлением документа, подтверждающего уплату патентной пошлины за подачу заявки, которая может быть представлена заявителем после начала национальной процедуры.

Срок, предусмотренный п. 3 ст. 1378 ГК РФ (двухмесячный срок, в течение которого заявитель правомочен вносить в евразийскую заявку изменения по своей инициативе без уплаты патентной пошлины), также исчисляется с даты получения указанным федеральным органом заверенной копии евразийской заявки. Что касается других сроков (например, срок подачи ходатайства о проведении экспертизы заявки по существу), то они исчисляются с даты подачи евразийской заявки, устанавливаемой в соответствии с положениями ЕАПК.

8. В пункте 3 комментируемой статьи указано, что публикация на русском языке международной заявки Международным бюро ВОИС в соответствии с РСТ или публикация евразийской заявки Евразийским патентным ведомством в соответствии с ЕАПК заменяет публикацию сведений о заявке, предусмотренную ст. 1385 ГК РФ.

Правило 48.3 Инструкции к РСТ признает языками публикации международной заявки следующие языки: английский, испанский, китайский, немецкий, русский, французский и японский.

Публикация международной заявки на русском языке приравнивается к публикации сведений о заявке на изобретение согласно ст. 1385 ГК РФ со всеми вытекающими из этого факта юридическими последствиями (например, право любого лица на ознакомление с документами заявки).

Согласно ст. 15 (4) ЕАПК евразийская заявка публикуется Евразийским патентным ведомством вместе с отчетом о поиске незамедлительно по истечении 18 месяцев с даты ее подачи или, если испрошен приоритет, с даты приоритета и, поскольку в соответствии со ст. 2 (6) ЕАПК официальным языком Евразийской патентной организации является русский язык, такая публикация всегда осуществляется на русском языке.

Приравнивание публикации евразийской заявки к публикации сведений о российской заявке имеет практический смысл в случае преобразования евразийской заявки в заявку на выдачу российского патента.

Статья 1397. Евразийский патент и патент Российской Федерации на идентичные изобретения

Комментарий к статье 1397

1. В комментируемой статье сделаны попытки урегулирования ситуаций, когда выданы евразийский патент и патент Российской Федерации на идентичные изобретения, имеющие одну и ту же дату приоритета. Иными словами, речь идет о так называемом "двойном патентовании" или о кумуляции (т.е. совмещении) различных видов правовой охраны.

В отличие от ранее действовавшего законодательства (ст. 37.2 Патентного закона РФ состояла из двух абзацев), комментируемая статья разделена на два пункта.

2. Пункт 1 посвящен довольно редко встречающемуся на практике случаю двойного патентования, субъектами которого являются разные лица. Такие случаи возможны вследствие принципиальной повторимости результатов технического творчества.

В данном пункте указано, что если евразийский патент и патент Российской Федерации на идентичные изобретения (или идентичные изобретения и полезную модель), имеющие одну и ту же дату приоритета, принадлежат разным патентообладателям, то такие изобретения (или изобретения полезная модель) могут использоваться только с соблюдением прав всех патентообладателей.

Следовательно, допускается кумуляция различных видов правовой охраны на основе евразийского и российского патентов, принадлежащих разным патентообладателям, с большой степенью правовой неопределенности на рынке для третьих лиц, поскольку последние вынуждены обращаться не к одному патентообладателю, а, как минимум, к двум патентообладателям (патент Российской Федерации и евразийский патент) с предложениями о передаче прав на соответствующие патенты (отчуждение патента или заключение лицензионного договора).

Вместе с тем указание законодателя на то, что такие изобретения (или изобретение и полезная модель) могут использоваться только с соблюдением прав всех патентообладателей, следует толковать таким образом, что владельцы параллельных патентов могут независимо друг от друга использовать идентичные изобретения на своем предприятии и запрещать третьим лицам такое использование, а также могут независимо друг от друга предоставлять третьим лицам только простые (неисключительные) лицензии.

3. Пункт 2 комментируемой статьи допускает кумуляцию правовой охраны на основе евразийского патента и российского патента, принадлежащих одному и тому же лицу: если евразийский патент и патент РФ на идентичные изобретения (или идентичные изобретение и полезную модель), имеющие одну и ту же дату приоритета, принадлежат одному и тому же лицу, то это лицо может предоставить любому лицу право на использование таких изобретений или изобретения и полезной модели в соответствии с лицензионным договором, заключенным на основе этих патентов.

Из существа регулируемых отношений вполне очевидно, что обладатель евразийского патента и патента Российской Федерации может заключать не только лицензионные договоры с любыми лицами об использовании идентичных изобретений (идентичных изобретения и полезной модели), но и договоры об отчуждении соответствующих патентов либо договоры залога.

В связи с вышеизложенным следует особо подчеркнуть негативные последствия так называемого "двойного патентования" с совмещением патентообладателей в одном лице, поскольку оно приводит к правовой неопределенности на рынке евразийских и российских патентов. Редакция п. 2 комментируемой статьи, например, не устраняет возможность уступки патентообладателем одного из патентов другому лицу с

сохранением лицензионного договора с другим лицом, внося неразбериху в конкурентные правоотношения между различными хозяйствующими субъектами.

Следует особо подчеркнуть, что совершенно иные последствия наступают в тех случаях, когда поданы идентичные заявки (разными заявителями и одним и тем же заявителем) на изобретения, полезные модели или промышленные образцы, имеющие одну и ту же дату приоритета: для того чтобы не допустить негативного эффекта двойного патентования, введен пункт 2 ст. 1383 ГК РФ.

Поэтому исходя из существа регулируемых отношений следует полагать, что владелец двух патентов (евразийского и российского) на идентичные изобретения, имеющие одну и ту же дату приоритета, может передавать права (отчуждение, предоставление лицензии, залог) на такие изобретения только совместно. Иными словами, независимо друг от друга права на такие патенты на изобретения передаваться не могут.

4. Совсем иначе решается этот вопрос в странах с солидным стажем рыночных отношений. В большинстве промышленно развитых стран, в первую очередь в странах ЕС, законодательно запрещено "двойное патентование" изобретений. Так, например, в большинстве государств - участников Европейской патентной конвенции кумуляция различных видов правовой охраны после выдачи европейского патента либо запрещена, либо негативные последствия такой кумуляции устранены соответствующими ограничениями. В таких случаях, как правило, национальный патент прекращает свое действие с даты, на которую истекает срок подачи возражения против выдачи европейского патента и такое возражение не подано, или закончено производство по возражениям с сохранением в силе европейского патента.

5. Кроме отмеченных выше негативных последствий, которые неизбежно возникнут вследствие применения комментируемой статьи, возникает вполне закономерный вопрос о легитимности принятия этой статьи в рамках Евразийской патентной системы. Ведь предусмотренное в ней правовое регулирование создает определенные ограничения в осуществлении прав владельцев евразийских патентов (действующих на территории России), которые, согласно ст. 9 Евразийской патентной конвенции, обладают исключительным правом использовать, а также разрешать или запрещать другим использование запатентованного изобретения. Именно ст. 9 ЕАПК должна применяться, учитывая норму части 4 статьи 15 Конституции РФ о приоритете международного договора Российской Федерации, во всех спорных случаях совмещения правовой охраны, описанных в комментируемой статье.

Следует особо подчеркнуть, что Евразийская патентная конвенция не содержит норм, которые делегировали бы государствам - участникам ЕАПК правомочия по принятию в национальных патентных законодательствах положений по вопросам совмещения (кумуляции) правовой охраны на основе национального и евразийского патентов.

Иначе обстоят дела в рамках других региональных патентных организаций. Например, ст. 139 (3) Европейской патентной конвенции предписывает, что любое Договаривающееся государство может установить признание и условия кумуляции охраны изобретения, раскрытого одновременно в заявке на европейский патент или европейском патенте и национальной заявке на патент или национальном патенте, имеющих одну и ту же дату подачи, или, если испрошен приоритет, - одну и ту же дату приоритета.

§ 6. Прекращение и восстановление действия патента

Статья 1398. Признание недействительным патента на изобретение, полезную модель или промышленный образец

Комментарий к статье 1398

1. Параграф 6 гл. 72 ГК РФ, в котором регулируются вопросы прекращения и восстановления действия патента, практически повторяет по количеству статей, их названию и содержанию положения раздела VI ранее действовавшего Патентного закона РФ.

Комментируемая статья, в которой установлены общие правила признания недействительным патента на изобретение, полезную модель или промышленный образец, в целом соответствует ст. 29 ранее действовавшего Патентного закона РФ.

2. В пункте 1 комментируемой статьи закреплен исчерпывающий перечень оснований для признания недействительным полностью или частично патента на изобретение, полезную модель или промышленный образец в течение срока его действия.

Исчерпывающий или закрытый перечень оснований для признания недействительным патента означает, что никакие другие обстоятельства не могут приниматься во внимание при оспаривании патента. Так, например, недостаточная полнота описания изобретения или описания полезной модели не может напрямую привести к признанию недействительным патента, хотя соответствующие требования и закреплены в ст. 1375 и 1376 ГК РФ.

Примечательно, что упомянутое требование квалифицируется в качестве основания для аннулирования патента согласно патентным законодательствам большинства государств с развитым правопорядком.

Патенты могут быть признаны недействительными в течение сроков их действия, которые установлены в ст. 1363 ГК РФ (см. комментарий к указанной статье).

Патенты могут быть признаны недействительными полностью или частично. В первом случае действие исключительного права, подтвержденного патентом, прекращается в полном объеме, т.е. в объеме формулы изобретения или формулы полезной модели либо в объеме существенных признаков промышленного образца, нашедших отражение на изображениях изделия, и приведенных в перечне существенных признаков промышленного образца.

Во втором случае в формулу изобретения, в формулу полезной модели или в перечень существенных признаков промышленного образца могут быть внесены изменения, устраняющие причины, послужившие основанием для вывода о недействительности патента и приводящие к сужению объема охраны, с которой будет продолжено действие соответствующего патента (как правило, это исключение одного или нескольких пунктов формулы либо одного или нескольких существенных признаков).

Как установлено в абзаце втором п. 3 комментируемой статьи, в случае признания патента недействительным частично выдается новый патент.

3. В подпунктах 1 - 4 п. 1 данной статьи предусмотрены основания, по которым патент может быть признан недействительным.

Первое из этих оснований (и наиболее распространенное) - несоответствие изобретения, полезной модели или промышленного образца условиям патентоспособности (см. комментарии к ст. 1350, 1351 и 1352 ГК РФ).

Патент также признается недействительным в случае наличия в формуле изобретения (полезной модели) либо в перечне существенных признаков промышленного образца, которые содержатся в решении о выдаче патента, признаков, отсутствовавших на дату подачи заявки в описании изобретения или полезной модели и в формуле изобретения или полезной модели (если заявка на изобретение или полезную модель на дату ее подачи содержала такую формулу) либо на изображениях изделия. Это так называемый случай расширения объема правовой охраны по сравнению с первоначальным объемом, который также широко известен в патентной практике различных государств.

Третье основание недействительности патента появилось в российском патентном законодательстве сравнительно недавно, в результате внесения изменений в Патентный

закон РФ в 2003 г. Оно касается выдачи патента при наличии нескольких заявок на идентичные изобретения, полезные модели или промышленные образцы, имеющие одну и ту же дату приоритета, с нарушением условий, предусмотренных ст. 1383 ГК РФ (см. комментарий к ней), положения которой направлены на исключение случаев "двойного" патентования, т.е. выдачи нескольких патентов на одинаковые результаты интеллектуальной деятельности.

Четвертое основание недействительности патента относится к выдаче патента с указанием в нем в качестве автора или патентообладателя лица, не являющегося таковым в соответствии с ГК РФ (в частности ст. 1228, 1347, 1348, 1356, 1357, 1374), или без указания в патенте в качестве автора или патентообладателя лица, являющегося таковым в соответствии с ГК РФ.

4. В пункте 2 комментируемой статьи определены основания, по которым могут быть оспорены факты выдачи патента на изобретение, полезную модель или промышленный образец в досудебном (административном) порядке и в судебном порядке.

Из редакции данного пункта явным образом не следует, что по определенной категории дел сначала необходимо пройти административный путь оспаривания, а затем, в случае получения неприемлемого решения административного органа, оспаривать это решение в судебном порядке.

Толкование комментируемого пункта приводит к заключению, что в нем определены категории дел, которые могут рассматриваться как в административном, так и в судебном порядке, и категория дел, которые могут рассматриваться только в судебном порядке.

Следовательно, административный порядок рассмотрения споров (путем подачи возражения в палату по патентным спорам) допускается в отношении споров о несоответствии изобретения, полезной модели или промышленного образца условиям патентоспособности, о наличии в формуле изобретения (полезной модели) либо в перечне существенных признаков промышленного образца признаков, отсутствующих в первоначальной заявке, о выдаче патента с нарушением условий кумуляции (совмещения) правовой охраны. Вполне естественно, что решения палаты по патентным спорам по указанной категории дел могут быть оспорены в суде.

О соотношении административного и судебного порядков рассмотрения споров, связанных с защитой патентных прав, указано в ст. 1406 ГК РФ (см. комментарий к указанной статье).

Споры о неправильном указании в патенте автора или патентообладателя подведомственны только судам.

Субъектами права оспаривания фактов выдачи патента по всем указанным выше основаниям могут быть любые лица, которым стало известно о существующих нарушениях.

5. В пункте 3 комментируемой статьи определены компетентные органы, которые правомочны выносить решения о признании недействительным патента на изобретение, полезную модель или промышленный образец: федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности в соответствии с п. 2 и 3 ст. 1248 ГК РФ либо суды общей юрисдикции или арбитражные суды.

Систематическое толкование п. 2 и 3 комментируемой статьи приводит к интересным выводам относительно принятия решений о недействительности патентов в административном порядке. Подача возражений против выдачи патентов и их рассмотрение происходит в палате по патентным спорам, а решения о признании патентов недействительными принимаются федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности. Иными словами, указанный федеральный орган, на решения которого о выдаче патентов подаются возражения в палату по патентным спорам, принимает решения относительно своих предыдущих решений.

В принципе мало что изменилось по сравнению с ранее действовавшим законодательством (п. 2 ст. 29 Патентного закона РФ), когда прямо было записано, что

решение палаты по патентным спорам утверждается руководителем федерального органа исполнительной власти по интеллектуальной собственности.

Такое не вполне нормальное положение сложилось в результате того, что палата по патентным спорам является подведомственной организацией указанного федерального органа.

В пункте 3 ст. 1248 ГК РФ предусмотрено, что правила рассмотрения и разрешения указанной категории споров федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности И ОБРАЗУЕМОЙ ПРИ НЕМ ПАЛАТОЙ ПО ПАТЕНТНЫМ СПОРАМ (выделено авт. - В.Е.) устанавливаются федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим нормативно-правовое регулирование в сфере интеллектуальной собственности.

Вполне очевидно, что палата по патентным спорам сможет играть роль квазисудебного органа по рассмотрению споров, связанных с защитой интеллектуальных прав, при условии, что она станет независимой от федерального органа исполнительной власти по интеллектуальной собственности административной структурой.

6. В абзаце первом п. 4 комментируемой статьи закреплено правило о том, что патент на изобретение, полезную модель или промышленный образец, признанный недействительным полностью или частично, аннулируется со дня подачи заявки на патент, т.е. аннулирование патента имеет обратную силу.

Четкое указание на отправную точку аннулирования патента имеет важное значение, поскольку снимает все спорные вопросы относительно момента, с которого прекращается действие патента вследствие признания его недействительным, хотя норма об аннулировании патента полностью или частично по причине признания его недействительным имелась в ранее действовавшем патентном законодательстве (п. 3 ст. 29 Патентного закона РФ).

7. Норма абзаца второго п. 4 комментируемой статьи о том, что лицензионные договоры, заключенные на основе патента, признанного впоследствии недействительным, сохраняют действие в той мере, в какой они были исполнены к моменту вынесения решения о недействительности патента, является нововведением в ГК РФ. Вполне очевидно, что указанная норма будет способствовать стабильности и правовой определенности во взаимоотношениях сторон лицензионного договора.

По сути, данная норма является исключением из правила, предусмотренного абзацем первым п. 4 комментируемой статьи, об обратной силе аннулирования признанного недействительным патента.

Однако указание в этой норме только лицензионного договора порождает сомнения относительно статуса остальных договоров, заключенных на основе патента, в частности договора отчуждения исключительного права на результаты интеллектуальной деятельности, договора коммерческой концессии, договора залога исключительных прав.

Такие сомнения усиливаются в результате анализа некоторых статей ГК РФ. Так, в соответствии с п. 2 ст. 1233 ГК РФ к договорам о распоряжении исключительным правом на результат интеллектуальной деятельности, в том числе к договорам об отчуждении исключительного права, применяются, в частности, общие положения о договоре (ст. 420 - 453), а согласно п. 2 ст. 420 ГК РФ к договорам применяются правила о двух- и многосторонних сделках, предусмотренных главой 9 ГК РФ. В упомянутой главе имеется параграф 2, посвященный недействительности сделок, в частности устанавливается, что недействительная сделка не влечет юридических последствий и недействительна с момента ее совершения.

8. В новом, по сравнению с ранее действовавшим патентным законодательством Российской Федерации, п. 5 комментируемой статьи предусматривается, что признание патента недействительным влечет за собой отмену решения федерального органа исполнительной власти по интеллектуальной собственности о выдаче патента на изобретение, полезную модель или промышленный образец (см. комментарий к ст. 1387

ГК РФ) и аннулирование записи в соответствующем государственном реестре (см. комментарий к п. 1 ст. 1393 ГК РФ).

Предполагается, что указанные последствия признания патента недействительным в результате судебного акта наступают автоматически, т.е. указанный федеральный орган выполняет соответствующие судебные решения незамедлительно, без необходимости возбуждения исполнительного производства.

Статья 1399. Досрочное прекращение действия патента на изобретение, полезную модель или промышленный образец

Комментарий к статье 1399

1. Комментируемая статья практически дословно воспроизводит ст. 30 ранее действовавшего Патентного закона РФ.

Следует отметить, что согласно Патентному закону РФ в редакции 1992 г. к досрочному прекращению действия патента относилось признание патента недействительным полностью в соответствии со ст. 29 указанного Закона.

2. В комментируемой статье установлен исчерпывающий (т.е. закрытый) перечень оснований для досрочного прекращения действия патента на изобретение, полезную модель или промышленный образец.

Таких оснований два:

- заявление патентообладателя;
- неуплата в установленный срок патентной пошлины за поддержание патента в силе.

Следует отметить, что досрочное прекращение действия патента происходит вследствие волеизъявления патентообладателя. В первом случае такое волеизъявление проявляется активно (заявление патентообладателя), во втором - в результате бездействия патентообладателя (неуплата пошлины), хотя инициатором досрочного прекращения выступает патентное ведомство.

Во всех случаях досрочное прекращение патента означает переход ранее охраняемого изобретения, полезной модели или промышленного образца в общественное достояние. Иными словами, соответствующий объект патентных прав может быть использован любым лицом.

В мировой практике отказ патентообладателя от своего патента путем подачи заявления связан в основном с его желанием избежать преднамеренного нарушения чужих патентных прав. Ведь в случае утери экономического интереса к охраняемому объекту патентных прав патентообладатель может прекратить уплату пошлин за поддержание патента в силе.

3. Заявление о досрочном прекращении действия патента подается патентообладателем в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности.

Законодатель связывает точку отсчета досрочного прекращения патента по этому основанию с днем поступления заявления в указанный федеральный орган. Такое решение представляется не вполне логичным, поскольку третьи лица узнают о переходе в общественное достояние соответствующего технического или художественно-конструкторского решения со дня публикации соответствующих сведений в официальном бюллетене указанного федерального органа.

4. Еще более нелогичным представляется отсутствие позиции законодателя по правовым последствиям заявления патентообладателя о досрочном прекращении действия патента.

Указанный пробел выглядит, по крайней мере, странным на фоне урегулирования законодателем вопроса о судьбе лицензионных договоров, заключенных на основе патента, признанного впоследствии недействительным (см. комментарий к п. 4 ст. 1398

ГК РФ). Ведь досрочное прекращение действия патента по заявлению патентообладателя, в отличие от признания патента недействительным, вызвано сугубо субъективными причинами - волеизъявлением патентообладателя, от которого зачастую зависит экономическое положение его контрагентов по различным договорам, которые могут и не знать о намерениях патентообладателя.

Мировая практика дает нам примеры адекватного решения указанного вопроса. В патентных законодательствах государств с развитым правопорядком действует норма, согласно которой отказ патентообладателя от своего патента принимается ведомством в случае согласия обладателей соответствующих обязательственных прав (например, лицензиатов, цессионариев).

5. В предложении втором абзаца второго комментируемой статьи установлено, что если патент выдан не на отдельное изобретение, полезную модель или промышленный образец, а на их группу, и при этом в заявлении указано, что оно подано в отношении не всех входящих в группу объектов патентных прав, действие патента прекращается только в отношении указанных в заявлении изобретения, полезной модели или промышленного образца.

В комментируемой норме также можно усмотреть явный пробел законодателя в правовом регулировании, поскольку им не предусмотрена выдача нового патента в отношении пунктов формулы изобретения (полезной модели) или части перечня существенных признаков промышленного образца, от которых патентообладатель не отказался.

В связи с вышеизложенным следует признать, что к указанной ситуации, ввиду очевидности допущенного законодателем пробела, по аналогии применяется норма п. 3 ст. 1398 ГК РФ о выдаче нового патента.

6. Абзац третий комментируемой статьи посвящен второму основанию досрочного прекращения действия патента на изобретение, полезную модель или промышленный образец - неуплате в установленный срок патентной пошлины за поддержание соответствующего патента в силе.

Точка отсчета досрочного прекращения патента по указанному основанию - со дня истечения установленного срока для уплаты патентной пошлины за поддержание патента в силе, что соответствует мировой патентной практике.

По смыслу комментируемой нормы установленным сроком для уплаты патентной пошлины за поддержание патента в силе считается срок, предусмотренный Положением о пошлинах за патентование изобретений, полезных моделей, промышленных образцов, регистрацию товарных знаков, знаков обслуживания, наименований мест происхождения товаров, предоставление права пользования наименованиями мест происхождения товаров, утвержденным Постановлением Совета Министров - Правительства РФ от 12 августа 1993 г. N 793 (САПП. 1993. N 34. Ст. 3182).

Статья 1400. Восстановление действия патента на изобретение, полезную модель или промышленный образец. Право послепользования

Комментарий к статье 1400

1. Комментируемая статья, в которой предусмотрено восстановление действия патента на изобретение, полезную модель или промышленный образец и сопутствующее ему право послепользования, в целом соответствует ст. 30.1 ранее действовавшего Патентного закона РФ.

Институт восстановления действия патента, существенно расширяющий права российских патентообладателей, принят в российском патентном законодательстве сравнительно недавно, в результате внесения в 2003 г. изменений и дополнений в Патентный закон РФ.

2. В пункте 1 комментируемой статьи определено основание, по которому патент, прекративший свое действие, может быть восстановлен, и условия восстановления действия патента.

Восстановлению подлежит действие патента, досрочно прекращенное только в силу одного основания - неуплаты в установленный срок пошлины за поддержание патента в силе. В случае другого основания для досрочного прекращения действия патента - отказа патентообладателя от своего патента путем подачи в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности соответствующего заявления, восстановление действия патента невозможно. Сказанное свидетельствует о том, что законодатель рассматривает институт восстановления действия патента в качестве своего рода льготы, предоставляемой в случае возникновения у патентообладателя тяжелого финансового положения, не позволяющего ему вовремя уплатить патентные пошлины.

3. Для целей восстановления действия патента на изобретение, полезную модель или промышленный образец требуется наличие следующих условий:

- восстановление осуществляется по ходатайству лица, которому принадлежал патент;

- ходатайство подается в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности в течение трех лет с даты истечения установленного срока уплаты патентной пошлины за поддержание патента в силе, но до истечения предусмотренного ГК РФ срока действия патента;

- к ходатайству прилагается документ, подтверждающий уплату в установленном размере патентной пошлины за восстановление действия патента.

Ходатайство рассматривается в течение двух месяцев с даты его поступления в указанный федеральный орган, и действие патента восстанавливается, если соблюдены упомянутые выше условия и некоторые требования к документам, в частности приложение перевода на русский язык, если ходатайство подано на другом языке; приложение доверенности, если ходатайство подано через представителя; приложение патента, восстановление которого испрашивается.

В связи с вышеизложенным следует отметить, по сути, автоматическое удовлетворение ходатайства о восстановлении патента со стороны указанного федерального органа, что в принципе нарушает баланс интересов между претендентами на восстановление действия патента и третьими лицами, являющимися, как правило, их конкурентами.

Указанная особенность российского законодательства не соответствует требованиям ст. 12 (1) Договора о патентном праве (PLT), согласно которым в ходатайстве о восстановлении действия патента должны быть указаны причины несоблюдения срока, а ведомство вправе принимать положительное решение по такому ходатайству только в тех случаях, когда сочтет, что несоблюдение срока произошло, несмотря на принятие надлежащих при данных обстоятельствах мер, или, по выбору Договаривающейся Стороны, что любая задержка была непреднамеренной. Как известно, Россия пока не является участницей Договора о патентном праве, однако некоторые его положения восприняты российским патентным законодательством.

4. В соответствии с п. 2 комментируемой статьи федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности обязан публиковать в официальном бюллетене сведения о восстановлении действия патента на изобретение, полезную модель или промышленный образец.

Помимо упомянутой публикации, указанный федеральный орган обязан вносить записи о восстановлении действия патента с указанием соответствующей даты (публикации сведений о восстановлении действия патента) в Государственный реестр изобретений РФ, Государственный реестр полезных моделей РФ или Государственный реестр промышленных образцов РФ.

5. Восстановление действия патента во всех правовых системах, где оно предусмотрено, сопровождается введением института послепользования, уравновешивающего право на восстановление действия патента.

Согласно п. 3 комментируемой статьи лицо, которое в период между датой прекращения действия патента и датой публикации в официальном бюллетене федерального органа исполнительной власти по интеллектуальной собственности сведений о восстановлении действия патента начало использование изобретения, полезной модели или промышленного образца либо сделало в указанный период необходимые к этому приготовления, сохраняет право на дальнейшее его безвозмездное использование без расширения такого использования.

Право послепользования заключается в свободном (т.е. без лицензии) использовании послепользователем изобретения, полезной модели или промышленного образца после восстановления патентной монополии без угрозы привлечения к ответственности за нарушение чужого патента. По сути, послепользование является одним из видов ограничения патентной монополии наряду, например, с правом преждепользования. Однако, в отличие от права преждепользования, право послепользования, по замыслу законодателя, уже по своему объему, поскольку оно не может быть передано, как право преждепользования (см. комментарий к п. 2 ст. 1361), другому лицу вместе с предприятием.

Предоставление права послепользования обставлено рядом условий:

- использование изобретений, полезной модели или промышленного образца начато либо к нему предприняты необходимые приготовления в период, когда соответствующий объект находился в общественном достоянии (между датами прекращения действия патента и его восстановления);

- объем использования изобретения, полезной модели или промышленного образца, патентная охрана которых восстановлена, не должен быть расширен послепользователем.

Если в отношении понятия "использование" для целей рассматриваемого института можно применить положения ст. 1358 ГК РФ (см. комментарии к указанной статье), то такие оценочные понятия, как "необходимые приготовления" к послепользованию или "без расширения объема такого использования", могут быть разработаны в процессе правоприменительной практики.

§ 7. Особенности правовой охраны и использования секретных изобретений

Статья 1401. Подача и рассмотрение заявки на выдачу патента на секретное изобретение

Комментарий к статье 1401

1. Параграф 7 гл. 72 ГК РФ, состоящий из пяти статей, посвящен особенностям правовой охраны и использования секретных изобретений.

В ранее действовавшем патентном законодательстве отношения, связанные с правовой охраной и использованием секретных изобретений, были урегулированы ст. 30.2 - 30.6, включенными в Патентный закон РФ в 2003 г.

Следует отметить, что изначально предполагалось иное решение вопроса о правовой охране секретных изобретений в России. Постановлением Верховного Совета РФ "О введении в действие Патентного закона Российской Федерации" были предусмотрены разработка и принятие ряда нормативных правовых актов, в том числе о порядке обращения с секретными изобретениями, полезными моделями и промышленными образцами и компенсации за их засекречивание. Как известно, большинство из этих нормативных актов до сих пор не принято, равно как и не принят проект Федерального

закона "О секретных изобретениях", который был разработан в конце 90-х гг. прошлого века.

Отдельные положения упомянутого выше законопроекта стали основой сначала ст. 30.2 - 30.6 Патентного закона РФ, а затем - ст. 1401 - 1405 ГК РФ, которые, в принципе, мало чем отличаются друг от друга.

2. В качестве общего правила, действующего в патентных законодательствах большинства зарубежных государств, изобретения могут признаваться секретными, но патенты на них не выдаются. Как правило, выдача патента приостанавливается или откладывается до снятия с заявки режима секретности.

В некоторых государствах выдаются секретные патенты (в частности, в Германии, Дании, Канаде, Норвегии, Швеции), но их действие в корне отличается от действия российских патентов на секретные изобретения.

Как правило, секретные патенты в этих государствах регистрируются в специальных реестрах, а права, вытекающие из таких патентов, не могут передаваться третьим лицам. Кроме того, во всех правовых системах засекречивание изобретений влечет за собой выплату компенсации правообладателям.

3. Положения ст. 1401 ГК РФ относятся к подаче и рассмотрению заявки на выдачу патента на секретное изобретение.

Понятие "секретное изобретение" не раскрыто в ГК РФ и в других законодательных актах.

Поскольку правовая охрана и использование секретного изобретения должны осуществляться с соблюдением законодательства о государственной тайне, секретное изобретение является сложным объектом правового регулирования, включающим в себя, помимо легального определения изобретения как технического решения в любой области, относящегося к продукту или способу (см. комментарий к ст. 1350 ГК РФ), второй его объект - сведения, составляющие государственную тайну.

Следует особо отметить, что взаимодействие патентного законодательства и законодательства о государственной тайне предполагает концептуальные противоречия.

Выдача патента на секретное техническое решение противоречит самой идее сохранения в секретности сведений, составляющих государственную тайну, которые содержатся в этом техническом решении, в то время как длительное сохранение секретности противоречит экономическим интересам патентообладателя, который не может рассчитывать на ту норму прибыли, которую он бы извлек из открытого использования своего технического решения.

4. В пункте 1 комментируемой статьи предусмотрено, что подача заявки на выдачу патента на секретное изобретение, рассмотрение такой заявки и обращение с ней осуществляются с соблюдением законодательства о государственной тайне.

Законодательство о государственной тайне основано на Законах РФ: от 5 марта 1992 г. N 2446-1 "О безопасности" (Ведомости РФ. 1992. N 15. Ст. 769) и от 21 июля 1993 г. N 5485-1 "О государственной тайне" (СЗ РФ. 1997. N 41. Ст. 4673), а также положениях других нормативных правовых актов, регулирующих отношения, связанные с защитой государственной тайны.

Согласно ст. 2 Закона РФ "О безопасности" граждане, общественные и иные организации и объединения являются субъектами безопасности, обладают правами и обязанностями по участию в обеспечении безопасности.

Закон о государственной тайне регулирует отношения, возникающие в связи с отнесением сведений к государственной тайне, их засекречиванием или рассекречиванием и защитой в интересах обеспечения безопасности Российской Федерации.

В соответствии со ст. 5 Закона о государственной тайне перечень сведений, составляющих государственную тайну, структурирован по четырем областям:

1) сведения в военной области; 2) сведения в области экономики, науки и техники, включая сведения о достижениях науки и техники, о научно-исследовательских, об

опытно-конструкторских, о проектных работах и технологиях, имеющих важное оборонное или экономическое значение, влияющее на безопасность государства; 3) сведения в области внешней политики и экономики; 4) сведения в области разведывательной, контрразведывательной и оперативно-розыскной деятельности.

Указанный перечень сведений, составляющих государственную тайну, детализирован в Перечне сведений, отнесенных к государственной тайне, утвержденном Указом Президента РФ от 30 ноября 1995 г. N 1203 (СЗ РФ. 1995. N 49. Ст. 4775), в котором предусмотрены также наименования государственных органов, наделенных полномочиями по распоряжению этими сведениями.

Согласно ст. 2 Закона о государственной тайне носителями сведений, составляющих государственную тайну, считаются материальные объекты, в которых такие сведения находят свое отображение в виде символов, образов, сигналов, технических решений и процессов.

Вполне очевидно, что к носителям сведений, составляющих государственную тайну, относятся заявки на выдачу патента на секретное изобретение.

Отнесение сведений к государственной тайне и их засекречивание, т.е. введение ограничений на их распространение и на доступ к их носителям, возлагается на органы государственной власти, предприятия, учреждения и организации, которыми эти сведения получены (разработаны), и осуществляются ими в соответствии с перечнями сведений, надлежащих засекречиванию, действующими в данных органах, предприятиях, учреждениях и организациях.

При засекречивании сведений, составляющих государственную тайну, на их носители, в том числе документы заявок на секретные изобретения, наносятся реквизиты, включающие данные о степени секретности, об органе государственной власти, предприятии, учреждении или организации, осуществивших засекречивание носителя, о регистрационном номере, о дате или условии рассекречивания сведений либо о событии, после наступления которого сведения будут рассекречены.

Кроме того, для целей рассмотрения заявок на секретные изобретения должны привлекаться только должностные лица или граждане, имеющие соответствующий допуск к государственной тайне.

5. В пункте 2 комментируемой статьи установлено два уровня секретности в отношении заявок на секретные изобретения (назовем их условно - повышенного уровня секретности и обычного уровня секретности). В зависимости от этой классификации заявки на секретные изобретения рассматриваются различными органами.

Так, заявки на секретные изобретения, для которых установлена степень секретности "особой важности" или "совершенно секретно", а также на секретные изобретения, которые относятся к средствам вооружения и военной техники и к методам и средствам в области разведывательной, контрразведывательной и оперативно-розыскной деятельности и для которых установлена степень секретности "секретно" (заявки повышенного уровня секретности), подаются в зависимости от их тематической принадлежности в уполномоченные Правительством РФ федеральные органы исполнительной власти (уполномоченные органы).

Заявки на иные секретные изобретения (заявки обычного уровня секретности) подаются в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности.

Несколько иная классификация сведений, составляющих государственную тайну, предусмотрена Законом о государственной тайне. Так, согласно ст. 8 указанного Закона устанавливаются три степени секретности сведений, составляющих государственную тайну, и соответствующие этим степеням грифы секретности для носителей указанных сведений: "особой важности", "совершенно секретно" и "секретно". При этом степень секретности должна соответствовать степени тяжести ущерба, который может быть

нанесен безопасности Российской Федерации вследствие распространения сведений, составляющих государственную тайну.

В Правилах отнесения сведений, составляющих государственную тайну, к различным степеням секретности, утвержденных Постановлением Правительства РФ от 4 сентября 1995 г. N 870 (СЗ РФ. 1995. N 37. Ст. 3619), определен порядок классификации указанных сведений по степени секретности в зависимости от степени тяжести ущерба, который может быть нанесен государственной безопасности.

Так, к сведениям особой важности следует относить сведения в области военной, внешнеполитической, экономической, научно-технической, разведывательной, контрразведывательной и оперативно-розыскной деятельности, распространение которых может нанести ущерб интересам Российской Федерации в одной или нескольких перечисленных областях.

К совершенно секретным сведениям следует относить сведения в перечисленных областях, распространение которых может нанести ущерб интересам министерства (ведомства) или отрасли экономики Российской Федерации.

К секретным сведениям следует относить все иные сведения из числа сведений, составляющих государственную тайну. Ущербом государственной безопасности в этом случае считается ущерб, нанесенный интересам предприятия, учреждения или организации в перечисленных областях.

Следовательно теоретически в федеральной орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности могут подаваться заявки на секретные изобретения, содержащие сведения, составляющие государственную тайну, в области экономики, науки и техники, а также в области внешней политики, распространение которых может нанести ущерб интересам предприятия, учреждения или организации в одной или нескольких из перечисленных областей.

Что касается уполномоченных органов, куда должны подаваться заявки повышенного уровня секретности (для которых установлена степень секретности "особой важности" или "совершенно секретно", либо "секретно" - в отношении секретных изобретений, которые относятся к средствам вооружения и военной техники, к методам и средствам разведывательной и оперативно-розыскной деятельности), то их перечень установлен Постановлением Правительства РФ от 2 октября 2004 г. N 514 (СЗ РФ. 2004. N 41. Ст. 4046).

Такими уполномоченными органами являются следующие федеральные органы исполнительной власти: Министерство обороны РФ; Министерство внутренних дел РФ; Министерство здравоохранения и социального развития РФ; Федеральная служба безопасности РФ; Федеральное агентство по атомной энергии; Федеральное агентство по промышленности.

6. В абзаце первом п. 3 комментируемой статьи предусмотрена ситуация, когда по поступившей в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности заявке на изобретение не установлена степень секретности.

Если при рассмотрении такой заявки будет установлено, что содержащиеся в ней сведения составляют государственную тайну, то такая заявка засекречивается в порядке, установленном законодательством о государственной тайне, и считается заявкой на секретное изобретение.

Порядок отнесения сведений к государственной тайне установлен в ст. 9 Закона о государственной тайне, а порядок засекречивания полученных или разработанных сведений и их носителей - в ст. 11 указанного Закона.

Поскольку федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности правомочен рассматривать только "заявки на иные секретные изобретения" (т.е. заявки, содержащие сведения, составляющие государственную тайну, в области экономики, науки и техники, а также в области внешней политики), то поступившие в указанный федеральный орган заявки повышенного уровня секретности должны

признаваться секретными заявками, поступившими не по назначению, и передаваться в компетентные уполномоченные органы с использованием специальных средств связи и с одновременным уведомлением об этом заявителей.

Порядок рассмотрения федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности заявок на секретные изобретения предусмотрен в Правилах проведения проверки наличия в заявках на выдачу патента на изобретение или полезную модель, созданные в Российской Федерации, сведений, составляющих государственную тайну, утвержденных Постановлением Правительства РФ от 24 декабря 2007 г. N 928 (СЗ РФ. 2007. 353. Ст. 6624).

Содержание указанных Правил детально освещено в п. 5 комментария к ст. 1395 ГК РФ ("Патентование изобретений или полезных моделей в иностранных государствах и международных организациях").

7. В абзаце втором п. 3 комментируемой статьи закреплена норма, согласно которой засекречивание заявки, поданной иностранным гражданином или иностранным юридическим лицом, не допускается. Следовательно, заявки на секретные изобретения, поступившие в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности от указанных заявителей, возвращаются им без рассмотрения.

Указанную норму необходимо рассматривать во взаимосвязи с нормой, предусмотренной абзацем четвертым ст. 10 Закона о государственной тайне, согласно которой не может быть ограничено право собственности на информацию иностранных организаций и иностранных граждан, если эта информация получена (разработана) ими без нарушения законодательства Российской Федерации.

Вместе с тем необходимо отметить, что в комментируемой норме не предусмотрена судьба заявок на секретные изобретения, поступивших в указанный федеральный орган от лиц с двойным гражданством или лиц без гражданства либо с участием созаявителей из России. Следует полагать, что в таких случаях заявки на секретные изобретения также подлежат засекречиванию.

8. В пункте 4 комментируемой статьи устанавливается, что процедура получения патента по заявке на секретное изобретение осуществляется по общим правилам, предусмотренным ст. 1384, 1386 - 1389 ГК РФ (см. комментарии к указанным статьям), в которых речь идет о проведении формальной экспертизы заявки, экспертизы заявки по существу, о порядке принятия решений о выдаче патента или об отказе в его выдаче, о праве заявителя знакомиться с патентными материалами, о восстановлении пропущенных сроков, связанных с проведением экспертизы заявки на изобретение. При этом указывается, что публикация сведений о такой заявке в этом случае не производится. В принципе такое напоминание излишне, поскольку в перечне статей, которые должны применяться при рассмотрении заявки на секретное изобретение, отсутствует ст. 1385 ГК РФ, в которой предусмотрена публикация сведений о заявке на изобретение.

Следует также подчеркнуть, что перечисленные статьи, на которые сделана ссылка в комментируемом пункте, должны применяться при рассмотрении заявки на секретное изобретение соответственно в уполномоченных органах и в федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности.

9. В соответствии с п. 5 комментируемой статьи уровень техники, который используется при установлении новизны изобретения, дополнен в отношении секретного изобретения, в сравнении с п. 2 ст. 1350 ГК РФ (см. комментарий к указанной статье), сведениями о секретных изобретениях, запатентованных в России и на которые выданы авторские свидетельства СССР, если для этих изобретений установлена степень секретности не выше, чем степень секретности изобретения, новизна которого устанавливается. Указанная норма, как и норма, закрепленная в п. 2 ст. 1350 ГК РФ, направлена на устранение кумуляции (совмещения) правовой охраны, т.е. выдачи двух охранных документов на один и тот же объект.

При этом следует иметь в виду то обстоятельство, что степени секретности изобретения, установленные в законодательстве Российской Федерации, и степени секретности изобретения, установленные в нормативных правовых актах СССР, полностью не совпадают. Так, в разделе V Положения об открытиях, изобретениях и рационализаторских предложениях, утвержденного Постановлением Совета Министров от 21 августа 1973 г. N 584 (СП СССР. 1973. N 19. Ст. 109; 1976. N 14. Ст. 70; 1979. N 4. Ст. 17), говорится относительно изобретений только о секретных изобретениях и совершенно секретных изобретениях.

10. В пункте 6 комментируемой статьи сформулирована императивная норма, согласно которой возражения против решения, принятого по заявке на секретное изобретение уполномоченным органом, рассматривается в установленном им порядке. При этом решение, принятое по такому возражению, может быть оспорено в суде.

Таким образом, комментируемые нормы исключают открытый административный порядок обжалования (например, в палату по патентным спорам) решений уполномоченных органов по возражениям против предыдущих решений этих уполномоченных органов, принятых по заявкам на секретное изобретение.

Поскольку федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности не является уполномоченным по смыслу п. 2 комментируемой статьи и исходя из принципа сохранения режима секретности в отношении заявок на секретное изобретение, следует полагать, что возражения против решений указанного федерального органа по заявкам на секретное изобретение не могут быть поданы ни в палату по патентным спорам, ни в любой другой административный орган (например, федеральный орган исполнительной власти, осуществляющий нормативно-правовое регулирование в сфере интеллектуальной собственности).

Вполне очевидно, что законодатель не предусмотрел административный порядок обжалования решений по заявкам на секретное изобретение федерального органа исполнительной власти по интеллектуальной собственности. Такие решения могут быть оспорены только в суде.

11. В пункте 7 комментируемой статьи установлено правило, не допускающее преобразование заявки на секретное изобретение в заявку на полезную модель (см. комментарий к ст. 1379 ГК РФ). Правило вполне логичное, поскольку ГК РФ не предоставляет правовую охрану секретным полезным моделям.

Статья 1402. Государственная регистрация секретного изобретения и выдача патента на него. Распространение сведений о секретном изобретении

Комментарий к статье 1402

1. В пункте 1 комментируемой статьи указаны компетентные органы, которые осуществляют государственную регистрацию секретных изобретений в Государственном реестре изобретений РФ и выдачу патентов на секретные изобретения: федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности; уполномоченный орган, если решение о выдаче патента на секретное изобретение принято этим органом.

В России в 2003 г. воспринята, с определенными модификациями, децентрализованная система выдачи патентов на секретные изобретения, которая действовала ранее в СССР.

Вопреки децентрализованной системе выдачи патентов на секретные изобретения их государственная регистрация осуществляется в централизованном порядке - в едином Государственном реестре изобретений РФ, что, в принципе, не соответствует целям сохранения в тайне секретных изобретений, объективно увеличивает вероятность утечки секретных сведений, касающихся новейших военно-технических и иных разработок.

Следует особо отметить, что в большинстве государств, где выдаются секретные патенты или предусмотрены иные формы засекречивания, секретные изобретения регистрируются в специальных (особых) реестрах или вовсе не заносятся в реестры.

2. В предложении втором абзаца первого п. 1 комментируемой статьи предусмотрено, что уполномоченный орган, зарегистрировавший секретное изобретение и выдавший патент на секретное изобретение, уведомляет об этом федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности.

Из редакции комментируемой нормы со всей очевидностью следует, что до уведомления указанного государственного федерального органа уполномоченный орган производит собственную регистрацию секретного изобретения, на которое он выдает патент.

В соответствии с проектом Регламента по ведению реестров и публикации сведений при государственной регистрации секретного изобретения федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности (или, если решение о выдаче патента на секретное изобретение принято уполномоченным органом, - этот орган) вносит в Государственный реестр изобретений:

- регистрационный номер секретного изобретения (номер патента);
- наименование федерального органа исполнительной власти, принявшего решение о выдаче патента на секретное изобретение;
- регистрационный номер заявки на выдачу патента;
- дату подачи заявки на выдачу патента;
- дату приоритета изобретения;
- условное название секретного изобретения;
- сведения о патентообладателе: фамилия, имя, отчество (полностью), наименование юридического лица, его (их) место жительства, место нахождения. Если патент выдан на имя Российской Федерации или субъекта РФ, дополнительно указывается наименование государственного заказчика, выступающего от имени Российской Федерации, субъекта РФ;
- сведения об авторе (авторах) изобретения: фамилия, имя, отчество (полностью), его (их) место жительства;
- адрес для переписки с патентообладателем или его представителем;
- дополнительные сведения (в частности, сведения о наличии заявления об отчуждении патента, сведения о наличии представителя патентообладателя, сведения о государственном заказчике, если изобретение создано при выполнении работ по государственному контракту);
- дата регистрации секретного изобретения (дата выдачи патента).

Как правило, в тех государствах, где допускается регистрация сведений о секретных патентах в обычных реестрах, такая регистрация осуществляется в отдельных рубриках реестра, за исключением сведений о названии секретного изобретения и имени (наименования) патентообладателя.

3. В абзаце втором п. 1 комментируемой статьи предусмотрено, что уполномоченный орган, осуществивший регистрацию секретного изобретения и выдавший на него патент, вносит изменения, связанные с исправлением очевидных и технических ошибок, в патент на секретное изобретение и (или) Государственный реестр изобретений РФ. Понятия "очевидные ошибки" и "технические ошибки" раскрыты в комментарии к п. 4 ст. 1393 ГК РФ.

4. В предложении первом п. 2 комментируемой статьи сформулировано правило, согласно которому сведения о заявках и патентах на секретные изобретения, а также об относящихся к секретным изобретениям изменениях в Государственном реестре изобретений РФ не публикуются.

Указанное правило следует толковать таким образом, что запрещается публикация не только сведений о носителях, т.е. о заявках и патентах на секретные изобретения, но и

самих сведений о секретных изобретениях, которые могут содержаться, например, в описании секретного изобретения, которое, как известно, не входит в состав публикуемых сведений о заявке на изобретение.

5. В предложении втором п. 2 комментируемой статьи установлено, что передача сведений о патентах на секретные изобретения осуществляется в соответствии с законодательством о государственной тайне.

В Законе о государственной тайне этому вопросу посвящен раздел V ("Распоряжения сведениями, составляющими государственную тайну").

Распоряжение сведениями, составляющими государственную тайну, осуществляется следующими способами: взаимная передача сведений в связи с выполнением совместных и других работ; передача сведений другим государствам.

Взаимная передача сведений, составляющих государственную тайну, осуществляется органами государственной власти, предприятиями, учреждениями и организациями, не состоящими в отношениях подчиненности и не выполняющими совместных работ, с санкции органа государственной власти, в распоряжении которого находятся эти сведения.

Передача сведений, составляющих государственную тайну, предприятиями, учреждениями, организациями или гражданами в связи с выполнением совместных и других работ осуществляется заказчиком этих работ с разрешения органа государственной власти, в распоряжении которого находятся соответствующие сведения, и только в объеме, необходимом для выполнения этих работ.

Передача сведений, составляющих государственную тайну, другим государствам осуществляется по соответствующему решению Правительства РФ при наличии экспертного заключения межведомственной комиссии по защите государственной тайны о возможности передачи этих сведений. При этом обязательства принимающей стороны по защите передаваемых ей сведений предусматриваются заключаемым с ней договором (соглашением).

Правительством РФ утверждено (Постановлением от 2 августа 1997 г. N 973) Положение о подготовке к передаче сведений, составляющих государственную тайну, другим государствам (СЗ РФ. 1997. N 32. Ст. 3786), согласно которому под передачей сведений понимается доведение до иностранного государства (уполномоченного государством представителя) каким-либо способом (передача, пересылка, ознакомление, осуществление доступа) указанных сведений.

Статья 1403. Изменение степени секретности и рассекречивание изобретений

Комментарий к статье 1403

1. Комментируемая статья посвящена вопросам изменения степени секретности изобретения и их рассекречивания.

В пункте 1 данной статьи указано законодательство, положения которого применимы при изменении степени секретности и рассекречивании изобретений, а также при изменении и снятии грифов секретности с документов заявки и с патента на секретное изобретение: законодательство о государственной тайне.

Степень секретности сведений, составляющих государственную тайну (в том числе степень секретности секретного изобретения), должна соответствовать степени тяжести ущерба, который может быть нанесен безопасности России вследствие распространения указанных сведений.

Установлено три степени секретности указанных сведений и соответствующие этим степеням грифы секретности для их носителей: "особой важности", "совершенно секретно" и "секретно".

Рассекречивание сведений и их носителей заключается в снятии ранее введенных в предусмотренном Законом о государственной тайне порядке ограничений на распространение сведений, составляющих государственную тайну, и на доступ к их носителям.

В статьях 13 и 14 Закона о государственной тайне предусмотрены, соответственно, порядок рассекречивания сведений, составляющих государственную тайну, и порядок рассекречивания носителей сведений, составляющих государственную тайну.

Исчерпывающий перечень оснований для рассекречивания сведений, составляющих государственную тайну, следующий:

- взятие на себя Российской Федерацией международных обязательств по открытому обмену сведениями, составляющими в России государственную тайну;

- изменение объективных обстоятельств, вследствие которого дальнейшая защита сведений, составляющих государственную тайну, является нецелесообразной.

Следовательно, сведения о выдаче патента на секретное изобретение, включающие, в частности, название и формулу изобретения, могут быть рассекречены по указанным выше обстоятельствам.

Органы государственной власти, руководители которых наделены полномочиями по отнесению сведений к государственной тайне, обязаны периодически, но не реже чем через пять лет, пересматривать содержание действующих в органах государственной власти, на предприятиях, в учреждениях и организациях перечней сведений, подлежащих засекречиванию, в части обоснованности засекречивания сведений и их соответствия установленной ранее степени секретности.

Перечень должностных лиц органов государственной власти, наделяемых полномочиями по отнесению сведений к государственной тайне, утвержденный распоряжением Президента РФ от 16 апреля 2005 г. N 151-рп (СЗ РФ. 2005. N 17. Ст. 1547), включает 27 позиций.

Срок засекречивания сведений, составляющих государственную тайну, не должен превышать 30 лет, однако в исключительных случаях этот срок может быть продлен по заключению межведомственной комиссии по защите государственной тайны.

Носители сведений, составляющих государственную тайну, рассекречиваются не позднее сроков, установленных при их засекречивании. Однако в исключительных случаях право продления первоначально установленных сроков засекречивания носителей указанных сведений предоставляется руководителям государственных органов, наделенных полномочиями по отнесению соответствующих сведений к государственной тайне.

В Законе о государственной тайне не установлен максимальный срок засекречивания носителей, как это сделано, например, в отношении срока засекречивания сведений, составляющих государственную тайну, который не должен превышать 30 лет.

Граждане, предприятия, учреждения, организации и органы государственной власти Российской Федерации вправе обратиться в органы государственной власти, на предприятия, в учреждения, организации с запросом о рассекречивании сведений, отнесенных к государственной тайне. Вполне очевидно, что указанное положение распространяется также и на обладателей патентов на секретные изобретения.

Закон о государственной тайне не содержит каких-либо положений относительно порядка изменения степени секретности сведений, составляющих государственную тайну, и порядка изменения грифов секретности носителей этих сведений.

2. Рассекречивание изобретений возможно как в процессе рассмотрения заявки на выдачу патента на секретное изобретение, так и после выдачи патента на секретное изобретение.

В первом случае рассекречивание изобретения означает снятие ограничений на распространение сведений о секретном изобретении путем публикации сведений о заявке, а также снятие ограничений на доступ к документам заявки после ее публикации путем

аннулирования грифа секретности, проставленного ранее на ее документах. Снятие грифа секретности с носителей секретного изобретения открывает возможность применения п. 2 ст. 1385 ГК РФ, согласно которому любое лицо после публикации сведений о заявке вправе ознакомиться с документами заявки.

Во втором случае рассекречивание изобретения означает снятие ограничений на распространение сведений о секретном изобретении путем публикации сведений о патенте, включающей, в частности, название и формулу изобретения, а также снятие ограничений на доступ к документам заявки, по которым выдан патент, путем аннулирования грифа секретности, поставленного ранее на документах заявки и на патентной грамоте. Снятие грифа секретности с носителей секретного изобретения открывает возможность применения п. 2 ст. 1394 ГК РФ, согласно которому любое лицо вправе ознакомиться с документами заявки и отчетом об информационном поиске.

В связи с возможностью рассекречивания патента на секретное изобретение могут возникнуть ситуации, которые не урегулированы законодателем.

Так, например, не указан остающийся срок действия рассекреченного патента. Будет ли этот срок равняться сроку действия обычного патента - 20 лет с даты подачи заявки - или срок действия патента на рассекреченное изобретение продлевается на период времени, равный сроку, прошедшему от даты выдачи патента на секретное изобретение до даты рассекречивания изобретения? Ведь общий срок засекречивания сведений, составляющих государственную тайну, достигающий 30 лет, который к тому же может быть продлен при определенных обстоятельствах, является аргументом в пользу последнего варианта решения этого вопроса.

Однако такое решение возможно в государствах, патентные законодательства которых предусматривают приостановление действия патента в случае засекречивания изобретения. В нашем случае действие патента не приостанавливается, и свидетельство этому ст. 1405 ГК РФ об исключительном праве на секретное изобретение (см. комментарий к указанной статье).

Не определен также статус охранного документа на рассекреченное изобретение. Умолчание законодателя по этому вопросу можно толковать как продолжение действия прежнего охранного документа, т.е. патента на секретное изобретение, форма которого идентична форме обычного патента, да и регистрируются оба патента в едином реестре - Государственном реестре изобретений РФ.

Однако для подобного вывода таких доводов недостаточно.

Сопутствующая рассекречиванию изобретения публикация должна быть публикацией сведений об обычном патенте, а не о патенте с грифом секретности, даже если при этом не менять номер регистрации в Государственном реестре изобретений РФ. Кроме того, не следует забывать о грифе секретности, который проставляется на патенте на секретное изобретение, как на любом другом носителе сведений, составляющих государственную тайну.

Следовательно, в комментируемую статью необходимо включить норму о выдаче патентообладателю по его ходатайству патента на изобретение на оставшийся срок в пределах 20 лет со дня приоритета на секретное изобретение.

Следует отметить, что в государствах, где действуют Законы о секретных патентах, предусмотрены нормы о преобразовании секретных патентов в обычные патенты в случае рассекречивания изобретений (см., например, ст. 8 Закона Дании о секретных патентах от 27 января 1960 г. N 18 // Industrial Property. 1992. N 6. Text 2-002).

3. В пункте 2 комментируемой статьи урегулированы отношения, связанные с изменением степени секретности изобретений на этапе рассмотрения заявок на секретные изобретения.

Повышение степени секретности изобретения осуществляется при рассмотрении соответствующих заявок в федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности, который должен передать документы заявки на

секретные изобретения в зависимости от их тематической принадлежности в соответствующий уполномоченный орган для дальнейшего рассмотрения этой заявки.

Возможна и обратная ситуация, когда степень секретности изобретения понижается. Указанное понижение степени секретности входит в компетенцию только уполномоченных органов. При этом дальнейшее рассмотрение заявки на секретное изобретение осуществляется тем же уполномоченным органом, который до этого рассматривал заявку.

В законодательных актах отсутствуют какие-либо положения относительно порядка повышения или понижения степени секретности изобретения.

4. Пункт 3 комментируемой статьи содержит правило, согласно которому при рассекречивании изобретения уполномоченный орган передает имеющиеся у него рассекреченные документы заявки в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности, который и завершает рассмотрение указанной заявки.

Поскольку в таких случаях отпадают причины ограничений на рассмотрение сведений, составляющих государственную тайну, и на доступ к их посетителям, дальнейшее рассмотрение бывшей заявки на секретное изобретение и выдача по ней обычного патента осуществляются с применением общих норм патентного права.

Статья 1404. Признание недействительным патента на секретное изобретение

Комментарий к статье 1404

1. В комментируемой статье установлен особый порядок признания недействительным патента на секретное изобретение, по многим параметрам отличающийся от обычного порядка признания недействительным патента на несекретное изобретение (см. комментарий к ст. 1398 ГК РФ).

2. Возражение против выдачи уполномоченным органом патента на секретное изобретение подается не в палату по патентным спорам, как это допускается в случае с несекретными изобретениями, а в тот же уполномоченный орган, который выносит решение о выдаче патента на секретное изобретение.

При этом процедура рассмотрения указанного возражения устанавливается этим уполномоченным органом.

Исходя из принципа сохранения секретности лица, возражающие против выдачи патента на секретное изобретение, обязаны перед оспариванием патента на секретное изобретение в суде пройти административную процедуру признания недействительным патента на секретное изобретение.

3. Следует особо подчеркнуть, что упомянутый выше вывод о неучастии палаты по патентным спорам в процедуре рассмотрения возражений против выдачи патента распространяется на все виды секретных изобретений, в том числе на "иные секретные изобретения", заявки на которые подаются в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности.

Иными словами, в случае выдачи указанным федеральным органом патентов на секретные изобретения, для которых, как известно, установлена степень секретности "секретно", но которые не относятся к средствам вооружения и военной техники, методам и средствам в области разведывательной, контрразведывательной и оперативно-розыскной деятельности, возражения против таких патентов должны подаваться не в палату по патентным спорам, а непосредственно в суд.

Такой вывод вытекает из принципа сохранения секретности, лежащего в основе законодательства о государственной тайне.

4. Процедура по оспариванию патента на секретное изобретение отличается от обычной процедуры по составу лиц, которые имеют право оспаривать выдачу патента.

Если выдача патента на изобретение, полезную модель или промышленный образец может быть оспорена любым лицом, которому стало известно о соответствующих нарушениях, то в комментируемой статье не указаны субъекты права оспаривания выдачи патента на секретное изобретение.

Исходя из общего смысла положений законодательства о государственной тайне, такими лицами могут быть граждане, имеющие допуск к государственной тайне, и предприятия, учреждения или организации, имеющие лицензию на проведение работ с использованием сведений, составляющих государственную тайну.

5. Патент на секретное изобретение может быть признан недействительным по следующим основаниям:

- несоответствие секретного изобретения условиям патентоспособности, установленным ГК РФ;

- наличие в формуле секретного изобретения, которая содержится в решении о выдаче патента, признаков, отсутствовавших на дату подачи заявки в описании секретного изобретения и в формуле секретного изобретения, если заявка на секретное изобретение на дату ее подачи содержала такую формулу;

- выдача патента на секретное изобретение при наличии нескольких заявок на идентичные изобретения, имеющие одну и ту же дату приоритета, с нарушением действующих правил о последствиях совпадения дат приоритета, установленных ст. 1383 ГК РФ (см. комментарий к ней), положения которой направлены на исключение случаев "двойного патентования", т.е. выдачи нескольких патентов на идентичные изобретения.

6. Решение уполномоченного органа, принятое по возражению против выдачи патента на секретное изобретение, подлежит утверждению руководителем этого органа. Оно вступает в силу со дня его утверждения и может быть оспорено в суде.

Не вполне понятна логика законодателя, который не допускает оспаривания в судебном порядке выдачи патента на секретное изобретение с указанием в нем в качестве автора или патентообладателя лица, не являющегося таковым в соответствии с ГК РФ, или без указания в патенте в качестве автора или патентообладателя лица, являющегося таковым в соответствии с ГК РФ, как это предусмотрено в абз. 2 п. 2 ст. 1398 ГК РФ в отношении патентов на несекретные изобретения.

Впрочем, в большинстве зарубежных государств не предусмотрена сама возможность оспаривания в судебном порядке решений административных органов о выдаче секретных патентов, что в принципе соответствует целям сохранения в тайне секретных изобретений.

Статья 1405. Исключительное право на секретное изобретение

Комментарий к статье 1405

1. Комментируемая статья - одна из ключевых и в то же время одна из самых противоречивых статей в сфере правовой охраны и использования секретных изобретений.

Законодатель, думается, ошибочно применил в отношении секретных изобретений конструкцию исключительного права, которое является основой легальной монополии патентообладателя на несекретное (обычное) изобретение. Снова для России избран свой особый путь, поскольку в мировой практике такие законодательные решения отсутствуют.

В тех государствах, законодательства которых предусматривают выдачу секретных патентов, их действие фактически приостанавливается на период засекречивания секретного изобретения. Обладатель секретного патента практически лишен права распоряжения своим секретным изобретением.

Как указано, например, в ст. 7 вышеупомянутого Закона Дании о секретных патентах от 27 января 1960 г. N 18, права, вытекающие из секретных патентов, не могут быть

переданы третьим лицам на основании договора или посредством другого правового акта без разрешения министра обороны.

Смысл выдачи секретного патента заключается в его преобразовании в обычный патент после рассекречивания изобретения. Плата за засекречивание изобретения - денежная компенсация обладателю секретного патента. Такие компенсационные меры в пользу правообладателей широко распространены в мировой патентной практике (см., например, параграф 183 Патентного закона США).

Однако норма о компенсации за засекречивание не включена в ГК РФ, а взамен был избран, на мой взгляд, сомнительный путь введения "рынка" секретных изобретений.

2. Пункт 1 комментируемой статьи распространяет действия положений законодательства о государственной тайне на отношения по использованию секретного изобретения и по распоряжению исключительным правом.

Комментируемая норма, по сути, выхолащивает содержание традиционного исключительного права, так как правомочия патентообладателя по использованию и распоряжению (позитивная функция исключительного права) и по запрету третьим лицам использовать запатентованные изобретения (негативная функция исключительного права) могут быть реализованы только с разрешения органов государственной власти, в распоряжении которых находятся секретные изобретения.

Она переводит исключительное право на изобретение из сферы частного права в сферу публичного права с неизбежной при этом трансформацией его содержания.

О таком выводе недвусмысленно свидетельствуют, в частности, положения ст. 16 и 17 Закона о государственной тайне, в которых регламентированы, соответственно, взаимные передачи сведений, составляющих государственную тайну, органами государственной власти, предприятиями, учреждениями и организациями, и передача сведений, составляющих государственную тайну, в связи с выполнением совместных и других работ.

Указанные виды распоряжения сведениями, составляющими государственную тайну (в том числе, естественно, и секретными изобретениями), осуществляется только с санкции органа государственной власти, в распоряжении которого находятся эти сведения.

Поэтому право, вытекающее из секретного изобретения, нельзя признать исключительным даже условно. Скорее всего, это квазиисключительное право, являющееся функцией фактической монополии, основанное на системе защиты государственной тайны.

3. Норма о необходимости соблюдения законодательства о государственной тайне при использовании секретного изобретения и распоряжении исключительным правом на секретное изобретение имеет важные практические последствия для патентообладателей.

Отсутствие в ГК РФ нормы о денежной компенсации за засекречивание изобретения не лишает патентообладателя возможности воспользоваться нормой ст. 10 Закона о государственной тайне, согласно которой материальный ущерб, наносимый собственнику информации в связи с ее засекречиванием, возмещается государством в размерах, определяемых в договоре между органом государственной власти, в распоряжение которого переходит эта информация, и ее собственником.

Представляется вполне логичным применение указанной нормы по крайней мере в тех случаях, когда патентообладатель не извлекает прибыли от использования или распоряжения своим секретным изобретением, в частности не заключает лицензионные договоры на использование секретного изобретения.

4. В пункте 2 комментируемой статьи предусматривается, что договор об отчуждении патента, а также лицензионный договор на использование секретного изобретения подлежат регистрации в органе, выдавшем патент на секретное изобретение, или его правопреемнике, а при отсутствии правопреемника - в федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности.

По сравнению с ранее действовавшим патентным законодательством (п. 2 ст. 30.6 Патентного закона РФ) комментируемый пункт дополнен договором об отчуждении патента (ранее - договор уступки патента), однако лишился нормы о том, что без указанной регистрации соответствующий договор (ранее - лицензионный договор) считается недействительным.

Следует полагать, что и в настоящее время договор об отчуждении патента и лицензионный договор без их регистрации должны считаться недействительными, поскольку аналогичное правило предусмотрено по таким договорам в отношении несекретных изобретений.

Представляется весьма сомнительным правомочие федерального органа исполнительной власти по интеллектуальной собственности (даже теоретически) регистрировать в отсутствие правопреемников уполномоченных органов договоры об отчуждении и лицензионные договоры на использование запатентованного секретного изобретения, особенно такой степени секретности, как "особой важности" или "совершенно секретно".

Указанное правомочие противоречит положениям ст. 19 Закона о государственной тайне, о защите сведений, составляющих государственную тайну, при изменении функций субъектов правоотношений.

Так, органы государственной власти, располагающие сведениями, составляющими государственную тайну, в случаях изменения их функций или прекращения работ с использованием таких сведений обязаны принять меры по обеспечению защиты этих сведений и их носителей. При этом носители сведений, составляющих государственную тайну (т.е. секретные заявки и патенты), в установленном порядке уничтожаются, сдаются на архивное хранение либо передаются:

- правопреемнику органа государственной власти;

- органу государственной власти, в распоряжении которого находятся соответствующие сведения;

- другому органу государственной власти по указанию межведомственной комиссии по защите государственной тайны.

Следовательно, регистрация договоров (об отчуждении и лицензионных) в рамках федерального органа исполнительной власти по интеллектуальной собственности, при отсутствии правопреемников уполномоченных органов, возможна только по соответствующему указанию межведомственной комиссии по защите государственной тайны.

5. Фактическая монополия, основанная на системе защиты государственной тайны, по своему определению не должна допускать каких-либо действий по раскрытию секретных изобретений.

Поэтому вполне логичной выглядит норма п. 3 комментируемой статьи, согласно которой не допускается публичное предложение заключить договор об отчуждении патента (см. комментарий к п. 1 ст. 1366 ГК РФ) и заявление об открытой лицензии на изобретение (см. комментарий к п. 1 ст. 1368 ГК РФ) как изъятие из общего режима правового регулирования, поскольку продекларированное законодателем исключительное право на секретное изобретение может действовать только в режиме засекреченности.

6. Сказанное выше действительно также в отношении изъятия института принудительной лицензии (см. комментарий к ст. 1362 ГК РФ) в отношении запатентованного секретного изобретения, предусмотренного п. 4 комментируемой статьи, поскольку режим засекречивания не совместим с открытым публичным характером института принудительного лицензирования.

7. Декларативный характер исключительного права на секретное изобретение предопределил содержание п. 5 комментируемой статьи, который посвящен особенностям нарушения исключительного права на секретное изобретение.

Установлено, что не являются нарушением исключительного права обладателя патента на секретное изобретение действия, предусмотренные ст. 1359 ГК РФ (см. комментарий к указанной статье), а также использование секретного изобретения лицом, которое не знало и не могло на законных основаниях знать о наличии патента на данное изобретение.

Особенно искусственной выглядит конструкция исключительного права на секретное изобретение в свете отсылки к ст. 1359 ГК РФ, в которой приведен перечень изъятий из действия исключительного права на обычное изобретение. Например, выходят за рамки разумного восприятия положения об использовании секретного изобретения для удовлетворения личных, семейных, домашних или иных не связанных с предпринимательской деятельностью нужд либо о разовом изготовлении в аптеках по рецептам врачей лекарственных средств с использованием секретного изобретения.

Законом установлена презумпция невиновности в нарушении патента на секретное изобретение лица, которое не знало и не могло на законных основаниях знать о наличии патента на данное изобретение, т.е., по общему правилу, не имело доступа к секретному изобретению.

Следовательно, исходя из смысла комментируемого пункта, до момента рассекречивания изобретения контрафакторами (т.е. нарушителями патента) могут признаваться только те лица, которые имели доступ к секретному изобретению и без разрешения патентообладателя его использовали, как это предусмотрено законом (см. комментарии к ст. 1229 и 1358 ГК РФ).

Кроме того, следует иметь в виду, что основным видом ограничений прав обладателей секретных изобретений объективно являются акты органов государственной власти, в распоряжении которых по смыслу Закона о государственной тайне находятся сведения, составляющие государственную тайну, в том числе секретные изобретения.

После рассекречивания изобретения или уведомления указанного лица патентообладателем о наличии патента на данное изобретение указанное лицо должно прекратить использование запатентованного изобретения или заключить с патентообладателем лицензионный договор, кроме случая, когда имело место право преждепользования (см. комментарий к ст. 1361 ГК РФ).

Относительно указанной нормы целесообразно высказать ряд замечаний. Во-первых, законодателем не предусмотрен механизм рассекречивания изобретений. По общему правилу, рассекречивание изобретения сопровождается преобразованием его в обычный патент, как это предусмотрено в законодательствах государств с развитым правопорядком. Во-вторых, без преобразования патента на секретное изобретение в обычный патент теряет смысл "уведомление указанного лица патентообладателем о наличии патента на данное изобретение". Вполне очевидно, что нельзя уведомлять о несуществующем факте, во всяком случае до даты выдачи обычного патента.

8. Действие исключительного права на секретное изобретение обусловлено уплатой годовых пошлин за поддержание патента в силе.

Такой вывод вытекает из Положения о пошлинах за патентование изобретений, полезных моделей, промышленных образцов, регистрацию товарных знаков, знаков обслуживания, наименований мест происхождения товаров, предоставление права использования наименования мест происхождения товаров, утвержденного Постановлением Совета Министров - Правительства РФ от 12 августа 1993 г. N 793 (СЗ РФ. 1993. N 34. Ст. 3182). Подпункт "л" пункта 1 указанного Положения устанавливает, что за патентование изобретений, в том числе секретных (изобретения, содержащие сведения, составляющие государственную тайну), взимаются патентные пошлины, включая пошлины за поддержание в силе патента Российской Федерации на изобретение.

Отсутствие денежной компенсации за засекречивание изобретения и обязанность уплачивать патентные пошлины за поддержание в силе патента на секретное изобретение ставят патентообладателя в невыгодное финансовое положение.

9. В пункте 6 комментируемой статьи установлено новое, по сравнению со ст. 30.6 ранее действовавшего Патентного закона РФ, правило, согласно которому обращение взыскания на исключительное право на секретное изобретение не допускается.

Комментируемая норма, имеющая явно выраженный императивный характер, исключает возможность заключения договора залога в отношении исключительного права на секретное изобретение, поскольку залог потенциально связан с отчуждением предмета залога (как известно, заложить можно лишь тот предмет, который может быть отчужден).

В принципе комментируемая норма является исключением из общего правила о допустимости залога исключительного права на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации (см. комментарий к ст. 1232 ГК РФ).

§ 8. Защита прав авторов и патентообладателей

Статья 1406. Споры, связанные с защитой патентных прав

Комментарий к статье 1406

1. В комментируемой статье определены виды споров, связанных с защитой патентных прав, и порядок (судебный, административный либо их сочетание), который применяется при их рассмотрении.

В части установления случаев, когда споры по защите прав авторов и патентообладателей рассматриваются в судебном порядке, комментируемая статья сходна со ст. 31 ранее действовавшего Патентного закона РФ.

2. В статье 31 Патентного закона РФ в редакции 1992 г. в перечне судов, компетентных рассматривать споры в судебном порядке, были упомянуты арбитражные суды и третейские суды.

После внесения в 2003 г. изменений и дополнений в Патентный закон РФ упоминание третейских судов исчезло вместе с указанным перечнем.

Вместе с тем в п. 1 ст. 11 ГК РФ предусмотрено, что защиту нарушенных или оспоренных гражданских прав осуществляет в соответствии с подведомственностью дел, установленных процессуальным законодательством, суд, арбитражный суд или третейский суд.

Следовательно, споры, связанные с защитой патентных прав, могут быть переданы на разрешение третейского суда при наличии заключенного между сторонами третейского соглашения.

Организация и деятельность третейских судов определены в Федеральном законе от 24 июля 2002 г. N 102-ФЗ "О третейских судах в Российской Федерации" (СЗ РФ. 2002. N 30. Ст. 3019).

Под третейским судом понимается постоянно действующий третейский суд или третейский суд, образованный сторонами для решения конкретного спора.

Третейские суды действуют вне рамок единой судебной системы Российской Федерации.

Сторонами третейского разбирательства могут выступать организации - юридические лица, физические лица, в том числе граждане-предприниматели.

Постоянно действующие третейские суды образуются обычно торговыми палатами, биржами, общественными объединениями предпринимателей и потребителей. Приказом Торгово-промышленной палаты РФ от 22 июня 2006 г. N 48 утвержден Регламент Третейского суда для разрешения экономических споров при Торгово-промышленной палате Российской Федерации.

3. Все сказанное выше в отношении третейских судов относится и к арбитражным судам, с поправкой на то обстоятельство, что арбитражные суды действуют в рамках единой судебной системы России (см. ст. 4 "Суды в Российской Федерации"

Федерального конституционного закона от 31 декабря 1996 г. N 1-ФКЗ "О судебной системе Российской Федерации" // СЗ РФ. 1997. N 1. Ст. 1).

Поэтому вполне очевидно, что, несмотря на отсутствие в комментируемой статье упоминания арбитражных судов, споры, связанные с защитой патентных прав, могут рассматриваться арбитражными судами в пределах их компетенции в соответствии с правилами подведомственности.

В судебной практике в области защиты прав авторов и патентообладателей иногда возникают проблемы, связанные с разграничением подведомственности дел между судами общей юрисдикции и арбитражными судами.

По общему правилу о подведомственности критериями разграничения дел между судами общей юрисдикции и арбитражными судами являются субъектный состав дела и характер спора (см. Определение Президиума Верховного Суда РФ от 21 апреля 2004 г. N 90пв03 // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2005. N 6).

Правильное по существу Определение Президиума Верховного Суда РФ, согласно которому иск подлежит рассмотрению в суде общей юрисдикции вследствие того факта, что участником спорных правоотношений является физическое лицо, сопровождается, к сожалению, ошибочной аргументацией. Так, в упомянутом выше Определении утверждается, что, поскольку ст. 31 Патентного закона РФ не содержит указаний о рассмотрении споров о защите прав патентообладателей и авторов изобретения, полезной модели, промышленного образца арбитражными судами, следовательно, и по правилам о специальной подведомственности указанные в статье споры к подведомственности арбитражных судов не отнесены.

Иными словами, сделана попытка распространить вывод о неподведомственности арбитражным судам всех категорий споров, указанных в данной статье (в настоящее время - это ст. 1406 ГК РФ), а не только тех споров, участниками которых являются физические лица.

Такая позиция Президиума Верховного Суда РФ ошибочна, поскольку она не основана на законе.

Во-первых, как уже указывалось, понятие "суды в Российской Федерации" включает в себя не только суды общей юрисдикции, но и арбитражные суды.

Во-вторых, в соответствии со ст. 28 АПК РФ к подведомственности арбитражных судов отнесены дела по спорам, возникающим в сфере экономической или иной предпринимательской деятельности, если сторонами в них являются юридические лица или индивидуальные предприниматели.

В-третьих, как указано в ст. 22 ГПК РФ, суды общей юрисдикции рассматривают все гражданские дела, за исключением экономических споров и других дел, отнесенных законом к ведению арбитражных судов.

Следовательно, определение подведомственности споров, связанных с защитой патентных прав, зависит от субъектного состава конкретного дела, а также от характера конкретного спора.

Вполне очевидно, что споры об авторстве изобретения, полезной модели или промышленного образца, о размере, сроке и порядке выплаты вознаграждения автору должны рассматриваться судами общей юрисдикции, поскольку авторами могут быть только физические лица, творческим трудом которых созданы указанные объекты.

Однако совершенно различные ситуации могут возникнуть, например, при рассмотрении споров о нарушении исключительного права на изобретение, полезную модель или промышленный образец (споры о нарушении патента).

Если стороной в спорных правоотношениях выступает автор, являющийся одновременно патентообладателем, но который не занимается предпринимательской деятельностью, то данный спор подлежит рассмотрению в суде общей юрисдикции. Споры о нарушении патента, сторонами которых выступают авторы, являющиеся

одновременно патентообладателями и индивидуальными предпринимателями, а также патентообладатели - юридические лица, должны рассматриваться в арбитражных судах.

4. Следует особо отметить, что в рамках единой судебной системы Российской Федерации действуют мировые судьи, являющиеся судьями общей юрисдикции субъектов РФ (см. ст. 4 "Суды в Российской Федерации" вышеупомянутого Федерального конституционного закона "О судебной системе Российской Федерации").

В связи с вышеизложенным следует полагать, что ничто не препятствует мировым судьям в рамках своей компетенции (например, дела по имущественным спорам при цене иска, не превышающей пятисот минимальных размеров оплаты труда) рассматривать споры, связанные с защитой прав авторов и патентообладателей, например споры о размере, сроке и порядке выплаты вознаграждения автору изобретения, полезной модели или промышленного образца (см. ст. 3 Федерального закона от 17 декабря 1998 г. N 188-ФЗ "О мировых судьях в Российской Федерации" (СЗ РФ. 1998. N 51. Ст. 6270)).

5. По общему правилу, установленному пунктом 1 комментируемой статьи, споры, связанные с защитой патентных прав, рассматриваются судом.

Перечень видов споров, рассматриваемых в судебном порядке согласно комментируемому пункту, не является исчерпывающим, т.е. судам подведомственны и другие споры, кроме перечисленных в указанном перечне.

Споры об авторстве изобретения, полезной модели или промышленного образца являются наиболее сложной категорией патентных споров.

Сущность нарушения авторства заключается в заимствовании чужого технического или художественно-конструкторского решения путем его присвоения либо приписывания его себе или другому лицу. В случае присвоения одно лицо (группа лиц), ознакомившись с содержанием решения другого лица (группы лиц), подает от своего имени заявку на изобретение, полезную модель или промышленный образец.

В случае приписывания одно лицо (группа лиц), не подав заявки и не получив патента, именует себя действительным автором изобретения, полезной модели или промышленного образца, запатентованного другим лицом.

Кроме того, возможны споры, связанные с принуждением к соавторству, принуждением к отказу от авторства или от подачи заявки.

Защита нарушенного права в подобных случаях осуществляется предъявлением в суде гражданского иска о признании авторства истца и лишении ответчика присвоенного им права авторства или о запрете называться автором.

Нарушением авторства считается и акт истребования правовой охраны изобретения, полезной модели или промышленного образца с указанием неполного или неточного состава соавторов. В любой из этих ситуаций спор об авторстве может быть решен в суде путем подачи иска о признании соавторства либо об исключении из числа соавторов, если ответчик не принимал творческого участия в создании технического и художественно-конструкторского решения.

Следует особо отметить, что кроме гражданско-правовой защиты закон предусматривает меры уголовной ответственности за такие деяния, как разглашение без согласия автора или заявителя сущности изобретения, полезной модели или промышленного образца до официальной публикации сведений о них, присвоение авторства или принуждение к соавторству (ст. 147 УК РФ).

В соответствии со ст. 208 ГК РФ исковая давность не распространяется на требование о защите личных неимущественных прав и других нематериальных благ, кроме случаев, предусмотренных законом. Поскольку право авторства относится к личным неимущественным правам и нет закона, предусматривающего исковую давность для случаев споров об авторстве, имеется возможность в любое время после выдачи патента оспорить и признать его недействительным полностью или частично ввиду неправильного указания автора (соавторов).

Действующее законодательство не препятствует возбуждать споры об авторстве на этапе рассмотрения заявки, т.е. до выдачи патента, однако и не содержит положений для разрешения противоречий, которые могут на этом этапе возникнуть, например не содержит нормы о задержке выдачи патента по причине возникновения спора об авторстве (соавторстве).

Споры об установлении патентообладателя могут возникнуть при выдаче патента с указанием в нем в качестве патентообладателя лица, не являющегося таковым в соответствии с ГК РФ, или без указания в патенте в качестве патентообладателя лица, являющегося таковым в соответствии с ГК РФ.

Такие ситуации нередки тогда, когда работник, являясь автором служебного изобретения, получает патент на свое имя, в то время как по договору право на получение патента принадлежит работодателю.

Споры о нарушении исключительного права на изобретение, полезную модель или промышленный образец, т.е. споры о нарушении патента или о контрафакции - наиболее распространенная категория имущественных споров.

Общее понятие нарушения исключительного права установлено в ст. 1229 ГК РФ (см. комментарий к указанной статье), а виды использования исключительного права (без разрешения патентообладателя такие виды использования квалифицируются контрафактными действиями) - в ст. 1358 ГК РФ (см. комментарий к этой статье).

Нарушение исключительного права патентообладателя может повлечь за собой возбуждение дела, в том числе о прекращении нарушения и возмещении причиненного вреда, вызванного использованием запатентованного изобретения, полезной модели или промышленного образца без разрешения патентообладателя.

Многочисленными являются также споры о заключении, об исполнении, об изменении и о прекращении договоров, о передаче исключительного права (отчуждении патента) и лицензионных договоров на использование изобретения, полезной модели или промышленного образца.

В доктрине имеется подробный анализ судебной практики рассмотрения указанных выше споров, которая достаточно обширна и разнообразна (см.: Евдокимова В.Н. Передача технологии: правовое регулирование и правоприменительная практика в Российской Федерации. М., 2001. Ст. 116 - 143).

Как правило, споры о заключении договоров, рассматриваемые по искам о понуждении ответчиков к заключению договора, возникают в связи с тем, что патентообладатели не регистрируют в федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности договоры об отчуждении патента и лицензионные договоры (ст. 1369 ГК РФ), несмотря на наличие в соответствующих договорах условия о вступлении договора в силу с даты его регистрации.

Споры об изменении или о прекращении (расторжении) договоров, при рассмотрении которых применяются положения гл. 29 ГК РФ, связаны в основном с неисполнением условий лицензионных договоров, содержащих гарантии технической осуществимости и качества продукции по лицензии.

Спор о праве преждепользования предполагает, что лицо, которое до даты приоритета изобретения, полезной модели или промышленного образца добросовестно использовало на территории России созданное независимо от автора тождественное решение или сделало необходимые к этому приготовления, доказывает в суде свое право дальнейшего безвозмездного использование тождественного решения без расширения объема такого использования.

Право послепользования заключается в дальнейшем безвозмездном использовании лицом, которое в период между датой прекращения действия патента на изобретение, полезную модель или промышленный образец и датой публикации в официальном бюллетене сведений о восстановлении действия патента начало использование изобретения, полезной модели или промышленного образца либо сделало в указанный

период необходимые к этому приготовления. При этом послепользователь сохраняет право на дальнейшее безвозмездное использование соответствующего объекта, но без расширения объема такого использования.

Споры о размере, сроке и порядке выплаты вознаграждения автору изобретения, полезной модели или промышленного образца традиционно занимают большое место в судебной практике. К данной категории споров относятся споры о вознаграждении за служебное изобретение, служебную полезную модель или служебный промышленный образец, за изобретение, полезную модель или промышленный образец, созданные при выполнении работ по договору, за промышленный образец, созданный по заказу и за изобретение, полезную модель или промышленный образец, созданные при выполнении работ по государственному или муниципальному контракту.

Завершают примерный перечень споры о размере, сроке и порядке выплаты компенсаций, предусмотренных ГК РФ. Такие компенсации выплачиваются, например, лицу, изобретение, полезная модель или промышленный образец которого используется в интересах национальной безопасности, патентообладателю-работнику - в случае использования работодателем служебного изобретения, служебной полезной модели или служебного промышленного образца, патентообладателю - в случае использования его изобретения в период временной правовой охраны.

6. В качестве примера споров, которые не вошли в упомянутый выше перечень споров, связанных с защитой патентных прав, можно назвать споры относительно принудительной лицензии на изобретение, полезную модель или промышленный образец (см. комментарий к ст. 1362 ГК РФ). Причем можно назвать две разновидности таких споров: о предоставлении принудительной простой (неисключительной) лицензии на использование на территории России изобретения, полезной модели или промышленного образца, которые не использовались или недостаточно использовались патентообладателем; о прекращении действия принудительной (простой) неисключительной лицензии, если обстоятельства, обусловившие предоставление такой лицензии, перестанут существовать и их возникновение вновь маловероятно.

7. Норма п. 2 комментируемой статьи является изъятием из общего правила рассмотрения патентных споров в судебном порядке, закрепленного в п. 1 данной статьи.

Для определенной категории споров, связанной с выдачей патентов и признанием их недействительными, предусмотрен административный порядок их рассмотрения, называемый также досудебным порядком рассмотрения споров.

Связано это с тем обстоятельством, что суды не располагают достаточным количеством специалистов, компетентных в различных областях техники, что крайне необходимо для правильного рассмотрения споров, связанных с защитой патентных прав.

Вместе с тем, поскольку в комментируемом пункте сделана ссылка на п. 2 и 3 ст. 1248 ГК РФ, решения федеральных органов исполнительной власти могут быть оспорены в суде в установленном порядке.

Однако, поскольку законодатель установил, по сути, иерархичность или последовательность такого оспаривания, заинтересованные лица не могут непосредственно обращаться в суд, минуя административный порядок рассмотрения данной категории споров. Сказанное свидетельствует о нарушении конституционного принципа, согласно которому права и свободы человека и гражданина являются непосредственно действующими (ст. 18 Конституции РФ), в том числе право на судебную защиту без каких-либо ограничений.

8. В соответствии с п. 2 комментируемой статьи в административном порядке оспариваются:

- решения федерального органа исполнительной власти по интеллектуальной собственности об отказе в выдаче патента на изобретение <1>, о выдаче патента на изобретение или о признании заявки на изобретение отозванной;

- -

<1> Решения федерального органа исполнительной власти по интеллектуальной собственности о выдаче патента на изобретение, полезную модель или промышленный образец принимаются по основаниям, установленным подп. 1 - 3 п. 1 ст. 1398 ГК РФ (см. комментарий к указанной статье).

- решения указанного федерального органа об отказе в выдаче патента на полезную модель <1> или о признании заявки на полезную модель отозванной;

- -

<1> Решения федерального органа исполнительной власти по интеллектуальной собственности о выдаче патента на изобретение, полезную модель или промышленный образец принимаются по основаниям, установленным подп. 1 - 3 п. 1 ст. 1398 ГК РФ (см. комментарий к указанной статье).

- решения указанного федерального органа об отказе в выдаче патента на промышленный образец, о выдаче патента на промышленный образец <1> или о признании заявки на промышленный образец отозванной;

- -

<1> Решения федерального органа исполнительной власти по интеллектуальной собственности о выдаче патента на изобретение, полезную модель или промышленный образец принимаются по основаниям, установленным подп. 1 - 3 п. 1 ст. 1398 ГК РФ (см. комментарий к указанной статье).

- решения уполномоченного Правительством РФ федерального органа исполнительной власти по заявке на выдачу патента на секретное изобретение;

- решения уполномоченного Правительством РФ федерального органа исполнительной власти о выдаче патента на секретное изобретение.

В соответствии с п. 3 ст. 1248 ГК РФ правила рассмотрения и разрешения споров федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности и образуемой при ней палате по патентным спорам устанавливаются федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим нормативно-правовое регулирование в сфере интеллектуальной собственности, а правила рассмотрения и разрешения споров, связанных с секретными изобретениями, устанавливаются уполномоченными Правительством РФ федеральными органами исполнительной власти (уполномоченными органами).

Следовательно, защита патентных прав в досудебном (административном) порядке, связанных с подачей и рассмотрением заявок на выдачу патентов, с государственной регистрацией, с выдачей патентов, с оспариванием предоставления правовой охраны или с ее прекращением, осуществляется двумя органами: федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности и палатой по патентным спорам, являющейся подразделением указанного федерального органа, чьи решения утверждаются руководителем указанного федерального органа.

Что касается защиты патентных прав на секретные изобретения в досудебном (административном) порядке, то такая защита осуществляется уполномоченными органами, перечень которых установлен Постановлением Правительства РФ от 2 октября 2004 г. N 514 (СЗ РФ. 2004. N 41. Ст. 4046): Министерство обороны РФ; Министерство внутренних дел РФ; Министерство здравоохранения и социального развития РФ; Федеральная служба безопасности РФ; Федеральное агентство по атомной энергетике; Федеральное агентство по промышленности.

Статья 1407. Публикация решения суда о нарушении патента

Комментарий к статье 1407

1. Комментируемая статья, являющаяся нововведением в ГК РФ, содержит норму о праве патентообладателя на публикацию решения суда, касающегося в основном нарушения его патента.

Указанная норма широко известна в патентных законодательствах государств с развитым правопорядком как дополнительная санкция в делах о нарушении патента (контрафакции).

В ранее действовавшем законодательстве сходная норма присутствовала в п. 2 ст. 46 Закона РФ от 23 сентября 1992 г. N 3520-1 "О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров" (Ведомости РФ. 1992. N 42. Ст. 2322; СЗ РФ. 2002. N 50. Ст. 4927), согласно которой защита гражданских прав от незаконного использования товарного знака, помимо требований о прекращении нарушения или взыскании причиненных убытков, осуществляется также путем публикации судебного решения в целях восстановления деловой репутации потерпевшего.

По непонятным причинам указанная норма не включена в ст. 1515 ГК РФ, в которой предусмотрены меры ответственности за незаконное использование товарного знака (см. комментарий к указанной статье).

2. Законодатель увязал право патентообладателя на публикацию решения суда о нарушении патента с действием подп. 5 п. 1 ст. 1252 ГК РФ, в котором одним из способов по защите исключительных прав обозначено требование к нарушителю исключительных прав о публикации решения суда о допущенном нарушении с указанием действительного правообладателя.

В комментируемой статье предусмотрено, что патентообладатель вправе потребовать публикации в официальном бюллетене федерального органа исполнительной власти по интеллектуальной собственности решения суда о неправомерном пользовании изобретения, полезной модели или промышленного образца или об ином нарушении его прав.

Чрезвычайная лаконичность комментируемой статьи оставляет большой простор для толкования. Не ясно, за чей счет следует публиковать решение суда о нарушении патента? Почему избран только один источник публикации - официальный бюллетень указанного федерального органа, а не любое средство массовой информации по выбору патентообладателя, как это принято в мировой патентной практике? Куда должно быть обращено требование патентообладателя - в суд или в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности, в официальном бюллетене которого должна быть осуществлена такая публикация?

Следует полагать, что решение о публикации должен выносить суд одновременно с решением суда о нарушении патента с отнесением расходов за такую публикацию на ответчика.

В комментируемой статье говорится также о публикации решения суда "об ином нарушении его (т.е. патентообладателя) прав". Самым распространенным видом нарушения прав патентообладателя, сопутствующим нарушению патента, является распространение ответчиком ложных, неточных или искаженных сведений, способных причинить убытки патентообладателю, либо нанести ущерб его деловой репутации, что является одной из форм недобросовестной конкуренции, подпадающей под действие ст. 14 Федерального закона от 26 июля 2006 г. N 135-ФЗ "О защите конкуренции" (СЗ РФ. 2006. N 31 (часть 1). Ст. 3434).

3. Вполне очевидно, что публикация решения суда о нарушении патента является одним из способов защиты нарушенного исключительного права.

Кроме того, публикация решения суда о нарушении патента представляет собой детализацию ст. 12 ГК РФ, в которой изложен примерный перечень способов защиты гражданских прав.

Глава 73. ПРАВО НА СЕЛЕКЦИОННОЕ ДОСТИЖЕНИЕ

§ 1. Основные положения

Статья 1408. Права на селекционные достижения

Комментарий к статье 1408

1. С принятием части четвертой ГК РФ произошли изменения в правовой охране селекционных достижений, хотя, на первый взгляд, ничего существенного не произошло, так как Закон РФ от 6 августа 1993 г. N 5605-1 "О селекционных достижениях" (далее - Закон о селекционных достижениях (Ведомости РФ. N 36. Ст. 36)), действие которого простиралось до 1 января 2008 г., лег в основу главы 73 части четвертой ГК РФ ("Право на селекционное достижение").

В свою очередь, основные положения Закона о селекционном достижении воспроизводят соответствующие нормы Международной конвенции по охране новых сортов растений от 2 декабря 1961 г., пересмотренной в Женеве 10 ноября 1972 г., 23 октября 1978 г. и 19 марта 1991 г. (далее - Конвенция УПОВ), насчитывающей на 1 января 2008 г. 65 государств-участников, к которой Россия присоединилась в 1998 г. (Постановление Правительства РФ от 18 декабря 1997 г. N 1577 "О присоединении Российской Федерации к Международной конвенции по охране новых сортов растений" (СЗ РФ. 1997. N 51. Ст. 5819)).

К источникам правового регулирования селекционных достижений можно отнести другие законодательные акты, в том числе Федеральные законы: от 3 августа 1995 г. N 123-ФЗ "О племенном животноводстве" (СЗ РФ. 1995. N 32. Ст. 3199); от 5 июля 1996 г. N 86-ФЗ "О государственном регулировании в области генно-инженерной деятельности" (СЗ РФ. 1996. N 28. Ст. 3348); от 17 декабря 1997 г. N 149-ФЗ "О семеноводстве" (СЗ РФ. 1997. N 51. Ст. 5715).

2. Селекция (от лат. selection - отбор) - это творческая деятельность человека, направленная на создание новых и улучшение существующих сортов растений, пород животных и штаммов микроорганизмов.

Селекционное достижение, согласно ст. 1225 ГК РФ, относится к охраняемым результатам интеллектуальной деятельности и включает в себя сорта растений и породы животных.

Вместе с тем селекционные достижения не признаются в качестве объектов интеллектуальной (в том числе промышленной) собственности в многосторонних международных договорах, поскольку ни Парижская конвенция по охране промышленной собственности 1883 г. (ст. 1 (2)), ни Конвенция, учреждающая Всемирную организацию интеллектуальной собственности 1967 г. (ст. 2 (viii)), не содержат их в соответствующих перечнях охраны. Более того, сорта растений были исключены из перечня объектов промышленной собственности в результате принятия в Стокгольме последней редакции Парижской конвенции 14 июля 1967 г. (Pechmann E.F., Wendt D. Verletrung von deutschen Sortenschutzrechten // Mitteilungen. 1982. N 11. S. 201).

Большинство государств, в том числе государства - члены ЕС, создали системы специальной охраны новых сортов растений, исключив их из сферы традиционной патентной охраны.

Особняком стоит законодательство США, где существует развитая патентная система охраны сортов растений наряду с действием специального закона в указанной области. В США в 1930 г. принят Закон о патентах на растения (Plant Patent Act), вошедший в 1952 г. в Патентный закон, действие которого распространяется только на растения, воспроизводимые вегетативным способом, кроме некоторых растений (§ 161) (Lesser W. Patenting seeds in the United States of America: what to espect // Industrial Property. 1986. N 9. P. 360). В 1970 г. был принят специальный Закон об охране сортов растений

(Plant Variety Protection Act), размножающихся генеративным путем, согласно которому выдаются свидетельства об охране сортов растений (certificate of plant variety protection), который имеет много общего с Конвенцией УПОВ. Кроме того, в США возможна выдача патента на растения на основании общих норм патентного права (§ 101 Патентного закона).

Следовательно, в США селекционеру предоставляется самый широкий выбор форм охраны растений и даже, в определенных случаях, их сочетания: традиционными патентами, патентами на растения и свидетельствами на сорт растения. При этом права владельцев охранных документов в каждой из трех форм охраны различны, что нередко приводит к конфликтным ситуациям.

Статья 2 Конвенции УПОВ в первоначальной редакции обязывала государства-участники предоставлять растениям одного и того же ботанического рода или вида только одну форму охраны; при этом если государства-участники помимо введения специального закона об охране растений предоставляли растениям и патентную охрану, то условия такой охраны должны быть согласованы с Советом УПОВ. Изменения, внесенные в Конвенцию УПОВ 19 марта 1991 г., устранили запрет на двойное патентование в соответствии с патентным законодательством и законодательством об охране новых сортов растений. Не последнюю роль в принятии указанного изменения сыграла позиция США.

Не без влияния США была принята также норма ст. 27 (3) (b) Соглашения о торговых аспектах прав интеллектуальной собственности (далее - Соглашение ТРИПС, или Соглашение TRIPS), согласно которой государства - члены ВТО предоставляют охрану сортов растений либо путем выдачи патентов, либо путем применения эффективной системы sui generis (т.е. в рамках специального законодательства), либо любым их сочетанием.

В России проблемы с выбором между двумя системами охраны селекционных достижений отчетливо проявились в 2003 г. после внесения изменения в ст. 4 Патентного закона, согласно которому был отменен закрытый перечень объектов изобретения, в результате чего появилась возможность выдачи патента на трансгенные растения и животные, т.е. на объекты живой природы.

Исключение из патентования сортов растений и пород животных и биологических способов их получения в соответствии с п. 6 ст. 1350 ГК РФ способствует более четкому разграничению сфер действия патентного права и права не селекционное достижение. Ведь п. 3 ст. 4 ранее действовавшего Патентного закона РФ не признавал патентоспособными только сорта растений и породы животных, что оставляло лазейку для косвенной охраны сортов растений и пород животных через способы их получения.

3. В СССР селекционные достижения приравнивались по правовой охране к изобретениям, т.е. в отличие от России была реализована патентно-правовая модель селекционных достижений (п. 22 Положения об открытиях, изобретениях и рационализаторских предложениях, утвержденного Постановлением Совета Министров СССР от 21 августа 1973 г. N 584 (СП СССР. 1973. N 19. Ст. 109)), с учетом того обстоятельства, что на новые селекционные достижения выдавались авторские свидетельства, а на улучшенные селекционные достижения - свидетельства.

4. Исходя из новой классификации результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации, принятой в части четвертой ГК РФ (ст. 1226), права на селекционные достижения объединены общим родовым понятием "интеллектуальные права".

В соответствии с п. 1 комментируемой статьи авторы селекционного достижения, отвечающего условиям предоставления правовой охраны, предусмотренным ГК РФ, принадлежат следующие интеллектуальные права: исключительное право; право авторства.

Исключительное право на селекционное достижение является имущественным правом; его содержание раскрыто в ст. 1421 ГК РФ (см. комментарий к ней).

Следует особо указать на несколько гипертрофированный характер главенствующей роли автора в сфере селекционной деятельности, особенно в части принадлежности ему исключительного права, что не присуще законодательствам государств с развитым правопорядком. В связи с вышеизложенным следует полагать, что положение о принадлежности автору исключительного права необходимо толковать таким образом, что автор получает это право только после выдачи ему патента. В противном случае, если толковать эту норму буквально и изолированно от других норм, автор, не являющийся патентообладателем, может всегда претендовать на исключительное право наряду с действительным патентообладателем, что противоречит принципам правовой охраны селекционных достижений.

Право авторства представляет собой личное неимущественное право; его содержание раскрыто в ст. 1418 ГК РФ (см. комментарий к ней).

Законодатель не счел нужным формулировать легальное определение селекционного достижения, как это было сделано в ст. 1 ранее действовавшего Закона о селекционных достижениях в отношении как селекционного достижения, так и охраняемого селекционного достижения. Указанное обстоятельство служило основой в доктрине для обозначения новых биологических объектов, не прошедших государственное испытание (апробацию) в качестве результатов селекционной деятельности, а новых сортов растений или пород животных, созданных в результате целенаправленной творческой деятельности, отвечающих условиям охраноспособности и признанных компетентным органом, выдающим охранный документ, - в качестве селекционных достижений (см.: Синельникова В.Н. Проблемы селекционного законодательства. М., 1991. С. 56).

В настоящее время сборное (комплексное) понятие селекционного достижения можно вывести логическим путем через перечень объектов интеллектуальных прав на селекционные достижения и условий охраноспособности селекционных достижений, изложенных, соответственно, в ст. 1412 и 1413 ГК РФ (см. комментарий к указанным статьям).

Как уже отмечалось, селекционные достижения считаются результатами интеллектуальной деятельности, но в то же время они существенно отличаются от классических результатов интеллектуальной деятельности, имеющих нематериальный характер.

В большинстве стран мира правовая охрана селекционных достижений - это специальная (особого рода) охрана, отличающаяся по многим аспектам от правовой охраны других результатов интеллектуальной деятельности. Особые условия охраноспособности селекционных достижений составляет их специфику как объекта охраны, представляющего собой биологический материал, подверженный как человеческому влиянию, так и естественным воздействиям. На первый взгляд, сорт растений или порода животных как объект охраны непосредственно связаны с конкретным растением или животным и не могут быть представлены в качестве нематериального объекта, свойства, присущего всем результатам интеллектуальной деятельности.

Однако это мнимое противоречие, вытекающее из специфики права селекционера. Предметом охраны все же является объект, определяемый совокупностью существенных признаков, зафиксированных в описании селекционного достижения. Таким образом, правовая охрана предоставляется определенным признакам (свойствам) растений или животных (нематериальный элемент), воспроизведенным в отдельных особях (материальный элемент), которые обладают такими признаками (свойствами). Следовательно, в сфере селекционных достижений нематериальный элемент неразрывно связан с материальным элементом, в котором он только и может проявляться в рамках совокупности особей одного вида, искусственно созданного человеком.

5. В пункте 2 комментируемой статьи закреплен примерный перечень прав, которые в случаях, предусмотренных ГК РФ, принадлежат автору селекционного достижения. К указанным правам относятся следующие: право на получение патента (см. комментарий к ст. 1420); право на наименование селекционного достижения <1> (см. комментарий к ст. 1419); право на вознаграждение за использование служебного селекционного достижения (см. комментарий к ст. 1430).

- -

<1> Специфика права на селекционное достижение такова, что присвоение наименования селекционного достижения является, скорее всего, обязанностью селекционера, чем его правом, о чем более подробно будет сказано ниже.

В состав других прав автора селекционного достижения можно также включить право на вознаграждение авторов селекционного достижения, созданного, выведенного или выявленного по заказу (см. комментарий к п. 4 ст. 1431), право на вознаграждение автору селекционного достижения, созданного, выведенного или выявленного при выполнении работ по государственному или муниципальному контракту (см. комментарий к ст. 1432).

Статья 1409. Действие исключительного права на селекционные достижения на территории Российской Федерации

Комментарий к статье 1409

1. В комментируемой статье, являющейся новеллой части четвертой ГК РФ, выражен территориальный принцип действия исключительного права на селекционное достижение.

Территориальный предел действия - это один из признаков, наряду с объектом охраны (см. комментарий к п. 2 ст. 1415 ГК РФ) и сроком действия (см. комментарий к ст. 1424 ГК РФ) исключительного права, выявляющего его специфику и отличие, например, от объектов вещного права.

Территориальный предел действия исключительного права, как правило, составляет территория государства, компетентный орган которого предоставил исключительное право или право селекционера, удостоверенное патентом или иным охранным документом (например, свидетельством).

За пределами территории, на которую распространяется действие исключительного права или права селекционера, соответствующее селекционное достижение может быть безвозмездно использовано любым лицом.

В связи с вышеизложенным вполне очевидна необходимость получения национальных охранных документов в каждом государстве, где имеются экономические интересы селекционера, или использования возможности региональных систем правовой охраны селекционных достижений, например правовой охраны сортов растений ЕС, основанной на Регламенте Совета ЕС N 2100/94 от 27 июля 1994 г.

Введение нормы о территориальном характере действия исключительного права на селекционные достижения полезно также и с точки зрения необходимости правильного толкования других норм ГК РФ (например, ввоз на территорию России как одна их форм контрафакции - см. комментарий к ст. 1421 ГК РФ, исчерпание прав как одна из форм ограничения прав патентообладателя - см. комментарий к ст. 1422 ГК РФ).

2. Из текста комментируемой статьи следует, что на территории России действуют не только патенты, выданные федеральным органом исполнительной власти по селекционным достижениям, но и патенты, имеющие силу на ее территории в соответствии с международными договорами Российской Федерации.

Указанная норма сформулирована по образцу и подобию нормы ст. 1346 ГК РФ относительно действия исключительных прав на изобретения, полезные модели и промышленные образцы на территории России.

Однако если в отношении изобретений таким международным договором Российской Федерации является Евразийская патентная конвенция от 9 сентября 1994 г., в соответствии с которой на территории России, как и на территории других государств - участников Конвенции, действуют евразийские патенты, выданные Евразийским патентным ведомством, то в отношении селекционных достижений такой международный договор Российской Федерации отсутствует.

Иными словами, в отношении селекционных достижений не создана региональная система правовой охраны с участием Российской Федерации.

Следует особо указать, что на иных принципах по сравнению с другими региональными системами действует принятое на Экономическом совете СНГ 16 марта 2001 г. в г. Москве Соглашение о правовой охране сортов растений. В соответствии со ст. 3 указанного Соглашения охрана права на сорт растений осуществляется в соответствии с национальными законодательствами сторон; охрана может осуществляться также на основе взаимного признания сторонами охранных документов с учетом результатов экспертизы компетентных органов других Сторон согласно двусторонним или многосторонним соглашениям.

Указанное Соглашение вступило в силу 29 ноября 2004 г. в отношении Азербайджана, Белоруссии, Казахстана, Кыргызстана и Таджикистана.

Следовательно, международными договорами Российской Федерации для целей применения комментируемой статьи будут двусторонние или многосторонние соглашения о взаимном признании охранных документов на сорт растений в рамках Соглашения о правовой охране сортов растений от 16 марта 2001 г. при условии присоединения к нему Российской Федерации.

Что же касается региональной системы правовой охраны селекционных достижений на постсоветском пространстве на основе единого патента или иного единого охранного документа, выдаваемого наднациональным органом, то перспектива создания такой системы в обозримом будущем маловероятна.

3. Некоторые авторы ошибочно полагают, что международным договором Российской Федерации, в соответствии с которым на территории Российской Федерации действуют патенты, является Конвенция УПОВ, к которой Россия присоединилась в 1998 г.

Несмотря на наличие в Конвенции УПОВ многих материально-правовых норм, обязательных для Договаривающихся Сторон (например, предоставление национального режима - ст. 4; критерии, которым должен удовлетворять новый сорт (новизна, отличимость, однородность, стабильность) - ст. 5 - 9), указанная Конвенция не предусматривает выдачу единого охранного документа, который бы действовал на территориях Договаривающихся Сторон, в том числе и на территории Российской Федерации.

Положения УПОВ лишь способствуют облегчению регистрации новых сортов растений на территориях Договаривающихся Сторон на основе истребования права конвенционного приоритета, закрепленного в ст. 11 Конвенции УПОВ. Указанное право конвенционного приоритета заключается в том, что селекционер, подавший в установленном порядке заявку на предоставление правовой охраны нового сорта в одной из Договаривающихся сторон ("первая заявка"), пользуется в течение 12 месяцев правом приоритета для целей подачи заявки на предоставление права селекционера на этот сорт в компетентный орган любой другой Договаривающейся Стороны ("последующая заявка").

И только компетентный орган Договаривающейся Стороны, в который поступит последующая заявка, правомочен выдать по ней охранный документ на новый сорт растений или отказать в его выдаче.

Статья 1410. Автор селекционного достижения

Комментарий к статье 1410

1. Первое предложение комментируемой статьи, в принципе, воспроизводит абзац третий ст. 22 ранее действовавшего Закона о селекционных достижениях. Главное отличие заключается в том, что вместо термина "физическое лицо" использован термин "селекционер-гражданин". Указанное отличие можно отметить по всему тексту части четвертой ГК РФ, в том числе в общей норме п. 1 ст. 1228 ГК РФ, согласно которой автором результата интеллектуальной деятельности признается гражданин, творческим трудом которого создан такой результат.

Указание законодателем гражданина в качестве автора связано, собственно, с интеграцией норм об исключительных правах в ГК РФ. В связи с этим для целей комментария настоящей статьи необходимо обратиться к общим нормам части первой ГК РФ, например п. 2 ст. 1, в котором граждане и физические лица фигурируют в качестве синонимов. Кроме того, следует принимать во внимание норму п. 1 ст. 2 ГК РФ, согласно которой правила, установленные гражданским законодательством, применяются к отношениям с участием иностранных граждан, лиц без гражданства и иностранных юридических лиц, если иное не предусмотрено федеральным законом. Следовательно, безосновательны опасения на предмет того, что могут быть ущемлены права иностранных граждан и апатридов.

Следует отметить, что гражданское законодательство не устанавливает особых возрастных ограничений для граждан (физических лиц) в плане их признания авторами селекционных достижений. Однако в этих случаях необходимо прибегать к общим нормам ГК РФ: несовершеннолетние в возрасте от 14 до 18 лет вправе самостоятельно осуществлять права автора результата своей интеллектуальной деятельности, в то время как от имени малолетних, а также граждан, признанных недееспособными, права авторов могут осуществлять только их законные представители.

2. Как и прежде, непременным условием признания за селекционером-гражданином (физическим лицом) статуса автора является его творческий труд при создании, выведении или выявлении селекционного достижения.

Творческий труд, или - в более широком понимании - творчество, следует рассматривать как сложный многоаспектный процесс взаимоотношений между авторами-творцами и объектами творчества, как единство познания и преобразования. Наиболее общее определение творчества, содержащееся в энциклопедических словарях, следующее: деятельность, порождающая нечто качественно новое и отличающееся неповторимостью, оригинальностью и общественно-исторической уникальностью.

Вместе с тем следует всегда учитывать особенности творческого процесса применительно к объектам живой природы, в которых совмещен замысел селекционера с его непосредственным живым результатом.

Особенность творчества селекционера заключается также в том, что для признания авторства достаточно не только создание или выведение селекционного достижения, но и его выявление, т.е. случайные достижения искомого результата. В этом отношении селекционные достижения сближаются с открытиями, когда в отдельных случаях авторы не могут теоретически объяснить полученные результаты. Указанная позиция российского законодателя совпадает с определением понятия "селекционер" ("лицо, которое создало, выявило или вывело сорт"), сформулированным в ст. 1 (IV) Конвенции УПОВ.

Другая особенность творческого труда селекционера-гражданина - длительность селекционного процесса и его преимущественно коллективный характер, когда достаточно сложно определить конкретный вклад того или иного участника

селекционного процесса. Указанная особенность послужила основой идеи о необходимости признавать первоначальное право авторства за учреждением - оригинатором селекционного достижения, т.е. признавать право авторства за юридическим лицом (см.: Левченко В.И. Правовая охрана селекционных достижений. М., 1983. С. 54). Как следует из комментируемой статьи, российский законодатель сохранил индивидуальный характер правовой охраны авторских прав селекционеров.

3. Во втором предложении комментируемой статьи установлена опровержимая презумпция авторства лица, указанного в качестве такового в заявке на выдачу патента на селекционное достижение. Необходимо только указание автора селекционного достижения, а также его места жительства (см. комментарий к ст. 1433 ГК РФ).

Хотя это непосредственно не указано в гл. 73 ГК РФ, следует полагать, что споры об авторстве на селекционное достижение (т.е. в случаях опровержения презумпции авторства) рассматриваются только в судебном порядке.

Следовательно, существует легальная презумпция действительного авторства подателя заявки на селекционное достижение до тех пор, пока она не опровергнута в установленном порядке.

Статья 1411. Соавторы селекционного достижения

Комментарий к статье 1411

1. Положения комментируемой статьи - это нововведение в праве селекционера.

Большинство селекционных достижений создаются в трудовых коллективах или на иной коллективной основе, что предполагает авторство самых разных специалистов (биотехнологи, генетики, фитопатологи, цитологи и др.), именуемых соавторами, чьим совместным творческим трудом создаются сорта растений и породы животных.

В пункте 1 комментируемой статьи предусмотрено, что граждане, совместным творческим трудом которых создано, выведено или выявлено селекционное достижение, признаются соавторами. Следовательно, соавторство предполагает совместное творчество нескольких физических лиц по получению селекционного достижения, т.е. особый случай авторства.

2. При установлении соавторства ключевыми понятиями являются понятия "совместный труд" и "творческий труд", которые охвачены словосочетанием "совместный творческий труд".

Понятие "совместный труд" не определено ни в ГК РФ, ни в других нормативных правовых актах. Следует полагать, что совместный характер труда можно установить через взаимодействие (прямое или опосредованное) участников коллективного процесса по получению селекционного достижения либо в трудовых коллективах, либо в рамках иных отношений, в том числе гражданско-правовых. При этом следует иметь в виду, что такое взаимодействие возможно как в форме непосредственной кооперации и общения участников трудового процесса, так и в форме разделенного во времени сотрудничества, когда трудовой процесс организован поэтапно и его участники прямо не контактируют друг с другом. В последнем случае на заключительных этапах трудового процесса используются неопубликованные результаты разработок, полученные на предшествующих его этапах.

Равным образом не определено легально понятие "творческий труд", которое еще в меньшей степени подвержено формализации. Косвенные признаки отсутствия творческого характера труда соавторов закреплены в общих положениях части четвертой ГК РФ. Так, согласно абзацу второму п. 1 ст. 1228 ГК РФ, не признаются авторами результата интеллектуальной деятельности граждане, не внесшие личного творческого вклада в создание такого результата, в том числе оказавшие его автору только техническое, консультационное, организационное или материальное содействие или

помощь либо только способствовавшие оформлению прав на такой результат или его использованию, а также граждане, осуществляющие контроль за выполнением соответствующих работ.

3. В пунктах 2 и 3 комментируемой статьи определены правомочия соавторов по использованию селекционных достижений, включая распределение доходов от такого использования, по распоряжению правом на получение патента, а также по распоряжению исключительным правом на селекционное достижение.

В пункте 2 предусмотрено, что каждый из соавторов вправе использовать селекционное достижение по своему усмотрению, если соглашением между ними не предусмотрено иное. Указанная диспозитивная норма может применяться в отношении соавторов в тех случаях, когда они одновременно являются и патентообладателями. Понятие "использование" селекционного достижения, раскрытое в ст. 1421 ГК РФ (см. комментарий к указанной статье) путем изложения исчерпывающего перечня действий по использованию, входит в качестве позитивной функции исключительного права на указанный результат интеллектуальной деятельности. В комментируемой норме установлено общее правило, касающееся использования охраняемого объекта при совместном обладании: каждый из соавторов имеет право использовать охраняемый объект по своему усмотрению, без согласования такого использования с остальными соавторами.

В абзаце первом п. 3 данной статьи предусмотрено, что к отношениям соавторов, связанным с распределением доходов от использования селекционного достижения и с распоряжением исключительным правом на указанный объект, соответственно применяются правила п. 3 ст. 1229 ГК РФ. Из сказанного следует, что доходы от совместного использования селекционного достижения распределяются между всеми соавторами поровну, если соглашением между ними не определено иное, а распоряжение исключительным правом на эти результаты осуществляется соавторами совместно, если ГК РФ не предусмотрено иное.

В общей норме о распоряжении исключительным правом, предусмотренной ст. 1233 ГК РФ, установлены два частных способа такого распоряжения: договор об отчуждении исключительного права и лицензионный договор. Вполне очевидно, что возможны и другие не противоречащие закону и существу исключительного права способы распоряжения, например договор залога исключительного права, договор доверительного управления и т.п.

4. Особого внимания заслуживает положение абзаца второго п. 3 комментируемой статьи, которым установлена императивная норма о том, что распоряжение правом на получение патента на селекционное достижение осуществляется авторами совместно. Указанная норма может привести к тупиковой ситуации в случае возможного спора между соавторами, что в целом не идет на пользу правовой охране селекционных достижений в нашей стране.

Кроме того, нигде по тексту гл. 73 ГК РФ не закреплено за соавторами право на получение патента. Ведь в ст. 1420 ГК РФ устанавливается правило о принадлежности только автору права на получение патента. Вполне очевидно, что явное упущение законодателя по этому вопросу не может быть истолковано таким образом, что соавторы лишены права на получение патента на селекционное достижение.

В российском законодательстве нет также прямого ответа на вопрос о содержании понятия "распоряжение правом на получение патента", казалось бы, уместна аналогия с понятием "распоряжение исключительным правом" (как минимум, договор об отчуждении, лицензионный договори договор залога). Однако, исходя из смысла ст. 1420 ГК РФ, можно заключить, что под распоряжением правом на получение патента законодатель понимает только договор об отчуждении этого права. По-видимому, развитие рыночных отношений в нашей стране не достигло того уровня, чтобы включать в гражданский оборот также права, вытекающие из патентных заявок, в форме

лицензионных договоров или договоров о залоге этих прав, как это уже давно принято в государствах с развитым правопорядком.

5. Равным образом в главе 73 ГК РФ не закреплены правомочия по распределению вознаграждения между соавторами за селекционное достижение, созданное, выведенное или выявленное в связи с выполнением служебного задания или при выполнении работ по договору.

В отличие от ранее действовавшего законодательства (ст. 23 Закона о селекционных достижениях) в главе 73 ГК РФ отсутствует общая норма о том, что вознаграждение распределяется в соответствии с соглашением между несколькими авторами (т.е. соавторами).

Однако систематическое толкование п. 3 комментируемой статьи и ст. 1430, 1431 и 1432 ГК РФ, в которых предусмотрено право автора на вознаграждение за служебное селекционное достижение, селекционное достижение, созданное, выведенное или выявленное по заказу или контракту, приводит к выводу, что соавторы правомочны распределять суммы вознаграждения между собой поровну, если соглашением между ними не определено иное.

6. Пункт 4 комментируемой статьи посвящен одному из нововведений в часть четвертую ГК РФ, согласно которому каждый из соавторов вправе самостоятельно принимать меры по защите своих прав. Указанная норма, сформулированная в качестве императивной, рассчитана на защиту как исключительных прав, так и личных неимущественных прав соавторов. Несмотря на тот факт, что в параграфе 6 главы 73 ГК РФ ("Защита прав авторов селекционных достижений и иных патентообладателей") не упомянуты соавторы, не вызывает сомнения, что статьи указанного параграфа в равной мере относятся и к соавторам (см. комментарии к ст. 1446 и 1447 ГК РФ).

Статья 1412. Объекты интеллектуальных прав на селекционные достижения

Комментарий к статье 1412

1. В российском законодательстве отсутствует единое легальное определение селекционного достижения. Сборное (комплексное) понятие селекционного достижения можно вывести логическим путем через перечень объектов селекционных достижений и условий охраноспособности селекционного достижения.

В соответствии с п. 1 комментируемой статьи под объектами интеллектуальных прав на селекционные достижения понимаются сорта растений и породы животных, зарегистрированные в Государственном реестре охраняемых селекционных достижений, если эти результаты интеллектуальной деятельности отвечают установленным к ним требованиям.

Далее следуют определения понятий сорта растений и пород животных, которые в целом воспроизводят соответствующие понятия, предусмотренные ст. 1 ранее действовавшего Закона о селекционных достижениях.

2. Сортом растений в соответствии с п. 2 комментируемой статьи является группа растений, которая независимо от охраноспособности определяется по признакам, характеризующим данный генотип или комбинацию генотипов, и отличается от других групп растений того же ботанического таксона одним или несколькими признаками. При этом сорт может быть представлен одним или несколькими растениями, частью или несколькими частями растения при условии, что такая часть или такие части могут быть использованы для воспроизводства целых растений сорта. Охраняемыми категориями сорта признаются клон, линия, гибрид первого поколения, популяция.

Указанное выше определение сорта растений в принципе соответствует аналогичному определению, предусмотренному в ст. 1 (VI) Конвенции УПОВ.

Используемые в комментируемом пункте естественнонаучные термины, требующие пояснения, раскрыты в справочной литературе (см.: Биологический энциклопедический словарь. М.: Большая Российская энциклопедия, 1995).

Генотип (от ген и греч. typos - отпечаток) - генетическая наследственная конституция организма, совокупность всех наследственных задатков данной клетки или организма.

Таксон - группа организмов, связанных той или иной степенью родства и достаточно обособленная, чтобы ей можно было присвоить определенную таксономическую категорию того или иного ранга - род, вид, семейство и т.д.

Клон (от греч. clon - отпрыск, ветвь) - совокупность клеток или особей, произошедших от общего предка путем бесполого размножения.

Линия - группа родственных особей, характеризующаяся определенными признаками, постоянно воспроизводящимися в ряду поколений (при этом подразумевается генотипичная однородность линии по генам, контролирующая эти признаки). Указанный термин используется в генетике и селекции животных и растений.

Гибрид (от лат. hibrida, hybrida) - организм (клетка), полученный в результате объединения генетического материала генотипически разных механизмов (клеток), т.е. гибридизации.

Популяция - совокупность особей одного вида, обладающих общим генофондом и занимающих определенную территорию. В настоящее время интенсивно исследуется и популяция растений, по отношению к которым часто употребляют термин "ценопопуляция".

3. Согласно п. 3 комментируемой статьи породой животных считается группа животных, которая независимо от охраноспособности обладает генетически обусловленными биологическими и морфологическими свойствами и признаками, причем некоторые из них специфичны для данной группы и отличают ее от других групп животных. При этом порода может быть представлена женской или мужской особью либо племенным материалом, т.е. предназначенными для воспроизводства породы животными (племенными животными), их гаметами или зиготами (эмбрионами). Охраняемыми категориями породы животных признаются тип, кросс линий. В указанном перечне отдельная категория породы животных - "линия", представляющая группу животных, используемых в качестве материнской или отцовской формы при производстве кросса линий.

Гамета (от греч. gamete - жена, gametes - муж) - половая клетка, репродуктивная клетка животных и растений, обеспечивающая передачу наследственной информации от родителей потомкам.

Зигота (от греч. zygotes - соединенный вместе) - клетка, образующаяся в результате слияния гамет разного пола, т.е. оплодотворенное яйцо.

Тип - одна из высших таксонических категорий в систематике животных; определенная группа (таксон) животных, которой присвоен ранг типа. Объединяет родственные классы; часто типы подразделяют на более высокие, чем классы, подтипы - таксоны.

В классическом понимании линия представляет собой группу высокоценных по продуктивным и племенным качествам животных, происходящих от одного выдающегося родоначальника и сходных с ним по конституции и продуктивности. По характеру воспроизведения различают инбредные линии (инбридинг - скрещивание организмов, имеющих общих предков), аутбредные линии (аутбридинг - система скрещивания неродственных форм одного вида) или чистые линии.

В результате удачных кроссов линий (т.е. сочетания различных линий или результата межлинейных скрещиваний) создаются новые линии, воспринимающие ценные качества исходных линий.

Следует особо отметить, что в большинстве стран мира породы животных исключены из охраны. Так, например, Европейская патентная конвенция 2000 г. (ЕПК) и

патентные законодательства государств - участников ЕПК исключают из охраны породы животных, а также преимущественно биологические способы выведения животных.

Право селекционера на породы животных в России имеет исторические корни. К примеру, п. 22 Положения об открытиях, изобретениях и рационализаторских предложениях 1973 г. (СП СССР. 1973. N 19. Ст. 109) приравнивал селекционные достижения, включая породы сельскохозяйственных животных и птиц, их высокопродуктивные заводские и внутренние типы и заводские линии, новые типы пушных зверей и новые породы тутового шелкопряда, по правовой охране к изобретениям. Вполне очевидно, что в бывшем СССР, в отличие от нынешней России, была реализована в чистом виде патентно-правовая модель охраны селекционных достижений, в том числе и пород животных.

Статья 1413. Условия охраноспособности селекционного достижения

Комментарий к статье 1413

1. Пункт 1 комментируемой статьи предписывает, что патент выдается на селекционное достижение, отвечающее критериям охраноспособности и относящееся к ботаническим и зоологическим родам и видам, перечень которых устанавливается федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим нормативно-правовое регулирование в сфере сельского хозяйства (в настоящее время - Министерство сельского хозяйства РФ).

Иными словами, патент на селекционное достижение выдается при наличии одновременно двух условий: сорт растений или порода животных должны отвечать критериям охраноспособности (новизна, отличимость, однородность, стабильность) и относиться к ботаническим и зоологическим родам и видам, перечень которых сформулирован в установленном порядке (формирование перечня началось 30 августа 1994 г.).

Следует особо отметить, что упоминание указанного перечня в п. 1 комментируемой статьи противоречит ст. 3 (2) (ii) Конвенции УПОВ, поскольку каждый член Союза УПОВ самое позднее по истечении 10 лет с даты присоединения (для России - с 24 апреля 2008 г.) должен применять положения Конвенции УПОВ ко всем родам и видам растений.

2. В пункте 2 комментируемой статьи перечислены критерии охраноспособности селекционного достижения: новизна, отличимость, однородность и стабильность.

Следует отметить, что указанные критерии охраноспособности селекционного достижения в целом унифицированы с аналогичными критериями нового сорта растения согласно ст. 5 - 9 Конвенции УПОВ.

3. В соответствии с п. 3 комментируемой статьи сорт растения и порода животных считаются новыми, если на дату подачи заявки на выдачу патента семена или племенной материал данного селекционного достижения не продавались и не передавались иным образом селекционером, его правопреемником или с их согласия другим лицам для использования селекционного достижения:

- на территории России ранее чем за один год до указанной даты;

- на территории другого государства ранее чем за четыре года или, если это касается сортов винограда, древесных декоративных, древесных плодовых культур и древесных лесных пород, ранее чем за шесть лет до указанной даты.

Как следует из вышеизложенного, под новизной селекционного достижения понимается установление факта правомочного (т.е. селекционером или с его согласия) введения селекционного достижения в оборот в течение определенного срока. Установлен одногодичный льготный срок сохранения новизны для внутреннего сбыта, соответственно четырехлетний и шестилетний - для зарубежного сбыта.

По сути, речь идет о так называемой коммерческой новизне селекционного достижения, которая существенно отличается от аналогичного критерия патентоспособности других результатов интеллектуальной деятельности (изобретений, полезных моделей, промышленных образцов), поскольку при ее установлении не учитывается общеизвестность селекционного достижения, в том числе в случае злонамеренного раскрытия информации о селекционном достижении третьими лицами.

4. Критерий отличимости определен в п. 4 комментируемой статьи. Так, селекционное достижение должно явно отличаться от любого другого общеизвестного селекционного достижения, существующего к моменту подачи заявки на выдачу патента. При этом общеизвестным является селекционное достижение, данные о котором находятся в официальных каталогах или справочном фонде либо которое имеет точное описание в одной публикации. Кроме того, подача заявки на выдачу патента также делает селекционное достижение общеизвестным со дня подачи заявки при условии, что на селекционное достижение был выдан патент.

По сути, указанный критерий охраноспособности селекционного достижения играет роль критерия патентоспособности "новизна" для других результатов интеллектуальной деятельности, поскольку при проведении испытания селекционного достижения на отличимость принимается во внимание вся имеющаяся в мире информация о селекционных достижениях.

5. В пункте 5 комментируемой статьи раскрыто содержание критерия охраноспособности селекционного достижения "однородность": растения одного сорта, животные одной породы должны быть достаточно однородны (т.е. гомогенны) по своим морфологическим, цитологическим, химическим и другим признакам с учетом отдельных отклонений, которые могут иметь место в связи с особенностями размножения.

Признак однородности призван выражать качественную определенность достигнутого результата селекции, его соответствие определенным биологическим стандартам, установленным для того или иного сорта растений или породы животных.

6. Критерий стабильности селекционного достижения сформулирован следующим образом: селекционное достижение считается стабильным, если его основные признаки остаются неизменными после неоднократного размножения или в случае особого цикла размножения в конце каждого цикла размножения (п. 6 комментируемой статьи). Критерий стабильности предназначен для проверки существования селекционного достижения как такового, его соответствия признакам, указанным в описании сорта растений или породы животных, составленном на дату включения селекционного достижения в Государственный реестр охраняемых селекционных достижений.

Показатели отличимости, однородности и стабильности применительно к отдельным видам растений и пород животных устанавливаются различными методиками, утвержденными федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим нормативно-правовое регулирование в сфере сельского хозяйства.

7. Помимо указанных выше условий охраноспособности селекционного достижения необходимо указать дополнительное условие - присвоение наименования селекционному достижению.

Указанное условие обозначено в качестве прочих условий правовой охраны в ст. 5 Конвенции УПОВ, а обязанность заявителя присвоить сорту растения наименование и обоснование такой обязанности предусмотрены ст. 20 этой Конвенции. Так, в п. 5 ст. 20 Конвенции УПОВ предписано, что сорт должен представляться во всех Договаривающихся Сторонах под одним и тем же наименованием. При этом компетентный орган каждой Договаривающейся Стороны регистрирует представленное таким образом наименование, если только он не сочтет, что такое наименование является неприемлемым на ее территории. В этом случае он может потребовать от селекционера представить другое наименование.

Однако п. 1 ст. 1419 ГК РФ (в отличие от ст. 6 Закона о селекционных достижениях, согласно которой присвоение названия селекционному достижению являлось обязанностью заявителя) предоставляет автору право на наименование селекционного достижения.

А если это право, то автор может и не присваивать селекционному достижению наименование, что прямо противоречит уже упоминавшейся ст. 20 Конвенции УПОВ и закрепленному в ней принципу наличия одинакового наименования сорта растения во всех Договаривающихся Сторонах.

Статья 1414. Государственная регистрация селекционного достижения

Комментарий к статье 1414

1. Содержащаяся в комментируемой статье норма имеет частный характер, она относится конкретно к государственной регистрации селекционных достижений. Норма общего характера о государственной регистрации результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации содержится в ст. 1232 ГК РФ (см. комментарий к указанной статье).

2. Условием признания и охраны исключительного права на селекционное достижение является государственная регистрация соответствующего сорта растения или породы животного.

Следовательно, государственная регистрация селекционного достижения имеет правоустанавливающее значение, поскольку без указанной регистрации не может возникнуть исключительное право на указанный объект.

3. Государственная регистрация селекционного достижения осуществляется федеральным органом исполнительной власти по селекционным достижениям, который вносит селекционное достижение в Государственный реестр охраняемых селекционных достижений, принимает решение о выдаче патента на селекционное достижение и выдает заявителю патент.

Порядок государственной регистрации селекционного достижения и выдачи патента на селекционное достижение установлен в ст. 1439 ГК РФ (см. комментарий к данной статье).

Следует особо отметить, что до 1 января 2008 г. в соответствии с ранее действовавшим законодательством (ст. 3, 32 Закона о селекционных достижениях) федеральный орган исполнительной власти по селекционным достижениям кроме Государственного реестра охраняемых селекционных достижений вел и Государственный реестр селекционных достижений, допущенных к использованию.

Следовательно, в России на законодательном уровне был налажен должный контроль над внедрением селекционных достижений в производство, дополненный соответствующим контролем качества сортовых и посевных семян, а также племенного материала.

Однако с сожалением можно констатировать свертывание с 1 января 2008 г. системы государственного контроля допуска селекционных достижений к использованию, а также существенное искажение системы контроля качества семян и племенного материала. О неблагоприятных последствиях такого решения законодателя будет более подробно указано в комментарии к ст. 1444 ГК РФ.

Статья 1415. Патент на селекционное достижение

Комментарий к статье 1415

1. В пункте 1 комментируемой статьи раскрыта сущность патента как охранного документа, который, согласно определению, удостоверяет приоритет, авторство и исключительное право на селекционное достижение.

Несмотря на использование законодателем термина "удостоверяющий", патент, как охранный документ, имеет конститутивное, т.е. правоустанавливающее значение. Без выдачи патента не возникает исключительное право на сорт растения или породу животных, равно как и приоритет на указанные объекты, а авторство может представлять лишь субъективное значение для создателя предполагаемого селекционного достижения.

Вопросы установления приоритета селекционного достижения рассмотрены в комментарии к ст. 1434 ГК РФ.

Что касается удостоверения патентом авторства на селекционное достижение, то эта формулировка воспринята из советского законодательства об изобретательстве. В законодательствах государств с развитым правопорядком такая норма отсутствует.

В связи с вышеизложенным вызывает сомнение норма о том, что патент может удостоверять авторство, поскольку федеральный орган исполнительной власти по селекционным достижениям не проверяет факт авторства, не требует от заявителя даже простой декларации об авторстве, а факты авторства могут быть оспорены в установленном порядке. Ведь норма об опровержимой презумпции авторства лица, указанного таковым в заявке на выдачу патента на селекционное достижение (см. комментарий к ст. 1410 ГК РФ), несовместима с нормой об удостоверении авторства патентом, выданным по такой заявке.

Не вполне удачна также норма об удостоверении (т.е. в какой-то степени о гарантии) исключительного права на селекционное достижение (см. комментарий к ст. 1421 ГК РФ), поскольку патент в течение срока его действия может быть признан недействительным (см. комментарий к ст. 1441 ГК РФ). Сказанное в равной мере относится и к удостоверению приоритета изобретения, полезной модели и промышленного образца.

В реальности речь может идти о действии исключительного права, вытекающего из выданного патента. Патент как охранный документ - это разновидность легальной монополии, предоставляемой государством патентообладателю в определенном объеме, на определенный срок и на определенной территории, в рамках которой патентообладатель реализует свое право на использование запатентованного селекционного достижения, невзирая на положения антимонопольного законодательства, а также свое право на запрет или разрешение третьим лицам такого использования. Выдача патента - это своего рода вознаграждение патентообладателя за раскрытие селекционного достижения обществу.

2. В пункте 2 комментируемой статьи очерчены предметные границы охраны, предоставляемой патентом на селекционное достижение. Такой объем определяется совокупностью существенных признаков, зафиксированных в описании селекционного достижения.

В соответствии со ст. 1439 ГК РФ при соответствии селекционного достижения критериям охраноспособности, предусмотренным п. 2 ст. 1413 ГК РФ, и при соответствии наименования селекционного достижения требованиям ст. 1419 ГК РФ федеральный орган исполнительной власти по селекционным достижениям принимает решение о выдаче патента, а также составляет описание селекционного достижения и вносит сведения о селекционном достижении в Государственный реестр охраняемых селекционных достижений, в том числе - описание селекционного достижения.

Статья 1416. Авторское свидетельство

Комментарий к статье 1416

1. В ранее действовавшем законодательстве выдача авторского свидетельства предусматривалась ст. 22 Закона о селекционных достижениях.

Указанный документ неизвестен законодательствам государств с развитым правопорядком.

2. Авторское свидетельство не является охранным документом исключительного права в классическом понимании этого слова, как, например, патент.

Авторское свидетельство, как и патент, выдается федеральным органом исполнительной власти по селекционным достижениям и удостоверяет авторство лица, творческим трудом которого создано, выведено или выявлено селекционное достижение.

Хотя в комментируемой норме это и не указано, но, как и прежде, авторское свидетельство выдается каждому автору, не являющемуся патентообладателем.

В практическом плане авторское свидетельство представляет ценность для автора как документ, подтверждающий его право на получение вознаграждения от патентообладателя за использование селекционного достижения, в том числе за использование созданного, выведенного или выявленного служебного селекционного достижения согласно п. 5 ст. 1430 ГК РФ (см. комментарий к указанной статье).

Вместе с тем вызывает сомнение норма о том, что авторское свидетельство (впрочем, как и патент) может удостоверять авторство, поскольку федеральный орган исполнительной власти по селекционным достижениям не проверяет факт авторства, не требует от заявителя даже простой декларации об авторстве, а факты авторства могут быть оспорены в установленном порядке.

Кроме того, норма об опровержимой презумпции авторства лица, указанного таковым в заявке на выдачу патента на селекционное достижение (см. комментарий к ст. 1410 ГК РФ), несовместима с нормой об удостоверении авторства патентом, выданным по такой заявке.

Статья 1417. Государственное стимулирование создания и использования селекционных достижений

Комментарий к статье 1417

1. Комментируемая статья представляет собой яркий пример декларативной нормы, имеющей отсылочный характер. Формулировка комментируемой статьи претерпела существенные изменения по сравнению с ее прототипом в ранее действовавшем законодательстве (ст. 24 Закона о селекционных достижениях). Из текста комментируемой статьи исключено упоминание о льготных условиях налогообложения и кредитования, что в принципе является самым важным для целей стимулирования создания и использования селекционных достижений.

Кроме того, новое законодательство о селекционных достижениях не восприняло ранее действующую норму абзаца третьего ст. 24 Закона о селекционных достижениях о том, что прибыль (доход) и валютная выручка, получаемые патентообладателем и лицензиатами от использования селекционного достижения, не подлежат налогообложению в течение двух лет после допуска селекционного достижения к использованию; по сортам винограда, древесных, декоративных, плодовых культур и лесных пород, в том числе их подвоев, этот срок составлял пять лет.

2. Нормы общего характера о государственной поддержке производства сельскохозяйственной продукции, стимулировании инвестиций в агропромышленный комплекс, развитии науки и инновационной деятельности, племенного животноводства и элитного семеноводства закреплены в Федеральном законе от 29 декабря 2006 г. N 264-ФЗ "О развитии сельского хозяйства" (СЗ РФ. 2007. N 1 (ч. 1). Ст. 27).

Для реализации указанных целей Правительством РФ утверждается на пятилетний период Государственная программа развития сельского хозяйства и регулирования рынков сельскохозяйственной продукции, сырья и продовольствия.

3. В сфере налогообложения можно отметить некоторые фрагментарные льготные условия для субъектов инновационной деятельности, которые в незначительной степени распространяются на агропромышленный комплекс.

В указанной сфере можно отметить лишь ст. 346.1 НК РФ, которая позволяет организациям и индивидуальным предпринимателям, являющимися сельскохозяйственными товаропроизводителями, перейти на уплату единого сельскохозяйственного налога. При этом такие организации и индивидуальные предприниматели освобождаются от обязанности по уплате налога на прибыль организаций, налога на имущество организаций, единого социального налога; с некоторыми исключениями они не признаются плательщиками налога на добавленную стоимость.

Вместе с тем законодатель не счел нужным распространить благоприятный налоговый режим в отношении исключительных прав на селекционные достижения в связи с принятием Федерального закона от 19 июля 2007 г. N 195-ФЗ "О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части формирования благоприятных налоговых условий для финансирования инновационной деятельности" (СЗ РФ. 2007. N 31. Ст. 3991).

Указанным Законом п. 2 ст. 149 НК РФ дополнен подп. 26, согласно которому не подлежат налогообложению передача исключительных прав на изобретения, полезные модели, промышленные образцы, программы для ЭВМ, базы данных, топологии интегральных микросхем, секреты производства (ноу-хау), а также прав на использование указанных результатов интеллектуальной деятельности на основании лицензионного договора. Отсутствие в упомянутом выше перечне исключительных прав на селекционные достижения свидетельствует о явном промахе законодателя, который необходимо исправить.

В целом можно констатировать декларативность комментируемой статьи и, как следствие, отсутствие государственного стимулирования инновационной селекционной деятельности.

§ 2. Интеллектуальные права на селекционные достижения

Статья 1418. Право авторства на селекционное достижение

Комментарий к статье 1418

1. Комментируемую статью необходимо рассматривать совокупно с положениями ст. 1228 ГК РФ, имеющей общее значение для всех разнородных результатов интеллектуальной деятельности.

В статье 1228 ГК РФ употребляются термины "право авторства" и "авторство", но, к сожалению, ни одному из них не дается определения, кроме указания на принадлежность права авторства к личным неимущественным правам, что дает основания для различного их толкования и продолжения дискуссий в доктрине относительно природы этих понятий и их соотношения. Указаны только признаки права авторства (неотчуждаемость и непередаваемость) и авторства (бессрочность охраны).

2. В первом предложении комментируемой статьи дается определение права авторства: право признаваться автором селекционного достижения, которое неотчуждаемо и непередаваемо, в том числе при передаче другому лицу или переходе к нему исключительного права на указанный объект.

В содержание права авторства входит гарантированная государством возможность автора выступать в общественных отношениях в качестве признанного создателя сорта растений или породы животных. Право авторства предоставляет возможность создателю считать себя автором указанных объектов.

Признаками права авторства являются его неотчуждаемость и непередаваемость. Право авторства является личным неотчуждаемым правом, т.е. оно неотделимо от личности. Право авторства является непередаваемым, т.е. оно лишено экономического содержания и, за редким исключением, не может никому передаваться самим автором. Кроме того, как указано во втором предложении данной статьи, отказ от этого права ничтожен, т.е. не влечет за собой никаких правовых последствий. Указанная норма направлена на пресечение попыток скрытой передачи права авторства.

Право авторства независимо от исключительного (имущественного) права и при его передаче или переходе к другому лицу не следует за ним, поскольку оборот селекционного достижения приводит к его присвоению только в экономическом, но не в духовном плане.

Право авторства абсолютно по своему характеру, т.е. создает для всех лиц обязанность воздерживаться от присвоения себе или приписывания кому-либо чести создания сорта растений или породы животных.

3. Привлекает внимание вопрос о соотношении понятий "авторство" и "право авторства", поскольку законодатель не дает однозначные ответы на вопросы о начале и окончании срока действия права авторства.

В понятии авторства отражается объективный факт создания определенного селекционного достижения. Факт авторства венчает собой творческий процесс по созданию результата селекционной деятельности. Однако если применительно к объектам авторского права юридический факт создания произведения, выраженного в объективной форме, свидетельствует о возникновении права авторства на произведение, то в праве на селекционное достижение, как и в патентном праве, факт создания сорта растений или породы животных не свидетельствует о возникновении права авторства на соответствующий результат селекционной деятельности.

Кроме факта создания, выведения или выявления селекционного достижения необходим административный акт о признании его таковым со стороны федерального органа исполнительной власти по селекционной деятельности. Иными словами, для возникновения права авторства на селекционное достижение необходим юридический состав: факт создания соответствующего результата селекционной деятельности и факт его последующей регистрации и выдачи патента.

4. Может показаться, что такая позиция противоречит подп. 5 п. 1 ст. 8 ГК РФ, согласно которому гражданские права возникают в результате создания произведений науки, литературы, искусства, изобретений и иных результатов интеллектуальной деятельности. Однако в указанной общей норме говорится об одном юридическом факте, которого достаточно для возникновения права авторства на объекты авторского права, но недостаточно для других результатов интеллектуальной деятельности, для которых необходима регистрация. Следует также иметь в виду, что в подп. 2 п. 1 ст. 8 ГК РФ предписано, что гражданские права возникают из актов государственных органов; именно такими актами являются решения федерального органа исполнительной власти по селекционной деятельности о государственной регистрации селекционного достижения и выдаче патента (см. комментарий к ст. 1439 ГК РФ). С этого момента возникает объект права (охраняемое селекционное достижение) и субъективное право на него - право авторства на указанный объект.

5. Более сложным представляется вопрос об окончании срока действия права авторства на селекционное достижение.

Как указано в п. 2 ст. 1228 ГК РФ, авторство и имя автора охраняются бессрочно. Сказанное означает, что применительно к праву на селекционное достижение факт авторства гражданина незыблем во времени.

Однако право авторства, как любое субъективное право, имеет свои пределы. Применительно к рассматриваемому случаю такие пределы можно связывать либо с истечением срока действия соответствующего исключительного права, либо со смертью автора, носителя субъективного права. Второй случай представляется более предпочтительным и не только с моральной точки зрения.

Следует полагать, что с истечением срока действия исключительного права право авторства не прекращается. Общеизвестно, что с истечением срока действия исключительного права соответствующее селекционное достижение переходит в общественное достояние (см. комментарий к ст. 1425 ГК РФ). Однако возможность свободного использования селекционного достижения, перешедшего в общественное достояние, не означает, что любое лицо может считать себя автором такого селекционного достижения.

Кроме того, право авторства дает основание требовать выплату вознаграждения и после истечения срока действия исключительного права, если обязанность по выплате вознаграждения не выполнена.

Статья 1419. Право на наименование селекционного достижения

Комментарий к статье 1419

1. В пункте 1 комментируемой статьи закреплено право автора на наименование селекционного достижения.

В ранее действовавшем законодательстве (ст. 6 Закона о селекционных достижениях) присвоение названия селекционному достижению являлось обязанностью заявителя.

Указанное решение российского законодателя представляется ошибочным, поскольку если присвоение наименования селекционному достижению - это право, то автор может и не присваивать селекционному достижению наименование, что прямо противоречит ст. 20 Конвенции УПОВ и закрепленному в ней принципу наличия одинакового наименования сорта растений во всех Договаривающихся Сторонах.

Наименование селекционного достижения обозначено в качестве "прочих" условий охраноспособности селекционного достижения в ст. 5 Конвенции УПОВ, а обязанность заявителя присвоить сорту растений наименование и обоснование такой обязанности предусмотрено ст. 20 этой Конвенции. Так, в п. 5 ст. 20 Конвенции УПОВ предписано, что сорт должен представляться во всех Договаривающихся Сторонах под одним и тем же наименованием. При этом компетентный орган каждой Договаривающейся Стороны регистрирует предоставленное таким образом наименование, если только он не сочтет, что такое наименование является неприемлемым на ее территории. В этом случае он может потребовать от селекционера представить другое название.

В связи с вышеизложенным (учитывая принцип приоритета норм международного договора Российской Федерации перед нормами национального законодательства) следует полагать, что присвоение наименования селекционному достижению - это прежде всего обязанность автора, которую можно дополнительно квалифицировать и правом автора. Именно в рамках осуществления указанного правомочия автор может присвоить селекционному достижению свое имя.

2. В пункте 2 комментируемой статьи изложены признаки, которым должно отвечать наименование селекционного достижения и которые, в принципе, совпадают с характеристиками наименования сорта, предусмотренными в п. 2 ст. 20 Конвенции УПОВ.

Так, наименование должно:

- позволять идентифицировать селекционное достижение;

- быть кратким;

- отличаться от наименований существующих селекционных достижений того же или близкого ботанического или зоологического вида.

Кроме того, наименование не должно:

- состоять из одних цифр <1>;

- -

<1> В Конвенции УПОВ (п. 2 ст. 20) указанное требование сопровождается единственным изъятием: "за исключением тех случаев, когда это соответствует установившейся практике названия сортов".

- вводить в заблуждение относительно свойств, происхождения, значения селекционного достижения, личности его автора;

- противоречить принципам гуманности и морали.

3. В пункте 3 комментируемой статьи описан порядок регистрации наименования селекционного достижения.

К сожалению, в комментируемой норме ничего не сказано о ситуации, когда отсутствует согласие между автором и заявителем относительно наименования селекционного достижения, что на практике может приводить к задержке получения патента на селекционное достижение.

Предложенное автором или с его согласия иным лицом (заявителем) наименование селекционного достижения должно быть одобрено федеральным органом исполнительной власти по селекционным достижениям.

Предлагаемое наименование селекционного достижения является составной частью анкеты селекционного достижения, которая входит в состав документов заявки на выдачу патента на селекционное достижение (см. комментарий к п. 2 ст. 1433 ГК РФ).

Если предложенное наименование селекционного достижения не отвечает установленным выше требованиям, то заявитель обязан по требованию указанного федерального органа в 30-дневный срок предложить иное наименование.

Если до истечения указанного срока заявитель не предложит иное наименование или не оспорит отказ в одобрении наименования в судебном порядке, то федеральный орган исполнительной власти вправе отказать в регистрации селекционного достижения.

Как указано в ст. 1439 ГК РФ, при соответствии селекционного достижения критериям охраноспособности и при соответствии наименования селекционного достижения требованиям ст. 1419 ГК РФ федеральный орган исполнительной власти по селекционным достижениям принимает решение о выдаче патента и вносит сведения о селекционном достижении в Государственный реестр охраняемых селекционных достижений, в том числе наименование сорта растений, породы животных.

Статья 1420. Право на получение патента на селекционное достижение

Комментарий к статье 1420

1. Важной новеллой части четвертой ГК РФ является комментируемая статья, предусматривающая право на получение патента на селекционное достижение. Указанное нововведение направлено на устранение на уровне закона отдельных пробелов в правовом регулировании.

2. В пункте 1 комментируемой статьи установлена императивная норма, согласно которой право на получение патента на селекционное достижение первоначально принадлежит автору соответствующего объекта. В указанной норме подчеркивается неразрывная связь автора с результатами его интеллектуальной деятельности.

Однако императивность указанной нормы существенно снижена другими положениями главы 73 ГК РФ.

Так, п. 3 ст. 1430 ГК РФ ("Служебное селекционное достижение") предписывает, что исключительное право на служебное достижение и право на получение патента принадлежит работодателю, если трудовым или иным договором между работником и работодателем не предусмотрено иное.

Как следует из вышеизложенного, в указанной норме не говорится ни о каком переходе, а тем более о передаче автором своего права на получение патента правопреемнику. Указанная норма сформулирована таким образом, что не допускает иного толкования, чем то, согласно которому право на получение патента на селекционное достижение изначально принадлежит работодателю в случае отсутствия в договоре между работодателем и работником соглашения об ином.

В норме общего характера (см. комментарий к ст. 1408 ГК РФ) право на получение патента отнесено к категории "другие права". В отличие от права авторства и исключительного права содержание такой категории, как "другие права", включая право на получение патента, в законе не раскрыто.

На первый взгляд, исходя из нормы о первоначальной принадлежности автору права на получение патента и особенно принципа неразрывной связи автора с результатом его интеллектуальной деятельности, можно предположить, что это право имеет личный неимущественный характер. Ведь только от первоначального волеизъявления автора зависит сам факт раскрытия для общества результата его интеллектуальной деятельности. Однако закон не связывает первоначальный выбор автора с правом на получение патента. Предполагается, что такой выбор уже произошел, автор определился с судьбой результата своей интеллектуальной деятельности, поэтому юридически безразличен этап, предшествующий возникновению права на получение патента. Однажды сделав свой выбор, автор располагает правом на получение патента (самостоятельно воспользоваться этим правом либо передать его по договору), которое, несомненно, имеет также имущественный характер, поскольку обладает таким качеством, как оборотоспособность.

Следовательно, право на получение патента нельзя однозначно отнести ни к личным неимущественным правам, ни к имущественным правам. Это право имеет комплексную природу, включая в себя одновременно элементы личного неимущественного права и имущественного права.

К элементам личного неимущественного характера можно отнести правомочие на подачу заявки, а к элементам имущественного характера - правомочие на передачу как заявки, так и патента на селекционное достижение.

3. В пункте 2 комментируемой статьи раскрывается имущественный характер права на получение патента на селекционное достижение и способы реализации этого права.

Это право реализуется двояко:

- переход к другому лицу (правопреемнику);

- передача в случаях и по основаниям, которые установлены законом, в том числе в порядке универсального правопреемства, или по договору, в том числе по трудовому договору.

Прежде всего следует отметить некоторые противоречия, заложенные во втором способе реализации права на получение патента. Дело в том, что законодатель отнес к передаче права на получение патента универсальное правопреемство, включающее, как известно, наследование и реорганизацию юридического лица. Однако указанное решение законодателя противоречит некоторым статьям ГК РФ, в частности ст. 1241 и ст. 1110 ГК РФ.

В статье 1241 ГК РФ речь идет о переходе исключительного права к другим лицам без договора, включающего, в частности, наследование и реорганизацию юридического лица. Вполне очевидно, что право на получение патента, по своему содержанию сходное с исключительным правом, должно быть урегулировано в таком же порядке.

В статье 1110 ГК РФ говорится о наследовании имущества умершего, которое переходит к другим лицам в порядке универсального правопреемства. В этом случае даже затруднительно представить себе передачу права на получение патента.

Исходя из вышеизложенного, следует полагать, что переход права на получение патента включает в себя случаи универсального правопреемства (наследование, реорганизация юридического лица в форме слияния, присоединения, разделения, выделения, преобразования), обращения взыскания на имущество правообладателя, а также все другие случаи перехода права на получение патента без договора.

4. Другие случаи перехода права на получение патента без договора нуждаются в дополнительном комментарии, поскольку они прямо не упомянуты в п. 2 комментируемой статьи. К таким случаям, на мой взгляд, относится случай перехода права на получение патента, указанный в п. 3 ст. 1430 ГК РФ (см. комментарий к указанной статье), когда отсутствует сама необходимость в оформлении договорных отношений между сторонами - автором-работником и работодателем. Исходя из экономического веса работодателя, условие о принадлежности права на получение патента и исключительного права на служебное селекционное достижение почти всегда присутствует в трудовом или ином договоре между автором-работником и работодателем.

Однако если такое условие не включено в договор, то как можно объяснить переход к работодателю права на получение патента, если первоначально это право принадлежит автору? Или это исключение из положения о первоначальной принадлежности автору права на получение патента?

Думается, что в этом случае необходимо прибегнуть к юридической фикции. Предполагается, что автор-работник одновременно с принятием решения о раскрытии селекционного достижения, за которым должно последовать соответствующее уведомление работодателя, соглашается с переходом права на получение соответствующего патента к его работодателю. Естественно, что такое условное согласие на переход права не нуждается в договорном оформлении.

5. В пункте 3 комментируемой статьи указана одна из форм передачи права на получение патента - договор об отчуждении права на получение патента на селекционное достижение. Такой договор должен быть заключен в письменной форме, а несоблюдение письменной формы влечет его недействительность.

Российский законодатель не предусмотрел в комментируемой статье возможность заключения лицензионных договоров, предметом которых являются заявки на выдачу патента на селекционные достижения, посчитав, по-видимому, что российский рынок прав на результаты интеллектуальной деятельности еще не достиг достаточной степени зрелости. Вместе с тем нет прямого запрета на осуществление сделок по предоставлению прав на использование заявленных селекционных достижений. Следовательно, исходя из принципа свободы договора (ст. 421 ГК РФ), не существует препятствий для заключения лицензионных договоров в отношении указанных заявок. При этом лицензиат должен отдавать себе отчет в том, что риск непатентоспособности заявленного селекционного достижения, по аналогии с договором об отчуждении права на получение патента, лежит на самом лицензиате.

6. В пункте 4 анализируемой статьи закреплена общепринятая в мировой патентной практике норма о возложении на приобретателя права на получение патента риска непатентоспособности заявленного селекционного достижения, если соглашением сторон договора не предусмотрено иное. Указанная норма вносит определенность и стабильность в отношения сторон по такому договору.

7. В пунктах 3 и 4 комментируемой статьи нет прямого указания о необходимости государственной регистрации договоров об отчуждении права на получение патента на селекционное достижение. Между тем, в отличие от лицензионных договоров, договоры об отчуждении права на получение патента влекут за собой полную или частичную

замену состава заявителей, что должно отражаться в документах соответствующих заявок в форме замены имени или наименования заявителя.

В связи с вышеизложенным представляется целесообразным распространять по аналогии на договоры об отчуждении прав на получение патента нормы ст. 1369 ГК РФ о государственной регистрации договоров о распоряжении исключительным правом на изобретение, полезную модель и промышленный образец.

Статья 1421. Исключительное право на селекционное достижение

Комментарий к статье 1421

1. Комментируемая статья посвящена одному из ключевых институтов права на селекционное достижение - исключительному праву на селекционное достижение.

Главная особенность результатов интеллектуальной деятельности, по сравнению, например, с предметами вещного права, заключается в предоставлении им со стороны государства специальной охраны, выраженной в форме исключительного права. В отличие от обычных товаров результаты интеллектуальной деятельности очень уязвимы, как только они становятся известны широкому кругу лиц. Без государственной охраны они могут быть легко присвоены каждым, кто имеет необходимые средства для их использования в целях извлечения прибыли. Отсутствие гарантированной правовой охраны означало бы, что лица, вложившие определенные средства в разработку результатов интеллектуальной деятельности, не смогли бы окупить свои затраты и вследствие этого не были бы заинтересованы в такого рода деятельности. В целом институт исключительного права служит инструментом, стимулирующим развитие в обществе научно-технического прогресса.

2. Ранее исключительному праву на селекционное достижение была посвящена ст. 13 Закона о селекционных достижениях, согласно которой исключительное право патентообладателя состоит в том, что любое лицо должно получить от обладателя патента лицензию на осуществление с семенами, племенными материалами охраняемого селекционного достижения определенных действий (производство и воспроизводство, доведение до посевных кондиций для последующего размножения, предложение к продаже и т.д.). Иными словами, для доказательства правомерности использования чужого селекционного достижения необходимо было заключать лицензионный договор с патентообладателем.

Именно с этой позиции было вынесено Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 29 мая 2007 г. N 1769/07 (Ведомости ВАС РФ. 2007. N 9) по делу между государственным научным учреждением "Всероссийский научно-исследовательский институт орошаемого земледелия" (патентообладатель, истец) и обществом с ограниченной ответственностью "Гелио-Пакс-Агро" (ответчик) о незаконном использовании селекционного достижения (сорт ячменя ярового "Ергенинский 2").

Президиум ВАС РФ признал, что разрешение патентообладателя, сформулированное в письме от 20 мая 2003 г. одному из авторов селекционного достижения использовать объект охраны не является лицензионным договором, заключенным патентообладателем (лицензиаром) и лицензиатом, которому передаются права на использование сорта.

3. В пункте 1 комментируемой статьи сделана ссылка на общую норму ст. 1229 ГК РФ об исключительном праве на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации, а также дополнительно продублировано правомочие патентообладателя распоряжаться исключительным правом на селекционное достижение (см. комментарий к указанной статье).

Таким образом, исключительное право понимается прежде всего как принадлежащее патентообладателю право использования селекционного достижения, в соответствии со ст. 1229 ГК РФ, способами, указанными в п. 3 комментируемой статьи.

Как следует из определения, в исключительном праве на первое место выдвигается его позитивная функция - правомочие использования запатентованного сорта растений или породы животных, что теоретически исключает коллизию легальной патентной монополии с положениями антимонопольного законодательства (Федеральный закон от 26 июля 2006 г. N 135-ФЗ "О защите конкуренции" (СЗ РФ. 2006. N 31 (ч. 1). Ст. 3434)).

Ссылка на ст. 1229 ГК РФ означает, что в понятие исключительного права включена также его негативная функция, т.е. правомочие патентообладателя запрещать другим лицам использование результата интеллектуальной деятельности, в том числе и селекционного достижения.

Однако негативная функция исключительного права на селекционное достижение в настоящее время не связана жестко с необходимостью получения любым лицом у патентообладателя лицензии на осуществление с селекционным достижением действий по его использованию, как это было предписано в ранее действовавшей ст. 13 Закона о селекционных достижениях.

Следовательно, разрешение патентообладателя на использование его селекционного достижения может быть выражено в любой форме, в том числе в форме простого письма к пользователю, которое не было признано лицензионным договором по смыслу ранее действовавшей ст. 16 Закона о селекционных достижениях, на которую ссылался в своем Постановлении от 29 мая 2007 г. N 1769/07 Президиум ВАС РФ.

Конечно, с практической точки зрения патентообладателю более удобно распоряжаться исключительным правом на селекционное достижение путем заключения соответствующих лицензионных договоров с лицензиатами.

4. Как указано в п. 2 комментируемой статьи, исключительное право на селекционное достижение распространяется также на растительный материал и на товарных животных, если такие семена или племенные животные были введены в гражданский оборот без разрешения патентообладателя. При этом растительным материалом считается растение или его часть, используемые в целях, отличных от целей воспроизводства сорта, а товарными животными, - животные, используемые в целях, отличных от целей воспроизводства породы. Под семенами понимаются растения или их части, применяемые для воспроизводства сорта.

5. В пункте 3 комментируемой статьи приведен исчерпывающий перечень видов использования селекционного достижения, которое, согласно ст. 1229 ГК РФ, не может осуществляться другими лицами без согласия патентообладателя. Так, использованием селекционного достижения считается осуществление с семенами и племенным материалом селекционного достижения следующих действий: производство и воспроизводство; доведение до посевных кондиций для последующего размножения; предложение к продаже; продажа и иные способы введения в гражданский оборот; вывоз с территории РФ; ввоз на территорию РФ; хранение в целях, указанных в предшествующих подпунктах настоящего пункта.

Указанные выше действия по использованию селекционного достижения полностью соответствуют объему права селекционера в отношении посадочного материала, определенному в п. 1 ст. 14 Конвенции УПОВ.

Если такие действия осуществляются какими-либо лицами без разрешения патентообладателя, то они могут быть признаны контрафактными (нарушающими чужой патент) действиями со всеми вытекающими для нарушителей патента неблагоприятными последствиями в случае привлечения их к ответственности.

6. Исключительное право селекционера действует также в отношении так называемых зависимых селекционных достижений, существенным образом наследующим признаки другого селекционного достижения.

Указанные селекционные достижения появились с развитием генной инженерии, позволившей создавать организмы с заранее заданными свойствами гораздо быстрее, чем с помощью традиционных методов селекции, путем внедрения новых генов в селекционные достижения, в том числе и охраняемые селекционные достижения. В целях устранения возможности для паразитирования на творческом труде селекционера в Конвенцию УПОВ в 1991 г. были включены соответствующие нормы (п. 5 ст. 14), которые затем были восприняты в законодательствах различных государств, в том числе и в ст. 13 ранее действовавшего Закона о селекционных достижениях, положения которой почти без изменений воспроизведены в части четвертой ГК РФ.

Так, в соответствии с п. 4 комментируемой статьи исключительное право на селекционное достижение распространяется также на семена, племенной материал, которые:

- существенным образом наследуют признаки других охраняемых (исходных) сорта растений или породы животных (если эти охраняемые сорт или порода сами не являются селекционными достижениями, существенным образом наследующие признаки других селекционных достижений);

- не явно отличаются от охраняемых сортов растений или породы животных;

- требуют неоднократного использования охраняемого сорта растений для производства семян.

При этом селекционным достижением, существенным образом наследующим признаки другого охраняемого (исходного) селекционного достижения, признается такое достижение, которое при явном отличии от исходного:

- наследует наиболее существенные признаки исходного селекционного достижения или селекционного достижения, которое само наследует существенные признаки исходного селекционного достижения, сохраняя при этом основные признаки, отражающие генотип или комбинацию генотипов исходного селекционного достижения;

- соответствует генотипу или комбинации генотипов исходного селекционного достижения, за исключением отклонений, вызванных применением таких методов, как индивидуальный отбор из исходного сорта растений, породы животных, отбор индивидуального мутанта, беккросс, генная инженерия.

В соответствии со ст. 2 Федерального закона от 5 июля 1996 г. N 86-ФЗ "О государственном регулировании в области генно-инженерной деятельности" под генной инженерией понимается совокупность методов и технологий, в том числе технологий получения рекомбинантных рибонуклеиновых и дезоксирибонуклеиновых кислот, по выделению генов из организма, осуществлению манипуляций с генами и введению их в другие организмы.

Другие используемые в комментируемой статье естественнонаучные термины, требующие пояснения, раскрыты в справочной литературе (см.: Биологический энциклопедический словарь. М.: Большая Российская энциклопедия, 1995).

Мутант - наследственно измененная в результате мутации форма организма. Мутанты могут возникать спонтанно либо под воздействием мутагенов. Большинство мутантов отличаются от исходных организмов нарушениями различных структур и функций и, как правило, имеют пониженную жизнеспособность. Гораздо реже возникают мутанты, обладающие в обычных условиях среды селективными преимуществами (в том числе при искусственном отборе - хозяйственно ценными). Такие мутанты широко используются для выведения новых сортов растений и пород животных.

Беккросс - возвратное скрещивание, скрещивание гибрида первого поколения с одной из родительских форм или аналогичной ей по генотипу формой.

Статья 1422. Действия, не являющиеся нарушением исключительного права на селекционное достижение

Комментарий к статье 1422

1. Комментируемая статья посвящена действиям, не являющимися нарушением исключительного права на селекционное достижение, т.е. случаям свободного использования охраняемых сорта растений и породы животных.

Речь идет о так называемых исключениях из патентной монополии патентообладателей, направленных на установление разумного баланса интересов между патентообладателями, иными лицами и обществом в целом.

Естественно, что такие исключения существенно ограничивают объем исключительного права патентообладателя. Делается это для содействия научно-техническому прогрессу в стране, решения ряда социальных проблем, выполнения международно-правовых обязательств государства.

2. Общие положения, лежащие в основе исключений, ограничивающих патентную монополию, установлены ст. 10 ГК РФ, которая определяет пределы осуществления гражданских прав.

В соответствии с данной статьей при осуществлении гражданских прав запрещены:

- действия, осуществляемые исключительно с намерением причинить вред другому лицу, а также злоупотребление правом в иных формах;

- использование гражданских прав в целях ограничения конкуренции, а также злоупотребление доминирующим положением на рынке. (В данном случае мысль законодателя выражена нечетко, поскольку злоупотребления доминирующим положением на рынке является одной из форм ограничения конкуренции.)

В целом пределы осуществления гражданских прав связываются с разумными и добросовестными действиями граждан и юридических лиц, которые законом презюмируются.

3. В российском законодательстве исключения из патентной монополии селекционера сконцентрированы в основном в комментируемой статье, которая в целом повторяет положения ст. 14 ранее действовавшего Закона о селекционных достижениях.

В комментируемой статье установлен исчерпывающий перечень случаев свободного, безвозмездного использования охраняемых селекционных достижений, состоящий из шести позиций.

Между тем исключения из патентной монополии селекционера не сводятся к тем случаям свободного использования охраняемых объектов, которые перечислены в указанном перечне. К исключениям из патентной монополии селекционера можно причислить также принудительное лицензирование (см. комментарий к ст. 1423 ГК РФ).

В целом исключения из патентной монополии селекционера, по российскому законодательству, соответствуют исключениям из права селекционера, предусмотренным ст. 15 - 17 Конвенции УПОВ.

4. В соответствии с комментируемой статьей не являются нарушением исключительного права на селекционное достижение:

- действия, совершаемые для удовлетворения личных, семейных, домашних или иных не связанных с предпринимательской деятельностью нужд, если целью таких действий не является получение прибыли или дохода;

- действия, совершаемые в научно-исследовательских или экспериментальных целях;

- использование охраняемого селекционного достижения в качестве исходного материала для создания других сортов растений и пород животных, а также действия в отношении этих созданных сортов и пород, указанные в п. 3 ст. 1421 ГК РФ (т.е. действия по использованию селекционного достижения), за исключением случаев, предусмотренных п. 4 ст. 1421 ГК РФ (т.е. в случаях так называемых зависимых селекционных достижений);

- использование растительного материала, полученного в хозяйстве, в течение двух лет в качестве семян для выращивания на территории этого хозяйства сорта растений из

числа растений, перечень родов и видов которых устанавливается Правительством РФ <1>;

- -

<1> Указанный Перечень, утвержденный Постановлением Правительства РФ от 4 октября 2007 г. N 643 "Об утверждении Перечня родов и видов растений, в отношении которых использование растительного материала не является нарушением исключительного права на селекционное достижение в соответствии со ст. 1422 Гражданского кодекса Российской Федерации", касается 10 наименований родов и видов растений (СЗ РФ. 2007. N 41. Ст. 4906).

- воспроизводство товарных животных для их использования в данном хозяйстве;

- любые действия с семенами, растительным материалом, племенным материалом и товарными животными, которые были введены в гражданский оборот патентообладателем или с его согласия другим лицом, кроме последующего размножения сорта растений и породы животных, вывоза с территории России растительного материала или товарных животных, позволяющих размножить сорт растений или породу животных, в страну, в которой не охраняются данные род или вид, за исключением вывоза для переработки для последующего потребления.

Последнее изъятие из монополии патентообладателя принято называть "исчерпанием" прав патентообладателя. Особенность права селекционера по сравнению с патентным правом заключается в том, что если патентное право исчерпывается после введения продукта в гражданский оборот, то право селекционера исчерпывается только в отношении последующего сбыта селекционного материала (семян, растительного материала, племенного материала и товарных животных). Однако право селекционера признается в том случае, если указанный селекционный материал используется для последующего размножения сорта растения и породы животного.

Однако в целом можно заключить, что по объему охраны исключительное право селекционера уступает патентной монополии обладателя патента на изобретение. Особенно это заметно в связи с изъятием из исключительного права селекционера прав использования в случаях, если селекционное достижение используется как исходный материал для создания других сортов растений и пород животных, и последние сбываются коммерческим путем. Единственным ограничением при этом является то обстоятельство, что разрешение селекционера требуется в случае так называемых зависимых селекционных достижений, в том числе когда охраняемый сорт неоднократно используется для производства семян.

Статья 1423. Принудительная лицензия на селекционное достижение

Комментарий к статье 1423

1. Выдача принудительной лицензии на селекционное достижение, предусмотренное комментируемой статьей, - одна из форм ограничения исключительного права селекционера.

Принудительное лицензирование в отношении селекционных достижений допускается на основании международного договора, в котором участвует Россия. Так, в соответствии со ст. 17 Конвенции УПОВ Договаривающаяся Сторона может ограничивать свободное осуществление права селекционера в силу причин, обусловленных общественными интересами.

В литературе иногда ошибочно связывают принудительное лицензирование в отношении селекционных достижений со ст. 5 (A) Парижской конвенции по охране промышленной собственности 1883 г.

Следует отметить, что в ст. 5 (A) Парижской конвенции речь идет о возможности выдачи принудительной лицензии в случае неиспользования запатентованного изобретения (кроме того, положения этой статьи применяются с необходимыми изменениями к полезным моделям).

Что же касается селекционных достижений, то положения Парижской конвенции к ним не применяются. Как известно, в результате принятия в Стокгольме последней редакции Парижской конвенции 14 июля 1967 г. сорта растений были исключены из перечня объектов промышленной собственности.

В основе указанного исключения из патентной монополии селекционера лежит обязанность по использованию охраняемого селекционного достижения именно в общественных интересах, являющаяся наряду с обязанностью по уплате пошлин своеобразной ценой за предоставленную государством патентную монополию. С этой точки зрения принудительное лицензирование представляет собой санкцию за невыполнение патентообладателем обязанности по использованию охраняемого селекционного достижения. Принудительная лицензия носит ярко выраженный штрафной характер, что, помимо прочего, следует из ее названия. Однако на практике институт принудительного лицензирования в области селекционных достижений пока не нашел применения и остается лишь теоретической возможностью для заинтересованных лиц.

2. Принудительная простая (неисключительная) лицензия может быть предоставлена по истечении трех лет со дня выдачи патента на селекционное достижение при отказе патентообладателя от заключения лицензионного договора на производство или реализацию семян, племенного материала на условиях, соответствующих устоявшейся практике. В отличие от ранее действовавшей ст. 20 Закона о селекционных достижениях, согласно которой заявление с просьбой о выдаче принудительной лицензии направлялось в Государственную комиссию по испытанию и охране селекционных достижений, п. 1 комментируемой статьи предусматривает обращение любого лица, желающего и готового использовать селекционное достижение, в суд с иском к патентообладателю о предоставлении принудительной лицензии.

В отличие от института принудительного лицензирования в патентном праве, когда условием предоставления принудительной лицензии является неиспользование или недостаточное использование патентообладателем запатентованного объекта в течение определенного периода времени, в праве на селекционное достижение наблюдается более либеральный подход - истечение трех лет со дня выдачи патента на селекционное достижение и отказ патентообладателя от заключения лицензионного договора на производство или реализацию семян или племенного материала.

При этом бремя доказывания в суде наличия уважительных причин, препятствующих предоставлению заявителю права использования соответствующего селекционного достижения, лежит на патентообладателе.

3. На основании решения суда федеральный орган исполнительной власти по селекционным достижениям осуществляет государственную регистрацию принудительной лицензии, которая может быть только простой (неисключительной) лицензией.

Сказанное означает, что патентообладатель может, наряду с обладателем принудительной лицензии, сам использовать охраняемое селекционное достижение.

В решении суда должны быть определены условия предоставления принудительной лицензии, причем суммарный размер платежей за такую лицензию должен быть не ниже цены договорной лицензии, определяемой при сравнимых обстоятельствах.

4. Специфика селекционной деятельности такова, что для целей использования селекционного достижения необходимы соответствующие семена сорта или племенной материал породы.

В связи с этой особенностью в решении суда о предоставлении принудительной лицензии должна быть запись, обязывающая патентообладателя (за плату и на

приемлемых для него условиях) предоставить обладателю принудительной лицензии соответствующие семена или племенной материал в количестве, достаточном для использования соответствующего селекционного достижения (законодатель в данном случае использовал не вполне корректную формулировку - "достаточном для использования принудительной простой (неисключительной) лицензии").

5. Предоставление принудительной лицензии не означает бессрочный характер ее действия, поскольку в любой момент ее действие может быть прекращено.

В соответствии с п. 4 комментируемой статьи действие принудительной лицензии может быть прекращено в судебном порядке по иску патентообладателя по двум основаниям:

- обладатель принудительной лицензии нарушает условия, на основании которых она была предоставлена;

- обстоятельства, обусловившие предоставление принудительной лицензии, изменились настолько, что если бы эти обстоятельства существовали на момент предоставления лицензии, она вообще не была бы предоставлена или была бы предоставлена на значительно отличающихся условиях.

Указанные основания прекращения действия принудительной лицензии в принципе соответствуют общегражданским основаниям изменения и расторжения договора в период его действия, изложенным, соответственно, в п. 2 ст. 450 и ст. 451 ГК РФ.

Статья 1424. Срок действия исключительного права на селекционное достижение

Комментарий к статье 1424

1. В комментируемой статье определены правила в отношении действия во времени исключительного права на селекционное достижение, а также удостоверяющего это право патента.

По сравнению с ранее действовавшим законодательством (абзац седьмой ст. 3 Закона о селекционных достижениях) правила определения указанных сроков не претерпели существенных изменений.

2. В соответствии с п. 1 комментируемой статьи срок действия исключительного права на селекционное достижение (удостоверяющего это право патента) исчисляется со дня государственной регистрации селекционного достижения в Государственном реестре охраняемых селекционных достижений и составляет 30 лет.

Согласно п. 2 комментируемой статьи на сорта винограда, древесных декоративных, плодовых культур и лесных пород, в том числе их подвоев, срок действия исключительного права (удостоверяющего это право патента) составляет 35 лет.

В комментируемых нормах определены как начало срока действия исключительного права (удостоверяющего это право патента), так и его окончание, что чрезвычайно важно для точного определения временных пределов патентной монополии селекционера.

Следует иметь в виду, что даты государственной регистрации селекционного достижения и выдачи на него патента совпадают, т.е. с датой государственной регистрации селекционного достижения связано начало течения срока исключительного права на селекционное достижение (см. комментарий к ст. 1439 ГК РФ).

Как следует из вышеизложенного, срок действия исключительного права на селекционное достижение существенно превышает срок действия исключительного права на изобретение, учитывая также тот факт, что последний исчисляется со дня подачи первоначальной заявки.

3. Следует отметить, что в отличие от ранее действовавшего законодательства, оперировавшего, по сути, одним термином ("патент", "срок действия патента"), в комментируемых нормах используются два термина ("срок действия исключительного

права", "срок действия патента"), которые хотя и одинаковые по длительности, имеют в данном контексте разную смысловую нагрузку.

Кроме того, срок действия исключительного права (патента) исчисляется не "с даты регистрации заявки", как это было прежде, а "со дня государственной регистрации".

Указанные новации влекут за собой определенные последствия.

Во-первых, нарушено единство терминологии по всему тексту главы 73 ГК РФ, поскольку, например, в ст. 1434, 1435 ГК РФ речь идет о дате поступления заявки на селекционное достижение.

Во-вторых, указанный подход не стыкуется с положениями международных договоров, в которых участвует РФ.

Так, в п. 2 ст. 19 Конвенции УПОВ указано, что продолжительность минимального срока охраны составляет не менее 20 лет с даты предоставления права селекционера.

В практическом плане изменилось начало течения срока действия исключительного права (патента), поскольку ранее действовало общее правило ст. 191 ГК РФ, согласно которому течение срока, определенного периодом времени, начинается на следующий день после календарной даты или наступления события, которыми определено его начало.

Статья 1425. Переход селекционного достижения в общественное достояние

Комментарий к статье 1425

1. Комментируемая статья, посвященная переходу селекционного достижения в общественное достояние, представляет собой редкий пример абсолютного новшества в праве на селекционное достижение, впрочем, как и в патентном праве (см. комментарий к ст. 1364 ГК РФ).

Обычно в законодательствах отсутствуют нормы о переходе указанных объектов в общественное достояние. Это прерогатива науки патентного права, когда констатируют, исходя из существа правоотношений, что с окончанием срока действия патента любое лицо может беспрепятственно использовать его предмет.

2. Комментируемая статья - явное заимствование из сферы авторского права, причем в усеченной форме.

Переход произведения в общественное достояние регламентирован в ст. 1282 ГК РФ (см. комментарий к указанной статье), статья сходного содержания присутствовала также в ранее действовавшем Законе РФ от 9 июля 1993 г. N 5351-1 "Об авторском праве и смежных правах" (ст. 28).

С переходом произведения в общественное достояние связан широкий круг вопросов, что, собственно, и оправдывает наличие этой нормы в ГК РФ, например вопросы охраны авторства, имени автора, неприкосновенности произведения, обнародования любым лицом необнародованного произведения.

Большинство упомянутых выше вопросов не возникают в праве на селекционное достижение, поэтому правовое регулирование, предусмотренное в комментируемой статье, ограничено, по сути, констатацией очевидных фактов.

3. В пункте 1 комментируемой статьи указано, что по истечении срока действия исключительного права селекционное достижение переходит в общественное достояние.

Вполне очевидно, что при этом прекращает свое действие патент, удостоверяющий исключительное право.

Однако в комментируемом пункте ничего не сказано о личных неимущественных правах автора селекционного достижения.

Логично предположить, что право авторства не прекращается по истечении исключительного права на селекционное достижение. Оно принадлежит автору в течение его жизни. После смерти автора охрана авторства осуществляется наследниками автора, их правопреемниками, другими заинтересованными лицами.

4. Правовой режим селекционного достижения, перешедшего в общественное достояние, определен в п. 2 данной статьи.

Такие объекты могут свободно (т.е. без получения согласия или разрешения какого-либо лица) использоваться на территории России. При этом не предусмотрена выплата никакого вознаграждения, в том числе в форме каких-либо отчислений.

§ 3. Распоряжение исключительным правом на селекционное достижение

Статья 1426. Договор об отчуждении исключительного права на селекционное достижение

Комментарий к статье 1426

1. Договор об отчуждении исключительного права на селекционное достижение, предусмотренный комментируемой статьей, является одной из форм распоряжения исключительным правом на сорт растений или породу животных.

Договор указанного типа не был закреплен, в отличие от лицензионного договора, в ранее действующем Законе о селекционных достижениях, хотя на практике договоры уступки права на селекционное достижение получили достаточно широкое распространение.

Косвенным признанием договора указанного типа в ранее действовавшем законодательстве является ст. 15 Закона о селекционных достижениях, согласно которой в период временной правовой охраны селекционного достижения заявителю разрешены продажа и иная передача семян, племенного материала только для научных целей и в случаях, если продажа и иная передача связаны с переуступкой права на селекционное достижение. В данном случае речь идет об уступке права на получение патента на селекционное достижение.

2. По договору об отчуждении патента одна сторона (патентообладатель) передает или обязуется передать принадлежащее ей исключительное право на соответствующее селекционное достижение в полном объеме другой стороне - приобретателю исключительного права (приобретателю патента).

Как явствует из вышеизложенного, в отличие от терминологии, применяемой в отношении сторон лицензионного договора ("лицензиар" - "лицензиат"), законодатель не воспринял широко используемые в мировой практике термины в области уступки патента ("цедент" - "цессионарий"). Это не значит, что стороны в договоре об отчуждении патента не могут использовать вместо термина "патентообладатель" термин "цедент", а вместо термина "приобретатель патента" термин "цессионарий".

3. Комментируемая статья предписывает единственное условие указанного договора: передача (обязательство передачи) патентообладателем принадлежащего ему исключительного права на соответствующий объект в полном объеме приобретателю права.

Это условие характеризует предмет договора об отчуждении исключительного права. Условие о предмете договора, согласно ст. 432 ГК РФ, считается существенным, т.е. императивным (обязательным) для сторон договора.

На практике при заключении договора об отчуждении исключительного права достаточно указать регистрационный номер патента, наименование сорта растений или породы животных и принадлежность патента передающей стороне, которые на момент передачи поддерживаются в силе.

4. В анализируемой статье не указан круг лиц, которые могут выступать в качестве приобретателя патента на селекционное достижение.

Согласно общей норме ст. 1233 ГК РФ правообладатель может распорядиться принадлежащим ему исключительным правом на результат интеллектуальной деятельности, в том числе путем его отчуждения по договору другому лицу (договор об отчуждении исключительного права).

Как известно, гражданское законодательство регулирует отношения между лицами, т.е. с участием физических лиц (граждан РФ, иностранных граждан, лиц без гражданства) и юридических лиц, как российских, так и иностранных, если иное не предусмотрено федеральным законом.

Таким образом, на принимающей стороне (приобретателе патента) могут быть только физические и/или юридические лица (предполагается, что патент также выдан физическому и/или юридическому лицу). Иными словами, в качестве приобретателя патента в договоре об отчуждении исключительного права, в отличие от некоторых правовых систем, не могут выступать представительства, филиалы и другие обособленные подразделения юридического лица, поскольку они юридическими лицами не являются и поэтому не могут быть субъектами гражданского оборота.

5. В данной статье установлено, что исключительное право на селекционное достижение передается в полном объеме, т.е. целиком (объем охраны определяется совокупностью существенных признаков, зафиксированных в описании селекционного достижения - см. комментарий к ст. 1415 ГК РФ).

Применительно к такому специфическому объекту, как селекционное достижение, требование передачи исключительного права в полном объеме на практике может означать следующее: если в договоре отсутствует условие о передаче исключительного права в полном объеме, то такой договор следует квалифицировать лицензионным договором о предоставлении права использования селекционного достижения.

Понятие передачи исключительного права в полном объеме следует отличать от частичной передачи исключительного права на селекционное достижение.

Поскольку ГК РФ не содержит положений, ограничивающих количество сообладателей патента, ничто не препятствует возможности передачи исключительного права на селекционное достижение в части прав, принадлежащих одному из сообладателей патента, так как взаимоотношения лиц, которым исключительное право принадлежит совместно, определяется соглашением между ними (см. комментарий к п. 3 ст. 1229 ГК РФ). Моделью таких взаимоотношений является договор об отчуждении патента, в результате которого изменяется состав сообладателей патента, о котором идет речь в комментируемой статье.

6. Договор об отчуждении исключительного права заключается в письменной форме и подлежит государственной регистрации в федеральном органе исполнительной власти по селекционным достижениям.

Как указано в общей норме п. 2 ст. 1234 ГК РФ, несоблюдение требований письменной формы договора и его государственной регистрации влечет недействительность договора.

Кроме того, к договору об отчуждении патента применима норма предложения второго п. 4 ст. 1234 ГК РФ: если договор об отчуждении исключительного права подлежит государственной регистрации (см. комментарий к п. 2 ст. 1232 ГК РФ), то исключительное право на такой результат переходит от правообладателя к приобретателю в момент государственной регистрации этого договора.

Пункт 3 ст. 433 ГК РФ также предписывает, что договор, подлежащий государственной регистрации, считается заключенным с момента его регистрации, если не установлено иное. Как следует из вышеизложенного, в законе иного не установлено.

Следовательно, моментом заключения договора об отчуждении патента считается момент его регистрации в федеральном органе исполнительной власти по селекционным достижениям, который вносит в Государственный реестр селекционных достижений сведения о факте передачи патента на селекционное достижение другому лицу с

указанием его имени или наименования, места жительства или места нахождения (см. комментарий к п. 2 ст. 1439 ГК РФ).

7. Вопросы классификации договоров об отчуждении исключительного права на селекционное достижение во многом сходны с соответствующими вопросами в сфере патентного права (см. п. 6 и 7 комментария к ст. 1365 ГК РФ).

8. Гражданский кодекс предусматривает возможность заключения как возмездных, так и безвозмездных договоров об отчуждении патента.

Данный вывод вытекает из нормы абзаца первого п. 3 ст. 1234 ГК РФ, согласно которому по договору об отчуждении исключительного права приобретатель обязуется уплатить правообладателю предусмотренное договором вознаграждение, если договором не предусмотрено иное.

В абзаце втором п. 3 ст. 1234 ГК РФ установлено, что в случае отсутствия в возмездном договоре об отчуждении исключительного права условия о размере вознаграждения или порядке его определения договор считается незаключенным. При этом исключается применение правил определения цены, предусмотренных в п. 3 ст. 424 ГК РФ, суть которых заключается в следующем: при отсутствии в договоре соответствующего условия товар должен быть оплачен по цене, которая при сравнимых обстоятельствах обычно взимается за аналогичные товары.

Таким образом, условие о вознаграждении (или цены договора) в случае возмездного отчуждения патента является существенным условием такого договора, поскольку при отсутствии в договоре условия о цене имеет место незаключенная (несовершившаяся сделка), а общие правила определения цены неприменимы к столь специфическому товару, как исключительные права, удостоверяемые патентом, свойства которого сугубо индивидуализированы.

9. Цена, как условие договора об отчуждении патента, обычно устанавливается двумя способами: путем уплаты единовременной паушальной суммы или путем периодического внесения определенной суммы (роялти). Реже встречаются случаи сочетания двух указанных способов.

Пункт 5 ст. 1234 ГК РФ посвящен правовым последствиям существенного нарушения приобретателем обязанности выплатить правообладателю в установленный договором об отчуждении исключительного права срок вознаграждения, т.е. существенного нарушения условия договора о цене за приобретение исключительного права на результат интеллектуальной деятельности. В случае указанного нарушения прежний правообладатель вправе требовать в судебном порядке перевода на себя прав приобретателя исключительного права и возмещения убытков, если исключительное право перешло к его приобретателю.

Комментируемая норма рассчитана в основном на случаи нарушения условия о вознаграждении в форме роялти, хотя не исключена вероятность нарушения условия об уплате паушального (единовременного) платежа, если такой платеж по условиям договора определен после момента заключения договора, совпадающего с моментом его государственной регистрации.

10. В качестве возмездного следует рассматривать договор отчуждения патента, предусматривающий не денежное вознаграждение, а иное встречное исполнение. В этом случае на такой договор будут распространяться положения главы 31 ГК РФ ("Мена") с учетом особенностей результатов интеллектуальной деятельности.

Кроме того, в правоприменительной практике известны случаи, когда патент играет роль отступного во исполнение денежного обязательства, возникшего у должника перед кредитором (ст. 409 ГК РФ).

11. Поскольку ГК РФ допускает возможность заключения безвозмездных договоров об отчуждении патента, то на такие договоры распространяются положения главы 32 ГК РФ ("Дарение") с учетом особенностей результатов интеллектуальной деятельности.

При этом следует учитывать норму ст. 575 ГК РФ, в соответствии с которой не допускается дарение между коммерческими организациями.

Кроме того, суд может отменить дарение, совершенное индивидуальным предпринимателем или юридическим лицом в нарушение положения Закона о несостоятельности (банкротстве) (ст. 578 ГК РФ).

Статья 1427. Публичное предложение о заключении договора об отчуждении патента на селекционное достижение

Комментарий к статье 1427

1. Комментируемая статья представляет собой один из двух случаев так называемого самоограничения прав патентообладателя путем добровольно принятых на себя обязательств, который ранее не был известен законодательству о селекционных достижениях.

Комментируемая статья испытала на себе сильное влияние аналогичной ст. 1366 ГК РФ из сферы патентного права, которая не имеет аналогов в патентных законодательствах государств с развитым правопорядком.

Включение комментируемой статьи в главу 73 ГК РФ продиктовано попыткой создать льготный режим для отчуждения исключительных прав на селекционные достижения от авторов к лицам, которые располагают инвестициями по их использованию.

2. В соответствии с абзацем первым п. 1 данной статьи публичное предложение заключить договор об отчуждении патента на селекционное достижение оформляется в виде отдельного заявления, которое прилагается заявителем - автором селекционного достижения к документам заявки при ее подаче в федеральный орган исполнительной власти по селекционным достижениям.

Содержание указанного заявления заключается в обязательстве автора селекционного достижения заключить договор об отчуждении патента (в случае его выдачи) на условиях, соответствующих установившейся практике, с любым гражданином РФ или российским юридическим лицом, кто первый заявит такое желание и уведомит об этом патентообладателя и указанный федеральный орган.

Указанное публичное предложение заключить договор можно рассматривать в качестве вызова на оферту согласно п. 1 ст. 437 ГК РФ.

Наличие такого заявления является основанием для освобождения заявителя от уплаты патентных пошлин в отношении как заявки на выдачу патента на изобретение, так и патента, выданного по такой заявке.

Вполне очевидно, что от уплаты патентных пошлин освобожден не только заявитель, но и патентообладатель. Подтверждением этому служит также указание в п. 2 комментируемой статьи на обязанность "уплатить все патентные пошлины, от уплаты которых был освобожден заявитель (патентообладатель)".

3. В комментируемом пункте говорится об обязанностях заявителя - автора селекционного достижения заключить договор об отчуждении патента на условиях, соответствующих установившейся практике.

Понятие "условия договора, соответствующие установившейся практике" является оценочным понятием, которое в случае необходимости должно устанавливаться в суде в зависимости от обстоятельств каждого конкретного дела.

Однако стороны в договоре, исходя из принципа свободы договора, закрепленного в ст. 421 ГК РФ, могут формировать его условия по своему усмотрению. И лишь в случае возникновения спора, который, кстати, может касаться и интересов лиц, которые не смогли заключить соответствующий договор с автором селекционного достижения, в суде будут оцениваться условия, соответствующие установившейся практике.

4. В комментируемом пункте выдвинуто требование об уведомлении патентообладателя и федерального органа исполнительной власти по селекционным достижениям о желании заключить договор об отчуждении патента на селекционное достижение.

Вполне очевидно, что законодатель также допустил неточность, упустив фигуру заявителя в качестве адресата для уведомления. Исходя из содержания абзаца второго п. 1 комментируемой статьи, согласно которому сведения об указанном заявлении публикуются в официальном бюллетене указанного федерального органа, заявление об отчуждении патента публикуется дважды: при публикации сведений о заявлении и при публикации сведений о выдаче патента. Следовательно, всегда имеется возможность направления указанного уведомления как заявителю, так и патентообладателю.

Целесообразность направления указанного уведомления федеральному органу исполнительной власти по селекционным достижениям обусловлена тем обстоятельством, что указанный федеральный орган обязан проверять очередность поступления уведомлений заинтересованных лиц при рассмотрении заявлений об отчуждении патента, с тем чтобы определить, кто первый изъявил желание стать участником договора об отчуждении патента.

5. В связи с тем, что в п. 1 комментируемой статьи закреплена обязанность заявителя (патентообладателя) заключить договор об отчуждении патента, можно предположить, что отношения сторон указанного договора могут быть дополнительно урегулированы положениями ст. 445 ГК РФ ("Заключение договора в обязательном порядке") с учетом особенностей результатов интеллектуальной деятельности.

В частности, заинтересованное в заключении договора об отчуждении патента лицо вправе обратиться в суд с требованием о понуждении заявителя (патентообладателя) заключить указанный договор, если последний уклоняется от его заключения, и о возмещении причиненных ему убытков.

6. В пункте 2 комментируемой статьи определены правовые последствия для лица, заключившего с патентообладателем договор об отчуждении патента.

Приобретатель патента обязан уплатить все патентные пошлины, от уплаты которых был освобожден заявитель (патентообладатель). В дальнейшем он обязан уплачивать патентные пошлины в установленном порядке.

Как установлено в ГК РФ (см. комментарий к ст. 1426), договор об отчуждении патента считается заключенным с момента его регистрации в федеральном органе исполнительной власти по селекционным достижениям. При этом для целей регистрации по смыслу комментируемой статьи должен быть приложен документ, подтверждающий уплату всех патентных пошлин, от уплаты которых был освобожден заявитель (патентообладатель).

7. В пункте 3 комментируемой статьи установлены последствия непоступления в федеральный орган исполнительной власти по селекционным достижениям письменного уведомления о желании заинтересованных лиц (граждан РФ, российских юридических лиц) заключить договор об отчуждении патента.

Непоступление указанного уведомления в течение двух лет со дня публикации сведений о выдаче патента на селекционное достижение, в отношении которого было сделано заявление об отчуждении патента, открывает для патентообладателя возможность подать в указанный федеральный орган ходатайство об отзыве своего заявления.

В этом случае на патентообладателя возлагается обязанность по уплате неуплаченных ранее патентных пошлин и по дальнейшей уплате годовых пошлин за поддержание патента в силе.

Сведения об отзыве указанного заявления подлежат публикации в официальном бюллетене указанного федерального органа.

8. Лаконичность комментируемого пункта оставляет без ответа некоторые вопросы, что свидетельствует о проблемах в правовом регулировании, допущенных законодателем.

Так, не вполне ясно, может ли заявитель отозвать свое заявление до истечения двухлетнего срока со дня публикации сведений о выдаче патента? Следует полагать, что заявление патентообладателя не подлежит отзыву до истечения указанного двухлетнего срока, поскольку решение о противном нарушило бы стабильность публичного предложения патентообладателя заключить договор об отчуждении патента.

Гражданский кодекс умалчивает о ситуации, когда в установленный двухлетний срок не поступило ходатайство о желании заключить договор об отчуждении патента, а заявитель не подает ходатайство об отзыве своего заявления, ведь закон не обязывает его делать это.

В такой ситуации патент продолжает находиться в режиме публичного предложения заключить договор об отчуждении, а патентообладатель и впредь не несет никаких финансовых обязательств по уплате патентных пошлин за поддержание своего патента в силе, что противоречит принципам патентной монополии.

Статья 1428. Лицензионный договор о предоставлении права использования селекционного достижения

Комментарий к статье 1428

1. В комментируемой статье приведено общее определение лицензионного договора в сфере селекционной деятельности, основными признаками которого являются предоставление (обязанность предоставить) одной стороной - патентообладателем (лицензиаром) другой стороне (лицензиату) удостоверенное патентом право использования соответствующего селекционного достижения в установленных договором пределах.

Лицензионный договор, как и договор об отчуждении патента, является одной из форм распоряжения исключительным правом на селекционное достижение.

Вполне естественно, исходя из крайней лаконичности данного определения, что устанавливаемые лицензионным договором способы использования охраняемого сорта растений или породы животных, именуемые обычно условиями лицензионного договора, определяются в соответствии с общими нормами гражданского права как императивного, так и диспозитивного характера, закрепленными, в частности, ст. 1235 - 1238 и ст. 1254 ГК РФ.

2. Лицензионный договор заключается в письменной форме и подлежит государственной регистрации в федеральном органе исполнительной власти по селекционным достижениям.

Как указано в общей норме п. 2 ст. 1235 ГК РФ, несоблюдение письменной формы или требования о государственной регистрации влечет за собой недействительность лицензионного договора.

Согласно п. 2 ст. 1233 ГК РФ к договорам о распоряжении исключительным правом на результат интеллектуальной деятельности, в том числе к лицензионным (сублицензионном) договорам, применяется общее положение об обязательствах (ст. 307 - 419) и о договорах (ст. 420 - 453).

Следовательно, моментом заключения лицензионного договора считается момент его регистрации в федеральном органе исполнительной власти по селекционным достижениям.

Поэтому подписанный, но не зарегистрированный лицензионный договор не порождает гражданских прав и обязанностей не только в отношении третьих лиц, но даже между сторонами данного договора.

Единственное исключение из указанного правила - право лицензиата требовать от лицензиара исполнения его обязанности по государственной регистрации лицензионного договора, основанное на норме п. 3 ст. 165 ГК РФ, согласно которой суд вправе, если одна

из сторон уклоняется от регистрации сделки, по требованию другой стороны вынести решение о ее регистрации.

3. Вопросы классификации договоров о предоставлении права использования селекционного достижения во многом сходны с соответствующими вопросами в сфере патентных лицензий (см. п. 2 и 3 комментария к ст. 1367 ГК РФ).

4. Сторонами лицензионного договора обозначены патентообладатель (лицензиар) и другая сторона (лицензиат).

На той или иной стороне лицензионного договора могут быть гражданин (физическое лицо) и/или юридическое лицо.

Таким образом, в качестве лицензиата (предполагается, что патент также выдан физическому и/или юридическому лицу) в лицензионном договоре в отличие от некоторых правовых систем не могут выступать представительства, филиалы и другие обособленные подразделения юридического лица.

5. В статье 1236 ГК РФ путем закрытого перечня определены виды лицензионных договоров:

- простая (неисключительная) лицензия, т.е. предоставление лицензиату права использования результата интеллектуальной деятельности или средств индивидуализации с сохранением за лицензиаром права выдачи лицензий другим лицам;

- исключительная лицензия, т.е. предоставление лицензиату права использования результатов интеллектуальной деятельности или средств индивидуализации без сохранения за лицензиатом права выдачи лицензий другим лицам.

Содержание упомянутых выше положений свидетельствует о кардинальном отходе от ранее действовавшего правового регулирования лицензионных договоров в сфере селекционной деятельности (ст. 16 Закона о селекционных достижениях). Это касается не только формальных моментов, например введения литературного термина "простая" лицензия как синонима неисключительной лицензии, но и положений по существу.

Классифицирующим признаком разграничения видов лицензионных договоров согласно ст. 1236 ГК РФ является факт сохранения за лицензиаром права выдачи лицензий другим лицам или отсутствия у лицензиара указанного права. При этом в обоих случаях (и при выдаче исключительной лицензии, и при выдаче неисключительной лицензии) лицензиату предоставляется право использования результата интеллектуальной деятельности, в данном случае селекционного достижения.

Рассмотрим правовые последствия упомянутых выше положений для режимов исключительной и неисключительной лицензий по сравнению с ранее действовавшим правовым регулированием лицензионных договоров.

При исключительной лицензии согласно абзацу второму ст. 16 Закона о селекционных достижениях Российской Федерации лицензиату передавалось исключительное право на использование в пределах, оговоренных договором, с сохранением за лицензиаром права на его использование в части, не передаваемой лицензиату. Подразумевалось также, что лицензиар лишался права выдачи лицензий другим лицам.

При исключительной лицензии согласно подп. 2 п. 1 ст. 1236 ГК РФ лицензиату предоставляется право использования без сохранения за лицензиаром права выдачи лицензий другим лицам.

Иными словами, лицензиат наделяется всеми правами, вытекающими из положительной функции патента, т.е. всеми способами использования запатентованного результата интеллектуальной деятельности. Кроме того, лицензиату согласно ст. 1254 ГК РФ предоставлено право защищать свои права всеми способами, которые предусмотрены, например, для защиты исключительных прав (ст. 1252 ГК РФ), т.е. лицензиат вправе, наряду с лицензиаром, реализовывать негативную функцию исключительного права.

Лицензиар, в случае выдачи им исключительной лицензии, лишается права самому использовать запатентованный объект и права выдачи лицензий другим лицам; по сути, за

ним сохраняется правовой титул, т.е. право на патент, с возможностью предъявлять иск к нарушителям патента и возможностью расторгнуть договор исключительной лицензии, если лицензиат нарушает условия лицензионного договора, например не уплачивает лицензиару вознаграждение в случае возмездной исключительной лицензии.

Таким образом, в комментируемой статье закреплена общепринятая в мире концепция исключительной лицензии, когда лицензиату принадлежит монопольное право использования предмета лицензии и право запрета такого использования другими лицами, включая патентообладателя-лицензиара.

В отношении неисключительной лицензии законодатель допустил ошибку, когда использовал ту же формулировку, что и в отношении исключительной лицензии: "предоставление лицензиату права использования результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации...". Значит, если толковать эту норму буквально, у лицензиара, кроме выдачи лицензий другим лицам, ничего не остается, даже права использования своего запатентованного объекта.

В чем же тогда различие между исключительной лицензией и неисключительной лицензией? Выходит, что только в возможности или невозможности выдачи лицензий другим лицам?

Вполне очевидно, что такая концепция неисключительной лицензии, противоречащая мировой патентной практике, в том числе и существовавшей ранее в России, может привести к печальным практическим последствиям.

Уместно отметить, что прежде (абзац третий ст. 16 Закона о селекционных достижениях) в соответствии с неисключительной лицензией лицензиар, предоставляя лицензиату право на использование, сохранял за собой все права, подтверждаемые патентом.

Поэтому при толковании понятия простой (неисключительной) лицензии следует прежде всего принимать во внимание ее неисключительный характер, что всегда предполагает сохранение у лицензиара права на использование селекционного достижения.

6. Следует особо отметить, что законодательства большинства государств мира не содержат определений различных видов лицензионных договоров; имеются лишь указания о возможности передачи исключительных и неисключительных лицензий. Понятия лицензионных договоров разработаны в доктрине или судебной практике.

Несовершенство и ошибочность (в части неисключительной лицензии) определений видов лицензионных договоров в ст. 1236 ГК РФ ставит перед правоприменительными органами нелегкую задачу их адекватного толкования.

Норма п. 2 ст. 1236 ГК РФ, согласно которой лицензия предполагается простой (неисключительной), если лицензионным договором не предусмотрено иное, мало что дает для решения проблемы разграничения видов лицензионных договоров, поскольку само название лицензионного договора может быть ошибочно, а стороны договора могут заблуждаться относительно его действительного содержания.

Следует полагать, что в создавшейся ситуации стороны лицензионного договора могут прибегнуть к общей норме п. 2 ст. 421 ГК РФ, согласно которой стороны могут заключить договор как предусмотренный, так и не предусмотренный законом или иными правовыми актами, чтобы избежать неблагоприятных последствий жесткой конструкции видов лицензионных договоров, закрепленной в ст. 1236 ГК РФ.

Так, например, если лицензиар исключительной лицензии намерен сам использовать селекционное достижение, он должен закрепить за собой такое право непосредственно в договоре исключительной лицензии. Лицензиар неисключительной лицензии обязан включить в договор условие о сохранении за собой права использовать селекционное достижение, чтобы избежать эффекта буквального толкования положения о предоставлении только лицензиату права использования охраняемого сорта растений или породы животных.

7. В основе толкования лицензионного договора, кроме признака сохранения за лицензиаром права выдачи лицензии другим лицам или отсутствия этого права, должен лежать признак исключительного или неисключительного характера представляемой лицензии.

Неисключительный характер лицензии предполагает, что лицензиат получает лишь право использования предмета лицензии в рамках относительного правоотношения. При этом лицензиат неисключительной лицензии лишен права выдачи сублицензий и права предъявления исков о нарушении патента. Количество неисключительных лицензий, представляемых патентообладателем(ями), не ограничено.

Исключительная лицензия предполагает предоставление лицензиату в рамках относительного правоотношения исключительного (монопольного) права использования предмета лицензии, исключающего из сферы такого использования всех других лиц, зачастую и патентообладателя-лицензиара. Дополнительно к такому относительному правоотношению по закону возникает абсолютное правоотношение, в котором лицензиату корреспондирует обязанность неопределенного круга лиц не нарушать исключительное право, являющееся предметом лицензии. Дополнительным признаком исключительной лицензии является возможность для лицензиата предоставлять сублицензии для других лиц, правда, не безусловная, а при письменном согласии лицензиара (см. комментарий к ст. 1238 ГК РФ).

8. Исходя из положений п. 3 ст. 421 ГК РФ о возможности заключать сторонами смешанный договор, содержащий элементы различных договоров, стороны лицензионного договора также могут включать в свои договоры обязательства, содержащие различные договоры, в том числе договоры аренды, купли-продажи, подряда, о совместной деятельности, что на практике приводит иногда к включению в договоры противоречащих друг другу условий, присущих различным договорным институтам.

Пункт 3 ст. 1236 ГК РФ вводит в российское право новую разновидность смешанных договоров применительно сугубо к лицензионным договорам: в одном лицензионном договоре в отношении различных способов использования результатов интеллектуальной деятельности (в данном случае производство и воспроизводство, доведение до посевных кондиций для последующего размножения, предложения к продаже, продажа и т.д.) могут содержаться условия, предусмотренные для различных видов лицензионных договоров, указанных в данной статье.

9. В статье 1235 ГК РФ изложены условия заключения лицензионного договора о предоставлении права использования результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации, которые определяют также содержание лицензионных договоров о предоставлении права использования селекционного достижения.

Среди условий лицензионного договора необходимо выделять существование условий, требующих согласования волеизъявлений контрагентов (лицензиара или лицензиата), которые подразделяются на предписываемые законом (в данном случае ст. 1235 ГК РФ) и инициативные (признаваемые существенными по желанию сторон).

К существенным условиям лицензионного договора, предписываемым ГК РФ, можно отнести условия о предмете договора, о способах использования селекционного достижения и о цене возмездного лицензионного договора.

Существенное условие о предмете лицензионного договора одновременно индивидуализирует предмет исполнения (охраняемый сорт растений или порода животных с указанием регистрационного номера и даты выдачи патента) и определяет характер самого договора (предоставление исключительного или неисключительного права использования селекционного достижения).

Существенное условие лицензионного договора о способах использования селекционного достижения определяет конкретные правомочия лицензиата по использованию охраняемого объекта, например права лицензиата на производство и

воспроизводство, вывоз, ввоз, предложение к продаже, продажу и иные способы введения в гражданский оборот семян или племенного материала селекционного достижения.

Способы использования селекционного достижения закреплены в закрытом перечне ст. 1421 ГК РФ (см. комментарий к указанной статье). При этом такие способы могут быть указаны в лицензионном договоре общим способом (т.е. совместно) или конкретно (т.е. по отдельности).

Лицензионные договоры согласно п. 5 ст. 1235 ГК РФ могут быть возмездными и безвозмездными.

Условие о цене возмездного лицензионного договора (обусловленного договором вознаграждения) также является существенным, поскольку при отсутствии в возмездном лицензионном договоре условия о размере вознаграждения или порядке его определения договор считается незаключенным, т.е. несуществующим.

В отдельных статьях ГК РФ указаны условия лицензионного договора, которые могут и не согласовываться сторонами, но, тем не менее, войдут в содержание их договорного обязательства как условия, предусмотренные диспозитивными нормами этих статей.

Следует полагать, что такие условия нельзя классифицировать в качестве существенных условий лицензионного договора.

К указанной категории условий лицензионного договора относятся условия о территории действия, о сроке, на который заключается лицензионный договор, о предоставлении лицензиару отчета об использовании соответствующего объекта.

Так, согласно п. 3 ст. 1235 ГК РФ, в лицензионном договоре должна быть указана территория, на которой допускается использование в данном случае селекционного достижения. Если территория, на которой допускается использование соответствующего объекта, в договоре не указана, лицензиат вправе осуществлять их использование на всей территории России.

Согласно п. 4 ст. 1235 ГК РФ срок, на который заключается лицензионный договор, не может превышать срок действия исключительного права. Однако если в лицензионном договоре срок его действия не определен, договор считается заключенным на пять лет, если ГК РФ не предусмотрено иное. Здесь явно чувствуется влияние положений авторского права.

Пункт 1 ст. 1237 ГК РФ предписывает, что лицензиат обязан представлять лицензиару отчет об исполнении результата интеллектуальной деятельности, если лицензионным договором не предусмотрено иное. В том случае, если в лицензионном договоре, предусматривающем представление отчетов об использовании, отсутствуют условия о сроке и порядке их представления, лицензиат обязан представлять такие отчеты лицензиару по его требованию.

10. Неисполнение той или иной стороной лицензионного договора его условий может повлечь возложение на виновную сторону гражданско-правовых санкций по правилам договорной ответственности.

Вместе с тем ГК РФ предусматривает возможность наступления внедоговорной (деликтной) ответственности вследствие использования лицензиатом селекционного достижения вне пределов предоставленного лицензиату объема прав.

Так, согласно п. 3 ст. 1237 ГК РФ использование результата интеллектуальной деятельности способом, не предусмотренным лицензионным договором, либо по прекращению действия такого договора, либо иным образом за пределами прав, предоставленных лицензиату по договору, включает ответственность за нарушение исключительного права. Иными словами, упомянутые выше противоправные действия лицензиата квалифицируются как нарушение патента или контрафакция.

Статья 1429. Открытая лицензия на селекционное достижение

Комментарий к статье 1429

1. Комментируемая статья представляет собой один из двух случаев так называемого самоограничения прав патентообладателя путем добровольно принятых на себя обязательств, которой ранее соответствовала ст. 19 Закона о селекционных достижениях.

Институт открытой лицензии больше известен в патентной практике, и в разных правовых системах он имеет свои особенности.

Целесообразность института открытой лицензии заключается в стремлении государства ускорить оборот исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности. Для достижения указанной цели государство идет на предоставление патентообладателю льготы по уплате годовых пошлин за поддержание патента в силе.

2. Содержание открытой лицензии заключается в публичном оповещении, обращенном к неопределенному кругу лиц, которое осуществляется путем подачи патентообладателем в федеральный орган исполнительной власти по селекционным достижениям заявления о возможности предоставления любому лицу права использования селекционного достижения (абзац первый п. 1 комментируемой статьи).

Взамен патентообладатель получает уменьшение размера патентной пошлины за поддержание патента в силе на 50% начиная с года, следующего за годом публикации указанным федеральным органом сведений об открытой лицензии (абзац второй п. 1 комментируемой статьи).

При этом следует учитывать то обстоятельство, что по смыслу комментируемой нормы "год публикации" и "год, следующий за годом публикации" - это не календарные годы, а годы действия соответствующего патента, отсчитываемые от даты подачи соответствующей заявки.

3. Положения абзаца третьего п. 1 комментируемой статьи являются новеллами в ГК РФ.

Если ранее сведения о заявлении об открытой лицензии публиковались в официальном бюллетене безвозмездно для патентообладателя, то в настоящее время сведения об открытой лицензии публикуются федеральным органом исполнительной власти по селекционным достижениям за счет патентообладателя.

В комментируемом абзаце также предписано, что патентообладатель обязан заключить с лицом, изъявившим желание использовать селекционное достижение, лицензионный договор на условиях простой (неисключительной) лицензии.

Указание в комментируемом абзаце на простую (неисключительную) лицензию дает основание утверждать, что патентообладатель имеет право подавать заявление о предоставлении открытой лицензии в том случае, если он прежде никому не предоставлял исключительную лицензию в отношении того же селекционного достижения.

Вполне очевидно, что заключенный на основе открытой лицензии лицензионный договор подлежит государственной регистрации в федеральном органе исполнительной власти по селекционным достижениям.

4. В пункте 2 комментируемой статьи предусмотрена возможность отзыва патентообладателем своего заявления о предоставлении открытой лицензии по истечении двух лет со дня публикации сведений о такой лицензии.

Это решение означает для патентообладателя обязанность доплатить все суммы пошлин за поддержание патента в силе за период времени, прошедший со дня публикации сведений об открытой лицензии, в том случае, если до отзыва этой лицензии никто не изъявил желание использовать селекционное достижение. Вполне очевидно, что в дальнейшем патентные пошлины за поддержание патента в силе уплачиваются патентообладателем в полном объеме.

В случае заключения лицензионных договоров на условиях открытой лицензии до момента отзыва этой лицензии лицензиаты сохраняют свои права на весь срок действия таких лицензионных договоров. И в этом случае патентные пошлины за поддержание

патента в силе уплачиваются патентообладателем в полном объеме со дня отзыва открытой лицензии.

Следует особо отметить, что в соответствии с ранее действовавшим законодательством (абзац четвертый ст. 19 Закона о селекционных достижениях) заявление патентообладателя о прекращении действия открытой лицензии удовлетворялось только при условии согласия всех владельцев открытой лицензии, т.е. лицензиатов в лицензионных договорах, заключенных на условиях открытой лицензии.

5. Поскольку предложения о заключении лицензионного договора на основе открытой лицензии могут поступать только в адрес патентообладателя, федеральный орган исполнительной власти по селекционным достижениям не может проверить достоверность утверждения патентообладателя, содержащегося в его ходатайстве об отзыве своего заявления об открытой лицензии, о непоступлении таких предложений.

Следовательно, удовлетворение указанного ходатайства происходит в случае доплаты требуемых пошлин автоматически, что в принципе может затронуть экономические интересы лиц, которые ранее не смогли достичь соглашения с патентообладателем в связи с заключением лицензионного соглашения на основе открытой лицензии.

6. Следует особо отметить, что в комментируемой статье не установлены правовые последствия бездействия патентообладателя по истечении двух лет с даты публикации сведений об открытой лицензии.

Патентообладатель может не подавать ходатайство об отзыве своего заявления по истечении указанного двухлетнего срока и в то же время пользоваться льготным режимом открытой лицензии по уплате годовых пошлин за поддержание патента в силе.

Следует полагать, что патентообладатель лишен права отзыва своего заявления в указанный двухлетний срок, поскольку решение о противном нарушило бы стабильность публичного оповещения об открытой лицензии, что могло бы повредить экономическим интересам неопределенного круга лиц.

§ 4. Селекционное достижение, созданное, выведенное или выявленное в порядке выполнения служебного задания или при выполнении работ по договору

Статья 1430. Служебное селекционное достижение

Комментарий к статье 1430

1. В комментируемой статье предусмотрено правовое регулирование отношений в сфере служебных селекционных достижений.

В ранее действовавшем законодательстве (ст. 5, 23 Закона о селекционных достижениях) указанные отношения были урегулированы менее детально.

Положения комментируемой статьи во многом унифицированы с соответствующими положениями о служебных изобретениях, служебных полезных моделях и служебных промышленных образцах, закрепленными в ст. 1370 ГК РФ (см. комментарий к указанной статье).

В целом комментируемая статья состоит из норм трудового права, что в известной степени нарушает, с учетом многочисленных норм административного права, включенных в раздел VII, целостность и цивилистический характер ГК РФ.

2. В пункте 1 комментируемой статьи дается легальное определение служебного селекционного достижения: селекционное достижение, созданное, выведенное или выявленное работником в порядке выполнения своих трудовых обязанностей или конкретного задания работника.

Таким образом, селекционное достижение признается служебным в двух случаях:

- в порядке выполнения работником своих трудовых обязанностей;

- в порядке выполнения работником конкретного задания работодателя.

Трудовые обязанности работника возложены на него трудовым договором, в котором согласно ст. 57 ТК РФ в обязательном порядке указывается трудовая функция работника (работа по должности в соответствии со штатным расписанием, профессии, специальности с указанием квалификации; конкретный вид получаемой работником работы, т.е. конкретное содержание труда). Именно в трудовой договор, понятие которого раскрыто в ст. 56 ТК РФ, должно быть включено условие об осуществлении работником научно-исследовательской деятельности, входящей в его трудовые обязанности.

Создание, выведение или выявление служебного селекционного достижения в связи с выполнением работником конкретного задания работодателя (например, в рамках порученной работнику исследовательской работы) предполагает получение селекционного достижения вне круга его трудовых обязанностей, предусмотренных трудовым договором.

Такая возможность вытекает из нормы ст. 60 ТК РФ, которая в принципе запрещает требовать от работника выполнения работы, не обусловленной трудовым договором, за исключением случаев, предусмотренных ТК РФ и иными федеральными законами. Именно к "иным федеральным законам" относится ГК РФ.

Вместе с тем следует полагать, что конкретное задание работнику должно входить в сферу деятельности работодателя. Кроме того, весьма существенно, чтобы все условия конкретного задания были согласованы, по аналогии со ст. 60.2 ТК РФ, работодателем с работником в письменной форме.

4. В пункте 2 комментируемой статьи указано, что право авторства на служебное селекционное достижение принадлежит работнику (автору), что в принципе дублирует норму ст. 1418 ГК РФ о том, что право авторства на селекционное достижение неотчуждаемо и непередаваемо.

5. В пункте 3 комментируемой статьи закреплена диспозитивная норма, согласно которой исключительное право на служебное селекционное достижение и право на получение патента принадлежит работодателю, если трудовым или иным договором между работником и работодателем не предусмотрено иное.

Как следует из вышеизложенного, факт создания служебного селекционного достижения влечет за собой возникновение у работодателя права на это селекционное достижение, судьбу которого он вправе определить по своему усмотрению.

Таким образом, трудовой или иной договор заключается в тех случаях, когда право на получение патента на служебное селекционное достижение переходит к работнику, поскольку по общему правилу это право возникает у работодателя. На практике условие о переходе права на получение патента на служебное селекционное достижение включается в трудовой договор заранее либо, в случае необходимости, соответствующее изменение вносится в уже действующий трудовой договор.

Возможен вариант, когда работник и работодатель достигнут соглашения о том, что они станут созаявителями и исключительное право на служебное селекционное достижение, в случае выдачи патента, будет принадлежать им совместно.

Указание в комментируемой норме на иной договор между работником и работодателем является новеллой в правовом регулировании служебного селекционного достижения.

Следует полагать, что законодатель в этом случае имеет в виду коллективный договор (ст. 40 ТК РФ), поскольку вопрос о принадлежности служебного селекционного достижения должен решаться только в рамках трудовых отношений.

Указанная концепция - принадлежность служебного селекционного достижения работодателю - в целом способствует соблюдению баланса интересов работника (автора), работодателя и общества в целом, а также соответствует мировой практике.

6. В пункте 4 комментируемой статьи установлен порядок определения принадлежности права на получение патента и исключительного права на служебное селекционное достижение.

По общему правилу (абзац первый п. 4 комментируемой статьи), т.е. в случае отсутствия в договоре <1> между работодателем и работником соглашения об ином, работник должен письменно уведомить работодателя о создании такого результата, в отношении которого возможна правовая охрана, в качестве селекционного достижения.

- -

<1> Указание на договор между работником и работодателем не означает его обязательного заключения между сторонами трудового правоотношения по поводу создания, выведения или выявления селекционного достижения, хотя его наличие желательно в целях устранения правовой неопределенности. Главное, чтобы селекционное достижение было получено в результате выполнения работником своих трудовых обязанностей или конкретного задания работодателя.

В абзаце втором п. 4 комментируемой статьи определены правовые последствия бездействия работодателя в течение четырех месяцев со дня уведомления его работником о полученном результате, в отношении которого возможна правовая охрана в качестве селекционного достижения.

Так, если работодатель в течение указанного выше срока:

- не подаст заявку на выдачу патента на служебное селекционное достижение в федеральный орган исполнительной власти по селекционным достижениям;

- не передаст право на получение патента на служебное селекционное достижение другому лицу <1>;

- -

<1> Следует полагать, что такая передача может осуществляться на основании гражданско-правового договора в письменной форме, который не подлежит государственной регистрации.

- не сообщит работнику о сохранении информации о соответствующем результате в тайне,

право на получение патента принадлежит работнику.

Вполне очевидно, что в данном случае речь должна идти о переходе права на получение патента к работнику, поскольку в п. 3 данной статьи закреплена презумпция принадлежности указанного права работодателю.

Факт перехода права на получение патента к работнику означает, что работодатель в течение всего срока действия патента имеет право использования селекционного достижения в собственном производстве на условиях простой неисключительной лицензии <1> с выплатой патентообладателю-работнику компенсации, размер, условия и порядок выплаты которой определяются договором между работником и работодателем, а в случае спора - судом.

- -

<1> Поскольку указанное положение не содержит ограничения по объему использования селекционного достижения, предполагается, что установление объема использования селекционного достижения зависит от работодателя.

Из вышеизложенного следует, что патентообладатель-работник имеет безусловное право на компенсацию, независимо от того, использует ли он сам служебное селекционное достижение, предоставил ли он лицензию другому лицу или вовсе его не использует.

Поскольку работодатель может реализовать свое право на использование служебного селекционного достижения в режиме неисключительной лицензии в течение довольно

продолжительного времени, то возможны различные ситуации с правовым оформлением указанного права работодателя.

Так, если работодателя и работника связывают трудовые отношения, то их взаимоотношения по выплате компенсации должны быть урегулированы в трудовом договоре или путем дополнительного соглашения к трудовому договору. Если начало использования служебного селекционного достижения приходится на период времени, когда между работодателем и работником прекращены трудовые отношения, между ними должен быть заключен лицензионный договор, подлежащий государственной регистрации, одно из условий которого - выплата патентообладателю, бывшему работнику, компенсации.

7. В пункте 5 комментируемой статьи закреплено право работника на получение от работодателя вознаграждения за использование созданного, выведенного или выявленного служебного селекционного достижения в размере и на условиях, которые определяются соглашением между ними, но не менее чем в размере, составляющем 2% от суммы ежегодного дохода от использования селекционного достижения, включая доход от предоставления лицензий, которое выплачивается работнику в течение шести месяцев после истечения каждого года, в котором использовалось селекционное достижение.

Примечательно, что вышеуказанные положения о выплате вознаграждения работнику, не являющемуся патентообладателем, в целом воспроизводят положения ст. 23 ранее действовавшего Закона о селекционных достижениях. Эти положения менее благоприятны для работника-селекционера по сравнению, например, с нормами о вознаграждении работника за служебное изобретение, когда работник имеет право на вознаграждение уже в случаях получения работодателем патента на служебное изобретение, принятия им решения о сохранении информации о таком изобретении в тайне, передачи им права на получение патента другому лицу, неполучения патента по поданной им заявке по зависящим от него причинам.

Кроме того, следует отметить, что в ст. 23 ранее действовавшего Закона о селекционных достижениях устанавливалось право автора селекционного достижения на получение вознаграждения от патентообладателя, что автоматически снимало вопрос о том, кто должен платить вознаграждение в случае отчуждения патента на селекционное достижение другому лицу, если в договоре отсутствовала соответствующая оговорка.

Напротив, комментируемая статья сохраняет правовую неопределенность во взаимоотношениях между работодателем и работником, являющимся автором селекционного достижения, поскольку зачастую при отчуждении исключительное право на служебное селекционное достижение фактически обременяется обязательством по выплате вознаграждения работнику, с которым правопреемника работодателя не связывают никакие отношения.

8. Пункт 6 комментируемой статьи содержит новеллу, несомненно имеющую прогрессивное значение, поскольку она восполняет давно существующий пробел в российском законодательстве.

Развитие правового регулирования служебных селекционных достижений привело к выделению из них особой промежуточной (между служебными и свободными) категории селекционных достижений, созданных, выделенных или выявленных с использованием опыта или иных средств работодателя, права на которые хотя и принадлежат работнику, однако ограничены в значительной степени правами работодателя.

Особым признаком таких селекционных достижений является то обстоятельство, что они получены с использованием денежных, технических или иных материальных средств работодателя, но не в связи с выполнением своих трудовых обязанностей или конкретного задания работодателя.

Такие селекционные достижения не являются служебными, а право на получение патента и исключительное право на такие селекционные достижения принадлежат работнику.

При этом работодатель правомочен по своему выбору:

- потребовать предоставления ему безвозмездной простой (неисключительной) лицензии на использование селекционного достижения для собственных нужд на весь срок действия исключительного права;

- возмещения расходов, понесенных им в связи с созданием, выведением или выявлением такого селекционного достижения.

Следует учитывать тот факт, что в ГК РФ не раскрыто понятие "для собственных нужд". Вполне очевидно, что на практике различные хозяйствующие субъекты имеют различный масштаб собственных нужд.

Следует также отметить, что за указанную категорию селекционных достижений работодатель не обязан уплачивать патентообладателю-работнику компенсацию или какое-либо иное вознаграждение.

Статья 1431. Селекционные достижения, созданные, выведенные или выявленные по заказу

Комментарий к статье 1431

1. Комментируемая статья является новеллой в российском законодательстве о селекционных достижениях. Ранее в российском гражданском законодательстве был известен только авторский договор заказа.

Как и в некоторых других случаях, здесь явно чувствуется влияние авторского права (в данном случае ст. 1288 ГК РФ), равно как и ст. 1372 ГК РФ ("Промышленный образец, созданный по заказу").

Законодатель прямо не указывает вид договора, который может заключаться между сторонами с целью создания, выведения или выявления селекционного достижения. Однако используемая в данной статье терминология ("заказчик", "подрядчик", "исполнитель") свидетельствует, что это может быть только договор подрядного типа.

2. В анализируемой статье речь идет о селекционном достижении, созданном, выведенном или выявленном по заказу.

В связи с этим возникает вопрос, может ли быть создано, выведено или выявлено селекционное достижение не только по договору заказа, но и в рамках подрядных договоров (например, договора на выполнение научно-исследовательских работ), предметом которых его создание, выведение или выявление прямо не предусмотрено, как это указано, например, в ст. 1371 ГК РФ в отношении изобретения, полезной модели, промышленного образца.

На этот вопрос дает ответ сама специфика селекционного достижения как объекта правовой охраны, допускающая правовую охрану случайно выявленного нового сорта растений или породы животных.

В связи с вышеизложенным следует полагать, что в данном случае, при наличии явного пробела в законодательстве, к договорам на выполнение научно-исследовательских работ в сфере селекционных достижений, возможно, в порядке аналогии закона (ст. 6 ГК РФ), применение правил ст. 1371 ГК РФ.

3. В пункте 1 комментируемой статьи определены предмет договора заказа и принадлежность права на селекционное достижение, созданное, выведенное или выявленное по заказу.

По замыслу законодателя, предметом указанного договора является создание, выведение или выявление селекционного достижения. Однако одного этого указания недостаточно, поскольку передать нематериальный результат работы невозможно. Поэтому необходимо дополнительное указание на передачу заказчику права на получение патента.

Таким образом, толковать предмет договора заказа следует расширительно, включая в него не только нематериальный результат творческой деятельности подрядчика (исполнителя), но и передачу права на получение патента заказчику.

В пункте 1 комментируемой статьи закреплена диспозитивная норма о принадлежности права на получение патента и исключительного права на созданное, выведенное или выявленное селекционное достижение.

Вполне очевидно, что стороны договора заказа могут включить в договор иное условие о принадлежности права на селекционное достижение.

5. В пункте 2 комментируемой статьи определены правовые последствия принадлежности заказчику права на получение патента и исключительного права на селекционное достижение, созданное, выведенное или выявленное по заказу.

В этом случае подрядчик (исполнитель) правомочен, поскольку в договоре не предусмотрено иное, использовать селекционное достижение для собственных нужд на условиях простой (неисключительной) лицензии в течение всего срока действия патента.

Гражданский кодекс не дает определение термина "для собственных нужд", поэтому в договоре целесообразно указывать, в чем состоят такие нужды (на собственном предприятии, в сфере официальной деятельности и т.д.).

В предложении втором п. 2 комментируемой статьи указано, что договором, на основании которого выполнялась работа, может быть предусмотрена лицензия иного вида.

Следует полагать, что такой лицензией, учитывая общие нормы ст. 1236 ГК РФ о видах лицензионных договоров, может быть исключительная лицензия.

6. В пункте 3 комментируемой статьи определены правовые последствия принадлежности подрядчику (исполнителю) права на получение патента и исключительного права на селекционное достижение, созданное, выведенное или выявленное по заказу.

Эти последствия, по сути, идентичны тем последствиям, которые указаны в п. 5 комментария к данной статье.

7. В пункте 4 комментируемой статьи урегулированы вопросы выплаты вознаграждения автору созданного, выведенного или выявленного по заказу селекционного достижения.

Вознаграждение автору, не являющемуся патентообладателем, выплачивается по правилам п. 5 ст. 1430 ГК РФ (см. комментарий к указанной статье).

На практике указанное вознаграждение выплачивается патентообладателем, которым, в зависимости от условий договора заказа, может быть как заказчик, так и подрядчик (исполнитель).

Размер и условия выплаты такого вознаграждения устанавливаются соглашением между патентообладателем и автором, но не менее чем в размере, составляющем два процента от суммы ежегодного дохода от использования селекционного достижения, включая доход от предоставления лицензий.

Статья 1432. Селекционные достижения, созданные, выведенные или выявленные при выполнении работ по государственному или муниципальному контракту

Комментарий к статье 1432

В соответствии с комментируемой статьей к селекционным достижениям, созданным (выведенным или выявленным) при выполнении работ по государственному или муниципальному контракту, соответственно применяются правила ст. 1373 ГК РФ, т.е. правила относительно изобретения, полезной модели или промышленного образца, созданных при выполнении работ по государственному или муниципальному контракту. Иными словами, в данном случае законодатель применил отсылочную норму к правовому

регулированию других результатов интеллектуальной деятельности с учетом особенностей селекционных достижений (см. комментарий к ст. 1373 ГК РФ).

Следует особо указать, что до настоящего времени практике не известны работы, выполняемые по государственному или муниципальному контракту, при выполнении которых возможно создание, выведение или выявление селекционных достижений.

§ 5. Получение патента на селекционное достижение. Прекращение действия патента на селекционное достижение

Статья 1433. Заявка на выдачу патента на селекционное достижение

Комментарий к статье 1433

1. Оформление прав на селекционное достижение проходит несколько этапов, исходной точкой которых является заявка на выдачу патента на селекционное достижение (заявка на выдачу патента).

В соответствии с п. 1 комментируемой статьи заявка на выдачу патента подается в федеральный орган исполнительной власти по селекционным достижениям (до 1 января 2008 г. - ФГУ "Государственная комиссия РФ по испытанию и охране селекционных достижений", далее - Госсорткомиссия или Госкомиссия) лицом, обладающим правом на получение патента в соответствии с ГК РФ (заявителем).

В качестве заявителей могут выступать авторы селекционных достижений (селекционеры), их правопреемники, а также работодатели, имеющие право на получение патента на служебное селекционное достижение, либо заказчики или подрядчики (исполнители) по договору заказа, либо исполнители или государственные или муниципальные заказчики (выступающие от имени России, субъекта РФ или муниципального образования), либо совместно исполнители и государственные или муниципальные заказчики (выступающие соответственно от имени России, субъекта РФ или муниципального образования) согласно государственному или муниципальному контракту.

2. Заявка на выдачу патента должна относиться к одному селекционному достижению и содержать:

- заявление о выдаче патента с указанием автора селекционного достижения и лица, на имя которого испрашивается патент, а также места жительства или места нахождения каждого из них;
- анкету селекционного достижения;
- документ, подтверждающий уплату пошлины в установленном размере либо основания для освобождения от уплаты пошлины, или для уменьшения ее размера, или для отсрочки ее уплаты.

Анкета сорта (породы) должна, в частности, содержать: название рода и вида (русское и латинское); имя и адрес заявителя; предлагаемое наименование селекционного достижения и селекционный номер; происхождение селекционного достижения с указанием места создания и исходные (родительские) формы; особенности поддержания и размножения селекционного достижения; признаки селекционного достижения, характеризующие отличительные особенности; наименования похожих селекционных достижений и признаки, по которым они отличаются от заявленного селекционного достижения; особые условия для испытания селекционного достижения на отличимость, однородность и стабильность (если они имеются).

Размер и сроки уплаты патентных пошлин за совершение юридически значимых действий, связанных с заявкой и патентом на селекционное достижение, установлены в Положении о патентных пошлинах на селекционные достижения, утвержденном

Постановлением Правительства РФ от 12 августа 1994 г. N 918 (СЗ РФ. 1994. N 18. Ст. 2080).

В указанном Положении имеются нормы, освобождающие от уплаты патентных пошлин (участников Великой Отечественной войны и лиц, приравненных к ним), уменьшающие их размер (для инвалидов, испрашивающих патент на свое имя), а также предоставляющие отсрочку от уплаты пошлин, в частности за поддержание патента в силе с первого по третий год его действия.

Однако при заключении указанными лицами договора об исключительной лицензии или договора об отчуждении патента действие упомянутых выше льгот прекращается. В этом случае документ, подтверждающий уплату пошлины или ее доплату до установленного размера, если автор, патентообладатель были освобождены от ее уплаты полностью или частично либо им была предоставлена соответствующая отсрочка от уплаты пошлины, представляется вместе с документом, подтверждающим уплату пошлины за регистрацию указанных договоров.

3. Требования к документам заявки устанавливаются на основании положений ГК РФ федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим нормативно-правовое регулирование в сфере сельского хозяйства.

В настоящее время функции указанного федерального органа выполняет Министерство сельского хозяйства РФ.

4. Документы заявки представляются на русском или другом языке. В последнем случае к заявке должен прилагаться перевод этих документов на русский язык.

При этом наименование иностранного селекционного достижения записывают на языке заявителя и в русской транскрипции. Русскую транскрипцию наименования иностранного селекционного достижения предлагает заявитель и утверждает федеральный орган исполнительной власти по селекционным достижениям.

Статья 1434. Приоритет селекционного достижения

Комментарий к статье 1434

1. Комментируемая статья содержит правила установления приоритета селекционного достижения федеральным органом исполнительной власти по селекционным достижениям.

В ранее действовавшем законодательстве вопросам установления приоритета селекционного достижения была посвящена ст. 7 Закона о селекционных достижениях, которая мало чем отличается от комментируемой статьи.

Под приоритетом обычно понимается признание указанным федеральным органом первенства в оформлении прав на селекционное достижение. Конкретные даты приоритета относятся к юридическим фактам, имеющим исключительно важное значение при проведении экспертизы селекционного достижения на его соответствие критерию новизны или отличимости. В конечном счете дата приоритета служит для исключения появления нескольких охранных документов на одно и то же селекционное достижение.

2. В пункте 1 комментируемой статьи предусмотрено общее правило установления приоритета селекционного достижения: приоритет селекционного достижения устанавливается по дате поступления в федеральный орган исполнительной власти по селекционным достижениям заявки на выдачу патента.

Следует особо отметить, что согласно ранее действовавшему законодательству (абзац первый ст. 7 Закона о селекционных достижениях) приоритет селекционного достижения устанавливался по более широкому кругу оснований.

Кроме упомянутого выше основания, приоритет устанавливался по дате поступления в Госкомиссию заявки на допуск к использованию. Но поскольку институт допуска

селекционных достижений к использованию законодателем упразднен, отпала необходимость во втором основании для установления приоритета.

В литературе иногда встречаются предложения о расширении круга оснований для установления приоритета селекционного достижения по примеру ст. 1381 ГК РФ, предусматривающей приоритет изобретения, полезной модели и промышленного образца.

Думается, что такие предложения неосуществимы на практике, исходя прежде всего из специфики селекционного достижения как объекта правовой охраны.

Кроме того, Конвенция УПОВ, в отличие от Парижской конвенции по охране промышленной собственности, предусматривающей в ст. 4 различные виды приоритета, по сути, признает только конвенционный приоритет.

3. В пункте 2 комментируемой статьи предусмотрены исключения из общего правила установления приоритета селекционного достижения по дате поступления заявки на выдачу патента.

Во-первых, если в федеральный орган исполнительной власти по селекционным достижениям поступают две или более заявки на одно и то же селекционное достижение в один и тот же день, то приоритет устанавливается по более ранней дате отправки заявки.

Во-вторых, если экспертизой установлено (на стадии предварительной экспертизы заявки), что эти заявки (на одно и тоже селекционное достижение, поступившие в один и тот же день) имеют одну и ту же дату отправки, патент может быть выдан по заявке, имеющей более ранний регистрационный номер указанного федерального органа, при условии, что соглашением между заявителями не предусмотрено иное.

4. Пункт 3 комментируемой статьи, по сути, воспроизводит текст абзацев третьего и четвертого ст. 7 ранее действовавшего Закона о селекционных достижениях от 6 августа 1993 г., принятого до даты присоединения России к Конвенции УПОВ.

В абзаце первом п. 3 комментируемой статьи указано, что если поступившей в федеральный орган исполнительной власти по селекционным достижениям заявке предшествовала заявка, поданная заявителем в иностранном государстве, с которым Российская Федерация заключила договор об охране селекционных достижений, заявитель пользуется приоритетом первой заявки в течение двенадцати месяцев со дня ее подачи.

Указанная норма имела значение в период, когда Россия не участвовала в Конвенции УПОВ. В таких условиях право приоритета селекционного достижения могло быть предоставлено (в том числе и отечественным заявителям в иностранных государствах) только на основании двусторонних международных договоров на основе принципа взаимности.

Комментируемая норма имеет определенное значение в отношениях с теми государствами, которые не являются участниками Конвенции УПОВ, при условии заключения РФ с ними соответствующих договоров.

В абзаце втором п. 3 комментируемой статьи предписано, что в заявке, направляемой в федеральный орган исполнительной власти по селекционным достижениям, заявитель должен указать дату приоритета первой заявки.

Затем в течение шести месяцев со дня поступления заявки в указанный федеральный орган заявитель обязан представить копию первой заявки, заверенную компетентным органом иностранного государства, и ее перевод на русский язык. При этом заявитель вправе не предоставлять дополнительную документацию и необходимый для испытания материал в течение трех лет со дня подачи первой заявки.

5. Российские заявители с 1998 г. имеют возможность истребовать так называемый конвенционный приоритет согласно ст. 11 Конвенции УПОВ: селекционер, подавший в установленном порядке заявку на предоставление правовой охраны нового сорта в одной из Договаривающихся Сторон ("первая заявка"), пользуется в течение двенадцати месяцев правом приоритета для целей подачи заявки на предоставление права селекционера на этот сорт в компетентный орган любой другой Договаривающейся Стороны

("последующая заявка"). Этот срок исчисляется со дня подачи первой заявки и день подачи заявки в указанный срок не включается.

Законодатель не счел необходимым включить в главу 73 ГК РФ отдельную статью, по примеру ст. 1382 ГК РФ ("Конвенционный приоритет изобретения, полезной модели и промышленного образца"), посвященную конвенционному приоритету селекционного достижения.

Поэтому упомянутая выше ст. 11 Конвенции УПОВ действует на территории России непосредственно, без ее трансформации в национальное законодательство.

Статья 1435. Предварительная экспертиза заявки на выдачу патента

Комментарий к статье 1435

1. Выдача патента на селекционное достижение осуществляется после проведения нескольких процедур, включающих предварительную экспертизу заявки, экспертизу селекционного достижения на новизну и испытания селекционного достижения на отличимость, однородность и стабильность.

В ранее действовавшем законодательстве порядок проведения предварительной экспертизы был регламентирован в ст. 8 Закона о селекционных достижениях, который с тех пор не претерпел существенных изменений.

Предварительной экспертизе в патентном праве соответствует формальная экспертиза заявки, которая предшествует экспертизе заявки на изобретение и на промышленный образец по существу.

2. В пункте 1 комментируемой статьи предписано, что в ходе предварительной экспертизы заявки на выдачу патента:

- устанавливается дата приоритета селекционного достижения;
- проверяется наличие предписанных документов (см. комментарий к п. 2 ст. 1433 ГК РФ) и их соответствие установленным требованиям.

Для проведения предварительной экспертизы заявки определен довольно-таки сжатый срок - один месяц.

Более детальные положения относительно проведения предварительной экспертизы заявки на выдачу патента были изложены в Правилах составления и подачи заявки на выдачу патента на селекционное достижение, утвержденных Государственной комиссией РФ по испытанию и охране селекционных достижений 14 октября 1994 г. N 2-01/3.

3. В пункте 2 комментируемой статьи закреплены права и обязанности заявителя в ходе проведения предварительной экспертизы заявки на выдачу патента.

Так, в этот период заявитель вправе по собственной инициативе дополнять, уточнять или исправлять документы заявки.

Следует полагать, что это правомочие заявителя ограничено указанным периодом, поскольку оно не предусмотрено в процедуре экспертизы селекционного достижения на новизну.

Заявитель обязан представить в установленный федеральным органом исполнительной власти срок отсутствующие или уточняющие документы заявки на выдачу патента. В случае неисполнения заявителем этой обязанности заявка не принимается к рассмотрению, о чем уведомляется заявитель.

4. После завершения предварительной экспертизы федеральный орган исполнительной власти по селекционным достижениям незамедлительно уведомляет заявителя о положительном результате предварительной экспертизы и дате подачи заявки.

При этом сведения о принятых заявках подлежат публикации в официальном бюллетене указанного федерального органа.

5. Пункт 4 комментируемой статьи предоставляет возможность заявителю оспаривать в судебном порядке решение федерального органа исполнительной власти по

селекционным достижениям, принятое по результатам предварительной экспертизы, если он не согласен с этим решением. Срок, предоставляемый для оспаривания решения указанного федерального органа, равняется трем месяцам.

Следует особо отметить, что заявитель имеет право оспаривать решение указанного федерального органа непосредственно в суде, минуя какую-либо административную структуру, например палату по патентным спорам, как это предусмотрено в патентом праве (см. комментарии к п. 3 ст. 1248 и к ст. 1392 ГК РФ), хотя в рамках указанного федерального органа и было создано соответствующее подразделение - Апелляционная комиссия.

Статья 1436. Временная правовая охрана селекционного достижения

Комментарий к статье 1436

1. Комментируемая статья посвящена сравнительно новому для российского законодательства институту - временной правовой охране селекционных достижений.

В ранее действовавшем законодательстве временная правовая охрана была предусмотрена в ст. 15 Закона о селекционных достижениях, которая, с незначительными изменениями и дополнениями, легла в основу комментируемой статьи.

2. В пункте 1 комментируемой статьи раскрыто содержание временной правовой охраны: селекционному достижению, на которое подана заявка в федеральный орган исполнительной власти по селекционным достижениям, со дня подачи заявки и до даты выдачи заявителю патента на селекционное достижение предоставляется временная правовая охрана.

Следует особо подчеркнуть, что временная правовая охрана предоставляется не с даты публикации заявки, как, например, в патентном праве (см. комментарий к ст. 1392 ГК РФ), когда сведения о чужих правах становятся общедоступными для третьих лиц, с более ранней даты, открывающей возможность для объективного вменения, т.е. для возложения неблагоприятных последствий независимо от вины третьих лиц.

Указанное решение российского законодателя в принципе не противоречит международному праву, поскольку ст. 13 Конвенции УПОВ позволяет Договаривающимся Сторонам избрать один из следующих вариантов: в течение периода с момента подачи или публикации заявки на предоставление права селекционера и до предоставления такового права каждая Договаривающаяся Сторона может предусматривать меры с целью защиты интересов селекционера.

Кроме того, следует учитывать тот факт, что период времени с даты подачи заявки и до даты публикации сведений о принятых заявках в официальном бюллетене в принципе не должен превышать один месяц - общий срок проведения предварительной экспертизы заявки на выдачу патента.

3. В пункте 2 комментируемой статьи определены условия реализации временной правовой охраны селекционного достижения: после получения заявителем патента в форме выплаты ему (уже патентообладателю) денежной компенсации, размер которой определяется соглашением сторон, а в случае спора - судом.

Прямое указание на рассмотрение споров в судебном порядке - нововведение в статью о временной правовой охране, поскольку ранее такая возможность вытекала из ст. 29 Закона о селекционных достижениях о рассмотрении споров в судебном порядке.

Строго говоря, термин "охрана" здесь не совсем удачен, поскольку публикация сведений о заявке не предоставляет заявителю право запрещать третьим лицам использовать его заявленное селекционное достижение, а после получения патента патентообладатель может рассчитывать только на получение денежной компенсации, а не на возмещение причиненных ему убытков.

Третьи лица, скорее всего конкуренты, имеют право использовать чужое заявленное селекционное достижение, и если процедура выдачи патента растягивается на много лет, то выплата денежной компенсации, которая всегда меньше реальных убытков, - слабое утешение для патентообладателя.

В комментируемом пункте предусматривается, что патентообладатель имеет право получить денежную компенсацию от лица, совершившего без разрешения заявителя в период временной правовой охраны действия, указанные в п. 3 ст. 1421 ГК РФ, т.е. действия по использованию селекционного достижения (производство и воспроизводство, доведение до посевных кондиций для последующего размножения, предложение к продаже, продажа и т.д.).

Следует обратить внимание на то обстоятельство, что в комментируемом пункте речь идет о возможности предоставления заявителем разрешения третьим лицам на использование селекционного достижения, т.е. о возможности предоставления заявителем лицензий, хотя и в косвенной форме.

Как известно, законодатель предусмотрел непосредственно в законе только договор об отчуждении права на получение патента на селекционное достижение (см. комментарий к ст. 1420 ГК РФ).

Вместе с тем не существует и прямого запрета на осуществление сделок по предоставлению прав на использование заявленных селекционных достижений.

4. Институт временной правовой охраны селекционного достижения, по сравнению с одноименным институтом в патентном праве, имеет свои особенности.

Одна из таких особенностей - ограничения в сфере использования заявленного селекционного достижения самим заявителем в период временной правовой охраны.

В пункте 3 комментируемой статьи изложен исчерпывающий перечень случаев дозволенного использования селекционного достижения, согласно которому заявителю разрешены:

- продажа и иная передача семян, племенного материала только для научных целей;

- такая продажа и иная передача связаны с отчуждением права на получение патента на селекционное достижение;

- такая продажа или иная передача связаны с производством семян, племенного материала по заказу заявителя в целях создания их запаса.

В последнем случае разрешение использования селекционного достижения необходимо заявителю, например, для использования им последующей обязанности по сохранению селекционного достижения в течение срока действия патента (см. комментарий к ст. 1440 ГК РФ). Вполне очевидно, что для указанных целей заявитель вправе заключать лицензионные договоры о предоставлении права использования заявленного селекционного достижения.

В связи с вышеизложенным следует отметить, что в ст. 13 Конвенции УПОВ не предусмотрено никаких ограничений по продаже семян после подачи заявки в рамках временной правовой охраны.

5. В пункте 4 комментируемой статьи установлены основания ненаступления временной правовой охраны селекционного достижения, а именно:

- заявка на выдачу патента не была принята к рассмотрению (см. комментарий к ст. 1435 ГК РФ);

- по заявке принято решение об отказе в выдаче патента и возможность подачи возражения против этого решения исчерпана;

- нарушение заявителем требований п. 3 комментируемой статьи, т.е. выход заявителя за пределы разрешенных способов использования заявленного селекционного достижения в период временной правовой охраны.

В отличие от патентного права среди оснований для ненаступления временной правовой охраны селекционного достижения нет отзыва заявителем заявки на выдачу

патента, поскольку в праве на селекционное достижение не предусмотрен сам отзыв заявки на выдачу патента на селекционное достижение.

Статья 1437. Экспертиза селекционного достижения на новизну

Комментарий к статье 1437

1. В комментируемой статье изложены основные правила проведения экспертизы селекционного достижения на новизну, которая является одним из критериев охраноспособности селекционного достижения.

Комментируемая статья с незначительными изменениями воспроизводит ст. 9 ранее действовавшего Закона о селекционных достижениях.

Следует отметить, что экспертиза селекционного достижения на новизну существенно отличается от экспертизы заявки на изобретение по существу (см. комментарий к ст. 1386 ГК РФ), включающей проверку соответствия заявленного изобретения критериям патентоспособности, в том числе критерию новизны.

2. В пункте 1 комментируемой статьи предусмотрены условия проведения экспертизы селекционного достижения на новизну.

Следует отметить, что экспертиза селекционного достижения на новизну не проводится федеральным органом исполнительной власти по селекционным достижениям автоматически, после завершения с положительным результатом предварительной экспертизы заявки на выдачу патента.

Такая экспертиза проводится выборочно, по тем заявленным селекционным достижениям, в отношении которых в указанный федеральный орган поступили ходатайства (ранее они назывались претензиями) о проведении экспертизы на новизну, содержащие какие-либо сведения, порочащие новизну заявленных селекционных достижений.

Содержание критерия охраноспособности селекционного достижения "новизна" раскрыто в п. 3 ст. 1413 ГК РФ (см. комментарий к ней).

Напомню, что селекционное достижение считается новым, если на дату подачи заявки семена или племенной материал данного селекционного достижения не продавались и не передавались иным образом селекционером, его правопреемником или с их согласия другим лицом для его использования:

- на территории России ранее, чем за один год до указанной даты;

- на территории другого государства ранее чем за четыре года или, если это касается сортов винограда, древесных декоративных, древесных плодовых культур и древесных лесных пород, ранее чем за шесть лет до указанной даты.

Указанное ходатайство может быть подано любым заинтересованным лицом (указанный термин в законе не раскрыт) в течение шести месяцев со дня публикации сведений о заявке на выдачу патента. Вполне очевидно, что решение о соответствии селекционного достижения критерию новизны может быть принято указанным федеральным органом не ранее шести месяцев с даты публикации сведений о заявке на выдачу патента.

О поступлении упомянутого ходатайства указанный федеральный орган уведомляет заявителя с изложением его существа.

Ранее требовалось, чтобы соответствующая претензия относительно новизны селекционного достижения была обоснованной.

Заявитель располагает трехмесячным сроком для направления в указанный федеральный орган мотивированного возражения против ходатайства.

3. В пункте 2 комментируемой статьи изложен порядок принятия решения относительно соответствия заявленного селекционного достижения критерию новизны.

Федеральный орган исполнительной власти по селекционным достижениям принимает решение по ходатайству и сообщает о нем заинтересованному лицу по имеющимся материалам.

Сказанное означает, что в отличие, например, от патентного права в процессе проверки соответствия селекционного достижения критерию новизны не проводится информационный поиск в отношении заявленного селекционного достижения. Такая проверка ограничивается исследованием материалов, порочащих новизну заявленного селекционного достижения, содержащихся в ходатайстве о проведении экспертизы на новизну.

Отсутствие новизны селекционного достижения является основанием для принятия решения указанным федеральным органом об отказе в выдаче патента на селекционное достижение. Следует полагать, что указанный федеральный орган должен уведомить заявителя о принятии решения об отказе в выдаче патента.

Статья 1438. Испытания селекционного достижения на отличимость, однородность, стабильность

Комментарий к статье 1438

1. В комментируемой статье сформулированы основные правила проведения испытания селекционного достижения на отличимость, однородность, стабильность, которые являются условиями охраноспособности селекционного достижения (см. комментарий к ст. 1413 ГК РФ).

Комментируемая статья с незначительными изменениями воспроизводит ст. 10 ранее действовавшего Закона о селекционных достижениях.

Указанная процедура в принципе является аналогом экспертизы по существу в патентном праве.

В отличие от экспертизы селекционного достижения на новизну, которая проводится эпизодически, по мере поступления соответствующих ходатайств заинтересованных лиц, испытания селекционного достижения на отличимость, однородность, стабильность осуществляются на постоянной основе. При этом какого-либо специального ходатайства о проведении таких испытаний от заявителя не требуется.

После получения уведомления от федерального органа исполнительной власти по селекционным достижениям о приеме заявки по итогам проведения предварительной экспертизы заявитель должен оплатить соответствующие пошлины за испытание, если он не освобожден от уплаты пошлин или не имеет отсрочки по их уплате.

2. В пункте 1 комментируемой статьи определен порядок проведения испытаний селекционного достижения на отличимость, однородность, стабильность (далее - ООС).

Такие испытания проводятся по методикам и в сроки, которые устанавливаются федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим нормативно-правовое регулирование в сфере сельского хозяйства (в настоящее время - Министерство сельского хозяйства РФ).

В настоящее время утверждены методики оценки на ООС более чем по 200 родам, видам и разновидностям растений и 13 видам животных.

В абзаце втором п. 1 комментируемой статьи установлено, что заявитель обязан предоставить для испытания необходимое количество семян, племенного материала по адресу и в срок, которые указаны федеральным органом исполнительной власти по селекционным достижениям.

На практике для указанных целей заявитель должен, в частности, выслать образцы сорта растений, породы животных для проведения государственных испытаний на ООС в количестве, по адресам и в сроки, указанные в разнарядках упомянутого федерального органа, с приложением свидетельства на семена, племенной материал.

Образцы должны быть свободны от карантинных вредителей, болезней и сорняков, посторонних примесей, семян и других культур.

Семенной материал, поступающий на официальные испытания в федеральный орган исполнительной власти по селекционным достижениям, должен использоваться строго в целях проведения государственных испытаний и депонирования.

Семеноводство и иное размножение сортов, находящихся на государственных испытаниях, запрещается, за исключением случаев использования материала, собранного в конкурсном испытании, для закладки опытов конкурсного испытания в следующем году.

По большинству культур продолжительность испытаний сорта на ООС составляет два года. На практике такие испытания проводятся в госсортучастках, госсортстанциях и лабораториях указанного федерального органа.

3. В пункте 2 комментируемой статьи предусмотрены другие субъекты, которые могут проводить испытания селекционного достижения на ООС, результаты которых могут быть использованы федеральным органом исполнительной власти по селекционным достижениям.

Так, указанный федеральный орган вправе использовать:

- результаты испытаний, проведенных компетентными органами других государств, с которыми заключены соответствующие договоры;

- результаты испытаний, проведенных другими российскими организациями по договору;

- данные, представленные заявителем.

Указанная норма направлена на ускорение процедуры испытаний селекционных достижений на ООС и развитие международного сотрудничества в сфере селекционных достижений.

Статья 1439. Порядок государственной регистрации селекционного достижения и выдача патента

Комментарий к статье 1439

1. В комментируемой статье определен порядок государственной регистрации селекционного достижения и выдачи патента на селекционное достижение.

В ранее действовавшем законодательстве эти вопросы были урегулированы в последнем (четвертом) абзаце ст. 10, ст. 11 и 12 Закона о селекционных достижениях.

В комментируемой статье раскрыта одна из основных функций федерального органа исполнительной власти по селекционным достижениям - государственная регистрация селекционного достижения и выдача на него охранного документа (патента).

Указанный федеральный орган регистрирует селекционные достижения и выдает на них патенты от имени государства, что означает легальный характер патентной монополии селекционера.

2. В пункте 1 данной статьи предусмотрено основание государственной регистрации селекционного достижения - решение федерального органа исполнительной власти по селекционным достижениям о выдаче патента на селекционное достижение.

На основании этого решения, при соответствии селекционного достижения критериям охраноспособности (см. комментарий к п. 2 ст. 1413), а наименования селекционного достижения - требованиям ст. 1419 ГК РФ (см. комментарий к указанной статье) указанный федеральный орган составляет описание селекционного достижения и вносит селекционное достижение в Государственный реестр охраняемых селекционных достижений.

Вполне очевидно, что в Государственный реестр охраняемых селекционных достижений вносятся не собственно селекционные достижения, а сведения (в форме

записей) о селекционных достижениях на которые выданы патенты, что, собственно, и указано в п. 2 комментируемой статьи.

Следует особо отметить, что до 1 января 2008 г. в соответствии с ранее действовавшим законодательством (ст. 3, 32 Закона о селекционных достижениях) федеральный орган исполнительной власти по селекционным достижениям кроме Государственного реестра охраняемых селекционных достижений вел и Государственный реестр селекционных достижений, допущенных к использованию.

Следовательно, в России на законодательном уровне был налажен должный контроль за внедрением селекционных достижений в производство, дополненный соответствующим контролем качества сортовых и посевных семян, а также племенного материала.

О неблагоприятных последствиях фактического свертывания с 1 января 2008 г. системы государственного контроля допуска селекционных достижений к использованию, а также существенного искажения системы контроля качества семян и племенного материала более подробно будет указано в комментарии к ст. 1444 ГК РФ.

3. В пункте 2 комментируемой статьи определен состав сведений, вносимых в Государственный реестр охраняемых селекционных достижений (далее - Государственный реестр).

Так, в Государственный реестр вносятся следующие сведения: род, вид растения, животного; наименование сорта растений, породы животных, дата государственной регистрации селекционного достижения и регистрационный номер; имя или наименование патентообладателя и его место жительства или место нахождения; имя автора селекционного достижения и его место жительства; описание селекционного достижения; факт передачи патента на селекционное достижение другому лицу с указанием его имени или наименования, места жительства или места нахождения; сведения о заключенных лицензионных договорах; дата окончания действия патента с указанием причины.

Следует отметить некоторые отличия в составе сведений, вносимых в Государственный реестр, по сравнению с ранее действовавшим законодательством (ст. 11 Закона о селекционных достижениях).

Прежде всего необходимо отметить включение в состав сведений описания селекционного достижения, что чрезвычайно важно для целей проверки выполнения патентообладателем обязанности по сохранению селекционного достижения (см. комментарий к ст. 1440 ГК РФ).

В настоящее время в Государственный реестр вносятся сведения о заключенных лицензионных договорах, в то время как прежде предусматривалось, что в Государственный реестр вносятся данные об исключительных, открытых и принудительных лицензиях, хотя на практике регистрировались и неисключительные лицензии. Следовательно, в настоящее время регистрации подлежат и простые (неисключительные) лицензии.

4. В пункте 3 комментируемой статьи предусмотрено, что патент на селекционное достижение выдается заявителю, а если в заявлении на выдачу патента указано несколько заявителей, то патент выдается заявителю, указанному в заявлении первым, и используется заявителями совместно по соглашению между ними.

В отличие от патентного права (см. комментарий к п. 3 ст. 1393 ГК РФ) в комментируемой статье не указан компетентный орган, который устанавливал бы форму патента на селекционное достижение и состав указанных в нем сведений.

В отличие от патентного права (см. комментарий к ст. 1387 ГК РФ) глава 73 ГК РФ не содержит положений об отказе в выдаче патента на селекционное достижение.

Поэтому в этом случае следует обращаться к общей норме ст. 1248 ГК РФ ("Споры, связанные с защитой интеллектуальных прав"). Так, согласно п. 2 указанной статьи "защита интеллектуальных прав в отношениях, связанных с подачей и рассмотрением

заявок на выдачу патентов на... селекционные достижения, с государственной регистрацией этих результатов интеллектуальной деятельности... с выдачей соответствующих правоустанавливающих документов, с оспариванием представления этим результатам... правовой охраны или ее прекращением, осуществляется в административном порядке, соответственно... федеральным органом исполнительной власти по селекционным достижениям".

В 2004 г. в рамках Государственной комиссии РФ по испытанию и охране селекционных достижений (предшественник федерального органа исполнительной власти по селекционным достижениям) была создана Апелляционная комиссия для рассмотрения заявлений по патентным спорам, а также заявлений, связанных с действиями и решениями по предварительной экспертизе заявки, испытаниям на отличимость, однородность, стабильность, одобрению названия селекционного достижения, составу авторов селекционного достижения, выдаче принудительной лицензии.

В связи с вышеизложенным вызывает большое сомнение отнесение к компетенции административного органа первоначального рассмотрения споров по составу авторов селекционного достижения.

5. В комментируемой статье не предусмотрено важное условие государственной регистрации селекционного достижения и выдачи патента на селекционное достижение - уплата соответствующей патентной пошлины.

Этот пробел восполняет п. 1.4.0 ("За выдачу патента и регистрацию селекционного достижения в Государственном реестре охраняемых селекционных достижений") приложения к Положению о патентных пошлинах на селекционные достижения, утвержденному Постановлением Правительства РФ от 12 августа 1994 г. N 918 (СЗ РФ. 1994. N 18. Ст. 2080).

Срок представления документа, подтверждающего уплату указанной пошлины, - в течение двух месяцев после получения заявителем решения о выдаче патента, но не позднее шести месяцев по истечении указанного двухмесячного срока. В последнем случае размер пошлины увеличивается на 50%.

Статья 1440. Сохранение селекционного достижения

Комментарий к статье 1440

1. Специфика права селекционера, вызванная уникальностью сортов растений и пород животных как живых объектов природы, накладывает на него дополнительную обязанность - сохранение селекционного достижения, которая, естественно, не возлагается на других обладателей исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности.

В ранее действовавшем законодательстве указанная обязанность патентообладателя была закреплена в ст. 25 Закона о селекционных достижениях, текст которой с незначительными изменениям воспроизведен в комментируемой статье.

2. Пункт 1 комментируемой статьи предписывает, что патентообладатель обязан поддерживать сорт растений или породу животных в течение срока действия патента таким образом, чтобы сохранялись признаки, указанные в описании сорта растений или породы животных, составленном на дату включения селекционного достижения в Государственный реестр охраняемых селекционных достижений.

Описание селекционного достижения должно, в частности, содержать: название рода, вида; наименование селекционного достижения и селекционный номер; ботаническое определение, латинское название вида, разновидности и типа, к которому относится селекционное достижение; имя заявителя; историю и метод выведения, создания, выявления селекционного достижения с указанием года начала селекционной работы, года скрещивания, исходных (родительских) форм, года выделения элитного

растения, года станционного испытания; назначение селекционного достижения по использованию продукции; особенности технологии возделывания, выращивания, особенности воспроизводства; данные по основным показателям, характеризующим хозяйственные и биологические свойства заявляемого селекционного достижения в сравнении со стандартом, широко распространенным в производстве, включая данные лабораторных исследований морозостойкости, засухоустойчивости, качества продукции; результаты иммунологической оценки в естественных условиях и станционной проверки устойчивости к болезням и вредителям.

3. Деятельность по обеспечению сохранения селекционного достижения может осуществляться не только патентообладателем, но и другими лицами, получившими от него соответствующие полномочия.

Нормативная база для такой деятельности была создана в отношении сортов растений, для поддержания которых необходимы оригинальные семена.

Оригинальными семенами, согласно ст. 6 Федерального закона от 17 декабря 1997 г. N 149-ФЗ "О семеноводстве" (СЗ РФ. 1997. N 51. Ст. 5715), являются семена сельскохозяйственных растений, произведенные оригинатором сорта сельскохозяйственного растения или уполномоченным им лицом.

Оригинатором сорта сельскохозяйственного растения может быть физическое или юридическое лицо, которое создало, вывело, выявило сорт сельскохозяйственного растения и (или) обеспечивает его сохранение, и данные о котором внесены в Государственный реестр селекционных достижений, допущенных к использованию.

В соответствии с положениями упомянутого выше Закона о семеноводстве Приказом Минсельхозпрода России от 10 февраля 1999 г. N 50 (Бюллетень НА РФ. 1999. N 13) утверждено Положение о регистрации оригинатора сорта растения (в редакции Приказа Минсельхоза России от 29 сентября 2003 г. N 1329 (Бюллетень НА РФ. 2004. N 3)).

Согласно п. 4 указанного Положения оригинатором сорта, охраняемого патентом на селекционное достижение, может быть зарегистрированное лицо, являющееся патентообладателем или лицензиатом, получившим соответствующее полномочие от патентообладателя, т.е. по лицензионному договору.

Обычно оригинатор, в том числе и лицензиат, берет на себя обязательства по поддержанию сорта в соответствии с его описанием, производству оригинальных семян, представлению образцов для проведения контрольных испытаний, уплате пошлины за поддержание сорта.

4. Пункт 2 комментируемой статьи налагает на патентообладателя обязанность (по запросу федерального органа исполнительной власти по селекционным достижениям) направлять за свой счет семена или племенной материал для проведения контрольных испытаний и предоставлять возможность проводить инспекцию на месте.

В комментируемой норме устанавливается, что направление семян или племенного материала осуществляется за счет патентообладателя, т.е. устранены сомнения, которые могли возникать в силу ранее действовавшего законодательства, на предмет того, кто несет финансовые издержки по пересылке семян и племенного материала.

Указанные обязанности патентообладателя должны быть исполнены в течение 12 месяцев с даты запроса указанного федерального органа, поскольку их неисполнение в течение указанного срока является основанием для досрочного прекращения действия патента на селекционное достижение (см. комментарий к ст. 1442 ГК РФ).

Примечательно, что толкование ст. 1442 ГК РФ дает основание сделать вывод о дополнительной (к двум упомянутым) обязанности патентообладателя по сохранению селекционного достижения: представление документов и информации, которые необходимы для проверки сохранности селекционного достижения в течение того же 12-месячного срока, что свидетельствует о некоторой небрежности законодателя.

Статья 1441. Признание патента на селекционное достижение недействительным

Комментарий к статье 1441

1. В комментируемой статье установлены общие правила признания недействительным патента на селекционное достижение.

Предусмотренное в данной статье правовое регулирование отношений в связи с признанием патента недействительным несколько расширено по сравнению с ранее действовавшим законодательством (ст. 26 Закона о селекционных достижениях).

2. В пункте 1 комментируемой статьи закреплен исчерпывающий перечень оснований для признания недействительным патента на селекционное достижение в течение срока его действия.

Исчерпывающий или закрытый перечень оснований для признания патента недействительным означает, что никакие другие обстоятельства не могут приниматься во внимание при оспаривании патента.

В отличие от патентного права, в праве на селекционное достижение не предусмотрена возможность признания патента недействительным частично с выдачей нового патента.

Патент может быть признан недействительным в течение срока его действия, который установлен в ст. 1425 ГК РФ (см. комментарий к указанной статье).

3. В подпунктах 1 - 3 п. 1 комментируемой статьи изложены основания, по которым патент на селекционное достижение может быть признан недействительным.

Первое из этих оснований - выдача патента на основании неподтвердившихся данных об однородности и о стабильности селекционного достижения, представленных заявителем. О возможности использования федеральным органом исполнительной власти по селекционным достижениям данных, представленных заявителем, для целей испытания селекционного достижения на отличимость, однородность и стабильность указано в ст. 1438 ГК РФ (см. комментарий к указанной статье).

Патент также признается недействительным в случае, если на дату его выдачи селекционное достижение не соответствовало критерию новизны или отличимости. Содержание критериев охраноспособности селекционного достижения "новизна" и "отличимость" раскрыты в ст. 1413 ГК РФ (см. комментарий к указанной статье).

Третье основание недействительности патента относится к выдаче патента с указанием в нем в качестве патентообладателя лица, не имеющего законных оснований для получения патента. О лицах, имеющих законное право на получение патента, указано в ст. 1420 ГК РФ (см. комментарий к указанной статье).

Указанные основания признания патента на селекционное достижение недействительным соответствуют причинам, по которым право селекционера признается недействительным согласно ст. 21 Конвенции УПОВ.

В отличие от патентного права в комментируемой норме в числе лиц, не имеющих законных оснований для получения патента, не указана фигура автора, равно как и не упомянуто такое основание недействительности, как "без указания в патенте в качестве автора или патентообладателя лица, являющегося таковым в соответствии с настоящим Кодексом".

4. В пункте 2 комментируемой статьи описана процедура оспаривания выдачи патента на селекционное достижение в административном порядке.

Комментируемый пункт основан на общей норме п. 2 ст. 1248 ГК РФ, допускающей административный порядок рассмотрения споров, связанных с защитой интеллектуальных прав, в том числе и селекционных достижений.

В комментируемой норме указано, что выдача патента может быть оспорена любым лицом, которому стало известно о нарушениях (более конкретным было бы использование термина "основания недействительности"), предусмотренных п. 1 комментируемой

статьи, путем подачи заявления в федеральный орган исполнительной власти по селекционным достижениям.

Такая широкая запись "может быть оспорена любым лицом" дает основание полагать, что таким лицом может стать указанный федеральный орган, по собственной инициативе возбуждающий производство по признанию патента недействительным.

Вместе с тем вызывает большое сомнение отнесение к компетенции указанного федерального органа споров о неправильном указании в патенте патентообладателя. Следует указать, что в патентном праве указанная категория споров подведомственна только судам.

Указанный федеральный орган должен направить копию полученного заявления патентообладателю, который в течение трех месяцев со дня направления ему такой копии может представить мотивированное возражение.

Срок, отведенный для принятия решения указанным федеральным органом по упомянутому заявлению, составляет шесть месяцев, если не потребуется дополнительных испытаний.

В 2004 г. в рамках Государственной комиссии РФ по испытанию и охране селекционных достижений (предшественник федерального органа исполнительной власти по селекционным достижениям) была создана Апелляционная комиссия для рассмотрения различных споров, в том числе споров по признанию патента недействительным.

Как указано в п. 2 ст. 1248 ГК РФ, решения федеральных органов исполнительной власти по спорам, связанным с защитой интеллектуальных прав, в том числе прав на селекционные достижения, могут быть оспорены в суде в установленном законом порядке.

5. Пункты 3 и 4 комментируемой статьи являются новеллами в законодательстве о селекционных достижениях.

В пункте 3 комментируемой статьи предусмотрено, что патент на селекционное достижение, признанный недействительным, аннулируется со дня подачи заявки на выдачу патента, т.е. аннулирование патента имеет обратную силу. Четкое указание на отправную точку аннулирования патента имеет важное значение, поскольку снимает все спорные вопросы относительно момента, с которого прекращается действие патента вследствие признания его недействительным.

Нормы о том, что лицензионные договоры, заключенные до принятия решения о недействительности патента, сохраняют свое действие в той мере, в какой они были исполнены к этому дню, имеет прогрессивное значение. Вполне очевидно, что указанная норма будет способствовать стабильности и правовой определенности во взаимоотношениях сторон лицензионного договора.

По сути, данная норма является исключением из предыдущего правила, установленного п. 3 комментируемой статьи об обратной силе аннулирования признанного недействительным патента.

Однако указание в данной норме только лицензионного договора порождает сомнения относительно статуса остальных договоров, заключенных на основе патента, в частности договора отчуждения исключительного права на селекционное достижение.

Такие сомнения усиливаются в результате анализа некоторых статей ГК РФ. Так, в соответствии с п. 2 ст. 1233 ГК РФ к договорам о распоряжении исключительным правом на результат интеллектуальной деятельности, в том числе к договорам об отчуждении исключительного права, применяются, в частности, общие положения о договоре (ст. 420 - 453), а согласно п. 2 ст. 420 ГК РФ к договорам применяются правила о двух- и многосторонних сделках, предусмотренных главой 9 ГК РФ. В главе 9 ГК РФ имеется параграф 2, в котором предусмотрены правила о недействительности сделок, в частности установлено, что недействительная сделка не влечет юридических последствий и недействительна с момента ее совершения.

6. В новом, по сравнению с ранее действовавшим законодательством Российской Федерации, п. 4 комментируемой статьи говорится о том, что признание патента на селекционное достижение недействительным влечет за собой отмену решения федерального органа исполнительной власти по селекционным достижениям о выдаче патента (см. комментарий к ст. 1439 ГК РФ) и аннулирование соответствующей записи в Государственном реестре охраняемых селекционных достижений.

Предполагается, что указанные последствия признания патента на селекционное достижение недействительным в результате судебного акта наступают автоматически, т.е. указанный федеральный орган выполняет соответствующие судебные решения незамедлительно, без необходимости возбуждения исполнительного производства.

Статья 1442. Досрочное прекращение действия патента на селекционное достижение

Комментарий к статье 1442

1. Досрочное прекращение действия патента означает переход ранее охраняемого селекционного достижения в общественное достояние, когда оно может быть использовано любыми лицами.

В ранее действовавшем законодательстве указанному вопросу была посвящена ст. 27 ("Аннулирование патента") Закона о селекционных достижениях, которая и по названию, и по содержанию соответствовала ст. 22 ("Аннулирование права селекционера") Конвенции УПОВ.

Замена названия комментируемой статьи связана с попыткой унификации терминологии по всей части четвертой ГК РФ (см., например, ст. 1399 ("Досрочное прекращение действия патента на изобретение, полезную модель или промышленный образец"), ст. 1514 ("Прекращение правовой охраны товарного знака")).

Комментируемая статья не предусматривает возможность досрочного прекращения действия патента на селекционное достижение в случае, если "аннулируется название селекционного достижения, а патентообладатель не предложил другого подходящего названия", как это было указано в ст. 27 Закона о селекционных достижениях. Сходная запись имеется также в ст. 22 (1) (iii) Конвенции УПОВ.

Сказанное лишний раз свидетельствует, что законодатель не придал должного внимания такому важному элементу права на селекционное достижение, как наименование селекционного достижения.

В ГК РФ (ст. 1419) предусмотрена только возможность отказа в регистрации селекционного достижения на основании несоответствия наименования селекционного достижения установленным в законе требованиям.

В отличие от ст. 22 Конвенции УПОВ формулировка комментируемой статьи, равно как и ст. 27 ранее действовавшего Закона о селекционных достижениях, имеет императивный характер. Вполне очевидно, что действие патента на селекционное достижение прекращается не автоматически, а на основании соответствующего решения федерального органа исполнительной власти по селекционным достижениям при наличии соответствующих оснований.

2. В комментируемой статье установлен исчерпывающий (т.е. закрытый) перечень оснований для досрочного прекращения действия патента на селекционное достижение.

Таких оснований четыре (первое из них носит объективный характер, остальные три - субъективный характер):

- селекционное достижение более не соответствует критериям однородности и стабильности;

- патентообладатель по просьбе федерального органа исполнительной власти по селекционным достижениям в течение 12 месяцев не предоставил семена (племенной материал), не предоставил документы и информацию, необходимые для проверки

сохранности селекционного достижения, или не предоставил возможность провести инспекцию селекционного достижения на месте в этих целях;

- патентообладатель подал в указанный федеральный орган заявление о прекращении действия патента;

- патентообладатель не уплатил в установленный срок пошлину за поддержание патента в силе.

В отличие от патентного права (см. комментарий к ст. 1399) комментируемая статья обходит молчанием вопрос о том, с какого дня досрочно прекращается действие патента на селекционное достижение.

Первое основание сформулировано таким образом, что действие патента может быть прекращено досрочно в том случае, если будет установлено, что селекционное достижение более не соответствует одновременно двум критериям ("однородность и стабильность"). Следует особо отметить, что в ст. 22 Конвенции УПОВ указанное основание изложено в форме альтернативы, т.е. отсутствие любого из этих признаков охраноспособности может послужить причиной аннулирования права селекционера, а не их совокупность.

Кроме того, в отличие от ст. 1441 ГК РФ, регламентирующей признание патента недействительным, в комментируемой статье не указано, кто может подавать заявления в федеральный орган исполнительной власти по селекционным достижениям о досрочном прекращении действия патента.

В связи с вышеизложенным следует признать, что в указанной ситуации, ввиду очевидности допущенного законодателем пробела, по аналогии применяется норма п. 2 ст. 1441 ГК РФ о том, что выдача патента на селекционное достижение может быть оспорена любым лицом.

Что касается второго основания досрочного прекращения патента, то любое неисполненное в отдельности действие патентообладателя по просьбе (более корректным было бы использование термина "по запросу") указанного федерального органа может стать причиной досрочного прекращения действия патента.

Следует полагать, что точкой отсчета досрочного прекращения действия патента по двум указанным выше основаниям является день принятия соответствующего решения указанным федеральным органом.

Положение о досрочном прекращении патента по заявлению патентообладателя является новым для законодательства по селекционным достижениям.

Между прочим, указанное основание отсутствует в п. 1 ст. 22 Конвенции УПОВ, а согласно п. 2 этой статьи право селекционера не может быть аннулировано в силу причин, отличных от изложенных в п. 1.

Еще более нелогичным представляется отсутствие позиции законодателя по правовым последствиям заявления патентообладателя о досрочном прекращении действия патента на селекционное достижение.

Указанный пробел выглядит, по крайней мере, странным на фоне урегулирования законодателем вопроса о судьбе лицензионных договоров, заключенных на основе патента, признанного впоследствии недействительным (см. комментарий к п. 3 ст. 1441 ГК РФ). Ведь досрочное прекращение действия патента по заявлению патентообладателя, в отличие от признания патента недействительным, вызванного сугубо субъективными причинами - волеизъявлением патентообладателя, от которого зачастую зависит экономическое положение его контрагентов по различным договорам, которые могут и не знать о намерениях патентообладателя.

В связи с вышеизложенным следует признать, что в указанной ситуации, ввиду очевидности допущенного законодателем пробела, по аналогии применяется норма п. 3 ст. 1441 ГК РФ о том, что лицензионные договоры сохраняют свое действие в той мере, в какой они были исполнены.

Следует полагать, что точкой отсчета досрочного прекращения действия патента по указанному основанию является день поступления соответствующего заявления патентообладателя в указанный федеральный орган.

Последнее основание досрочного прекращения действия патента на селекционное достижение - неуплата в установленный срок пошлины за поддержание патента в силе. Следует отметить, что в этом случае досрочное прекращение действия патента происходит вследствие пассивного волеизъявления патентообладателя, т.е. в результате его бездействия, хотя инициатором досрочного прекращения выступает указанный федеральный орган.

Пошлины за поддержание в силе патента уплачиваются в соответствии с Положением о патентных пошлинах на селекционное достижение, утвержденным Постановлением Правительства РФ от 12 августа 1994 г. N 918 (СЗ РФ. 1994. N 18. Ст. 2080).

Размер указанных пошлин зависит от года действия патента, а также вида культуры растений или породы животных.

В Положении о пошлинах указаны сроки уплаты пошлин за поддержание в силе патента: за первый год действия патента - вместе с документом, подтверждающим уплату пошлины за выдачу патента; за каждый следующий год действия патента - в течение последних двух месяцев текущего года действия этого патента; за любой год действия патента - документ об уплате может быть представлен в течение шести месяцев со дня истечения установленных сроков (в этом случае размер пошлины увеличивается на 50%).

Следует полагать, что точка отсчета досрочного прекращения патента по указанному основанию - день истечения установленного срока для уплаты пошлины за поддержание в силе патента на селекционное достижение (с учетом истечения льготного 6-месячного срока).

Статья 1443. Публикация сведений о селекционных достижениях

Комментарий к статье 1443

1. В комментируемой статье очерчен состав публикуемых сведений, касающихся правовой охраны селекционных достижений.

В ранее действовавшем законодательстве указанные вопросы были урегулированы в ст. 30 Закона о селекционных достижениях, текст которой с незначительными изменениями лег в основу комментируемой статьи.

Цель публикации сведений о селекционных достижениях - информирование заинтересованных лиц (селекционеров, предпринимателей и др.) о предполагаемых исключительных правах на селекционное достижение.

Такая информация представляет большую ценность, поскольку является ориентиром для других исследователей при осуществлении ими селекционной деятельности, а также предостережением для потенциальных нарушителей чужих исключительных прав.

2. В пункте 1 комментируемой статьи приведен открытый (т.е. примерный) перечень сведений, публикуемых в официальном бюллетене, который издает федеральный орган исполнительной власти по селекционным достижениям.

В указанный перечень входят следующие сведения:

- о поступивших заявках на выдачу патента с указанием даты приоритета селекционного достижения, имени или наименования заявителя, наименования селекционного достижения (если последний не отказался быть упомянутым в качестве такового);
- о решениях, принимаемых по заявке на выдачу патента;
- об изменениях в наименованиях селекционного достижения;
- о признании патентов на селекционные достижения недействительными;

- другие сведения, касающиеся охраны селекционных достижений.

Как следует из вышеизложенного, в этот перечень включены сведения как в отношении заявок на селекционные достижения, так и в отношении патентов на селекционные достижения.

В отличие от указанного выше подхода в патентном праве публикуемым сведениям посвящены две статьи: ст. 1385 ("Публикация сведений о заявке на изобретение") и ст. 1394 ("Публикация сведений о выдаче патента на изобретение, полезную модель, промышленный образец").

В комментируемой статье не предусмотрено, в отличие от патентного права, какой орган должен определять состав других публикуемых сведений. Следует полагать, поскольку издание официального бюллетеня находится в компетенции федерального органа исполнительной власти по селекционным достижениям, это полномочие будет передано указанному федеральному органу.

Следует отметить, что официальный бюллетень всегда издавался Государственной комиссией РФ по испытанию и охране селекционных достижений (предшественник федерального органа исполнительной власти по селекционным достижениям), который состоял из следующих разделов:

1. Заявки на выдачу патента и на допуск селекционных достижений к использованию.

2. Сводная таблица предложенных названий.

3. Сорта и породы, включенные в Государственный реестр охраняемых селекционных достижений и в Государственный реестр селекционных достижений, допущенных к использованию.

4. Окончание охраны или допуска селекционного достижения к использованию.

5. Сорта растений - кандидаты на исключение из допуска к использованию.

6. Зарегистрированные лицензии.

7. Дополнительные разделы.

Одно из сведений, которое можно отнести к категории других сведений, касающихся охраны селекционных достижений, установлено в ст. 1447 ГК РФ: публикация в официальном бюллетене федерального органа исполнительной власти по селекционным достижениям решения суда о нарушении исключительного права на селекционное достижение.

3. В пункте 2 комментируемой статьи закреплено право любого лица на ознакомление с материалами заявки на выдачу патента на селекционное достижение.

Реализация этого права связана со следующим условием. Это право предоставляется после публикации сведений о поступившей заявке и о решении, принимаемом по этой заявке.

Следует отметить, что комментируемая норма сформулирована не вполне корректно, поскольку вызывает сомнение то обстоятельство, с какой даты предоставляется право ознакомления с материалами заявки - с даты публикации сведений о поступившей заявке или с даты публикации решения, принимаемого по этой заявке.

Для прояснения указанной ситуации необходимо обратиться к ст. 1435 ГК РФ (см. комментарий к указанной статье). Специфика проведения предварительной экспертизы поступившей заявки такова (проверяется наличие предписанных документов и их соответствие установленным требованиям), что по результатам ее проведения выносится решение о принятии или непринятии заявки к рассмотрению. При этом сведения о принятых заявках публикуются в официальном бюллетене указанного федерального органа.

По сути, в комментируемой норме речь идет о праве ознакомления с материалами после публикации сведений о принятой к рассмотрению заявке, поскольку вполне очевидно, что любое решение по заявке предшествует публикации сведений о ней.

Следует также обратить внимание на то обстоятельство, что в комментируемой норме речь идет о праве ознакомиться с материалами заявки, а не с документами заявки, как это указано в патентном праве (см. комментарий к ст. 1385 ГК РФ).

Сказанное означает, что любое лицо может, в частности, потребовать ознакомления с перепиской заявителя с указанным федеральным органом, а не только, например, с анкетой селекционного достижения.

Причем любое лицо это может сделать безвозмездно, поскольку, в отличие от патентного права, в Положении о патентных пошлинах на селекционное достижение не предусмотрено взимание соответствующей пошлины.

В комментируемой статье также не указано, в отличие от патентного права, какой орган должен устанавливать порядок ознакомления с материалами заявки.

Следует полагать, поскольку издание официального бюллетеня находится в компетенции федерального органа исполнительной власти по селекционным достижениям, это полномочие будет передано указанному федеральному органу.

Статья 1444. Использование селекционных достижений

Комментарий к статье 1444

1. Название комментируемой статьи явно не соответствует ее содержанию.

Комментируемая статья пришла на смену ст. 32 ранее действовавшего Закона о селекционных достижениях с таким же названием, но совершенно противоположного смысла, что свидетельствует о попытке упразднения в России на законодательном уровне системы допуска селекционных достижений к использованию

2. В связи с вышеизложенным считаю необходимым вкратце осветить предусмотренную действовавшим ранее Законом о селекционных достижениях систему государственного контроля допуска селекционных достижений к использованию.

Специфика селекционной работы такова, что факт выдачи патента на селекционное достижение не является достаточным для целей осуществления селекционером прав, вытекающих из патента на селекционное достижение, т.е. целый ряд действий по использованию принадлежащего ему селекционного достижения селекционер может осуществлять лишь тогда, когда его селекционное достижение прошло процедуру допуска к использованию в установленном порядке. Указанная процедура отдаленно напоминает процедуру получения в установленном законом порядке разрешения на применение лекарственных средств, пестицидов и агрохимикатов.

Следует особо указать, что требование допуска селекционного достижения к использованию распространяется на все селекционные достижения, независимо от получения или неполучения на них патентов. Иными словами, в России существовал институт внедрения в производство селекционных достижений (сортов растений и пород животных).

Суть процедуры допуска заключается в следующем. Заявка на допуск к использованию сортов растений и пород животных подается в Государственную комиссию РФ по испытанию и охране селекционных достижений (далее - Госсорткомиссия) с приложением описания селекционного достижения, гарантии безвозмездного предоставления для испытаний необходимого количества семян, племенного материала, документа об уплате пошлины за подачу заявки и гарантии уплаты пошлины за проведение государственных испытаний на хозяйственную полезность. Примечательно, что заявка на допуск к использованию может быть подана одновременно с заявкой на выдачу патента на селекционное достижение.

Включение сортов растений, пород животных в Государственный реестр селекционных достижений, допущенных к использованию, проводится Госсорткомиссией

по результатам государственных испытаний на хозяйственную полезность методом проведения конкурсных мелкоделяночных испытаний и экспертной оценки.

Испытания сортов на хозяйственную полезность в системе государственного сортоиспытания проводят по ведущим сельскохозяйственным культурам. При этом хозяйственная полезность пород животных, а также сортов отдельных культур, которые имеют ограниченное использование в производстве, устанавливается по экспертной оценке (культуры экспертной оценки) или по данным, представленным заявителем или его доверенными лицами. По сортам малораспространенных культур (как правило, это декоративные культуры) хозяйственную полезность оценивают по данным заявителя, а охраняемые сорта данных культур допускают к использованию без оценки на хозяйственную полезность.

3. В статье 32 Закона о селекционных достижениях имеется также важное положение, согласно которому реализуемые и допущенные к использованию в соответствующем регионе РФ семена и племенной материал должны быть снабжены сертификатом, удостоверяющим их сортовую породную принадлежность, происхождение и качество.

Согласно ст. 28 Федерального закона от 17 декабря 1997 г. N 149-ФЗ "О семеноводстве" (далее - Закон о семеноводстве (СЗ РФ. 1997. N 51. Ст. 5715)) выдача сертификатов, удостоверяющих сортовые и посевные качества семян, осуществляется семенными инспекциями и лесосеменными станциями. При этом допускается оборот партий семян сельскохозяйственных растений, сорта которых включены в Государственный реестр селекционных достижений, допущенных к использованию, при наличии сертификатов, удостоверяющих сортовые и посевные качества таких семян, а также фитосанитарных сертификатов, выданных в порядке, установленном законодательством Российской Федерации (ст. 30 Закона о семеноводстве).

В области племенного животноводства выдачу сертификатов (т.е. документов, подтверждающих происхождение, продуктивность, отсутствие генетических пороков и иные качества племенного животного, а также происхождение и качество семени или эмбрионов) осуществляют органы государственной племенной службы (ст. 13 Федерального закона от 3 августа 1995 г. N 123-ФЗ "О племенном животноводстве" (далее - Закон о племенном животноводстве (СЗ РФ. 1995. N 32. Ст. 3199)). Статьей 16 Закона о племенном животноводстве главные государственные инспектора в области племенного животноводства наделены правом не допускать реализацию и иное использование племенной продукции (материала) без сертификата.

Из сказанного выше следует, что в России на законодательном уровне был налажен должный контроль за внедрением селекционных достижений в производство, дополненный соответствующим контролем качества сортовых и посевных семян, а также племенного материала.

В комментируемой статье отсутствуют положения о допуске селекционного достижения к использованию, равно как в других статьях главы 73 ГК РФ, в которых, по аналогии с соответствующими статьями Закона о селекционных достижениях, такие положения должны присутствовать (например, ст. 1413, 1434).

Система контроля качества семян и племенного материала также прекратила свое существование, поскольку, как указано в п. 1 комментируемой статьи, реализуемые в Российской Федерации семена и племенной материал должны быть снабжены документом, удостоверяющим их сортовую, породную принадлежность и происхождение, но не сказано об удостоверении качества семян и племенного материала.

Не менее показателен п. 2 комментируемой статьи: "на селекционные достижения, включенные в Государственный реестр охраняемых селекционных достижений, документ, указанный в п. 1 настоящей статьи, выдается только патентообладателем и лицензиатом". Иными словами, документы, удостоверяющие сортовую породную принадлежность и

происхождение (но не качество) запатентованных селекционных достижений, выдаются патентообладателями и лицензиатами, т.е. в большинстве своем частными лицами.

Кто же в таком случае, в условиях ликвидации системы допуска селекционных достижений к использованию, будет выдавать документы, удостоверяющие сортовую, породную принадлежность и происхождение неохраняемых селекционных достижений? Ведь таких селекционных достижений большинство, следовательно на пути их распространения на территории Российской Федерации не будет никакого, даже номинального, контроля.

4. В соответствии с Законом о селекционных достижениях Госсорткомиссия вела два реестра: Государственный реестр охраняемых селекционных достижений и Государственный реестр селекционных достижений, допущенных к использованию. Причем первый из этих реестров дублируется во втором путем простановки соответствующих значков перед охраняемыми сортами растений и породами животных.

Государственный реестр селекционных достижений, допущенных к использованию, в 2007 г. издан в двух томах, относящихся, соответственно, к сортам растений и породам животных. Том 1, подготовленный по состоянию на 3 февраля 2007 г., содержит 9696 допущенных к использованию сортов, причем в указанном списке нет генетически модифицированных сортов (Государственный реестр селекционных достижений, допущенных к использованию. Т. 1: Сорта растений (Официальное издание). М.: Министерство сельского хозяйства РФ; ФГУ "Государственная комиссия РФ по испытанию и охране селекционных достижений", 2007. С. 3).

Однако с 1 января 2008 г. заявители и патентообладатели смогут размножать и реализовывать семена и посадочный материал сорта без какого-либо контроля, поскольку упразднена процедура допуска селекционных достижений к использованию, предусматривающая апробацию хозяйственной полезности селекционных достижений, а также выдачу сертификатов, удостоверяющих их сортовую принадлежность, происхождение и качество.

Сказанное означает, что с указанной даты на территории России могут распространяться генетически модифицированные сорта растений без какого-либо контроля, хотя их безопасность не признана Продовольственной и сельскохозяйственной организацией ООН (ФАО). Не секрет, что около 70% мировых площадей посевов трансгенных культур занимают США. В связи с вышеизложенным можно с большой долей уверенности предположить, в пользу какой страны была ликвидирована в России система допуска селекционных достижений к использованию.

Прекращение существования системы допуска селекционных достижений к использованию, наряду с фактическим упразднением системы государственного контроля качества зерна и муки, наверняка нанесет ущерб продовольственной безопасности России, а также здоровью ее граждан.

Следует полагать, что у Правительства РФ найдутся возможности предотвратить нависшую угрозу, выступив с законодательной инициативой о восстановлении системы допуска селекционных достижений к использованию в ее прежнем виде в части четвертой ГК РФ.

Статья 1445. Патентование селекционного достижения в иностранных государствах

Комментарий к статье 1445

1. Комментируемая статья посвящена вопросам патентования селекционных достижений в иностранных государствах.

В ранее действовавшем законодательстве порядок зарубежного патентования селекционных достижений регулировался ст. 34 Закона о селекционных достижений, которая почти без изменения легла в основу комментируемой статьи.

По смыслу комментируемой статьи патентование селекционных достижений в иностранных государствах означает процедуру получения охранных документов в ведомствах по селекционным достижениям, предоставляющих исключительные права на селекционные достижения, действующие на территории государства патентования.

Кроме того, возможно патентование селекционных достижений на территории группы государств определенного региона патентования.

Так, например, начиная с 1995 г. в отношении сортов растений установлен правовой режим в рамках ЕС в форме единой правовой охраны сортов растений на основании Регламента Совета ЕС N 2100/94 от 27 июля 1994 г. (Journal officiel des Communautes europennes. L 227.1 Septembre. 1994).

Для этих целей подаются заявки на получение правовой охраны сортов растений в Ведомство ЕС по сортам растений, расположенное в г. Анжере (Франция).

Ведомство ЕС по сортам растений получает заявки (2618 в 2007 г.), проводит по ним экспертизу и выдает охранные документы (свидетельства ЕС по охране сортов растений), действующие на территории всех государств - членов ЕС.

С 2005 г. ЕС становится Договаривающейся Стороной, т.е. участником Конвенции УПОВ, что влечет за собой важные правовые последствия, о которых будет сказано ниже.

Другая группа государств, на территории которых возможна правовая охрана сортов растений на основании одной заявки, - это африканские государства, связанные Бангийским соглашением 1977 г. (в редакции 1999 г.) о создании Африканской организации интеллектуальной собственности (OAPI), в которой участвуют в настоящее время 16 государств (La Propriete Industrielle. 1979. N 3. Texte 1-005; Lois et Traites de Propriete Industrielle. 2000. N 2. Texte 1-018; N 3. Texte 1-018).

В списке приложений к Бангийскому соглашению, в которых предусмотрены охраняемые объекты интеллектуальной собственности, фигурирует с 1999 г. приложение X "Охрана достижений в области растениеводства".

Важная отличительная особенность этой организации заключается в том, что Бангийское соглашение и все приложения к нему - это единое законодательство в сфере правовой охраны интеллектуальной собственности для всех государств-участников. Иными словами, права на объекты интеллектуальной собственности, предусмотренные приложениями к Бангийскому соглашению, в том числе на сорта растений, считаются независимыми национальными правами.

Кроме того, OAPI, расположенная в г. Яунде (Камерун), заменяет для каждого государства-участника национальную службу по делам промышленной собственности по смыслу ст. 12 Парижской конвенции по охране промышленной собственности 1883 г. с последними изменениями и дополнениями, т.е. играет роль единого патентного ведомства для государств-участников, куда могут подаваться заявки на выдачу свидетельств об охране достижений в области растениеводства.

2. Законодатель исходит из принципа свободы зарубежного патентования, т.е. свободы выбора государства патентования (или группы государств) своего селекционного достижения.

Причем эта свобода патентования не ограничена в интересах национальной безопасности в связи с возможным засекречиванием сведений, содержащихся в заявках на патент на изобретение или полезную модель, как это предусмотрено в ст. 1395 ГК РФ.

Как и прежде, расходы, связанные с охраной селекционного достижения за пределами России, несет заявитель. Иными словами, государство не оказывает помощь в зарубежном патентовании, считая это сугубо частным делом селекционеров-патентообладателей.

3. При патентовании селекционных достижений в иностранных государствах следует учитывать механизм правовой охраны прав селекционеров, предусмотренный Конвенцией УПОВ, участницей которой Россия стала с 24 апреля 1998 г. согласно Постановлению Правительства РФ от 18 декабря 1997 г. N 1577 "О присоединении Российской Федерации

к международной Конвенции по охране новых сортов растений" (СЗ РФ. 1997. N 51. Ст. 5819).

Основой этого механизма является ст. 11 Конвенции УПОВ о праве конвенционного приоритета, согласно которой селекционер, подавший в установленном порядке заявку на предоставление правовой охраны нового сорта в одной из Договаривающихся Сторон ("первая заявка"), пользуется в течение 12 месяцев правом приоритета для целей подачи заявки на предоставление права селекционера на этот сорт в компетентный орган любой другой Договаривающейся Стороны ("последующая заявка"), в том числе и в Ведомство ЕС по сортам растений с перспективой получения единого охранного документа (свидетельства ЕС по охране сортов растений), действующего на территории 27 государств - членов ЕС.

§ 6. Защита прав авторов селекционных достижений и иных патентообладателей

Статья 1446. Нарушение прав автора селекционного достижения или иного патентообладателя

Комментарий к статье 1446

1. Параграф 6 главы 73 ГК РФ состоит из двух статей, только одна из которых (ст. 1447) соответствует названию указанного параграфа.

Защита прав авторов селекционных достижений и иных патентообладателей может осуществляться в соответствии с общими нормами ГК РФ: ст. 12 ("Способы защиты гражданских прав"), ст. 1251 ("Защита личных неимущественных прав"), ст. 1252 ("Защита исключительных прав").

2. Комментируемая статья посвящена вопросам нарушений прав авторов селекционных достижений или иного патентообладателя.

В ранее действовавшем законодательстве указанные вопросы были урегулированы в двух статьях: ст. 28 и 29 Закона о селекционных достижениях.

3. Комментируемая статья содержит примерный перечень действий, нарушающих права автора селекционного достижения или иного патентообладателя.

В комментируемой статье привлекает внимание норма подп. 1, согласно которому нарушением прав автора селекционного достижения и иного патентообладателя (далее - нарушения прав патентообладателя или контрафакция) считается использование селекционного достижения с нарушением требований п. 3 ст. 1421 ГК РФ, т.е. несанкционированное патентообладателем осуществление с семенами и племенным материалом селекционного достижения определенных действий (производство и воспроизводство; доведение до посевных кондиций для последующего размножения; предложения к продаже; продажа и иные способы введения в гражданский оборот; вывоз с территории Российской Федерации; ввоз на территорию Российской Федерации; хранение в вышеуказанных целях).

Однако в ст. 1421 ГК РФ имеется п. 2, в соответствии с которым исключительное право на селекционное достижение распространяется также на растительный материал и на товарных животных (используемые в целях, отличных от воспроизводства, соответственно, сорта или породы), которые были получены, соответственно, из семян или племенных животных, если такие семена или племенные животные были введены в гражданский оборот без разрешения патентообладателя, и п. 4, в соответствии с которым исключительное право действует также в отношении так называемых зависимых селекционных достижений, существенным образом наследующих признаки другого селекционного достижения (см. комментарий к п. 2 и 4 указанной статьи).

Следовательно, законодатель допустил неточность, не сделав ссылку также на п. 2 и 4 ст. 1421 ГК РФ. Поэтому следует полагать, что нарушением прав автора и иного патентообладателя можно считать также использование селекционного достижения с нарушением требований п. 2 и 4 ст. 1421 ГК РФ.

Более корректно, на мой взгляд, были решены проблемы с ответственностью за нарушение прав патентообладателя в ст. 28 ранее действовавшего Закона о селекционных достижениях, согласно которой любое физическое или юридическое лицо, использующее селекционное достижение с нарушением требований, установленных настоящим законом, считается виновным в нарушении права патентообладателя.

Полагаю также более корректным разделение положений о контрафакции и составов правонарушения, связанных с наименованием селекционных достижений, как это было сделано в ст. 28 и 29 ранее действовавшего Закона о селекционных достижениях. Ведь правонарушения в сфере наименований селекционных достижений прямо не связаны с контрафакцией, они могут сопутствовать контрафакции, являясь, скорее всего, формой недобросовестной конкуренции.

В связи с вышеизложенным нельзя согласиться с мнением тех специалистов, которые относят нарушения, связанные с наименованием селекционного достижения, к разновидностям нарушения исключительного права на селекционное достижение, т.е. контрафакции.

4. Как указывалось выше, комментируемая статья содержит примерный перечень нарушений прав автора селекционного достижения.

Сказанное означает, что возможно выявление иных нарушений прав автора селекционного достижения, прямо не указанных в комментируемой статье.

К таким нарушениям можно отнести право авторства, являющегося личным неимущественным правом.

Сущность нарушения прав авторства заключается в заимствовании чужого селекционного достижения путем его присвоения либо приписывания его себе или другому лицу. В случае присвоения одно лицо (группа лиц), ознакомившись с содержанием решения другого лица (группы лиц), подает от своего имени заявку на патент на селекционное достижение.

В случае приписывания одно лицо (группа лиц), не подав заявки и не получив патента, именует себя действительным автором селекционного достижения, запатентованного другим лицом.

Кроме того, возможны споры, связанные с принуждением к соавторству, принуждением к отказу от авторства или от подачи заявки.

Защита нарушенного права в подобных случаях осуществляется предъявлением в суде гражданского иска о признании авторства истца и лишении ответчика присвоенного им права автора или о запрете называться автором.

Статья 1447. Публикация решения суда о нарушении исключительного права на селекционное достижение

Комментарий к статье 1447

1. Комментируемая статья, являющаяся нововведением в законодательство о селекционных достижениях, содержит норму об одном из способов защиты исключительного права на селекционное достижение.

Указанная норма широко известна в патентных законодательствах государств с развитым правопорядком как дополнительная санкция в делах о нарушении патента (контрафакции).

В ГК РФ публикация решения суда указана как способ защиты личных неимущественных прав в п. 1 ст. 1251 (см. комментарий к указанному пункту).

Кроме того, этот же способ указан в качестве способа защиты исключительных прав правообладателя, имеющих имущественный характер.

Можно утверждать, что публикация решения суда о нарушении исключительного права на селекционное достижение представляет собой детализацию ст. 12 ГК РФ, в которой изложен примерный перечень способов защиты гражданских прав.

2. Следует особо указать на некорректность формулировки комментируемой статьи, согласно которой автор селекционного достижения или иной правообладатель вправе потребовать публикации федеральным органом исполнительной власти по селекционным достижениям в официальном бюллетене решения суда о неправомерном использовании селекционного достижения или об ином нарушении прав патентообладателя в соответствии с п. 1 ст. 1252 ГК РФ. В п. 1 ст. 1252 ГК РФ говорится не о нарушениях прав патентообладателя, а о некоторых способах защиты исключительных прав от таких нарушений, а именно: о признании права; о пресечении действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения; о возмещении убытков; об изъятии материального носителя; о публикации решения суда о допущенном нарушении. Действительный смысл этой нормы заключается в указании органа, который публикует решение суда, и о месте такой публикации.

Кроме того, как указывалось выше, публикация решения суда может применяться как способ защиты личных неимущественных прав селекционера, в том числе права авторства на селекционное достижение (см. п. 1 ст. 1251 ГК РФ).

3. В комментируемой статье предусмотрено, что автор селекционного достижения или иной патентообладатель вправе потребовать публикации в официальном бюллетене федерального органа исполнительной власти по селекционным достижениям решения суда о неправомерном использовании селекционного достижения или об ином нарушении его прав.

Чрезвычайная лаконичность комментируемой статьи оставляет большой простор для толкования. Не ясно, за чей счет следует публиковать решение суда о нарушении патента? Почему избран только один источник публикации - официальный бюллетень указанного федерального органа, а не любое средство массовой информации по выбору патентообладателя, как это принято в мировой практике? Куда должно быть обращено требование автора или патентообладателя - в суд или в федеральный орган исполнительной власти по селекционным достижениям, в официальном бюллетене которого должна быть осуществлена такая публикация?

Следует полагать, что решение о публикации должен выносить суд одновременно с решением суда о нарушении патента с отнесением расходов за такую публикацию на ответчика, после чего автор или иной патентообладатель может обращаться с соответствующим заявлением в указанный федеральный орган с приложением решения суда.

В комментируемой статье говорится о публикации решения суда "об ином нарушении прав" патентообладателя. Самым распространенным видом нарушения прав патентообладателя, сопутствующим нарушению патента, является распространение ответчиком ложных, неточных или искаженных сведений, способных причинить убытки хозяйствующему субъекту, в том числе и патентообладателю, либо нанести ущерб его деловой репутации, что является одной из форм недобросовестной конкуренции, подпадающих под действие ст. 14 Федерального закона от 26 июля 2006 г. N 135-ФЗ "О защите конкуренции" (далее - Закон о защите конкуренции (СЗ РФ. 2006. N 31. (ч. 1). Ст. 3434)).

Глава 74. ПРАВО НА ТОПОЛОГИИ ИНТЕГРАЛЬНЫХ МИКРОСХЕМ

Статья 1448. Топология интегральной микросхемы

Комментарий к статье 1448

1. Пункт 1 комментируемой статьи содержит определение топологии интегральной микросхемы, а также предусматривает несколько форм объектов, в которых указанная топология воплощается.

При этом в п. 1 не упоминаются признаки этой топологии и иные условия предоставления правовой охраны топологии.

2. Сам термин "топология" - греческого происхождения. Это раздел математики, изучающий такие свойства фигур, которые не изменяются при любых их деформациях, производимых без разрывов и склеиваний (Большой энциклопедический словарь / Главн. ред. А.М. Прохоров. Изд. 2-е, перераб. и доп. М., 1998. С. 1213).

Следует полагать, что в гл. 74 ГК РФ этот термин применяется либо в смысле "фигура, обладающая топологическими свойствами" (так в п. 1 комментируемой статьи и в некоторых других случаях), либо в смысле "фигура, обладающая топологическими свойствами и отвечающая условиям предоставления правовой охраны" (так в п. 1 ст. 1449 ГК РФ и во многих других нормах). Второе значение этого термина - более узкое.

3. "Фигура" в геометрии - это нечто, состоящее из конечного числа точек, линий или поверхностей. В п. 1 комментируемой статьи как раз и упоминается объект - электронная схема, состоящая из отдельных элементов и связей между ними. Это и есть топология.

"Элементы", из которых состоит топология, могут представлять собой диоды, триоды, конденсаторы, резисторы, транзисторы и другие подобные объекты. Что касается связей между такими элементами, то они могут быть разнообразными: электронными (электрическими) или иными.

Топология предназначена для выполнения функции электронной схемы.

4. Топология определяется как "пространственно-геометрическое расположение совокупности элементов интегральной микросхемы и связей между ними".

Указание на "пространственно-геометрическое" расположение свидетельствует о том, что речь идет о трехмерном, объемном расположении элементов. Вместе с тем во второй фразе п. 1 указывается на то, что "элементы и связи... сформированы в объеме или на поверхности материала". Таким образом, топологией могут быть и плоскостные фигуры.

5. Поскольку в п. 1 топология определяется как "расположение" совокупности элементов, определенным образом связанных между собой, следует считать, что топология - это определенное решение, результат интеллектуальной деятельности человека, относящейся к форме объекта.

6. Содержащееся в п. 1 комментируемой статьи положение о том, что топологией является объект, "зафиксированный на материальном носителе", представляется неточным: топология получает правовую охрану вне связи с этим материальным носителем, а сама по себе. "Материальный носитель" - не форма самой топологии, хотя сама топология, конечно, обязательно должна быть выражена в какой-либо материальной форме.

7. Топология интегральной микросхемы может быть выражена в различных формах. Это могут быть: 1) различные бумажные или цифровые носители (например, хранящиеся в памяти ЭВМ, на дискетах и т.п.); 2) интегральные микросхемы; 3) изделия, содержащие такие интегральные микросхемы.

8. Интегральные микросхемы - наиболее обычная и распространенная форма выражения топологии, предназначенная для практического применения (использования) топологии.

Это микроминиатюрное электронное устройство, элементы которого неразрывно связаны (объединены) конструктивно, технологически и электрически.

"Интегральность" означает здесь целостность, неразрывность связей.

Выражение "топология интегральной микросхемы" по сути дела означает "решение, относящееся к форме электронной схемы, обычно воплощаемое в интегральной микросхеме".

9. Интегральные микросхемы, в свою очередь, включаются в различные изделия, в составе которых они и выполняют "функции электронных схем".

10. Абзац 1 п. 2 комментируемой статьи устанавливает, что в соответствии с гл. 74 ГК РФ получают правовую охрану лишь "оригинальные" топологии.

Термин "оригинальность" в сфере авторского права означает "уникальность" полученного результата, неповторимость его в случаях параллельного творчества различных авторов (см. п. 3 комментария к ст. 1259 ГК РФ).

Здесь же, применительно к топологии, "оригинальность" означает самостоятельный характер творческой деятельности разработчика (создателя): полученный результат должен быть неизвестен автору (на дату создания топологии).

11. В первой фразе абз. 1 п. 2 установлен и второй необходимый признак для охраняемости топологии: топология должна быть неизвестна на ту дату, когда она была создана разработчиком, "специалистам в области разработки топологий интегральных микросхем".

Это, по сути дела, требование "новизны", предъявляемое к топологии, т.е. второго необходимого признака, хотя из текста ГК РФ следует, что это требование считается составной частью требования "оригинальности".

Следуя за буквой закона, мы будем считать, что топология охраняется, если она "оригинальна", т.е. создана самим автором самостоятельно и была неизвестна на дату ее создания специалистам в области разработки топологий интегральных микросхем.

12. Нельзя не отметить, что эта последняя часть требования "оригинальности" противоречит Соглашению по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (оно является составной частью Соглашения об учреждении Всемирной торговой организации): статья 35 этого Соглашения обязывает страны-участницы применять статью 3 Договора об интеллектуальной собственности в отношении интегральных микросхем, в соответствии с которой "оригинальность" отсутствует, если на дату создания топологии она была известна не только специалистам в области разработки топологий, но и изготовителям (производителям) интегральных микросхем.

13. В первой фразе абз. 1 п. 2 комментируемой статьи содержится выражение "неизвестную автору и (или) специалистам".

Союзы, соединяющие этих двух субъектов (т.е. слова "и (или)"), имеют важное смысловое значение.

Применение в данном случае союза "и" представляется с точки зрения логики вполне оправданным: топология является оригинальной, если она создана в результате самостоятельных творческих усилий самого автора и неизвестна специалистам.

В случае же применения союза "или" следует считать, что топология является оригинальной, если автор ее заимствовал (украл), но она была неизвестна на эту дату специалистам. В этом случае топология также является оригинальной, если автор создал ее самостоятельно, хотя она была уже известна специалистам. Никакой логики при этом нет.

В этой связи следует признать, что союз "или" ошибочно включен в эту норму закона. Кстати, и международный Договор об интеллектуальной собственности в отношении интегральных микросхем указывает, что "оригинальность" имеет место, если топология является результатом собственных творческих усилий ее создателя и является неизвестной создателям топологий и изготовителям интегральных микросхем.

14. Вторая фраза абз. 1 п. 2 комментируемой статьи устанавливает правовую презумпцию оригинальности любой новой топологии. Эта презумпция является опровержимой.

15. Абзац 2 п. 2 комментируемой статьи относится к топологии, состоящей из элементов, которые на дату создания топологии были известны специалистам в области разработки топологий интегральных микросхем.

Такие топологии охраняются в том случае, "если совокупность таких элементов в целом отвечает требованию оригинальности".

В связи с наличием этой нормы возникает вопрос о том, указывается ли здесь на оригинальность такой топологии в целом или все же допускается наличие оригинальности у отдельных частей такой топологии.

Следует учитывать, что подп. 1 п. 2 ст. 1454 указывает на возможность использования только части топологии, причем такое использование считается использованием самой топологии, если эта используемая часть является оригинальной.

Таким образом, с точки зрения права топология (как, например, и авторские произведения) является делимым объектом.

Распространяется ли это правило и на те топологии, которые охраняются в соответствии с абз. 2 п. 2 ст. 1448? Прямого ответа на этот вопрос ГК РФ не дает.

Следует полагать, что и в данном случае отдельные части топологии могут быть оригинальными, что и такие топологии являются делимыми: слова "в целом" могут относиться и к отдельной части (или к отдельным частям) такой топологии.

16. Норма, содержащаяся в абз. 2 п. 2 комментируемой статьи, не соответствует ст. 3 вышеупомянутого Договора об интеллектуальной собственности в отношении интегральных микросхем, где указывается, что топология, состоящая из элементов и связей между ними, которые известны специалистам, охраняется только в том случае, если их совокупность в целом отвечает требованию оригинальности.

См. также п. 12 комментария к данной статье.

17. Вторая фраза абз. 1 п. 2 комментируемой статьи подлежит применению и при определении оригинальности, упоминаемой в абз. 2 п. 2.

18. Норма, содержащаяся в п. 3 комментируемой статьи, по своему содержанию очень близка к норме, предусмотренной п. 5 ст. 1259 ГК РФ. См. п. 16 комментария к ст. 1259 ГК РФ.

19. Общий смысл нераспространения правовой охраны по гл. 74 ГК РФ на идеи, способы и системы состоит в том, что правовая охрана топологии относится лишь к конкретной форме ее воплощения, а не к содержанию идей, способов и систем, примененных при создании этой формы.

Правовая охрана, предоставляемая топологии, не распространяется на технологию ее воплощения, ибо технология приводит к появлению формы материального предмета, в котором воплощена топология, например в форме интегральной микросхемы (матричного кристалла и т.п.), а эта последняя форма уже не является формой топологии.

Наконец, закодированная информация, воплощенная в топологии интегральной микросхемы, всегда остается неизвестной третьим лицам, а потому она выведена из сферы действия гл. 74 ГК РФ.

20. В пункте 3 говорится об определенных объектах, которые "могут быть воплощены" в топологии. Это выражение не совсем точное: речь идет об объектах, которые фактически воплощены в топологии.

Статья 1449. Права на топологию интегральной микросхемы

Комментарий к статье 1449

1. По своему построению комментируемая статья повторяет - применительно к топологиям - нормы, содержащиеся в п. 2 и 3 ст. 1255 и 1345 ГК РФ, а также в ст. 1408 ГК РФ.

2. Пункт 1 комментируемой статьи вводит термин "топология". Это топология интегральной микросхемы, отвечающая условиям предоставления правовой охраны, предусмотренным ГК РФ, или, говоря более точно, получающая правовую охрану в России.

Таким образом, здесь термин "топология" означает более узкое понятие по сравнению с термином "топология", применяемым в п. 1 ст. 1448 ГК РФ.

Далее мы будем применять термин "топология" в этом узком значении.

Только у такой топологии появляется фигура автора, а у автора возникают два права: 1) исключительное право на топологию (ст. 1454) и 2) право авторства (ст. 1453).

3. Хотя п. 1 комментируемой статьи устанавливает правило о том, что исключительное право на топологию "принадлежит" автору, это положение не совсем точное. Исключительное право на топологию, действительно, всегда возникает у автора и для автора (п. 3 ст. 1228 ГК РФ), но принадлежит оно автору далеко не всегда. В частности, исключительное право на служебную топологию (ст. 1461), а также на топологию, созданную по заказу (ст. 1463), по общему правилу, сразу же после создания топологии переходит к третьему лицу.

4. Согласно пункту 2 комментируемой статьи в случаях, предусмотренных ГК РФ, автору топологии принадлежат также другие интеллектуальные права, которые не являются ни исключительным имущественным правом, ни личным правом авторства.

Одно такое "другое" право прямо упомянуто. Это право на вознаграждение за использование служебной топологии. Однако это право не является самостоятельным; это обременение исключительного права.

Право на государственную регистрацию топологии (ст. 1452) хотя и может быть отнесено к категории указанных "других" интеллектуальных прав, но и оно не является самостоятельным, ибо оно неразрывно связано с исключительным правом на топологию.

Статья 1450. Автор топологии интегральной микросхемы

Комментарий к статье 1450

1. Первая фраза комментируемой статьи повторяет - применительно к топологии - общую норму, содержащуюся в абз. 1 п. 1 ст. 1228 ГК РФ.

См. п. 1 - 5 комментария к ст. 1228 ГК РФ.

Следует полагать, что при определении автора топологии применяется также норма, предусмотренная абз. 2 п. 1 ст. 1228 ГК РФ.

См. п. 6 комментария к этой статье.

2. Следует полагать, что если топология создана за рубежом, то ее автор определяется на основе соответствующего иностранного права. В этом случае автором топологии может считаться и юридическое лицо, поскольку должны применяться нормы, содержащиеся в п. 2 ст. 1231 и в п. 3 ст. 1256 ГК РФ.

См. п. 11 комментария к ст. 1256 ГК РФ.

3. Вторая фраза комментируемой статьи содержит повторение - применительно к топологии - нормы, содержащийся во второй фразе ст. 1347 ГК РФ, а также во второй фразе ст. 1410 ГК РФ.

Все эти три нормы устанавливают презумпцию того, что лицо, указанное в качестве автора в заявке на государственную регистрацию соответствующего результата интеллектуальной деятельности, считается автором этого результата, если не доказано иное.

Нельзя не отметить, что все эти три нормы сформулированы крайне небрежно: очевидно, что речь идет не об авторах, указанных в заявках, а об авторах, указанных при государственной регистрации соответствующего объекта, ибо заявка может не привести к государственной регистрации.

Кроме того, заявка на выдачу свидетельства о государственной регистрации топологии, как известно, не имеет даты приоритета заявки, а потому указанная презумпция авторства в отношении зарегистрированной топологии в значительной степени лишается смысла.

Статья 1451. Соавторы топологии интегральной микросхемы

Комментарий к статье 1451

1. Пункт 1 комментируемой статьи повторяет нормы, содержащиеся в п. 4 ст. 1228 ГК РФ. В связи с этим см. п. 14 комментария к этой статье.

2. "Совместность" творческого труда, о которой речь идет в п. 1 комментируемой статьи, с правовой точки зрения означает договор между определенными лицами о том, что они будут пытаться создать новый объект: результат интеллектуальной деятельности - топологию.

Этот договор может касаться также вопросов использования этой топологии и распоряжения возникшими правами.

3. Пункт 2 и абз. 1 п. 3 комментируемой статьи повторяют нормы, предусмотренные в п. 3 ст. 1229 ГК РФ; они не несут никакой правовой нагрузки, т.е. могут быть безболезненно исключены. См. п. 11 - 17 комментария к ст. 1229 ГК РФ.

4. В отличие от п. 2 и 3 ст. 1229 ГК РФ, которые устанавливают правила, относящиеся к тем случаям, когда права на определенный объект принадлежат нескольким правообладателям, п. 2 и абз. 1 п. 3 комментируемой статьи предусматривают тождественные, аналогичные правила, относящиеся к случаям принадлежности исключительного права на топологию только соавтором, а не вообще любым сообладателем исключительных прав.

Следует считать, что нормы, содержащиеся в п. 2 и в абз. 1 п. 3, относятся только к тем авторам, которые одновременно являются и обладателями исключительных прав.

5. Абзац 2 п. 3 комментируемой статьи устанавливает, что соавторы совместно распоряжаются правом на получение свидетельства о государственной регистрации топологии.

Вместе с тем пункт 1 ст. 1452 ГК РФ указывает на то, что право на регистрацию топологии принадлежит правообладателю, т.е. владельцу исключительного права на топологию. Из этой нормы следует, что право на регистрацию является составной частью исключительного права на топологию, причем неотделимой частью исключительного права.

В связи с этим следует считать, что любые акты, касающиеся распоряжения исключительным правом (а все эти акты осуществляются правообладателями совместно - абз. 3 п. 3 ст. 1229 ГК РФ), автоматически и обязательно относятся и к праву на получение свидетельства о государственной регистрации топологии.

Таким образом, норма, предусмотренная абз. 2 п. 3 комментируемой статьи, повторяет нормы, установленные в абз. 3 п. 3 ст. 1229 ГК РФ. Когда соавторы распоряжаются своим исключительным правом, они автоматически распоряжаются и правом на получение свидетельства.

Статья 1452. Государственная регистрация топологии интегральной микросхемы

Комментарий к статье 1452

1. В абзаце 1 п. 1 комментируемой статьи закреплено правило: правообладателю (владельцу исключительного права на топологию) принадлежит право осуществить

государственную регистрацию топологии в федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности, т.е. в Роспатенте.

Из этой нормы вытекает и обязанность Роспатента осуществить такую регистрацию.

2. Данное право всегда принадлежит правообладателю. См. также абз. 2 п. 3 ст. 1451 и п. 5 комментария к ст. 1451 ГК РФ.

Следует полагать, что право осуществить регистрацию может реализовать и владелец исключительной лицензии.

3. Право на регистрацию правообладатель осуществляет "по своему желанию". Это значит, что регистрация не является обязательной, что права на топологию, указанные в ст. 1449 ГК РФ, возникают независимо от того, была ли проведена такая регистрация. Вместе с тем государственная регистрация топологии связана с затратами времени и средств (подготовка документов и материалов заявки, уплата пошлин). Кроме того, при наличии государственной регистрации подлежат обязательной государственной регистрации также договоры об отчуждении исключительного права на эту топологию и лицензионные договоры (п. 2 ст. 1460). Это еще одно дополнительное бремя.

С другой стороны, государственная регистрация влечет и преимущества: "сведения, внесенные в Реестр топологий интегральных микросхем, считаются достоверными, если не доказано иное" (п. 8 ст. 1452 ГК РФ).

Частный случай этой последней нормы указан во второй фразе ст. 1450 ГК РФ. См. также п. 3 комментария к ст. 1450 ГК РФ.

4. В абзаце 1 п. 1 комментируемой статьи указывается, что право на регистрацию может быть осуществлено в течение срока действия исключительного права на топологию.

Следует считать, что на основе этой нормы заявка может быть подана до истечения срока действия исключительного права. На основе такой заявки Роспатент обязан осуществить государственную регистрацию, даже если срок действия исключительного права ко дню государственной регистрации уже истек.

5. Серьезное ограничение срока на подачу заявки содержится в п. 2 комментируемой статьи.

Даже если заявитель не знал и не должен был знать о наличии идентичной оригинальной топологии другого лица (п. 3 ст. 1454 ГК РФ), в связи с более ранним использованием или регистрацией которой его право прекратилось, и подал заявку в то время, когда срок действия его исключительного права уже истек, то такая регистрация должна считаться недействительной.

6. Абзац 2 п. 1 относится к топологиям, содержащим сведения, составляющие государственную тайну.

Поскольку ГК РФ не предусматривает особого порядка регистрации секретных топологий, такие топологии вообще не должны представляться на регистрацию в Роспатент.

Вторая фраза, содержащаяся в абз. 2 п. 1, устанавливает ответственность заявителя, которая может наступить в том случае, если топология, к которой относится заявка, содержит государственную тайну и при подаче заявки эта государственная тайна будет разглашена. Конечно, эта норма здесь неуместна и, уж во всяком случае, она не должна пониматься ограничительно: владелец секретной топологии будет нести ответственность и в других случаях разглашения сведений о топологии, содержащей государственную тайну.

7. Пункт 2 комментируемой статьи устанавливает, что по истечении двух лет с даты первого использования топологии заявка на нее не может быть подана.

Следовательно, государственная регистрация, осуществленная по такой заявке, должна считаться недействительной; она не дает заявителю (правообладателю) никаких преимуществ (см. п. 3 комментария к ст. 1452 ГК РФ).

8. Пункт 3 анализируемой статьи устанавливает основные требования к заявке на государственную регистрацию топологии. Заявка подается в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности (т.е. Роспатент; см. п. 7 ст. 1232 ГК РФ).

Содержащееся в заявке заявление представляет собой ходатайство правообладателя о проведении государственной регистрации.

Важнейшую часть заявки составляют материалы, идентифицирующие топологию. Это могут быть образцы микроэлектронных изделий либо визуально воспринимаемые материалы, отображающие каждый слой регистрируемой топологии.

Следует полагать, что если образцы микроэлектронного изделия не включены в заявку, то заявитель должен включить в заявку визуально воспринимаемые материалы, отображающие все слои топологии. В противном случае регистрация не будет относиться к той части топологии, которая не отображена в этих материалах.

Пошлины, касающиеся регистрации топологий, установлены в ст. 333.30 Налогового кодекса РФ.

9. В настоящее время сохраняют свою силу Правила составления, подачи и рассмотрения заявки на официальную регистрацию топологии интегральной микросхемы, утвержденные Приказом Роспатента от 25 февраля 2003 г. N 26 (БНА. 2003. N 17).

10. В соответствии с п. 4 и 6 комментируемой статьи федеральный орган исполнительной власти, осуществляющий нормативно-правовое регулирование в сфере интеллектуальной собственности (т.е. Министерство образования и науки РФ), имеет право (и обязан) принять:

1) правила оформления заявки на регистрацию топологии,

а также определить:

2) порядок государственной регистрации топологии,

3) формы свидетельств о государственной регистрации топологии и перечень указываемых в нем сведений,

4) перечень сведений, публикуемых Роспатентом в официальном бюллетене.

11. Абзац 1 п. 7 комментируемой статьи устанавливает, что если следующие юридические факты относятся к зарегистрированным топологиям, то они подлежат государственной регистрации в Роспатенте:

- договоры об отчуждении исключительного права,
- договоры о залоге исключительного права,
- лицензионные договоры,
- переход исключительных прав к другим лицам без договора.

Из этой нормы - a contrario - вытекает, что если топология не зарегистрирована, то такие юридические факты не подлежат государственной регистрации, хотя, очевидно, после того, как сама топология будет зарегистрирована, такие юридические факты также могут быть зарегистрированы.

12. Нормы, содержащиеся в абз. 1 п. 7 комментируемой статьи, находятся в явном противоречии с нормами, предусмотренными п. 2 ст. 1460 ГК РФ: во втором случае обязательная государственная регистрация предусмотрена лишь для договоров об отчуждении исключительного прав и для лицензионных договоров и не предусмотрена для договоров о залоге и случаев перехода исключительного права к другим лицам без договора.

Возможно двоякое толкование соотношения этих двух положений. С одной стороны, можно признать наличие ошибки законодателя и, следовательно, руководствоваться абз. 1 п. 7. С другой - можно понимать нормы, содержащиеся в абз. 1 п. 7 комментируемой статьи, как налагающие на Роспатент обязанность произвести регистрацию соответствующего заявленного юридического факта, но не налагающие на заявителей обязанности зарегистрировать этот юридический факт. При таком толковании получается,

что законодатель не допустил ошибки. Именно поэтому данное толкование представляется правильным.

Статья 1453. Право авторства на топологию интегральной микросхемы

Комментарий к статье 1453

1. Комментируемая статья несколько развивает положения, содержащиеся в п. 2 ст. 1228 ГК РФ; она повторяет - применительно к топологиям - нормы п. 1 ст. 1265 ГК РФ, относящиеся к авторам произведений.

См. п. 8, 9, 10 комментария к ст. 1228 и п. 1, 2, 4 комментария к ст. 1265 ГК РФ.

2. В связи с тем, что одинаковые топологии могут создаваться различными лицами, работающими независимо друг от друга, на все такие топологии возникают самостоятельные, отдельные права авторства, причем даже в тех случаях, когда исключительные права на такие топологии (или - на некоторые из них) уже не будут возникать (в связи с нормами п. 3 и 4 ст. 1457 ГК РФ).

3. Отказ автора быть упомянутым в качестве такового, в частности, в документах, относящихся к государственной регистрации топологии (подп. 1 п. 3 ст. 1452 ГК РФ), не означает отказа автора от права авторства. Это лишь добровольное ограничение осуществления права авторства. Оно должно быть выражено в письменной форме.

Статья 1454. Исключительное право на топологию

Комментарий к статье 1454

1. Пункт 1 комментируемой статьи повторяет - применительно к топологии - общие нормы, содержащиеся в абз. 1 п. 1 ст. 1229 ГК РФ, не добавляя к ним никаких новых положений. См. п. 1 - 5 комментария к ст. 1229 ГК РФ.

2. К исключительному праву на топологию применимы также абз. 2 и 3 п. 1, п. 2, 3 и 5 ст. 1229 ГК РФ.

3. В пункте 2 указаны действия, которые "в частности" признаются (считаются) использованием топологии.

Слова "в частности" означают, что если совершаемое в отношении топологии действие не предусмотрено в п. 2, то это не значит, что оно не признается использованием топологии, ибо в соответствии с п. 1 комментируемой статьи любой способ использования топологии считается ее использованием.

Вместе с тем указание в п. 2 комментируемой статьи на конкретные способы использования топологии имеет определенное правовое значение. Во-первых, если топология была использована одним из прямо указанных способов, то это означает, что исключительное право было использовано и никаких споров по этому вопросу не может возникать. Во-вторых, объем прав, предоставляемых по лицензионному договору, может содержать ссылки на конкретные способы использования топологии, предусмотренные в п. 2. См. также п. 3 комментария к ст. 1270 ГК РФ.

4. В пункте 2 устанавливается, что использованием топологии признаются действия, "направленные на извлечение прибыли".

Означает ли это, что действия, касающиеся топологии, не направленные на извлечение прибыли, никогда, ни при каких условиях не считаются использованием топологии?

Отрицательный ответ на этот вопрос содержится в ст. 1456 ГК РФ: здесь указывается, что не является нарушением исключительного права на топологию использование топологии в личных целях, не преследующих извлечение прибыли.

Таким образом, для признания того, что топология не использовалась, требуется наличие двух условий: 1) действие осуществлялось в личных целях и 2) это действие не преследовало получение прибыли. Следовательно, наличие только один критерий (ненаправленность на извлечение прибыли) не дает основания для того, чтобы считать то или иное действие находящимся вне сферы действий по использованию топологии.

5. В подпункте 1 п. 2 комментируемой статьи указывается на то, что использованием топологии является ее воспроизведение.

Под воспроизведением следует понимать копирование, повторение на любом материальном носителе, без внесения чего-либо нового.

Если лицо повторило топологию, не зная о ее существовании, то воспроизведения нет; первая топология не считается использованной.

Воспроизведением считается копирование не только топологии целиком, но и любой оригинальной части топологии.

Вместе с тем в соответствии со смыслом абз. 2 п. 2 ст. 1448 ГК РФ использование отдельных оригинальных частей топологии в новой оригинальной топологии не считается воспроизведением.

6. Подпункт 2 п. 2 комментируемой статьи относится к материальным объектам, в которые включена топология.

Прежде всего следует обратить внимание на то, что содержащиеся здесь нормы относятся только к тем топологиям, которые являются результатом копирования, воспроизведения, т.е. подпадают под действия подп. 1 п. 2. Любые иные топологии, не скопированные, а созданные в результате самостоятельных усилий разработчиков, не охватываются смыслом этого подпункта.

7. В подпункте 2 п. 2 под топологией, как и в подп. 1 п. 2, имеется в виду не только топология в целом, но и отдельные ее оригинальные части.

8. Пункт 3 комментируемой статьи устанавливает, что за любым лицом, создавшим топологию, идентичную топологии, созданной другим лицом, признается самостоятельное исключительное право на эту топологию.

Разумеется, данная норма распространяется на топологии, не только идентичные, но и на топологии, сходные в своих оригинальных частях.

В этом случае каждый владелец своей топологии получает исключительное право на свою собственную топологию.

Здесь мы сталкиваемся с такими же явлениями, которые могут иметь место при так называемом "двойном патентовании", а также в сфере секретов производства (п. 2 ст. 1466 ГК РФ) и наименований мест происхождения товаров (абзац 2 п. 2 ст. 1518 ГК РФ).

9. Пункт 3 серьезно ограничивает исключительные права каждого владельца исключительных прав на идентичные (или в основном идентичные) топологии.

В этой ситуации нарушитель исключительного права на такие топологии может нести ответственность только перед одним правообладателем: "множественность" исключительных прав не может увеличивать ответственность нарушителя. Это относится и к другим случаям такой "множественности", упомянутым в п. 8 комментария к данной статье.

Статья 1455. Знак охраны топологии интегральной микросхемы

Комментарий к статье 1455

1. По своему смыслу и структуре комментируемая статья сходна со ст. 1271, 1305, 1485 и 1520 ГК РФ.

2. Знак охраны топологии применяется по желанию правообладателя; однако обязанности применения этого знака ГК РФ не устанавливает.

3. Знак охраны топологии состоит из трех элементов:

1) буквы "Т" (выделенной и прописной), оформленной одним из указанных в законе способов; хотя очевидно, что эта буква избрана как начальная буква в слове "Topography", тем не менее она читается у нас, в России, по-русски, т.е. как "тэ";

2) даты начала срока действия исключительного права на топологию;

3) информации, позволяющей идентифицировать правообладателя.

"Датой начала срока действия исключительного права на топологию", строго говоря, является дата создания (выражения в объективной форме) топологии. Однако очевидно, что в данном случае имеется в виду либо дата первого использования топологии, в том числе в изделии, либо дата государственной регистрации топологии.

Правообладатель может быть идентифицирован путем указания его имени или наименования.

4. Проставление знака охраны топологии может дать определенные правовые преимущества правообладателю.

Первое такое преимущество относится к доказательствам отсутствия оригинальности топологии, созданной иным лицом (абз. 1 п. 2 ст. 1448 ГК РФ).

Второе преимущество (более значимое) связано с доказательствами осведомленности нарушителя об охраняемости топологии (подп. 1 ст. 1456 ГК РФ).

Разумеется, правовое значение знака охраны топологии значительно снижается, если этот знак будет проставлен не на всех объектах, находящихся в открытом доступе.

Следует полагать, что отсутствие какого-либо элемента в знаке охраны, а также ложность сведений о начале срока действия исключительного права лишают этот знак правового значения.

Статья 1456. Действия, не являющиеся нарушением исключительного права на топологию

Комментарий к статье 1456

1. Комментируемая статья устанавливает три группы действий, которые не являются нарушением исключительного права на топологию.

Это так называемые случаи "свободного использования". Следует также учитывать, что абз. 2 п. 2 ст. 1448 ГК РФ допускает создание новой оригинальной топологии с использованием элементов чужой топологии, а п. 3 ст. 1454 ГК РФ исключает действие исключительного права по отношению к чужой топологии, независимо созданной другим лицом. Это также случаи "свободного использования".

Во всех остальных случаях действует общий запрет на использование топологии третьими лицами, предусмотренный в абз. 3 п. 1 ст. 1229 ГК РФ.

2. Подпункт 1 комментируемой статьи посвящен объектам, которые включают незаконно воспроизведенную (т.е. скопированную) топологию. Такие объекты могут быть выражены в форме интегральной микросхемы или в форме самого изделия, включающего интегральную микросхему.

3. Подпункт 1 относится к тем действиям с указанными выше объектами, которые перечислены в п. 2 ст. 1454, а именно: к направленному на извлечение прибыли использованию топологии путем воспроизведения топологии, в том числе в виде интегральной микросхемы, ввозу на территорию России, продаже или иному введению в гражданский оборот самой топологии, интегральной микросхемы или изделия, включающего такую микросхему.

Следует полагать, что в указанную сферу включаются и действия по закупке экземпляров топологии, интегральных микросхем и изделий, включающих интегральные микросхемы.

4. Подпункт 1 устанавливает два случая свободного использования для такого использования объектов, содержащих незаконно воспроизведенную топологию.

5. Первый случай относится к тем лицам, которые, совершая указанные действия, не знали и не должны были знать о незаконности воспроизведения топологии, т.е. действовали при отсутствии своей вины.

Их действия по использованию топологии в этом случае считаются не только свободным, но и безвозмездным (бесплатным) использованием: они не только не должны получать от правообладателя разрешения на использование, но и не обязаны уплачивать правообладателю никакого вознаграждения (возмещения).

6. Второй - к следующей ситуации: лицо, действующее невиновно, либо уже произвело или закупило определенное количество изделий, содержащих незаконно воспроизведенную топологию, либо заключило договор о заказе определенного количества таких изделий, а после этого было уведомлено о том, что эти партии изделий содержат незаконно воспроизведенные топологии. Если в этой ситуации указанное лицо будет использовать указанные экземпляры (партии) данных изделий, например, путем их коммерческого использования или их продажи, сдачи в прокат или иного введения в гражданский оборот, то такое использование будет оставаться свободным (согласия правообладателя не требуется), но становится платным, возмездным: правообладателю должно быть выплачено "соразмерное вознаграждение". Следует полагать, что если стороны не договорятся о размере вознаграждения, он может быть установлен судом (ст. 445 и 446 ГК РФ).

7. Подпункт 2 комментируемой статьи предусматривает два случая свободного использования топологий.

Следует полагать, что под эти случаи подпадают не только топологии как таковые, но и интегральные микросхемы, а также сами изделия, включающие топологии.

8. Подпункт 2 в качестве первого такого случая свободного использования называет использование топологии в личных целях, не преследующих получения прибыли.

Такое использование находится за сферой действия п. 2 ст. 1454 ГК РФ, поскольку эта последняя норма относится только к тому использованию, которое направлено на извлечение прибыли.

Следует полагать, что указание на "личные цели" в данном случае имеет то же значение и ту же сферу применения, что и в ст. 1273 ("личные цели гражданина") и 1359 ("личные нужды", которые противопоставляются не только предпринимательским, но и семейным и домашним нуждам).

Иными словами, личные цели использования могут иметься только у гражданина и не распространяются на случаи даже безвозмездной передачи другим лицам экземпляров топологии или изделий, содержащих топологию. В этом очень узком понимании сферы использования данный случай распространяется и на незаконно воспроизведенную топологию.

9. В качестве второго случая свободного использования топологии в п. 2 комментируемой статьи указывается на использование топологии в целях оценки, анализа, исследования или обучения.

Этот случай относится только к законно изготовленным экземплярам топологий (или - изделий, содержащих топологии).

Следует полагать, что указанные цели должны пониматься строго ограничительно, что здесь речь идет об оценке, анализе и исследованиях только самой топологии, а не иных объектов. Равным образом под обучением понимается только обучение методам создании топологии и т.п.

В этом втором случае такое свободное использование может осуществляться не только гражданами, но и организациями.

10. Подпункт 3 комментируемой статьи предусматривает правило об "исчерпании прав". Это правило в основном аналогично нормам, содержащимся в ст. 1272, 1325, 1344, п. 6 ст. 1359, п. 6 ст. 1422, 1487 ГК РФ.

Применительно к топологиям это правило можно сформулировать следующим образом: если экземпляр интегральной микросхемы с топологией или экземпляр изделия, включающего топологию, введен в гражданский оборот правомерно, т.е. лицом, обладающим исключительным правом на топологию или действующим с разрешения правообладателя, то дальнейший гражданский оборот этого экземпляра (продажа, передача, сдача в прокат и т.п.) не является нарушением исключительного права правообладателя топологии.

Указанное правило об "исчерпании прав" не применяется к тем экземплярам, которые были выпущены в гражданский оборот в той стране, где не действует исключительное право на топологию, действующее в Российской Федерации.

Статья 1457. Срок действия исключительного права на топологию

Комментарий к статье 1457

1. Комментируемая статья, как предусмотрено в ней самой, определяет срок действия исключительного права на топологию. Однако фактически она определяет лишь срок (а точнее - сроки) прекращения исключительного права на топологию.

2. Само исключительно право на топологию возникает в результате создания (выражения в объективной форме) топологии и именно с этой даты.

Поэтому любое лицо, которое - правомерно или неправомерно - ознакомится с такой топологией и скопирует ее, а тем более выдаст за свою топологию и будет ее использовать, должно считаться лицом, которое нарушило исключительное право на топологию.

Еще более реальна возможность незаконного копирования (воспроизведения) топологии на стадии подачи на нее заявки на государственную регистрацию.

3. В связи с этим нельзя не признать, что норма, содержащаяся в п. 1 комментируемой статьи, сформулирована неудачно.

Фактический смысл этой нормы состоит в том, что исключительное право на топологию истекает через 10 лет с дат, указанных в п. 2, причем исключения из этого правила содержатся в п. 3 комментируемой статьи.

4. Пункт 2 фактически предусматривает, что исключительное право на топологию прекращается через 10 лет, исчисляемых либо со дня первого использования топологии, либо со дня государственной регистрации топологии, причем учитывается более ранняя из этих дат.

Выражению "день первого использования топологии" придано особое значение. Это:

- либо дата первого, документально зафиксированного введения в гражданский оборот в России или за рубежом любого из следующих объектов: 1) самой топологии; 2) интегральной микросхемы, включающей топологию, или 3) изделия, включающего в себя такую топологию;

- либо дата регистрации топологии в Роспатенте.

Какими документами должна подтверждаться дата первого введения топологии в гражданский оборот - из закона неясно. Следует учитывать, что доказывать эту дату, очевидно, будет не правообладатель, а его конкуренты.

5. Пункт 3 определяет те случаи, когда одновременно появляются две или большее число идентичных топологий.

Следует полагать, что здесь имеются в виду также и те случаи, когда такие топологии оказываются сходными в своих основных (оригинальных) частях.

В таких ситуациях истечение срока охраны на одну такую топологию автоматически означает (досрочное) истечение сроков охраны на все остальные такие идентичные (сходные) топологии.

6. В пункте 4 поясняется правовое положение той топологии, в отношении которой срок действия исключительного права истек: такая топология переходит в "общественное достояние", т.е. может свободно и безвозмездно использоваться любым лицом.

Аналогичные нормы в отношении иных объектов, охраняемых на основе раздела VII ГК РФ, см. в ст. 1282, 1318, 1327, 1331, 1364, 1425.

Если самостоятельная топология будет создана по истечении срока действия исключительного права на более раннюю идентичную (сходную) топологию, то исключительное право на нее вообще не возникает (хотя право авторства возникает) и она будет находиться в общественном достоянии с момента ее создания.

Статья 1458. Договор об отчуждении исключительного права на топологию

Комментарий к статье 1458

1. Комментируемая статья повторяет, применительно к топологиям, общее определение договора об отчуждении исключительного права, предусмотренное в п. 1 ст. 1234 ГК РФ, не внося в него никаких новых положений. Поэтому комментируемая статья не несет никакой правовой нагрузки.

2. К договорам об отчуждении исключительного права на топологию применяются все положения, содержащиеся в ст. 1234 ГК РФ. См. комментарий к ней.

3. О форме и государственной регистрации договора об отчуждении исключительного права на топологию см. ст. 1460 ГК РФ и комментарий к ней.

Статья 1459. Лицензионный договор о предоставлении права использования топологии интегральной микросхемы

Комментарий к статье 1459

1. Комментируемая статья повторяет - применительно к топологиям - общее определение лицензионного договора, содержащееся в абзаце первом п. 1 ст. 1235 ГК РФ, не внося в него никаких новых положений. Поэтому комментируемая статья не несет никакой правовой нагрузки.

2. К лицензионным договорам, относящимся к топологиям, применимы все нормы, содержащиеся в ст. 1235 ГК РФ. См. комментарий к ст. 1235 ГК РФ.

3. О форме и государственной регистрации лицензионного договора на топологию см. ст. 1460 ГК РФ и комментарий к ней.

Статья 1460. Форма и государственная регистрация договора об отчуждении исключительного права на топологию и лицензионного договора

Комментарий к статье 1460

1. Вопрос о форме договоров об отчуждении любого исключительного права и любого лицензионного договора полно урегулирован в п. 2 ст. 1234 и в п. 2 ст. 1235 ГК РФ. Там же указаны последствия несоблюдения письменной формы таких договоров.

Пункт 1 комментируемой статьи не содержит никаких новых положений по этим вопросам и потому не несет никакой правовой нагрузки.

2. Пункт 2 предусматривает обязательную государственную регистрацию договоров об отчуждении исключительного права и лицензионных договоров, относящихся к тем топологиям, которые были добровольно зарегистрированы своими правообладателями на основе ст. 1452 ГК РФ. Сама возможность установления в этих случаях обязательной государственной регистрации в общей форме предусмотрена в п. 7 ст. 1232 ГК РФ.

Однако нормы, содержащиеся в п. 2 ст. 1460 ГК РФ и в п. 7 ст. 1232 ГК РФ, не дают четкого ответа на вопрос о том, подлежат ли обязательной государственной регистрации иные договоры (кроме договоров об отчуждении исключительного права и лицензионных договоров), а также иные случаи перехода прав, относящиеся к добровольно зарегистрированным топологиям.

Неясности возникают в связи с тем, что в соответствии с п. 7 ст. 1232 ГК РФ любые такие договоры и иные случаи перехода прав подлежат обязательной государственной регистрации, "если настоящим Кодексом не предусмотрено иное", а п. 2 ст. 1460 ГК РФ указывает только на два вида договоров, подлежащих обязательной государственной регистрации, не устанавливая для других договоров и случаев перехода прав ничего "иного".

Следует считать, что наилучшее толкование анализируемых норм следующее: иные договоры и случаи перехода прав могут, но не должны проходить государственную регистрацию. При ином толковании п. 2 ст. 1460 лишается правового значения.

Поскольку надо избегать такого толкования, которое лишает правовую норму смысла, иное толкование этой нормы следует считать неверным.

Статья 1461. Служебная топология

Комментарий к статье 1461

1. Комментируемая статья в своих основных чертах повторяет нормы, касающиеся служебных изобретений, служебных полезных моделей и служебных промышленных образцов, содержащиеся в ст. 1370 ГК РФ.

2. В пункте 1 служебная топология определяется как такая топология, которая создана работником в связи с выполнением своих трудовых обязанностей или конкретного задания работодателя.

Поскольку здесь применен оборот "в связи с", следовало бы полагать, что здесь речь идет о таких объектах, которые создаются работниками за пределами выполнения своих трудовых функций. Именно это имеет место при создании служебных изобретений. При этом создание изобретения вообще в принципе не может входить в трудовую функцию работника.

Однако в отношении топологий дело обстоит иначе: ст. 1463 ГК РФ прямо предусматривает, что топология может быть создана по договору заказа. Это означает, что создание топологии может быть включено в трудовую функцию работника: такая топология также должна считаться служебной.

3. Если создание работником служебной топологии входит в трудовую функцию работника, то о факте создания такой топологии работодатель узнает автоматически - при передаче работником результатов своей работы работодателю.

Но если созданная работником служебная топология, хотя и связана с его служебными обязанностями или с конкретным заданием работодателя, но выходит за пределы трудовой функции работника, то о создании такой служебной топологии работодатель должен быть как-то оповещен.

Данная статья не предусматривает, однако, правил такого оповещения. В связи с этим следует считать, что к таким случаям подлежат применению - по аналогии - нормы, содержащиеся в п. 4 ст. 1370 ГК РФ, но, разумеется, mutatis mutandis.

4. Пункт 2 комментируемой статьи устанавливает императивную норму, закрепляющую за работником, создавшим служебную топологию, право авторства.

5. Пункт 3 содержит диспозитивную норму, в соответствии с которой исключительное право на служебную топологию принадлежит автору.

Эта норма, однако, не отменяет и не может отменять предусмотренную п. 3 ст. 1228 ГК РФ норму-принцип, которая гласит, что исключительное право на любой результат интеллектуальной деятельности первоначально возникает у автора этого результата.

В связи с этим содержащиеся в п. 3 комментируемой статьи слова "принадлежат работодателю" следует понимать как "переходят от работника к работодателю в силу заключенного ими договора и принадлежат работодателю".

6. Из последней части фразы, предусмотренной п. 3 комментируемой статьи, следует, что договор, заключенный между работником и работодателем, может предусматривать "иное", т.е. что исключительное право на служебную топологию не принадлежит работодателю.

Под "договором" здесь следует понимать трудовой или гражданско-правовой трудовой договор. Такой договор может быть заключен как до, так и после создания служебной топологии. Он может предусматривать, что исключительное право на служебную топологию принадлежит работнику, либо совместно работнику и работодателю, либо третьему лицу.

В этом договоре могут быть урегулированы и иные вопросы, в частности те вопросы, которые упоминаются в п. 4 комментируемой статьи. В этом договоре могут содержаться условия лицензионного договора.

7. В пункте 4 указывается на то, что если исключительное право на служебную топологию принадлежит работодателю, то у работника возникает право на получение вознаграждения от работодателя.

Это право на получение вознаграждения принадлежит работнику независимо от того, использует ли работодатель служебную топологию или нет, а также от того, осуществил ли он какие-либо акты по распоряжению своим исключительным правом. Даже если работодатель отчудил (передал) третьему лицу свое исключительное право, работник имеет право на получение вознаграждения от работодателя, а не от нового правообладателя.

8. Следует исходить из того, что если создание служебной топологии входило в трудовую функцию работника, то вознаграждение за служебную топологию может быть включено в заработную плату работника; более того, в этом случае должно презюмироваться, что указанное вознаграждение включено в заработную плату. В тех случаях, когда создание служебной топологии не входило в трудовую функцию работника, вознаграждение работнику должно выплачиваться сверх заработной платы.

9. Нормы, предусмотренные п. 4, применяются и в тех случаях, когда исключительное право на служебную топологию перешло от работодателя к третьему лицу, в частности, на основе закона и договоров, указанных в ст. 1462, 1463 и 1464 ГК РФ. Именно в этом состоит смысл выражения "или передано им третьему лицу".

10. Нормы, содержащиеся в п. 5 комментируемой статьи, являются повторением - применительно к топологиям - норм, предусмотренных п. 5 ст. 1370 ГК РФ. О нормах, содержащихся в п. 5 ст. 1370 ГК РФ, см.: Э.П. Гаврилов. Права на служебные результаты интеллектуальной деятельности и секреты производства // Хозяйство и право. 2007. N 10. С. 105, 117 - 118.

11. Пункт 5 относится к топологиям, которые созданы наемным работником с использованием денежных, технических или иных материальных средств работодателя, но не по служебному заданию и не в связи с выполнением им своих служебных обязанностей. Хотя такая топология не является служебной и хотя исключительное право на такую топологию принадлежит работнику, а не работодателю, тем не менее работодатель вправе потребовать по своему выбору предоставления ему безвозмездной простой (неисключительной) лицензии на использование созданной топологии для собственных нужд либо возмещения своих материальных расходов.

Выражение "для собственных нужд" может толковаться по-разному. Если работодатель занимается лишь разработкой новых топологий, то очевидно, что такую

новую топологию он практически не может вообще использовать. Но если работодатель выпускает (производит) и продает микроэлектронные изделия, включающие топологии, то "собственные нужды" могут пониматься очень широко.

Норма, содержащаяся в этом пункте, распространяется и на те топологии, которые созданы работниками, не выполняющими по трудовым договорам никаких творческих работ.

Статья 1462. Топология, созданная при выполнении работ по договору

Комментарий к статье 1462

1. Комментируемая статья по своему содержанию повторяет все нормы, предусмотренные ст. 1297 ГК РФ "Программы для ЭВМ и базы данных, созданные при выполнении работ по договору". Следует полагать, что это объясняется тем, что законодатель усматривает сходство между топологиями и данными объектами, проявляющееся в рамках указанных договоров.

В связи с этим к толкованию комментируемой статьи полностью применим комментарий к ст. 1297 ГК РФ, разумеется, с заменой терминологии, mutatis mutandis.

2. Вместе с тем данная статья имеет два отличия по существу от ст. 1297 ГК РФ (на редакционных отличиях мы не будем останавливаться).

Первое отличие состоит в наличии в п. 2 статьи 1462 ГК РФ слов "или указанному им третьему лицу"; этих слов нет в п. 2 ст. 1297 ГК РФ.

Включение этих слов объясняется наличием в п. 4 ст. 1461 слов "или передано им третьему лицу" (см. п. 9 комментария к ст. 1461).

Второе существенное отличие касается права работника на получение вознаграждения за служебную топологию: такое вознаграждение подлежит выплате в соответствии с п. 4 ст. 1461, к которому и отсылает п. 3 комментируемой статьи.

Статья 1463. Топология, созданная по заказу

Комментарий к статье 1463

1. Комментируемая статья целиком и полностью повторяет нормы, содержащиеся в ст. 1296 ГК РФ "Программы для ЭВМ и базы данных, созданные по заказу".

Следует полагать, что это объясняется сходством между указанными выше объектами и топологиями в данных правоотношениях.

В связи с этим комментарий к ст. 1296 ГК РФ применим к анализу ст. 1463, но, разумеется, с заменой терминологии и понятий, mutatis mutandis.

2. Вместе с тем комментируемая статья имеет два существенных отличия от ст. 1296 ГК РФ.

Первое состоит в наличии в п. 2 комментируемой статьи слов "или указанному им третьему лицу", которых нет в п. 2 ст. 1296 ГК РФ.

Наличие этих слов объясняется тем, что в п. 4 ст. 1461 ГК РФ имеются слова "или передано им третьему лицу" (см. п. 9 комментария к ст. 1461).

Второе существенное отличие содержится в п. 4 комментируемой статьи: устанавливая право автора служебной топологии на получение вознаграждения, норма, естественно, отсылает к п. 4 ст. 1461 ГК РФ, а не к норме о служебных авторских произведениях.

Статья 1464. Топология, созданная при выполнении работ по государственному или муниципальному контракту

Комментарий к статье 1464

См. ст. 1298 и комментарий к ней.

Глава 75. ПРАВО НА СЕКРЕТ ПРОИЗВОДСТВА (НОУ-ХАУ)

Статья 1465. Секрет производства (ноу-хау)

Комментарий к статье 1465

1. В главе 75 ГК РФ урегулированы отношения, связанные с секретом производства (ноу-хау). Судя по названию указанной главы и тексту комментируемой статьи, законодатель признает термины "секрет производства" и "ноу-хау" синонимами.

В законодательствах, судебной практике и доктрине зарубежных стран в отношении содержания упомянутых выше понятий нет ни только единой точки зрения, но даже в рамках одной правовой системы высказаны диаметрально противоположные суждения.

Термин "ноу-хау" впервые появился в судебной практике в США в 1916 г., а затем получил широкое распространение во всем мире.

Дословный перевод термина "know-how" означает "знать как", представляет собой сокращение от термина "know how to do it - знать, как это делать". Указанный термин используется либо без перевода (например, в ФРГ), либо с дословным переводом (например, французский термин "savoir-faire"), либо в транскрипции (например, в России).

Наряду с термином "know-how" интенсивно используется термин "trade secret" или "secret de fabrique", который в нашей стране переводится различным образом (например, секрет производства, деловой секрет, производственный секрет, коммерческий секрет).

Не во всех странах термины "ноу-хау" и "секрет производства" считаются синонимами, как, например, в ФРГ, где большинство представителей доктрины придерживаются указанной точки зрения. Иное мнение относительно соотношения указанных понятий существует в США. Так, например, деловым секретом считается конфиденциальная информация, сохраняемая каким-либо лицом для собственного пользования, тогда как эта же конфиденциальная информация, предназначенная для передачи другому лицу, приобретает статус ноу-хау (Ladas S.P. Licensing agreement on know-how in the United States // International Review of Industrial Property and Copyright Law. 1972. N 2. P. 184).

В других странах считают, что указанные понятия пересекаются по многим параметрам, но полностью не совпадают друг с другом. Так, например, во Франции некоторые авторы полагают, что по своей природе производственный секрет (secret de fabrique) является ничем иным как ноу-хау (savoir-faire). Но любые ноу-хау необязательно являются производственным секретом, поскольку объем последнего более ограничен по сравнению с объемом ноу-хау (Chavanne A., Burst J.-J. Droit de la proprit industrielle. Paris; Dalloz, 1980. P. 273).

Разнообразны также источники правового регулирования отношений в сфере секретов производства и ноу-хау. В большинстве государств эти отношения регулируются положениями гражданского, трудового, патентного, торгового, уголовного законодательства, антимонопольного законодательства и законодательства о пресечении недобросовестной конкуренции, а также судебными прецедентами в странах англосаксонского права.

Весьма редким явлением является принятие специальных законов в указанной сфере (например, Единообразный закон США о деловых секретах 1979 г. с последующими изменениями).

Во Франции положения о производственных секретах включены в Кодекс интеллектуальной собственности 1992 г. с последующими изменениями (ст. L. 621.1), но

весьма своеобразно, путем отсылки к Кодексу о труде с воспроизведением ст. 152.7 указанного Кодекса.

В ряде государств правовая охрана секретов производства регламентирована антимонопольным законодательством или законодательством о пресечении недобросовестной конкуренции (ФРГ - параграф 21 Закона против ограничения конкуренции от 1 января 1990 г., параграфы 17 - 19 Закона против недобросовестной конкуренции 1909 г. с последующими изменениями; Япония - ст. 1 Закона о предотвращении недобросовестной конкуренции 1934 г. с последующими редакциями).

На международном уровне также предпринимались попытки решения проблемы правового регулирования ноу-хау.

В 1964 г. Объединенное международное бюро по охране интеллектуальной собственности, предшественник Всемирной организации интеллектуальной собственности, приняло Типовой закон для развивающихся стран об изобретениях, ст. 53 - 57 которого были посвящены правовой охране ноу-хау (Model Law for Developping Countries on inventions. Geneva, 1965). В 1974 г. Международная ассоциация по охране промышленной собственности (AIPPI) разработала предложение о включении в текст Парижской конвенции по охране промышленной собственности специальной статьи, посвященной правовой охране ноу-хау, однако эта инициатива так и не была реализована на практике.

Соглашение о торговых аспектах прав интеллектуальной собственности (далее - Соглашение ТРИПС) содержит ст. 39, предусматривающую предоставление правовой охраны нераскрытой информации (undisclosed information), являющейся, судя по установленным этой статьей признакам, эквивалентом ноу-хау.

2. В перечне охраняемых результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации (ст. 1225 ГК РФ) указаны секреты производства (ноу-хау), которым посвящена глава 75 ГК РФ, содержащая восемь статей.

С принятием указанной главы, а также с внесением изменений и дополнений в часть первую ГК РФ и в Федеральный закон от 29 июля 2004 г. N 98-ФЗ "О коммерческой тайне" (далее - Закон о коммерческой тайне (СЗ РФ. 2004. N 32. Ст. 3283)) в России существенно изменилась система правовой охраны информации, составляющей коммерческую тайну.

Федеральным законом от 18 декабря 2006 г. N 231-ФЗ "О введении в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации" (далее - Вводный закон (СЗ РФ. 2006. N 52 (ч. 1). Ст. 5497)) из ГК РФ исключена ст. 139, предусматривающая охрану служебной и коммерческой тайны. Параллельно из перечня объектов гражданских прав, установленного ст. 128 ГК РФ, исключена информация. Кроме того, в Закон о коммерческой тайне внесены значительные изменения, полностью преобразовавшие его содержательную часть, поэтому, собственно, он и не был отменен, как другие специальные законы в сфере интеллектуальной собственности.

Если ранее указывалось, что Закон о коммерческой тайне регулирует отношения, связанные с отнесением информации к коммерческой тайне, передачей такой информации, охраной ее конфиденциальности, то в настоящее время этот Закон регулирует отношения, связанные с установлением, изменением и прекращением режима коммерческой тайны в отношении информации, составляющей секрет производства (ноу-хау). По сути, в его нынешнем состоянии Закон о коммерческой тайне представляет собой нормативный акт о режиме коммерческой тайны.

Если ранее под коммерческой тайной понималась конфиденциальность информации, то в настоящее время это понятие определяется через режим конфиденциальности информации, в то время как само понятие режима конфиденциальности информации исключено из Закона о коммерческой тайне.

По сути, усилился лишь акцент на состоянии, в котором должна пребывать информация ("режим конфиденциальности"); понятие коммерческой тайны и ранее

противоречило понятию служебной и коммерческой тайны, закрепленной в бывшей ст. 139 ГК РФ.

В Закон о коммерческой тайне включено новое понятие информации, составляющей коммерческую тайну (секрет производства), которая полностью совпадает с понятием секрета производства (ноу-хау), установленным в ст. 1465 ГК РФ.

Все эти манипуляции понадобились законодателю для перевода информации, составляющей коммерческую тайну, являющейся одновременно и секретом производства (ноу-хау), из разновидностей информации, признаваемой ранее самостоятельным объектом гражданского права, в разновидность исключительного права на результаты интеллектуальной деятельности.

Вместе с тем в связи с непродуманным решением законодателя относительно категории "информация" под сомнением оказались нормы о передаче информации как в ГК РФ (договоры на выполнение проектных и изыскательных работ - параграф 4 глава 37; договоры на выполнение НИОКР - глава 38; договоры возмездного оказания услуг - глава 39), так и в ряде российских законодательных актов, в том числе в ст. 1 Федерального закона от 19 июля 1998 г. N 114-ФЗ "О военно-техническом сотрудничестве Российской Федерации с иностранными государствами" (СЗ РФ. 1998. N 30. Ст. 3610), ст. 2 Федерального закона от 9 июля 1999 г. N 160-ФЗ "Об иностранных инвестициях в Российской Федерации" (СЗ РФ. 1999. N 28. Ст. 3493), ст. 1 - 2, 7 - 8, 16 - 17, 20, 22 - 23, 25, 29 - 30 Федерального закона от 18 июля 1999 г. "Об экспортном контроле" (СЗ РФ. 1999. N 30. Ст. 3774).

3. В России в дореволюционный период вопросам правовой охраны коммерческой тайны (по терминологии того времени - промысловая тайна) уделялось должное внимание в работах известных цивилистов. Так, В. Розенберг отмечал признание института коммерческой тайны русским законодательством, что являлось, по его мнению, важным средством защиты против недобросовестной конкуренции (Розенберг В. Промысловая тайна. СПб., 1910. С. 68).

В советский период, в условиях отсутствия рыночной конкуренции, термины "коммерческая тайна", "ноу-хау" или другие равнозначные термины не применялись во внутренних взаимоотношениях между социалистическими предприятиями и организациями.

Указанные термины применялись в международном экономическом сотрудничестве, при коммерческом обмене, осуществляемом советскими и иностранными хозяйственными организациями, в частности на основе заключаемых ими договоров на передачу ноу-хау. При этом понятие "ноу-хау" было сформулировано в Инструкции о порядке работы по продаже лицензий и оказанию услуг типа инжиниринг, утвержденной Государственным комитетом СССР по делам изобретений и открытий 26 января 1979 г.: не являющиеся общеизвестными и практически применимые в производственной и хозяйственной деятельности различного рода технические знания и опыт, не имеющие правовой охраны за рубежом, включая методы, способы и навыки, необходимые для проведения проектирования, расчетов, строительства и изготовления каких-либо объектов или изделий, научно-исследовательских, опытно-конструкторских, пуско-наладочных и т.п. работ; разработки и использование технологических процессов; составы и рецепты материалов, веществ, сплавов и т.п.; методы и способы лечения; поиск и добыча полезных ископаемых; знания и опыт административного, экономического, финансового или иного порядка (ЦНИИПИ. М., 1979. С. 1 - 2).

С принятием Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик от 31 мая 1991 г. N 2211-1 (Ведомости СССР. 1991. N 26. Ст. 733) коммерческая тайна получила правовую охрану под новым названием - секрет производства (ноу-хау). Согласно ст. 151 указанных Основ обладатель технической, организационной или коммерческой информации, составляющей секрет производства (ноу-хау), имеет право на защиту от

незаконного использования этой информации третьими лицами при условии наличия следующих трех признаков:

- эта информация имеет действительную или потенциальную коммерческую ценность в силу неизвестности ее третьим лицам;

- к этой информации нет свободного доступа на законном основании;

- обладатель информации принимает надлежащие меры к охране ее конфиденциальности.

Как следует из вышеизложенного, понятия "секрет производства" и "ноу-хау" воспринимались как синонимы.

Статья 151 Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик действовала на территории России с 3 августа 1992 г.

Эта статья продолжила свое действие и после принятия части первой ГК РФ, в ст. 139 которой предусматривалась охрана служебной и коммерческой тайны, условия охраны которой в принципе идентичны упомянутым выше трем признакам.

Принятие Закона о коммерческой тайне в 2004 г. не поколебало действие ст. 151 указанных Основ, хотя в этом Законе коммерческая тайна выступала сначала под названием "информация, составляющая коммерческую тайну", но с тем же набором условий (признаков) охраны.

И лишь Вводный закон признал не действующими на территории России с 1 января 2008 г. Основы гражданского законодательства Союза ССР и республик, включая, естественно, и ст. 151 указанных Основ. Ей на смену пришла ст. 1465 ГК РФ, которая по своему содержанию, особенно по признакам охраноспособности объекта, аналогична упомянутой выше ст. 151 Основ.

Следует особо отметить, что с 1991 г. сначала в РСФСР, а затем в Российской Федерации действовал Закон РСФСР от 22 марта 1991 г. N 948-1 "О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках" (Ведомости РСФСР. 1991. N 16. Ст. 499) с последующими изменениями и дополнениями, ст. 10 которого запрещала получение, использование, разглашение научно-технической, производственной или торговой информации, в том числе коммерческой тайны без согласия ее владельца.

С 26 октября 2006 г. в России вступил в силу новый Федеральный закон от 26 июля 2006 г. N 135-ФЗ "О защите конкуренции" (СЗ РФ. 2006. N 31. (ч. 1). Ст. 3434), ст. 14 которого также квалифицировала в качестве недобросовестной конкуренции незаконное получение, использование, разглашение информации, составляющей коммерческую, служебную или иную охраняемую законом тайну.

Сказанное выше свидетельствует о том, что, несмотря на существующую во всем мире, в том числе и в России, терминологическую чересполосицу (секрет промысла, коммерческая тайна, ноу-хау, секрет производства, профессиональный секрет, коммерческая информация, деловой секрет и т.п.), речь идет об одном нематериальном объекте, охраняемом различными правовыми средствами.

4. Из определения понятия секрета производства (ноу-хау), сформулированного в комментируемой статье, следует, что оно по своей сути мало чем отличается от аналогичного определения согласно ст. 151 Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик.

Указанное понятие идентично понятию "информация, составляющая коммерческую тайну (секрет производства)", закрепленному в ст. 3 Закона о коммерческой тайне.

Секрет производства (ноу-хау) определяется наиболее широко: это сведения (т.е. информация) любого характера, а также сведения о способах осуществления профессиональной деятельности. Причем это сведения (информация) в самых различных областях (производственной, технической, экономической, организационной и др.), в том числе о результатах интеллектуальной деятельности в научно-технической сфере (т.е. информация об изобретениях, полезных моделях и промышленных образцах, которые по

тем или иным причинам не патентуются), равным образом, как и сведения (информация) о различного рода управленческой деятельности.

В принципе комментируемое понятие соответствует устоявшемуся в международной практике понятию "ноу-хау", которое подразделяется на три блока секретной информации:

- техническое ноу-хау (знания и опыт в производстве, монтаже, ремонте, эксплуатации и т.п.);
- коммерческое ноу-хау (конъюнктурная информация о клиентах, поставщиках, об источниках финансирования, о методах рекламы и т.п.);
- организационное ноу-хау (знания и опыт в области налаживания производства, сбыта и распространения продукции и т.п.).

Для целей предоставления правовой охраны указанные сведения должны иметь следующие признаки:

- действительная или потенциальная коммерческая ценность, что предполагает их оборотоспособность;
- неизвестность таких сведений третьим лицам, что предопределяет их ценность;
- отсутствие свободного доступа на законном основании к таким сведениям у третьих лиц;
- введение в отношении таких сведений режима коммерческой тайны.

5. Хотя это и не указано в определении понятия, из сущности секрета производства (ноу-хау) вытекает, что сведения, составляющие его предмет, не охраняются патентом. Отсутствие правовой охраны в форме выдаваемого государством патента - одно из важнейших отличий секрета производства от запатентованного изобретения. В качестве секрета производства (ноу-хау) могут быть использованы как патентоспособные, так и непатентоспособные объекты, однако во всех случаях секрет производства (ноу-хау) - это незапатентованный объект.

Действительная или потенциальная коммерческая ценность секрета производства (ноу-хау) для ее обладателя определяется тем обстоятельством, что его сущность (соответствующие сведения) не разглашена и неизвестна третьим лицам.

Сказанное означает, что коммерческая ценность секрета производства (ноу-хау), скорее всего, абстрактное понятие, а не конкретная стоимость сведений, составляющих секрет производства (ноу-хау), поскольку полностью зависит от усмотрения его обладателя при введении режима коммерческой тайны в отношении соответствующих сведений.

Дополнительно к требованию неизвестности для третьих лиц сведения, составляющие секрет производства (ноу-хау), не должны быть общедоступными. Обладатель должен ограничить доступ к соответствующим сведениям путем установления порядка обращения с ними и контроля за соблюдением такого порядка.

В комментируемой статье выдвигается требование отсутствия свободного доступа к сведениям "на законном основании". В принципе указанное требование свидетельствует о том, что право на секрет производства (ноу-хау) не имеет исключительного характера, поскольку любой самостоятельный разработчик идентичного решения или добросовестный его приобретатель считается его законным обладателем. Таких лиц на рынке может быть несколько, и ни одно из них не может пользоваться легальной монополией, обеспечиваемой, например, исключительным правом на запатентованное изобретение.

Поэтому следует иметь в виду, что неизвестность и необщедоступность секрета производства (ноу-хау) всегда носят относительный характер.

В данной статье отсутствует легальное определение термина "на законном основании". Следует полагать, исходя из мирового опыта, что в данном случае речь идет о независимой (параллельной) деятельности, приведшей к созданию идентичного секрета производства, о добросовестном приобретении секрета производства, а также о так

называемом обратном техническом анализе секрета производства (процесс исследования имеющегося в широкой продаже изделия с целью обнаружения того, как он сделан).

Одно из важных условий охраноспособности секрета производства (ноу-хау) - введение режима коммерческой тайны в отношении сведений, составляющих его предмет.

В соответствии со ст. 10 Закона о коммерческой тайне режим коммерческой тайны считается установленным после принятия обладателем мер по охране конфиденциальности (т.е. секретности) информации, составляющей коммерческую тайну, являющуюся, согласно ст. 3 этого же Закона, синонимом секрета производства.

Хотя конфиденциальность или секретность сведений, составляющих секрет производства, имеет важное значение, это условие не носит абсолютного характера в том смысле, что в его состав могут входить и несекретные сведения, образуя сочетание секретных и несекретных элементов, что особенно важно учитывать при передаче секретов производства (ноу-хау) другим лицам.

6. В комментируемой статье не приведен перечень сведений, которые не могут составлять секрет производства.

Следует полагать, что в данном случае необходимо использовать положения ст. 5 Закона о коммерческой тайне, которая содержит исчерпывающий перечень сведений, которые не могут составлять коммерческую тайну, состоящий из 11 позиций.

Правомерность использования указанного перечня в отношении секретов производства подтверждается тем обстоятельством, что в результате внесения изменений в Закон о коммерческой тайне (Федеральный закон от 18 декабря 2006 г. N 231-ФЗ // СЗ РФ. 2006. N 52 (ч. 1). Ст. 5497) термины "информация, составляющая коммерческую тайну" и "секрет производства" стали синонимами.

Статья 1466. Исключительное право на секрет производства

Комментарий к статье 1466

1. Комментируемая статья содержит декларацию об исключительном праве на секрет производства.

Прежде всего следует отметить, что указанное решение российского законодателя - это почти уникальный случай в развитии правовой мысли. Сходное решение содержится в Гражданском кодексе Украины (Гражданский кодекс Украины. Харьков, 2006. С. 173), в ст. 506 которого говорится об исключительном праве на коммерческую тайну, которая по своему содержанию аналогична российскому секрету производства.

2. В государствах с развитым правопорядком право на секрет производства (ноу-хау) не признается исключительным, поскольку за его обладателем закрепляется только фактическая монополия.

Так, по мнению Герберта Штумпфа, ноу-хау не является какой-либо формой промышленной собственности, так как оно не обладает признаками исключительного права (Штумпф Г. Договор о передаче ноу-хау. М., 1976. С. 33). С указанным мнением нельзя не согласиться.

Нематериальная природа секрета производства, а также тот факт, что в гражданском обороте секрет производства зачастую сопутствует исключительному праву, как правило, исключительному праву на изобретение, способствует размыванию границ между исключительным правом и правом на секрет производства.

Однако между указанными правами существуют принципиальные различия. Так, если исключительное право основано на легальной монополии, то в основе права на секрет производства лежит фактическая монополия. Различны функции исключительного права и права на секрет производства. Сведения об исключительных правах, как правило, публикуются и со временем становятся достоянием общества в обмен на предоставление государством правообладателю временной монополии, тогда как право на секрет

производства действует до тех пор, пока сохраняется конфиденциальность сведений, составляющих его содержание, и направлено исключительно на обеспечение имущественных интересов его обладателя. Отличаются также механизмы защиты указанных прав. Если обладатель секрета производства должен предоставить доказательства принадлежности ему этого права, то правомочия обладателя исключительного права, например на изобретение при наличии находящегося в действии патента, очевидны и не нуждаются в доказывании.

Сама природа секрета производства, предполагающая ее секретный характер настолько долго, насколько это возможно, исключает ее публикацию, а затем передачу в общественное достояние по прошествии определенного периода времени. В свою очередь государство не может предоставить обладателю секрета производства временную монополию, являющуюся сердцевиной исключительного права, не проводит экспертизу в лице государственного органа исполнительной власти и не выдает от своего имени охранный документ (свидетельство или патент), подтверждающий легальную монополию и закрепляющий за обладателем исключительное право.

В отличие от исключительного права, в основе которого лежит легальная монополия, подтверждаемая выдачей государственного документа, право на коммерческую тайну (ноу-хау) зиждется на фактической монополии, которая весьма уязвима и подвержена многочисленным опасностям (возможность разглашения, промышленный шпионаж и т.д.).

Реализация права на секрет производства носит ограниченный характер в так называемых абсолютных правоотношениях, когда его обладателю противостоит неопределенный круг лиц. По сути дела, здесь правообладатель может лишь исключить незаконное завладение (получение) его секрета производства со стороны третьих лиц (например, промышленный шпионаж, подкуп служащего конкурента). Иные правомочия правообладателя реализуются, как правило, в рамках относительных правоотношений, т.е. путем включения в договоры об уступке или лицензионные договоры условий конфиденциальности сведений, составляющих содержание секрета производства.

Право на секрет производства относится к разряду субъективных гражданских прав, которые подлежат защите способами, предусмотренными законом, в том числе ст. 12 ГК РФ.

Поэтому о секрете производства, равно как и о научных открытиях, недобросовестной конкуренции, можно говорить как об объектах, примыкающих к объектам исключительных прав.

3. В связи с вышеизложенным нельзя обойти вниманием роль международных договоров в решении рассматриваемого вопроса, поскольку именно они послужили основанием для распространения на секрет производства режима исключительного права. Для доказательства принадлежности секрета производства к объектам исключительных прав обычно ссылаются на ст. 2 (viii) Конвенции, учреждающей Всемирную организацию интеллектуальной собственности (далее - Конвенция, учреждающая ВОИС), согласно которой интеллектуальная собственность, помимо перечисленных в ней семи объектов, включает также в себя другие права, относящиеся к интеллектуальной деятельности в производственной, научной, литературной и художественной областях. В силу того факта, что упомянутый выше перечень объектов интеллектуальной собственности в ст. 2 (viii) Конвенции, учреждающей ВОИС, является примерным, делается вывод о том, что секрет производства можно также признать объектом интеллектуальной собственности.

Сторонники указанной концепции упускают из виду то немаловажное обстоятельство, что международный договор - это, как правило, компромисс между договаривающимися государствами, зачастую весьма нелегкий. В качестве примера можно привести научные открытия, которые были включены в упомянутый выше перечень объектов интеллектуальной собственности по настоятельной просьбе Советского Союза. Хотя и в то время было совершенно очевидно, что к научным

открытиям нельзя применять режим исключительного права, поскольку они являются достоянием всего человечества.

Другой пример - право на защиту против недобросовестной конкуренции. С большой долей условности это право можно признать объектом интеллектуальной собственности, так как оно не основано ни на каком результате интеллектуальной деятельности и, как следствие, нельзя говорить о его нематериальном характере. В литературе отмечалось (применительно к объектам промышленной собственности), что пресечение недобросовестной конкуренции включено как объект охраны промышленной собственности по той причине, что часто посягательство на права промышленной собственности (например, на право на товарный знак, фирменное наименование) или незаконное использование указания происхождения или наименования места происхождения являются и актами недобросовестной конкуренции (Боденхаузен Г. Парижская конвенция по охране промышленной собственности. Комментарий. М., 1977. С. 38).

В настоящее время делаются ссылки на Соглашение о торговых аспектах прав на интеллектуальную собственность (далее - Соглашение ТРИПС), которое станет международным договором России с даты ее вступления во Всемирную торговую организацию (ВТО). В ст. 1.2 Соглашения ТРИПС предписывается, что для целей настоящего Соглашения термин "интеллектуальная собственность" относится ко всем видам интеллектуальной собственности, рассматриваемым в разделах 1 - 7 части II.

В разделе 7 части II Соглашения ТРИПС предусмотрена охрана нераскрытой информации ("undisclosed information"), которая в принципе по условиям предоставления охраны является синонимом секрета производства. Вместе с тем в части II Соглашения ТРИПС отсутствует регулирование таких объектов, как полезные модели и фирменные наименования, в то время как эти объекты указаны в качестве объектов промышленной собственности в ст. 1 (2) Парижской конвенции, а полезные модели как объект интеллектуальной собственности также не указаны в ст. 2 (viii) Конвенции, учреждающей ВОИС.

О чем говорит этот разнобой в международных договорах в отношении определения перечня объектов интеллектуальной (промышленной) собственности?

Речь идет о том, что в разные исторические эпохи устанавливаются те или иные приоритеты в сфере правовой охраны интеллектуальной собственности, продиктованные либо практической целесообразностью, либо политическими мотивами. Свою роль сыграла также проявившаяся в последнее время конкуренция между двумя универсальными международными организациями (ВОИС и ВТО) в процессе нормотворческой деятельности по охране интеллектуальной собственности.

Кроме того, следует учитывать тот факт, что в ст. 39 Соглашения ТРИПС указано, что страны-участницы должны обеспечивать эффективную охрану нераскрытой информации (т.е. секрета производства) против недобросовестной конкуренции, как это предусмотрено в ст. 10.bis Парижской конвенции, но нигде не сказано, что такая охрана должна быть обеспечена в режиме исключительного права.

Как известно, Парижская конвенция также не налагает на страны-участницы обязательства относительно какой-либо конкретной формы обеспечения защиты от недобросовестной конкуренции.

Подводя итог вышесказанному, следует признать, что российский законодатель ошибочно распространил на секрет производства режим исключительного права.

Право на секрет производства - это субъективное гражданское право на нематериальный объект, имеющий имущественную ценность, подлежащий защите способами, указанными в законе, которое по своей природе примыкает к исключительному праву на результаты интеллектуальной деятельности.

4. В пункте 1 комментируемой статьи сформулировано понятие исключительного права на секрет производства путем отсылки к ст. 1229 ГК РФ, в которой исключительное

право на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации характеризуется в его позитивной функции (право использования правообладателем своего результата или средства) и в негативной функции (право запрета другим лицам использовать результат или средство), включая также правомочие по распоряжению исключительным правом.

В комментируемом пункте приведен примерный перечень способов использования секрета производства, состоящий из двух позиций: при изготовлении изделий и реализации экономических и организационных решений, а также указано правомочие правообладателя по распоряжению исключительным правом на секрет производства.

Примечательно, что законодатель при этом никак не обозначил, кроме ссылки на общую норму ст. 1229 ГК РФ, негативную функцию исключительного права на секрет производства, т.е. право запрета обладателя секрета производства его использования другими лицами.

Полагаю, что сделать это невозможно по той простой причине, что нельзя запретить использовать то, что объективно не существует для третьих лиц, поскольку секрет производства не регистрируется и не публикуется и остается в секрете настолько долго, насколько это возможно.

Существует лишь публично-правовой запрет незаконных получения и разглашения сведений, составляющих коммерческую, налоговую или банковскую тайну, установленный ст. 183 УК РФ. Но это функция государственной власти, иллюстрирующая современные условия конкуренции на рынке, к которой якобы исключительное право обладателя секрета производства не имеет никакого отношения.

Что-либо запретить обладатель права на секрет производства может только в рамках уже возникшего гражданско-правового обязательства. Иными словами, право на секрет производства может быть нарушено, например, контрагентом обладателя секрета производства, т.е. в рамках относительных, а не абсолютных правоотношений.

5. Пункт 2 комментируемой статьи является ярким подтверждением того непреложного факта, что право на секрет производства лишено статуса исключительности.

В комментируемой норме указано, что лицо, ставшее добросовестно и независимо от других обладателей секрета производства обладателем сведений, составляющих содержание охраняемого секрета производства, приобретает самостоятельное исключительное право на этот секрет производства.

Следовательно, легально допускается кумуляция исключительного права, т.е. сосуществование нескольких прав на один и тот же объект, что в принципе не присуще классическому исключительному праву. Именно указание на самостоятельность нескольких исключительных прав на один и тот же секрет производства приводит к деперсонализации права на секрет производства, вследствие чего теряется, а точнее изначально отсутствует, эффект исключительности этого права, т.е. монополии правообладателя. Как известно, признак персонализации (т.е. принадлежность исключительного права конкретному лицу или взаимозависимым лицам) - это один из важных признаков исключительного права. Собственно говоря, благодаря этому признаку исключительное право получило свое название.

Статья 1467. Действие исключительного права на секрет производства

Комментарий к статье 1467

1. В комментируемой статье определено действие исключительного права на секрет производства во времени. Указанное право действует до тех пор, пока сохраняется конфиденциальность сведений, составляющих его содержание.

Данная норма является изъятием из действия общей нормы ст. 1230 ГК РФ, согласно которой исключительные права на результаты интеллектуальной деятельности и на средства индивидуализации действуют в течение определенного срока, за исключением случаев, предусмотренных ГК РФ. Именно такой случай предусмотрен в комментируемой статье.

2. Действие исключительного права на секрет производства зависит от длительности сохранения конфиденциальности сведений, составляющих его содержание, т.е. неизвестности сведений о секрете производства третьим лицам, что является одним из признаков (условий) охраноспособности секрета производства.

Поэтому комментируемую норму следует понимать таким образом, что срок действия исключительного права на секрет производства зависит от срока существования совокупности всех признаков секрета производства, установленных в ст. 1465 ГК РФ (см. комментарий к указанной статье).

3. В комментируемой норме указан конечный предел действия исключительного права на секрет производства.

Момент возникновения исключительного права на секрет производства законодателем не определен, в связи с чем необходимо соответствующее толкование для установления этого важного элемента, присущего любому праву.

В соответствии со ст. 1465 ГК РФ неизвестность сведений, составляющих секрет производства, третьим лицам обусловлена введением в отношении таких сведений режима коммерческой тайны.

Поэтому следует полагать, что исключительное право на секрет производства возникает с момента установления обладателем сведений, составляющих секрет производства, режима коммерческой тайны.

4. В предложении втором комментируемой статьи предписано, что с момента утраты конфиденциальности соответствующих сведений исключительное право на секрет производства прекращается у всех правообладателей. Сказанное означает, что с этого момента сведения, содержащиеся в секрете производства, переходят в общественное достояние.

Анализируемая норма может вызвать на практике проблемы, связанные с неурегулированием многих вопросов, относящихся к параллельному прекращению действия исключительного права на секрет производства у всех правообладателей. Например, не вполне ясны правовые последствия лицензионных договоров, заключенных правообладателями, действия (или бездействие) которых не привели к прекращению исключительного права на соответствующий секрет производства.

5. Следует особо отметить, что, в отличие от объектов, в отношении которых действует "классическое" исключительное право, в данной статье отсутствует норма о действии исключительного права на секрет производства на территории Российской Федерации.

Это неудивительно, поскольку в отношении права на секрет производства не существует территориальных ограничений, присущих "классическим" исключительным правам на другие нематериальные объекты. Отсутствие территориальных ограничений подтверждается практикой заключения лицензионных договоров о предоставлении права использования секрета производства в сфере международного коммерческого обмена технологиями, которые не связаны территорией какого-либо одного государства.

Статья 1468. Договор об отчуждении исключительного права на секрет производства

Комментарий к статье 1468

1. В комментируемой статье урегулированы отношения, связанные с отчуждением исключительного права на секрет производства.

В мировой практике договоры об отчуждении права на секрет производства (ноу-хау) занимают незначительное место. В основном в указанной сфере заключаются лицензионные договоры, поскольку они сопровождаются обычно рядом дополнительных обязательств, в том числе оказанием лицензиаром технической помощи лицензиату в производственном использовании секрета производства, поставке оборудования, сырья и материалов для применения передаваемой технологии.

2. В пункте 1 данной статьи определено понятие договора об отчуждении исключительного права на секрет производства, в соответствии с которым одна сторона (правообладатель): 1) передает или 2) обязуется передать принадлежащее ей исключительное право на секрет производства в полном объеме другой стороне - приобретателю исключительного права на этот секрет производства.

Судя по определению и исходя из отсутствия требования государственной регистрации, договор об отчуждении исключительного права на секрет производства может быть как реальным (следует учитывать условность этого тезиса ввиду нематериального характера объекта), так и консенсуальным.

Указание на передачу исключительного права на секрет производства в полном объеме имеет двоякий смысл: относительно объекта передаваемых сведений, составляющих секрет производства и относительно полномочий по использованию секрета производства.

Секрет производства должен быть полностью раскрыт приобретателю, в противном случае договор может быть признан недействительным в силу ст. 168 ГК РФ.

Кроме того, приобретатель секрета производства должен получить такой объем прав, какой имеется у правообладателя. Иными словами, не допускается передача одного набора полномочий по использованию секрета производства с сохранением за правообладателем другого набора полномочий, поскольку в этом случае такая сделка будет не отчуждением секрета производства, а лицензионным договором о его использовании.

Следует также учитывать норму п. 3 ст. 1233 ГК РФ, согласно которой договор, в котором прямо не указано, что исключительное право передается в полном объеме, считается лицензионным договором.

Вместе с тем положение о передаче исключительного права на секрет производства в полном объеме не означает, что указанное право не имеет никаких ограничений на момент вступления в силу договора. На практике зачастую договорный объект может быть обременен выданными прежде лицензиями. А в случае ранее выданной исключительной лицензии право приобретателя секрета производства могут быть серьезно ограничены, поэтому при заключении договора об отчуждении целесообразно включить в него пункты, описывающие существующие ограничения, а также содержащие гарантии передающей стороны об отсутствии иных ограничений.

Ввиду лаконичности определения договора об отчуждении исключительного права на секрет производства, следует применять также общие нормы о договоре об отчуждении исключительного права, установленные в ст. 1234 ГК РФ.

Прежде всего следует иметь в виду, что договор об отчуждении исключительного права на секрет производства должен быть заключен в письменной форме; несоблюдение этого требования влечет недействительность такого договора.

По договору об отчуждении исключительного права на секрет производства приобретатель обязуется уплатить правообладателю предусмотренное договором вознаграждение, если договором не предусмотрено иное, т.е. указанный договор может быть возмездным и безвозмездным. При этом следует иметь в виду положение ст. 575 ГК РФ о запрете дарения в отношениях между коммерческими организациями. Кроме того, в отношении указанного договора стороны не могут, при отсутствии в договоре указания на цену, установить ее, основываясь на ценах, взимаемых в сравнимых обстоятельствах.

К существенным условиям договора об отчуждении секрета производства следует отнести предмет договора, цену договора (размер вознаграждения), если договор является возмездным, а также конфиденциальность секрета производства.

Серьезного внимания заслуживает точное определение предмета договора, поскольку сведения, составляющие секрет производства, не публикуются и их содержание можно определить только из текста договора.

3. В пункте 2 комментируемой статьи предусмотрено, что при отчуждении исключительного права на секрет производства лицо, распорядившееся своим правом, обязано сохранять конфиденциальность секрета производства до прекращения действия исключительного права на секрет производства.

Императивный характер комментируемой нормы свидетельствует о том, что к существенным условиям договора об отчуждении секрета производства должно относиться также условие о конфиденциальности сведений, составляющих секрет производства.

Примечательно, что обязанность сохранения конфиденциальности секрета производства, предусмотренная для целей устранения угрозы обесценения передаваемого объекта, лежит только на передающей стороне.

Статья 1469. Лицензионный договор о предоставлении права использования секрета производства

Комментарий к статье 1469

1. По смыслу п. 1 комментируемой статьи лицензионным договором признается договор, по которому одна сторона - обладатель исключительного права на секрет производства (лицензиар) предоставляет или обязуется предоставить другой стороне (лицензиату) право использования соответствующего секрета производства в установленных договором пределах.

Не во всех правовых системах договор о представлении права использования секрета производства (ноу-хау) признается лицензионным. Во многих государствах, например в ФРГ, указанный договор считается договором особого рода.

2. Содержание лицензионного договора о предоставлении права использования секрета производства составляют права и обязанности его сторон - лицензиара и лицензиата.

Как и в случае с договором об отчуждении исключительного права на секрет производства, указанный договор может быть как реальным (следует учитывать условия этого тезиса ввиду нематериального характера объекта), так и консенсуальным.

Ввиду лаконичности определения лицензионного договора о предоставлении права использования секрета производства следует применять также общие нормы о лицензионном договоре, установленные в ст. 1235 - 1238 ГК РФ.

Прежде всего следует иметь в виду, что лицензионный договор должен быть заключен в письменной форме; несоблюдение этого требования влечет недействительность такого договора.

По лицензионному договору лицензиат обязуется уплатить лицензиару обусловленное договорам вознаграждение, если договором не предусмотрено иное, т.е. указанный договор может быть возмездным и безвозмездным.

К существенным условиям лицензионного договора о предоставлении права использования секрета производства следует отнести предмет договора, способы использования секрета производства, цену договора (размер вознаграждения), если договор является возмездным, а также конфиденциальность секрета производства. Как и в случае с договором об отчуждении исключительного права на секрет производства, в отношении лицензионного договора стороны не могут, при отсутствии в договоре

указания на цену, установить ее, основываясь на ценах, взимаемых в сравнимых обстоятельствах.

Серьезного внимания заслуживает точное определение предмета договора, поскольку сведения, составляющие секрет производства, не публикуются и их содержание можно определить только из текста договора. Лицензиат может использовать секрет производства только в пределах тех прав и теми способами, которые предусмотрены в лицензионном договоре. При этом право использования секрета производства, прямо не указанное в лицензионном договоре, не считается предоставленным лицензиату.

В лицензионном договоре должна быть указана территория, на которой используется секрет производства, а если она не указана, то лицензиат вправе его использовать на всей территории России, т.е. без каких-либо территориальных ограничений.

В отношении лицензионной территории следует учитывать особенности исключительного права на секрет производства, а также международно-правовую практику торговли ноу-хау. Дело в том, что в международной практике заключения лицензионных договоров о передаче ноу-хау договорная территория реализации права может включать территории нескольких государств. При этом принцип территориального действия "классического" исключительного права в отношении секрета производства (ноу-хау) не действует. Вместе с тем при заключении лицензионных договоров с иностранными контрагентами всегда возникают проблемы применимого законодательства. Иными словами, в таких случаях необходимо согласовывать, на основе законодательства какого государства будет регулироваться вопрос о заключении и исполнении таких договоров.

Крайне важно, чтобы при заключении лицензионного договора о предоставлении права использования секрета производства были четко определены права и обязанности сторон, в частности договорные условия о гарантиях лицензиара, относящиеся к технико-экономическим и правовым аспектам в отношении сторон лицензионного договора. Гарантия технико-экономического характера заключается в обеспечении осуществимости предмета лицензионного договора. Правовые гарантии лицензиара возлагают на него ответственность за возможное нарушение лицензиатом патентных прав третьих лиц в процессе использования последними переданного по лицензии секрета производства.

Передача лицензиату права использования секрета производства осуществляется на началах предоставления неисключительного или исключительного права его использования. Иными словами, лицензионный договор может предусматривать предоставление простой (неисключительной) лицензии и исключительной лицензии. Исключительный характер предоставляемого права не подразумевается и признается лишь в случае прямого указания в договоре, а если в договоре не предусмотрено иное, лицензия предполагается неисключительной.

Лицензиат обязан предоставлять лицензиару отчеты об использовании секрета производства, если договором не предусмотрено иное.

В течение срока действия лицензионного договора лицензиар обязан воздерживаться от каких-либо действий, способных затруднить осуществление лицензиатом предоставленного ему права использования секрета производства.

Возможно заключение сублицензионного договора, если в основном лицензионном договоре о предоставлении права использования секрета производства имеется условие о предоставлении лицензиату права выдачи сублицензий.

3. В пункте 2 комментируемой статьи урегулирован вопрос срока действия лицензионного договора о предоставлении права использования секрета производства.

Так, лицензионный договор может быть как с указанием, так и без указания срока его действия. В случае неуказания срока действия договора любая из сторон вправе в любое время отказаться от договора, предупредив об этом другую сторону не позднее чем за 6 месяцев, если договором не предусмотрен более длительный срок.

Кроме того, в случае неуказания срока действия договора следует учитывать норму п. 4 ст. 1235 ГК РФ, согласно которой лицензионный договор считается заключенным на пять лет, когда в договоре срок его действия не определен.

В комментируемом пункте отсутствует ответ на вопрос о характере взаимоотношений сторон по истечении срока действия лицензионного договора. Имеет ли бывший лицензиат право использовать предмет секрета производства в своем производстве после прекращения договорных отношений? Ведь приобретенные знания и опыт остаются у лицензиата навсегда, даже если будет исполнено закрепленное в договоре условие о возврате лицензиару технической документации.

В условиях нерешенности данного вопроса в законодательном порядке сторонам договора целесообразно заранее включать соответствующее условие в лицензионный договор, например условие о бессрочном характере использования лицензиатом предмета секрета производства.

4. В пункте 3 комментируемой статьи закреплены обязательства сторон лицензионного договора по сохранению конфиденциальности секрета производства, что крайне важно для устранения угрозы обесценения предоставляемого по договору нематериального объекта.

Так, лицо, распорядившееся своим правом, обязано сохранять конфиденциальность секрета производства в течение всего срока действия лицензионного договора, а лица, получившие договорные права, обязаны сохранять конфиденциальность до прекращения действия исключительного права на секрет производства.

Следует полагать, учитывая императивный характер комментируемой нормы, равно как и основополагающий характер признака секретности (неизвестности для других лиц) при оценке охраноспособности секрета производства, что условие о конфиденциальности секрета производства является существенным условием данного вида лицензионного договора.

Статья 1470. Служебный секрет производства

Комментарий к статье 1470

1. Комментируемая статья впервые вводит в российское законодательство понятие "служебный секрет производства".

Согласно п. 1 данной статьи служебным признается секрет производства, созданный работником в связи с выполнением своих трудовых обязанностей или конкретного задания работодателя. Исключительное право на такой секрет производства принадлежит работодателю.

Комментируемая норма сформулирована в императивном ключе и поэтому не оставляет сторонам трудового или иного договора, в отличие от правоотношений, связанных со служебным изобретением, служебной полезной моделью или служебным промышленным образцом (см. комментарий к ст. 1370 ГК РФ), право выбора иного решения вопроса о принадлежности служебного секрета производства.

Помимо указанного неблагоприятного для работника положения об абсолютной принадлежности работодателю служебного секрета производства, работник, по сути, лишен права на вознаграждение за созданный им секрет производства, что представляется не вполне справедливым при обеспечении баланса интересов обеих сторон трудовых правоотношений. Но поскольку комментируемая норма не содержит прямого запрета выплаты работнику вознаграждения, стороны трудового или иного договора могут включать условие о размере и порядке выплаты вознаграждения работнику за созданный им служебный секрет производства.

2. В пункте 2 комментируемой статьи закреплена обязанность гражданина, которому в связи с выполнением своих трудовых обязанностей или конкретного задания стал

известен секрет производства, сохранять конфиденциальность полученных сведений до прекращения действия исключительного права на секрет производства.

Следует полагать, что в комментируемой норме речь идет о работнике, на которого возложена обязанность, по сути, бессрочно (в пределах действия исключительного права на секрет производства) сохранять конфиденциальность созданного им секрета производства в рамках его трудовых обязанностей или конкретного задания работодателя.

Однако такая обязанность работника автоматически прекращается в случае разглашения кем-либо сведений, составляющих секрет производства.

Бессрочная обязанность работника сохранять конфиденциальность секрета производства в принципе ограничивает право работника распоряжаться своими способностями к труду после прекращения им трудовых отношений с бывшим работодателем.

Следует отметить, что ранее, согласно п. 3 части 3 ст. 11 Федерального закона от 29 июля 2004 г. N 98-ФЗ "О коммерческой тайне" (далее - Закон о коммерческой тайне) в первоначальной редакции (СЗ РФ. 2004. N 32. Ст. 3283), работник был обязан не разглашать информацию, составляющую коммерческую тайну, обладателем которой являются работодатель и его контрагенты, после прекращения трудового договора в течение срока, предусмотренного соглашением между работником и работодателем, заключенным в период срока действия трудового договора, или в течение трех лет после прекращения трудового договора, если указанное соглашение не заключалось.

Важно подчеркнуть, что соответствующие положения Закона о коммерческой тайне в редакции Федерального закона от 24 июля 2007 г. N 214-ФЗ (СЗ РФ. 2007. N 31. Ст. 4011) действуют в отношении секретов производства, поскольку, как указано в ст. 3 Закона о коммерческой тайне, информация (т.е. сведения), составляющая коммерческую тайну, признается синонимом секрета производства.

Так, в соответствии с частью 1 ст. 11 Закона о коммерческой тайне работодатель обязан:

- ознакомить под расписку работника, доступ которого к информации, составляющей коммерческую тайну, необходим для выполнения им своих трудовых обязанностей, с перечнем информации, составляющей коммерческую тайну, обладателями которой являются работодатель и его контрагенты;

- ознакомить под расписку работника с установленным работодателем режимом коммерческой тайны и с мерами ответственности за его нарушение;

- создать работнику необходимые условия для соблюдения им режима коммерческой тайны.

Согласно части 3 ст. 11 Закона о коммерческой тайне на работника возложена обязанность:

- выполнять установленный работодателем режим коммерческой тайны;

- не разглашать информацию, составляющую коммерческую тайну, обладателями которой являются работодатель и его контрагенты, и без их согласия не использовать эту информацию в личных целях;

- передать работодателю при прекращении или расторжении трудового договора имеющиеся в пользовании работника материальные носители информации, содержащие информацию, составляющую коммерческую тайну.

В связи с вышеизложенным следует особое внимание обратить на запрет работнику использовать секрет производства в личных целях. На практике указанный запрет означает невозможность для бывшего работника заниматься индивидуальной трудовой деятельностью, составляющей конкуренцию для бывшего работодателя. Однако указанный запрет не распространяется, например, на работу по совместительству, поскольку российское законодательство не содержит ограничений на работу по совместительству работника, допущенного к сведениям, составляющим секрет производства.

Следует особо отметить, что в законодательстве большинства государств с развитым правопорядком предусмотрен так называемый запрет конкуренции, под которым понимается адресованный работнику запрет работать на конкурирующем предприятии в период его трудовых отношений с работодателем.

Поэтому в условиях отсутствия прямого запрета в российском законодательстве, не полагаясь на общий запрет разглашения секрета производства, работодателю целесообразно включать в трудовые договоры положение о запрете работнику работать по совместительству в конкурирующей организации.

Статья 1471. Секрет производства, полученный при выполнении работ по договору

Комментарий к статье 1471

1. В комментируемой статье установлены правила определения принадлежности секрета производства, полученного при выполнении работ по гражданско-правовым договорам.

В соответствии с ранее действовавшим законодательством, т.е. в ст. 12 ("Охрана конфиденциальности информации в рамках гражданско-правовых отношений") Федерального закона от 29 июля 2004 г. N 98-ФЗ "О коммерческой тайне" регулировались отношения между обладателем информации, составляющей коммерческую тайну, и его контрагентом в части, касающейся охраны конфиденциальности информации, которая была исключена в результате принятия Федерального закона от 18 декабря 2006 г. N 231-ФЗ (СЗ РФ. 2006. N 52 (ч. 1). Ст. 5497).

2. В абзаце первом комментируемой статьи перечислены виды гражданско-правовых договоров, при выполнении которых полученный секрет производства принадлежит подрядчику (исполнителю), если соответствующим договором (государственным или муниципальным контрактом) не предусмотрено иное: договор подряда; договор на выполнение научно-исследовательских, опытно-конструкторских или технологических работ; государственный или муниципальный контракт на выполнение подрядных работ для государственных или муниципальных нужд.

Как следует из вышеизложенного, комментируемая норма охватывает все виды договоров, перечисленных в главах 37 и 38 ГК РФ. Между тем ничто не препятствует включить в указанный перечень договор возмездного оказания услуг, урегулированный в главе 39 ГК РФ.

Следует особо указать, что комментируемая норма сформулирована как диспозитивное правило, которое может быть заменено сторонами договора подрядного типа, в результате чего секрет производства будет принадлежать заказчику.

Ввиду того обстоятельства, что комментируемая норма регулирует только принадлежность секрета производства, полученного при выполнении работ подрядного типа, стороны договора, исходя из принципа свободы договора (ст. 421 ГК РФ), вправе сами определять условия такого договора.

При этом к существенным условиям указанного договора следует отнести предмет договора, цену договора, если договор является возмездным, а также конфиденциальность секрета производства.

Кроме того, следует иметь в виду положение ст. 575 ГК РФ о запрете дарения в отношениях между коммерческими организациями. В отношении указанного договора стороны не могут, при отсутствии в договоре указания на цену, установить ее, основываясь на ценах, взимаемых в сравнимых обстоятельствах.

3. Сформулированная в абзаце втором комментируемой статьи норма предусмотрена для случая, когда секрет производства получен при выполнении работ по договору, заключаемому главным распорядителем или распорядителем бюджетных средств с федеральными государственными учреждениями. В этом случае исключительное право на

такой секрет производства принадлежит подрядчику (исполнителю), если договором не установлено, что это право принадлежит Российской Федерации.

Как и в предыдущем случае (абзац первый комментируемой статьи), комментируемая норма сформулирована как диспозитивное правило, допускающее иное решение вопроса о принадлежности секрета производства. Отличие заключается в том, что сторона заказчика может быть представлена только Российской Федерацией, выступающей в качестве субъекта гражданского права. Кроме того, в качестве подрядчиков (исполнителей) могут быть представлены только федеральные государственные учреждения.

Понятие главного распорядителя бюджетных средств, определенное в ст. 158 БК РФ, включает главного распорядителя средств федерального бюджета (орган государственной власти Российской Федерации, имеющий право распределять средства федерального бюджета по подведомственным распорядителям и получателям бюджетных средств, а также наиболее значимое бюджетное учреждение науки, образования, культуры, здравоохранения и средств массовой информации), а также главного распорядителя средств бюджета субъектов РФ, средств местного бюджета (орган государственной власти субъекта РФ, орган местного самоуправления, бюджетное учреждение, имеющее право распределять бюджетные средства по подведомственным распорядителям и получателям средств бюджета субъекта РФ, средств местного бюджета, определенные ведомственной классификацией расходов соответствующего бюджета).

Распорядителем бюджетных средств, согласно ст. 159 БК РФ, считается орган государственной власти или орган местного самоуправления, имеющие право распределять бюджетные средства по подведомственным получателям бюджетных средств. При этом распорядитель бюджетных средств может быть уполномочен Правительством РФ (органом исполнительной власти субъекта РФ, органом местного самоуправления) представлять соответственно сторону государства (субъекта РФ, муниципального образования) в договорах о предоставлении соответственно средств федерального бюджета (бюджета субъектов РФ, местного бюджета) на возвратной основе, государственных гарантий (муниципальных гарантий), бюджетных инвестиций.

Статья 1472. Ответственность за нарушение исключительного права на секрет производства

Комментарий к статье 1472

1. Комментируемая статья посвящена важному вопросу ответственности за нарушение исключительного права на секрет производства.

Сложность доказательства правонарушений в указанной сфере крайне ослабляет систему реальной защиты прав и интересов обладателей секретов производства.

Право на секрет производства фактически лишено исключительного характера, поскольку любой самостоятельный разработчик секрета производства или его добросовестный приобретатель считается законным правообладателем, однако ни один из них не пользуется монопольным положением на рынке.

2. В пункте 1 комментируемой статьи дается определение нарушителя исключительного права на секрет производства путем изложения примерного (открытого) перечня правонарушителей.

Так, нарушителем исключительного права на секрет производства считается в том числе лицо:

- которое неправомерно получило сведения, составляющее секрет производства, и разгласило или использовало эти сведения;

- обязанное сохранять конфиденциальность секрета производства в соответствии с п. 2 ст. 1468 (правообладатель в договоре об отчуждении исключительного права), п. 3 ст.

1469 (лицензиар и лицензиат в лицензионном договоре) или п. 2 ст. 1470 ГК РФ (гражданин, которому в рамках трудовых правоотношений стал известен секрет производства).

Лицо, которое нарушило исключительное право на секрет производства, обязано возместить убытки, причиненные правонарушением, если иная ответственность не предусмотрена законом или договором с этим лицом.

Первая категория правонарушителей характеризуется тем, что они получают доступ к секретам производства в результате своих противоправных действий: неправомерное получение, разглашение или использование сведений, составляющих секрет производства.

Неправомерное получение сведений, составляющих секрет производства, должно толковаться широко и включать в себя, в частности, совершение действий по завладению данными, к которым отсутствует свободный доступ, любыми незаконными способами, в том числе путем похищения документов (промышленный шпионаж), подкуп служащих конкурента.

Лица, допустившие перечисленные выше правонарушения, обязаны возместить убытки, причиненные обладателю секрета производства (ст. 15 ГК РФ, параграф 1 главы 59 ГК РФ "Обязательства вследствие причинения вреда").

Понятие "разглашение" секрета производства не раскрыто в ГК РФ. Для восполнения указанного пробела можно использовать аналогичное понятие, предусмотренное в ст. 3 Закона о коммерческой тайне. Указанное понятие касается разглашения информации, составляющей коммерческую тайну, однако оно применимо и к секрету производства, поскольку в результате внесения изменений в Закон о коммерческой тайне (Федеральный закон от 18 декабря 2006 г. N 231-ФЗ) термины "информация, составляющая коммерческую тайну" и "секрет производства" стали синонимами. Таким образом, под разглашением секрета производства понимается действие или бездействие, в результате которых сведения, составляющие секрет производства, в любой возможной форме (устной, письменной, иной форме, в том числе с использованием технических средств) становятся известными третьим лицам без согласия обладателя таких сведений либо вопреки трудовому или гражданско-правовому договору.

Лицо, не обеспечившее сохранность конфиденциальности секрета производства в соответствии с гражданско-правовыми договорами (договор об отчуждении исключительного права на секрет производства, лицензионный договор), обязано возместить другой стороне договора убытки, если иное не предусмотрено договором (в том числе ограничение размера ответственности, выплата неустойки). В данном случае применяются положения о договорной ответственности (гл. 25 "Ответственность за нарушение обязательств" ГК РФ).

3. Гражданин (работник), получивший доступ к секрету производства в рамках трудовых правоотношений, обязан сохранять конфиденциальность полученных сведений до прекращения действия исключительного права на секрет производства.

Поскольку гражданское законодательство не содержит положений об ответственность работника за нарушение обязательства по сохранению конфиденциальности секрета производства, принадлежащего его работодателю, целесообразно обратиться к нормам трудового законодательства.

В качестве общего правила ст. 238 Трудового кодекса РФ устанавливает, что работник обязан возместить работодателю причиненный ему прямой действительный ущерб, под которым понимается реальное уменьшение наличного имущества работодателя или ухудшение состояния указанного имущества, а также необходимость для работодателя произвести затраты либо излишние выплаты на приобретение, восстановление имущества либо на возмещение ущерба, причиненного работником третьим лицам. При этом неполученные доходы (упущенная выгода) взысканию с работника не подлежат.

Таким образом, Трудовой кодекс РФ (ТК РФ) обязывает работника возместить причиненный работодателю ущерб, но не убытки.

В пункте 1 комментируемой статьи также указано, со ссылкой на п. 2 ст. 1470 ГК РФ, что нарушитель исключительного права на секрет производства обязан возместить причиненные убытки, если иная ответственность не предусмотрена законом. Именно иной вид ответственности предусмотрен ТК РФ - ограниченная материальная ответственность работника. За причиненный ущерб работник несет материальную ответственность в пределах своего среднего месячного заработка (ст. 241 ТК РФ). Материальная ответственность в полном размере причиненного ущерба может возлагаться на работника лишь в случаях, предусмотренных ТК РФ или иными законами.

Установленный в ст. 243 ТК РФ перечень случаев полной материальной ответственности является исчерпывающим, т.е. он не может быть расширен ни в локальных правовых актах организации, ни в трудовых договорах, заключаемых с работниками.

Норма п. 7 части 1 ст. 243 ТК РФ, казалось бы, дает правовую основу на уровне федерального закона для установления полной материальной ответственности за ущерб, причиненный разглашением сведений, составляющих в том числе коммерческую тайну.

Однако после внесения в 2007 г. изменений в Закон о коммерческой тайне в его ст. 11 исключен п. 4 части 3, который ранее обязывал работника возместить причиненный работодателю ущерб, если работник виновен в разглашении информации, составляющей коммерческую тайну, ставшей ему известной в связи с исполнением им трудовых обязанностей.

Кроме того, в связи с внесенными в Закон о коммерческой тайне изменениями понятие "коммерческая тайна" окончательно трансформировалось из объекта охраны в режим конфиденциальности информации, что в принципе привело к выхолащиванию его содержательной части.

Поэтому в большинстве случаев работник несет ограниченную материальную ответственность за прямой действительный ущерб, в то время как экономические потери работодателя от разглашения секрета производства обычно выражаются именно в упущенной выгоде. Здесь можно усмотреть несогласованность действий законодателя в различных отраслях нормотворческой деятельности.

Однако в отдельных случаях имеется возможность возложить на работника полную материальную ответственность за ущерб, причиненный работодателю в связи с разглашением его секрета производства. Таким случаем является причинение ущерба не при исполнении работником трудовых обязанностей, предусмотренное п. 8 части первой ст. 243 ТК РФ.

На практике такие случаи имеют место, если разглашение секрета производства происходит, например, при выполнении работником работы по совместительству, т.е. когда ущерб работодателю по основному месту работу обусловлен трудовой деятельностью работника у другого работодателя. Поэтому при определении размера материального ущерба, причиненного работником разглашением секрета производства работодателя (разглашение секрета производства в рамках работы по совместительству можно презюмировать), следует исходить из того, что такой ущерб, как причиненный не при исполнении трудовых обязанностей работника по основному месту работы, подлежит возмещению с применением норм гражданского законодательства, т.е. по правилам наступления деликтной ответственности с возмещением работодателю убытков.

4. Пункт 2 комментируемой статьи освобождает от ответственности за безвиновное нарушение исключительного права на секрет производства. Так, лицо, которое использовало секрет производства и не знало и не должно было знать о том, что его использование незаконно, в том числе в связи с тем, что оно получило доступ к секрету производства случайно или по ошибке, не несет ответственность, предусмотренную комментируемой статьей.

В комментируемой норме приведен один из способов добросовестного (безвиновного) использования чужого секрета производства: случайное или ошибочное получение доступа к секрету производства, что в принципе умаляет и без того ослабленный характер исключительного права на секрет производства.

Вместе с тем дальнейшее использование секрета производства лицом, которое прежде не знало и не должно было знать о незаконном использовании чужого секрета производства, может привести к предъявлению к нему требований правообладателя о прекращении использования секрета производства и возмещению правообладателю причиненных убытков.

Глава 76. ПРАВА НА СРЕДСТВА ИНДИВИДУАЛИЗАЦИИ ЮРИДИЧЕСКИХ ЛИЦ, ТОВАРОВ, РАБОТ, УСЛУГ И ПРЕДПРИЯТИЙ

§ 1. Право на фирменное наименование

Статья 1473. Фирменное наименование

Комментарий к статье 1473

1. Комментируемая статья открывает параграф 1, посвященный регулированию отношений, складывающихся в связи с правовой охраной фирменного наименования - одного из видов средств индивидуализации.

На протяжении многих лет в СССР, а затем в Российской Федерации практически единственным источником <1> правового регулирования фирменных наименований было Положение о фирме, утвержденное Постановлением ЦИК СССР и СНК СССР от 22 июня 1927 г. (далее - Положение о фирме) (Собрание законодательства СССР. 1927. N 40. Ст. 395).

- -

<1> Можно также отметить ст. 149 ("Право на фирменное наименование") Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик от 31 мая 1991 г. (Ведомости СССР. 1991. N 26. Ст. 733); ст. 10 Закона РФ от 22 марта 1991 г. N 948-1 "О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках" (Ведомости РСФСР. 1991. N 16. Ст. 499).

С введением в действие части первой ГК РФ 1 января 1995 г. нормы Положения о фирме действовали в той части, в какой они не противоречили ГК РФ.

В соответствии со ст. 3 Федерального закона от 18 декабря 2006 г. N 231-ФЗ "О введении в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации" (далее - Вводный закон) Положение о фирме и Основы гражданского законодательства Союза ССР и республик признаны недействующими на территории РФ.

Следовательно, до введения в действие части четвертой ГК РФ в сфере правовой охраны фирменных наименований действовали некоторые статьи Положения о фирме, ряд статей ГК РФ и отдельные статьи, посвященные фирменным наименованиям, некоторых специальных Законов, например ст. 2, 4, 7 и 11 Федерального закона от 26 декабря 1995 г. "Об акционерных обществах" (СЗ РФ. 1996. N 1. Ст. 1), ст. 2 Федерального закона от 8 февраля 1998 г. "Об обществах с ограниченной ответственностью" (СЗ РФ. 1998. N 7. Ст. 785), ст. 4 Федерального закона от 14 ноября 2002 г. "О государственных и муниципальных унитарных предприятиях" (СЗ РФ. 2002. N 48. Ст. 4746).

Положения ст. 54 ГК РФ являлись определяющими в сфере правовой охраны фирменных наименований. Согласно п. 4 указанной статьи исключительное право на использование фирменного наименования связывалось с его регистрацией, порядок

которой должен был определяться законом и иными правовыми актами в соответствии с ГК РФ.

Однако специальный закон в сфере правовой охраны фирменных наименований в России так и не был принят. Законодатель отказался от регистрационной системы, учитывая, по-видимому, значительные финансовые расходы по ее созданию, а также неизбежные в таком случае коллизии с нормами международного права, изменив соответствующим образом ст. 54 ГК РФ, а также внеся изменения в другие статьи ГК РФ и специальных законов.

2. На международном уровне, в рамках международных договоров универсального характера, фирменным наименованиям посвящено только несколько статей, большинство из которых сосредоточено в Парижской конвенции по охране промышленной собственности от 20 марта 1883 г. (далее - Парижская конвенция), с последующими изменениями и дополнениями.

Фирменное наименование (nom commercial, trade name) включено в перечень объектов охраны промышленной собственности согласно ст. 1 (2) Парижской конвенции.

В статье 8 Парижской конвенции предписывается, что фирменное наименование охраняется во всех странах Союза (т.е. в странах, к которым применяется Конвенция) без обязательной подачи заявки или регистрации и независимо от того, является ли оно частью товарного знака.

Положения ст. 9 Парижской конвенции предусматривают арест при ввозе продуктов, незаконно снабженных товарным знаком или фирменным наименованием в тех странах Союза, в которых этот знак или фирменное наименование имеют право на законную охрану.

В соответствии со ст. 2 (viii) Конвенции от 14 июля 1967 г., учреждающей Всемирную организацию интеллектуальной собственности (далее - Конвенция, учреждающая ВОИС), под интеллектуальной собственностью понимаются права, относящиеся, в частности, к фирменным наименованиям (nom commercial, trade name) и коммерческим обозначениям (denomination commerciale, commercial name).

Как следует из вышеизложенного, термин "фирменное наименование" появился в Парижской конвенции в 1883 г. для обозначения одного из объектов промышленной собственности. Этот же термин указан в качестве объекта интеллектуальной собственности в 1967 г. в Конвенции, учреждающей ВОИС, наряду с новым термином, обозначающим новый объект интеллектуальной собственности - коммерческое обозначение.

Указанная выше терминология утвердилась в законодательстве и доктрине, и поэтому представляются беспочвенными сомнения в корректности перевода на русский язык термина nom commercial, trade name как фирменного наименования и утверждения о якобы наличии охраны коммерческих обозначений согласно ст. 1 (2) Парижской конвенции.

Эти немногочисленные нормы в сфере правовой охраны фирменных наименований обязательны для Российской Федерации, и они имеют приоритет перед национальными нормами, поскольку Россия участвует как в Парижской конвенции, так и в Конвенции, учреждающей ВОИС.

3. На национальном уровне правовое регулирование отношений в сфере фирменных наименований отличается большим разнообразием и в принципе не поддается унификации.

В некоторых государствах в качестве фирменного наименования может быть избрано практически любое обозначение. К государствам, придерживающимся принципа "свободы фирмы", относятся, например, США, Великобритания, Канада, Япония.

Государства континентальной Европы исторически более привержены принципу "истинной фирмы", в соответствии с которым индивидуальные предприниматели обязаны основывать свой бизнес только под своим собственным именем. На практике, однако, этот

принцип последовательно не может быть соблюден с реорганизациями и переходами прав собственности на предприятия. А применительно к акционерным обществам и обществам с ограниченной ответственностью этот принцип вообще не применим.

Источники права, в которых содержатся нормы, регулирующие порядок возникновения, использования, защиты от нарушения и прекращения права на фирменное наименование, весьма разнообразны в зависимости от правовой системы и правовых традиций конкретного государства.

Такие нормы могут быть включены в торговые кодексы (ФРГ), законодательство о пресечении недобросовестной конкуренции (Япония), законодательство о компаниях или корпорациях (Великобритания, США), законодательство о товарных знаках (Испания), международных договорах регионального характера (Соглашение о создании Африканской организации интеллектуальной собственности, приложение V) либо устанавливаться судебными прецедентами.

Законодательные акты комплексного характера, предметом регулирования которых были бы исключительно фирменные наименования, встречаются достаточно редко (например, Швеция - Закон о фирменных наименованиях 1974 г., Финляндия - Закон о фирменных наименованиях 1979 г., Закон Республики Армения "О фирменных наименованиях" 1999 г.).

4. В пункте 1 комментируемой статьи установлено, кого должно индивидуализировать фирменное наименование: юридическое лицо, являющееся коммерческой организацией (т.е. хозяйственные товарищества и общества, производственные кооперативы, государственные и муниципальные унитарные предприятия).

Ранее для столь однозначного вывода не было достаточных оснований, поскольку, хотя в большинстве статей ГК РФ, относящихся к фирменным наименованиям, и предусматривалось, что фирменное наименование индивидуализирует юридическое лицо, в ГК РФ имелись также положения, согласно которым фирменное наименование индивидуализировало предприятие, выступающее как объект права (п. 2 ст. 132, ст. 559). Полагаю, что в этом проявилось влияние Положения о фирме, согласно которому фирменное наименование в целом индивидуализировало предприятие, принадлежащее тому или иному юридическому лицу.

С внесением изменений в ст. 132 и 559 ГК РФ, согласно которым термин "фирменное наименование" уступил место термину "коммерческое обозначение", указанное противоречие устранено, и в России окончательно утвердилась концепция индивидуализации фирменным наименованием юридического лица, владельца предприятия.

5. Следует особо отметить, что указанная выше концепция не получила широкого распространения в мировой практике.

С учетом всех различий в национальных законодательствах в общем виде в большинстве государств фирменное наименование - это имя или обозначение, предназначенное для идентификации предприятия определенного физического или юридического лица.

Это определение практически совпадает с определением фирменного наименования, которое закреплено в ст. 1 (1) (d) Типового закона для развивающихся стран "О товарных знаках, фирменных наименованиях и недобросовестной конкуренции", разработанного ВОИС в 1967 г.: "Фирменное наименование означает имя или обозначение, определяющее предприятие физического или юридического лица" (BIRPI. Geneva, 1967).

Например, в Швеции для того, чтобы фирменное наименование могло быть зарегистрировано, оно должно быть способно отличать предприятие собственника от других предприятий (ст. 9 Закона о фирменных наименованиях // Industrial Property. 1986. N 10. Text 1-001).

От упомянутых выше определений фирменного наименования отличается определение, предусмотренное ст. 2 Закона Армении о фирменных наименованиях: фирменное наименование - это название, под которым юридическое лицо осуществляет свою деятельность и которым отличается от других юридических лиц. (Промышленная собственность. Официальный бюллетень. Ереван, 2001. N 2(18). С. 107 - 111)

6. В комментируемом пункте закреплена обязанность юридического лица, являющегося коммерческой организацией, правда, не в такой абсолютной форме, как прежде, иметь фирменное наименование.

Примечательная особенность российского законодательства о фирменных наименованиях: обладание фирменным наименованием является одновременно не только правом, но и обязанностью. Сделано это в публичных интересах, с целью устранения с рынка анонимных товаров, работ (услуг).

В общей норме п. 4 ст. 54 ГК РФ эта обязанность проявлена более определенно: юридическое лицо, являющееся коммерческой организацией, должно иметь фирменное наименование.

7. В пункте 1 комментируемой статьи предписано, что фирменное наименование юридического лица, являющегося коммерческой организацией, определяется в его учредительных документах и включается в Единый государственный реестр юридических лиц при государственной регистрации юридического лица.

Как следует из вышеизложенного, в России принята система условной регистрации фирменного наименования, по сути, сходная с системой регистрации, согласно ст. 149 Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик, когда включение сведений о фирменном наименовании в государственный реестр юридических лиц приравнивалось к государственной регистрации фирменного наименования.

В тех государствах, где действует сугубо регистрационная система охраны фирменных наименований, сведения о фирменных наименованиях заносятся в отдельный реестр фирменных наименований и публикуются в отдельных официальных бюллетенях.

Примечательно, что в России сведения, содержащиеся в Едином государственном реестре юридических лиц, в том числе полные наименования юридических лиц, формально считаются открытыми и общедоступными. Так, согласно Приказу Федеральной налоговой службы от 16 июня 2006 г. N САЭ-3-09/355@ сведения, содержащиеся в указанном Реестре, размещаются в сети Интернет на сайте ФНС России и публикуются в журнале "Вестник государственной регистрации" еженедельно (Бюллетень НА РФ. 2006. N 28). Указанная косвенная система оповещения о фирменных наименованиях не требует в принципе дополнительных расходов, являясь в то же время полезным источником доказательств при разрешении споров в отношении исключительного права на фирменное наименование.

8. В комментируемой статье не дается определение понятия фирменного наименования.

Пункт 2 данной статье содержит только признаки, которым должно соответствовать фирменное наименование юридического лица: указание на его организационно-правовую форму и собственно наименование юридического лица, которое не может состоять только из слов, обозначающих род деятельности.

Следовательно, фирменное наименование должно быть словесным обозначением, оно должно иметь индивидуализирующую функцию, т.е. оно должно обладать способностью отличать одно юридическое лицо от другого юридического лица, оно не должно быть описательным.

Следует особо подчеркнуть, что требование различительной способности (т.е. отсутствие простого указания на род деятельности организации, например "Электрификация") в отношении фирменного наименования минимально. Поэтому даже добавление одного элемента к словесному обозначению делает возможным обойти чужое фирменное наименование (например, "Электрификация плюс").

Согласно комментируемому пункту как указание на организационно-правовую форму юридического лица, так и собственно наименование юридического лица являются обязательными частями в структуре фирменного наименования.

В литературе принято подчеркивать относительную автономность двух частей фирменного наименования - основной (обязательной) части, определяющей организационно-правовую форму юридического лица, и специальной (отличительной) части фирменного наименования. Специальная (отличительная) часть должна включать обязательный элемент, представляющий собой словесное обозначение, служащее, соответственно, для индивидуализации юридического лица, и может включать факультативный элемент, например сокращенное фирменное наименование. Именно специальная (отличительная) часть фирменного наименования, состоящая из оригинального, зачастую фантазийного обозначения, по существу, служит для индивидуализации того или иного юридического лица.

К сожалению, анализируемый пункт не содержит положения о том, что фирменное наименование не должно быть ложным, т.е. оно не должно вводить в заблуждение граждан относительно рода деятельности, характера, целей и порядка образования юридического лица, обязательно присутствующего в законодательствах или в судебной практике государств с развитым правопорядком.

Упущение законодателя здесь более чем очевидно, поскольку имелась подсказка в виде положения абзаца второго ст. 7 Положения о фирме, согласно которому не дозволяется включать в фирму обозначения, способные вводить в заблуждение.

9. В пункте 3 комментируемой статьи закреплено дополнительное требование к фирменному наименованию: оно должно быть составлено на русском языке.

В этом пункте оно обозначено как полное фирменное наименование (в состав которого входит указание на организационно-правовую форму юридического лица и, собственно, его наименование).

Кроме императивной нормы, п. 3 содержит ряд факультативных правомочий юридического лица в отношении формы выражения фирменного наименования.

Во-первых, юридическое лицо вправе иметь сокращенное фирменное наименование на русском языке.

Во-вторых, юридическое лицо вправе иметь дополнительно полное и (или) сокращенное фирменное наименование на языках народов Российской Федерации и (или) иностранных языках.

В-третьих, фирменное наименование юридического лица на русском языке и языках народов России может содержать иноязычные заимствования в русской транскрипции или, соответственно, в транскрипциях языков народов России. Указанное правомочие не распространяется на термины и аббревиатуры, отражающие организационно-правовую форму юридического лица.

10. В пункте 4 комментируемой статьи закреплен исчерпывающий (т.е. закрытый) перечень обозначений, преимущественно официальных наименований, которые не могут включаться в фирменные наименования юридического лица. Сделано это в целях устранения возможного введения в заблуждение граждан в отношении истинного статуса организаций, отражающего их реальный масштаб деятельности.

К таковым относятся следующие обозначения:

- полные или сокращенные официальные наименования Российской Федерации <1>, иностранных государств, а также слова, производные от таких наименований;

<1> В отношении использования в названиях организаций наименований "Россия", "Российская Федерация" и образованных на их основе слов и словосочетаний см. Постановление Правительства РФ от 7 декабря 1996 г. N 1463 (СЗ РФ. 1996. N 51. Ст. 5816), в ред. Постановлений Правительства РФ от 2 февраля 1998 г. N 112 (СЗ РФ. 1998. N 6. Ст. 773) и от 26 июля 2004 г. N 380 (СЗ РФ. 2004. N 31. Ст. 3268).

- полные или сокращенные официальные наименования федеральных органов государственной власти, органов государственной власти субъектов РФ и органов местного самоуправления;

- полные или сокращенные наименования международных межправительственных организаций;

- полные или сокращенные названия общественных объединений;

- обозначения, противоречащие общественным интересам, а также принципам гуманности и морали.

В комментируемом пункте предусмотрены также исключения из указанного выше правила о запрете включения в фирменное наименование определенных обозначений.

Так, фирменное наименование государственного унитарного предприятия может содержать указание на принадлежность такого предприятия, соответственно, РФ и субъекту РФ.

Кроме того, включение в фирменное наименование акционерного общества официального наименования Российской Федерации, а также производных от этого наименования слов допускается по разрешению Правительства РФ, если более 75% акций акционерного общества принадлежит России.

Такое разрешение (равно как и его отзыв) выдается согласно порядку, установленному законом, без указания срока его действия и может быть отозвано в случае отпадения обстоятельств, в силу которых оно было выдано.

11. В случае несоответствия фирменного наименования требованиям п. 3 или 4 комментируемой статьи орган, осуществляющий государственную регистрацию юридических лиц, <1> вправе предъявить такому юридическому лицу иск о понуждении к изменению фирменного наименования (п. 5 комментируемой статьи).

- -

<1> В настоящее время органом, осуществляющим государственную регистрацию юридических лиц, является, согласно Указу Президента РФ от 9 марта 2004 г. N 314 "О системе и структуре федеральных органов исполнительной власти" (СЗ РФ. 2004. N 11. Ст. 945), Федеральная налоговая служба, находящаяся в ведении Министерства финансов РФ.

Полагаю, что законодатель имел в виду предъявление иска в суд, в данном случае в арбитражный суд, с целью понуждения к изменению фирменного наименования.

В таком случае не совсем ясно, почему законодатель не наделил орган, осуществляющий регистрацию юридического лица, правомочием отказать в регистрации заявленного обозначения в качестве фирменного наименования по причине его несоответствия установленным требованиям либо предложить заявителю в течение установленного срока изменить соответствующим образом фирменное наименование.

Полагаю также, что любые лица могут предъявить иски в суд с целью понуждения к изменению фирменного наименования в случае его несоответствия п. 3 и 4 комментируемой статьи.

12. В данной статье не определены правовые последствия несоответствия фирменного наименования требованиям ее п. 2, в котором изложены признаки фирменного наименования.

Следует полагать, что любое лицо вправе подать в суд иск о признании регистрации фирменного наименования недействительной вследствие его несоответствия требованиям п. 2, в частности в случае описательного характера фирменного наименования, т.е. когда оно состоит только из слов, обозначающих род деятельности юридического лица.

13. Как указано в ст. 14 Вводного закона, фирменные наименования юридических лиц, не соответствующие правилам параграфа 1 главы 76 ГК РФ, подлежат приведению в

соответствие с этими правилами при первом после 1 января 2008 г. изменении учредительных документов юридических лиц.

В случае неисполнения упомянутого выше предписания орган, осуществляющий государственную регистрацию юридических лиц, должен действовать в соответствии с п. 5 комментируемой статьи, т.е. предъявлять иски к юридическим лицам о понуждении к изменению их фирменных наименований.

В связи с принятием части четвертой ГК РФ в соответствии с Вводным законом в ряде федеральных законов приняты новые редакции положений о фирменных наименованиях (с незначительными изменениями и уточнениями), в частности включена запись о том, что иные требования к фирменному наименованию устанавливаются ГК РФ (ст. 7 и 10 Федерального закона от 2 декабря 1990 г. N 395-1 "О банках и банковской деятельности"; ст. 3 Федерального закона от 8 декабря 1995 г. N 193-ФЗ "О сельскохозяйственной кооперации"; ст. 4 Федерального закона от 26 декабря 1995 г. N 208-ФЗ "Об акционерных обществах"; ст. 5 Федерального закона от 8 мая 1996 г. N 41-ФЗ "О производственных кооперативах"; ст. 4 Федерального закона от 8 февраля 1998 г. N 14-ФЗ "Об обществах с ограниченной ответственностью"; ст. 4 Федерального закона от 14 ноября 2002 г. 161-ФЗ "О государственных и муниципальных унитарных предприятиях").

Статья 1474. Исключительное право на фирменное наименование

Комментарий к статье 1474

1. Комментируемая статья посвящена одной из ключевых категорий права - исключительному праву на фирменное наименование.

Ранее исключительное право на фирменное наименование определялось в п. 4 ст. 54 ГК РФ и связывалось с его регистрацией, порядок которой должен был устанавливаться законом и иными правовыми актами. Вводным законом (ст. 17) п. 4 ст. 54 ГК РФ изложен в новой редакции, согласно которой права на фирменные наименования определяются в соответствии с правилами раздела VII ГК РФ.

Общие правила определения исключительного права гражданина или юридического лица закреплены в ст. 1229 ГК РФ (см. комментарий к указанной статье). Исключительное право сформулировано как в позитивной форме (правообладатель вправе использовать результат и средство), так и в негативной форме (правообладатель может запрещать другим лицам использование результата или средства).

Правообладателю принадлежит также правомочие по распоряжению исключительным правом (он может разрешать другим лицам использование результата или средства), которое детализировано в ст. 1233 - 1238 ГК РФ.

Исключительное право на результат или средство может принадлежать одному лицу или нескольким лицам совместно, кроме исключительного права на фирменное наименование. Другие особенности исключительного права на фирменное наименование, о которых речь пойдет ниже, раскрыты в комментируемой статье.

2. В абзаце первом п. 1 данной статьи сформулирована позитивная функция исключительного права на фирменное наименование: юридическому лицу принадлежит исключительное право использования своего фирменного наименования в качестве средства индивидуализации любым не противоречащим закону способом.

Кроме того, в этой норме изложен примерный перечень видов использования фирменного наименования: путем его указания на вывесках, бланках, счетах и иной документации, объявлениях и рекламе, на товарах и их упаковках.

В абзаце втором п. 1 комментируемой статьи предписано, что сокращенные фирменные наименования (в мировой практике их принято называть фирменными знаками), а также фирменные наименования на языках народов России и иностранных

языках защищаются исключительным правом на фирменное наименование при условии их включения в Единый государственный реестр юридических лиц.

Поскольку указанные разновидности фирменного наименования используются правообладателем факультативно, то их правовая охрана в режиме исключительного права обусловлена обязательным включением сведений о них в Единый государственный реестр юридических лиц.

3. В пункте 2 комментируемой статьи раскрыта одна из основных особенностей правовой охраны фирменных наименований в России, заключающаяся в том, что распоряжение исключительным правом на фирменное наименование (в том числе путем его отчуждения или предоставления другому лицу права его использования) не допускается.

В этом отношении фирменное наименование сближается с другим средством индивидуализации - наименованием места происхождения товара; распоряжение исключительным правом на наименование места происхождения товара также не допускается (см. комментарий к п. 4 ст. 1519 ГК РФ).

Поэтому говорить об исключительном праве на фирменное наименование, которое в российском варианте лишено одного из своих основных элементов - права распоряжения, можно лишь условно.

В основе указанного решения законодателя лежит, на мой взгляд, широко распространенный в советской, а затем в российской правовой литературе тезис о том, что право на фирменное наименование - это личное неимущественное право (см. например: Советское гражданское право. Часть 1 / Под ред. В.А. Рясенцева. М., 1986. С. 183; Сергеев А.П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации: Учебник. М., 2004. С. 580).

4. В соответствии с законодательствами большинства государств мира фирменные наименования, являясь объектом интеллектуальной, в том числе промышленной, собственности, может передаваться, т.е. быть предметом гражданского оборота, но только совместно с предприятием, которое оно обозначает.

Именно в этом случае используется понятие "фирменное наименование (nom commercial, trade name)" в тексте ст. 8 Парижской конвенции по охране промышленной собственности, оказавшей влияние на законодательства и судебную практику большинства государств мира. Так, например, согласно ст. 13 Закона Швеции о фирменных наименованиях от 29 марта 1974 г. N 156 (Industrial Property. 1986. N 10. Text 1-001) фирменное наименование может быть передано только совместно с предприятием, на котором фирменное наименование использовано.

5. С утверждением в российском праве концепции индивидуализации фирменного наименования юридического лица норма о возможности передачи права на фирменное наименование совместно с предприятием лишилась своего основания.

Следует особо отметить, что Положение о фирме, в котором была воплощена концепция индивидуализации фирмой предприятия, в ст. 12 допускало передачу фирменного наименования совместно с предприятием: в случае перехода предприятия к новому владельцу таковой может воспользоваться прежней фирмой предприятия лишь с согласия прежнего владельца или его правопреемников и лишь при условии добавления к ней указания на преемственную связь.

В период неопределенности с концепцией индивидуализации, длившийся с 1 января 1995 г. по 31 декабря 2007 г., возможность передачи фирменного наименования совместно с предприятием фактически существовала на основании ст. 132 и 559 ГК РФ (до вступления в силу их новых редакций, согласно которым термин "фирменное наименование" заменен термином "коммерческое обозначение").

С исключением возможности передачи фирменного наименования совместно с предприятием исключительное право на фирменное наименование, по сути, лишилось своего имущественного содержания и фактически слилось с такой категорией, как

"наименование коммерческой организации", указанной в ст. 54 ГК РФ и в других специальных законах.

Наименование юридического лица - это личное неимущественное право. В этом качестве оно индивидуализирует юридическое лицо в целом как организацию, наделенную обособленным имуществом и выступающую в имущественных и личных неимущественных отношениях от своего имени во всех сферах деятельности. Эта особенность четко проявляется, когда юридическое лицо выступает в публично-правовых отношениях. В таких случаях применяется только термин "наименование юридического лица". В качестве примера можно привести ст. 7 и 9 Федерального закона от 8 августа 2001 г. N 134-ФЗ "О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при проведении государственного контроля (надзора)" (СЗ РФ. 2001. N 33. Ст. 3436).

В тех случаях, когда наименование юридического лица используется в гражданском обороте, оно приобретает качество фирменного наименования, но не может быть предметом передачи вместе с передачей предприятия юридического лица.

Таким образом, российский законодатель для индивидуализации юридического лица определил фирменное наименование, которое в этой функции совпадает с собственно наименованием юридического лица, а для индивидуализации предприятия, собственником которого является юридическое лицо, - коммерческое обозначение, которое в этой функции заменяет фирменное наименование.

6. В пункте 3 комментируемой статьи сформулировано важное правило о запрете нарушения исключительного права на фирменное наименование.

Так, не допускается использование юридическим лицом фирменного наименования другого юридического лица или сходного с ним до степени смешения.

При этом такое использование считается незаконным при наличии следующих условий:

- если указанные юридические лица, использующие тождественные или сходные наименования, осуществляют аналогичную деятельность;

- фирменное наименование второго юридического лица включено в Единый государственный реестр юридических лиц ранее, чем фирменное наименование первого юридического лица (т.е. принимается во внимание "старшинство" права на фирменное наименование).

Следует признать, что формулировка п. 3 далека от совершенства.

Исключительное право на фирменное наименование предполагает, что правомочие запрета действует в отношении неопределенного круга лиц, т.е. имеет абсолютный характер.

Однако в комментируемой норме запрет использования чужого фирменного наименования адресован только юридическому лицу, которым, по смыслу ст. 1473 ГК РФ, является коммерческая организация, что в принципе существенно сужает объем исключительного права на фирменные наименования относительно субъектов ответственности за его нарушение.

В данной норме установлен запрет использования чужого фирменного наименования, но ничего не говорится о запрете использования других средств индивидуализации - товарных знаков, знаков обслуживания и наименований мест происхождения товаров в качестве отдельных элементов такого наименования. В этом случае объем исключительного права на фирменное наименование расширен, однако такое расширение произошло за счет сужения объема исключительного права на другие средства индивидуализации.

В анализируемой норме не раскрыто понятие "аналогичная деятельность", осуществляемая другими юридическими лицами с использованием спорных фирменных наименований.

Следует предположить, что речь идет о производстве однородных товаров, выполнении однородных работ или предоставлении однородных услуг, которые могут

вызвать у потребителей представление о принадлежности этих товаров, работ, услуг определенному лицу. При этом должны приниматься во внимание различные признаки деятельности, в том числе род товара, вид материала, из которого изготовлен товар, виды работ, услуг, их назначение, круг потребителей.

7. В соответствии с ранее действовавшей редакцией п. 4 ст. 54 ГК РФ запрещалось использование чужого зарегистрированного фирменного наименования. С самого начала применения этой нормы правоприменительные органы толковали ее как недопустимость полного тождества фирменных наименований с учетом организационно-правовой формы юридических лиц, участвующих в спорных правоотношениях.

Суды и иные правоприменительные органы пошли по пути наименьшего сопротивления: во внимание принималось в первую очередь тождество или различие организационно-правовой формы организации. При этом отличительная часть фирменного наименования, т.е. наиболее запоминаемое название, под которым фирменное наименование известно публике, могло быть одинаковым у различных организаций. В принципе, такую точку зрения высказал Высший Арбитражный Суд РФ в своем письме от 29 мая 1992 г. "Об отдельных решениях совещаний по арбитражной практике" (Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 1992. N 1).

В связи с этим определенный интерес представляет иск екатеринбургского хозяйственного товарищества с ограниченной ответственностью "Акцепт", который был предъявлен еще в мае 1991 г. московской Акционерской компании "Акцепт" в Государственном арбитраже г. Москвы. Ответчикам предъявлялось требование об изменении фирменного наименования, однако иск был отклонен, поскольку зарегистрированные в установленном порядке организации имели разную организационно-правовую форму. В декабре 1991 г. истец попытал счастья в бывшем Антимонопольном комитете, подав заявление о пресечении недобросовестной конкуренции со стороны уже пяти "Акцептов" (московского, новосибирского и трех екатеринбургских). И вновь проиграл дело, поскольку организации-ответчики имели различные, с учетом их организационно-правовой формы, фирменные наименования.

Правильное по существу решение Антимонопольного комитета по этому делу нуждалось, на мой взгляд, в дополнении: в подобных делах определяющим обстоятельством является доказанность факта смешения (или возможности смешения) спорных наименований только на соответствующем рынке товаров или услуг, когда конкуренты действуют в одной области предпринимательства и/или в одном и том же регионе страны. Так, стороны не являются конкурентами, если ответчик использует фирменное наименование истца для другого типа товаров (услуг) или в связи с другой сферой деловой активности. Например, один из видов продукции истца (водомаслоотделительные фильтры) никак не соотносятся с услугами Коммерческого банка "Акцепт" из Новосибирска. У этих организаций не было общей сферы деятельности, поэтому вероятность смешения их фирменных наименований исключена - так же, как и у екатеринбургского "Акцепта" и московского "Акцепта", развивающих свою деловую активность далеко друг от друга в территориальном смысле.

При исследовании доказательств смешения фирменных наименований необходимо принимать во внимание не только уставные документы организации, в которых, как правило, обозначается самое широкое поле деятельности, но и факты реального использования организациями своего фирменного наименования (в сделках, рекламе, на бланках, счетах, товарах или на упаковке и т.д.). Учитываться должны и другие факты: отличительный характер обозначений и масштаб их известности, период времени, в течение которого используется обозначение, степень сходства обозначения.

К сожалению, подобная практика сохранилась до настоящего времени. Российские суды в спорах о нарушении исключительного права на фирменное наименование придерживаются тактики сравнения на тождество полных фирменных наименований,

учитывая только организационно-правовую форму организаций. Конечно, подобная практика совершенно не стыкуется с практикой государств с развитым правопорядком.

Следует полагать, что с введением в действие нормы п. 3 ст. 1474 о запрете использования не только тождественного фирменного наименования, но и сходного с ним до степени смешения, суды изменят свой подход к разрешению дел о нарушении исключительного права на фирменные наименования, который будет соответствовать общепринятой мировой практике.

Для этих целей, однако, судам необходимо выработать критерии сходства фирменных наименований до степени смешения, поскольку в ГК РФ такие критерии не раскрыты, а разработанные федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности аналогичные критерии при проведении экспертизы товарных знаков не во всех случаях подходят к фирменным наименованиям.

8. Пункт 6 ст. 1252 ГК РФ предписывает, что если различные средства индивидуализации (фирменное наименование, товарный знак, знак обслуживания, коммерческое обозначение) оказываются тождественными или сходными до степени смешения и в результате такого тождества или сходства могут быть введены в заблуждение потребители и (или) контрагенты, преимущество имеет средство индивидуализации, исключительное право на которое возникло ранее.

В этой норме закреплен так называемый принцип старшинства права.

Однако реализовать указанный принцип старшинства права, т.е. требовать признания недействительным предоставление правовой охраны товарному знаку (знаку обслуживания) либо полного или частичного запрета на использование фирменного наименования или коммерческого обозначения, обладатель исключительного права может в порядке, установленном в ГК РФ.

Иными словами, зарегистрированный ранее товарный знак может повлиять на исход дела в отношении сходного фирменного наименования при условии, если установлен соответствующий порядок в комментируемом Кодексе.

К сожалению, законодатель не предусмотрел в п. 3 комментируемой статьи такой порядок, т.е. положение о запрете использования фирменного наименования, тождественного или сходного до степени смешения с товарным знаком другого лица, если этот товарный знак зарегистрирован ранее получения права на фирменное наименование.

Вполне очевидна целесообразность устранения законодателем указанного пробела в правовом регулировании.

9. В пункте 4 комментируемой статьи определены способы защиты нарушенного исключительного права на фирменное наименование.

В данной норме эти способы сформулированы в виде обязанности правонарушителя (первого юридического лица) по требованию правообладателя:

- прекратить использование фирменного наименования, принадлежащего правообладателю (т.е. тождественного или сходного с ним до степени смешения);

- возместить правообладателю причиненные убытки.

Первая обязанность правонарушителя касается незаконного использования соответствующего наименования в отношении видов деятельности, аналогичных видам деятельности, осуществляемым правообладателям.

Вторую обязанность - возмещение причиненных убытков - следует толковать расширительно, т.е. включать в них как реальный ущерб, так и упущенную выгоду в соответствии с положениями ст. 15 ГК РФ.

Из вышеизложенного следует, что управомоченными лицами в целях защиты исключительного права от нарушения являются юридические лица - правообладатели. Другие лица, даже понесшие убытки вследствие незаконного использования фирменного наименования (в большинстве случаев такими лицами могут быть потребители), не могут предъявить требования к лицам, незаконно использующим фирменные наименования.

Статья 1475. Действие исключительного права на фирменное наименование на территории Российской Федерации

Комментарий к статье 1475

1. В соответствии с п. 1 комментируемой статьи действие исключительного права на фирменное наименование на территории России обусловлено фактом его включения в Единый государственный реестр юридических лиц.

По сути, в этой норме реализована концепция ст. 149 Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик, согласно которой фирменное наименование юридического лица подлежит регистрации путем включения в государственный реестр юридических лиц.

И в том, и в другом случае отдельная регистрация фирменного наименования, равно как и ведение отдельного реестра фирменных наименований, приравнена к включению сведений о фирменном наименовании юридического лица в Единый государственный реестр юридических лиц.

В соответствии с ранее действовавшей редакцией п. 4 ст. 54 ГК РФ действие исключительного права на фирменное наименование связывалось с его регистрацией, порядок которой должен был определяться специальным законом и иными правовыми актами в соответствии с ГК РФ.

В конечном счете законодатель отказался от сугубо регистрационной системы охраны фирменных наименований, в первую очередь в связи со значительными финансовыми расходами по ее созданию на обширной территории России.

2. Пункт 1 ст. 51 ГК РФ предусматривает обязательную государственную регистрацию юридических лиц, которая состоит во внесении сведений о возникших юридических лицах в Единый государственный реестр юридических лиц, открытый для всеобщего ознакомления.

Отношения, возникающие в связи с государственной регистрацией юридических лиц при их создании, реорганизации и ликвидации, при внесении изменений в их учредительные документы (равно как и государственной регистрацией физических лиц в качестве индивидуальных предпринимателей), регулируются Федеральным законом от 8 августа 2001 г. N 129-ФЗ "О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей" (далее - Закон о государственной регистрации (СЗ РФ. 2001. N 33 (ч. I). Ст. 3431), в ред. Федерального закона от 19 июля 2007 г. N 140-ФЗ (СЗ РФ. 2007. N 30. Ст. 3754)).

До введения в действие с 1 июля 2002 г. Закона о государственной регистрации государственная регистрация юридических лиц осуществлялась в органах юстиции.

В соответствии со ст. 2 Закона о государственной регистрации государственная регистрация осуществляется федеральным органом исполнительной власти, уполномоченным в порядке, установленном Конституцией РФ и Федеральным конституционным законом "О Правительстве Российской Федерации".

Первоначально функции регистрационного органа были возложены в соответствии с Постановлением Правительства РФ от 17 мая 2002 г. N 319 "Об уполномоченном федеральном органе исполнительной власти, осуществляющем государственную регистрацию юридических лиц" на Министерство по налогам и сборам РФ (СЗ РФ. 2002. N 20. Ст. 1872).

В настоящее время, как отмечалось ранее, органом, осуществляющим государственную регистрацию юридических лиц, является, согласно Указу Президента РФ от 9 марта 2004 г. N 314 "О системе и структуре федеральных органов исполнительной власти", Федеральная налоговая служба, находящаяся в ведении Министерства финансов РФ.

За государственную регистрацию юридических лиц уплачивается государственная пошлина, размер которой установлен в ст. 333.33 НК РФ.

Среди подзаконных актов в сфере государственной регистрации юридических лиц можно отметить следующие: Постановление Правительства РФ от 19 июня 2002 г. N 438 "О Едином государственном реестре юридических лиц" (СЗ РФ. 2002. N 26. Ст. 2585); Постановление Правительства РФ от 19 июня 2002 г. N 439 "Об утверждении форм и требований к оформлению документов, используемых при государственной регистрации юридических лиц, а также физических лиц в качестве индивидуальных предпринимателей" (СЗ РФ. 2002. N 26. Ст. 2586); Приказ Федеральной налоговой службы от 21 октября 2004 г. N САЭ-3-09/7@ "Об утверждении Порядка предоставления в электронном виде сведений, содержащихся в Едином государственном реестре юридических лиц и в Едином государственном реестре индивидуальных предпринимателей" (Бюллетень НА РФ. 2004. N 47); Приказ Федеральной налоговой службы от 16 июня 2006 г. N САЭ-3-09/355@ "Об обеспечении публикации и издания сведений о государственной регистрации юридических лиц в соответствии с законодательством Российской Федерации о государственной регистрации" (Бюллетень НА РФ. 2006. N 28).

3. В Едином государственном реестре юридических лиц содержатся сведения и документы о юридическом лице, в том числе:

- полное (и, в случае если имеется, сокращенное) наименование, включая фирменное наименование для коммерческих организаций;
- организационно-правовая форма;
- способ образования юридического лица (создание или реорганизация).

В статье 6 Закона о государственной регистрации декларируется, что содержащиеся в государственных реестрах сведения и документы являются, за некоторым исключением, открытыми и общедоступными.

Единый государственный реестр юридических лиц ведется Федеральной налоговой службой (ФНС) и ее территориальными органами.

Сведения, содержащиеся в Едином государственном реестре юридических лиц и предназначенные для публикации, размещаются в сети Интернет на сайте ФНС России. К таким сведениям относятся следующие: полное наименование юридического лица; идентификационный номер налогоплательщика; код причины постановки на учет; основной государственный регистрационный номер записи и дата внесения ее в реестр; наименование и адрес органа, осуществившего государственную регистрацию юридического лица; адрес юридического лица.

Указанные сведения, а также иные сведения, подлежащие опубликованию в соответствии с законодательством Российской Федерации о государственной регистрации, публикуются в журнале "Вестник государственной регистрации".

4. Пункт 2 комментируемой статьи обусловливает предоставление охраны фирменному наименованию фактом включения сведений о нем в Единый государственный реестр юридических лиц при регистрации юридического лица.

Данная норма не требует регистрации самого фирменного наименования, т.е. проведения экспертизы заявленных обозначений на тождество или сходство с зарегистрированными ранее фирменными наименованиями, ведения отдельного реестра фирменных наименований и публикации отдельного бюллетеня фирменных наименований.

Вместе с тем охрана фирменного наименования сопряжена с определенными формальностями, связанными с регистрацией юридических лиц и параллельным внесением сведений о фирменном наименовании в Единый государственный реестр юридических лиц. Иными словами, использование фирменного наименования фактически невозможно без предварительной регистрации юридических лиц, являющихся коммерческими организациями.

В связи с вышеизложенным возникает проблема с предоставлением охраны иностранным фирменным наименованиям.

С одной стороны, согласно принципу национального режима, закрепленному в ст. 2 Парижской конвенции по охране промышленной собственности (далее - Парижская конвенция), охрана, предоставляемая иностранным фирменным наименованиям, должна быть такой же, как и охрана, предоставляемая российским фирменным наименованиям, т.е. должна зависеть от включения иностранного фирменного наименования в Единый государственный реестр юридических лиц.

С другой - следует принимать во внимание норму ст. 8 Парижской конвенции, согласно которой фирменное наименование охраняется во всех странах - участниках Парижской конвенции без обязательной подачи заявки или регистрации.

Парижская конвенция не дает ответа, к чему относится понятие "регистрация" - к регистрации самого фирменного наименования или к регистрации юридического лица, в связи с которой сведения о фирменном наименовании вносятся в соответствующий реестр.

Поэтому серьезную проблему для правоприменительных органов многих государств представляет толкование ст. 8 Парижской конвенции. Как указано в авторитетном комментарии к ст. 8 Парижской конвенции, если законодательство какой-либо страны предоставляет охрану национальным фирменным наименованиям только при наличии регистрации, данная статья влечет за собой отмену этой обязанности для иностранных фирменных наименований (Боденхаузен Г. Парижская конвенция по охране промышленной собственности. Комментарий. М., 1977. С. 154). Иными словами, если упомянутая выше международно-правовая норма нарушается в каком-либо государстве, то иностранные владельцы фирменных наименований автоматически получают преимущество перед национальными владельцами фирменных наименований, если в этом государстве действует принцип приоритета положений международного договора перед положениями национального законодательства, как, например, в России.

Вполне очевидно, что требования регистрации непосредственно фирменного наименования и требование регистрации юридического лица, предусматривающие включение фирменного наименования в Единый государственный реестр юридических лиц, по сути, не отличаются друг от друга, поскольку исключают предоставление охраны фирменному наименованию в силу его известности или использования как на территории России, так и за рубежом.

Примечательно, что в зарубежной судебной практике и литературе нет единого подхода относительно применения нормы ст. 8 Парижской конвенции. Из правовой литературы известно о существовании узкого и широкого толкования ст. 8 Парижской конвенции (Fernandez - Novoa C. The International Protection of Trade Names in Spain - The Application of Article 8 of the Paris Convention by the Spanish Courts // International Review of the Industrial Property and Copyright Law. 1976. V. 7. N 4. P. 509 - 510). О широком толковании указанной статьи упоминалось выше.

Узкое толкование ст. 8 Парижской конвенции заключается в том, что охрана иностранному фирменному наименованию предоставляется в том случае, если оно используется в стране - участнице Парижской конвенции, где оно испрашивается.

Учитывая тот факт, что стержневым моментом в предоставлении охраны конкретному фирменному наименованию является стремление исключить возможность введения в заблуждение торговых кругов и потребителей относительно истинного происхождения товаров и услуг, многие государства толкуют положения ст. 8 Парижской конвенции таким образом, что фирменное наименование для целей получения охраны в данной стране должно в течение определенного времени использоваться в гражданском обороте на ее территории. Например, в большинстве стран континентальной Европы, включая Германию и Францию, суды придерживаются именно узкого толкования ст. 8 Парижской конвенции.

В некоторых странах узкое толкование ст. 8 Парижской конвенции вошло в качестве нормы в законодательство. Так, например, согласно ст. 77 испанского Закона о товарных знаках от 10 ноября 1988 г. N 32/1988 (Industrial Property and Copyright. 1999. N 10. Text 3-001) фирменное наименование охраняется на условиях, предусмотренных ст. 8 Парижской конвенции, действующей в Испании, при условии, что его обладатель докажет, что он его использовал в Испании.

Согласно ст. 12 Закона Армении о фирменных наименованиях (Промышленная собственность. Официальный бюллетень. Ереван, 2001. N 32(18). С. 107 - 111) исключительное право на использование фирменного наименования иностранного юридического лица вступает в силу на основании факта получения известности среди общественности или получения всеобщей известности вследствие публичного использования в Армении данного фирменного названия.

Поскольку в п. 1 комментируемой статьи отсутствует положение о предоставлении исключительного права на иностранное фирменное наименование, российским правоприменительным органам еще предстоит выработать свою позицию относительно применения на территории России ст. 8 Парижской конвенции.

5. В пункте 2 комментируемой статьи определено действие исключительного права на фирменное наименование во времени: оно возникает со дня государственной регистрации юридического лица и прекращается в момент исключения фирменного наименования из Единого государственного реестра юридических лиц в связи с прекращением юридического лица либо изменением его фирменного наименования.

Как и в большинстве государств, в России действие исключительного права не ограничено каким-либо сроком.

Следует отметить, что в некоторых государствах фирменные наименования регистрируются на определенный срок с возможностью возобновления такой регистрации. Так, например, в Мексике (Industrial Property. 1991. N 10. Text 1-001), в Перу (Industrial Property and Copyright. 1996. N 9. Text 1-003), в Испании (Industrial Property and Copyright. 1999. N 10. Text 3-001) регистрация фирменных наименований производится в специальных реестрах в патентных ведомствах этих государств на 10-летний срок с возможностью возобновления этой регистрации на последующие 10-летние периоды. При этом сведения о регистрации фирменных наименований (воспроизведение регистрируемого обозначения, место расположения предприятия, род деятельности предприятия и др.) публикуются в официальных бюллетенях в целях их доведения до всеобщего сведения.

В России среди публикуемых и размещаемых в сети Интернет сведений о зарегистрированных юридических лицах отсутствуют сведения о роде (виде) деятельности юридических лиц. В связи с вышеизложенным объективно затруднено применение федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности нормы п. 8 ст. 1483 ГК РФ, предусматривающей одно из оснований для отказа в государственной регистрации товарного знака (не могут быть в отношении однородных товаров зарегистрированы в качестве товарных знаков обозначения, тождественные или сходные до степени смешения с охраняемыми в России фирменными наименованиями), поскольку из публикуемых или размещенных в сети Интернет сведений невозможно почерпнуть информацию о производимых товарах или предоставляемых услугах.

6. Возникновение исключительного права на фирменное наименование связано с днем государственной регистрации юридического лица, которое оно обозначает.

Государственная регистрация юридического лица осуществляется по решению регистрирующего органа по месту нахождения указанного учредителями в заявлении о государственной регистрации постоянно действующего исполнительного органа, а в случае отсутствия такого исполнительного органа - по месту нахождения иного органа или лица, имеющих право действовать от имени юридического лица без доверенности.

Согласно ст. 11 Закона о государственной регистрации моментом государственной регистрации признается внесение регистрирующим органом соответствующей записи в соответствующий государственный реестр.

Следует особое внимание обратить на объем исключительного права на фирменное наименование в России, напрямую зависящий от системы регистрации юридических лиц в Едином государственном реестре юридических лиц.

Специфика исключительного права на фирменное наименование в России такова, что объем охраны, предоставляемый фирменному наименованию, незначительный.

Проблема заключается в том, что законом не предусмотрен механизм отслеживания поступления тождественных или сходных с уже внесенными в реестр фирменными наименованиями и отказа на этом основании их внесения в реестр.

Регистрирующие органы не наделены полномочиями по проверке заявленных обозначений с целью предотвращения их коллизии с уже внесенными в реестр фирменными наименованиями. В результате этого Единый государственный реестр юридических лиц переполнен не только сходными, но полностью идентичными обозначениями, причем не только в масштабах всей страны, но и в рамках отдельных регионов.

Так, например, по сведениям, выложенным на сайте ФНС России (htpp://egrul.nalog.ru/fns/fns/php), на конец 2007 г. в Москве зарегистрировано около 30 обществ с ограниченной ответственностью "Кристалл", отличающихся в редких случаях написанием специальной (отличительной) части фирменного наименования заглавными буквами: "КРИСТАЛЛ".

Такая ситуация приводит не только к ослаблению исключительного права на фирменное наименование, но и к введению потребителей в заблуждение относительно происхождения товаров (работ, услуг).

7. Прекращение исключительного права на фирменное наименование связано с моментом исключения фирменного наименования из Единого государственного реестра юридических лиц в связи с:

- прекращением юридического лица;
- изменением его фирменного наименования.

Прекращение юридического лица - коммерческой организации - может наступить в связи с:

- реорганизацией юридического лица;
- ликвидацией юридического лица;
- исключением юридического лица из Единого государственного реестра юридических лиц по решению регистрирующего органа;
- продажей или внесением имущественного комплекса унитарного предприятия в уставный капитал акционерного общества.

Реорганизация юридического лица предусмотрена ст. 57 ГК РФ в форме его слияния, присоединения, разделения, выделения и преобразования.

В связи с реорганизацией юридического лица возникает проблема с правопреемством в отношении соответствующих прав и обязанностей.

Как известно, фирменное наименование - это объект исключительных прав, и в этом качестве должно получить стоимостную оценку в составе нематериальных активов юридического лица. К нематериальным активам, согласно ст. 257, ч. 3, п. 4, НК РФ, относятся, в частности, исключительное право на товарный знак, знак обслуживания, наименование места происхождения товара и фирменное наименование.

При реорганизации юридического лица может возникнуть вопрос о принадлежности исключительного права на фирменное наименование, особенно при таких формах реорганизации юридического лица, как разделение и выделение, когда должен решаться вопрос о переходе исключительного права на фирменное наименование к тому или иному юридическому лицу из вновь возникших юридических лиц.

Ликвидация юридического лица, предусмотренная ст. 61 ГК РФ, влечет его прекращение без перехода прав и обязанностей в порядке правопреемства к другим лицам. Иными словами, ликвидация юридического лица означает, по сути, переход фирменного наименования, которое обозначало указанное юридическое лицо, в общественное достояние.

Юридическое лицо может быть ликвидировано:

- по решению его учредителей (участников) либо органа юридического лица, уполномоченного на то учредительными документами, в том числе в связи с истечением срока, на который создано юридическое лицо, с достижением цели, ради которой оно создано (добровольная ликвидация);

- по решению суда (принудительная ликвидация в отношении коммерческой организации) в случае:

- допущенных при его создании грубых нарушений закона, если эти нарушения носят неустранимый характер;

- осуществления деятельности без надлежащего разрешения (лицензии);

- осуществления деятельности, запрещенной законом;

- осуществления деятельности с нарушением Конституции РФ;

- осуществления деятельности с иными неоднократными или грубыми нарушениями закона или иных правовых актов;

- в иных случаях, предусмотренных комментируемым Кодексом (например, в случае признания в силу ст. 65 юридического лица, за исключением казенного предприятия, банкротом).

Исключение юридического лица, прекратившего свою деятельность (непредставление в течение последних 12 месяцев документов отчетности и неосуществление операций хотя бы по одному банковскому счету), из Единого государственного реестра юридических лиц может быть осуществлено по решению регистрирующего органа на основании ст. 21.1 Закона о государственной регистрации.

Порядок государственной регистрации при прекращении унитарного предприятия в связи с продажей или внесением его имущественного комплекса в уставный капитал акционерного общества установлен в ст. 21.2 Закона о государственной регистрации.

Ликвидация юридического лица считается завершенной, а юридическое лицо - прекратившим свою деятельность после внесения об этом записи в Единый государственный реестр юридических лиц, информация о которой публикуется регистрирующим органом.

Исключительное право на фирменное наименование может быть прекращено в связи с его изменением.

Это случай добровольного прекращения исключительного права на фирменное наименование, например, по решению учредителей (участников) юридического лица либо органа юридического лица, уполномоченного на то учредительными документами, вызванного различного рода причинами.

При этом прекращение исключительного права на одно фирменное наименование сопровождается возникновением у юридического лица исключительного права на другое (измененное) фирменное наименование.

Происходит это в форме государственной регистрации изменений, вносимых в учредительные документы юридического лица, и внесения изменений в сведения о юридическом лице, содержащиеся в Едином государственном реестре юридических лиц, по правилам главы VI Закона о государственной регистрации.

Статья 1476. Соотношение прав на фирменное наименование с правами на коммерческое обозначение и на товарный знак и знак обслуживания

Комментарий к статье 1476

1. Комментируемая статья посвящена вопросам соотношения права на фирменное наименование с правами на другие средства индивидуализации - правами на коммерческое обозначение, на товарный знак и на знак обслуживания.

Правоприменительная практика показывает, что наиболее часто случаются коллизии между правами на фирменное наименование и правами на товарный знак или знак обслуживания.

2. В абзаце первом п. 1 данной статьи указано, что фирменное наименование или отдельные его элементы могут использоваться правообладателем в составе принадлежащего ему коммерческого обозначения.

Коммерческое обозначение является сравнительно новым объектом исключительных прав. Его правовой режим обозначен в ст. 1538 - 1541 ГК РФ (см. комментарии к указанным статьям).

Для целей комментария п. 1 данной статьи целесообразно указать, что коммерческое обозначение, не подлежащее обязательному включению в учредительные документы и Единый государственный реестр юридических лиц, призвано индивидуализировать предприятие юридического лица в пределах определенной территории путем его указания, как правило, на вывесках, бланках, в счетах и на иной документации. Его использование является факультативным. Исключительное право на коммерческое обозначение может перейти к другому лицу, но только вместе с предприятием, которое оно индивидуализирует.

Целесообразно напомнить, что фирменное наименование призвано индивидуализировать юридическое лицо, являющееся коммерческой организацией, выступающее в гражданском обороте. Это не только право, но и обязанность коммерческого юридического лица. Фирменное наименование определяется в учредительных документах юридического лица и включается в Единый государственный реестр юридических лиц. Распоряжение исключительным правом на фирменное наименование не допускается.

В государствах с развитым правопорядком иное соотношение между фирменным наименованием и коммерческим обозначением. В этих государствах фирменное наименование индивидуализирует предприятие, принадлежащее юридическому лицу. Оно может быть передано другому лицу, но только вместе с предприятием, которое оно индивидуализирует. Коммерческое обозначение играет вспомогательную роль, оно призвано индивидуализировать внешнее проявление деятельности предприятия (например, вывеска торгового заведения), поэтому оно имеет локальную (или региональную известность) и не нуждается в регистрации.

В абзаце первом п. 1 комментируемой статьи предусмотрено, что фирменное наименование или его отдельные элементы могут использоваться правообладателем в составе принадлежащего ему коммерческого обозначения.

Сказанное означает, что полное фирменное наименование, включающее его основную часть (указание на организационно-правовую форму) и специальную (отличительную) часть, необходимую для отличия одного юридического лица от другого юридического лица, можно включать в состав коммерческого обозначения. В этом случае фирменное наименование юридического лица сливается с коммерческим обозначением предприятия, которое принадлежит этому юридическому лицу.

Например, общество с ограниченной ответственностью "Торговый дом "Кристалл", являясь фирменным наименованием, может целиком входить в коммерческое обозначение одного или нескольких торговых предприятий указанного юридического лица.

Но чаще всего коммерческое обозначение состоит из отдельного элемента фирменного наименования, его специальной (отличительной) части, в данном случае: "Торговый дом "Кристалл" в качестве вывески торгового предприятия.

Реже встречаются случаи, когда фирменное наименование юридического лица не совпадает с коммерческим обозначением предприятий, принадлежащих этому юридическому лицу. В качестве условного примера можно назвать фирменное наименование "Общество с ограниченной ответственностью "Амфин" и коммерческое обозначение "Партия", играющее роль вывески в торговой сети указанного юридического лица.

3. Абзац второй п. 1 комментируемой статьи содержит правило, согласно которому фирменное наименование, включенное в коммерческое обозначение, охраняется независимо от коммерческого обозначения.

Согласно данной норме охрана фирменного наименования автономна от охраны, предоставляемой коммерческому обозначению. Иными словами, действие исключительного права на фирменное наименование неразрывно связано с государственной регистрацией юридического лица, которое оно индивидуализирует (в том числе при его создании, реорганизации или прекращении).

Факт включения фирменного наименования (а скорее всего, его части, хотя такая возможность ошибочно не указана в комментируемой норме) в состав коммерческого обозначения не приводит, например, к одновременному прекращению такого фирменного наименования (или его части) с прекращением коммерческого обозначения, если правообладатель, согласно п. 2 ст. 1540 ГК РФ (см. комментарий к указанной статье), не использовал его непрерывно в течение года.

Прекращение исключительного права на фирменное наименование подчиняется другим правилам, например, при исключении юридического лица, прекратившего свою деятельность по решению регистрирующего органа на основании ст. 21.1 Федерального закона от 8 августа 2001 г. N 129-ФЗ "О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей" (СЗ РФ. 2001. N 33 (ч. I). Ст. 3431).

4. В абзаце первом п. 2 комментируемой статьи устанавливается, что фирменное наименование или отдельные его элементы могут быть использованы правообладателем в принадлежащем ему товарном знаке и знаке обслуживания.

Для усиления своих позиций на рынке хозяйствующие субъекты зачастую прибегают к регистрации товарных знаков, включающих элементы своих фирменных наименований. Такая практика существовала задолго до принятия комментируемой нормы.

Между тем вполне очевидно, что полное фирменное наименование, включающее указание на организационно-правовую форму юридического лица, не может служить основой для регистрации товарного знака. В подобных случаях, помимо нежелательного эффекта громоздкости, заявленное обозначение не обладало бы различительной способностью, требование которой закреплено в п. 1 ст. 1483 ГК РФ. В принципе, указанные элементы могут быть включены в товарный знак только как неохраняемые элементы, если они не занимают в нем доминирующего положения.

Следовательно, в качестве товарного знака предпочтительней использовать специальную (отличительную) часть фирменного наименования в целях выполнения функции индивидуализации производимых хозяйствующим субъектов товаров или оказываемых им услуг.

5. В абзаце втором п. 2 комментируемой статьи установлено, что фирменное наименование, включенное в товарный знак или знак обслуживания, охраняется независимо от охраны товарного знака или знака обслуживания.

Прежде всего следует отметить, что в товарный знак включается все же не полное фирменное наименование, а его специальная (отличительная) часть, способная более эффективно выполнять функции товарного знака.

В комментируемой норме речь идет об автономии охраны фирменного наименования от охраны товарного знака или знака обслуживания.

Указанная норма должна быть истолкована таким образом, что если, например, товарный знак, содержащий элементы фирменного наименования, не используется

правообладателем, то последствия неиспользования такого товарного знака, которые могут наступить в соответствии со ст. 1486 ГК РФ (возможность досрочного прекращения правовой охраны товарного знака), не влияют на действительность правовой охраны данного фирменного наименования.

§ 2. Право на товарный знак и право на знак обслуживания

1. Основные положения

Статья 1477. Товарный знак и знак обслуживания

Комментарий к статье 1477

1. Товарный знак представляет собой наиболее широко распространенное и самое важное средство индивидуализации товаров, работ и услуг. Он является в то же время средством индивидуализации участников гражданского оборота, в основном коммерческого.

Товарный знак - действенное оружие в конкурентной борьбе за рынки сбыта товаров.

Ежегодно в России появляется около 50 тысяч новых товарных знаков. Из них - около 40 тысяч национальных регистраций и около 10 тысяч - международных.

В арбитражных судах рассматриваются ежегодно свыше одной тысячи споров по товарным знакам.

2. Термин "знак" означает предмет, который выступает как представитель другого предмета. Поэтому "товарный знак" - это "знак товара".

3. Из пункта 1 комментируемой статьи следует, что товарный знак представляет собой определенное "обозначение, служащее для индивидуализации товаров", т.е. "обозначение товара".

В связи с этим может сложиться мнение, что выражение "товарный знак" употребляется как синоним слова "обозначение". На самом деле это не так: товарный знак - это "обозначение", которое получило правовую охрану, уже признано товарным знаком. Этот вывод вытекает из других статей ГК РФ: см. п. 1 ст. 1482, ст. 1483, п. 3 ст. 1484, п. 3 ст. 1492 и др.

4. Обозначение признается товарным знаком, если оно служит для индивидуализации товаров.

Индивидуализировать - значит выделять, отделять от подобных, сходных товаров. В этом заключается основная функция товарного знака.

5. Для выполнения этой функции (этой задачи) само обозначение должно обладать "различительной способностью", т.е. способностью индивидуализировать товар.

Различительная способность не является раз и навсегда данной, имманентно присущей тому или иному обозначению: с течением времени эта способность может быть утрачена либо, наоборот, приобретена. См., например, последний абзац п. 1 ст. 1483, п. 1 ст. 1508, подп. 6 п. 1 ст. 1514 ГК РФ.

6. Указывается, что товарный знак служит для индивидуализации товаров "юридических лиц или индивидуальных предпринимателей", т.е. тех товаров, которые либо принадлежат юридическим лицам и индивидуальным предпринимателям, либо находятся в их владении. Об указанных здесь субъектах права см. ст. 1478 ГК РФ и комментарий к ней.

7. Указывается, что на товарный знак признается исключительное право. Об этом см. ст. 1484 ГК РФ и комментарий к ней.

8. В пункте 1 комментируемой статьи устанавливается, что исключительное право на товарный знак удостоверяется свидетельством на товарный знак. Это верно только для национальных (российских) товарных знаков. Исключительное право на товарный знак,

действующее в России на основе международной регистрации, свидетельством не оформляется.

9. В пункте 2 речь идет о знаках обслуживания, т.е. о тех признанных обозначениях, которые служат не для индивидуализации товаров, а для индивидуализации выполняемых юридическими лицами и индивидуальными предпринимателями работ или оказываемых ими услуг.

Следует считать, что во всех случаях, если иное прямо не вытекает из нормы закона, термин "товарный знак" включает и "знак обслуживания".

10. Под "обозначением, признанным товарным знаком" и под "товарным знаком" имеются в виду нематериальные объекты.

Статья 1478. Обладатель исключительного права на товарный знак

Комментарий к статье 1478

1. Обладателем исключительного права на товарный знак, указывается в комментируемой статье, может быть только юридическое лицо или индивидуальный предприниматель. (Исключение составляет коллективный знак - ст. 1510 ГК РФ.)

Это положение последовательно отстаивается в ГК РФ.

В частности, лицом, подающим заявку на товарный знак, может быть только организация или индивидуальный предприниматель (п. 1 ст. 1492 ГК РФ). Прекращение юридического лица или прекращение предпринимательской деятельности индивидуального предпринимателя, являющихся владельцами права на товарный знак, влекут прекращение охраны товарного знака (подп. 6 п. 1 ст. 1514 ГК РФ). См. также комментарий к ст. 1514 ГК РФ.

Очевидно, что аналогичные последствия должны иметь место и на стадии рассмотрения заявки на товарный знак.

2. Вместе с тем указанная норма является дискриминационной по отношению к российским гражданам, не являющимся предпринимателями: у них может возникать потребность стать обладателями исключительного права на товарный знак в отношении товаров, которые время от времени могут изготовляться и продаваться ими. Что касается иностранных граждан, не являющихся предпринимателями, то они могут получать исключительные права на свои товарные знаки, зарегистрированные на основе международных договоров России.

3. Поскольку в соответствии с п. 2 ст. 124 ГК РФ к Российской Федерации, субъектам Российской Федерации и к муниципальным образованиям применяются нормы, определяющие участие юридических лиц в отношениях, регулируемых гражданским законодательством, нет препятствий к тому, чтобы указанные субъекты гражданского права являлись обладателями исключительного права на товарный знак.

4. Обладателем исключительного права на товарный знак может быть любое юридическое лицо - как коммерческое, так и не коммерческое, в том числе то юридическое лицо, которое не имеет права осуществлять предпринимательскую деятельность.

Объем дееспособности юридического лица и получение (или неполучение) им специального разрешения на право заниматься отдельными видами деятельности (лицензии) не влияет на возможность быть владельцем права на товарный знак в отношении любых товаров, работ и услуг.

Сохраняет свое значение следующее разъяснение:

"Действующее законодательство не ограничивает возможность регистрации товарных знаков и знаков обслуживания видом осуществляемой деятельности, выданной лицензией или специальной правосубъектностью" (п. 3 приложения к информационному

письму Президиума ВАС РФ от 29 июля 1997 г. N 19 "Обзор практики разрешения споров, связанных с защитой прав на товарный знак").

5. Индивидуальный предприниматель может обладать исключительным правом на товарный знак, относящийся к любым товарам, работам, услугам.

6. Исходя из общего смысла комментируемой статьи, следует считать, что в лицензионном договоре (ст. 1489 ГК РФ) лицензиатом может быть только юридическое лицо или индивидуальный предприниматель.

Статья 1479. Действие исключительного права на товарный знак на территории Российской Федерации

Комментарий к статье 1479

1. Комментируемая статья состоит из одной фразы, написанной "не по-русски", с элементарными нарушениями грамматики русского языка.

2. В статье фактически указывается на то, что на территории Российской Федерации исключительное право на товарный знак возникает и действует в двух следующих случаях:

- если товарный знак зарегистрирован федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности;

- если это предусмотрено международным договором Российской Федерации.

3. Нормы, содержащиеся в ст. 1480 - 1515 ГК РФ, посвящены первому названному случаю (национальная регистрация).

4. Второй случай возникновения и действия исключительного права на товарный знак на территории России - на основе "международного договора" России.

Фактически в настоящее время существует не один, а два таких международных договора:

- Мадридское соглашение о международной регистрации знаков от 14 апреля 1891 г.;

- Протокол к Мадридскому соглашению о международной регистрации знаков от 28 июня 1989 г.

В соответствии с этими международными договорами, участницей которых является Россия, лицо, подавшее заявку в зарубежное национальное ведомство страны происхождения знака, может ходатайствовать о международной регистрации этого знака. В этом случае данная заявка направляется в Международное бюро по интеллектуальной собственности (оно находится в структуре аппарата ВОИС - Всемирной организации интеллектуальной собственности) в г. Женева (Швейцария). Международное бюро производит международную регистрацию товарного знака в Международном реестре. Сведения о такой международной регистрации (которая может действовать и в России, если в заявке будет указана Россия) направляются в страны - участницы этих договоров. Такой товарный знак пользуется с момента его международной регистрации такой же охраной в России, как если бы он был зарегистрирован в России на основе национальной заявки и государственной регистрации, т.е. в соответствии с первым случаем.

Срок действия международной регистрации по вышеупомянутому Международному соглашению - 20 лет; по Протоколу - 10 лет; этот срок может неограниченное число раз продлеваться на такие же последующие периоды.

Ежегодно в России на основе указанных международных договоров получают охрану около 10 тысяч иностранных товарных знаков. В этих договорах участвуют около 60 стран, в том числе Великобритания, Германия, Италия, Испания, Казахстан, Польша, Европейский союз, США, Украина, Финляндия, Франция, Швеция, Швейцария, Япония.

Статья 1480. Государственная регистрация товарного знака

Комментарий к статье 1480

1. В комментируемой статье речь идет о государственной регистрации товарного знака в соответствии с первым случаем предоставления охраны, указанным в ст. 1479 ГК РФ (см. п. 2 комментария к ст. 1479).

2. В соответствии с комментируемой статьей государственная регистрация товарного знака осуществляется федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности. В настоящее время его функции фактически исполняет Федеральная служба по интеллектуальной собственности, патентам и товарным знакам (Роспатент).

Роспатент регистрирует товарный знак в Государственном реестре товарных знаков и знаков обслуживания Российской Федерации (далее кратко именуется "Государственный реестр товарных знаков").

3. Порядок ведения Государственного реестра товарных знаков определяется, в частности, в ст. 1503 и 1505 ГК РФ.

Статья 1481. Свидетельство на товарный знак

Комментарий к статье 1481

1. Пункт 1 комментируемой статьи устанавливает, что правоустанавливающим документом на товарный знак является свидетельство на товарный знак. Указывается, что свидетельство выдается на товарный знак, зарегистрированный в Государственном реестре товарных знаков.

2. Из этой нормы есть исключение: свидетельство на общеизвестный товарный знак выдается на товарный знак, внесенный в Перечень общеизвестных товарных знаков (п. 3 ст. 1509 ГК РФ).

3. О форме свидетельства см. п. 2 ст. 1504, п. 3 и 4 ст. 1505 ГК РФ.

Форма свидетельства на общеизвестный товарный знак имеет свои отличия - см. п. 3 ст. 1509 ГК РФ.

Форма свидетельства на коллективный товарный знак имеет свои отличия - см. п. 2 ст. 1511 ГК РФ.

4. См. пункт 5 ст. 1513 ГК РФ.

5. В пункте 2 комментируемой статьи указывается, что свидетельство на товарный знак удостоверяет приоритет товарного знака и исключительное право на товарный знак.

6. В пункте 2 устанавливается, что исключительное право на товарный знак действует в отношении товаров, указанных в свидетельстве.

Из этой нормы вытекает, что в свидетельстве обязательно должны быть указаны товары, для которых товарный знак зарегистрирован.

Однако сама норма о том, что исключительное право на товарный знак действует в отношении товаров, указанных в свидетельстве (и, следовательно, не действует в отношении других товаров), является неточной: см. п. 3 ст. 1484 ГК РФ.

О сфере действия правовой охраны общеизвестного товарного знака см. п. 3 ст. 1508 ГК РФ.

О сфере действия свидетельства при признании правовой охраны товарного знака частично недействительной см. ст. 1512 и 1513 ГК РФ.

Сфера действия свидетельства изменяется при прекращении правовой охраны товарного знака (ст. 1514 ГК РФ), если прекращение является лишь частичным.

Статья 1482. Виды товарных знаков

Комментарий к статье 1482

1. В соответствии с п. 1 комментируемой статьи в качестве товарных знаков могут быть зарегистрированы самые различные обозначения: перечень видов этих обозначений сформулирован как открытый, не исчерпывающий.

Требуется лишь одно: чтобы такое обозначение было способным индивидуализировать товар (п. 1 ст. 1477 ГК РФ).

Обозначение, регистрируемое в качестве товарного знака, указывается в заявке на товарный знак. Требования к документам заявки устанавливаются федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим нормативно-правовое регулирование в сфере интеллектуальной собственности (п. 7 ст. 1492 ГК РФ). Следует полагать, что эти требования не могут ограничивать виды обозначений, регистрируемых в качестве товарных знаков.

2. Виды обозначений, которые не могут быть зарегистрированы в качестве товарных знаков, указаны в ст. 1483 ГК РФ. Все иные виды и категории обозначений должны считаться (предполагаться) способными быть зарегистрированными как товарные знаки.

Комментируемая норма составлена так широко, что лицо, желающее зарегистрировать определенное обозначение в качестве товарного знака, не обязано доказывать, что данное обозначение может быть зарегистрировано как товарный знак. Обязанность доказать, что определенное обозначение не может быть зарегистрировано как товарный знак, возлагается на регистрирующий орган либо на лицо, возражающее против произведенной регистрации. Так, например, если регистрирующий орган заявляет, что заявленное обозначение не подлежит регистрации, так как оно непроизносимо (заявлено сочетание букв "БВГДЖ") или примитивно (заявлена буква "З" для ножей), то заявитель не должен доказывать, что данные обозначения все же являются словесными знаками, поскольку кроме словесных могут охраняться и иные обозначения. Иными словами, в данной ситуации регистрирующий орган обязан указать основание отказа - норму ГК РФ.

3. Смысл п. 2 комментируемой статьи состоит в том, что заявитель может требовать регистрации определенного обозначения в каком-либо цвете либо в цветовом сочетании.

В этом случае обозначение регистрируется в этом цвете или цветовом сочетании.

Под "цветовым сочетанием" имеются в виду цвета (расцветки) отдельных элементов обозначения либо, возможно, цветовые варианты.

Если цвет (цветовое обозначение) не указан, товарный знак считается зарегистрированным в черно-белом варианте.

4. Поскольку ГК РФ не устанавливает, что могут быть зарегистрированы в качестве товарных знаков лишь новые обозначения, следует учитывать, что словесные, изобразительные и иные обозначения могут быть зарегистрированы, по общему правилу, и в том случае, если они представляют собой уже известные слова, рисунки и т.п.

Статья 1483. Основания для отказа в государственной регистрации товарного знака

Комментарий к статье 1483

1. Комментируемая статья озаглавлена "Основания для отказа в государственной регистрации товарного знака".

Следовательно, эта статья относится к той стадии, когда заявка на товарный знак подана, но товарный знак еще не зарегистрирован. На самом деле нормы, содержащиеся в данной статье, применяются и в тех случаях, когда регистрация товарного знака уже осуществлена, но затем выясняется, что она была произведена с нарушением закона. О таких ситуациях говорится также в ст. 1512 ГК РФ. См. также п. 50 комментария к настоящей статье.

2. В пункте 1 комментируемой статьи перечислены четыре категории обозначений, которые не могут охраняться как товарные знаки.

Однако понять из абз. 1 п. 1, почему именно эти обозначения не могут получать правовую охрану, совершенно невозможно: то ли потому, что они не обладают различительной способностью, то ли потому, что они состоят только из указанных элементов. Таким образом, это одна из попавших в ГК РФ норм, которую логически освоить нельзя!

В связи с этим следует считать, что в выражении "не обладающих различительной способностью или состоящих только из элементов" союз "или" употреблен ошибочно; его следует заменить союзом "и".

3. Первая категория обозначений, которая не может охраняться в качестве товарных знаков в соответствии с п. 1 комментируемой статьи, - это "обозначения, которые вошли во всеобщее употребление для обозначения товаров, определенного вида". Под этим пышным выражением скрываются обычные названия товаров.

Так, например, если мы говорим: "обувь", "ботинки", "туфли", "туфли-лодочки" - то все эти термины ясно и недвусмысленно обозначают определенные товары. Напротив, такие названия для обуви, как "корочки" (устарелое), "шузы" (современное), не должны считаться вошедшими во всеобщее употребление и под этот запрет не подпадают.

Таким образом, обозначение "Цемент" не может быть зарегистрировано как товарный знак для цемента, бетонных изделий. Но нет препятствий к тому, чтобы это обозначение было зарегистрировано как товарный знак для иных товаров, например для хлебобулочных изделий.

В соответствии с этой нормой слово "Вояж" может быть названием и товарным знаком для журнала о туристической деятельности; но оно не может быть знаком обслуживания для туристической фирмы, даже если она называется "ООО "Вояж".

4. Некоторые обозначения, подпадающие под подп. 1 п. 1 комментируемой статьи, могли ранее, до того как они вошли во всеобщее употребление, ассоциироваться с определенными производителями ("Термос", "Ксерокс") и могли быть зарегистрированы как товарные знаки. Если после такой регистрации они стали входить во всеобщее употребление как обозначения товаров определенного вида, чему владелец товара не препятствовал, то они теперь подпадают под подп. 1 п. 1. Но если владелец товарного знака этому препятствовал или не мог препятствовать по объективным причинам, то комментируемая норма не должна применяться.

Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ в судебном споре, касающемся превращения товарного знака ("Phenazepamum" - для лекарственных препаратов) в обозначение товаров определенного вида, указал, что "для признания обозначения вошедшим во всеобщее употребление необходимо длительное использование спорного обозначения, что недостаточно установления общеупотребимости обозначения только среди производителей товара, что активные и адекватные нарушениям действия правообладателя по защите прав на товарный знак [он направлял претензии в адрес нарушителей, а одно судебное дело - выиграл] препятствуют прекращению правовой охраны товарного знака" (Постановление Президиума ВАС РФ от 6 июля 2004 г. N 2606/04).

5. Вторая категория обозначений, не обладающих различительной способностью и потому не охраняемых как товарные знаки, - это обозначения, "являющиеся общепринятыми символами и терминами".

Символ - это графическое изображение, обозначающее отрасль хозяйства, область деятельности, условное обозначение, применяемое в науке и технике, например "змея над чашей" - символ медицины.

Термин - это лексическая единица, относящаяся к науке и технике (например, термины "гражданская правоспособность", "эксцесс исполнителя", относящиеся к праву).

Данную норму следует понимать как запрет регистрации в качестве товарного знака такого символа или термина, но только для соответствующей области науки или техники. Иными словами, символ "Змея над чашей" не может быть зарегистрирован как товарный

знак для лекарств и как знак обслуживания для продажи лекарств. Но этот символ вполне может быть зарегистрирован, например, как знак обслуживания юридической конторы, занимающейся бракоразводными процессами.

6. В подпункте 3 п. 1 комментируемой статьи названа третья категория обозначений, которые не могут охраняться как товарные знаки по причине отсутствия у них различительной способности. Это обозначения, "характеризующие товары", т.е. содержащие определенные характеристики товара или определенные данные о товаре, предназначенные для покупателей (потребителей).

Примеры таких характеристик прямо установлены в данной норме. Прежде всего - это указание на вид товара, например слова "любительская" и "докторская" для колбасы (но само слово "колбаса" под эту норму не подпадает), а также указания на качество, количество, свойства товара, назначение, ценность, время, место и способ их производства и сбыта. Сюда же следует отнести указания о составе (ингредиентах) товара, об условиях хранения, способе потребления, сроке годности.

7. Четвертая категория обозначений, не охраняемых в связи с отсутствием у них различительных способностей (подп. 4 п. 1), - это обозначения, представляющие собой форму товара, если эта форма целиком и полностью либо в основном определяется свойствами либо назначением товара.

Из этой формулировки следует, что здесь речь идет о такой форме товара, которая - целиком или в основном - обусловлена либо самим товаром, либо его функцией.

Следует полагать, что данная норма распространяется не только на трехмерные обозначения, но и на обозначения, спроецированные на плоскость.

Таким образом, не может быть зарегистрирована ни форма ананаса или банана для услуг по продаже фруктов, ни форма гаечного ключа для индивидуализации инструментов.

Однако данная норма не содержит запрета регистрации подобных форм для других видов товаров и услуг.

8. Абзац 6 п. 1 комментируемой статьи устанавливает, что "указанные элементы могут быть включены в товарный знак как неохраняемые элементы, если они не занимают в нем доминирующего положения".

Следует считать, что данная норма относится ко всем четырем категориям обозначений, указанным выше, а выражение "указанные элементы" относится не только к частям указанных выше обозначений, но и к этим обозначениям целиком.

9. В абзаце 6 п. 1 употреблено использовано выражение "неохраняемые элементы" товарного знака.

Это понятие упоминается также в последнем абзаце п. 2 ст. 1483, в п. 7 ст. 1483, в п. 3 ст. 1488 и в п. 3 ст. 1489 ГК РФ.

В среде специалистов неохраняемые элементы именуются "дискламированными элементами" (от англ. слова Disclaim - отказ от притязаний); применяется и устойчивое словосочетание "формула дискламации" - форма указания заявителя о том, что он не претендует на охрану определенных элементов товарного знака.

"Неохраняемые элементы" появляются либо потому, что они вообще не обладают различительной способностью, либо потому, что права на них принадлежат другим лицам или затрагивают права других лиц.

Неохраняемые элементы составляют часть товарного знака; они используются в составе товарного знака, но при возникновении спора о нарушении исключительного права на товарный знак эти элементы исключаются из товарного знака, они не влияют на исход спора о наличии нарушения права на товарный знак.

Таким образом, заявитель (и владелец права на товарный знак) может использовать неохраняемый элемент обозначения либо без регистрации такого элемента, либо зарегистрировав его как неохраняемый элемент. В первом случае этот неохраняемый элемент не будет вообще входить в зарегистрированный знак, во втором - неохраняемый

элемент будет указан в заявке; он также будет фигурировать в самом зарегистрированном знаке.

То или иное решение этого вопроса никак не влияет на объем исключительного права на товарный знак.

Включение неохраняемого элемента в состав товарного знака, с одной стороны, увеличивает престиж владельца товарного знака (например, если этот элемент - герб России), но, с другой стороны, увеличивает материальные затраты заявителя (иногда необходимо согласование вопроса включения в товарный знак такого элемента с регистрирующим органом) и, кроме того, может ограничивать распоряжение таким товарным знаком (см. п. 3 ст. 1488, п. 3 ст. 1489 ГК РФ).

Сохраняют свою силу разъяснения Президиума ВАС РФ, касающиеся товарных знаков, включающих неохраняемые элементы:

"Несанкционированное использование охраняемого элемента товарного знака без элемента, не подлежащего правовой охране, является нарушением прав на товарный знак... Нарушением прав на товарный знак является как использование товарного знака в целом, так и только одного охраняемого элемента" (п. 6 приложения к информационному письму Президиума ВАС РФ от 29 июля 1997 г. N 19 "Обзор практики разрешения споров, связанных с защитой прав на товарный знак").

10. Неохраняемый элемент может быть включен в товарный знак только в том случае, если не занимает в товарном знаке доминирующего положения.

Поскольку ГК РФ не определяет понятие "доминирующее положение", следует давать его толкование исходя из общего смысла этого выражения: очевидно, что неохраняемый элемент - если речь идет о пространственном знаке - не должен находиться в центре "поля" или занимать свыше 50% его "поля".

Следует с осторожностью относиться к высказанному в литературе мнению (Корчагин А.Д., Орлова В.В., Горленко С.А. Комментарий к Закону РФ "О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров". М., 2003. С. 19) о том, что при определении того, занимает ли неохраняемый элемент в обозначении доминирующее положение, может приниматься во внимание "смысловое значение" этого элемента, поскольку это мнение ничем не обосновано, даже примерами.

11. Последний абз. п. 1 комментируемой статьи содержит норму, в соответствии с которой обозначения, указанные в подп. 1 - 4 п. 1, могут охраняться как товарные знаки, если они "приобрели различительную способность в результате их использования".

Обычно в таких случаях говорят, что обозначение приобрело "второе (или - вторичное) значение" (Secondary Meaning).

Приобретение обозначением различительной способности доказывает заявитель или владелец товарного знака. Такая различительная способность может появиться в результате использования товарного знака в отношении определенных товаров заявителем (владельцем) товарного знака или их правопредшественниками.

Различительная способность должна существовать на дату приоритета заявки.

В споре, касающемся товарного знака "Левомеколь" для лекарственного препарата (мазь), Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ указал, что превращение зарегистрированного товарного знака в наименование конкретного вида товара, превращение его в видовое обозначение в результате применения различными производителями до даты приоритета заявки должно "иметь место на дату подачи заявки (дата приоритета)... Заинтересованному лицу необходимо доказать факт вхождения спорного обозначения во всеобщее употребление... Общеупотребимость обозначения только в кругу производителей или специалистов является недостаточной... Выводы о распространенности обозначения в этой группе сделаны без учета длительности, объемов и условий использования спорного обозначения [другими производителями]" (Постановление Президиума ВАС РФ от 14 декабря 2004 г. N 11580/04).

12. В пункте 2 комментируемой статьи установлены ограничения охраны в качестве товарных знаков некоторых обозначений, тождественных или сходных до степени смешения с символикой государств, международных организаций, а также с некоторыми обозначениями, имеющими официальный (публичный) характер.

13. Пункт 2 устанавливает определенные ограничения, указывая при этом, что они применяются "в соответствии с международным договором Российской Федерации". Таким образом, данная норма российского права не трансформирует международную норму в норму российского права, а является простой отсылкой к международному договору России.

Но нормы международных договоров России применяются в России на основе ст. 7 ГК РФ, а не на основе п. 2 ст. 1483 ГК РФ.

14. В пункте 2 комментируемой статьи под "международным договором Российской Федерации" имеется в виду Парижская конвенция по охране промышленной собственности от 20 марта 1883 г. Россия участвует в этой Конвенции с 1 июля 1965 г. как правопреемница СССР.

Пункт 2 фактически повторяет положения ст. 6.ter этой Конвенции, но неполно, с некоторыми отступлениями и сокращениями.

Следует считать, что при наличии любых таких расхождений на территории России должны применяться положения ст. 6.ter Конвенции, а не положения п. 2 комментируемой статьи. В частности, положения п. 2 должны применяться только к государственным эмблемам стран - участниц Парижской конвенции, а не иных стран.

Кроме того, п. 2 в силу пункта (1) ст. 2 Парижской конвенции не применим к тем случаям, когда заявитель получает правовую охрану обозначения, относящегося к государственным эмблемам России, а также к российским официальным знакам и клеймам: Парижская конвенция на эти случаи не распространяется.

15. В подпункте 4 п. 2 комментируемой статьи используется выражение "обозначения, сходные до степени смешения" с другими объектами. Это понятие применяется и во многих других нормах параграфа два гл. 76 ГК РФ.

В параграфе 1 гл. 76 ГК РФ понятие "сходства до степени смешения" применяется к фирменному наименованию (ст. 1474 ГК РФ).

В параграфе 3 гл. 76 ГК РФ применительно к наименованию места происхождения товаров используется аналогичное понятие "сходного обозначения" (см., например, ст. 1519 ГК РФ).

В судебной практике отмечалось, что понятие "сходства до степени смешения" не применяется в сфере авторского права.

В связи с этим необходимо точно определить понятие "сходства до степени смешения".

16. "Сходство до степени смешения" двух объектов (обозначений, товарных знаков и т.п.; при этом один из объектов является обозначением, заявленным в качестве товарного знака или зарегистрированным как товарный знак) - это такое явление, когда, несмотря на отдельные различия, обозначения воспринимаются потребителями как одинаковые, тождественные.

Такое восприятие является результатом того, что любое обозначение порождает в сознании потребителей определенные образы, ассоциации. Если эти образы или ассоциации являются одинаковыми, то объекты сходны до степени смешения. Разумеется, учитываются обычные, средние образы и впечатления - все "полярные", крайние ассоциации отбрасываются и не подлежат учету.

Понятию "сходство до степени смешения" противопоставляется понятие "несходство". Поэтому, строго говоря, достаточно говорить просто о "сходстве" или "несходстве".

Для установления "сходства до степени смешения" применяются различные критерии. Выбор этих критериев зависит от характера обозначения - словесное, изобразительное или иное.

Словесные обозначения произносятся, озвучиваются. Значит, к ним может применяться критерий фонетического сходства.

Изобразительные обозначения воспринимаются зрением - они порождают зрительные впечатления.

Наконец, любые обозначения могут вызывать смысловые ассоциации, смысловое сходство.

Более подробно см. п. 14.4.2 Правил составления, подачи и рассмотрения заявки на регистрацию товарного знака и знака обслуживания, утвержденных Приказом Генерального директора Роспатента от 5 марта 2003 г. N 32.

Товарный знак "Коммерсантъ" (для печатной продукции) признан Президиумом ВАС РФ сходным до степени смешения с обозначением (названием газеты) "Коммерсант Тольятти" (Постановление Президиума ВАС РФ от 5 июля 2004 г. N 3578/05 // Вестник ВАС РФ. 2005. N 11. С. 67).

Президиум ВАС РФ признал товарные знаки "NIVEA" и "LIVIA" (для косметических товаров) сходными до степени смешения, учитывая, что в сравниваемых знаках "охраняемые словесные элементы выполнены заглавными буквами латинского алфавита, имеют одинаковое количество слогов, имеют одинаковое количество гласных и согласных, идентичную структуру и род":

"В ходе сопоставления товарных знаков с точки зрения их графического и визуального сходства [нижестоящие арбитражные] суды не учли основное правило, согласно которому вывод делается на основе восприятия не отдельных элементов, а товарных знаков в целом (общего впечатления). Также не учтено, что для признания сходства товарных знаков достаточно уже самой опасности, а не реального смешения товарных знаков в глазах потребителя" (Постановление Президиума ВАС РФ от 18 июля 2006 г. N 3691/06).

Президиум ВАС РФ признал товарные знаки "НЕВСКОЕ" и "AMRO НЕВСКОЕ" сходными до степени смешения, поскольку обозначение "НЕВСКОЕ" полностью включено во второй товарный знак и занимает в нем доминирующее положение; это слово "в обоих товарных знаках выполнено тождественно - стандартным шрифтом, заглавными буквами русского алфавита", поскольку слово "AMRO" "не является сильным элементом второго товарного знака" и "не ассоциируется у потребителей со словом, имеющим какую-либо смысловую нагрузку" (Постановление Президиума ВАС РФ от 18 июля 2006 г. N 2979/06 // Вестник ВАС РФ. 2006. N 11. С. 82).

17. Последний абзац п. 2 комментируемой статьи устанавливает, что государственные, международные и публичные обозначения, которые указаны выше и не могут получать охрану как товарные знаки, все же могут быть включены в товарные знаки в качестве неохраняемых элементов, если на это имеется согласие соответствующего компетентного органа.

Слова "такие элементы" относятся ко всем обозначениям, указанным в подп. 1 - 4 п. 2 комментируемой статьи.

О неохраняемых элементах см. п. 9 комментария к настоящей статье.

Поскольку в данном случае не указано, что неохраняемый элемент не должен занимать в товарном знаке доминирующего положения, эта оговорка к комментируемой норме не должна применяться. Однако, по логике, товарный знак не может состоять только из этого неохраняемого элемента.

18. В пункте 3 настоящей статьи установлены две категории обозначений, которые не могут получать охрану в качестве товарных знаков. Это обозначения:

1) являющиеся ложными или способными ввести в заблуждение потребителя относительно товара или его производителя и

2) противоречащие общественным интересам принципам гуманности и морали.

Первая из указанных двух категорий обозначений чаще всего применяется на практике в качестве основания для отказа в регистрации или для оспаривания уже состоявшейся регистрации. Поэтому данная норма требует тщательного правового анализа.

19. По сути дела, данная категория "запретных" обозначений подразделяется на два вида: 1) ложные обозначения и 2) обозначения, способные ввести в заблуждение потребителя.

Эти виды обозначений существенно различаются.

"Ложные обозначения" содержат в себе "ложь" - прямое противоречие с действительностью. Лицо, которое заявляет, что определенное обозначение - ложное, должно доказать, что оно содержит неправду либо, по крайней мере, что оно не соответствует действительности.

20. Что касается утверждения о том, что определенное обозначение "способно ввести в заблуждение", то здесь утверждающий переходит в область предположений.

Само введение потребителя в заблуждение относительно товара или его производителя происходит при использовании товарного знака. Любые попытки до этого момента определить возможность введения потребителя в заблуждение - умозрительны, а потому не являются точными.

Следует учитывать и то, что если изготовитель и продавец, как это предусмотрено действующим законодательством, в частности Законом "О защите прав потребителей", будут проставлять на товаре, его упаковке или включать в сопутствующей товар документацию указания о месте производства товара и о его изготовителе, то потребитель не будет введен в заблуждение относительно места происхождения товара и изготовителя товара даже при наличии различных ассоциаций, вызываемых товарным знаком.

Кроме того, лицо, проводящее экспертизу товарных знаков (в регистрирующем органе), обладает особыми знаниями по товарным знакам, особо придирчиво оценивает заявленные обозначения, само это лицо не является участником рынка соответствующих товаров, не является потребителем, а потому это лицо вряд ли может выражать мнение потребителей по вопросу о возможном введении потребителей в заблуждение.

Поэтому следует считать, что доказывать возможность введения потребителя в заблуждение должен регистрирующий орган или лицо, оспаривающее регистрацию товарного знака. Иными словами, должна действовать презумпция того, что заявленное обозначение не вводит потребителя в заблуждение.

Этого же мнения придерживаются и комментаторы:

"Само понятие "введение в заблуждение" предполагает субъективность восприятия обозначения... Суждение... возможно лишь на основе предшествующего опыта... "Способность введения в заблуждение" может быть подтверждена (или отвергнута) только самим рынком, т.е. при реализации товара, обозначенного товарным знаком" (см.: Корчагин А.Д., Орлова В.В., Горленко С.А. Комментарий к Закону РФ "О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров". М., 2003. С. 23).

Несмотря на первоначальный отказ регистрирующего органа зарегистрировать товарный знак "Итон" для товаров "чай" и "кофе", поскольку он якобы может ввести потребителя в заблуждение относительно места изготовления товаров, а именно - он якобы указывает на то, что товар произведен в одноименном поселении под Лондоном (Великобритания), палата по патентным спорам признала возможным предоставить охрану этому обозначению, но только после того, как заявитель представил данные о том, что в этом местечке ни чай, ни кофе не изготавливаются, а свыше 90% респондентов опроса общественного мнения ответили, что они не знают этого географического наименования - "Итон".

21. В подпункте 2 п. 3 анализируемой статьи устанавливается, что не должны охраняться как товарные знаки обозначения, противоречащие общественным интересам, принципам гуманности и морали.

К этой категории относятся слова и изображения непристойного содержания, призывы антигуманного характера, обозначения, оскорбляющие человеческое достоинство.

При применении анализируемой нормы к обозначениям, оскорбляющим религиозные чувства, следует учитывать светский характер нашего государства: охрана интересов верующих не должна нарушать права и свободы атеистов (неверующих).

Президиум ВАС РФ указал, что обозначения "Компромат.ru", зарегистрированное как товарный знак, подлежит аннулированию, так как оно содержит элемент, противоречащий принципам гуманности и морали, - оно "указывает на информацию, порочащую деятельность и репутацию иных лиц" (Постановление Президиума ВАС РФ от 11 апреля 2006 г. N 15736/05).

(Вопрос о правомерности данного Постановления - в связи с тем, что Президиум ВАС РФ сослался на норму Закона, которая не была предметом рассмотрения ни в заявлении об аннулировании товарного знака, ни в материалах нижестоящих арбитражных судах, - здесь не рассматривается.)

К этой категории "запрещенных" обозначений нельзя относить слова, написание которых нарушает правила орфографии русского языка. Такие товарные знаки ("Коммерсантъ", "Россія", "Полуклиника") не противоречат общественным интересам, принципам морали. Это - словесно-изобразительные товарные знаки.

22. Пункт 4 комментируемой статьи относится к следующим категориям обозначений:

- официальные наименования и изображения особо ценных объектов культурного наследия народов России либо объектов всемирного культурного и природного наследия;

- изображения культурных ценностей, хранящихся в коллекциях, собраниях и фондах;

- обозначения, сходные с ними до степени смешения (о "сходстве до степени смешения" см. п. 16 комментария к данной статье).

Устанавливается, что такие обозначения могут охраняться в России в качестве товарных знаков только в тех случаях, если охрана предоставляется:

- лицу, которое является собственником такого объекта;

- другому лицу с согласия собственника или с согласия лица, которого собственник уполномочил выдавать такие согласия.

Так, например, изображения фронтона Большого театра может охраняться как товарный знак с согласия Правительства РФ или - если они на то будут уполномочены - Министерства культуры России или юридического лица "Большой театр".

В остальных случаях правовая охрана таких товарных знаков не допускается.

23. Норма, содержащаяся в п. 4, косвенным образом закрепляет за собственниками перечисленных материальных объектов некое право на официальное наименование и на изображения определенных предметов.

Это право сродни тем правам, которым посвящена часть четвертая ГК РФ; по своей природе оно напоминает авторское право. Это право является исключительным.

Оно основывается на ст. 53 Основ законодательства РФ о культуре от 9 октября 1992 г. N 3612-1, где оно сформулировано как закрепленное за организациями культуры исключительное право использовать собственную символику, а также право на использование изображений объектов культуры и культурного достояния.

Федеральный закон от 24 апреля 1996 г. N 54-ФЗ "О музейном фонде Российской Федерации и музеях в Российской Федерации" (СЗ РФ. 1996. N 22. Ст. 2591) предусматривает, что производство товаров народного потребления с использованием изображений музейных предметов и музейных коллекций, зданий музеев, объектов,

расположенных на территориях музеев, а также с использованием их названий и символики осуществляется с разрешения дирекций музеев (ст. 36). По этим вопросам имеется и большое число подзаконных актов (см.: Гаврилов Э.П. Исключительное право организаций культуры в России // Патенты и лицензии. 2001. N 5).

Об объектах культурного наследия см. Федеральный закон от 25 июня 2002 г. N 73-ФЗ "Об объектах культурного наследия (памятниках истории и культуры) народов Российской Федерации" (СЗ РФ. 2002. N 26. Ст. 2519).

24. В пункте 5 комментируемой статьи содержится норма, включенная в ст. 23 Соглашения по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности, известного как Соглашение ТРИПС (Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights). Это Соглашение является составной частью Соглашения о Всемирной торговой организации (Соглашения о ВТО).

Поскольку Россия не является членом ВТО, в России не действует и Соглашение ТРИПС. Не применяются в связи с этим и нормы, предусмотренные п. 5 комментируемой статьи.

25. Пункт 5 не регулирует вопросы охраны в качестве товарных знаков обозначений вин и спиртных напитков, происходящих с территории Российской Федерации, а также с территории стран, не являющихся членами ВТО.

26. Даже в том случае, если норма п. 5 будет применяться, она будет являться лишь повторением международной нормы, а не имплементацией международной нормы в структуру российского законодательства. Нет сомнения в том, что слова "в соответствии с международным договором Российской Федерации" включены в эту норму ошибочно.

27. Пункты 6, 7, 8 и 9 комментируемой статьи относятся к тем случаям, когда правовая охрана определенному обозначению не может быть предоставлена в связи с тем, что это обозначение "сталкивается" с другим товарным знаком или с другим правом. Здесь речь идет не об "абсолютном" запрете правовой охраны, а об "относительных" запретах: правовая охрана не может существовать (или не может быть предоставлена) из-за наличия другого права.

28. В пункте 6 данной статьи речь идет о столкновении права на товарный знак с принадлежащим другому лицу правом на другой товарный знак либо на обозначение, заявленное на регистрацию как товарный знак.

Вопрос о возможности столкновения двух прав, принадлежащих одному и тому же лицу, в данной норме не рассматривается.

Об "однородных товарах" см. п. 11 комментария к ст. 1484 ГК РФ.

О "сходстве до степени смешения" см. п. 16 комментария к данной статье.

29. В подпункте 1 п. 6 устанавливается, что заявленное обозначение не может быть зарегистрировано как товарный знак, если тождественное или сходное до степени смешения обозначение является на дату приоритета заявки объектом заявки другого лица, причем эта последняя заявка имеет более ранний приоритет и не была отозвана или признана отозванной.

Данное "столкновение" имеет место в тех случаях, если обе заявки относятся к аналогичным или однородным товарам.

В соответствии с подп. 1 п. 6 при таком "столкновении" заявок регистрация товарного знака по заявке, имеющей более поздний приоритет, не должна производиться. Следовательно, в этих случаях регистрирующий орган выносит решение об отклонении заявки с более поздним приоритетом.

30. Следует, однако, учитывать, что такое решение является условным. Действительно, оно является верным и обоснованным лишь в том случае, если по заявке с более ранним приоритетом, т.е. по той заявке, которая явилась основанием для отклонения заявки с более поздним приоритетом, будет зарегистрирован товарный знак.

Если же по любым причинам такой товарный знак не будет зарегистрирован, т.е. если заявка будет отозвана или признана отозванной, то это будет означать, что эта заявка

(с более ранним приоритетом) аннулирована, причем ab ovo, с момента ее подачи. Следовательно, ранее вынесенное решение об отклонении заявки с более поздним приоритетом лишается своего основания и должно быть пересмотрено регистрирующим органом, причем ex officio, по собственной инициативе.

31. В соответствии с нормой, содержащейся в подп. 2 п. 6 комментируемой статьи, не может получить правовую охрану товарный знак, тождественный или сходный до степени смешения с товарным знаком, охраняемым в Российской Федерации, если этот другой товарный знак принадлежит другому лицу, зарегистрирован в отношении аналогичных или однородных товаров и имеет более ранний приоритет.

Здесь речь идет о тех случаях, когда заявке на регистрацию товарного знака или уже охраняемому товарному знаку противопоставляется охраняемый товарный знак, принадлежащий другому лицу.

Под охраняемым товарным знаком имеются в виду товарные знаки, охраняемые в России на основе национальной регистрации или международных договоров России.

32. В соответствии с подп. 3 п. 6 не может получить правовую охрану товарный знак, тождественный или сходный до степени смешения с охраняемым в России для аналогичных или однородных товаров общеизвестным товарным знаком, принадлежащим другому лицу.

В данной норме не упоминается о датах приоритета общеизвестного товарного знака и иного товарного знака. По этому вопросу см. п. 1 ст. 1508 и подп. 4 п. 2 ст. 1512 ГК РФ.

33. В соответствии с последним абзацем п. 6 "регистрация в качестве товарного знака в отношении однородных товаров обозначения, сходного до степени смешения с каким-либо из товарных знаков, указанных в настоящем пункте, допускается только с согласия правообладателя".

Сначала уясним общий смысл этой нормы.

Право другого лица не противопоставляется, не служит препятствием для правовой охраны товарного знака, если владелец этого права дает согласие на правовую охрану товарного знака.

В подпунктах 1 - 3 п. 6 говорится о том, чье право противопоставляется. Это право:

- другого заявителя (подп. 1 п. 6);
- владельца другого товарного знака (подп. 2 п. 6);
- владельца общеизвестного знака (подп. 3 п. 6).

Поскольку рассматриваемая норма применима ко всем этим трем случаям, значит, речь в ней идет о получении согласия не только от владельца противопоставляемой заявки.

Наличие согласия этого лица "уничтожает" противопоставление, ликвидирует препятствие для правовой охраны.

34. Комментаторы высказывали следующие мнения в отношении "согласия правообладателей", которое упоминалось и в ранее действовавшем Законе РФ "О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров".

Во-первых, указывалось, что ведомство (регистрирующий орган) вправе при вынесении решения о регистрации товарного знака принять во внимание такое согласие, но оно не обязано этого делать.

Во-вторых, что согласие может учитываться только в том случае, когда заявленное обозначение и противопоставляемый товарный знак являются сходными до степени смешения, но не являются тождественными. (См.: Корчагин А.Д., Орлова В.В., Горленко С.А. Комментарий к Закону Российской Федерации "О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров". М., 2003. С. 27.)

С первым высказанным мнением согласиться нельзя, на нормах закона оно не основано. Выражение "не допускается" применяется в п. 1, 2, 3, 4 и 5 ст. 1483 ГК РФ в смысле безусловного запрета. Поэтому выражение "допускается", примененное в п. 6 ст. 1483 ГК РФ, следует понимать как безусловное разрешение. Кроме того, если признать

наличие дискреционного права у регистрирующего органа относительно учета или неучета согласия правообладателя, то сразу же возникает вопрос о том, какими критериями должен руководствоваться при этом регистрирующий орган. А поскольку такие критерии в ГК РФ не указаны, следует считать ошибочным само высказанное мнение.

Относительно второго высказанного мнения следует отметить, что проблема отличия тождественных обозначений от обозначений, сходных до степени смешения, является очень сложной и неразработанной; для ее решения потребуется учитывать несущественные элементы товарных знаков. При решении этой проблемы мнение потребителей (покупателей) не может приниматься в расчет.

35. Употребленное в последнем абзаце п. 6 выражение "однородные товары", как и в подп. 1, 2 и 3 п. 6, означает "тождественные и однородные товары".

Об "однородных товарах" см. п. 11 комментария к ст. 1484 ГК РФ.

36. В пункте 7 комментируемой статьи устанавливается общий запрет на регистрацию в качестве товарных знаков, охраняемых в России, наименований мест происхождения товаров (далее - НМПТ), а также сходных с ними до степени смешения обозначений.

О НМПТ см. § 3 гл. 76 ГК РФ.

Этот запрет относится ко всем товарным знакам, независимо от того, для каких товаров они предназначены.

Для лиц, которые не являются владельцами прав на соответствующие НМПТ, запрет регистрации НМПТ в качестве товарного знака, в том числе и в виде элемента товарного знака, является абсолютным.

Что касается лиц, имеющих право на НМПТ, то они могут включить НМПТ в свой товарный знак, но только в качестве неохраняемого элемента и только в отношении тех же товаров, для индивидуализации которых зарегистрировано НМПТ.

Данная норма не решает вопроса о судьбе товарного знака, содержащего НМПТ, если право на НМПТ возникает после даты приоритета или регистрации товарного знака.

37. Пункт 8 комментируемой статьи касается соотношения права на товарный знак с правом на фирменное наименование, с правом на коммерческое обозначение и с наименованием селекционного достижения.

О фирменном наименовании см. параграф 1, а о коммерческом обозначении - параграф 4 гл. 76 ГК РФ. О наименовании селекционного достижения см. ст. 1419 ГК РФ.

В случае "столкновения" права на товарный знак с одной стороны с правом на фирменное наименование, коммерческое обозначение или наименование селекционного достижения с другой стороны "право на существование" имеет тот объект, который имеет более ранний приоритет.

"Столкновение" имеет место только между тождественными обозначениями и обозначениями, сходными между собой до степени смешения.

"Столкновение" имеет место только в тех случаях, когда владельцами прав являются разные лица.

"Столкновение" имеет место только в том случае, если обозначения, принадлежащие разным владельцам, применяются (или подлежат применению: текст ГК РФ в этом отношении неясен и допускает возможность разного толкования) "в отношении однородных товаров". Это последнее выражение означает "в отношении тождественных или однородных товаров".

"Столкновение" может касаться не только фирменного наименования или коммерческого обозначения в целом, но и отдельных элементов такого наименования или коммерческого обозначения.

Президиум ВАС РФ при рассмотрении спора, касающегося обозначения "Нью-Йорк Пицца", указал, что если спор касается столкновения зарегистрированного фирменного наименования и используемого обозначения, то для признания такого использования

незаконным следует определить не только степень их сходства, но и сравнить сферы фактической деятельности сторон (деловой и территориальной) (Постановление Президиума ВАС РФ от 5 марта 2002 г. N 4193/01).

О понятии "однородные товары" см. п. 11 комментария к ст. 1484 ГК РФ.

38. В подпункте 1 п. 9 комментируемой статьи содержатся нормы, касающиеся возможности использования в качестве товарного знака или в качестве какой-либо части товарного знака произведения, охраняемого авторским правом.

О произведениях, охраняемых авторским правом, см. гл. 70 ГК РФ.

39. В качестве общего правила устанавливается, что произведение, охраняемое авторским правом, может быть использовано в качестве товарного знака (или в составе товарного знака) только с согласия обладателя авторского права. Следовательно, применению подлежит и противоположная общая норма: без согласия обладателя авторского права охраняемое произведение не может быть использовано в товарном знаке.

40. В подпункте 1 п. 9 названы наиболее часто встречающиеся авторские произведения, которые используются в товарных знаках: названия произведений, персонажи и цитаты из произведений, произведения искусства и их фрагменты. Этот перечень - примерный, не исчерпывающий: любые иные авторские произведения также могут включаться в товарные знаки только с согласия обладателя авторского права.

41. Следует учитывать, что названия произведений и другие указанные здесь объекты далеко не всегда охраняются авторским правом. См. ст. 1259 ГК РФ и комментарий к ней.

42. Авторское право охраняет и неопубликованные произведения, а также те произведения, которые были неизвестны на территории России на дату подачи заявки на товарный знак. Авторское право не знает понятия первенства (приоритета) и новизны объекта. Поэтому соответствующие положения, содержащиеся в подп. 1 п. 9 комментируемой статьи, являются неточными, даже юридически неграмотными; они не должны толковаться ограничительно.

43. Авторское право защищает произведения от копирования, в том числе в переработанном виде. В связи с этим подп. 1 п. 9 следует понимать как запрет охраны в качестве товарных знаков обозначений, скопированных с авторских произведений, в том числе и в переработанном виде.

44. В подпункте 2 п. 9 регулируются вопросы столкновения права на товарный знак с некоторыми личными правами граждан.

Речь идет о следующих правах:

1) праве на имя (ст. 19 ГК РФ);

2) праве на псевдоним (п. 1 ст. 1265 ГК РФ);

3) праве на обозначение, производное от имени или псевдонима (очевидно, это клички, прозвища);

4) право на портрет (очевидно, речь идет о праве гражданина на собственное изображение - ст. 152.1 ГК РФ);

5) право на факсимиле (очевидно, имеется в виду авторское право на подпись или особый знак).

При этом имеются в виду столкновения с правами не любого гражданина, а лишь лица, известного в Российской Федерации на дату подачи заявки на товарный знак.

45. При определении известности лица на территории России могут применяться следующие критерии:

лицо должно считаться известным, если регистрация в качестве товарного знака его личных атрибутов (портрета, имени и т.п.) окажет на репутацию этого лица какое-либо влияние или если репутация этого лица окажет влияние на использование товарного знака.

46. Общее правило, содержащееся в подп. 2 п. 9 комментируемой статьи, состоит в том, что товарный знак, содержащий указанные атрибуты такого известного лица, может охраняться только с согласия этого лица "или его наследника". Следует полагать, что под "наследником" здесь имеются в виду только непосредственные родственники: наследники наследников в это понятие не входят. Даже при таком узком толковании употребленного здесь термина "наследник" имеется противоречие между данной нормой и нормой, содержащейся в ст. 152.1 ГК РФ.

47. В подпункте 3 п. 9 комментируемой статьи рассматриваются столкновения между правом на товарный знак (или правом на регистрацию товарного знака), с одной стороны, и правом на промышленный образец (очевидно, имеется в виду право на запатентованный промышленный образец - ст. 1358 ГК РФ), правом на знак соответствия и правом на доменное имя, с другой стороны.

О знаках соответствия (это обозначения, служащие для информирования потребителей о соответствии объекта сертификации требованиям системы добровольной сертификации или национальному стандарту) см. Федеральный закон от 27 декабря 2002 г. N 184-ФЗ "О техническом регулировании".

Доменные имена - наименования пользователей сети Интернет.

"Столкновение" этих объектов имеет место только в том случае, если обозначения являются "тождественными".

Следует, однако, полагать, что "столкновения" могут возникать и в отношении обозначений, сходных до степени смешения.

"Столкновения" возникают лишь в тех случаях, когда владельцы прав - разные.

48. Сама норма, содержащаяся в подп. 3 п. 9, является довольно простой: если право на товарный знак имеет более ранний приоритет по сравнению с приоритетом противопоставляемого права, то оно сохраняется, имеет "право на существование". В противном случае товарный знак не может быть зарегистрирован, а если регистрация уже состоялась, то она должна быть отменена, аннулирована.

49. "Столкновения", урегулированные в подп. 3 п. 9, возникают независимо от того, для каких товаров регистрируется (или уже зарегистрирован) товарный знак.

Такой подход нельзя признать оправданным, тем более что в пунктах 6 и 8 ст. 1483 ГК РФ применен принципиально иной подход.

Следует полагать, что практика будет пытаться исправить эту ошибку законодателя.

50. В пункте 10 комментируемой статьи речь идет об обозначениях, которые считаются в России зарегистрированными товарными знаками в соответствии с международными договорами России: о Мадридском соглашении о международной регистрации знаков и о Протоколе к Мадридскому соглашению.

В соответствии с этими международными договорами на территорию России поступают уже готовые регистрации товарных знаков.

Мы сталкиваемся с обозначениями, уже "признанными" товарными знаками - в комментируемой норме они неточно названы "признаваемыми". На стадии рассмотрения заявки на такой товарный знак российский регистрирующий орган не мог вынести решение об отклонении заявки - "поезд ушел", знак уже зарегистрирован. Поэтому, согласно п. 10 комментируемой статьи, если такой товарный знак не отвечает какому-либо требованию, указанному в п. 1 - 9 ст. 1483 ГК РФ, он может быть оспорен и признан недействительным в соответствии со ст. 1512 и 1513 ГК РФ.

2. Использование товарного знака и распоряжение исключительным правом на товарный знак

Статья 1484. Исключительное право на товарный знак

Комментарий к статье 1484

1. В пункте 1 комментируемой статьи раскрывается понятие "исключительного права на товарный знак". Оно состоит из двух частей: 1) исключительного права использования товарного знака и 2) права распоряжения исключительным правом.

2. Исключительное право на товарный знак принадлежит лицу, на имя которого зарегистрирован товарный знак. Имеется в виду как национальная регистрация в Государственном реестре товарных знаков или в Перечне общеизвестных товарных знаков, так и действующая в России международная регистрация. Владельцы исключительных прав время от времени могут заменяться новыми лицами.

3. Содержание и объем исключительного права использования товарного знака определяется в соответствии со ст. 1229 ГК РФ (см. также комментарий к этой статье).

Ограничение этого исключительного права предусмотрено в абзаце 1 п. 2 комментируемой статьи (см. п. 5 комментария к данной статье).

Содержание права распоряжения исключительным правом раскрывается в ст. 1488 и 1489 ГК РФ.

4. В пункте 2 комментируемой статьи содержится важное ограничение исключительного права использования товарного знака, а также приводится перечень характерных случаев использования товарного знака.

5. В абзаце 1 п. 2 установлено самое существенное ограничение исключительного права на товарный знак. Оно состоит в том, что использование товарного знака осуществляется только для индивидуализации товаров, работ или услуг, в отношении которых товарный знак зарегистрирован. Это рамки действия исключительного права. В этих рамках и только в этих рамках правообладатель осуществляет и свое право распоряжения.

Любые действия по использованию товарного знака не для индивидуализации товаров, работ или услуг, для которых товарный знак зарегистрирован, а, например, для индивидуализации иных товаров, работ и услуг, выходят за рамки действия исключительного права и могут осуществляться без согласия владельца товарного знака и без выплаты ему вознаграждения.

Это положение относится к любым действиям третьих лиц и, в частности, к тем действиям, которые указаны в подп. 1 - 4 п. 2 комментируемой статьи.

О распространении этого права на "однородные" товары см. п. 3 ст. 1484 ГК РФ.

6. Подпункт 1 п. 2 устанавливает, что в сферу исключительного права на товарный знак входят такие действия, как производство, предложение к продаже, продажа, демонстрация на выставках и ярмарках, ввоз (импорт) на территорию России и иное введение в гражданский оборот на территории России товаров, в отношении которых товарный знак зарегистрирован, если на самих этих товарах, их этикетках или упаковке проставлен товарный знак. В сферу исключительного права входят также хранение и транспортировка таких товаров, если хранение и транспортировка имеют в качестве своей последующей цели введение товаров в гражданский оборот.

7. В соответствии с подп. 2 п. 2 в сферу исключительного права на товарный знак включаются действия по использованию товарного знака при выполнении работ и оказании услуг. Следует считать, что в данном случае речь идет о знаке обслуживания.

8. Подпункт 3 п. 2 включает в сферу исключительного права на товарный знак действия по использованию товарного знака на документации, связанной с введением товаров в гражданский оборот. Следует полагать, что данное положение распространяется и на документацию, касающуюся соответствующих работ и услуг, - если речь идет о знаках обслуживания.

9. Подпункт 4 п. 2 устанавливает, что исключительное право на товарный знак распространяется на действия с использованием товарного знака в предложениях о продаже товаров, о выполнении работ и оказании услуг, а также в объявлениях, на вывесках и в рекламе.

См. п. 5 комментария к данной статье.

10. В соответствии с подп. 5 п. 2 использование товарного знака в сети Интернет (для индивидуализации товаров, работ и услуг, в отношении которых товарный знак зарегистрирован), в том числе в доменном имени и при других способах адресации, считается входящим в сферу исключительного права на товарный знак.

11. Пункт 3 комментируемой статьи касается случаев использования обозначений, не идентичных товарному знаку, а сходных с ним до степени смешения, в отношении товаров, для индивидуализации которых товарный знак зарегистрирован, а также в отношении однородных товаров.

Такое использование может производиться только с разрешения правообладателя. Следовательно, такие действия также входят в сферу исключительного права на товарный знак.

Об обозначениях, сходных до степени смешения, см. п. 16 комментария к ст. 1483 ГК РФ.

12. Понятие "однородных товаров" упоминается во многих нормах ГК РФ: п. 6 и 8 ст. 1483, п. 1 и 3 ст. 1508 и др.

Общий принцип, установленный ГК РФ, можно выразить следующей формулой:

"Исключительное право на товарный знак действует не только при применении товарного знака к тем товарам, которые указаны при регистрации, но и при применении товарного знака к однородным товарам".

Таким образом, "однородные товары" - это товары, которые при регистрации не указаны, не названы; тем не менее исключительное право на использование распространяется и на применение товарного знака к этим товарам.

В принципе, допустимы два обоснования этого явления: исключительное право на товарный знак распространяет свое действие на применение товарного знака к однородным товарам либо потому, что это вызвано самим правом на товарный знак, либо потому, что это вызвано природой этих (однородных) товаров.

Первое обоснование: право на товарный знак действует, оно создает "внешнюю ауру", оно "захватывает" и однородные товары.

Второе обоснование: кроме товаров, прямо названных при регистрации, существуют очень близкие к ним товары, товары сходные, однопорядковые, однородные, на которые и распространяет свое действие возникающее исключительное право.

Подзаконные нормативные правовые акты и судебная практика исходят из эклектического сочетания первого и второго обоснований.

В соответствии с Правилами составления, подачи и рассмотрения заявки на регистрацию товарного знака и знака обслуживания, утвержденными Приказом Роспатента N 32 от 5 марта 2003 г.:

"При установлении однородности товаров определяется принципиальная возможность возникновения у потребителя представления о принадлежности этих товаров одному производителю.

Для установления однородности товаров принимается во внимание род (вид) товаров, их назначение, вид материала, из которого они изготовлены, условия сбыта товаров, круг потребителей и другие признаки" - п. 14.4.3 указанных Правил.

В основу этой нормы, как видно, положено первое обоснование: если у потребителя появляется представление о том, что товары исходят от одного и того же производителя, то они считаются однородными.

Но это представление может появиться у потребителя только в результате использования товарного знака, т.е. при использовании исключительного права.

Значит, данные Правила базируются на первом обосновании.

С другой стороны, во втором абзаце рассматриваемой нормы предлагается учитывать характеристики самого товара, т.е. Правила исходят и из второго обоснования.

Первое обоснование - учет самого возникшего права на товарный знак - с неизбежностью приводит к выводу о том, что широко используемый товарный знак создает большую "внешнюю ауру" - "захватывает" больший круг "однородных" товаров.

Наиболее ярким примером проявления этого принципа является дело, касающееся товарного знака "НЕВСКОЕ", зарегистрированного для пива и получившего широкое распространение и популярность.

Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ, рассматривая вопрос об однородности товаров в споре между товарными знаками "НЕВСКОЕ" (для пива) и "AMRO НЕВСКОЕ" (для ряда пищевых продуктов: арахис обработанный, креветки, орехи обработанные, чипсы, рыба соленая и т.п.), признал эти товары однородными, так как "традиционность применения в качестве пивных закусок этих пищевых продуктов, условия их сбыта (совместная продажа пива и пивных закусок), общий для них круг потребителей свидетельствуют об однородности сравниваемых товаров и услуг".

"Кроме того, сложившееся в обществе представление о взаимодополняемости таких товаров, как пиво и пивные закуски, при их употреблении свидетельствует об их общем (целостном) восприятии значительным кругом потребителей" (Постановление Президиума ВАС РФ от 18 июля 2006 г. N 2979/06 // Вестник ВАС РФ. 2006. N 11. С. 11).

Нельзя, однако, не отметить, что первое обоснование однородности товаров противоречит одной специальной норме ГК РФ.

Пункт 3 ст. 1508 ГК РФ устанавливает:

"Правовая охрана общеизвестного товарного знака распространяется также на товары, неоднородные с теми, в отношении которых он признан общеизвестным, если использование лицом этого товарного знака в отношении указанных товаров будет ассоциироваться у потребителя с обладателем исключительного права на общеизвестный товарный знак и может ущемить законные интересы такого правообладателя".

Из этой нормы вытекает, что возникновение у потребителя определенных ассоциаций, а именно - мнения о том, что товары имеют одного и того же производителя, не позволяет считать такие товары однородными: такие товары остаются неоднородными (разнородными).

А это значит, что первое обоснование, объясняющее "однородность" товаров, к ситуации, указанной в п. 3 ст. 1508 ГК РФ, не применимо.

Поскольку нет никаких оснований не распространять принцип, предусмотренный в п. 3 ст. 1508 ГК РФ, на другие случаи установления "однородности" товаров, следует считать, что возникновение у потребителя впечатления о том, что определенные товары принадлежат одному производителю, не позволяет считать эти товары "однородными".

Поэтому приходится сделать вывод о том, что для определения однородности товаров следует учитывать их назначение, возможность выполнения ими одинаковых функций, их взаимозаменяемость при обычном, нормальном использовании.

Если товарный знак зарегистрирован для молока, сметаны и кефира, то йогурт, конечно, будет являться однородным товаром. Однако масло, сыр и конфеты не должны считаться при этом однородными товарами.

Если товарный знак зарегистрирован для гвоздей, то винты (для скрепления деталей) являются однородными товарами, но ножи металлические таковыми не являются.

Существует Международная классификация товаров и услуг (МКТУ). Она применяется и в России. МКТУ состоит из перечня классов товаров и услуг и перечня товаров и услуг с указанием соответствующего класса.

В соответствии со статьей 2 (1) Ниццкого соглашения о международной классификации товаров и услуг для международной регистрации знаков от 15 июня 1957 г. "Классификация не связывает страны... союза... в отношении определения объема охраны знака".

Это, в частности, означает, что Классификация не может применяться при решении вопросов об однородности тех или иных товаров.

Это обстоятельство неоднократно отмечалось арбитражными судами России.

Статья 1485. Знак охраны товарного знака

Комментарий к статье 1485

1. Комментируемая статья предоставляет обладателю исключительного права на товарный знак особое право - право использовать знак охраны товарного знака.

Этот знак помещается рядом с товарным знаком. Состоит этот знак из латинской буквы R, которая может быть помещена в окружность, или из слов "товарный знак" или "зарегистрированный товарный знак".

Латинская буква R - это начальная буква английского слова "Registered" (зарегистрировано).

На практике довольно широко применяется знак "TM" (Trade Mark - товарный знак), "MR" (Marka Registrada - знак зарегистрирован) и т.п.

Знак охраны товарного знака оповещает всех пользователей, что применяемое обозначение является товарным знаком, охраняемым в России.

2. Использование знака охраны товарного знака не является обязательным. Отсутствие такого знака не приводит к лишению правообладателя каких-либо исключительных прав, в том числе прав на их защиту.

Вместе с тем помещение такого знака создает очень "сильную презумпцию" того, что нарушитель знал о существовании исключительного права на товарный знак, что может повлечь взыскания с него компенсации в повышенных размерах (п. 4 ст. 1515 ГК РФ).

Кроме того, считается, что проставление знака охраны товарного знака препятствует превращению знака в общевидовой знак (подп. 1 п. 1 ст. 1483 ГК РФ).

3. Об ответственности за ложное проставление знака охраны см. п. 5 ст. 1515 ГК РФ.

4. Знак охраны товарного знака во многом аналогичен знакам охраны: авторского права (ст. 1271 ГК РФ); смежных прав (ст. 1305 ГК РФ); топологии интегральной микросхемы (ст. 1455 ГК РФ); наименования места происхождения товара (ст. 1520 ГК РФ).

Статья 1486. Последствия неиспользования товарного знака

Комментарий к статье 1486

1. Комментируемая статья предусматривает, что правовая охрана товарного знака может быть прекращена в случае его неиспользования.

Общая норма, на которой базируется данная статья, может быть сформулирована следующим образом:

"Владелец товарного знака обязан использовать товарный знак. Если товарный знак не используется в течение трех лет, то его правовая охрана досрочно прекращается в случае поступления соответствующего заявления (ходатайства) заинтересованного лица".

К сожалению, эта норма прямо в ГК РФ не сформулирована, хотя ст. 1486 ГК РФ именно из нее и исходит. Впрочем, п. 1 комментируемой статьи вообще изложен весьма неудачно.

2. В соответствии со смыслом нормы, закрепленной в этом пункте, заявление о досрочном прекращении правовой охраны товарного знака в связи с его неиспользованием подается в палату по патентным спорам заинтересованным лицом.

О палате по патентным спорам см. п. 3 ст. 1248 ГК РФ и п. 3 комментария к ст. 1248 ГК РФ.

Понятие "заинтересованного лица" не поясняется. Следует считать, что в данном случае им может быть юридическое лицо или гражданин-предприниматель, права или интересы которого затрагивает оспариваемый товарный знак.

3. В заявлении должно содержаться ходатайство о досрочном прекращении правовой охраны товарного знака в связи с тем, что товарный знак не используется.

4. На основе такого заявления правовая охрана товарного знака должна быть прекращена, если будет установлено, что товарный знак не использовался в течение трех лет после его государственной регистрации или после окончания его использования. Любое использование товарного знака прерывает этот срок.

Под "государственной регистрацией" имеется в виду регистрация товарного знака как национальным регистрирующим органом России, так и международным регистрирующим органом (на основе международных договоров России).

5. Имеется, однако, еще одно дополнительное условие для того, чтобы на основе поступившего заявления правовая охрана товарного знака была досрочно прекращена: заявление должно поступить в палату по патентным спорам по истечении указанного трехлетнего периода неиспользования, причем на дату, предшествующую поступлению заявления, товарный знак продолжает не использоваться.

См. также п. 16 комментария к данной статье.

6. Пункт 2 комментируемой статьи определяет понятие "использования" товарного знака, которое подлежит применению при рассмотрении поступившего заявления, т.е. "использованию" в смысле ст. 1486 ГК РФ.

Это "использование" по своему объему не совпадает с тем использованием товарного знака, которое составляет содержание исключительного права на использование. Кроме того, это "использование" должно осуществляться определенным лицом.

Любое иное использование не считается "использованием" в смысле ст. 1486 ГК РФ и ведет к прекращению правовой охраны товарного знака.

7. При определении объема (содержания) "использования", имеющего значение в соответствии со ст. 1486 ГК РФ, комментируемая статья отсылает к п. 2 ст. 1484 ГК РФ: по общему правилу лишь то использование, которое указано в п. 2 ст. 1484 ГК РФ, считается использованием товарного знака по ст. 1486 ГК РФ, исключающим досрочное прекращение его правовой охраны.

Следует обратить внимание на то, что учитываются узкие и конкретные понятия использования, содержащиеся в п. 2 ст. 1484 ГК РФ, а не широкие и абстрактные понятия использования, содержащиеся в п. 1 ст. 1484 (а равно и в ст. 1229) ГК РФ. Нельзя не отметить, что такое решение (а оно является правильным) свидетельствует о несостоятельности концепции "безбрежного" исключительного права, что не может не учитывать практика (см. также п. 4 комментария к ст. 1229 ГК РФ).

8. Таким образом, поскольку в соответствии с абз. 1 п. 3 комментируемой статьи установлено, что бремя доказывания использования товарного знака лежит на правообладателе, правообладатель должен доказать, что использованный товарный знак был способом, который указан хотя бы в одном подпункте п. 2 ст. 1484 ГК РФ.

9. Кроме того, правообладатель должен дополнительно доказать, что осуществлявшееся использование товарного знака было "непосредственно связано с введением товара в гражданский оборот".

Действия, указанные в подп. 2 - 5 п. 2 ст. 1484 ГК РФ, следует считать всегда "непосредственно связанными с введением товара в гражданский оборот": эти действия всегда становятся известны третьим лицам (покупателям, потребителям), они свидетельствуют о намерении пустить товары, маркированные товарным знаком, в гражданский оборот, даже если фактически товары еще не находятся в гражданском обороте.

Отметим, что для признания товарного знака использованным закон не требует фактического нахождения товаров в гражданском обороте.

Однако некоторые действия, указанные в подп. 1 п. 2 ст. 1484 ГК РФ, а именно - производство товаров с товарным знаком, их хранение и транспортировка (перевозка), не должны считаться "непосредственно связанными с введением товаров в гражданский оборот", поскольку они не становятся известны третьим лицам.

10. Последняя часть фразы, содержащейся в п. 2 комментируемой статьи, связана с началом этой фразы. Соответствующая норма читается следующим образом:

"Для целей настоящей статьи использованием товарного знака признается... также использование товарного знака с изменением его отдельных элементов, не влияющих на его различительную способность и не ограничивающим охрану, предоставленную товарному знаку".

Анализ этой нормы приводит к выводу, что речь здесь идет об использовании обозначения, сходного до степени смешения с зарегистрированным товарным знаком.

Никакого иного смысла эта норма не имеет.

Вместе с тем нельзя не отметить нечеткость этой нормы: в частности, невозможно понять, как и почему изменение отдельных элементов товарного знака может ограничить предоставленную ему охрану.

В целом рассматриваемая норма, в соответствии с которой использование обозначения, сходного до степени смешения с товарным знаком, признается использование товарного знака, соответствует общей концепции исключительного права на товарный знак: последнее дает исключительное право правообладателю использовать такое сходное обозначение, а также право запрещать другим лицам такое использование (см. п. 3 ст. 1484 ГК РФ).

11. В пункте 2 решен также вопрос о том, кто именно, какой субъект должен использовать товарный знак для того, чтобы такое использование было учтено и чтобы правовая охрана товарного знака не была прекращена в связи с его неиспользованием.

Комментируемая норма называет трех таких субъектов: 1) правообладатель; 2) лицензиат; 3) другое лицо, осуществляющее использование товарного знака под контролем правообладателя.

Использование товарного знака другими лицами (например, правонарушителем) не должно учитываться.

12. Правообладателем должно считаться лицо, которое является или являлось владельцем товарного знака хотя бы часть того трехлетнего периода, в течение которого должно иметь место использование товарного знака.

Лицензиатом считается лицо, которое имеет договор с правообладателем, зарегистрированный надлежащим образом. Только с момента такой регистрации использование товарного знака лицензиатом имеет правовое значение.

Однако если использование осуществлялось будущим лицензиатом в тот период времени, когда Роспатент должен был зарегистрировать лицензионный договор, но не сделал этого, то такое использование должно считаться использованием, осуществляемым лицензиатом.

Под "другим лицом, осуществляющим использование товарного знака под контролем правообладателя" следует понимать лицо, которое использует товар, маркированный товарным знаком, после того, как исключительное право на товарный знак считается исчерпанным (ст. 1487 ГК РФ).

Но под это понятие "других лиц", подпадают и некоторые иные лица.

В споре, касающемся комбинированного товарного знака со словесным элементом "JB", зарегистрированного для ликеров, владелец товарного знака (фирма Чехии) изготовлял продукцию (ликер "Бехеровка"), маркированную товарным знаком, на территории Чехии и продавал ее на территории Чехии покупателям, в частности оптовому покупателю.

Оптовый покупатель ввозил эту готовую продукцию на территорию России и продавал в России (перепродавал), не видоизменяя упаковку и маркировку ликера. Никаких правонарушений при этом оптовый покупатель не совершал.

Президиум ВАС РФ отклонил заявление о досрочном прекращении правовой охраны этого товарного знака на территории России в связи с неиспользованием товарного знака, указав, что в данном случае фирма Чехии "сама использовала на территории России свой товарный знак" (Постановление Президиума ВАС РФ от 13 апреля 2004 г. N 1164/04 // Вестник ВАС РФ. 2004. N 8. С. 62).

Следует полагать, что в данном случае использование товарного знака осуществляло "другое лицо", находящееся "под контролем правообладателя".

13. Норма, содержащаяся в абз. 1 п. 3 комментируемой статьи, возлагает бремя доказывания фактов использования товарного знака на правообладателя.

Следует считать, что он имеет право требовать от своего правопредшественника и лицензиата сообщить ему такие факты.

Податель заявления не обязан представлять доказательств того, что товарный знак не использовался.

14. В соответствии с нормой, содержащейся в абз. 2 п. 3, палата по патентным спорам при рассмотрении заявления о досрочном прекращении товарного знака вследствие его неиспользования может принять во внимание представленные правообладателем доказательства того, что товарный знак не использовался по не зависящим от него обстоятельствам.

Данная норма предусматривает право палаты по патентным спорам оценить такие доказательства и либо согласиться с правообладателем, либо отвергнуть его доводы.

Неиспользование товарного знака вследствие того, что налоговая инспекция арестовала все счета организации, что впоследствии было признано незаконным, является извинительным доводом для неиспользования. Напротив, если правообладатель выдал исключительную лицензию лицензиату, который взял на себя обязательство использовать товарный знак, но не использовал его, то такое неиспользование не должно считаться извинительным доводом для неиспользования.

15. В пункте 4 комментируемой статьи устанавливается, что прекращение правовой охраны товарного знака вследствие его неиспользования означает прекращение действия исключительного права на товарный знак.

Это прекращение действует с даты подачи соответствующего заявления (а не с даты регистрации!).

16. Из пункта 1 комментируемой статьи вытекает, что правовая охрана товарного знака может быть прекращена досрочно также и в отношении лишь части товаров, а именно в отношении той части товаров, для которых товарный знак не использовался. В этих случаях правовая охрана товарного знака сохраняет свою силу в отношении тех товаров, для которых товарный знак использовался.

Таким образом, возможно частичное прекращение правовой охраны товарного знака; в этих случаях правовая охрана будет продолжать действовать в более узких рамках.

Статья 1487. Исчерпание исключительного права на товарный знак

Комментарий к статье 1487

1. Содержащаяся в этой статье норма заключается в том, что если товар, маркированный товарным знаком, введен в гражданский оборот на территории России непосредственно правообладателем товарного знака или с его согласия (на основе выданной им лицензии), то дальнейший гражданский оборот этого товара не является нарушением исключительного права на товарный знак, т.е. не может запрещаться

(преследоваться) правообладателем (и лицензиатом): права на такой товар, маркированный товарным знаком, считаются "исчерпанными".

Принцип "исчерпания прав" применяется и к тем товарам, маркированным товарным знаком, которые были законно введены в гражданский оборот за рубежом и затем законно импортированы в Россию. См. дело "Бехеровка" - п. 12 комментария к ст. 1486 ГК РФ.

2. Аналогичные нормы имеются и в отношении других охраняемых объектов: произведений (ст. 1272 ГК РФ), фонограмм (ст. 1325 ГК РФ), экземпляров, охраняемых исключительным правом публикатора (ст. 1344 ГК РФ), продуктов, в которых использованы изобретение или полезная модель, и изделий, в которых использован промышленный образец (ст. 1359 ГК РФ), материальных объектов исключительного права на селекционные достижения (ст. 1422 ГК РФ), интегральных микросхем с топологией (ст. 1456 ГК РФ).

Статья 1488. Договор об отчуждении исключительного права на товарный знак

Комментарий к статье 1488

1. Комментируемая статья регулирует договоры об отчуждении исключительного права на товарный знак. К этим договорам применимы общие нормы, содержащиеся в ст. 1234 ГК РФ, и в частности в ее пунктах 1, 3, 4 и 5.

2. В пункте 1 комментируемой статьи договор об отчуждении исключительного права на товарный знак характеризуется как договор, в соответствии с которым правообладатель передает или обязуется передать в полном объеме свое исключительное право на товарный знак другой стороне - приобретателю исключительного права.

Следует учитывать, что в связи с нематериальным характером отчуждаемого права такие договоры могут быть только консенсуальными, а выражение "передает или обязуется передать" употреблено здесь ошибочно (см. п. 4 комментария к ст. 1234 ГК РФ).

3. Из пункта 1 следует, что договоры об отчуждении исключительного права на товарный знак могут относиться либо к исключительному праву в отношении всего перечня товаров, для которых зарегистрирован товарный знак, либо только к части этих товаров. В этой связи можно говорить о полном либо о частичном отчуждении исключительного права.

В первом случае правообладатель утрачивает все права на товарный знак, он становится бывшим правообладателем. Во втором случае он остается владельцем товарного знака, но только для определенной части товаров.

4. При заключении договора об отчуждении исключительного права на товарный знак стороны должны решить вопросы о передаче приобретателю прав на неохраняемые элементы товарного знака, а также на те охраняемые части товарного знака, права на использование которых были получены правообладателем от третьих лиц.

Если эти вопросы не будут решены, то договор об отчуждении исключительного права может быть либо не зарегистрирован (ст. 1490 ГК РФ), либо быть признан недействительной сделкой.

Как следует из ст. 1483 ГК РФ, в товарный знак могут быть включены неохраняемые элементы. Некоторые из них "никому не принадлежат" (п. 1). Заключая договор об отчуждении исключительного права, стороны должны убедиться в том, что они могут использоваться и приобретателем; в противном случае товарный знак должен отчуждаться без этих элементов, что должно быть отмечено в договоре.

Другие неохраняемые элементы могут быть включены в товарный знак с согласия третьего лица (п. 2 ст. 1483 ГК РФ). Заключая договор, стороны должны иметь согласие третьего лица на отчуждение исключительного права на товарный знак, включающий эти неохраняемые элементы. В противном случае товарный знак должен отчуждаться без этих элементов, что указывается в договоре.

Наконец, товарный знак может содержать некоторые охраняемые элементы, включенные в товарный знак с согласия третьего лица (п. 4, 5, 9 ст. 1483 ГК РФ). Заключая договор, стороны должны иметь согласие третьего лица на отчуждение исключительного права на товарный знак, включающий эти охраняемые элементы.

5. Пункт 2 комментируемой статьи содержит запрет заключения договора об отчуждении исключительного права на товарный знак, если такой договор "может явиться причиной введения потребителя в заблуждение относительно товара или его изготовителя".

Смысл этой нормы ясен, но сфера ее применения довольно неопределенна.

Судебной практикой определено, когда данная норма не может применяться:

"Изготовление продукции ненадлежащего качества новым владельцем товарного знака не является основанием для признания недействительной сделки по уступке товарного знака, заключенной с первоначальным владельцем... так как условие о качестве товара не является [и не может являться] содержанием такой сделки" - указал Президиум ВАС РФ в п. 8 приложения к информационному письму Президиума ВАС РФ от 29 июля 1997 г. N 19 "Обзор практики разрешения споров, связанных с защитой прав на товарный знак".

В подзаконном нормативном акте - Правилах регистрации договоров о передаче исключительного права на изобретение, полезную модель, промышленный образец, товарный знак, знак обслуживания, зарегистрированную топологию интегральной микросхемы и права на их использование, полной или частичной передаче исключительного права на программу для электронных вычислительных машин и базу данных, утвержденных Приказом Роспатента от 29 апреля 2003 г. N 64, установлены 10 случаев, когда договоры об уступке прав на товарные знаки не подлежат регистрации в Роспатенте в связи с тем, что они могут явиться причиной введения в заблуждение потребителя относительно товара или его изготовителя (п. 27 Правил).

В основном эти случаи относятся к неполноте документов, входящих в договор об уступке прав (об этих документах см. п. 4 комментария к данной статье), а не к введению потребителей в заблуждение.

Следует полагать, что сфера применения нормы п. 2 комментируемой статьи является довольно узкой. В основном эта норма подлежит применению лишь при частичном отчуждении исключительного права на товарный знак.

6. Пункт 3 данной статьи относится к тому случаю, когда отчуждаемый товарный знак включает в свой состав в качестве неохраняемого элемента наименование места происхождения товара, право на которое принадлежит владельцу товарного знака. Возможность включения НМПТ в товарный знак предусмотрена в п. 7 ст. 1483 ГК РФ.

В этом случае исключительное право на такой товарный знак, согласно комментируемой норме, может быть отчуждено только тому лицу, которое также имеет право на использование данного НМПТ.

Следует вместе с тем отметить, что владелец товарного знака может уступить данный товарный знак любому лицу, исключив из него НМПТ; это обстоятельство должно быть отмечено в договоре.

Статья 1489. Лицензионный договор о предоставлении права использования товарного знака

Комментарий к статье 1489

1. Комментируемая статья содержит правила, касающиеся лицензионного договора о предоставлении права использования товарного знака.

К этим лицензионным договорам применяются также общие положения о лицензионных договорах, предусмотренные в ст. 1235 ГК РФ.

Поскольку право на товарный знак может действовать в течение неопределенно продолжительного срока, норма, содержащаяся в абз. 1 п. 4 ст. 1235 ГК РФ, к сфере товарных знаков не применяется.

К лицензионным договорам о предоставлении права использования товарного знака применяются нормы, содержащиеся в ст. 1236 ("Виды лицензионных договоров") и в ст. 1237 ГК РФ ("Исполнение лицензионного договора").

2. В пункте 1 комментируемой статьи устанавливается, что по лицензионному договору владелец исключительного права на товарный знак (лицензиар) предоставляет или обязуется предоставить лицензиату право использования товарного знака. Это право предоставляется:

1) в определенных договором пределах;

2) с указанием или без указания территории, на которой допускается использование;

3) применительно к определенной сфере предпринимательской деятельности.

Поскольку товарный знак является нематериальным объектом, все лицензионные договоры могут быть только консенсуальными. В связи с этим выражение "или обязуется предоставить" является излишним, ошибочным.

О допустимой территории использования права на товарный знак см. п. 11 комментария к ст. 1235 ГК РФ.

Неуказание в лицензионном договоре территории, на которой лицензиат вправе использовать товарный знак, означает, что товарный знак может быть использован на всей территории России.

3. Употребленное в п. 1 комментируемой статьи указание на то, что лицензионный договор может разрешить лицензиату использовать товарный знак "применительно к определенной сфере предпринимательской деятельности", означает, что в договоре могут содержаться различные ограничения на использование товарного знака лицензиатом. Так, например, может быть указано, что договор предоставляет лицензиату право использования товарного знака только к части товаров, для которых товарный знак зарегистрирован, или только к определенным видам товара (только к светлому пиву, а не к темному пиву).

При отсутствии таких указаний товарный знак может использоваться лицензиатом для всех товаров, для которых товарный знак зарегистрирован.

4. Пункт 2 комментируемой статьи относится к вопросам качества товаров, производимых или реализуемых лицензиатом.

5. В соответствии с первой фразой п. 2 лицензиат должен обеспечить, чтобы товары, производимые или реализуемые лицензиатом, на которых лицензиат помещает лицензионный товарный знак, соответствовали тем требованиям и качеству, которые установлены лицензиаром.

Таким образом, речь идет о включении в лицензионный договор условий о качестве товаров лицензиата.

Следует полагать, что эти условия могут, но не должны в обязательном порядке включаться в лицензионный договор. Так, например, такие условия могут не включаться в лицензионный договор, если лицензиар либо вообще не производил (не реализовывал) соответствующие товары, либо хотя и производил (реализовывал) их раньше, после выдачи лицензии прекращает их использовать. Более того, данная норма не обязывает стороны включать в договор условия о качестве товара, даже если после заключения лицензионного договора производство и реализацию соответствующих товаров будут вправе осуществлять и лицензиат, и лицензиар: норма, содержащаяся в первой фразе п. 2, сформулирована как диспозитивная.

6. Вторая фраза п. 2 устанавливает право лицензиара осуществлять контроль за соблюдением лицензиатом указанных выше условий о качестве товаров. Эта норма сформулирована как императивная. Вместе с тем необходимо учитывать, что она

применяется только в тех случаях, когда в лицензионный договор включены условия о качестве товаров, маркированных лицензионным товарным знаком.

7. В соответствии с третьей фразой п. 2 лицензиат и лицензиар несут солидарную ответственность, если к лицензиару как к изготовителю товаров будут предъявлены соответствующие "требования".

Под "требованиями" имеются в виду требования к качеству товаров, маркированных лицензионным товарным знаком. Здесь также речь идет о тех случаях, когда лицензионный договор содержит требования к качеству товаров, маркированных лицензионным товарным знаком, и эти требования лицензиатом не соблюдены (нарушены). В этих и только в этих случаях применяется данная (довольно суровая) норма о солидарной ответственности лицензиара и лицензиата.

О принципе солидарной ответственности см. ст. 322 - 325 ГК РФ.

Следует считать, что лицензиар, исполнивший требование, вытекающее из нарушения лицензиатом указанных условий о качестве товара, вправе в порядке регресса получить полное возмещение своих убытков от лицензиата.

8. Пункт 3 комментируемой статьи содержит норму, аналогичную норме п. 3 ст. 1488 ГК РФ, но относящуюся не к договору об отчуждении исключительного права, а к лицензионному договору.

В связи с этим см. п. 6 комментария к ст. 1488 ГК РФ.

9. См. ст. 1238 ГК РФ и комментарий к ней.

Статья 1490. Форма и государственная регистрация договоров о распоряжении исключительным правом на товарный знак

Комментарий к статье 1490

1. Настоящая статья посвящена форме и государственной регистрации договоров о распоряжении исключительным правом на товарный знак.

Вопрос о форме договоров об отчуждении исключительного права решен в п. 2 ст. 1234 ГК РФ.

О форме лицензионных договоров см. п. 2 ст. 1235 ГК РФ.

Пункт 1 комментируемой статьи подтверждает строгую письменную форму всех лицензионных договоров, касающихся товарных знаков.

О государственной регистрации см. ст. 1232 ГК РФ.

2. Пункт 1 комментируемой статьи устанавливает письменную форму и обязательную государственную регистрацию в федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности (ныне это Роспатент) всех договоров, посредством которых осуществляется распоряжение исключительным правом на товарный знак.

Под "другими договорами, посредством которых осуществляется распоряжение исключительным правом на товарный знак", имеются в виду договоры залога (п. 5 ст. 1233 и § 3 гл. 23 ГК РФ), доверительного управления имуществом (гл. 53 ГК РФ), коммерческой концессии (гл. 54 ГК РФ), простого товарищества (гл. 55 ГК РФ).

Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ указал, что:

"Поскольку лицензионный договор [касающийся товарного знака] подлежит [государственной] регистрации [в федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности], то и договор перевода долга, вытекающий из этого договора, должен быть зарегистрирован" (Постановление Президиума ВАС РФ от 13 января 2004 года N 13695/03 // Вестник ВАС РФ. 2004. N 6. С. 51).

О государственной регистрации сделок и последствиях несоблюдения требования о регистрации сделки см. ст. 164, 165 ГК РФ.

3. Пункт 2 комментируемой статьи устанавливает, что порядок государственной регистрации договоров, касающихся прав на товарные знаки, устанавливается федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим нормативно-правовое регулирование в сфере интеллектуальной собственности.

В настоящее время такого подзаконного акта еще не принято. В связи с этим, в соответствии со ст. 4 Федерального закона от 18 декабря 2006 г. N 231-ФЗ "О введении в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации", продолжают действовать Правила регистрации договоров о передаче исключительного права на изобретение, полезную модель, промышленный образец, товарный знак, знак обслуживания, зарегистрированную топологию интегральной микросхемы и права на их использование, полной или частичной передаче исключительного права на программу для электронных вычислительных машин и базу данных, утвержденные Приказом Роспатента от 29 апреля 2003 г. N 64.

4. Договоры, касающиеся товарных знаков, охраняемых в России на основе международных договоров России, регистрируются в Международном бюро ВОИС (Женева, Швейцария) и государственную регистрацию в России не проходят.

Статья 1491. Срок действия исключительного права на товарный знак

Комментарий к статье 1491

1. Комментируемая статья относится к сроку действия исключительного права на товарный знак, охраняемый на основе национальной (российской) регистрации.

О сроке действия товарных знаков, охраняемых в России на основе международных договоров России, см. п. 9 комментария к данной статье.

2. В пункте 1 комментируемой статьи указывается первый (или первоначальный) срок действия права на товарный знак: исключительное право на товарный знак действует в течение 10 лет с даты подачи заявки на государственную регистрацию товарного знака в Роспатент. "Датой подачи заявки" считается дата поступления заявки в Роспатент (п. 8 ст. 1492 ГК РФ).

Указанный срок начинает исчисляться с даты подачи заявки, а не с даты приоритета заявки.

3. Фактически заявитель, подав заявку, не может осуществлять своего исключительного права; в частности, он не имеет права на защиту. Исключительное право возникает у правообладателя с даты получения им свидетельства на товарный знак (ст. 1504 ГК РФ).

4. В соответствии с абз. 1 п. 2 комментируемой статьи правообладатель может подать в течение последнего года указанного десятилетнего срока заявление о продлении срока действия исключительного права на товарный знак на последующие 10 лет.

Следует полагать, что указанное заявление подается в Роспатент.

Если такое заявление подано не правообладателем, а иным лицом (например, лицензиатом), а также если такое заявление поступит в Роспатент ранее, чем за один год до истечения срока охраны, то оно не имеет правового значения и считается неподанным.

Если заявление подано в установленный срок и отвечает установленным требованиям, то Роспатент обязан продлить срок действия права на товарный знак.

5. В соответствии с абзацем 2 п. 2 такие заявления могут подаваться неограниченное число раз в последний год каждого десятилетнего периода действия исключительного права на товарный знак. К рассмотрению каждого такого последующего заявления применяются правила, указанные в п. 4 комментария к данной статье.

Таким образом, действие исключительного права на товарный знак никаким предельным сроком не ограничено.

6. Смысл нормы, содержащейся в абзаце 3 п. 2 комментируемой статьи (сама эта норма изложена неясно), состоит в том, что если правообладатель в течение шести месяцев после истечения предоставленного ему 10-летнего срока действия исключительного права (первоначального или одного из последующих) подаст ходатайство о восстановлении правовой охраны и оплатит это ходатайство пошлиной, то исключительное право на товарный знак должно быть восстановлено и это право будет считаться восстановленным с даты истечения предшествующего срока охраны.

Включает ли указанное ходатайство заявление о продлении срока охраны или оно должно подаваться вместе с заявлением - этот вопрос в данной норме не решен.

7. Поскольку после истечения срока действия исключительного права на товарный знак третьи лица могли начать использование обозначения, тождественного или сходного до степени смешения с товарным знаком, то эти действия вплоть до оповещения о восстановлении действия исключительного права на товарный знак на основе указанного ходатайства не должны рассматриваться как нарушение исключительного права на товарный знак, а по отношению к введенным в гражданский оборот товарам с указанным обозначением должен применяться принцип исчерпания прав (ст. 1487 ГК РФ).

8. Пункт 3 данной статьи устанавливает обязанность Роспатента внести в Государственный реестр товарных знаков (ст. 1480 ГК РФ) и в свидетельство на товарный знак (ст. 1481 ГК РФ) запись о продлении срока действия исключительного права на товарный знак.

9. Товарные знаки, охраняемые в России на основе международных договоров России, действуют в течение следующих сроков:

1) если страной происхождения товарного знака является страна, участвующая в Мадридском соглашении о международной регистрации знаков, то срок действия регистрации составляет 20 лет с момента международной регистрации знака (ст. 6 (1) Мадридского соглашения);

2) если страной происхождения товарного знака является страна, участвующая в Протоколе к Мадридскому соглашению, но не участвующая в Мадридском соглашении, то срок действия международной регистрации товарного знака в России составляет 10 лет с даты международной регистрации (ст. 6 (1) Протокола к Мадридскому соглашению).

Указанные сроки могут неограниченное число раз продлеваться на такие же последующие периоды времени.

3. Государственная регистрация товарного знака

Статья 1492. Заявка на товарный знак

Комментарий к статье 1492

1. Государственная регистрация товарного знака представляет собой административную процедуру, в ходе которой заявитель доказывает наличие у него гражданского права на товарный знак. При наличии всех условий и требований, предъявляемых к обозначению, заявляемому в качестве товарного знака, регистрирующий орган обязан произвести государственную регистрацию и выдать заявителю свидетельство на товарный знак. Свидетельство на товарный знак (ст. 1481 ГК РФ) является документом, удостоверяющим право на товарный знак.

2. В соответствии с п. 1 комментируемой статьи совокупность документов, представляемых заявителем с целью получения свидетельства на товарный знак, именуется заявкой на государственную регистрацию товарного знака. Она обычно именуется "заявкой на товарный знак" (Английский термин "Trade Mark Application").

Заявка может быть подана только юридическим лицом или гражданином, зарегистрированным в качестве предпринимателя. Эти лица (они именуются "заявители")

вправе подавать заявки на товарные знаки, относящиеся к любым видам товаров, независимо от специальной правоспособности юридического лица и от вида деятельности, которой вправе заниматься индивидуальный предприниматель.

Заявка на товарный знак подается в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности.

В настоящее время в качестве такого органа выступает Федеральная служба по интеллектуальной собственности, патентам и товарным знакам (официальное сокращенное наименование - Роспатент).

3. Несмотря на то что в некоторых случаях обозначение, заявляемое на регистрацию в качестве товарного знака, может быть результатом интеллектуальной деятельности, его автор в заявке на товарный знак не указывается.

Право на товарный знак вообще не знает фигуры "автора". Любые вопросы, касающиеся "авторства" на товарный знак, должны быть урегулированы заявителем, причем вне рамок права на товарный знак.

4. Пункт 2 данной статьи устанавливает, что заявка на товарный знак должна относиться только к одному товарному знаку.

Поэтому если заявитель желает зарегистрировать ряд сходных знаков (вариантов знаков), что, конечно, расширяет рамки предоставляемой охраны и потому встречается довольно часто, то на каждый такой знак должна подаваться отдельная, самостоятельная заявка.

5. Пункт 3 содержит перечень документов, входящих в обязательном порядке в заявку на товарный знак.

Это прежде всего заявление - ходатайство заявителя, содержащее просьбу зарегистрировать заявленное обозначение в качестве товарного знака.

Далее, заявка на товарный знак должна включать "заявляемое обозначение".

Следует полагать, что это может быть либо обозначение "в натуре", либо изображение этого обозначения (рисунок, фотография и т.п.); выбор, конечно, принадлежит заявителю. Следует, однако, учитывать, что "обозначение" должно публиковаться, включаться в государственный реестр и в свидетельство на товарный знак. Поэтому предпочтение должно быть отдано "изображению" обозначения, его копии, удобной для тиражирования.

Следующий документ заявки - перечень товаров, для которых испрашивается государственная регистрация обозначения. Эти товары должны быть сгруппированы по классам международной классификации товаров и услуг для регистрации знаков.

Указанная международная классификация - она кратко именуется МКТУ (Международная классификация товаров и услуг) разрабатывается, периодически пересматривается и принимается странами - членами Ниццкого соглашения о международной классификации товаров и услуг для регистрации знаков от 15 июня 1957 г. Россия участвует в этом соглашении. МКТУ пользуется большим авторитетом на международной арене.

МКТУ содержит перечни товаров, разнесенных по различным классам товаров и услуг.

Поскольку исключительное право на товарный знак действует при использовании товарного знака для товаров, указанных при регистрации (см. ст. 1484 ГК РФ), естественно выглядит стремление заявителя указать в заявке как можно больше видов товаров. Это, однако, увеличивает расходы заявителя по заявке и, кроме того, в случае неиспользования товарного знака для тех или иных видов товаров эти товары могут быть исключены из документов о регистрации товарного знака (см. ст. 1486 ГК РФ).

Последний обязательный документ заявки на товарный знак, указанный в п. 3, - описание заявляемого обозначения.

Следует считать, что описание заявляемого обозначения должно указывать, является ли оно словесным, изобразительным, комбинированным или иным (часто это трудно понять), транслитерацию (звучание), смысл словесного знака и т.п.

Неохраняемые элементы знака обязательно должны быть указаны. Желательно - а может быть, даже необходимо - указать, что заявитель получил от определенных третьих лиц права на включение в товарный знак отдельных элементов (либо как охраняемых, либо как неохраняемых).

6. В пункте 4 комментируемой статьи указывается, что заявка должна быть подписана заявителем или его представителем; последним может быть и патентный поверенный. О патентных поверенных см. ст. 1247 ГК РФ.

7. В пункте 5 устанавливается, что к заявке на товарный знак должен быть приложен документ, подтверждающий уплату пошлины за подачу заявки, а также - если заявка подается на коллективный знак - устав этого коллективного знака.

Значение документа, подтверждающего уплату заявочной пошлины, невозможно переоценить. Недаром практические работники говорят, что не этот денежный документ прилагается к заявке, а наоборот: заявка прилагается к этому денежному документу.

О патентных и иных пошлинах см. ст. 1249 ГК РФ и комментарий к ней.

8. В пункте 6 регулируется вопрос о языке заявки и прилагаемых к ней материалов.

Прежде всего предусматривается, что заявка на товарный знак подается на русском языке.

Что касается документов, прилагаемых к заявке, то они могут быть поданы не на русском, а на другом языке. В этом случае их перевод на русский язык должен быть представлен заявителем в течение двух месяцев, считая с того дня, когда Роспатент уведомит заявителя о необходимости представления этих материалов на русском языке.

Нельзя не отметить крайне нечеткий характер самой этой нормы: неясно, о каких именно прилагаемых к заявке документах идет речь. Является ли перечень товаров, для которых регистрируется товарный знак, и описание заявляемого обозначения частью самой заявки или это приложение к заявке?

Ведь можно даже предположить, что в данном случае все документы заявки, кроме самого заявления, считаются приложениями к заявке.

9. В соответствии с п. 7 комментируемой статьи федеральный орган исполнительной власти, осуществляющий нормативно-правовое регулирование в сфере интеллектуальной собственности, имеет право (и обязан) установить требования, предъявляемые к документам заявки (т.е. к документам, содержащимся в заявке на товарный знак, и к прилагаемым к ней документам).

Такого подзаконного акта пока нет. В связи с этим сохраняют свою силу - в соответствии со ст. 4 Федерального закона от 18 декабря 2006 г. N 231-ФЗ "О введении в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации" - Правила составления, подачи и рассмотрения заявки на регистрацию товарного знака и знака обслуживания, утвержденные Приказом Роспатента от 5 марта 2003 г. N 32.

10. В пункте 8 комментируемой статьи определяется дата подачи заявки на товарный знак. Это дата поступления в Роспатент всех документов, указанных в подп. 1 - 3 п. 3 данной статьи. Если же указанные документы поступили в Роспатент в разное время, то датой подачи заявки считается дата поступления последнего такого документа.

Следует обратить внимание и на несколько необычную терминологию: "дата подачи заявки" - это не та дата, когда заявитель подал заявку (например, на почту), а дата поступления материалов в Роспатент, дата получения заявки на товарный знак Роспатентом.

Статья 1493. Право ознакомления с документами заявки на товарный знак

Комментарий к статье 1493

1. В пункте 1 комментируемой статьи устанавливается, что после подачи заявки на товарный знак в Роспатент любое лицо имеет право ознакомиться с документами заявки, представленными на дату ее подачи.

Следовательно, все остальные документы заявки являются закрытыми; в частности, закрытыми являются документы о конвенционном приоритете, все документы, уточняющие заявку, представляемые заявителем, все принятые решения по заявке и т.п.

Это создает искаженную картину, касающуюся поданных заявок и их статуса, что не может быть оправдано какими-то высшими соображениями. Все это свидетельствует о небрежности этой нормы.

В данном пункте речь идет только о возможности ознакомления с документами заявки, в то время как из п. 2 вытекает, что имеется возможность и получения копий документов заявки.

2. В пункте 2 указывается, что федеральный орган исполнительной власти, осуществляющий нормативно-правовое регулирование в сфере интеллектуальной собственности, имеет право (и обязан) установить порядок такого ознакомления с документами заявок и выдачи копий таких документов.

В настоящее время этот подзаконный акт не принят. Но отсутствие такого акта не должно парализовать действие самой данной материальной нормы.

Статья 1494. Приоритет товарного знака

Комментарий к статье 1494

1. Хотя термин "приоритет" уже несколько раз встречался в праве товарных знаков (ст. 1481, подп. 1 и 2 п. 6, п. 8, подп. 1 и 3 п. 9 ст. 1483 ГК РФ), только данная статья (и две последующие) раскрывает это понятие.

Приоритет (буквально - "первенство") как особая правовая категория довольно часто встречается в гражданском праве для тех случаев, когда определенные гражданские права закрепляются только за тем лицом, которое ранее других совершит определенные действия. Понятие "приоритета" (первенства) не имеет смысла и не применяется, однако, в тех случаях, когда определенные действия (поступки) являются уникальными, единственными в своем роде. Вот почему понятие "приоритета" не применяется, в частности, в авторском праве, где параллельного творчества не может быть: двух "Евгениев Онегиных" разные лица, работающие независимо друг от друга, создать не могут.

А в сфере товарных знаков могут существовать сходные до степени смешения и даже аналогичные обозначения, появившиеся из разных источников. Поэтому в праве на товарный знак понятие "приоритета" совершенно необходимо.

2. Название комментируемой статьи - "Приоритет товарного знака" - допускает различные толкования: неясно, идет ли речь о первенстве в создании обозначения, способного быть зарегистрированным как товарный знак, о первенстве при опубликовании или применении такого обозначения либо, наконец, о первенстве при оформлении прав на такое обозначение.

Из статей 1494 - 1496 ГК РФ следует, что речь идет в основном о первенстве при подаче заявки на товарный знак. Поэтому часто говорят о "приоритете заявки" или о "приоритете заявленного товарного знака".

3. Как следует из п. 1 комментируемой статьи, приоритет товарного знака - это дата поступления в Роспатент полной и правильно оформленной заявки. Дата сдачи заявки на почту, а также час и минута сдачи заявки в Роспатент не учитываются.

4. Пункт 2 комментируемой статьи касается приоритета "выделенной заявки".

Об этом понятии см. п. 2 ст. 1502 ГК РФ и комментарий к нему.

Выделенная заявка сохраняет приоритет первоначальной заявки, т.е. той заявки, из которой она выделена.

Оговорка, содержащаяся в п. 2 ("если на дату подачи выделенной заявки первоначальная заявка не отозвана и не признана отозванной и выделенная заявка подана до принятия решения по первоначальной заявке"), относится к любым выделенным заявкам. Эту оговорку следовало бы поместить в п. 2 ст. 1502 ГК РФ; наличие ее в п. 2 ст. 1494 ГК РФ - яркое свидетельство низкой правовой техники. Комментарий к указанной оговорке см. в п. 3 комментария к ст. 1502 ГК РФ.

Статья 1495. Конвенционный и выставочный приоритет товарного знака

Комментарий к статье 1495

1. Комментируемая статья дополняет ст. 1494 ГК РФ. Она устанавливает два особых случая приоритета заявленного товарного знака - конвенционный приоритет и выставочный приоритет. В обоих этих случаях приоритет товарного знака определяется не датой поступления заявки, а отодвигается на более раннюю дату.

2. Конвенционному приоритету посвящен п. 1 комментируемой статьи.

Его суть состоит в том, что заявитель, подавший заявку на товарный знак в одном из зарубежных государств - участников Парижской конвенции по охране промышленной собственности (она именуется "первая заявка"), а затем - в течение шести месяцев - подавший в Роспатент заявку на тот же товарный знак ("последующая заявка"), может потребовать, чтобы приоритет этой последующей заявки определялся датой приоритета первой заявки.

Термин "конвенционный приоритет" означает "приоритет на основе норм Парижской конвенции по охране промышленной собственности".

Эта Конвенция была заключена 20 марта 1883 г. После этого она неоднократно пересматривалась. В ней принимают участие свыше 160 государств мира, в том числе - и Российская Федерация.

В статье 4 Парижской конвенции содержатся подробные правила установления конвенционного приоритета. Эти правила применяются при установлении конвенционного приоритета в России на основе п. 1 комментируемой статьи.

Любые иностранные заявители, а также российские юридические лица и российские граждане-предприниматели, подавшие первую заявку в одном из государств - участников Парижской конвенции, могут воспользоваться конвенционным приоритетом в отношении последующей заявки, поданной в России.

Действия, необходимые для установления конвенционного приоритета, указаны в п. 3 комментируемой статьи.

Если заявитель не смог воспользоваться конвенционным приоритетом (например, пропустил указанный шестимесячный срок) или не захотел воспользоваться им, то никаких иных отрицательных последствий для него (кроме того, что заявленному знаку не будет присвоен конвенционный приоритет) не возникает (ст. 4 (D) (4) Парижской конвенции).

3. В пункте 2 комментируемой статьи рассматривается выставочный приоритет заявленного товарного знака.

Это приоритет товарного знака, определяемый той датой, на которую товар, маркированный соответствующим обозначением, был открыто показан в качестве экспоната международной выставки, организованной на территории государства - участника Парижской конвенции по охране промышленной собственности.

Об этой Конвенции см. ч. 2 комментария к данной статье.

Выставочный приоритет применяется лишь в том случае, если международная выставка является "официальной или официально признанной".

Выставочный приоритет применяется в том случае, если заявка на товарный знак подана в Роспатент в течение шести месяцев с начальной даты экспонирования.

В отличие от конвенционного приоритета, который обязан предоставляться в соответствии с Парижской конвенцией, предоставление выставочного приоритета не является по Парижской конвенции обязательным.

4. Одновременное истребование конвенционного и выставочного приоритета невозможно. Однако у заявителя имеется право выбора: истребовать либо конвенционный, либо выставочный приоритет.

5. В пункте 3 комментируемой статьи указываются те действия, которые должен совершить заявитель для того, чтобы заявленный товарный знак получил конвенционный или выставочный приоритет.

Для этого заявитель обязан в течение двух месяцев с даты поступления заявки в Роспатент сделать заявление о том, что он желает воспользоваться правом конвенционного или выставочного приоритета. Затем, в течение трех месяцев со дня подачи, заявки заявитель должен представить в Роспатент "необходимые документы, подтверждающие правомерность такого требования" (очевидно, это копия первой заявки или документ, подтверждающий дату начала экспонирования товара с определенным обозначением).

Разумеется, указанное заявление и необходимые документы заявитель может представить в Роспатент и ранее этих сроков.

6. Если после подачи первой заявки или после экспонирования объекта на указанной выставке появился новый владелец товарного знака (или соответствующего обозначения) - в результате правопреемства, то новый владелец вправе истребовать конвенционный или выставочный приоритет.

7. Пункт 4 комментируемой статьи устанавливает, что в случаях, предусмотренных международными договорами России, приоритет товарного знака может устанавливаться по дате международной регистрации товарного знака. Смысл этой нормы, изложенной очень неясно, состоит в следующем.

В настоящее время Россия участвует в Мадридском соглашении о международной регистрации знаков и в Протоколе к Мадридскому соглашению. Это два разных международных договора России.

Регистрируемые в соответствии с этими двумя международными актами товарные знаки, действующие на территории России, имеют следующие даты приоритета:

1) по общему правилу датой их приоритета является дата подачи заявки на международную регистрацию в стране происхождения знака;

2) однако если Международное бюро получит заявку по истечении двух месяцев с даты подачи заявки в стране происхождения, приоритет заявки определяется датой ее поступления в Международное бюро (ст. 3 (4) Мадридского соглашения и ст. 3 (4) Протокола);

3) кроме того, любой знак, который был предметом международной регистрации, пользуется правом приоритета, установленным в ст. 4 Парижской конвенции по охране промышленной собственности (ст. 4 (2) Мадридского соглашения и ст. 4 (2) Протокола).

Статья 1496. Последствия совпадения дат приоритета товарных знаков

Комментарий к статье 1496

1. Комментируемая статья относится к тем случаям, когда две заявки (или большее число заявок), относящиеся к тождественным товарным знакам, регистрируемым для совпадающих перечней товаров, имеют один и тот же приоритет. Конечно, эти случаи "столкновения заявок" очень редки. Указанные в комментируемой статье случаи могут

относиться и к уже зарегистрированным товарным знакам, которые "сталкиваются" друг с другом.

2. В статье регулируются два таких случая "столкновения" поданных заявок.

Первый случай - заявки поданы разными заявителями. Он рассматривается в п. 1 комментируемой статьи.

Второй случай - заявки поданы одним и тем же заявителем. Ему посвящен п. 2 комментируемой статьи.

Пункт 3 содержит правила, касающиеся обоих этих случаев.

3. В соответствии с п. 1 если разные заявители подали заявки на тождественные товарные знаки, относящиеся к совпадающим перечням товаров, и эти заявки имеют один и тот же приоритет, то ни одному из этих заявителей товарный знак не может быть выдан. Исключение составляет случай, когда заявители заключат между собой соглашение, в котором укажут одного из заявителей, на имя которого может быть зарегистрирован заявленный товарный знак.

В соответствии с первой фразой абз. 1 п. 3 такое соглашение должно быть представлено в Роспатент в течение шести месяцев со дня получения заявителями соответствующего уведомления Роспатента. В этот же срок, вместо соглашения, заявители могут направить ходатайство о продлении срока представления соглашения.

4. Если заявки на тождественные товарные знаки, относящиеся к одинаковым перечням товаров, имеющие одну и ту же дату приоритета, поступили от одного и того же заявителя, то ни по одной из этих заявок регистрация знака не производится. Исключение составляет случай, когда заявитель сообщит в Роспатент, на основе какой одной из этих заявок он просит зарегистрировать товарный знак. Такое сообщение заявитель должен сделать в течение шести месяцев с даты получения им уведомления Роспатента о необходимости сделать соответствующий выбор. В этот же срок заявитель вправе представить в Роспатент ходатайство о продлении срока выбора заявки.

5. Если в указанные сроки в Роспатент не будет представлено упомянутое сообщение, ходатайство о продлении срока, а также в случае пропуска дополнительного предоставленного срока все поданные заявки признаются отозванными на основании решения Роспатента.

6. Комментируемая статья не препятствует в указанных случаях "столкновения" заявок решить этот вопрос иначе, например представить соглашение заявителей о том, что одному заявителю товарный знак должен быть выдан в отношении одной части перечня товаров, а другому - в отношении другой части перечня товаров и т.п.

7. Хотя данная статья посвящена случаям "столкновения" тождественных товарных знаков, нет сомнения в том, что ее нормы должны применяться и к тем товарным знакам, которые сходны до степени смешения.

Комментаторы (Корчагин А.Д., Орлова В.В., Горленко С.А. Комментарий к Закону РФ "О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров". М., 2003. С. 40) предлагают при "столкновении" товарных знаков, сходных до степени смешения, принадлежащих разным заявителям, учитывать даты сдачи заявок на почту и другие даты. Это мнение на законе не основано.

То обстоятельство, что ст. 1496 ГК РФ распространяется и на товарные знаки, сходные до степени смешения, подтверждается нормой подп. 1 п. 4 ст. 1499 ГК РФ.

8. При обнаружении подобных фактов "столкновения" уже зарегистрированных товарных знаков Роспатент, по собственной инициативе, действуя ex officio, должен назначить владельцам таких знаков разумный срок (например, шесть месяцев) для того, чтобы владельцы представили соглашение об отказе от некоторых таких зарегистрированных знаков, либо для того, чтобы владелец нескольких таких знаков отказался от некоторых из них (кроме одного). Если такого соглашения или заявления не будет представлено, Роспатент должен вынести решение об аннулировании всех таких регистраций.

Это вытекает из общего смысла ст. 1496 ГК РФ.

Статья 1497. Экспертиза заявки на товарный знак и внесение изменений в документы заявки

Комментарий к статье 1497

1. В абзаце 1 п. 1 комментируемой статьи устанавливается, что экспертиза заявки на товарный знак производится Роспатентом.

Фактически экспертизу заявки на товарный знак осуществляет Федеральный институт промышленной собственности (ФИПС), входящий в систему учреждений, подчиненных Роспатенту.

Возможность "делегирования" Роспатентом своих правомочий другому органу, по нашему мнению, должна быть закреплена законом.

2. В абзаце 2 п. 1 указывается, что экспертиза заявки на товарный знак состоит из двух этапов:

1) формальная экспертиза заявки на товарный знак и

2) экспертиза обозначения, заявленного в качестве товарного знака (заявленного обозначения).

Таким образом, объектом экспертизы на первом этапе является заявка в целом, а на втором этапе - заявленное обозначение.

3. Роспатент не только имеет право проводить экспертизу, но и обязан это делать в соответствии с законом.

4. Пункт 2 комментируемой статьи содержит нормы, в основном аналогичные тем, которые включены в п. 1 ст. 1378 ГК РФ в отношении патентных заявок.

В абзаце 1 п. 2 закреплено право заявителя в любое время после подачи заявки, вплоть до принятия по ней решения, вносить изменения в материалы заявки; указанные материалы могут дополнять, уточнять или исправлять материалы заявки.

Под решением по заявке имеется в виду решение, указанное в п. 4 ст. 1499 ГК РФ.

5. В абзаце 2 п. 2 предусмотрены два случая, когда дополнительные материалы, представленные заявителем, "не принимаются к рассмотрению" (следует полагать, что здесь имеется в виду, что они не включаются в заявку). Их можно назвать "новые материалы".

Во-первых, если в них дополняется, расширяется указанный в заявке перечень товаров. Очевидно, что указанный перечень товаров, однако, может уточняться или сокращаться.

Во-вторых, если в заявленное обозначение вносятся изменения, существенно его изменяющие.

Следует считать, что для определения "существенных изменений" применимы те же критерии, которые используются для признания товарных знаков (или - обозначений) сходными до степени смешения (см. п. 16 комментария к ст. 1483 ГК РФ).

Необходимо учитывать, что как включение новых элементов, так и исключение из заявленного обозначения охраняемых элементов может повлечь существенное изменение заявленного обозначения.

Такие не включаемые в заявку дополнительные материалы могут быть оформлены заявителем в качестве самостоятельной заявки.

6. Пункт 3 комментируемой статьи содержит норму, аналогичную той, которая предусмотрена в п. 2 ст. 1378 ГК РФ для патентных заявок.

Пункт 3 устанавливает, что в документы заявки могут быть внесены любые изменения, относящиеся к заявителю, а также исправления ошибок.

Под изменениями, относящимися к заявителю, имеются в виду изменения наименования юридического лица или имени гражданина, а также изменения, касающиеся

перехода права на поданную заявку, в том числе по договору об отчуждении этого права. Все подобные изменения могут быть внесены в заявку вплоть до государственной регистрации товарного знака. Очевидно, что последний возможный срок их подачи - дата сдачи документа об уплате пошлины за государственную регистрацию товарного знака и за выдачу свидетельства (п. 1 ст. 1503 ГК РФ).

7. Пункт 4 комментируемой статьи относится к тем случаям, когда Роспатент в ходе проведения экспертизы запрашивает у заявителя дополнительные материалы.

В абзаце 1 п. 4 закреплено право Роспатента запросить у заявителя дополнительные материалы, "без которых проведение экспертизы невозможно".

На эти выделенные слова необходимо обратить особое внимание: Роспатент вправе запрашивать у заявителя дополнительные материалы только в тех случаях, когда без них "проведение экспертизы невозможно". В случае спора именно Роспатент должен представлять доказательства того, что запрошенные материалы обладают указанным свойством.

8. В абзаце 2 п. 4 указаны те действия, которые заявитель обязан предпринять, получив запрос на представление этих дополнительных материалов. Заявитель должен:

1) либо в течение двух месяцев с даты получения им запроса представить запрошенные материалы;

2) либо - если в запросе Роспатента содержались ссылки на какие-либо документы, не доступные заявителю, - в течение одного месяца со дня получения им запроса Роспатента запросить у Роспатента копии этих материалов. Пропуск этого срока исключает возможность запроса копий указанных материалов;

3) либо в течение двух месяцев со дня получения им запроса Роспатента представить в Роспатент ходатайство о продлении установленного для ответа срока - максимально на срок шесть месяцев (со дня истечения двухмесячного срока для ответа).

Если заявитель не совершит указанных действий, то Роспатент выносит решение о признании заявки отозванной: заявка утрачивает правовую силу, не считается поданной, поступившей в Роспатент.

9. Абзац 3 п. 4 комментируемой статьи устанавливает правило: если в ответе заявителя на запрос Роспатента содержатся "новые материалы" (см. п. 5 комментария к данной статье), то они не принимаются к рассмотрению, т.е. не включаются в заявку.

Статья 1498. Формальная экспертиза заявки на товарный знак

Комментарий к статье 1498

1. Пункт 1 комментируемой статьи устанавливает, что в течение одного месяца со дня поступления заявки в Роспатент по ней должна быть проведена формальная экспертиза.

Само наименование этой экспертизы говорит о том, что при этом проверяется соблюдение формальных требований, предъявляемых к заявке. Об этом речь идет и в первой фразе п. 2 данной статьи.

Комментируемая норма не предусматривает продления месячного срока формальный экспертизы в том случае, если Роспатент запросит у заявителя дополнительные материалы в соответствии с п. 4 ст. 1497 ГК РФ.

2. В пункте 2 устанавливается, что по результатам формальной экспертизы выносится либо решение о принятии заявки к рассмотрению, в котором указывается дата поступления заявки (и, очевидно, другие реквизиты заявки, в частности номер заявки), либо решение об отказе принятия заявки к рассмотрению.

К сожалению, комментируемая норма не указывает на то, что решение об отказе в принятии заявки к рассмотрению должно быть мотивированным. Однако, очевидно, что это предполагается.

3. Хотя данная норма предусматривает, что заявитель "уведомляется" о результатах формальной экспертизы, следует считать, что здесь имеется в виду обязанность Роспатента направить заявителю копию принятого решения о результатах формальной экспертизы.

Статья 1499. Экспертиза обозначения, заявленного в качестве товарного знака

Комментарий к статье 1499

1. Как следует из абзаца 1 п. 1, экспертиза обозначения, заявленного в качестве товарного знака, проводится после принятия к рассмотрению заявки, прошедшей формальную экспертизу.

2. В абзаце 2 п. 1 определяются цель и объем экспертизы заявленного обозначения.

Цель: проверить соответствие заявки некоторым требованиям к товарным знакам, предъявляемым законом, а также установить приоритет заявленного товарного знака.

Объем экспертизы: проверить, соответствует ли заявленное обозначение требованиям, содержащимся в ст. 1477 ГК РФ и в п. 1 - 7 ст. 1483 ГК РФ.

См. тексты указанных статей и комментарий к ним.

Нормы, касающиеся объема экспертизы, сформулированы как императивные. Это означает, что экспертиза не вправе выносить решение об отказе в государственной регистрации заявленного обозначения, ссылаясь на положения других статей ГК РФ.

Вместе с тем следует полагать, что если в процессе экспертизы заявленного обозначения будет обнаружено, что указанное обозначение не соответствует другим нормам ГК РФ, например нормам, содержащимся в пунктах 8 и 9 ст. 1483 ГК РФ, то на это обстоятельство может быть обращено внимание заявителя.

3. В соответствии с п. 2 комментируемой статьи по результатам экспертизы Роспатент выносит решение либо о государственной регистрации товарного знака, либо об отказе в его регистрации.

Поскольку никаких сроков принятия этих решений не установлено, заявителю приходится проявлять терпение. При наличии споров Роспатент обязан доказать, что решение было принято им в "разумный срок".

Хотя в данной статье не упоминается о том, что копия вынесенного решения направляется заявителю опять же в "разумный срок", такая обязанность, следует считать, возлагается на Роспатент.

4. В соответствии с п. 3 комментируемой статьи до принятия (окончательного) решения по результатам экспертизы заявленного обозначения Роспатент имеет право (но не обязан!) направить заявителю письменное уведомление, содержащее результаты экспертизы, и предложить представить свои доводы по поводу приведенных в этом уведомлении мотивов (возможного решения).

Если заявитель в течение шести месяцев со дня направления ему указанного уведомления представит свои доводы, касающиеся мотивов, содержащихся в уведомлении (следует читать - "в проекте решения"), то они должны быть учтены экспертизой. Это, конечно, не означает, что экспертиза согласится с этими доводами: экспертиза должна лишь "выслушать заявителя".

Направление указанного уведомления (проекта решения) дает экспертизе право отложить на полгода вынесение решения. Никаких иных прав и обязанностей сторон оно не создает; в связи с этим п. 3 вызывает недоумение.

5. В пункте 4 указаны случаи, когда Роспатент имеет право (и даже обязан) пересмотреть свое решение о государственной регистрации товарного знака.

Такой пересмотр возможен после принятия такого решения вплоть до регистрации товарного знака в Государственном реестре товарных знаков (ст. 1480 ГК РФ).

Пересмотр принятого решения (т.е. его полная или частичная отмена) имеет место в следующих случаях:

1) обнаружено, что на тождественное или сходное до степени смешения обозначение, предназначенное для тех же или однородных товаров, поступила заявка от того же или от другого заявителя, имеющая более ранний приоритет;

2) обнаружено, что осуществлена государственная регистрация наименования места происхождения товара, которое тождественно или сходно до степени смешения с товарным знаком (см. п. 7 ст. 1483 ГК РФ);

3) выявлена другая заявка или другая уже произведенная регистрация в качестве товарного знака обозначения, тождественного данному товарному знаку, касающаяся тех же перечней товаров, если эта другая заявка или другая регистрация имеют тот же самый или более ранний приоритет (см. п. 6 ст. 1483 ГК РФ). Следует полагать, что эта норма применяется и к тем обозначениям, которые сходны до степени смешения, а также к тем объектам, которые регистрируются для однородных товаров;

4) Выявлено, что произведенное изменение заявителя (т.е. преемство, см. п. 3 ст. 1497 ГК РФ) может привести к введению потребителя в заблуждение относительно товара или его изготовителя (см. также п. 2 ст. 1488 ГК РФ и комментарий к нему).

Во всех этих случаях решение о государственной регистрации товарного знака должно быть пересмотрено независимо от того, когда именно имели место указанные события - после вынесения пересматриваемого решения или еще до того, как решение было вынесено. В первом случае решение должно быть пересмотрено в связи со вновь открывшимися обстоятельствами, а во втором случае - в связи с недочетами при проведении экспертизы.

Статья 1500. Оспаривание решений по заявке на товарный знак

Комментарий к статье 1500

1. В пункте 1 данной статьи установлено право заявителя оспорить принятое Роспатентом решение.

Оспаривание производится путем подачи возражения в палату по патентным спорам.

О палате по патентным спорам см. п. 3 ст. 1248 ГК РФ и комментарий к нему.

2. В пункте 1 дается перечень решений Роспатента, которые могут быть оспорены в палату по патентным спорам. Это решения:

- об отказе в принятии заявки на товарный знак к рассмотрению;
- об отказе в государственной регистрации товарного знака;
- о признании заявки на товарный знак отозванной.

Следует полагать, что этот перечень не является исчерпывающим: в палату по патентным спорам могут быть обжалованы любые решения, принятые экспертизой, неблагоприятные для заявителя, в частности решения о регистрации товарного знака только в отношении части товаров, указанных в заявке.

3. Установлены следующие сроки подачи возражений:

- три месяца со дня получения заявителем оспариваемого решения;
- если в решении указываются какие-либо противопоставляемые материалы, то заявитель вправе запросить в Роспатенте копии этих материалов в течение одного месяца с даты получения им решения, а затем - в течение трех месяцев с даты получения копий противопоставляемых материалов - подать возражение в палату по патентным спорам;
- при наличии уважительных причин указанные сроки могут быть восстановлены на основе ходатайства, поданного в течение двух месяцев со дня истечения этих сроков - см. ст. 1501 ГК РФ.

4. В пункте 2 комментируемой статьи устанавливается право заявителя на внесение в документы заявки некоторых изменений "в период рассмотрения возражения палатой по патентным спорам".

Следует полагать, что речь идет о периоде времени со дня подачи возражения (таким образом, эти изменения уже не могут быть указаны в самом возражении) вплоть до вынесения окончательного акта палатой по патентным спорам - но не до дня решения Роспатента об утверждении этого акта. Изменения, о которых идет речь, - это те изменения, которые указаны в п. 2 и 3 ст. 1497 ГК РФ.

5. В пункте 2 комментируемой статьи содержится, однако, серьезная оговорка, касающаяся права заявителя на внесение данных изменений. Такие изменения допустимы, "если [они] устраняют причины, послужившие единственным основанием для отказа в государственной регистрации товарного знака, и внесение таких изменений позволяет принять решение о государственной регистрации товарного знака".

Из этой нормы следует, что если экспертиза выдвинула два довода против регистрации товарного знака, то заявитель не вправе внести в документы заявки изменение, касающееся только одного из этих доводов. Более того, даже право заявителя внести изменения, касающиеся обоих выдвинутых доводов экспертизы, по-видимому, данной оговоркой исключается.

Кроме того, нельзя не отметить отсутствие логики в данной оговорке, поскольку изменение в документы заявки вносит заявитель, а определяет, позволяет ли внесенное изменение принять решение о государственной регистрации товарного знака, не заявитель, а палата по патентным спорам.

Правовое значение данной оговорки сомнительно; строго говоря, она является антиконституционной.

Статья 1501. Восстановление пропущенных сроков, связанных с проведением экспертизы заявки на товарный знак

Комментарий к статье 1501

1. В комментируемой статье речь идет о возможности восстановления пропущенных заявителем сроков в следующих двух случаях.

2. Первый случай - это сроки, указанные в п. 4 ст. 1497 ГК РФ. Они относятся к той ситуации, когда Роспатент запросил у заявителя дополнительные материалы, без которых проведение экспертизы невозможно. Об этих сроках (их несколько) см. п. 7 и 8 комментария к ст. 1497 ГК РФ.

3. Второй случай - сроки, указанные в п. 1 ст. 1500 ГК РФ. Они относятся к подаче заявителем возражения в палату по патентным спорам.

4. И в первом, и во втором случаях пропущенные сроки могут быть восстановлены по мотивированному ходатайству заявителя о восстановлении пропущенного срока.

Указанное ходатайство должно содержать "подтверждение уважительности причин" пропуска установленных сроков. Следует считать, что это должны быть какие-то документы.

Указанное ходатайство должно быть подано в Роспатент в течение двух месяцев со дня истечения пропущенных сроков.

В первом случае (см. п. 2 комментария к данной статье) ходатайство подается в Роспатент одновременно с запрошенными дополнительными материалами.

Во втором случае (см. п. 3 комментария к данной статье) ходатайство подается в палату по патентным спорам одновременно с подачей возражения.

5. Следует считать, что нормы комментируемой статьи распространяются и на месячный срок запроса заявителем у Роспатента копий противопоставленных заявке материалов.

6. Следует считать, что упомянутое в абзаце 2 п. 4 ст. 1497 ГК РФ ходатайство о продлении срока не является указанным в ст. 1501 ГК РФ ходатайством о восстановлении пропущенного срока; удовлетворение первого ходатайства не исключает возможности подачи второго ходатайства.

7. Отказ Роспатента (или, соответственно, палаты по патентным спорам) дает право заявителю перенести рассмотрение этого спора в палату по патентным спорам (или, соответственно, в суд).

Статья 1502. Отзыв заявки на товарный знак и выделение из нее другой заявки

Комментарий к статье 1502

1. В пункте 1 комментируемой статьи установлено право заявителя в любой момент после подачи заявки на товарный знак и вплоть до даты государственной регистрации товарного знака отозвать заявку.

Отзыв заявки означает отказ от заявки, заявитель просит считать заявку неподанной.

Если отзыв заявки поступит после даты государственной регистрации товарного знака, то он не имеет правового значения. В этом случае отзыв заявки не должен рассматриваться как отказ правообладателя от права на товарный знак (подп. 5 п. 1 ст. 1514 ГК РФ), если иное не указано в самом отзыве.

2. Отзыв заявки является безотзывным; исключение составляет случай, когда отказ от отзыва поступил ранее или одновременно с самим отзывом (п. 2 ст. 435, ст. 439 ГК РФ).

3. В пункте 2 комментируемой статьи предусматривается, что после подачи заявки и вплоть до принятия по заявке решения заявитель может подать в Роспатент так называемую "выделенную заявку". Такая заявка должна относиться к тому же самому обозначению, но лишь к части товаров, которые были указаны в первоначальной заявке.

В этом случае товары, указанные в выделенной заявке, исключаются из перечня товаров, указанных в первоначальной заявке.

Выделенная заявка должна относиться к товарам, которые не являются однородными с товарами, оставшимися в первоначальной заявке.

Как указано в п. 2 ст. 1494 ГК РФ, выделенная заявка может быть подана при условии, что на дату подачи выделенной заявки первоначальная заявка не отозвана и не признана отозванной.

Выделенная заявка сохраняет приоритет первоначальной заявки (п. 2 ст. 1494 ГК РФ).

Выделенная заявка может быть подана до даты вынесения Роспатентом решения по заявке, предусмотренного в п. 2 ст. 1499 ГК РФ.

После проведения процедуры выделения заявки первоначальная заявка и выделенная заявка считаются самостоятельными заявками.

Статья 1503. Порядок государственной регистрации товарного знака

Комментарий к статье 1503

1. Комментируемая статья определяет действия Роспатента по проведению государственной регистрации товарного знака.

Сами эти действия осуществляются Роспатентом после того, как он вынес решение о государственной регистрации товарного знака, что отмечено в п. 2 ст. 1499 ГК РФ.

2. О дальнейших действиях Роспатента непосредственно после вынесения такого решения в ГК РФ прямо ничего не говорится; о них можно только догадываться.

Можно предполагать, что Роспатент обязан направить свое решение заявителю в течение определенного срока и предложить заявителю уплатить пошлину за

государственную регистрацию товарного знака и за выдачу свидетельства на него. Очевидно, что заявитель должен выполнить это требование в течение определенного срока.

Из пункта 2 комментируемой статьи следует, что документ об уплате указанной в п. 1 пошлины, должен быть представлен в "установленном порядке". Между тем в ГК РФ нет никаких поручений какому-либо органу разработать и утвердить этот порядок. В этих условиях не могут применяться и ранее принятые подзаконные акты.

3. В соответствии с абз. 1 п. 1 комментируемой статьи Роспатент в течение одного месяца со дня получения от заявителя документа об уплате пошлины за государственную регистрацию товарного знака и за выдачу свидетельства должен осуществить государственную регистрацию товарного знака в Государственном реестре товарных знаков.

4. В абзаце 2 п. 1 указываются основные сведения, которые вносятся в Государственный реестр товарных знаков. Это изображение товарного знака, сведения о правообладателе, дата приоритета, перечень товаров, для индивидуализации которых товарный знак зарегистрирован, дата государственной регистрации, а также другие сведения, относящиеся к регистрации товарного знака.

Поскольку ГК РФ не поручил утвердить какому-либо органу порядок ведения Государственного реестра товарных знаков, то что именно имеется в виду под "другими сведениями, относящимися к регистрации товарного знака", определить трудно. Следует полагать, что здесь, по крайней мере, имеется в виду номер регистрации, который, очевидно, должен совпадать с номером свидетельства.

В Государственный реестр заносятся и последующие изменения указанных сведений.

5. В соответствии с п. 2 комментируемой статьи при непредставлении "в установленном порядке" (см. по этому вопросу п. 2 комментария к данной статье) документа об уплате пошлины за регистрацию товарного знака и выдачу свидетельства регистрация товарного знака не осуществляется и Роспатент принимает решение о признании соответствующей заявки на товарный знак отозванной, т.е. не порождающей никаких правовых последствий.

О патентных и иных пошлинах см. ст. 1249 ГК РФ.

Статья 1504. Выдача свидетельства на товарный знак

Комментарий к статье 1504

1. В комментируемой статье устанавливается, что в течение одного месяца со дня государственной регистрации товарного знака в Государственном реестре Роспатент выдает свидетельство на товарный знак.

О правовом значении свидетельства на товарный знак см. ст. 1481 ГК РФ и комментарий к ней.

2. Пункт 2 комментируемой статьи предусматривает, что форма свидетельства и перечень указанных в нем сведений устанавливаются федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим нормативно-правовое регулирование в сфере интеллектуальной собственности.

До принятия этого подзаконного акта сохраняет свою силу Приказ Роспатента от 22 сентября 1998 г. N 179.

Статья 1505. Внесение изменений в Государственный реестр товарных знаков и в свидетельство на товарный знак

Комментарий к статье 1505

1. Пункт 1 комментируемой статьи обязывает владельца товарного знака уведомлять Роспатент о любых изменениях, которые относятся к государственной регистрации товарного знака.

Здесь речь, однако, не идет о договорах, касающихся зарегистрированного товарного знака, которые регулируются особо, см. ст. 1490 ГК РФ. Здесь речь идет о фактических обстоятельствах, относящихся к самому правообладателю (изменение имени или наименования, перемена адреса и т.п.), а также об односторонних действиях правообладателя (сокращение перечня товаров, для индивидуализации которых зарегистрирован товарный знак, изменение отдельных элементов товарного знака, не меняющих его существа, и т.п.).

Комментируемая норма не устанавливает ни сроков исполнения этих обязанностей, ни последствий их неисполнения.

2. Как следует из п. 3 комментируемой статьи, все такие уведомления оплачиваются пошлинами.

3. Следует считать, что Роспатент, получив такое уведомление, оплаченное пошлиной, обязан внести соответствующие изменения в Государственный реестр товарных знаков и в свидетельство на товарный знак. Указанные действия должны быть осуществлены в "разумный срок".

4. Пункт 2 данной статьи предусматривает, что в процессе оспаривания предоставления правовой охраны товарному знаку (по различным основаниям, предусмотренным в ст. 1512 ГК РФ) владелец товарного знака имеет право "выделить" из первоначальной регистрации новую (отдельную) регистрацию.

Эти действия правообладателя имеют многие черты сходства с выделением заявки (п. 2 ст. 1502 и п. 2 ст. 1494 ГК РФ).

5. Выделение новой (отдельной) регистрации может быть осуществлено только при наличии спора о предоставлении правовой охраны товарному знаку и в процессе этого спора, т.е. после подачи возражения в палату по патентным спорам или в Роспатент и вплоть до принятия решения или акта палаты по патентным спорам.

6. Само "выделение" новой (отдельной) регистрации состоит в том, что правообладатель заявляет о своем желании выделить в отдельную регистрацию оспариваемого товарного знака в отношении части перечня тех товаров, которые указаны в первоначальной регистрации. При этом из первоначальной регистрации выделяемые товары исключаются.

Условием такого выделения является неоднородность товаров, сохраняющихся в первоначальной регистрации и выделяемых в отдельную регистрацию.

7. В соответствии с п. 4 комментируемой статьи Роспатент имеет право, предварительно уведомив о том правообладателя, по собственной инициативе вносить в Государственный реестр товарных знаков и в свидетельство на товарный знак исправления очевидных и технических ошибок. Следует полагать, что при этом правообладатель не должен уплачивать никаких пошлин.

Статья 1506. Публикация сведений о государственной регистрации товарного знака

Комментарий к статье 1506

В соответствии с комментируемой статьей Роспатент обязан незамедлительно после внесения в Государственный реестр товарных знаков как первоначальных сведений о регистрации товарного знака (п. 1 ст. 1503 ГК РФ), так и любых изменений этих сведений (ст. 1505 ГК РФ) публиковать эти сведения в своем официальном бюллетене.

Следует полагать, что к указанному официальному бюллетеню должен быть обеспечен широкий и беспрепятственный доступ. Если этот официальный бюллетень представляет собой сайт в Интернете, то он должен быть доступен любому лицу.

Статья 1507. Регистрация товарного знака в иностранных государствах и международная регистрация товарного знака

Комментарий к статье 1507

1. Пункт 1 комментируемой статьи предоставляет российским юридическим лицам, а также гражданам Российской Федерации право регистрировать свои товарные знаки в иностранных государствах и осуществлять международную регистрацию своих товарных знаков.

Эта норма относится не только к тем гражданам России, которые зарегистрированы в России как предприниматели, но и к любым иным гражданам России.

2. Пункт 2 предусматривает одно исключение из того права, которое предусмотрено в п. 1: если российское юридическое лицо или российский гражданин желают получить международную регистрацию своего товарного знака, то заявка на такую международную регистрацию должна быть подана через Роспатент.

В пункте 2 под гражданами России имеются в виду те граждане, которые постоянно проживают в России, а под международной регистрацией - регистрация товарного знака, которая осуществляется на основе Мадридского соглашения о международной регистрации знаков или на основе Протокола к Мадридскому соглашению.

Следует иметь в виду, что ст. 1 (2) Мадридского соглашения, а также ст. 2 (1) Протокола к Мадридскому соглашению предусматривают, что заявка на международную регистрацию товарного знака подается через ведомство страны происхождения товарного знака.

Пункт 2 лишь дублирует эти нормы международных договоров России.

4. Особенности правовой охраны общеизвестного товарного знака

Статья 1508. Общеизвестный товарный знак

Комментарий к статье 1508

1. К моменту написания настоящего комментария в России признаны общеизвестными всего около 100 товарных знаков, в то время как число "обычных" товарных знаков, ежегодно регистрируемых в России на основе национальной регистрации и международной регистрации, приближается к 50 тыс. Общеизвестные товарные знаки появляются редко, но значение каждого из них очень велико.

2. Как следует из абз. 1 п. 1 комментируемой статьи, обозначение, в том числе уже зарегистрированное как товарный знак, может быть признано общеизвестным товарным знаком по решению Роспатента.

Это решение принимается по заявлению лица, которое полагает, что используемое им обозначение является фактически общеизвестным в Российской Федерации товарным знаком. Роспатент рассматривает это заявление и выносит по нему решение (п. 1 ст. 1509 ГК РФ).

3. Как можно понять из абз. 1 п. 1, обозначение является общеизвестным в России товарным знаком, если оно в результате его интенсивного использования стало широко известным в России среди соответствующих потребителей в качестве обозначения товаров заявителя.

4. Очевидно, что упомянутое "интенсивное использование" должно осуществляться заявителем и (или) партнерами заявителя; в любом случае это обозначение у соответствующих потребителей должно вызывать ассоциации с товарами именно этого заявителя.

5. В комментируемой норме не указывается, где, на какой территории должно осуществляться это "интенсивное использование" - в России, за рубежом или и в России, и за рубежом. Очевидно, это не имеет значения - главное, чтобы в результате "интенсивного использования" товарный знак получил широкую известность в России.

Понятие "интенсивное использование" может пониматься по-разному: это может быть широкое использование, длительное использование и т.п.

6. Большой интерес представляет упоминание о дате, указываемой в заявлении, на которую данное обозначение стало общеизвестным. Это не обязательно дата подачи заявления, это та дата, которую указывает заявитель и утверждает: "На эту дату мое обозначение стало в России общеизвестным товарным знаком. Прошу признать это".

7. Обозначение, которое указано в заявлении, может уже быть зарегистрировано в России как "обычный" (необщеизвестный) товарный знак либо по национальной процедуре, либо в соответствии с международным договором Российской Федерации, т.е. по процедуре Мадридского соглашения о международной регистрации знаков или по процедуре Протокола к Мадридскому соглашению. О международной регистрации см. п. 4 комментария к ст. 1483 ГК РФ.

Однако такая регистрация не является обязательной для подачи указанного заявления и для вынесения положительного решения: возможна подача заявления и на "обозначение, используемое в качестве товарного знака, но не имеющее правовой охраны на территории Российской Федерации".

Следует считать, что в данном случае "использование" не обязательно должно иметь место на территории России (см. также п. 5 комментария к данной статье).

8. В абзаце 2 п. 1 комментируемой статьи предусмотрен один случай, когда обозначение, заявленное в качестве общеизвестного товарного знака, не может быть признано общеизвестным несмотря на то, что оно отвечает всем признакам, указанным в абз. 1 п. 1: если на ту дату, когда это обозначение стало общеизвестным, другое лицо подало заявку на регистрацию в качестве товарного знака аналогичного или сходного с ним до степени смешения обозначения для использования в отношении тех же или однородных товаров с более ранним приоритетом и до или после той даты, когда заявленное обозначение стало общеизвестным, это обозначение другого лица было зарегистрировано как товарный знак.

Здесь есть прямая аналогия с нормой, содержащейся в абз. 1 - 4 п. 6 ст. 1483 ГК РФ: более ранняя заявка или более ранняя регистрация товарного знака на имя другого лица препятствуют последующей регистрации (здесь: препятствуют признанию обозначения общеизвестным товарным знаком).

9. В соответствии с абз. 1 п. 2 комментируемой статьи если заявленное обозначение отвечает требованиям, установленным в п. 1, то оно признается общеизвестным товарным знаком и ему предоставляется правовая охрана, предусмотренная для [обычных, необщеизвестных] товарных знаков.

Следует считать, что роль даты приоритета общеизвестного товарного знака играет указанная в решении Роспатента дата, на которую общеизвестный товарный знак стал широко известен в России.

Общеизвестный товарный знак, как вытекает из п. 1, признается в отношении определенного перечня товаров.

10. Поскольку товарный знак может быть признан общеизвестным при наличии ранее полученной обычной [необщеизвестной] регистрации этого же товарного знака, причем о судьбе этой обычной регистрации в случае признания товарного знака

общеизвестным в ГК РФ ничего не указывается, следует считать, что указанная обычная регистрация сохраняет свою силу.

Возможность отчуждения исключительного права по этой обычной регистрации будет ограничена в связи с наличием нормы, содержащейся в п. 2 ст. 1488 ГК РФ.

11. В абзаце 2 п. 2 комментируемой статьи устанавливается, что "предоставление правовой охраны общеизвестному товарному знаку означает признание исключительного права на товарный знак".

Следует полагать, что смысл этой нормы состоит в том, что если обозначение признано общеизвестным товарным знаком, то на этот знак возникает исключительное право, аналогичное тому, которое действует в отношении обычного товарного знака (ст. 1484 ГК РФ), но имеющее некоторые особенности. Они указаны в ст. 1508, 1509, 1512, 1513 и 1514 ГК РФ.

12. Следует считать, что исключительное право на общеизвестный товарный знак возникает с той даты, когда этот товарный знак превратился в общеизвестный. Эта дата указывается в заявлении (п. 1 ст. 1508 ГК РФ); очевидно, она указывается и в решении Роспатента о признании обозначения общеизвестным товарным знаком.

Поскольку сведения о возникновении этого исключительного права становятся доступны третьим лицам только с даты официальной публикации об этом (п. 4 ст. 1509 ГК РФ), следует считать, что ответственность третьих лиц за нарушения исключительного права на общеизвестный товарный знак до даты упомянутой официальной публикации может наступать лишь при наличии их вины (ст. 1064 ГК РФ; см. также п. 6 - 9 комментария к ст. 1250 ГК РФ).

13. Отчуждение исключительного права на общеизвестный товарный знак ограничивается нормой, содержащейся в п. 2 ст. 1488 ГК РФ.

14. Абзац 3 п. 2 комментируемой статьи устанавливает, что правовая охрана общеизвестного товарного знака действует бессрочно.

Это не исключает возможности прекращения действия этой правовой охраны (подп. 4 п. 2 и п. 3 ст. 1512, подп. 3, 4, 5 и 6 п. 1, п. 2 и п. 3 ст. 1514 ГК РФ).

15. Пункт 3 данной статьи содержит норму, в соответствии с которой исключительное право на общеизвестный товарный знак может распространять свое действие и на другие товары, не однородные с теми, в отношении которых он был признан общеизвестным.

Это имеет место в том случае, "если использование другим лицом [или - другими лицами] общеизвестного товарного знака [очевидно, включая и обозначения, сходные с ним до степени смешения] будет ассоциироваться у потребителей с обладателем исключительного права на товарный знак и может ущемить законные интересы такого [очевидно - "этого"] обладателя".

Следует полагать, что владелец общеизвестного товарного знака, заявляющий о распространении действия своего исключительного права на товары, которые не являются однородными с товарами, указанными им в заявлении и в принятом по заявлению решении, должен доказать, что использование его общеизвестного товарного знака для этих товаров третьим лицом, во-первых, будет ассоциироваться с ним, обладателем исключительного права на товарный знак, и, во-вторых, ущемит его законные интересы.

См. также подп. 4 п. 2 ст. 1512 ГК РФ и п. 13 комментария к ст. 1512 ГК РФ.

Об однородных товарах см. п. 11 комментария к ст. 1484 ГК РФ.

Статья 1509. Предоставление правовой охраны общеизвестному товарному знаку

Комментарий к статье 1509

1. В соответствии с п. 1 данной статьи Роспатент на основе заявления, указанного в п. 1 ст. 1508 ГК РФ, и, очевидно, убедившись в том, что заявленное обозначение отвечает

требованиям, указанным в п. 1 ст. 1508 ГК РФ, выносит решение о предоставлении правовой охраны определенному обозначению в качестве общеизвестного товарного знака.

Процедура рассмотрения Роспатентом указанного заявления не урегулирована законом: не установлены ни сроки рассмотрения, ни порядок рассмотрения; нет даже прямых указаний о том, обязан ли Роспатент проводить какую-либо проверку поступившего заявления.

Поскольку в п. 1 ст. 1508 ГК РФ речь идет о том, что указанный в заявлении товарный знак или обозначение "могут быть" признаны общеизвестными, следует полагать, что Роспатент имеет право (или обязан?) осуществлять проверку указанных в заявлении сведений. Указание на то, что Роспатент имеет право вынести решение об отказе в признании представляемого обозначения общеизвестным товарным знаком, содержится также в п. 4 ст. 1513 ГК РФ.

2. В соответствии с п. 2 данной статьи Роспатент, признав обозначение общеизвестным товарным знаком, вносит сведения о нем в Перечень общеизвестных в Российской Федерации товарных знаков.

Этот Перечень специально придуман для того, чтобы отделить общеизвестные товарные знаки от "обычных" товарных знаков, которые подлежат обязательной государственной регистрации и вносятся в Государственный реестр товарных знаков, в то время как общеизвестные товарные знаки, как полагают, в соответствии со ст. 6.bis Парижской конвенции по охране промышленной собственности, должны охраняться без государственной регистрации. На самом деле включение Перечня общеизвестных товарных знаков в Государственный реестр товарных знаков не может считаться нарушением норм Парижской конвенции. Ведение особого Перечня общеизвестных товарных знаков создает лишь практические трудности.

Порядок ведения указанного Перечня и сведения, которые в него включаются, законом не определены.

3. В соответствии с п. 3 комментируемой статьи Роспатент обязан в течение одного месяца после включения общеизвестного товарного знака в указанный Перечень выдать правообладателю свидетельство на общеизвестный товарный знак.

Форма этого свидетельства и перечень указываемых в нем сведений устанавливаются федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим нормативно-правовое регулирование в сфере интеллектуальной собственности. Следует считать, что этим органом является Министерство образования и науки РФ.

Очевидно, что форма свидетельства на общеизвестный товарный знак и указываемые в нем сведения должны в основном совпадать с тем, что имеет место в свидетельстве на обычный товарный знак.

4. Пункт 4 комментируемой статьи устанавливает, что сведения, относящиеся к общеизвестному товарному знаку, незамедлительно после их внесения в указанный Перечень публикуются в официальном бюллетене Роспатента. Следует считать, что этот бюллетень должен быть доступен любому лицу.

5. Полагаем, что любые изменения в правовом статусе общеизвестного товарного знака (в частности, заключенные договоры) должны в обязательном порядке отражаться в указанном Перечне, вноситься в свидетельство и публиковаться в указанном официальном бюллетене Роспатента.

5. Особенности правовой охраны коллективного знака

Статья 1510. Право на коллективный знак

Комментарий к статье 1510

1. Право на коллективный знак, несомненно, введено в российское законодательство в соответствии со ст. 7.bis Парижской конвенции по охране промышленной собственности, но это право сформулировано как российская национальная норма, которая подлежит применению независимо от указанной конвенции.

2. Хотя в ст. 1510 и 1511 ГК РФ говорится о "коллективном знаке", более точное его название - "коллективный товарный знак".

3. В абзаце 1 п. 1 комментируемой статьи определяется, кто может выступать в качестве заявителя коллективного знака. Им может быть "объединение лиц, создание и деятельность которого не противоречат законодательству государства, в котором оно создано".

Следует считать, что создание и деятельность этого объединения не должны противоречить и российскому законодательству.

Как следует из п. 1 ст. 1511 ГК РФ, указанное объединение лиц должно иметь документ, именуемый "устав коллективного знака". Это обстоятельство, однако, не означает, что данное объединение должно быть признано юридическим лицом. Следовательно, заявителем коллективного товарного знака может быть как юридическое лицо, так и объединение, не являющееся юридическим лицом.

4. В соответствии с абз. 2 п. 1 коллективный знак - это товарный знак, предназначенный для обозначения товаров, которые производятся или реализуются лицами, входящими в данное объединение.

Таким образом, право на коллективный знак, если оно будет признано, будет принадлежать не заявителю - указанному объединению, а отдельным лицам, входящим в данное объединение. Сам заявитель - объединение не получает никаких исключительных прав на пользование коллективным знаком, хотя оно и именуется "правообладатель" в абз. 2 п. 2 ст. 1511 ГК РФ.

Являются ли лица, входящие в указанное объединение, самостоятельными, независимыми друг от друга владельцами исключительного права на коллективный знак или они должны согласовывать друг с другом порядок использования коллективного знака (например, объемы использования) - этот вопрос может решаться в уставе коллективного знака, указанном в п. 1 ст. 1511 ГК РФ.

К взаимоотношениям между лицами, входящими в указанное объединение, применимы нормы, предусмотренные п. 3 и 4 ст. 1229 ГК РФ. См. п. 11 - 18 комментария к ст. 1229 ГК РФ.

5. В абзаце 2 п. 1 комментируемой статьи указывается, что товары, для обозначения которых должен применяться коллективный знак, должны обладать "едиными характеристиками качества или иными общими характеристиками". Слова "единые" и "общие" здесь являются синонимами.

Под "иными характеристиками" имеются в виду размеры, цвет и т.п.

В абзаце 3 п. 1 устанавливается, что коллективным знаком может пользоваться каждое из входящих в объединение лиц.

6. Пункт 2 комментируемой статьи предусматривает, что право на коллективный знак не может быть ни отчуждено, ни предоставлено по лицензии. Следует считать, что данная норма не исключает возможности распорядиться исключительным правом на коллективный знак иным способом (см. ст. 1233 ГК РФ).

Следует полагать, что указанное объединение лиц после подачи заявки на коллективный знак может расширить перечень лиц, входящих в объединение, что даст право вновь включенным лицам пользоваться коллективным знаком (см. абз. 2 п. 2 ст. 1511 ГК РФ).

7. В пункте 3 устанавливается, что лицо, входящее в объединение, имеет право, наряду с коллективным знаком, пользоваться "своим товарным знаком". Следует считать, что понятие "свой товарный знак" включает и знак, полученный по лицензии.

Статья 1511. Государственная регистрация коллективного знака

Комментарий к статье 1511

1. Комментируемая статья посвящена лишь особенностям государственной регистрации коллективного знака. Все остальные нормы, относящиеся к регистрации товарного знака (ст. 1492 - 1507 ГК РФ), применяются и к коллективным знакам.

2. В соответствии с п. 1 данной статьи к заявке на коллективный знак прилагается устав коллективного знака, который должен содержать, как минимум, все указанные в данном пункте сведения. В основном все эти сведения понятны и в особых комментариях не нуждаются.

Следует полагать, что устав коллективного знака должен иметь подписи всех лиц, входящих в объединение, а также указывать на то, что объединение имеет право подать заявку на коллективный знак.

По своей правовой природе устав коллективного знака является либо договором простого товарищества (гл. 55 ГК РФ), либо учредительным документом о создании юридического лица.

3. В соответствии с абз. 1 п. 2 комментируемой статьи в случае регистрации коллективного знака в Государственный реестр товарных знаков и в свидетельство дополнительно вносятся сведения о лицах, имеющих право пользования коллективным знаком.

Эти сведения, равно как и выписка из устава коллективного знака об общих характеристиках товаров, маркируемых коллективным знаком (конечно, обычно эти характеристики относятся к качеству товаров), публикуются в официальном бюллетене Роспатента.

4. Абзац 2 п. 2 предусматривает, что правообладатель (т.е. лицо, на имя которого зарегистрирован коллективный знак) уведомляет Роспатент об изменениях в уставе коллективного знака.

Следует полагать, что эти изменения могут касаться, в частности, выхода (исключения) отдельных лиц из объединения и вступления в объединение новых лиц.

Очевидно, что ко всем таким уведомлениям применяются нормы, указанные в ст. 1505 ГК РФ.

5. Пункт 3 анализируемой статьи относится к одному случаю досрочного прекращения охраны коллективного знака. Эта норма - явно "не на месте".

Поскольку все случаи досрочного прекращения правовой охраны товарных знаков, в том числе и этот случай, рассматриваются в ст. 1514 ГК РФ, комментарий к п. 3 ст. 1511 ГК РФ дан в п. 3 комментария к ст. 1514 ГК РФ.

6. Пункт 4 комментируемой статьи предусматривает возможность преобразования заявки на коллективный знак в заявку на "обычный" товарный знак, а зарегистрированный коллективный знак - в "обычный" товарный знак. Допустимы и противоположные преобразования.

Порядок такого преобразования устанавливается федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим нормативно-правовое регулирование в сфере интеллектуальной собственности. До принятия этого акта - в отношении преобразования заявок - сохраняют силу Правила составления, подачи и рассмотрения заявки на регистрацию товарного знака и знака обслуживания, утвержденные Приказом Роспатента от 5 марта 2003 г. N 32 (см. п. 6.7 Правил).

6. Прекращение исключительного права на товарный знак

Статья 1512. Основания оспаривания и признания недействительным предоставления правовой охраны товарному знаку

Комментарий к статье 1512

1. Комментируемая статья устанавливает случаи, когда правовая охрана, предоставленная товарному знаку, может быть оспорена и признана недействительной ab ovo, с самого начала, т.е. с момента возникновения.

В отличие от этого ст. 1514 ГК РФ предусматривает случаи досрочного прекращения правовой охраны товарного знака на будущее время.

2. В абзаце 1 п. 1 комментируемой статьи указывается, что оспаривание предоставления правовой охраны товарному знаку означает, что оспаривается, во-первых, решение о государственной регистрации товарного знака и, во-вторых, основанное на этой регистрации исключительное право на товарный знак. Оба эти объекта неразрывно связаны друг с другом и оспариваются они всегда вместе.

3. Абзац 2 п. 1 предусматривает, что если правовая охрана товарного знака признана недействительной, то это влечет отмену решения Роспатента о регистрации товарного знака. Следовательно, и исключительное право на товарный знак тем самым отменяется, признается несуществующим и несуществовавшим.

4. Именно так сформулирована сфера действия (гипотеза) комментируемой статьи.

Определив таким образом сферу действия комментируемой статьи, законодатель совершил очень серьезную ошибку: забыл о том, что в России правовая охрана товарным знакам во многих случаях (около 10 тыс. регистраций ежегодно!) предоставляется не на основе государственной регистрации товарных знаков в Государственном реестре товарных знаков, ведущемся в Роспатенте (г. Москва), а на основе международной регистрации товарных знаков в Международном бюро ВОИС (г. Женева, Швейцария).

Хотя в соответствии со ст. 4 Мадридского соглашения о международной регистрации знаков и в соответствии со ст. 4 Протокола к Мадридскому соглашению "с даты [международной] регистрации... в каждой заинтересованной Договаривающейся стране знаку предоставляется такая же охрана, как если бы он был заявлен там непосредственно", сомнительно, чтобы в силу этой нормы на товарные знаки, зарегистрированные в России по международной процедуре, распространялись нормы ст. 1512 ГК РФ.

Фактически основания оспаривания и признания недействительными товарных знаков, охраняемых в России на основе международных договоров Российской Федерации, наше законодательство не предусматривает. Это, однако, не исключает возможности применения ст. 1512 ГК РФ по аналогии.

5. В пункте 2 комментируемой статьи перечислены шесть оснований оспаривания и признания недействительным предоставления правовой охраны товарному знаку.

Одно дополнительное основание, применимое к общеизвестному товарному знаку, указано в п. 3 данной статьи.

Перечень этих оснований следует считать исчерпывающим.

6. В подпунктах 1, 2, 6 п. 2 и в п. 3 комментируемой статьи устанавливается, что предоставление правовой охраны товарному знаку может быть оспорено и признано недействительным "полностью или частично".

Следует считать, что в тех случаях, когда предоставление правовой охраны оспаривалось полностью, оно может быть признано недействительным лишь частично.

Частичное признание недействительным предоставления правовой охраны товарному знаку может относиться либо к перечню товаров, для индивидуализации которых используется товарный знак (этот перечень сокращается), либо к содержанию зарегистрированного обозначения (из него исключаются отдельные элементы, как охраняемые, так, возможно, и неохраняемые).

Как вытекает из нормы, содержащейся в абз. 2 п. 1, признание предоставления правовой охраны товарному знаку частично недействительным влечет отмену

первоначального решения Роспатента и принятие нового решения о регистрации товарного знака.

Напротив, если предоставление правовой охраны товарному знаку признано недействительным полностью, то первоначальное решение Роспатента отменяется без вынесения нового решения.

7. В подп. 2 п. 2 указан случай, когда предоставление правовой охраны товарному знаку может быть оспорено и признано недействительным "в течение пяти лет со дня публикации сведений о государственной регистрации товарного знака в официальном бюллетене".

Установленный пятилетний срок имеет значение для оспаривания - подача возражения должна произойти в этот срок, а не для признания недействительности. Последнее может иметь место по истечении этого срока.

8. В отличие от указанного пятилетнего срока, в который должно быть подано возражение в соответствии с подп. 2 п. 2, во всех остальных случаях, указанных в других подпунктах п. 2 и в п. 3, оспаривание может быть осуществлено "в течение всего срока действия исключительного права на товарный знак".

Это положение очень важное. Оно означает, что если имели место какие-либо нарушения при предоставлении правовой охраны товарному знаку, то срок исковой давности по защите прав, затронутых этими нарушениями, в течение действия исключительного права на товарный знак не течет, ибо это - длящиеся нарушения, они послужили основой для возникновения исключительного права, которое продолжает действовать.

9. Буквальное прочтение нормы о том, что оспаривание возможно "в течение всего срока действия исключительного права на товарный знак", неизбежно приводит к выводу о том, что после прекращения действия исключительного права на товарный знак никакое оспаривание уже невозможно.

Между тем и после прекращения исключительного права на товарный знак у третьих лиц может иметься законный интерес осуществить такое оспаривание и добиться признания недействительным предоставления правовой охраны товарному знаку.

Следует полагать, что такое оспаривание возможно на основе ныне действующего законодательства, несмотря на отмеченные выше нечеткости в формулировках.

Таким образом, выражение "в течение всего срока действия исключительного права" может иметь своей целью обеспечить возможность оспаривания именно в течение "всего" этого срока, не ограничивая при этом возможность оспаривания за пределами этого срока.

10. Подпункт 1 п. 2 комментируемой статьи устанавливает возможность оспаривания предоставления правовой охраны, если при этом не были соблюдены нормы, содержащиеся в пунктах 1 - 5, 8 и 9 ст. 1483 ГК РФ (см. комментарий к ст. 1483 ГК РФ).

Следует иметь в виду, что если обозначение приобрело различительную способность (последний абзац п. 1 ст. 1483 ГК РФ) не на дату приоритета заявки, а позже, то предоставление правовой охраны должно быть признано недействительным.

Согласие третьих лиц на регистрацию товарного знака или на включение в него отдельных элементов (п. 2, 4, 9 ст. 1483 ГК РФ) может быть получено правообладателем после подачи заявки, но его действие должно распространяться на день приоритета заявки. В противном случае предоставление правовой охраны товарному знаку должно признаваться недействительным.

11. Подпункт 2 п. 2 комментируемой статьи устанавливает, что правовая охрана товарного знака признается недействительной, если товарный знак не соответствует требованиям, содержащимся в п. 6 и 7 ст. 1483 ГК РФ (см. комментарий к этой статье).

12. Подпункт 3 п. 2 предусматривает, что правовая охрана должна быть признана полностью недействительной, если не были соблюдены требования, указанные в ст. 1478 ГК РФ. А требования, содержащиеся в этой статье, очень простые: обладателем

исключительного права на товарный знак может быть юридическое лицо или индивидуальный предприниматель.

Поэтому юридически точная сфера применения комментируемой нормы такова: правовая охрана товарного знака аннулируется, если на дату регистрации владелец товарного знака не являлся юридическим лицом или индивидуальным предпринимателем. Если же это произошло после даты регистрации товарного знака, то эта норма не применяется, а подлежит применению подп. 4 п. 1 ст. 1514 ГК РФ. Более того, комментируемая норма не подлежит применению, если указанные обстоятельства имели место до даты регистрации товарного знака.

13. Подпункт 4 п. 2 комментируемой статьи относится к ситуации, когда установлено, что правовая охрана общеизвестного товарного знака распространяется и на те товары, которые являются неоднородными по сравнению с товарами, для идентификации которых предназначен общеизвестный товарный знак (п. 3 ст. 1508 ГК РФ). Если в этой ситуации какое-либо третье лицо получило регистрацию товарного знака для этих "неоднородных" товаров с более поздним приоритетом, чем дата признания общеизвестности товарного знака в России, то товарный знак этого третьего лица может быть оспорен и аннулирован.

Из этой нормы - a contrario - следует, что если какое-либо третье лицо получило регистрацию товарного знака, идентичного общеизвестному знаку, для товаров, не однородных с теми, для идентификации которых предназначен общеизвестный товарный знак, с более ранним приоритетом, чем дата признания общеизвестности товарного знака в России, то этот знак третьего лица не может быть оспорен и аннулирован, несмотря на то, что он ассоциируется у потребителей с обладателем исключительного права на общеизвестный товарный знак и может ущемить законные интересы такого обладателя.

14. Подпункт 5 п. 2 комментируемой статьи относится к оспариванию того товарного знака, владельцем которого является агент или представитель лица, которое, в свою очередь, является обладателем исключительного права [на этот же товарный знак] в одном из государств - участников Парижской конвенции по охране промышленной собственности, причем в сложившейся ситуации требования указанной Конвенции нарушены.

Для того чтобы понять смысл этой нормы, приходится обратиться к тексту Парижской конвенции по охране промышленной собственности от 20 марта 1883 г., участницей которой является Российская Федерация.

Статья 6.septies этой Конвенции содержит следующие нормы:

"Если агент или представитель того, кто является владельцем знака в одной из стран [Парижского] союза, подает без разрешения владельца заявку на регистрацию этого знака от своего собственного имени в одной или нескольких таких странах [Парижского союза], владелец имеет право... потребовать ее аннулирования... если только агент или представитель не представит доказательств, оправдывающих его действие".

Таким образом, в данном случае оспаривается и аннулируется правовая охрана товарного знака, владелец которого является (или являлся) агентом или представителем другого лица, а это другое лицо является владельцем того же товарного знака, охраняемого в другой стране (или в других странах), участвующей в Парижской конвенции, причем агент или представитель незаконно зарегистрировал товарный знак своего доверителя.

15. Подпункт 6 п. 2 комментируемой статьи устанавливает возможность оспаривания и аннулирования права на товарный знак, если "связанные с государственной регистрацией товарного знака действия правообладателя признаны в установленном порядке злоупотреблением правом или недобросовестной конкуренцией".

Оспаривание и признание недействительным предоставления правовой охраны товарному знаку по этому основанию представляет собой один из самых неясных и запутанных случаев.

Злоупотребление правом (ст. 10 ГК РФ) проявляется в действиях по реализации, осуществлению гражданского права.

Недобросовестная конкуренция представляет собой действия хозяйствующих субъектов на товарных рынках.

Осуществление заявителем (и в дальнейшем - правообладателем) действий, связанных с государственной регистрацией товарного знака, по самому своему определению не является осуществлением действий, в которых может проявляться злоупотребление правом, или актом недобросовестной конкуренции: заявитель, регистрируя товарный знак, действует "в своем праве".

Если злоупотреблением правом или актом недобросовестной конкуренции будут признаны действия владельца права на товарный знак, которые совершены после регистрации товарного знака, то эти действия не дают правовых оснований для признания недействительным самого предоставления права на товарный знак.

16. В пункте 3 комментируемой статьи содержится одно дополнительное основание оспаривания и признания недействительным предоставления правовой охраны общеизвестного товарного знака.

Это основание - несоблюдение требований, содержащихся в пункте 1 ст. 1508 ГК РФ.

В пункте 1 ст. 1508 ГК РФ речь идет о двух таких требованиях:

- в абзаце 1 установлены признаки общеизвестного товарного знака. Отсутствие каких-либо из этих признаков и может явиться основанием аннулирования правовой охраны;

- в абзаце 2 предусматривается, что обозначение не может быть признано общеизвестным товарным знаком при наличии принадлежащего другому лицу аналогичного или сходного до степени смешения товарного знака для однородных товаров, имеющего более ранний приоритет. Наличие такого товарного знака также может явиться основанием для аннулирования правовой охраны.

Статья 1513. Порядок оспаривания и признания недействительным предоставления правовой охраны товарному знаку

Комментарий к статье 1513

1. Следует считать, что из п. 1 комментируемой статьи вытекает: предоставление правовой охраны товарному знаку может быть оспорено только по основаниям и в сроки, которые предусмотрены в ст. 1512 ГК РФ, хотя слово "только" здесь не указано.

Никакой иной правовой нагрузки п. 1 не несет, тем более что все содержание этого пункта изложено более полно и ясно в п. 2 и 3 комментируемой статьи.

2. В соответствии с п. 2 если предоставление правовой охраны товарному знаку оспаривается по основаниям, предусмотренным в подп. 1 - 4 п. 2 и в п. 3 ст. 1512 ГК РФ, то должно быть подано возражение в палату по патентным спорам. Возражение может быть подано любым заинтересованным лицом.

О палате по патентным спорам см. п. 3 ст. 1248 ГК РФ.

3. В соответствии с абзацем 1 п. 3 комментируемой статьи если предоставление правовой охраны товарному знаку оспаривается по основанию, предусмотренному в подп. 5 п. 2 ст. 1512 ГК РФ, то подается возражение в палату по патентным спорам. Возражение может быть подано заинтересованным обладателем исключительного права на аналогичный или сходный до степени смешения товарный знак, охраняемый в одном из государств - участников Парижской конвенции.

О палате по патентным спорам см. ст. 1248 ГК РФ.

Под "заинтересованным [зарубежным] обладателем исключительного права" следует понимать как правообладателя, так и лицензиата, получившего исключительную лицензию.

4. В соответствии с абз. 2 п. 3 комментируемой статьи если предоставление правовой охраны товарному знаку оспаривается по основаниям, предусмотренным в подп. 6 п. 2 ст. 1512 ГК РФ, то подается возражение в Роспатент. Возражение может быть подано любым заинтересованным лицом.

5. В тех случаях, когда возражение подано, заявитель должен доказать свой "интерес" в оспаривании: он должен указать, какие его права и законные интересы затрагиваются существованием права на товарный знак.

6. Пункт 4 данной статьи относится к результатам рассмотрения указанных возражений; он также содержит отсылку к нормам ст. 1248 ГК РФ.

Устанавливается, что по поступившему возражению принимается либо решение о признании недействительным предоставления охраны товарному знаку (полностью либо - в соответствующих случаях - частично), либо решение об отказе (об отклонении возражения).

Предусматривается, что то или иное решение выносится федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности, т.е. Роспатентом.

В связи с этим следует считать, что рассмотрение возражений в палате по патентным спорам заканчивается не вынесением решения, а принятием какого-то другого акта, который утверждается решением Роспатента.

7. Как указывается в ст. 1248 ГК РФ, решения, принятые по возражениям, вступают в силу со дня их принятия. Эти решения могут быть оспорены в суде "в установленном порядке" (п. 2 ст. 1248 ГК РФ).

Это означает, что если возражение было заявлено физическим лицом, не являющимся предпринимателем, то судом, компетентным пересматривать принятое решение, является суд общей юрисдикции.

В остальных случаях решение может быть пересмотрено арбитражным судом.

8. В соответствии с п. 5 комментируемой статьи, если предоставление правовой охраны товарному знаку признано недействительным полностью, то свидетельство на товарный знак и соответствующая запись в Государственном реестре товарных знаков аннулируются. Если же предоставление правовой охраны товарному знаку признано недействительным лишь частично, то владельцу товарного знака выдается новое свидетельство, а в запись Государственном реестре товарных знаков вносятся соответствующие изменения.

Кроме того, в соответствии со ст. 1506 ГК РФ производятся публикации в официальном бюллетене Роспатента.

9. В пункте 6 комментируемой статьи регулируются некоторые вопросы, касающиеся судьбы лицензионных договоров, заключенных до принятия решения о признании недействительным предоставления правовой охраны товарному знаку.

По своему содержанию эта норма аналогична той, которая предусмотрена в абз. 2 п. 4 ст. 1398 ГК РФ.

Поскольку комментируемая норма указывает, что такие лицензионные договоры "сохраняют свое действие в той мере, в какой они были исполнены к моменту принятия решения", то отсюда должен быть сделан вывод, что остальные положения таких лицензионных договоров считаются прекратившимися, причем с обратной силой, с момента вступления договора в действие. Этот общий принцип сомнений не вызывает.

Однако если принятое решение аннулирует правовую охрану товарного знака не полностью, а лишь частично, то указанные лицензионные договоры не прекращаются, а изменяются.

К случаям, рассматриваемым в п. 6 комментируемой статьи, должны применяться нормы ст. 180, 450 - 453 ГК РФ.

Статья 1514. Прекращение правовой охраны товарного знака

Комментарий к статье 1514

1. Комментируемая статья посвящена случаям прекращения правовой охраны товарного знака на будущее время, без обратной силы.

Это значит, что прекратившаяся правовая охрана товарного знака действовала некоторое время, и это действие не отменено.

В этом состоит принципиальное отличие комментируемой статьи от ст. 1512 ГК РФ, в которой указаны случаи аннулирования правовой охраны товарного знака с обратной силой.

2. В подпункте 1 п. 1 комментируемой статьи устанавливается, что правовая охрана товарного знака прекращается, если срок его действия истек, а правообладатель не продлил эту охрану (п. 2 ст. 1491 ГК РФ).

3. В подпункте 2 п. 1 указывается на прекращение правовой охраны коллективного знака по решению суда, которое может быть вынесено, если коллективный знак использовался для товаров, не обладающих едиными характеристиками, указанными при регистрации. Прекращение правовой охраны, по общему правилу, в этом случае имеет место с момента вступления в силу судебного решения.

4. Подпункт 3 п. 1 относится к случаю досрочного прекращения правовой охраны товарного знака в связи с его неиспользованием (ст. 1486 ГК РФ). По указанному основанию правовая охрана может прекратиться полностью или частично.

Охрана товарного знака считается прекратившейся либо с даты решения Роспатента, принятого по результатам рассмотрения заявления в палате по патентным спорам, либо с обратной силой, с даты подачи соответствующего заявления, что представляется более логичным.

5. В подпункте 4 п. 1 комментируемой статьи предусмотрена возможность прекращения правовой охраны товарного знака по решению Роспатента, принимаемому в том случае, если правообладатель - юридическое лицо прекратил свое существование, а правообладатель - индивидуальный предприниматель "прекратил предпринимательскую деятельность". Последнее может означать как смерть гражданина, так и утрату им статуса индивидуального предпринимателя.

Следует полагать, что указанное решение может выноситься Роспатентом по собственной инициативе, ex officio. Однако учитывая, что право на товарный знак предоставляет собой имущественную ценность, а прекращение этого права - лишение обладателя этой имущественной ценности, следует считать, что Роспатент может выносить указанные решения только после того, как он предупредит заинтересованных лиц (учредителей, участников юридического лица, наследников гражданина и т.п.) о возможности прекращения правовой охраны товарного знака, с предоставлением разумного срока для перевода на себя прав на товарный знак (по аналогии со ст. 238 и 1038 ГК РФ).

6. В подпункте 5 п. 1 устанавливается, что правовая охрана товарного знака прекращается в случае отказа правообладателя от своего права. Следует полагать, что такой отказ может быть полным либо частичным.

7. В подп. 6 п. 1 комментируемой статьи определяется, что по заявлению заинтересованного лица Роспатент вправе вынести решение о досрочном прекращении права на товарный знак, если товарный знак превратился в обозначение товаров определенного вида. См. подп. 1 п. 1 ст. 1483 ГК РФ и п. 3 и 4 комментария к ст. 1483 ГК РФ.

Податель заявления должен доказать свой "интерес" в отношении прекращения правовой охраны товарного знака.

8. В пункте 2 комментируемой статьи предусматривается, что правовая охрана общеизвестного товарного знака может быть прекращена по основаниям, применимым к "обычным" (не общеизвестным) товарным знакам, указанным в подп. 3 - 6 п. 1 ст. 1514 ГК РФ, и, кроме того, в случае утраты общеизвестным товарным знаком признаков "общеизвестности". В последнем случае решение о прекращении правовой охраны принимает Роспатент.

9. В пункте 3 комментируемой статьи предусматривается, что если исключительное право на товарный знак перешло от прежнего правообладателя к другому лицу не по договору, а по иному основанию, указанному в ст. 1241 ГК РФ (реорганизация юридического лица, наследование, обращение взыскания на право на товарный знак и т.п.), и если этот переход права вводит потребителя в заблуждение относительно товара или его изготовителя, то любое заинтересованное лицо может инициировать в суде дело о прекращении правовой охраны, а суд вправе вынести соответствующее решение.

В основе данной нормы лежит та же идея, которая заложена в нормах, содержащихся в п. 3 ст. 1483, п. 2 ст. 1488 и подп. 4 п. 4 ст. 1499 ГК РФ.

Эта идея заключается в том, что поскольку в некоторых случаях товарный знак ассоциируется с изготовителем (продавцом), т.е. юридическим лицом (предприятием) и, по сути дела, выполняет роль фирменного наименования, то в этих случаях следует ограничить оборотоспособность права на товарный знак.

Сама эта идея лишена юридического обоснования, поскольку товарный знак индивидуализирует товары, а не юридическое лицо.

В связи с этим комментируемую норму следует применять с большой осторожностью (впрочем, как и упомянутые выше нормы).

10. Пункт 4 данной статьи устанавливает, что прекращение правовой охраны товарного знака означает и прекращение исключительного права на этот товарный знак.

Однако бывший правообладатель вправе и после этого преследовать лиц, нарушивших право на товарный знак в тот период, когда оно существовало, т.е. как продолжать ранее начатые процессы, так и возбуждать новые процессы.

При прекращении исключительного права действующие лицензионные договоры прекращаются (абз. 3 п. 4 ст. 1235 ГК РФ). См. также п. 14 комментария к ст. 1235 ГК РФ.

7. Защита права на товарный знак

Статья 1515. Ответственность за незаконное использование товарного знака

Комментарий к статье 1515

1. К защите права на товарный знак и к ответственности за незаконное использование товарного знака применяются общие нормы об обязательствах, возникающих вследствие причинения вреда (§ 1 гл. 59 ГК РФ), а также общие положения о защите интеллектуальных прав (ст. 1250 ГК РФ) и о защите исключительных прав (ст. 1252 ГК РФ).

2. Пункт 1 комментируемой статьи содержит определение контрафактных товаров, этикеток и упаковок товаров. Они являются контрафактными, если на них незаконно размещен товарный знак или обозначение, сходное с ним до степени смешения.

О сходстве до степени смешения см. п. 16 комментария к ст. 1483 ГК РФ.

Хотя данное определение контрафактных объектов несколько отличается от того, что содержится в п. 4 ст. 1252 ГК РФ, принципиальных противоречий между этими определениями нет.

См. также п. 10 - 12 комментария к ст. 1252 ГК РФ.

3. Первая фраза п. 2 комментируемой статьи устанавливает, что правообладатель имеет право требовать изъятия из оборота и уничтожения за счет нарушителя таких контрафактных объектов.

Эта норма также в основном повторяет общую норму, содержащуюся в п. 4 ст. 1252 ГК РФ.

Следует полагать, что слова "за счет нарушителя" относятся не только к уничтожению, но и к изъятию контрафактных объектов.

См. также п. 13 комментария к ст. 1252 ГК РФ.

4. Из второй фразы п. 2 комментируемой статьи вытекает, что если введение контрафактных объектов в оборот "необходимо в общественных интересах", то такой контрафактный объект, как можно полагать, хотя и изымается из оборота, но не подлежит уничтожению. При этом правообладатель вправе потребовать удаления с таких объектов незаконно используемого товарного знака или обозначения, сходного с ним до степени смешения. После этого такой объект уже не считается контрафактным.

Возможность такого решения вопроса о судьбе контрафактных объектов соответствует нормам, предусмотренным п. 4 ст. 1252 ГК РФ, где установлено, что ГК РФ может предусмотреть "иные последствия" в отношении "судьбы" контрафактных объектов.

Следует полагать, что употребленное в комментируемой норме понятие "товары, введение которых в оборот необходимо в общественных интересах", имеет здесь какое-то особое, узкое значение. Если использовать это понятие в широком, обычном его понимании, то тогда уничтожению контрафактных объектов вообще не остается места, поскольку можно утверждать, что любой товар, находящий своего покупателя, введен в оборот "в общественных интересах".

5. Пункт 3 данной статьи относится к тем товарным знакам, которые используются при выполнении работ или оказании услуг, т.е. к знакам обслуживания.

В этом случае нарушитель обязан удалить товарный знак или обозначение, сходное с ним до степени смешения, из материалов, которыми сопровождается выполнение таких работ или оказание услуг, в частности из документации, рекламных материалов, с вывесок и т.п.

6. В соответствии с п. 4 комментируемой статьи правообладатель может потребовать взыскания с нарушителя вместо возмещения убытков выплаты компенсации.

Возможность предъявления требования о взыскании компенсации вместо возмещения убытков предусмотрена, общим образом, в п. 3 ст. 1252 ГК РФ. В этой последней норме содержатся несколько важных положений, которые подлежат применению по п. 4 комментируемой статьи, но в указанном п. 4 они не повторяются.

Об общих вопросах взыскания этой компенсации см. п. 6 - 9 комментария к ст. 1252 ГК РФ.

7. Виды и размеры компенсации, предусмотренной в п. 4 комментируемой статьи, являются практически идентичными и в сфере авторского права (ст. 1301 ГК РФ), и в сфере смежных прав (ст. 1311 ГК РФ), и в сфере наименований места происхождения товаров (ст. 1537 ГК РФ), и в сфере товарных знаков.

8. В сфере товарных знаков установлены два вида компенсации (названия условны):

- компенсация по усмотрению суда и
- компенсация в двукратном размере стоимости.

Подробный комментарий первого вида компенсации приводится в п. 6 комментария к ст. 1301 ГК РФ, относящейся к авторскому праву. Все содержащиеся здесь выводы полностью применимы к товарным знакам.

"Суд не вправе уменьшить размер взыскиваемой суммы компенсации ниже минимального, поскольку обязательство... по выплате компенсации... не является неустойкой" - п. 14 информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 декабря 2007 г. N 122.

9. Компенсация второго вида (подп. 2 п. 4 комментируемой статьи) может определяться либо как двукратный размер стоимости товаров, на которых незаконно размещен товарный знак либо обозначение, сходное с ним до степени смешения, либо как двукратный размер стоимости права использования товарного знака, если бы они были приобретены нарушителем.

При этом учитывается не та цена, по которой нарушитель продает контрафактные товары, а та цена, по которой владелец товарного знака продает подлинные, легальные товары.

10. В соответствии с п. 5 комментируемой статьи лицо, которое помещает предупредительную маркировку по отношению к обозначению, не зарегистрированному в России в качестве товарного знака, несет ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации.

О предупредительной маркировке см. ст. 1485 ГК РФ.

Незаконное использование предупредительной маркировки в отношении не зарегистрированного в России обозначения является уголовным преступлением в соответствии со ст. 180 УК. Однако следует считать, что в ГК РФ вряд ли даются отсылки к уголовному законодательству. Поэтому в комментируемой норме, как можно полагать, имеется в виду гражданско-правовая ответственность за недостоверную и недобросовестную рекламу, а также за действия, являющиеся актами недобросовестной конкуренции.

По-видимому, комментируемая норма не должна применяться в том случае, если предупредительная маркировка проставляется на товаре, изготавливаемом за рубежом, а затем этот товар продается за рубежом и импортируется покупателем в Россию.

§ 3. Право на наименование места происхождения товара

1. Основные положения

Статья 1516. Наименование места происхождения товара

Комментарий к статье 1516

1. Наименование места происхождения товара (далее - НМПТ; данную аббревиатуру можно считать официальной - см. ст. 1520 ГК РФ) - самостоятельное средство индивидуализации товаров.

Оно выполняет в основном ту же функцию, что и товарный знак, - индивидуализирует товары, отделяет одни товары от других.

Вместе с тем НМПТ выполняет еще одну дополнительную функцию - оно свидетельствует о том, что маркированный НМПТ товар обладает особыми (повышенными) качествами. Товарный знак - прямо и сам по себе - этой функции не выполняет.

2. НМПТ - это объект, довольно редко встречающийся в правовом обороте. Если число ежегодно регистрируемых в России товарных знаков составляет около 50 тыс., то число заявок на НМПТ, ежегодно подаваемых в России, исчисляется десятками, а число регистрируемых НМПТ - единицами. В настоящее время в России общее число зарегистрированных с 1992 г. НМПТ составляет около 100 единиц.

3. В первой фразе п. 1 комментируемой статьи содержится понятие НМПТ.

Это - определенное обозначение товара или группы товаров. Но если обозначение товара, вообще говоря, может быть разнообразным (например, словесным, изобразительным, комбинированным), то обозначение, используемое как НМПТ, может быть только словесным.

Более того, это словесное обозначение обязательно должно указывать на определенный географический объект, т.е. на расположенный на Земле объект, имеющий определенные границы.

4. Само это наименование может представлять собой название страны, района, местности, городского или сельского поселения или иного географического объекта.

Это наименование может быть:

- современным или известным из истории, прежним;
- официальным или неофициальным (бытовым);
- полным или сокращенным;
- употребляться либо само по себе ("Гжель", "Нарзан"), либо в сочетании с каким-либо поясняющим словом - названием товара ("Вологодское кружево", "Тульский пряник").

5. Указанное наименование только тогда может быть признано и зарегистрировано как НМПТ, если оно стало известным в результате его использования для товара, обладающего какими-то особыми свойствами.

Это означает, что уже в момент оформления прав на НМПТ само это наименование уже известно, оно ассоциируется с товарами, производимыми в данной местности, а эти товары, в свою очередь, известны своими особыми качествами (например, местность Абрау-Дюрсо под Новороссийском славится своими винами).

6. Указанные свойства (качества) данных товаров определяются либо природными условиями данного географического объекта (климат, почва, воздух, вода и т.п.), либо людскими факторами (мастерство производителей товара, секреты производства и т.п.), либо сочетанием природных условий и людского фактора.

7. Если объект отвечает признакам, предусмотренным в первой фразе п. 1 комментируемой статьи, то на него может быть подана заявка на получение исключительного права на такое наименование, и на основе такой заявки заявителю должно быть предоставлено исключительное право на НМПТ.

В связи с этим нельзя не отметить неточности, содержащейся во второй фразе п. 1, где указывается на то, что на использование такого наименования "может быть признано" исключительное право.

На самом деле в случае подачи заявки такое исключительное право "должно быть признано" государством.

8. Во второй фразе п. 1 устанавливается, что исключительное право на НМПТ признается за "производителем" такого товара.

Кто именно может получить исключительное право на НМПТ, определено в п. 1 ст. 1518 ГК РФ.

9. В пункте 2 комментируемой статьи указывается случай, когда НМПТ, в основном отвечающее признакам, установленным в п. 1, тем не менее не признается НМПТ и не может повлечь предоставления заявителю исключительного права. Это тот случай, когда наименование в результате его широкого употребления вошло в Российской Федерации в обиход как обозначение товара определенного вида, как обозначение вида товара, не связанного с местом производства товара. Наиболее известные такие наименования: "Коньяк" и "Шампанское".

10. В абзаце 2 п. 2 ст. 1535 ГК РФ определен еще один случай, когда наименование товара, отвечающее всем признакам, предусмотренным в п. 1 комментируемой статьи, не может быть признано НМПТ.

См. об этом п. 10 комментария к ст. 1535 ГК РФ.

11. Об ограничениях, касающихся тех случаев, когда наименование относится к географическому объекту, находящемуся за рубежом, см. п. 2 ст. 1517 ГК РФ.

Статья 1517. Действие исключительного права использования наименования места происхождения товара на территории Российской Федерации

Комментарий к статье 1517

1. Пункт 1 комментируемой статьи по своему содержанию и структуре аналогичен ст. 1479 ГК РФ.

См. комментарий к ст. 1479 ГК РФ.

2. В настоящее время Российская Федерация не участвует в международных договорах, в соответствии с которыми на территории России возникает и действует исключительное право на НМПТ.

3. В пункте 2 устанавливается, что если географический объект находится за рубежом, то исключительное право на НМПТ, относящееся к товарам, производимым в границах этого географического объекта, может быть признано в России при наличии двух дополнительных условий (в дополнение к установленным в п. 1 ст. 1516 ГК РФ):

- указанное наименование охраняется как НМПТ в стране происхождения товара и
- лицом, подающим в России заявку на предоставление ему исключительного права на НМПТ, и, соответственно, обладателем этого исключительного права в России может быть только то лицо, которое охраняется в стране происхождения товара как обладатель исключительного права на это НМПТ.

Статья 1518. Государственная регистрация наименования места происхождения товара

Комментарий к статье 1518

1. В абзаце 1 п. 1 комментируемой статьи предусматривается, что НМПТ признается и охраняется в силу его государственной регистрации.

В настоящее время это единственный способ охраны НМПТ на территории России.

Государственную регистрацию НМПТ, как установлено в п. 1 ст. 1517 ГК РФ, осуществляет федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности.

Этот орган именуется Федеральная служба по интеллектуальной собственности, патентам и товарным знакам; сокращенное официальное наименование этого органа - Роспатент.

2. Для того чтобы представить себе ясную картину правовой охраны НМПТ, невозможно комментировать абзац за абзацем текст ст. 1518 ГК РФ. Приходится "оторваться" от этого текста и дать некоторые общие положения, которые, к сожалению, в ГК РФ отсутствуют.

3. Государственная регистрация НМПТ осуществляется на основе заявки, подаваемой в Роспатент (ст. 1522 ГК РФ).

Заявка может быть подана гражданином или юридическим лицом, производящим товар, который может маркироваться данным НМПТ.

Это может быть любой гражданин, в том числе и гражданин, не являющийся индивидуальным предпринимателем, а также не проживающий на территории данного географического объекта.

Что касается юридических лиц, то заявителем, очевидно, может быть только то юридическое лицо, которое вправе производить соответствующие товары, но не обязательно расположенное в границах данного географического объекта.

4. Заявка на государственную регистрацию НМПТ означает, что заявитель просит зарегистрировать это НМПТ и одновременно просит предоставить ему исключительное право на использование этого НМПТ.

Первого без второго быть не может: нельзя требовать зарегистрировать НМПТ без предоставления исключительного права на это НМПТ заявителю.

5. Но если НМПТ уже зарегистрировано и, следовательно, одному лицу уже предоставлено исключительное право на НМПТ, то оказывается, что и другие заявители могут требовать себе предоставления исключительного права на это НМПТ, разумеется, если они, другие лица, отвечают всем критериям, предъявляемым к заявителю, и, в частности, производят товары, которые могут быть маркированы этим НМПТ.

Эти заявители (второй и последующие) уже не должны ходатайствовать о том, чтобы данное НМПТ было зарегистрировано, ибо оно уже зарегистрировано. Эти лица подают иные заявки на НМПТ. Условно заявку на НМПТ и на предоставление на него исключительного права можно назвать "первичной заявкой", а все заявки других лиц на предоставление им исключительного права на уже зарегистрированное НМПТ - "вторичными заявками" (см. также ст. 1522 ГК РФ).

6. Если на основе первичной заявки НМПТ получило государственную регистрацию и заявитель стал обладателем исключительного права на НМПТ, а затем - на основе вторичных заявок - исключительное право было предоставлено еще нескольким заявителям, которые стали правообладателями, то считается, что государственная регистрация НМПТ осуществлена по всем этим заявкам (как по первичной, так и по вторичным) и что преимущества и права, вытекающие из этой государственной регистрации, распространяются - в равной мере и автоматически - на всех этих правообладателей.

Все эти правообладатели - по закону - не связаны друг с другом, хотя они могут заключать между собой договоры. Каждому из них - по отдельности - принадлежит исключительное право, указанное в ст. 1519 ГК РФ.

7. В абзаце 2 п. 1 комментируемой статьи предусматривается, что НМПТ может быть зарегистрировано одним или несколькими гражданами либо юридическими лицами.

Следует полагать, что, говоря о возможности регистрации НМПТ несколькими лицами, эта норма имеет в виду два случая:

1) несколько лиц, по договоренности между собой, подают одну заявку на регистрацию НМПТ либо - что по сути одно и то же - по договоренности между собой одновременно подают заявки на одно и то же НМПТ;

2) сначала подается первичная заявка, а через некоторое время - вторичные заявки. При этом никаких договоренностей между заявителями таких заявок может и не быть.

8. В абзаце 1 п. 2 комментируемой статьи устанавливается, что лицам, которые зарегистрировали НМПТ, предоставляется исключительное право на использование этого наименования при условии, что производимые ими товары отвечают требованиям, предъявляемым к НМПТ.

Эту норму надо понимать так: каждому лицу, заявка которого на НМПТ получила положительное решение, предоставляется самостоятельное исключительное право, независимое от прав других лиц на это НМПТ.

Это исключительное право позволяет маркировать указанным наименованием товары, отвечающие требованиям закона.

Вместе с тем комментируемая норма не содержит обязательств правообладателей использовать НМПТ (см., однако, п. 2 ст. 1531 ГК РФ).

9. В абзаце 2 п. 2 предусматривается, что любое лицо, которое производит товар, отвечающий всем признакам уже зарегистрированного кем-то НМПТ, вправе получить исключительное право использования НМПТ. Для этого указанное лицо должно подать соответствующую заявку.

2. Использование наименования места происхождения товара

Статья 1519. Исключительное право на наименование места происхождения товара

Комментарий к статье 1519

1. Пункт 1 комментируемой статьи по своему содержанию аналогичен первой фразе п. 1 ст. 1484 ГК РФ, относящейся к исключительному праву на товарный знак. См. комментарий к п. 1 ст. 1484 ГК РФ.

См. также ст. 1229 ГК РФ и п. 4 комментария к ст. 1229 ГК РФ.

2. В пункте 2 комментируемой статьи предусмотрено несколько наиболее характерных способов использования, которые составляют содержание исключительного права на НМПТ. Всего здесь указано четыре таких способа. Все они - дословно - совпадают с аналогичными способами использования товарного знака, указанными в п. 2 ст. 1484 ГК РФ. Комментарий, данный к этой статье, полностью применим к НМПТ, с заменой терминов.

Следует, однако, учитывать, что владелец исключительного права на НМПТ может использовать НМПТ только для товаров, обладающих указанными специфическими признаками и произведенными в границах соответствующего географического объекта.

3. Исключительное право на НМПТ, как оно изложено в п. 1 и п. 2 комментируемой статьи, может реализовываться владельцем исключительного права на НМПТ, а если таких владельцев более одного - то любым и каждым из них.

4. Исключительное право владельца НМПТ распространяется только на использование НМПТ на товарах, обладающих указанными особыми свойствами и производимыми в границах указанного географического объекта (либо в связи с такими товарами).

Исключительное право на НМПТ распространяется также на наименования, сходные с НМПТ до степени смешения (см. также абз. 2 п. 3 комментируемой статьи и п. 1 ст. 1537 ГК РФ).

Очевидно, что исключительное право на НМПТ распространяется не только на указанные товары, но и на однородные товары.

О сходстве до степени смешения см. п. 16 комментария к ст. 1483 ГК РФ.

Об однородных товарах см. п. 11 комментария к ст. 1484 ГК РФ.

5. Изложенное в п. 1 и 2 комментируемой статьи составляет положительную, позитивную часть исключительного права владельца НМПТ.

Запретительной, негативной части этого права посвящен п. 3 данной статьи, который, к сожалению, изложен не очень четко.

6. В пункте 3 комментируемой статьи предусмотрены действия, которые "не допускаются", т.е. те действия, которые владелец исключительного права на НМПТ может запретить. Всем этим действиям дано общее название: "незаконное использование НМПТ".

Указано несколько категорий таких действий.

7. Во-первых, незаконными являются любые действия по использованию НМПТ, осуществляемые лицами, не имеющими соответствующего свидетельства, т.е. не имеющими своего исключительного права на НМПТ.

Следует отметить, что из этой нормы вытекает, что действия лиц, имеющих свое собственное свидетельство на НМПТ, т.е. действующих в "своем праве", не считаются незаконными.

В комментируемой статье законодатель особо подчеркивает, что если лицо, не имеющее своего свидетельства на НМПТ, использует НМПТ, то незаконным использованием НМПТ являются любые действия этого лица, в том числе и использование НМПТ для товаров, обладающих указанными особыми свойствами и производимых в указанном географическом объекте, даже если при этом используются такие слова, как "род", "тип", "имитация" и т.п. (например, вода типа "Нарзан").

8. Во-вторых, указано в абз. 1 п. 3 комментируемой статьи, незаконным использованием НМПТ является использование НМПТ любым лицом, если оно относится к товарам, не отвечающим установленным требованиям, т.е. не имеющим указанных

особых свойств и (или) не производимым в границах указанного географического объекта.

Следует отметить, что этот второй случай незаконного использования НМПТ относится и к тем лицам, которые имеют свидетельства на НМПТ. Незаконность действий этих лиц в данном случае состоит в том, что они действуют за пределами предоставленного им исключительного права.

9. В абзаце 1 п. 3 комментируемой статьи предусматривается, что использование не НМПТ, а сходного обозначения для любых товаров, если оно способно ввести потребителя в заблуждение относительно места происхождения и особых свойств товара, также считается незаконным использованием НМПТ. Таким образом, использование сходных с НМПТ обозначений, тем более применяемых для товаров, не являющихся однородными с указанными товарами, запрещается только в том случае, если оно вводит потребителя в заблуждение, а не абсолютно.

О сходстве до степени смешения см. п. 16 комментария к ст. 1483 ГК РФ.

10. Если товары, законно маркированные НМПТ, были введены в гражданский оборот, то дальнейшее их использование не должно считаться незаконным использованием НМПТ. Иными словами, к праву на НМПТ должны по аналогии применяться нормы ст. 1487 ГК РФ. См. также комментарий к этой статье.

11. Абзац 2 п. 3 комментируемой статьи называет материальные объекты, незаконно маркированные НМПТ или обозначением, сходным с ним до степени смешения, "контрафактными".

О правовом значении этого определения см. ст. 1537 ГК РФ.

12. Пункт 4 комментируемой статьи предусматривает, что владелец исключительного права на НМПТ не может распоряжаться им, в частности не может ни отчуждать его другому лицу, ни предоставлять это право другому лицу по лицензии.

Аналогичная норма имеется в отношении фирменного наименования (п. 2 ст. 1474 ГК РФ).

Запрет распоряжения исключительным правом на НМПТ, конечно, существенно ограничивает само исключительное право, но не меняет его сути и не противоречит самой идее исключительного права, хотя такое мнение высказано в литературе.

Статья 1520. Знак охраны наименования места происхождения товара

Комментарий к статье 1520

1. Комментируемая статья содержит норму, аналогичную тем нормам о знаках охраны, которые предусмотрены для многих других видов объектов, охраняемых на основе части четвертой ГК РФ: ст. 1271, 1305, 1455, 1485.

2. В ней устанавливается, что обладатель свидетельства на НМПТ может, в целях оповещения о своем исключительном праве, помещать рядом с НМПТ различные словесные обозначения: "зарегистрированное наименование места происхождения товара" или "зарегистрированное НМПТ". Следует считать, что это могут быть и другие подобные обозначения. Считается, что такие обозначения препятствуют превращению НМПТ в обозначение товаров определенного вида, не связанного с местом его производства и с установленными особыми свойствами товара.

Знак охраны НМПТ в п. 3 ст. 1537 ГК РФ назван "предупредительной маркировкой". Эти два выражения одинаковы по своему значению.

Статья 1521. Действие правовой охраны наименования места происхождения товара

Комментарий к статье 1521

1. В пункте 1 комментируемой статьи предусматривается, что НМПТ охраняется в течение всего времени существования возможности производить товары, отвечающие требованиям, указанным в пункте 1 ст. 1516 ГК РФ.

Смысл этой нормы заключается в том, что пока существует возможность производить в определенном географическом объекте товары, обладающие особыми, уникальными свойствами, существует и абстрактная возможность возникновения правовой охраны НМПТ.

Однако абстрактная возможность такой правовой охраны еще не означает, что такая охрана непременно существует. Ведь если НМПТ не охраняется исключительным правом, принадлежащим хотя бы одному правообладателю, то нельзя говорить о существовании охраны НМПТ.

В связи с этим нельзя не признать ошибочность нормы, сформулированной в п. 1 комментируемой статьи. Правовая охрана НМПТ - это гражданское субъективное право; если отсутствует субъект охраны, то право не существует.

2. Пункт 2 данной статьи устанавливает, что срок действия свидетельства об исключительном праве на НМПТ определяется в ст. 1531 ГК РФ.

Следует иметь в виду, что если на НМПТ выдано одно свидетельство, то истечение срока его действия влечет прекращение правовой охраны НМПТ. Если же на НМПТ выдано несколько свидетельств, то прекращение действия некоторых из них не прекращает действия права на НМПТ. И лишь прекращение действия всех выданных свидетельств влечет прекращение права на НМПТ.

3. Государственная регистрация наименования места происхождения товара и предоставление исключительного права на наименование места происхождения товара

Статья 1522. Заявка на наименование места происхождения товара

Комментарий к статье 1522

1. Комментируемая статья построена аналогично ст. 1492 ГК РФ, относящейся к заявке на товарный знак. Более того, п. 2, 4, 6, 7 и 8 комментируемой статьи содержат нормы, тождественные тем, которые предусмотрены в п. 2, 4, 6, 7 и 8 ст. 1492 ГК РФ, а потому к ним применим соответствующий комментарий к ст. 1492 ГК РФ.

2. В комментируемой статье определяется, что заявки на НМПТ бывают трех видов:

1) заявка от российского заявителя на НМПТ, которое в момент подачи заявки не имеет государственной регистрации, т.е. не получает правовой охраны. Эти заявки (условно их можно назвать "первоначальные") именуются: "Заявка на государственную регистрацию НМПТ и на предоставление [заявителю] исключительного права на это НМПТ";

2) заявка от российского заявителя на НМПТ, которое в момент подачи заявки уже является предметом исключительного права другого лица. Эти заявки (условно их можно назвать "вторичные") именуются: "Заявка на предоставление исключительного права на ранее зарегистрированное [другим лицом] НМПТ";

3) заявки от иностранных заявителей. Они подаются лицами, которые имеют за рубежом право на НМПТ, и содержат ходатайство о государственной регистрации этого НМПТ в России и о предоставлении им в России исключительного права на это НМПТ.

3. Если в разное время два лица подали заявки на одно и то же НМПТ, причем по первой заявке решение еще не вынесено, то вторая заявка будет считаться первичной заявкой, если первая заявка будет отклонена, и наоборот, вторая заявка будет считаться вторичной, если на основе первой заявки будет осуществлена государственная

регистрация НМПТ. К сожалению, эти выводы не находят прямой опоры в ГК РФ, в этом отношении в ГК РФ - серьезный пробел.

4. В подпункте 3 п. 3 комментируемой статьи устанавливается, что заявка на НМПТ должна содержать "указание товара", в отношении которого будет применяться НМПТ.

Следует полагать, что это может быть либо один вид товара, либо группа однородных товаров.

5. В подпункте 5 п. 3 комментируемой статьи предусматривается, что в заявке должно содержаться "описание особых свойств товара". Об особых свойствах товара речь идет также в п. 5 комментируемой статьи, а также во многих других статьях ГК РФ: 1516, 1518, 1521, 1529, 1531, 1533, 1536.

Следует учитывать, что описание особых свойств товара приобретает правовое значение, становится правовым документом. Поэтому оно должно быть конкретным, допускать возможность проверки: "особые свойства" должны отделять эти товары от им подобных. Такие выражения, как "особая форма", "повышенные вкусовые качества", "своеобразная расцветка", являются недопустимыми.

Следует полагать, что в отношении изделий художественного промысла вместо описания особых свойств могут быть представлены изображения товара (как это имеет место у промышленных образцов - ст. 1377 ГК РФ).

6. В абзаце 1 п. 5 закреплено правило: если географический объект, наименование которого заявляется в качестве НМПТ, находится на территории России, то к первичной заявке должно быть приложено заключение "уполномоченного Правительством РФ органа" о том, что в границах данного географического объекта заявитель производит товар с указываемыми особыми свойствами.

Это означает, что Правительство РФ обязано определить этот орган и обязать его выдавать указанные заключения.

В настоящее время действует Постановление Правительства РФ от 17 сентября 2004 г. N 481 (с изм.), в соответствии с которым компетентны давать заключения, прилагаемые к заявкам на НМПТ, следующие органы исполнительной власти:

Минздравсоцразвития России - в отношении минеральной питьевой лечебной, лечебно-столовой и минеральной природной воды; Минпромэнерго России - в отношении изделий народных художественных промыслов; Минсельхоз России - в отношении товаров сельского хозяйства, продовольственных товаров, пива и безалкогольной, алкогольной и спиртосодержащей пищевой продукции, продуктов пчеловодства, товаров, вырабатываемых из рыбы и морских продуктов.

7. В абзаце 2 п. 5 комментируемой статьи устанавливается, что к заявке на предоставление исключительного права на ранее зарегистрированное НМПТ, находящееся на территории России, прилагается заключение "компетентного органа, определяемого в порядке, установленном Правительством РФ", о том, что в границах данного географического объекта заявитель производит товар, обладающий особыми свойствами, указанными в Государственном реестре НМПТ.

Это может быть либо тот самый орган, который должен быть уполномочен Правительством РФ в соответствии с абз. 1 п. 5 комментируемой статьи, либо иной орган (иные органы).

Очевидно, что подзаконные акты должны предусмотреть и обязанность Роспатента сообщать этому органу, какие особые свойства товара указаны в Государственном реестре НМПТ.

8. Таким образом, прежде чем подать заявку на НМПТ, заявитель обязан получить либо заключение, указанное в абз. 1 п. 5, либо заключение, указанное в абз. 2 п. 5.

Следует считать, что заявитель вправе обратиться в суд с требованием об обязании указанных органов выдать ему соответствующее заключение, если оно не будет выдано в установленный срок либо если оно окажется отрицательным.

Статья 1523. Экспертиза заявки на наименование места происхождения товара и внесение изменений в документы заявки

Комментарий к статье 1523

Комментируемая статья повторяет - применительно к НМПТ - содержащиеся в ст. 1497 ГК РФ нормы, касающиеся экспертизы заявки на товарный знак.

При этом в комментируемой статье опущены: п. 3, последняя фраза абз. 2 и абз. 3 п. 4 ст. 1497 ГК РФ.

Комментарий к ст. 1497 ГК РФ применим, с заменой терминов, к комментируемой статье.

Статья 1524. Формальная экспертиза заявки на наименование места происхождения товара

Комментарий к статье 1524

1. В пункте 1 комментируемой статьи предусматривается, что формальная экспертиза заявки на НМПТ (т.е. проверка формы этой заявки) проводится Роспатентом в течение двух месяцев со дня ее подачи в Роспатент.

Днем подачи заявки следует считать день ее поступления в Роспатент (по аналогии с заявкой на товарный знак - п. 8 ст. 1492 ГК РФ).

Продолжительность указанного срока - два месяца - свидетельствует о том, что заявка на НМПТ является довольно сложной (для сравнения: срок формальной экспертизы для заявки на товарный знак составляет один месяц - п. 1 ст. 1498 ГК РФ), хотя и не такой сложной, как для патентных заявок - для них срок формальной экспертизы вообще не установлен - ст. 1384 ГК РФ.

2. Пункт 2 данной статьи полностью повторяет нормы, содержащиеся в п. 2 ст. 1498 ГК РФ, относительно заявок на товарные знаки.

См. комментарий к ст. 1498 ГК РФ.

Статья 1525. Экспертиза обозначения, заявленного в качестве наименования места происхождения товара

Комментарий к статье 1525

1. В абзаце 1 п. 1 комментируемой статьи устанавливается, что после того как заявка на НМПТ прошла формальную экспертизу и была принята к рассмотрению, Роспатент проверяет, соответствует ли заявленное наименование требованиям, указанным в ст. 1516 ГК РФ.

Следует полагать, что при этом проверяется:

1) является ли оно наименованием географического объекта или производным от него наименованием;

2) стало ли оно известным в результате его использования как место производства определенного товара;

3) обладает ли этот товар особыми свойствами, которые определяются местом его изготовления и (или) людскими факторами;

4) производит ли заявитель указанный товар;

5) не вошло ли это обозначение во всеобщее употребление как видовое название товара.

Очевидно, что для проверки этих вопросов Роспатент должен иметь специалистов (экспертов).

2. В абзаце 2 п. 1 указывается на то, что Роспатент также проверяет "обоснованность места происхождения (производства) товара на территории Российской Федерации".

Можно полагать, что эта норма относится к тем случаям, когда указанный товар включает иностранные добавки, компоненты, ингредиенты, детали (например, "Оренбургский пуховый платок", выполненный из шерсти латиноамериканской ламы).

В остальных случаях для экспертизы этого положения достаточно воспользоваться географической картой, на которой обозначены государственные границы Российской Федерации.

3. В соответствии с абз. 3 п. 1 комментируемой статьи, если заявка относится к НМПТ, которое уже было ранее зарегистрировано на имя другого лица, то "проводится экспертиза" (т.е. "проверяется"), производит ли заявитель в границах данного географического объекта товар, обладающий особыми свойствами, указанными в Государственном реестре НМПТ.

Эту норму можно толковать по-разному.

Возможно, что экспертиза сравнивает текст заявки с текстом приложенного к заявке заключения компетентного органа.

Возможна, однако, и иная трактовка этой нормы: экспертиза перепроверяет факты, изложенные в заявке и в приложенном к ней заявлении компетентного органа. Следует считать, что более обоснованным является первое предположение.

4. В пункте 2 комментируемой статьи предусматривается, что до принятия по заявке отрицательного решения заявителю должно быть направлено уведомление, содержащее, очевидно, проект отрицательного решения.

Вообще норма, содержащаяся в п. 2, построена совершенно аналогично норме, предусмотренной в п. 3 ст. 1499 ГК РФ в отношении заявки на товарный знак. В связи с этим комментарий к п. 3 ст. 1499 ГК РФ полностью применим в качестве комментария к п. 2 данной статьи. Отличие состоит лишь в том, что если по заявке на товарный знак указанное уведомление "может быть направлено" заявителю, то по заявке на НМПТ указанное уведомление "направляется" заявителю, что означает, что оно "должно быть направлено".

Статья 1526. Решение, принятое по результатам экспертизы заявленного обозначения

Комментарий к статье 1526

1. Комментируемая статья состоит из двух частей.

Первая часть относится к "первоначальным" заявкам, а вторая часть - к "вторичным" заявкам (см. п. 2 комментария к ст. 1522 ГК РФ).

2. В соответствии с ч. 1 по "первоначальной" заявке Роспатент выносит либо положительное решение: осуществить государственную регистрацию НМПТ и предоставить заявителю исключительное право на это НМПТ, либо отрицательное решение: отказать в государственной регистрации НМПТ и в предоставлении исключительного права на это НМПТ.

Следует отметить, что в ч. 1 комментируемой статьи стоящее в скобках слово "или" указано ошибочно.

3. В соответствии с ч. 2 данной статьи по "вторичной" заявке может быть вынесено либо положительное решение: предоставить заявителю исключительное право на НМПТ, либо отрицательное решение: отказать заявителю в предоставлении исключительного права на НМПТ.

4. Следует особо подчеркнуть, что во всех тех случаях, когда у одного НМПТ имеются два или большее число владельцев, производимые ими товары должны обладать одинаковыми особыми свойствами. Ранее существовавшая практика, заключающаяся в

том, что в этом случае разные владельцы исключительного права на НМПТ могли производить товары, особые свойства которых имели различия, когда различались "особые свойства" и "основные свойства товаров", противоречит новому законодательству.

Статья 1527. Отзыв заявки на наименование места происхождения товара

Комментарий к статье 1527

1. Комментируемая статья устанавливает право заявителя отозвать заявку на любом этапе ее рассмотрения вплоть до внесения соответствующей записи в Государственный реестр НМПТ.

2. О правовом значении отзыва заявки см. комментарий к п. 1 ст. 1502 ГК РФ.

Статья 1528. Оспаривание решений по заявке на наименование места происхождения товара. Восстановление пропущенных сроков

Комментарий к статье 1528

1. В пункте 1 комментируемой статьи предусматривается, что заявитель имеет право оспорить следующие принятые по его заявке решения Роспатента:

- об отказе в принятии к рассмотрению заявки на НМПТ;
- о признании заявки отозванной;
- об отказе в государственной регистрации НМПТ и об отказе в предоставлении исключительного права на НМПТ;
- об отказе в предоставлении исключительного права на НМПТ.

Следует считать, что этот перечень не является исчерпывающим; в частности, оспорено может быть и решение о предоставлении заявителю исключительного права на НМПТ, но не для всех заявленных товаров.

Оспаривание осуществляется путем подачи возражения в палату по патентным спорам. О палате по патентным спорам см. п. 3 комментария к ст. 1248 ГК РФ.

Возражение в палату по патентным спорам может быть подано в течение трех месяцев со дня получения заявителем соответствующего решения.

2. Решение, принятое по результатам рассмотрения возражения в палате по патентным спорам, может быть оспорено в суде (п. 1 ст. 11 ГК РФ).

3. Заключения, выдаваемые органами, указанными в абз. 1 и в абз. 2 п. 5 ст. 1522 ГК РФ, очевидно, могут быть оспорены в суде (п. 2 ст. 11 ГК РФ).

4. Пункт 2 комментируемой статьи повторяет - применительно к НМПТ - нормы, содержащиеся в ст. 1501 ГК РФ, относящиеся к товарным знакам.

См. комментарий к ст. 1501 ГК РФ (с заменой терминов).

Статья 1529. Порядок государственной регистрации наименования места происхождения товара

Комментарий к статье 1529

1. В соответствии с п. 1 комментируемой статьи Роспатент на основании своего [положительного] решения по результатам экспертизы осуществляет государственную регистрацию НМПТ в Государственном реестре.

Срок такой регистрации не установлен. Следует считать, что регистрация должна быть осуществлена в течение разумного срока.

2. В пункте 2 содержится норма, которая повторяет - применительно к НМПТ - норму, предусмотренную абз. 2 п. 1 ст. 1503 ГК РФ, относящуюся к товарным знакам. См. комментарий к ст. 1503 ГК РФ.

Статья 1530. Выдача свидетельства об исключительном праве на наименование места происхождения товара

Комментарий к статье 1530

1. В соответствии с абзацем 1 п. 1 комментируемой статьи свидетельство об исключительном праве на НМПТ выдается Роспатентом в течение одного месяца, считая с того дня, когда Роспатент получит документ об уплате пошлины за выдачу свидетельства.

Из этой нормы следует, что положительное решение по заявке на НМПТ должно быть направлено заявителю с предложением уплатить пошлину за выдачу свидетельства (хотя прямо это в ГК РФ не установлено).

2. Следует полагать, что если эта пошлина не будет уплачена, то, как это прямо указано в абз. 2 п. 1, не только свидетельство не будет выдано, но и не должна производиться государственная регистрация НМПТ, ибо государственная регистрация без свидетельства бессмысленна.

Очевидно, что в случае неуплаты пошлины за выдачу свидетельства должны - по аналогии - применяться нормы, содержащиеся в п. 2 ст. 1503 ГК РФ: заявка должна признаваться отозванной.

3. Норма, предусмотренная п. 2 комментируемой статьи, повторяет - применительно к НМПТ - норму, закрепленную в п. 2 ст. 1504 ГК РФ, относящуюся к товарным знакам.

См. комментарий к п. 2 ст. 1504 ГК РФ.

До принятия подзаконного акта указанным органом продолжает действовать Приказ Роспатента от 22 сентября 1998 г. N 179.

Статья 1531. Срок действия свидетельства об исключительном праве на наименование места происхождения товара

Комментарий к статье 1531

1. В пункте 1 данной статьи предусматривается, что свидетельство об исключительном праве на НМПТ действует в течение 10 лет со дня подачи заявки на НМПТ в Роспатент.

Разумеется, до получения на руки свидетельства правообладатель не имеет возможности защищать свое исключительное право путем подачи иска в суд. Поэтому исключительное право действует только со дня получения свидетельства.

2. В пункте 2 закреплено правило о том, что по заявлению обладателя свидетельства срок действия свидетельства может многократно продлеваться на последующие десятилетние периоды; при этом число продлений не ограничивается.

Заявление о продлении подается в течение последнего года действия свидетельства, но оно может быть подано и в течение последующих шести месяцев по истечении срока действия свидетельства (при условии уплаты дополнительной пошлины). В случае пропуска этих сроков бывший правообладатель может оформить новую заявку.

3. При любом продлении срока действия свидетельства на НМПТ, относящееся к товарам, производимым в России, заявитель обязан приложить заключение компетентного органа (назначенного в соответствии с абз. 2 п. 5 ст. 1522 ГК РФ), свидетельствующее о том, что обладатель свидетельства производит в границах соответствующего географического объекта товар, обладающий особыми свойствами, указанными в Государственном реестре НМПТ.

4. При любом продлении срока действия свидетельства на НМПТ, относящееся к зарубежному географическому объекту, обладатель свидетельства представляет документ о том, что за рубежом, в стране происхождения товара, на дату подачи заявления о продлении срока он имеет право на указанное НМПТ.

5. В соответствии с п. 3 комментируемой статьи Роспатент вносит запись о продлении срока действия свидетельства как в Государственный реестр, так и в само свидетельство.

6. Как уже отмечалось в комментарии к ст. 1521 ГК РФ, срок, указанный в п. 1 ст. 1521 ГК РФ, не имеет практического значения.

Статья 1532. Внесение изменений в Государственный реестр наименований и свидетельство об исключительном праве на наименование места происхождения товара

Комментарий к статье 1532

Комментируемая статья повторяет - применительно к НМПТ - нормы, содержащиеся в п. 1, п. 3 и п. 4 ст. 1505 ГК РФ, относящиеся к товарным знакам.

В связи с этим см. комментарий к ст. 1505 ГК РФ.

Статья 1533. Публикация сведений о государственной регистрации наименования места происхождения товара

Комментарий к статье 1533

1. В данной статье устанавливается, что Роспатент обязан незамедлительно после внесения в Государственный реестр НМПТ публиковать в своем официальном бюллетене сведения, внесенные в этот реестр. Исключение составляют сведения, содержащие описание особых свойств товара.

Норма о публикации в официальном бюллетене Роспатента сведений, относящихся к НМПТ, аналогична содержащейся в ст. 1506 ГК РФ норме о публикации сведений, относящихся к государственной регистрации товарных знаков. В связи с этим см. комментарий к ст. 1506 ГК РФ.

2. Содержащаяся в комментируемой статье норма о том, что сведения, касающиеся особых свойств товара, не подлежат опубликованию в официальном бюллетене, по-видимому, представляет собой серьезную юридическую ошибку.

Сохранение в тайне сведений, содержащих описание особых свойств товара, нарушает, прежде всего, законные права и интересы потребителей, которые имеют право знать и проверять, обладает ли товар, маркируемый НМПТ, всеми особыми свойствами, декларированными при подаче заявки.

Кроме того, лица, оформляющие "вторичные" заявки, должны указывать в своих заявках и в прилагаемых к ним заявлениях компетентных органов особые свойства товара, указанные в Государственном реестре, а для этого они должны иметь доступ к этому реестру.

Нет никаких веских доводов в пользу ограничения доступа к этим сведениям.

Статья 1534. Регистрация наименования места происхождения товара в иностранных государствах

Комментарий к статье 1534

В соответствии с комментируемой статьей российские юридические лица и российские граждане вправе регистрировать НМПТ в иностранных государствах только

после регистрации соответствующего НМПТ в Российской Федерации; при этом даже заявка на регистрацию НМПТ в иностранном государстве может быть подана только после регистрации НМПТ в России.

Обоснование этой нормы не вполне понятно, поскольку регистрация НМПТ за рубежом не затрагивает никаких публичных интересов.

Комментируемая статья относится только к тем НМПТ, которые касаются географических объектов, находящихся в России. Неясно также, какие санкции могут быть применены к нарушителям комментируемой статьи.

4. Прекращение правовой охраны наименования места происхождения товара и исключительного права на наименование места происхождения товара

Статья 1535. Основания оспаривания и признания недействительным предоставления правовой охраны наименованию места происхождения товара и исключительного права на такое наименование

Комментарий к статье 1535

1. Данная статья относится к случаям оспаривания и аннулирования отдельных ненормативных правовых актов, касающихся правовой охраны НМПТ с самого начала, ab ovo, с момента их принятия.

2. В абзаце 1 и 2 п. 1 определяется, что именно может быть объектом оспаривания.

Имеются два разных объекта оспаривания:

Первый случай: оспариваться могут одновременно три акта: 1) решение Роспатента о государственной регистрации НМПТ; 2) решение о предоставлении исключительного права на это НМПТ; 3) решение о выдаче свидетельства (абз. 1 п. 1).

Второй случай: оспариваться могут одновременно два акта: 1) решение о предоставлении исключительного права; 2) решение о выдаче свидетельства. При этом решение о государственной регистрации НМПТ не оспаривается (абз. 2 п. 1).

3. В абзацах 3 и 4 п. 1 комментируемой статьи указывается на то, каковы будут результаты оспаривания, если оспаривание окажется успешным.

4. Абзац 3 п. 1 относится к первому случаю оспаривания.

Если предоставление правовой охраны НМПТ признается недействительным, то это влечет сразу и одновременно: 1) отмену решения о государственной регистрации НМПТ; 2) отмену решения о предоставлении исключительного права на такое наименование; 3) аннулирование записи в государственном реестре и свидетельства.

При этом разумеется, если исключительное право было предоставлено, а свидетельства были выданы более чем одному лицу, то аннулируются все эти исключительные права и все выданные свидетельства.

5. Абзац 4 п. 1 относится ко второму случаю оспаривания.

Если это оспаривание будет успешным, то оно приводит к отмене решения о предоставлении исключительного права на НМПТ, аннулированию записи в Государственном реестре [о предоставлении исключительного права], а также аннулированию свидетельства.

Комментируемая норма не содержит указаний о судьбе решения о государственной регистрации НМПТ - сохраняет ли оно силу или аннулируется.

Отсутствие ответа на этот вопрос - серьезный правовой пробел.

Следует считать, что государственная регистрация НМПТ в этом случае сохраняется - если имеется другой владелец (или другие владельцы) исключительного права (обладатели свидетельств).

Напротив, если владелец был единственным обладателем исключительного права и свидетельства, то государственная регистрация НМПТ также аннулируется.

6. В первой фразе абзаца 1 п. 2 комментируемой статьи предусматривается, что предоставление правовой охраны НМПТ может быть оспорено и признано недействительным в течение всего срока охраны НМПТ.

О сроке охраны см. п. 2 ст. 1521 и ст. 1531 ГК РФ; п. 1 ст. 1521 не имеет отношения к этому сроку.

Следует считать, что оспаривание может быть осуществлено и по истечении срока действия государственной регистрации НМПТ, если будет иметься определенный "интерес" у лица, подающего возражение.

7. В первой фразе абзаца 1 п. 2 комментируемой статьи устанавливается, что предоставление правовой охраны НМПТ признается недействительным, если оно было осуществлено с нарушением требований ГК РФ.

Следует полагать, что здесь имеются в виду, прежде всего, несоответствие НМПТ критериям, указанным в ст. 1516 ГК РФ.

8. Во второй фразе абзаца 1 п. 2 комментируемой статьи указывается, что предоставление исключительного права может быть оспорено и признано недействительным в течение всего срока его действия.

Следует считать, что заинтересованное лицо вправе оспорить предоставление исключительного права и после того, как оно прекратилось.

9. Во второй фразе абзаца 1 п. 2 не предусмотрено, по каким основаниям может быть аннулировано исключительное право. Это - большой пробел ГК РФ.

Однако следует считать, что это может произойти, прежде всего, в связи с тем, что маркируемый НМПТ товар владельца исключительного права не обладает указанными особыми свойствами или производится не в границах указанного географического объекта.

10. Абзац 2 п. 2 комментируемой статьи определяет один особый случай оспаривания и признания недействительным предоставления правовой охраны НМПТ.

Этот особый случай заключается в следующем: ранее даты приоритета "первичной" заявки на НМПТ другое лицо подало заявку на товарный знак, тождественный или сходный до степени смешения с НМПТ; по этой заявке на товарный знак товарный знак был зарегистрирован. В такой ситуации владелец товарного знака может в течение пяти лет с даты публикации в официальном бюллетене Роспатента сведений о государственной регистрации НМПТ оспорить и пытаться признать недействительным зарегистрированное НМПТ, если будет доказано, что использование НМПТ способно ввести потребителя в заблуждение относительно товара или его производителя.

Следует полагать, что владелец исключительного права на товарный знак может прибегнуть и к другим способам защиты своего права (ст. 1252, ст. 1515 ГК РФ).

Нельзя не отметить, что ГК РФ практически не урегулировал вопросов одновременного существования права на НМПТ и права на товарные знаки.

О сходстве до степени смешения см. п. 16 комментария к ст. 1483 ГК РФ.

11. В пункте 3 комментируемой статьи определяется, кто и в каком порядке может оспаривать правовые акты, относящиеся к НМПТ.

Установлено, что документ, оспаривающий эти акты, называется возражение. Оно подается в Роспатент заинтересованным лицом.

В соответствии с общими нормами ГК РФ (п. 2 ст. 11) решение, принятое по возражению, может быть оспорено в суде.

Статья 1536. Прекращение правовой охраны наименования места происхождения товара и действия свидетельства об исключительном праве на такое наименование

Комментарий к статье 1536

1. Комментируемая статья относится к случаям прекращения правовой охраны НМПТ и действия свидетельства на НМПТ на будущее время, без обратной силы.

В этих случаях правовая охрана НМПТ прекращается, но она существовала в течение определенного времени, что влекло определенные правовые последствия.

2. В подпункте 1 п. 1 комментируемой статьи предусматривается, что правовая охрана НМПТ прекращается, если характерные для данного географического объекта условия исчезли (иссяк водный источник, изменился климат, все специалисты эмигрировали и т.п.) и потому более невозможно производить товар, обладающий теми особыми свойствами, которые указаны в Государственном реестре НМПТ.

Следует считать, что этот случай относится как к географическим объектам, расположенным на территории России, так и к зарубежным географическим объектам.

3. В соответствии с подп. 2 п. 1 комментируемой статьи правовая охрана НМПТ прекращается, если лицо, обладавшее правом на НМПТ за рубежом, в стране происхождения товара, утратило свое право.

А поскольку обладателем права на НМПТ на товары, производимые за рубежом, может быть только обладатель зарубежного права (п. 2 ст. 1517 ГК РФ), утрата таким лицом зарубежного права влечет утрату и права российского.

Вместе с тем нельзя не отметить, что если в России обладателями исключительного права на НМПТ на товары, производимые за рубежом, являются два или большее число лиц, то утрата только одним или некоторыми из них своего зарубежного права не должна влечь прекращения правовой охраны НМПТ в России.

4. Следует считать, что если в отношении НМПТ действует только одно свидетельство, то прекращение его действия влечет прекращение правовой охраны НМПТ.

Этот случай не отмечен в п. 1 комментируемой статьи, что является пробелом в законодательстве.

5. Пункт 2 данной статьи относится к случаям прекращения действия свидетельства о предоставлении исключительного права на НМПТ. Прекращение действия свидетельства может не затрагивать самой правовой охраны НМПТ - если и поскольку имеются и сохраняют свою силу другие свидетельства, выданные иным лицам.

6. В подпункте 1 п. 2 комментируемой статьи речь идет о прекращении действия свидетельства, если его обладатель производит товары, хотя и маркированные НМПТ, но не обладающие предписанными особыми свойствами.

7. В подпункте 2 п. 2 указывается, что действие свидетельства прекращается, если прекращена правовая охрана самого НМПТ. В этом случае прекращается действие всех свидетельств об исключительном праве на данное НМПТ.

8. В подпункте 3 п. 2 указывается, что ликвидация юридического лица или прекращение предпринимательской деятельности индивидуальным предпринимателем прекращают действие принадлежащего им свидетельства. Следует полагать, что аналогичные последствия наступают в случае смерти гражданина - владельца свидетельства.

9. Если срок действия свидетельства истек и не продлен, то свидетельство прекращает действовать (подп. 4 п. 2 комментируемой статьи).

10. Заявитель вправе подать в любой момент в Роспатент заявление об отказе от свидетельства, и тогда действие свидетельства прекращается (подп. 5 п. 2 комментируемой статьи).

11. Пункт 3 касается процедуры прекращения правовой охраны НМПТ и действия свидетельства.

При этом никакой особой процедуры для случаев, предусмотренных в подп. 4 (истечение срока действия свидетельства) и в подп. 5 (отказ владельца) п. 2 комментируемой статьи, не предусмотрено. Следует считать, что в этих случаях

прекращение правовых актов происходит либо автоматически, путем внесения записей в Государственный реестр, либо путем принятия формального решения Роспатента.

В остальных случаях, указанных в п. 1 и в подп. 1 - 3 п. 2, прекращение ранее принятого правового акта осуществляется на основе заявления любого лица, подаваемого в Роспатент.

Следует считать, что податель заявления должен указать свой "интерес" в прекращении данного правового акта.

Решение по поступившему заявлению выносит Роспатент. В соответствии с общими нормами ГК РФ вынесенное решение может быть оспорено в суде (п. 2 ст. 11 ГК РФ).

12. В абзаце 1 п. 3 комментируемой статьи предусматривается, что в случае утраты товаром, производимым обладателем свидетельства, особых свойств, указанных в Государственном реестре НМПТ, подается заявление о прекращении правовой охраны НМПТ и действия свидетельства.

Это указание - неточно. Оно верно лишь для тех случаев, когда на НМПТ выдано только одно свидетельство. Если же на НМПТ выдано два или несколько свидетельств, принадлежащих разным лицам, то прекращение действия одного свидетельства по указанному основанию не влечет прекращения правовой охраны НМПТ.

Неточным является и указание о том, что в случае ликвидации субъекта права на НМПТ (подп. 3 п. 2 комментируемой статьи) выносится решение только о прекращении действия свидетельства, принадлежавшего этому субъекту. На самом деле если это было единственное свидетельство, относящееся к этому НМПТ, то прекращение действия свидетельства влечет и прекращение правовой охраны НМПТ.

13. Следует полагать, что в том случае, если Роспатенту станет известно о наличии оснований для прекращения действия НМПТ или для прекращения действия свидетельства, он вправе по собственной инициативе, ex officio, начать процедуру прекращения действия ранее принятого правового акта.

Следует считать, что ходатайство о прекращении правовой охраны НМПТ и свидетельства может заявить как уполномоченный орган (абз. 1 п. 5 ст. 1522 ГК РФ), так и компетентный орган (абз. 2 п. 5 ст. 1522, абз. 1 п. 2 ст. 1531 ГК РФ).

5. Защита наименования места происхождения товара

Статья 1537. Ответственность за незаконное использование наименования места происхождения товара

Комментарий к статье 1537

1. К защите НМПТ и к ответственности за незаконное использование НМПТ применимы общие положения о защите интеллектуальных прав (ст. 1250 ГК РФ) и о защите исключительных прав (ст. 1252 ГК РФ).

2. Пункт 1 комментируемой статьи повторяет - применительно к НМПТ - содержащиеся в п. 2 ст. 1515 ГК РФ нормы, касающиеся товарных знаков. См. комментарий к ст. 1515 ГК РФ.

3. Пункт 2 данной статьи повторяет - применительно к НМПТ - норму, содержащуюся в п. 4 ст. 1515 ГК РФ, сформулированную для товарных знаков (см. комментарий к п. 4 ст. 1515 ГК РФ). Однако норма, содержащаяся в п. 4 ст. 1515 ГК РФ, несколько сокращена: исключительное право на НМПТ не знает правомочия распоряжения (п. 4 ст. 1519 ГК РФ), а потому компенсация "в двукратном размере стоимости" всегда исчисляется только от стоимости товара, незаконно маркированного наименованием места происхождения товара.

4. Пункт 3 комментируемой статьи повторяет - применительно к НМПТ - норму, содержащуюся в п. 5 ст. 1515 ГК РФ, в отношении товарных знаков.

См. комментарий к п. 5 ст. 1515 ГК РФ.

§ 4. Право на коммерческое обозначение

Статья 1538. Коммерческое обозначение

Комментарий к статье 1538

1. Параграф 4 главы 76 ГК РФ состоит из четырех статей, которых явно недостаточно для правовой регламентации нового для российского законодательства средства индивидуализации - коммерческого обозначения.

В статье 1225 ГК РФ в перечне охраняемых результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации наряду с другими средствами индивидуализации указаны коммерческие обозначения.

2. В СССР, а затем в России термин "коммерческое обозначение" был известен из ст. 2 (viii) Конвенции, учреждающей ВОИС, где в качестве объекта интеллектуальной собственности наряду с фирменным наименованием (nom commercial, trade name) указано коммерческое обозначение (denomination commercial, commercial name).

В российском законодательстве термин "коммерческое обозначение" появился с принятием 22 декабря 1995 г. и введением в действие с 1 марта 1996 г. части второй ГК РФ. В главе 54 ГК РФ, посвященной договору коммерческой концессии, в ряде статей (1027, 1032, 1037, 1039, 1040) наряду с фирменным наименованием указано коммерческое обозначение.

Само понятие коммерческого обозначения не было нигде раскрыто, что не могло не породить в литературе массу предположений относительно его содержания. Наиболее распространенное заблуждение на этот счет - представление о коммерческом обозначении как об общеизвестном наименовании или знаке, охраняемом на территории РФ без его регистрации на основании ст. 6.bis Парижской конвенции по охране промышленной собственности 1883 г. с последующими изменениями (далее - Парижская конвенция).

Вполне очевидно, что коммерческие обозначения и товарные знаки (в том числе и общеизвестные) - это самостоятельные объекты исключительных прав, различные средства индивидуализации с различными функциями (а первом случае - для индивидуализации предприятий, во втором - товаров (услуг), подпадающие под различные режимы охраны.

3. За рубежом институт коммерческого обозначения развивался как дополнение к институту фирменного наименования.

Если фирменное наименование отражено в универсальном международном договоре еще в конце XIX в. (ст. 1, 8, 9, 10.ter Парижской конвенции), то упоминание о коммерческом обозначении появилось в Конвенции, учреждающей ВОИС в 1967 г., в единственной ст. 2 (viii).

В законодательстве и судебной практике государств с развитым правопорядком коммерческое обозначение известно под различными названиями, например вывеска (Испания, Италия, Португалия, Франция), вымышленное или официальное наименование (США), вторичный символ (Финляндия, Швеция).

Если в отношении фирменных наименований в отдельных странах приняты специальные законы, то в сфере правовой охраны коммерческих обозначений такие законы отсутствуют.

Основная особенность коммерческих обозначений заключается в том, что они по общему правилу не подлежат регистрации и территориальная сфера их действия ограничена местом нахождения торгового предприятия, т.е. они имеют локальный характер, дополнительное к фирменному наименованию значение.

По общему правилу право на коммерческое обозначение не признается исключительным правом, его защита осуществляется, как правило, по нормам законодательства о пресечении недобросовестной конкуренции.

4. Российский законодатель, решив избавиться от имеющихся ранее противоречивых положений в ГК РФ относительно того, кого индивидуализирует фирменное наименование - юридическое лицо или предприятие, принадлежащее юридическому лицу, принял разноуровневую систему индивидуализации юридического лица и предприятия, которое ему принадлежит.

Для индивидуализации юридического лица законодатель определил фирменное наименование, которое в этой функции совпадает с собственно наименованием юридического лица, а для индивидуализации предприятия как объекта права - коммерческое обозначение, которое в этой функции замещает фирменное наименование.

Таким образом, в соответствии с российским гражданским законодательством коммерческое обозначение призвано играть самостоятельную роль, выполняя ту функцию, которую, согласно законодательствам большинства государств, надлежит выполнять фирменному наименованию - идентифицировать предприятие определенного физического или юридического лица.

Именно с этой позиции осуществлены все изменения и дополнения в российских законодательных актах.

Большое количество изменений связано с заменой термина "фирменное наименование" на термин "коммерческое обозначение", которая вызвана новым подходом к правовой охране фирменных наименований в нашей стране, согласно которому индивидуализация предприятия осуществляется коммерческим обозначением. Так, в абзаце втором п. 2 ст. 132 ГК РФ ("Предприятие") слова "фирменное наименование" заменены словами "коммерческое обозначение". Согласно новому п. 2 ст. 559 ГК РФ исключительные права на средства индивидуализации предприятия, продукции, работ или услуг продавца (коммерческое обозначение, товарный знак, знак обслуживания), а также принадлежащие ему на основании лицензионных договоров права использования таких средств индивидуализации переходят к покупателю, если иное не предусмотрено договором.

Замена термина "фирменное наименование" на термин "коммерческое обозначение" произошла также в главе 54 ГК РФ, посвященной договору коммерческой концессии (ст. 1027, 1032, 1037, 1039, 1040), основные положения которой в целом соответствовали зарубежным законодательным определениям договора франшизы (или франчайзинга). В связи с принятием указанных изменений договор коммерческой концессии не стыкуется с договором франшизы (франчайзинга), поскольку в последнем именно институт фирменного наименования занимает центральное место.

5. В пункте 1 комментируемой статьи не дается определения коммерческого обозначения. В нем указаны некоторые признаки, которым должно соответствовать коммерческое обозначение.

В отличие от фирменного наименования, являющегося обязательным для юридического лица, коммерческое обозначение представляет собой факультативное средство индивидуализации.

В отличие от фирменного наименования, предназначенного для индивидуализации юридического лица, коммерческое обозначение призвано индивидуализировать предприятие как объект права (имеется прямая ссылка на ст. 132 ГК РФ).

В отличие от фирменного наименования, субъектами права на которые могут быть только коммерческие юридические лица, субъектами права на коммерческое обозначения могут быть юридические лица, осуществляющие предпринимательскую деятельность, в том числе некоммерческие организации, которым предоставлено право на осуществление такой деятельности, а также индивидуальные предприниматели. Указанное послабление является ответом на прозвучавшую в литературе критику относительно того, что

некоммерческие организации и индивидуальные предприниматели лишены права на фирменное наименование.

В комментируемой норме указывается, что коммерческое обозначение не является фирменным наименованием и не подлежит обязательному включению в учредительные документы и Единый государственный реестр юридических лиц.

Этим законодатель подчеркнул самостоятельную роль коммерческого обозначения, являющегося средством индивидуализации предприятия. Вместе с тем это не мешает правообладателю использовать фирменное наименование или отдельные его элементы в составе принадлежащего ему коммерческого обозначения (см. комментарий к п. 1 ст. 1476 ГК РФ). В результате на практике возможно существование одного обозначения в различных ипостасях: фирменного наименования, коммерческого обозначения, а также, при определенных обстоятельствах, товарного знака.

Положение о необязательном включении коммерческого обозначения в учредительные документы и Единый государственный реестр юридических лиц сформулировано в императивной форме, т.е. оно исключает появление коммерческого обозначения в указанных документах и реестре.

Вместе с тем это положение ставит вопрос перед собственниками предприятий о необходимости какой-либо иной формы подтверждения принадлежности им коммерческого обозначения.

6. В пункте 2 комментируемой статьи отмечена особенность использования коммерческого обозначения, вытекающая из сущности средства индивидуализации: правообладатель может использовать коммерческое обозначение для индивидуализации одного или нескольких предприятий.

В отличие от коммерческого обозначения юридическому лицу может принадлежать только одно фирменное наименование.

Вместе с тем для индивидуализации одного предприятия нельзя одновременно использовать два и более коммерческих обозначения.

Статья 1539. Исключительное право на коммерческое обозначение

Комментарий к статье 1539

1. Комментируемая статья посвящена характеристике исключительного права на коммерческое обозначение в России.

Следует отметить, что в зарубежной практике чрезвычайно редки случаи правовой охраны коммерческого обозначения в режиме исключительного права.

2. В пункте 1 данной статьи раскрыто содержание исключительного права на коммерческое обозначение в его позитивной функции: правообладателю принадлежит исключительное право использования коммерческого обозначения в качестве средства индивидуализации принадлежащего ему предприятия любым не противоречащим закону способом.

Далее следует примерный перечень способов такого использования: путем указания коммерческого обозначения на вывесках, бланках, в счетах и на иной документации, в объявлениях и рекламе, на товарах или их упаковках.

Из вышеизложенного следует, что коммерческое обозначение - это прежде всего словесное обозначение, и в этом виде оно может совпадать с фирменным наименованием. Между тем такой способ использования коммерческого обозначения, как вывеска, предполагает наличие в коммерческом обозначении изобразительных элементов.

Условия предоставления исключительного права коммерческому обозначению следующие:

- обозначение должно обладать достаточными различительными признаками;
- его использование является известным в пределах определенной территории.

Требование достаточности различительных признаков (или различительная способность) означает, что коммерческое обозначение выполняет свою функцию отличия одного предприятия от предприятия другого лица.

Хотя в законе это и не установлено, следует полагать, что различительная способность коммерческого обозначения должна оцениваться в отношении аналогичных или сходных видов деятельности предприятий, коммерческие обозначения которых сравниваются.

Требование известности коммерческого обозначения в пределах определенной территории в принципе предопределяет характер исключительного права на указанное средство индивидуализации. Исключительное право на коммерческое обозначение имеет локальный характер, его действие всегда ограничено определенной территориальной привязкой (округ, район, улица и т.д.).

3. В пункте 2 комментируемой статьи сформулировано исключительное право на коммерческое обозначение в его негативной функции: не допускается использование коммерческого обозначения, способного ввести в заблуждение относительно принадлежности предприятия определенному лицу, в частности обозначения, сходного до степени смешения с фирменным наименованием, товарным знаком или защищенным исключительным правом коммерческим обозначением, принадлежащим другому лицу, у которого соответствующее исключительное право возникло ранее.

Вполне очевидно, что не допускается несанкционированное (неразрешенное) использование чужого коммерческого обозначения, поскольку, согласно п. 5 комментируемой статьи, правообладатель вправе предоставлять другим лицам право использования соответствующего коммерческого обозначения.

Следует полагать, что запрет касается также использования коммерческого обозначения, тождественного средствам индивидуализации другого лица, а не только сходного с ними до степени смешения.

Использование в комментируемой норме оборота "в частности" означает, что при квалификации нарушения старших прав ("соответствующее исключительное право возникло ранее") должно приниматься во внимание такое средство индивидуализации, как наименование места происхождения товаров.

Одним из критериев установления факта нарушения чужих исключительных прав на средства индивидуализации является способность коммерческого обозначения вводить в заблуждение заинтересованных лиц и потребителей относительно принадлежности предприятия определенному лицу.

Следует полагать, что запрет касается также использования, в частности, товарного знака, фирменного наименования, нарушающих старшее исключительное право (т.е. возникшее ранее) на коммерческое обозначение.

4. В пункте 3 комментируемой статьи определены правовые последствия нарушения исключительного права на коммерческое обозначение: правонарушитель обязан по требованию правообладателя прекратить использование коммерческого обозначения и возместить правообладателю причиненные убытки. Указанные неблагоприятные последствия аналогичны тем, которые предусмотрены п. 4 ст. 1474 ГК РФ в отношении нарушителей исключительного права на фирменное наименование.

Следует отметить, что законодатель не счел нужным вводить в отношении нарушителей исключительного права на коммерческое обозначение такой альтернативной санкции, как выплата компенсации вместо возмещения убытков, как это предусмотрено в п. 4 ст. 1515 ГК РФ в отношении нарушителей исключительного права на товарный знак и в п. 2 ст. 1537 ГК РФ в отношении нарушителей исключительного права на использование наименования места происхождения товара.

5. Пунктом 4 комментируемой статьи предусмотрена возможность перехода исключительного права на коммерческое обозначение, но только в составе предприятия, для индивидуализации которого такое обозначение используется.

По смыслу комментируемой нормы переход исключительного права на коммерческое обозначение может происходить по договору продажи предприятия, т.е. совместно с предприятием, в порядке универсального правопреемства, т.е. при наследовании или реорганизации юридического лица, собственника предприятия, и по иным основаниям, указанным законом, например при обращении взыскания на имущество правообладателя.

Следует отметить неразрывную связь коммерческого обозначения с предприятием, на котором оно используется. Этот вывод подтверждается абзацем вторым п. 4 комментируемой статьи, согласно которому в случае, если коммерческое обозначение используется правообладателем для индивидуализации нескольких предприятий, переход к другому лицу исключительного права на коммерческое обозначение в составе одного из предприятий лишает правообладателя права использования этого коммерческого обозначения для индивидуализации остальных его предприятий.

Следует также отметить, что, в отличие от коммерческого обозначения, распоряжение исключительным правом на фирменное наименование, в том числе путем его отчуждения или предоставления права использования, не допускается (см. комментарий к п. 2 ст. 1474 ГК РФ). Напротив, в государствах с развитым правопорядком разрешена передача права на фирменные наименования, но только совместно с предприятием. При этом следует учитывать тот факт, что в этих государствах фирменное наименование призвано индивидуализировать предприятие, а не юридическое лицо.

6. В пункте 5 комментируемой статьи предусмотрена возможность распоряжения исключительным правом на коммерческое обозначение путем предоставления правообладателем права на его использование другому лицу.

Причем такая возможность допускается в двух формах: в порядке и на условиях, которые предусмотрены договором аренды предприятия или договором коммерческой концессии.

Сказанное лишний раз подтверждает неразрывную связь коммерческого обозначения с предприятием, для индивидуализации которого оно предназначено, поскольку комментируемая норма не предусматривает предоставление лицензии на использование коммерческого обозначения независимо от предприятия.

Статья 1540. Действие исключительного права на коммерческое обозначение

Комментарий к статье 1540

1. В комментируемой статье закреплены отдельные правила, определяющие действие исключительного права на коммерческое обозначение во времени и пространстве, т.е. установлены его определенные территориальные и временные пределы.

2. Пункт 1 комментируемой статьи содержит декларацию о том, что на территории Российской Федерации действует исключительное право на коммерческое обозначение, используемое для индивидуализации предприятия, находящегося на территории России.

Указанную норму следует понимать таким образом, что действие исключительного права на коммерческое обозначение ограничено территорией России, оно не действует за рубежом.

Вместе с тем сказанное не означает, что действие какого-либо конкретного коммерческого обозначения обязательно распространяется на всю территорию Российской Федерации. Такие случаи единичны, равно как и единичны случаи действия на всей территории России исключительного права на фирменные наименования.

Такой феномен связан с самой природой исключительного права на коммерческое обозначение, поскольку по своему определению масштабы его известности ограничены пределами определенной территории (см. комментарий к п. 1 ст. 1539 ГК РФ). Поэтому

называть право на коммерческое обозначение исключительным можно с большой долей условности.

Для возникновения исключительного права на коммерческое обозначение необходимо, чтобы предприятие, которое оно предназначено индивидуализировать, находилось на территории России.

Из вышеизложенного следует, что иностранные коммерческие обозначения, указывающие на территориальное месторасположение предприятий за рубежом, не действуют на территории России.

В таких случаях исключена вероятность применения ст. 8 Парижской конвенции по охране промышленной собственности, поскольку последняя действует в отношении фирменных наименований, а коммерческие обозначения в ней далее не упомянуты.

3. Пункт 2 комментируемой статьи содержит норму о том, что исключительное право на коммерческое обозначение прекращается, если правообладатель не использует его в течение года.

Указанная норма перекликается с нормой п. 1 ст. 21.1 Федерального закона от 8 августа 2001 г. "О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей", согласно которой юридическое лицо, которое в течение последних 12 мес., предшествующих моменту принятия регистрирующим органом соответствующего решения, не представляло документы отчетности, предусмотренные законодательством Российской Федерации о налогах и сборах, и не осуществляло операций хотя бы по одному банковскому счету, признается фактически прекратившим свою деятельность.

В комментируемой норме не указаны иные основания для прекращения исключительного права на коммерческое обозначение. Нет также ответа на вопрос, с какого момента отсчитывается годичный срок для целей прекращения исключительного права на коммерческое обозначение. Не ясен вопрос о том, кто правомочен инициировать дело о прекращении исключительного права на коммерческое обозначение и в каком органе это должно происходить. И самое главное - не установлен момент возникновения исключительного права на коммерческое обозначение.

Следует полагать, что, как и в случае с фирменным наименованием, действие исключительного права на коммерческое обозначение во времени не ограничено каким-либо конкретным сроком. В принципе указанный срок напрямую зависит от длительности существования предприятия, которое коммерческое обозначение индивидуализирует.

Инициаторами прекращения действия исключительного права на коммерческое обозначение могут быть любые заинтересованные лица, в принципе конкуренты правообладателя, которые могут возбуждать соответствующие дела в судах.

Упомянутый годичный срок неиспользования коммерческого обозначения может быть исчислен в любой период времени на протяжении действия исключительного права с даты обнаружения такого неиспользования. Причем таких годичных периодов неиспользования коммерческого обозначения может быть несколько.

Момент возникновения исключительного права на коммерческое обозначение, учитывая положения п. 1 ст. 1539 ГК РФ, следует определять с момента начала использования коммерческого обозначения на вывесках, бланках, в счетах и на иной документации, в объявлениях и рекламе, на товарах или их упаковке.

Поскольку коммерческие обозначения не регистрируются, сведения о них не вносятся в учредительные документы и реестры и не публикуются, не говоря уже о том, что на них не выдаются охранные документы, факты использования коммерческого обозначения в сфере деятельности предприятия должны быть тщательно задокументированы.

Одним из надежных средств доказывания фактов использования коммерческого обозначения является процедура принятия нотариусом соответствующих документов на хранение с выдачей соответствующего свидетельства согласно ст. 97 Основ

законодательства Российской Федерации о нотариате от 11 февраля 1993 г. N 4462-1 (Ведомости РФ. 1993. N 10. Ст. 357).

Статья 1541. Соотношение права на коммерческое обозначение с правами на фирменное наименование и товарный знак

Комментарий к статье 1541

1. Комментируемая статья посвящена вопросам соотношения права на коммерческое обозначение с правами на другие средства индивидуализации - правами на фирменное наименование и товарный знак.

В отличие от ст. 1476 ГК РФ, в которой регламентируется соотношение прав на фирменное наименование с правами на коммерческое обозначение и на товарный знак и знак обслуживания, в комментируемой статье знаки обслуживания не упоминаются.

Однако при анализе данной статьи знаки обслуживания должны приниматься во внимание, поскольку, как указано в п. 2 ст. 1477 ГК РФ, правила ГК РФ о товарных знаках соответственно применяются к знакам обслуживания, т.е. обозначениям, служащим для индивидуализации выполняемых юридическими лицами либо индивидуальными предпринимателями работ или оказываемых ими услуг.

2. В пункте 1 комментируемой статьи предусмотрено, что исключительное право на коммерческое обозначение, включающее фирменное наименование правообладателя или отдельные его элементы, возникает и действует независимо от исключительного права на фирменное наименование.

Чаще всего в качестве коммерческого обозначения используется специальная (отличительная) часть фирменного наименования, необходимая для отличия одного юридического лица от другого юридического лица. Коммерческие обозначения и фирменные наименования являются близкими по содержанию и форме средствами индивидуализации. На практике одни и те же обозначения могут играть роль и фирменных наименований, и коммерческих обозначений.

Вместе с тем это самостоятельный объект исключительных прав, имеющий различные функции: фирменное наименование индивидуализирует юридические лица, а коммерческое обозначение - предприятие, принадлежащее юридическим лицам.

Фирменное наименование, являющееся не только правом, но и обязанностью юридического лица, определяется в его учредительных документах и включается в Единый государственный реестр юридических лиц.

Действие исключительного права на фирменное наименование неразрывно связано с государственной регистрацией юридического лица, которое оно индивидуализирует, в том числе при его создании, реорганизации или прекращении.

Коммерческое обозначение, являющееся факультативным для его правообладателя, возникает из факта использования обозначения путем его указания, как правило, на вывесках, бланках, счетах и иной документации.

Действие исключительного права на коммерческое обозначение зависит от непрерывности использования обозначения в течение одного года. В случае прекращения действия коммерческого обозначения, включающего фирменное наименование, последнее продолжает свое действие вплоть до прекращения действия юридического лица.

3. В предложении первом п. 2 комментируемой статьи установлено, что коммерческое обозначение или отдельные элементы этого наименования могут быть использованы правообладателем в принадлежащем ему товарном знаке (равно как и в знаке обслуживания).

Для усиления своих позиций на рынке хозяйствующие субъекты зачастую регистрируют товарные знаки, содержащие элементы своих коммерческих обозначений, а также фирменных наименований, если те и другие совпадают при использовании.

В случае использования коммерческого обозначения в качестве вывески предприятия правообладатель может зарегистрировать его как словесный знак, либо изобразительный знак, либо их комбинацию.

4. В предложении втором п. 2 комментируемой статьи предписано, что коммерческое обозначение, включенное в товарный знак (равно как и в знак обслуживания), охраняется независимо от охраны товарного знака (равно как и от знака обслуживания), т.е. сформулирована норма об автономии охраны коммерческого обозначения от охраны товарного знака или знака обслуживания.

Комментируемая норма должна быть истолкована таким образом, что если, например, товарный знак, содержащий элементы коммерческого обозначения, не используется правообладателем, то последствия неиспользования такого товарного знака, которые могут наступить в соответствии со ст. 1486 ГК РФ (возможность досрочного прекращения правовой охраны товарного знака), не влияют на действительность правовой охраны данного коммерческого обозначения.

Глава 77. ПРАВО ИСПОЛЬЗОВАНИЯ РЕЗУЛЬТАТОВ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ В СОСТАВЕ ЕДИНОЙ ТЕХНОЛОГИИ

Статья 1542. Право на технологию

Комментарий к статье 1542

1. Завершающая глава 77 ГК РФ, посвященная праву использования результатов интеллектуальной деятельности в составе единой технологии, состоит из десяти статей. Указанная глава имеет рамочный характер, требует для своего практического применения издания законодательных актов (два из них указаны в комментируемом тексте), а также иных нормативных правовых актов.

По своему содержанию указанная глава существенно отличается от предыдущих глав части четвертой ГК РФ, относящихся к исключительным правам на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации. В целом, нормы указанной главы выглядят инородным телом в рамках части четвертой ГК РФ, выпадают из ее контекста и могут быть без особого для нее ущерба исключены из ее состава. Однако такова воля законодателя, с ней приходится считаться и комментировать ее результаты.

Комментируемая глава содержит в основном правила о принадлежности права на единую технологию, созданную за счет или с привлечением средств федерального бюджета либо бюджетов субъектов РФ, о передаче единой технологии, в том числе об условиях ее экспорта. При этом при формулировке указанных правил законодатель использует термин "единая технология", когда речь идет об объекте охраны, и термин "право на технологию", когда речь идет о праве на единую технологию.

Единая технология, наряду с другими объектами (аудиовизуальные произведения, в том числе кинофильмы, театрально-зрелищные представления, мультимедийный продукт), выступает как видовое понятие по отношению к родовому понятию сложного объекта, сформулированному в ст. 1240 ГК РФ. Однако в отличие от других видов сложных объектов (например, аудиовизуальных объектов - ст. 1263 ГК РФ), единая технология как таковая не является объектом интеллектуальных (исключительных прав). Больше того, законодатель не счел необходимым включить единую технологию в исчерпывающий перечень охраняемых результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации согласно ст. 1225 ГК РФ.

В результате получена достаточно противоречивая правовая конструкция, согласно которой единая технология, включающая как охраняемые, так и неохраняемые результаты интеллектуальной деятельности, самостоятельным охраняемым результатом интеллектуальной деятельности не признается.

Поэтому режим исключительного права на единую технологию как таковую не распространяется. Право лица, организовавшего создание единой технологии, следует квалифицировать как субъективное гражданское право, подлежащее защите всеми способами, предусмотренными законом.

2. В советской доктрине были выдвинуты предложения о разработке и принятии специального закона в сфере инновационной деятельности: основы законодательства или закон о науке и технике (Зенин И.А. Наука и техника в гражданском праве. М., 1977. С. 21 - 35); сводный комплексный акт о научно-техническом прогрессе (Дозорцев В.А. Законодательство о научно-техническом прогрессе. М., 1978. С. 173 - 178).

Впоследствии, частично в советский, а затем в пореформенный периоды, были разработаны многочисленные законопроекты в указанной сфере, например "О научной интеллектуальной собственности", "Об инновационной деятельности", которые так и не были приняты.

На заседании Межпарламентской Ассамблеи государств - участников СНГ 17 февраля 1996 г. принят Рекомендательный законодательный акт "О защите высоких технологий", положения которого направлены на защиту национальных интересов в области технологической безопасности, в том числе для решения экономических, социальных и экологических задач государств СНГ.

В мировой практике отсутствуют примеры включения положений о защите высоких технологий или о стимулировании инновационной деятельности в гражданские или торговые кодексы.

Обычно принимаются специальные законы (например, Швейцария - Федеральный закон 1983 г. о развитии научных исследований; Франция - Закон о научно-исследовательских работах и технологическом развитии).

Некоторым правовым системам присущи многочисленные законодательные акты по различным направлениям развития науки и техники. В качестве примера можно привести законодательные акты США, наиболее значимые из которых следующие: Закон о национальной политике в области науки и техники, организации и приоритетах 1976 г.; Закон Стивенсона-Вайдлера о технологических инновациях 1980 г.; Закон о передаче государственных технологий 1986 г. Главной особенностью регулирования инновационных процессов в США является тесное взаимодействие государства и частного бизнеса, создание организаций на основе государственно-частного партнерства.

Примечательно, что российский законодатель, восприняв основные концептуальные идеи этих актов, не воспроизвел форму закрепления этих идей в нормативных актах.

3. В комментируемой статье дается определение понятия единой технологии, которое следует дополнить признаком единой технологии, закрепленным в ст. 1543 ГК РФ.

Так, единой технологией признается:

- выраженный в объективной форме результат научно-технической деятельности;

- указанный результат включает в том или ином сочетании изобретения, полезные модели, промышленные образцы, программы для ЭВМ или другие результаты интеллектуальной деятельности;

- указанный результат может служить технологической основой определенной практической деятельности в гражданской или военной сфере;

- указанный результат может также включать результаты интеллектуальной деятельности, не подлежащие правовой охране на основании правил настоящего раздела (т.е. части четвертой ГК РФ), в том числе технологические данные, другую информацию;

- указанный результат создан за счет или с привлечением средств федерального бюджета либо бюджетов субъектов РФ (ст. 1543 ГК РФ).

4. Формулировка понятия единой технологии приводит к теоретическому выводу, что в ее состав входят обязательные элементы (результаты интеллектуальной деятельности, охраняемые на основании правил настоящего раздела) и факультативные

элементы (результаты интеллектуальной деятельности, не охраняемые на основании правил настоящего раздела).

Однако на практике такое разделение практически отсутствует. Например, при передаче технологии принимающей стороне всегда передаются не только охраняемые результаты интеллектуальной деятельности, но и технологическая документация, инструкции, чертежи, схемы, спецификации, технологические карты и т.п.

Кроме того, важным элементом технологии является технологический опыт, который неотъемлем от личности работника передающей стороны. Поэтому зачастую условием договора о передаче технологий включается обучение специалистов принимающей стороны.

Обычно передача технологии как комплекса нематериальных объектов сопровождается поставкой технологии в материализованном виде (агрегатов, автоматического электронного оборудования, станков, технологических линий и т.п.).

5. Под единой технологией понимается выраженный в объективной форме результат научно-технической деятельности, включающий в себя комплекс как охраняемых результатов интеллектуальной деятельности, так и не охраняемых результатов интеллектуальной деятельности. Термин "результат научно-технической деятельности" по тексту комментируемой главы больше не встречается и не раскрывается.

Общее понятие научно-технической деятельности дается в ст. 2 Федерального закона от 23 августа 1996 г. N 127-ФЗ "О науке и государственной научно-технической политике" (СЗ РФ. 1996. N 35. Ст. 4137): деятельность, направленная на получение, применение новых знаний для решений технологических, инженерных, экономических, социальных, гуманитарных и иных проблем, обеспечения функционирования науки, техники и производства как единой системы.

В этой же статье приводится понятие научного и (или) научно-технического результата: продукт научной и (или) научно-технической деятельности, содержащий новые знания или решения и зафиксированный на любом информационном носителе.

В Положении о закреплении и передаче хозяйствующим субъектам прав на результаты научно-технической деятельности, полученные за счет средств федерального бюджета, утвержденном Постановлением Правительства РФ от 17 ноября 2005 г. N 685 (СЗ РФ. 2005. N 47. Ст. 4939), раскрыто понятие прав на результаты научно-технической деятельности. Так, в соответствии с п. 2 указанного Положения под правами на результат научно-технической деятельности понимаются:

- исключительные права на изобретения, полезные модели, промышленные образцы, селекционные достижения, топологии интегральных микросхем, программы для электронно-вычислительных машин, базы данных;

- права на результаты научно-технической деятельности, охраняемые в режиме коммерческой тайны, включая потенциально патентоспособные технические решения и секреты производства (ноу-хау).

6. В пункте 2 комментируемой статьи предусмотрено, что исключительные права на результаты интеллектуальной деятельности, которые входят в состав единой технологии, признаются и подлежат защите в соответствии с правилами, установленными ГК РФ.

Сказанное означает, что исключительные права на результаты интеллектуальной деятельности автономны по отношению к единой технологии, в состав которой они входят, в том, что касается объема охраны, территории и срока действия того или иного исключительного права (авторского права, патентного права, права на селекционное достижение и т.п.). В соответствующих случаях в отношении указанных исключительных прав применяются общие положения главы 69 и положения соответствующих глав ГК РФ.

Равным образом в случаях нарушения исключительных прав (контрафакции) на результаты интеллектуальной деятельности могут применяться, в частности, ст. 12, 15, 1068, 1099, 1229 и соответствующие статьи отдельных глав части четвертой ГК РФ (например, ст. 1270, 1358).

7. В пункте 3 комментируемой статьи право на технологию охарактеризовано как право использовать результаты интеллектуальной деятельности в составе единой технологии как в составе сложного объекта, который предусмотрен ст. 1240 ГК РФ.

Право на технологию принадлежит лицу, организовавшему создание единой технологии на основании договоров с обладателями исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности, входящие в состав единой технологии.

Вполне очевидно, что в состав единой технологии могут входить также охраняемые результаты интеллектуальной деятельности, созданные самим лицом, организовавшим ее создание.

Систематическое толкование п. 2 и п. 3 комментируемой статьи наряду с фактом невключения единой технологии в исчерпывающий перечень охраняемых результатов интеллектуальной деятельности приводит к выводу о том, что законодатель считает право на единую технологию и исключительное право на результат интеллектуальной деятельности категориями разного порядка.

8. Как указано в п. 5 ст. 1240 ГК РФ, правила этой статьи применяются к праву использования результатов интеллектуальной деятельности в составе единой технологии, созданной за счет или с привлечением средств федерального бюджета, поскольку иное не установлено правилами главы 77 ГК РФ.

Следует полагать, что ничто не препятствует применению правил ст. 1240 ГК РФ к праву использования результатов интеллектуальной деятельности в составе единой технологии, созданной также за счет или с привлечением средств бюджетов субъектов РФ.

Следовательно, положения ст. 1240 ГК РФ необходимы для выяснения вопроса о моменте возникновения права на единую технологию, сроке и территории его действия.

В соответствии со ст. 1240 ГК РФ договоры, предусматривающие использование результатов интеллектуальной деятельности в составе сложного объекта (в том числе и в составе единой технологии), бывают двух видов: договор об отчуждении исключительного права и лицензионный договор.

В абзаце втором п. 1 ст. 1240 ГК РФ установлена опровержимая презумпция, заключающаяся в том, что если иное не предусмотрено соглашением сторон, договор между лицом, организовавшим создание сложного объекта (в том числе, естественно, и единой технологии), и лицом, которое создало или создает результат интеллектуальной деятельности для его включения в сложный объект (т.е. единую технологию), считается договором об отчуждении исключительного права, но не лицензионным договором.

В том случае, когда результат интеллектуальной деятельности был создан вне рамок сложного объекта (единой технологии), т.е. он не создавался специально для включения в сложный объект (единую технологию), действует противоположная опровержимая презумпция, согласно которой заключенный договор считается лицензионным (п. 3 ст. 1233 ГК РФ).

В абзаце третьем п. 1 ст. 1240 ГК РФ закреплена опровержимая презумпция, согласно которой лицензионный договор, предусматривающий использование результата интеллектуальной деятельности в составе сложного объекта (т.е. единой технологии), предоставляет право использования на весь срок и в отношении всей территории действия соответствующего исключительного права.

Поскольку в комментируемых нормах не установлено иное, лицензионный договор, заключаемый между организатором создания единой технологии и обладателем исключительного права на результат интеллектуальной деятельности, входящий в состав единой технологии, может быть двух видов, как это установлено в ст. 1236 ГК РФ (простая (неисключительная) лицензия, исключительная лицензия).

Остается открытым вопрос о сроке действия права на технологию, поскольку в комментируемых нормах такой срок не определен.

Если в основе созданной единой технологии лежит лицензионный договор, то вполне очевидно, что стороны лицензионного договора могут заключить его и на других условиях относительно срока действия соответствующего исключительного права, нежели те, которые закреплены в ст. 1240 ГК РФ.

Сложнее обстоит дело с определением срока действия права на технологию, созданную в соответствии с договором об отчуждении соответствующих исключительных прав. Поскольку в состав единой технологии могут входить несколько результатов интеллектуальной деятельности с различными сроками действия, можно предположить, что срок действия права на технологию не превышает наибольшего срока действия исключительного права на соответствующий результат интеллектуальной деятельности, который используется наряду с другими результатами интеллектуальной деятельности для создания единой технологии.

Статья 1543. Сфера применения правил о праве на технологию

Комментарий к статье 1543

1. Комментируемая статья определяет сферу применения правил настоящей главы, которая ограничена отношениями, связанными с правом на технологию, созданную за счет или с привлечением средств федерального бюджета либо бюджетов субъектов РФ. При этом речь идет о праве на технологию не только гражданского, но и военного, специального или двойного назначения. Можно предположить, что с введением в России института единой технологии в ее состав войдут практически все результаты интеллектуальной деятельности двойного назначения.

Требования об источниках финансирования (федеральный бюджет, бюджеты субъектов РФ) затрат на создание единой технологии является определяющим в самом понятии единой технологии. Указанное требование об источнике финансирования является условием (признаком) создания единой технологии (см. также комментарий к ст. 1542). Без указанного условия (признака) правовая конструкция единой технологии несостоятельна.

Следует особо подчеркнуть, что законодатель не счел нужным подключить к финансированию создания единой технологии средства местных бюджетов или частных лиц, поэтому по общему правилу участие муниципальных образований и частных лиц в правовой конструкции единой технологии невозможно.

В комментируемой статье речь идет о бюджетных средствах, выделяемых для оплаты работ по государственным контрактам, по другим договорам, для финансирования по сметам доходов и расходов, а также в виде субсидий.

Имеются в виду, в частности, государственные контракты на выполнение подрядных работ для государственных нужд (ст. 763 - 768 ГК РФ), договоры на выполнение научно-исследовательских работ, опытно-конструкторских и технологических работ (ст. 769 - 778 ГК РФ).

Что касается средств, выделяемых в виде субсидий, то понятие "субсидия" раскрыто в ст. 6 Бюджетного кодекса РФ от 31 июля 1998 г. N 145-ФЗ (БК РФ) (СЗ РФ. 1998. N 31. Ст. 3823): бюджетные средства, предоставляемые бюджету другого уровня системы Российской Федерации, физическому или юридическому лицу на условиях долевого финансирования целевых расходов.

В комментируемой статье, равно как и в других статьях данной главы, не раскрыты понятия "за счет или с привлечением средств федерального бюджета либо бюджетов субъектов Российской Федерации".

Если толкование словосочетания "за счет" средств соответствующего бюджета не вызывает особых вопросов (подразумевается, что единая технология создана полностью за счет средств соответствующего бюджета), то словосочетание "с привлечением средств"

соответствующего бюджета на практике вызовет неоднозначную оценку того, в каком объеме финансировалось получение того или иного результата интеллектуальной деятельности в составе единой технологии.

Однако по общему правилу установлено, что бюджетные средства выделяются на безвозмездной основе.

2. В абзаце втором комментируемой статьи предписано, что правила комментируемой главы 77 ГК РФ не применяются к отношениям, возникающим при создании единой технологии за счет или с привлечением бюджетных средств на возмездной основе в форме бюджетного кредита.

Анализируемая норма предусматривает исключение из общего правила безвозмездного финансирования создания единой технологии, т.е. когда такое финансирование носит возмездный характер. По определению, сформулированному в ст. 6 БК РФ, бюджетный кредит - это форма финансирования бюджетных расходов, которая предусматривает предоставление средств юридическим лицам или другому бюджету на возвратной или возмездной основе.

Статья 1544. Право лица, организовавшего создание единой технологии, на использование входящих в ее состав результатов интеллектуальной деятельности

Комментарий к статье 1544

1. Судя по названию комментируемой статьи, в ней должна идти речь о правах лица, организовавшего создание единой технологии, однако, по существу, в ней предусмотрены преимущественно обязанности указанного лица.

Содержание права на технологию раскрыто в п. 3 ст. 1542 ГК РФ (см. комментарий к указанному пункту), которое сводится к праву лица, организовавшего создание единой технологии, на использование входящих в ее состав результатов интеллектуальной деятельности. Иными словами, право на технологию следует понимать как сумму только исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности, входящие в состав единой технологии (обязательные элементы).

Как известно, в состав единой технологии могут входить также результаты интеллектуальной деятельности, не подлежащие охране на основании режима исключительных прав, например технические данные, другая информация (п. 1 ст. 1542 ГК РФ) (факультативные элементы).

Однако технические данные, как и другие виды информации, не могут быть предметом гражданского оборота, поскольку такой объект, как "информация", ошибочно, на мой взгляд, исключен законодателем из перечня объектов гражданских прав в ст. 128 ГК РФ.

По сути, значительная часть единой технологии, представленной в виде технической документации, которая всегда сопровождает исключительные права на результаты интеллектуальной деятельности, остается без правовой охраны.

Если исходить из буквального прочтения комментируемой статьи, то право на технологию следует понимать как сумму позитивных функций исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности, входящие в состав единой технологии.

Иными словами, лицу, организовавшему создание единой технологии, принадлежат права использования входящих в ее состав результатов интеллектуальной деятельности, подтвержденные либо охранным документом (патентом, свидетельством), либо введенным режимом сохранения тайны.

Однако в данной статье ничего не сказано о принадлежности лицу, организовавшему создание единой технологии, права запрета третьим лицам несанкционированного использования соответствующего результата, составляющего самую привлекательную для

правообладателя часть исключительного права на интеллектуальную собственность, его негативную функцию.

Примечательно, что при таком обилии обязанностей, обременяющих право на технологию, законодатель не счел нужным вменить в обязанность организатора единой технологии принимать надлежащие меры по защите от контрафакции, т.е. нарушения исключительного права на результаты интеллектуальной деятельности, входящие в состав единой технологии.

Исходя из общих норм гражданского права, следует полагать, что в содержание права на технологию входят правомочия (одновременно и обязанность) организатора единой технологии запрещать третьим лицам несанкционированное использование ими исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности, входящие в состав единой технологии.

2. Пункт 1 комментируемой статьи устанавливает принадлежность права на технологию лицу, организовавшему создание единой технологии за счет или с привлечением средств федерального бюджета или бюджета субъектов РФ (исполнителю), за исключением случаев, когда это право в соответствии с п. 1 ст. 1546 ГК РФ принадлежит России или субъекту РФ.

В связи с вышеизложенным следует обратить внимание на неточность, допущенную законодателем в формулировке ссылки только на п. 1 ст. 1546 ГК РФ, поскольку в этом пункте указаны только случаи принадлежности права на технологию Российской Федерации. О принадлежности права на технологию субъекта РФ говорится в п. 2 ст. 1546 ГК РФ.

В комментируемой норме не определен статус исполнителей, которые организуют создание единой технологии за счет или с привлечением бюджетных средств.

Следует полагать, что исполнителями создания единой технологии (или, иными словами, субъектами права на технологию) могут быть любые юридические или физические лица с учетом соответствующих законодательных ограничений, например в соответствии с положениями ст. 17 Федерального закона от 8 августа 2001 г. N 128-ФЗ "О лицензировании отдельных видов деятельности", в которой изложен перечень видов деятельности, на осуществление которых требуются лицензии (СЗ РФ. 2001. N 33. Ст. 3430).

Следует особо подчеркнуть, что в качестве исполнителей создания единой технологии могут выступать частные лица, что соответствует концепции государственно-частного партнерства, получившей в последнее время широкое распространение в мировой практике.

Вместе с тем во всех случаях создания единой технологии необходимо участие распорядителей бюджетных средств, заказчиков создания единой технологии, поскольку именно государственное финансирование является определяющим признаком единой технологии.

Организационная деятельность по созданию единой технологии осуществляется по трем основным направлениям, хотя в каждом конкретном случае возможно их сочетание.

Во-первых, исполнитель может своими силами (служебные результаты интеллектуальной деятельности) разработать единую технологию, поскольку в ее состав могут входить также охраняемые результаты интеллектуальной деятельности, созданные самим лицом, организовавшим ее создание.

Во-вторых, организационная деятельность исполнителя может быть направлена на заключение договоров о создании результатов интеллектуальной деятельности, входящих в состав единой технологии.

В-третьих, исполнитель может направить свои усилия на приобретение уже существующих результатов интеллектуальной деятельности с целью создания единой технологии.

3. Пункт 2 комментируемой статьи возлагает на исполнителя обязанность незамедлительно принимать предусмотренные законодательством Российской Федерации меры для признания за ним и получения прав на результаты интеллектуальной деятельности, входящие в состав единой технологии, если такие меры не были приняты до или в процессе создания технологии.

В данной норме приведен примерный перечень подобных мер: подача заявки на выдачу патентов (например, на изобретения, полезные модели или промышленные образцы); подача заявки на государственную регистрацию результатов интеллектуальной деятельности (например, на топологию интегральной микросхемы); введение в отношении соответствующей информации режима сохранения тайны (например, введение режима коммерческой тайны в отношении секрета производства); заключение договора об отчуждении исключительных прав и лицензионных договоров с обладателем исключительных прав на соответствующие результаты интеллектуальной деятельности.

Примечательно, что упомянутая выше обязанность возлагается на исполнителя и в тех случаях, когда право на технологию принадлежит Российской Федерации или субъекту РФ (п. 3 ст. 1546 ГК РФ).

Вместе с тем каких-либо санкций за невыполнение указанной обязанности в отношении исполнителя в законе не предусмотрено. Единственное неблагоприятное последствие для исполнителя - переход права на технологию Российской Федерации или субъекту РФ (п. 1 и 2 ст. 1546 ГК РФ).

4. Пункт 3 комментируемой статьи в принципе предусматривает обязанность лица, которому принадлежит право на технологию (т.е. исполнителю), выбирать тот способ правовой охраны результатов интеллектуальной деятельности, входящих в состав единой технологии, который в наибольшей степени соответствует его интересам и обеспечивает практическое применение единой технологии.

Указанная обязанность возлагается на исполнителя в тех случаях, когда ГК РФ допускает различные способы правовой охраны результатов интеллектуальной деятельности, входящих в состав единой технологии.

В качестве примера можно привести выбор оптимального пути (с точки зрения экономики или национальной безопасности) правовой охраны объекта либо нормами патентного права (гл. 72 ГК РФ), либо нормами о праве на секрет производства (гл. 75 ГК РФ).

Следует отметить, что данная обязанность исполнителя также носит декларативный характер, поскольку не подкреплена какими-либо реальными неблагоприятными последствиями для исполнителя.

Статья 1545. Обязанность практического применения единой технологии

Комментарий к статье 1545

1. В комментируемой статье предусмотрена еще одна обязанность исполнителя создания единой технологии (или субъекта права на технологию) - обязанность практического применения единой технологии, т.е. внедрения единой технологии.

Термин "внедрение" не раскрыт в ГК РФ, равно как и других законодательных актах Российской Федерации.

В СССР термин "внедрение" применялся в связи с планированием использования изобретений и рационализаторских предложений в народном хозяйстве. Внедрение изобретений в зависимости от их значимости предусматривалось в перспективных и годовых планах различного уровня (Госплан СССР, советы министров союзных республик, министерства, предприятия, учреждения).

Инновационное развитие, ориентированное на создание новых технологий, является одним из главных условий экономического могущества промышленно развитых

государств, которые стремятся его сохранить и усилить различными способами, в том числе финансированием и прямой регламентацией практической реализации достижений науки и техники.

Давно отмечено, что крупный бизнес обычно не применяет новые технологии до тех пор, пока механизм конкуренции не вынудит его обратиться к достижениям научно-технического прогресса. Поэтому и в условиях рыночной экономики реализация современных направлений научно-технического прогресса (в прорывных отраслях экономики) возможна лишь при вмешательстве государства.

В самом общем виде понятие "внедрение" можно определить как доведение результата интеллектуальной деятельности до рыночной продукции, т.е. его товарную материализацию.

Для внедрения большинства результатов интеллектуальной деятельности, составляющих единую технологию, требуется проведение определенных подготовительных работ, включающих разработку технологической документации, изготовление и испытание опытных образцов, организацию производства и т.п.

В абзаце втором п. 1 комментируемой статьи предусмотрено, что обязанность практического применение единой технологии несет любое лицо, которому передается или к которому переходит это право в соответствии с правилами, установленными ГК РФ.

Таким образом, следует заключить, что право на технологию обременено обязанностью практического применения единой технологии.

Передача или переход права на технологию может осуществляться любыми предусмотренными ГК РФ способами, в том числе путем заключения гражданско-правовых договоров, в случае универсального правопреемства (например, при реорганизации юридического лица - исполнителя создания единой технологии), путем распоряжения правом на технологию, принадлежащим России (п. 5 ст. 1546 ГК РФ).

2. В пункте 2 комментируемой статьи сформулирована отсылочная норма о том, что содержание обязанности внедрения технологии, сроки, другие условия и порядок исполнения этой обязанности, последствия ее неисполнения и условия прекращения определяются Правительством РФ.

Представляется более корректным, если бы законодатель определил на законодательном уровне основные рамочные элементы обязанности практического применения единой технологии, особенно это касается условий наступления ответственности за неисполнение этой обязанности.

Статья 1546. Права Российской Федерации и субъектов Российской Федерации на технологию

Комментарий к статье 1546

1. Комментируемая статья содержит правила, определяющие принадлежность права на технологию за публично-правовыми образованиями - Российской Федерацией и субъектами РФ - как особыми субъектами гражданского права.

Кроме того, в ней отражены особенности участия публично-правовых образований в гражданско-правовых отношениях, связанных с управлением и распоряжением правом на технологию.

2. В пункте 1 данной статьи установлены три основания, по которым право на технологию, созданную за счет или с привлечением средств федерального бюджета, принадлежит Российской Федерации.

В первом случае право на технологию принадлежит Российской Федерации изначально, поскольку вопрос о том, связана ли непосредственно единая технология с обеспечением обороны и безопасности Российской Федерации, должен решаться, очевидно, не в процессе создания единой технологии или после ее создания.

Используемые в комментируемой норме понятия "оборона" и "безопасность" раскрыты, соответственно, в Федеральном законе от 31 мая 1996 г. N 61-ФЗ "Об обороне" (СЗ РФ. 1996. N 23. Ст. 2750) и в Законе РФ от 5 марта 1992 г. N 2446-1 "О безопасности" (Ведомости РФ. 1992. N 15. Ст. 769).

Термин "непосредственно" не определен в законодательстве, что на практике может приводить к неоднозначности в понимании того, какая именно связь единой технологии с обеспечением обороны и безопасности России достаточна для закрепления права на технологию за государством.

Во втором случае право на технологию может принадлежать Российской Федерации изначально (если Россия приняла на себя финансирование работ по доведению единой технологии до стадии практического применения) или вопрос о принадлежности Российской Федерации права на технологию будет решен в процессе создания единой технологии (если Россия "в последующем" приняла на себя финансирование указанных работ).

Думается, что термин "в последующем" следует толковать ограничительно, т.е. вопрос о принадлежности права на единую технологию должен быть решен до момента создания единой технологии, в противном случае можно практически всегда закрепить за государством права на результаты интеллектуальной деятельности, используемые в единой технологии.

В третьем случае вопрос о принадлежности Российской Федерации права на технологию встает после окончания работ по созданию единой технологии как реакция на нарушение исполнителем своей обязанности по обеспечению до истечения 6-месячного срока после окончания указанных работ всех действий, необходимых для признания за ним или приобретения исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности, которые входят в состав технологии.

Как указано в п. 2 ст. 1544 ГК РФ, исполнитель обязан незамедлительно принимать предусмотренные российским законодательством меры для признания за ним и получения прав на результаты интеллектуальной деятельности, входящие в состав единой технологии.

По сути, исполнителю дается льготный 6-месячный срок для оформления прав на результаты интеллектуальной деятельности, если он эту обязанность не исполнил незамедлительно по окончании работ по созданию единой технологии.

Из формулировки подп. 3 п. 1 комментируемой статьи следует, что окончание работ по созданию единой технологии еще не свидетельствует о факте ее создания в юридическом смысле этого слова, поскольку законодатель ставит создание единой технологии в зависимость от принятия исполнителем мер, перечень которых является открытым.

3. В пункте 2 комментируемой статьи урегулированы вопросы принадлежности права на технологию, созданную за счет или с привлечением средств бюджета субъекта РФ.

Право на технологию принадлежит субъекту РФ по двум основаниям, которые сходны с соответствующими основаниями принадлежности права на технологию Российской Федерации.

Вполне обоснованно право на технологию не может принадлежать субъекту РФ в том случае, когда единая технология непосредственно связана с обеспечением обороны и безопасности государства. Ведь обеспечение обороны и безопасности государства отнесено к исключительному ведению Российской Федерации (п. "м" ст. 71 Конституции РФ).

4. Пункт 3 комментируемой статьи вменяет в обязанность исполнителя принимать меры для признания за ним и получения прав на результаты интеллектуальной деятельности, входящие в состав единой технологии, даже в тех случаях, когда право на технологию принадлежит Российской Федерации или субъекту РФ. При этом после

получения прав на свое имя исполнитель обязан передать эти права соответственно Российской Федерации или субъекту РФ.

В связи с вышеизложенным представляется не вполне логичной обязанность исполнителя предварительно оформлять права на результаты интеллектуальной деятельности на свое имя, а затем передавать их (эта регистрационная процедура требует времени и средств) Российской Федерации или субъекту РФ в тех случаях, когда право на технологию изначально принадлежит Российской Федерации (например, единая технология непосредственно связана с обеспечением обороны и безопасности Российской Федерации) или субъекту РФ (например, субъект РФ до создания единой технологии принял на себя финансирование работ по внедрению единой технологии).

5. В абзаце первом п. 4 комментируемой статьи предусмотрено, что управление правом на технологию, принадлежащим Российской Федерации, осуществляется в порядке, определяемом Правительством РФ, что соответствует положению п. "г" ст. 114 Конституции РФ о полномочиях Правительства РФ по осуществлению управления федеральной собственностью.

От имени Российской Федерации полномочия собственника осуществляют федеральные органы исполнительной власти в рамках их компетенции, установленной нормативными правовыми актами, определяющими статус указанных органов.

Кроме того, следует иметь в виду, что находящееся в федеральной собственности имущество закрепляется за государственными предприятиями и учреждениями на праве хозяйственного ведения или оперативного управления в соответствии со ст. 294 и 296 ГК РФ, положения которых можно по аналогии распространить на права на результаты интеллектуальной деятельности, составляющие единую технологию, которые имеют имущественный характер.

Что касается права на технологию, принадлежащего субъекту РФ, то управление этим правом осуществляется в порядке, определяемом органами исполнительной власти соответствующего субъекта РФ.

6. В пункте 5 комментируемой статьи указано, что распоряжение правом на технологию, принадлежащим РФ или субъекту РФ, осуществляется с соблюдением правил настоящего раздела, т.е. части четвертой ГК РФ. Общие нормы о распоряжении исключительным правом, в том числе положения о договоре об отчуждении исключительного права и лицензионном договоре, закреплены в ст. 1233 - 1238 ГК РФ (см. комментарий к указанным статьям).

Распоряжение правом на технологию принадлежит России или субъекту РФ в форме отчуждения данного права, регламентированного в ст. 1547 ГК РФ (см. комментарий к ней).

Другие особенности распоряжения правом на технологию, принадлежащим РФ, должны быть определены в специальном законодательном акте о передаче федеральных технологий.

Примечательно, что это не единственный законодательный акт в сфере передачи технологий, который предполагается разработать в обозримом будущем.

Так, порядок проведения конкурса или аукциона на отчуждение Российской Федерацией или субъектами РФ права на технологию должен быть регламентирован в отдельном законе о передаче технологий (п. 2 ст. 1547 ГК РФ).

Статья 1547. Отчуждение права на технологию, принадлежащего Российской Федерации или субъекту Российской Федерации

Комментарий к статье 1547

1. Комментируемая статья посвящена вопросам отчуждения права на технологию, принадлежащего Российской Федерации или субъекту РФ, т.е. публично-правовым образованиям.

Поскольку Российская Федерация или субъекты РФ как особые субъекты гражданского права сами не могут непосредственно заниматься хозяйственной деятельностью, возникает необходимость передачи государственных технологий (т.е. права на технологию, принадлежащего публично-правовым образованиям) хозяйствующим субъектам для их практической реализации.

От имени Российской Федерации или субъекта РФ полномочия обладателя права на технологию осуществляют, соответственно, федеральные органы исполнительной власти и органы исполнительной власти соответствующего субъекта РФ в рамках их компетенции, установленной нормативными правовыми актами, определяющими статус указанных органов.

В комментируемой статье предусмотрена единственная форма передачи государственных технологий - отчуждение права на технологию, принадлежащего публично-правовым образованиям, т.е. полный переход права на технологию принимающей стороне.

Другие формы передачи государственных технологий, например предоставление права использования единой технологии (выдача лицензий), не предусмотрены.

Указанная особенность в принципе ограничивает воздействие государственных органов на конкуренцию на рынке, поскольку лишает возможности государственного регулирования количественного состава субъектов рыночных отношений.

2. В пункте 1 комментируемой статьи установлены сроки, в течение которых должны отчуждаться государственные технологии.

В соответствии с абзацем первым п. 1 комментируемой статьи право на технологию, приобретенное Российской Федерацией или субъектом РФ на основании принятия на себя обязанности по финансированию работ по внедрению единой технологии либо в результате нарушения исполнителем своей обязанности по оформлению прав на результаты интеллектуальной деятельности, входящие в единую технологию, должно быть отчуждено не позднее чем по истечении 6 месяцев со дня получения публично-правовым образованием прав на результаты интеллектуальной деятельности, необходимых для практического использования этих результатов в составе единой технологии.

Согласно абзацу второму п. 1 данной статьи, в случае когда единая технология непосредственно связана с обеспечением обороны или безопасности России, право на технологию должно быть отчуждено незамедлительно после того, как Россия "утратит необходимость" <1> сохранения этого права за собой.

- -

<1> Законодатель использовал такой необычный речевой оборот, хотя в соответствии с нормами русского языка утрачивают интерес, а необходимость отпадает.

В обоих случаях законодатель предписывает, что право на технологию должно быть отчуждено "лицу, заинтересованному во внедрении технологии и обладающему реальными возможностями для ее внедрения", однако статус этого лица не определяет.

Следует полагать, что во всех случаях, кроме отчуждения права на технологию, связанную с обеспечением обороны или безопасности России, понятие "лицо, заинтересованное во внедрении технологии и обладающее реальными возможностями для ее внедрения" следует трактовать расширительно, т.е. понимать под указанным лицом любое физическое или юридическое лицо, включая частные лица. Только при таком толковании может быть реализована концепция государственно-частного партнерства в целях создания новых технологий.

Иначе должен решаться вопрос о толковании понятия указанного лица в сфере единых технологий, связанных с обороной и безопасностью Российской Федерации.

Представляется логичным, что в таком случае право на технологию должно передаваться государственным предприятиям и учреждениям во владение, пользование и распоряжение в соответствии со ст. 294 и 296 ГК РФ.

3. В пункте 2 комментируемой статьи закреплено общее правило, согласно которому отчуждение по договору публично-правовыми образованиями права на технологию третьим лицам должно осуществляться на возмездных началах по результатам проведения конкурса.

Случаи безвозмездного предоставления права на технологию указаны в ст. 1548 ГК РФ (см. комментарий к данной статье).

Понятие "конкурс" как разновидность торгов определено в Федеральном законе от 21 июля 2005 г. N 94-ФЗ "О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд" (далее - Закон о размещении заказов (СЗ РФ. 2005. N 30. Ст. 3105)). Так, под конкурсом понимаются торги, победителем которых признается лицо, которое предложило лучшие условия исполнения государственного или муниципального контракта и заявке на участие в конкурсе которого присвоен первый номер. Конкурс может быть открытым и закрытым. Закрытый конкурс проводится исключительно в случае размещения заказа на поставку товаров, выполнение работ, оказание услуг, сведения о которых составляют государственную тайну.

В случае невозможности отчуждения принадлежащего публично-правовому образованию права на технологию на конкурсной основе такое право передается по результатам проведения аукциона, который также является одной из разновидностей торгов.

В соответствии с Законом о размещении заказов под аукционом на право заключить государственный или муниципальный контракт понимаются торги, победителем которых признается лицо, предложившее наиболее низкую цену такого контракта. Аукцион также может быть открытым и закрытым. Аукцион проводится путем снижения начальной цены контракта, указанной в извещении о проведении открытого конкурса.

Размещение заказов может проводиться без проведения торгов, путем запроса котировок у единственного поставщика (исполнителя, подрядчика), на товарных биржах.

Указанные выше положения о проведении конкурса и аукциона имеют общее методологическое значение до принятия закона о передаче технологии, в котором будут определены порядок проведения конкурса или аукциона на отчуждение публично-правовыми образованиями права на технологию, а также возможные случаи и порядок передачи права на технологию без проведения конкурса или аукциона.

4. Передача государственных технологий на основе торгов не исключает предоставления определенных льгот некоторым участникам таких торгов.

Такая льгота, в форме преимущественного права на заключение с публично-правовым образованием договора о приобретении права на технологию, предоставляется на основании п. 3 комментируемой статьи исполнителю, которым было организовано создание результатов интеллектуальной деятельности, входящих в состав единой технологии.

Вместе с тем в комментируемой норме подчеркивается, что указанное преимущественное право предоставляется исполнителю - организатору единой технологии только при прочих равных условиях с другими участниками торгов.

Статья 1548. Вознаграждение за право на технологию

Комментарий к статье 1548

1. В пункте 1 комментируемой статьи указаны случаи, когда право на технологию предоставляется безвозмездно.

В первом случае (ст. 1544 ГК РФ) речь идет о безвозмездном предоставлении бюджетных средств (но не права на технологию) исполнителю, организовавшему создание единой технологии.

Во втором случае (п. 3 ст. 1546 ГК РФ) речь идет о ситуациях, когда право на технологию принадлежит публично-правовым образованиям, а безвозмездно исполнителем должны передаваться России или субъекту РФ приобретенные им ранее на бюджетные средства права на результаты интеллектуальной деятельности, входящие в состав единой технологии.

Поэтому говорить о безвозмездном характере предоставления права на технологию в указанных выше случаях можно только условно.

В целом безвозмездное выделение бюджетных средств на создание единой технологии продиктовано стремлением государства способствовать разработке и быстрейшему внедрению новых технологий в различные отрасли экономики для повышения ее конкурентоспособности.

2. По общему правилу, установленному в п. 2 комментируемой статьи, отчуждение права на технологию по договору, в том числе по результатам конкурса или аукциона, осуществляется возмездно. При этом, исходя из принципа свободы договора, условия и порядок выплаты вознаграждения за это право (т.е. цена договора) определяются соглашением сторон.

Поскольку договор об отчуждении права на технологию является возмездным, цена договора (размер вознаграждения) считается существенным условием этого договора, а при ее отсутствии договор считается незаключенным.

Так как договор об отчуждении права на технологию заключается преимущественно на торгах, среди условий такого договора всегда присутствует цена договора.

Поэтому в отношении указанного договора стороны не могут при отсутствии в договоре указания на цену установить ее, основываясь на ценах, взимаемых в сравнимых обстоятельствах, как это предусмотрено п. 3 ст. 424 ГК РФ.

3. Пункт 3 комментируемой статьи содержит исключения из общего правила о возмездном характере договора об отчуждении права на технологию.

В законе названы два следующих случая безвозмездной передачи права на технологию:

- внедрение технологии имеет важное социально-экономическое значение

либо

- внедрение технологии имеет важное значение для обороны или безопасности Российской Федерации.

При этом требуется наличие одновременно следующих условий:

- размер затрат на внедрение технологии делает экономически неэффективным возмездное приобретение права на технологию;

- передающая сторона (Россия, субъект РФ или иной правообладатель) получила безвозмездно право на технологию.

Комментируемая норма о безвозмездной передаче права на технологию является рамочной. Конкретизация случаев, в которых допускается безвозмездная передача права на технологию, должна быть определена в подзаконном акте Правительства РФ.

Статья 1549. Право на технологию, принадлежащее совместно нескольким лицам

Комментарий к статье 1549

1. Как показывает мировой опыт, инновационный путь развития экономики не может быть связан только с бюджетным финансированием. Государство, кроме создания

оптимальных условий для инновационной деятельности, непосредственно разделяет с частным бизнесом риски создания новых технологий.

Положения комментируемой статьи направлены на реализацию в России концепции государственно-частного партнерства при выполнении инновационных проектов.

Анализируемая статья существенно отличается от других статей главы 77 ГК РФ, в частности от ст. 1542 и 1543 (см. комментарий к этим статьям), в которых раскрыто понятие единой технологии, непременным признаком которой является присутствие только бюджетных средств.

В отличие от механизма создания собственно единой технологии для целей создания предусмотренного комментируемой статьей объекта могут привлекаться и частные инвестиции.

Примечательно, что законодатель использует в комментируемой статье только термины "технология" и "часть технологии", но не термин "единая технология", как в большинстве других статей главы 77 ГК РФ.

2. В пункте 1 комментируемой статьи раскрыто содержание государственно-частного партнерства в инновационной сфере: право на технологию, созданную с привлечением бюджетных средств и средств других инвесторов, может принадлежать одновременно России, субъекту РФ, другим инвесторам проекта, в результате осуществления которого создана технология, исполнителю и иным правообладателям.

Таким образом, в создании технологии могут совместно участвовать несколько лиц: публично-правовые образования, частные инвесторы и исполнитель (т.е. лицо, организовавшее создание технологии). Право на такую технологию будет принадлежать им совместно.

Как следует из вышеизложенного, комментируемая норма отличается от нормы, предусмотренной ст. 1544 ГК РФ, согласно которой право на технологию принадлежит исполнителю, за исключением случаев, указанных в ст. 1546 ГК РФ, когда право на технологию должно принадлежать публично-правовым образованиям.

Следует полагать, что реализация инновационного проекта по созданию технологии должна осуществляться в рамках инновационного соглашения между сторонами.

3. В пункте 2 комментируемой статьи закреплены правила осуществления права на технологию, принадлежащего нескольким лицам.

По общему правилу, если право на технологию принадлежит нескольким лицам, то они осуществляют это право совместно.

Прежде всего совместное осуществление права на технологию может проявляться в совместном доведении технологии до готовой продукции, т.е. ее внедрении на практике.

В комментируемом пункте предписано, что распоряжение правом на технологию, принадлежащим нескольким лицам, осуществляется ими по общему согласию.

Основными формами распоряжения правом на технологию являются его отчуждение и предоставление другим лицам права использования предмета технологии по лицензионному договору.

В комментируемом пункте не определена форма достижения общего согласия между правообладателями по распоряжению правом на технологию. Вместе с тем из текста данного пункта вытекает, что один правообладатель не может самостоятельно, без согласия других правообладателей, распоряжаться правом на технологию.

Комментируемая статья обходит молчанием вопрос о совместной защите права на технологию.

Можно предположить, что каждый из правообладателей может самостоятельно принимать меры по защите нарушенного права на технологию, известив об этом в письменной форме других правообладателей.

4. Если один из правообладателей самостоятельно, без согласия других правообладателей, распорядился правом на технологию, то соответствующая сделка

может быть признана недействительной по требованию остальных правообладателей (из-за отсутствия у правообладателя, совершившего эту сделку, необходимых полномочий).

Однако указанная сделка может быть признана недействительной при наличии доказательства того факта, что другая сторона сделки знала или заведомо должна была знать об отсутствии этих полномочий.

Комментируемую норму следует толковать таким образом, что осведомленность (или презумпция такой осведомленности) принимающей стороны в сделке по распоряжению правом на технологию об отсутствии полномочий у передающей стороны является основным, но не единственным доказательством факта отсутствия необходимых полномочий у правообладателя, самостоятельно распорядившегося правом на технологию. В данном случае законодатель счел необходимым обеспечить повышенную охрану прав добросовестного приобретателя права на технологию.

Сделка по распоряжению правом на технологию, совершенная одним из правообладателей, считается оспоримой сделкой. Такая сделка может быть признана судом недействительной, и к ней могут быть применены общие положения о последствиях недействительности сделки (ст. 167 ГК РФ). Иск о признании оспоримой сделки недействительной и о применении последствий ее недействительности может быть предъявлен в течение года со дня, когда истец узнал или должен был узнать об обстоятельствах, являющихся основанием для признания сделки недействительной (п. 2 ст. 181 ГК РФ).

5. В пункте 4 комментируемой статьи закреплено положение, согласно которому доходы от использования технологии, право на которую принадлежит совместно нескольким правообладателям, а также от распоряжения этим правом распределяются между правообладателями по соглашению между ними.

В данной статье отсутствует порядок распределения упомянутых выше доходов, поэтому в случае недостижения правообладателями соглашения о распределении доходов соответствующий спор может быть передан на рассмотрение суда.

6. В пункте 5 анализируемой статьи изложены особенности правового регулирования части технологии, право на которую принадлежит нескольким лицам, которая имеет самостоятельное значение.

В комментируемом пункте указано, что часть технологии имеет самостоятельное значение, если она может быть использована независимо от иных частей этой технологии.

По соглашению между правообладателями может быть определено, что право на какую-либо часть технологии принадлежит каждому из правообладателей.

По общему правилу, каждый из правообладателей вправе по своему усмотрению использовать соответствующую часть технологии, имеющую самостоятельное значение, если иное не предусмотрено соглашением между ними. Однако право на технологию в целом, а также распоряжение этим правом осуществляется всеми правообладателями совместно.

Следовательно, п. 5 комментируемой статьи не допускает индивидуального распоряжения частью технологии, имеющей самостоятельное значение.

И как следствие, только доходы от использования части технологии могут поступать лицу, обладающему правом на данную технологию.

Статья 1550. Общие условия передачи права на технологию

Комментарий к статье 1550

1. В комментируемой статье закреплены общие условия распоряжения правом на технологию путем его передачи.

Следует полагать, что не существует никаких препятствий для перехода права на технологию в порядке универсального правопреемства, например в случае реорганизации юридического лица.

2. В абзаце первом данной статьи установлено, что если иное не предусмотрено настоящим Кодексом или другим законом, правообладатель может по своему усмотрению распоряжаться правом на технологию путем передачи его полностью или частично другим лицам по договору или иной сделке.

Далее следует примерный перечень видов передачи права на технологию: по договору об отчуждении этого права, по лицензионному договору либо по иному договору, содержащему элементы договора об отчуждении права или лицензионного договора. В последнем случае речь идет о смешанном договоре, возможность заключения которого предусмотрена п. 3 ст. 421 ГК РФ.

Как известно, в ГК РФ предусмотрены иные варианты передачи права на технологию, например отчуждение права на технологию, принадлежащего России или субъекту РФ (см. комментарий к ст. 1547 ГК РФ), особенности распоряжения правом на технологию, принадлежащим совместно нескольким лицам (см. комментарий к ст. 1549 ГК РФ).

В ГК РФ не раскрыты понятия передачи права на технологию "полностью или частично". Следует полагать, что законодатель восполнит этот пробел при принятии законодательных актов, предусмотренных ст. 1546 и 1547 ГК РФ.

Можно предположить, что термин "полностью" соответствует термину "в полном объеме", используемому в ГК РФ при характеристике договоров об отчуждении исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности.

Что касается термина "частично", то его применение уместно в сфере лицензионных договоров, когда право использования результата интеллектуальной деятельности может быть ограничено в предусмотренном договором пределах.

В этом случае термин "частично" можно толковать как возможность передачи лицензиату не всех способов использования единой технологии.

3. В абзаце втором комментируемой статьи сформулировано важное ограничение в сфере передачи права на технологию, которое касается целостности входящих в состав единой технологии объектов.

Согласно комментируемой норме право на технологию передается одновременно в отношении всех результатов интеллектуальной деятельности, входящих в состав единой технологии как единое целое, т.е. в полном объеме.

Данная норма имеет императивный характер, поэтому недопустимы иные условия договора о передаче права на технологию.

Из указанной нормы имеется единственное исключение, касающееся части технологии, предусмотренное п. 5 ст. 1549 ГК РФ: передача прав на отдельные результаты из числа всех результатов интеллектуальной деятельности (на часть технологии) допускается лишь в случаях, когда часть единой технологии может иметь самостоятельное значение.

Статья 1551. Условия экспорта единой технологии

Комментарий к статье 1551

1. В комментируемой статье определены некоторые условия экспорта единой технологии.

Следует особо отметить, что в ГК РФ, равно как и в других законодательных актах, в отличие от законодательств многих государств, отсутствуют положения, определяющие полезность импортируемой в Россию технологии, ее необходимый высокий уровень, исключающий поставку устаревших объектов.

Федеральный орган исполнительной власти в сфере государственного регулирования внешнеторговой деятельности следовало бы законодательно наделить полномочиями по проверке ввозимых в нашу страну технологий с точки зрения их экономической эффективности, экологической безопасности, социальной значимости для общества.

2. В пункте 1 комментируемой статьи продекларирован принцип преимущественного практического применения (внедрения) единой технологии на территории Российской Федерации.

Кроме того, допускается передача права на технологию для использования единой технологии на территориях иностранных государств с согласия государственного заказчика или распорядителя бюджетных средств в соответствии с законодательством о внешнеэкономической деятельности.

Основу законодательства о внешнеэкономической деятельности применительно к сделкам об экспорте единой технологии составляют раздел VI ГК РФ "Международное частное право" (СЗ РФ. 2001. N 49. Ст. 4552) и Федеральный закон от 8 декабря 2003 г. N 164-ФЗ "Об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности" (далее - Закон о внешнеторговой деятельности (СЗ РФ. 2003. N 50. Ст. 4850)), а также Федеральный закон от 10 декабря 2003 г. N 173-ФЗ "О валютном регулировании и валютном контроле" (СЗ РФ. 2003. N 50. Ст. 4859).

Международная практика показывает, что определенную сложность при заключении такого рода сделок представляет вопрос о применимом праве, когда необходимо точно установить, законодательством какого государства следует руководствоваться при разрешении спора, возникшего при исполнении указанной сделки.

Следует также иметь в виду многие ограничения и запреты, которые содержит законодательство о внешнеторговой деятельности. Например, в ст. 37 Закона о внешнеторговой деятельности говорится о запретах и ограничениях внешней торговли, торговле услугами и интеллектуальной собственностью в целях участия России в международных санкциях. Так, в соответствии с указами Президента РФ, внешняя торговля товарами, услугами и интеллектуальной собственностью может быть ограничена мерами, принятие которых необходимо для участия Российской Федерации в международных санкциях в соответствии с Уставом ООН. Положения ст. 38 Закона о внешнеторговой деятельности посвящены ограничению внешней торговли товарами, услугами и интеллектуальной собственностью в целях защиты внешнего финансового положения и поддержания равновесия платежного баланса Российской Федерации, в том числе полномочиям Правительства РФ при принятии решений о введении указанных ограничительных мер.

Следует особо подчеркнуть, что законодатель предусмотрел только одну форму экспорта единой технологии - заключение внешнеэкономического лицензионного договора. Отчуждение права на технологию за рубеж не входит в понятие экспорта единой технологии.

3. Пункт 2 комментируемой статьи вводит государственную систему регистрации сделок, предусматривающих использование единой технологии за пределами России, в федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности.

При этом несоблюдение требования о государственной регистрации сделки влечет ее недействительность.

Меры по осуществлению государственного контроля за экспортом/импортом технологий в форме регистрации внешнеэкономических сделок общеприняты в мировой практике. При этом ключевую роль играет правильный выбор компетентного органа, ответственного за проведение указанной регистрации.

На мой взгляд, законодатель при выборе компетентного органа для целей регистрации сделок, относящихся к единой технологии, отошел от правильно выбранного ориентира на законодательство о внешнеэкономической деятельности. Таким органом мог бы по праву стать федеральный орган исполнительной власти в сфере государственного регулирования внешнеторговой деятельности, располагающий всеми необходимыми ресурсами для правильной идентификации как объектов, входящих в состав единой технологии, так и субъектов права на единую технологию.

ОГЛАВЛЕНИЕ

Введение
Федеральный закон от 18.12.2006 N 231-ФЗ "О введении в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации"
Статья 1
Статья 2
Статья 3
Статья 4
Статья 5
Статья 6
Статья 7
Статья 8
Статья 9
Статья 10
Статья 11
Статья 12
Статья 13
Статья 14
Статья 15
Статья 16
Статья 17
Статья 18
Статья 19
Статья 20
Статья 21
Статья 22
Статья 23
Статья 24
Статья 25
Статья 26
Статья 27
Статья 28
Статья 29
Статья 30
Статья 31
Статья 32
Статья 33
Статья 34
Статья 35
Статья 36
Гражданский кодекс Российской Федерации (часть четвертая) от 18.12.2006 N 230-ФЗ
Раздел VII. Права на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации
Глава 69. Общие положения
Статья 1225. Охраняемые результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации
Статья 1226. Интеллектуальные права
Статья 1227. Интеллектуальные права и право собственности
Статья 1228. Автор результата интеллектуальной деятельности
Статья 1229. Исключительное право
Статья 1230. Срок действия исключительных прав

Статья 1231. Действие исключительных и иных интеллектуальных прав на территории Российской Федерации
Статья 1232. Государственная регистрация результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации
Статья 1233. Распоряжение исключительным правом
Статья 1234. Договор об отчуждении исключительного права
Статья 1235. Лицензионный договор
Статья 1236. Виды лицензионных договоров
Статья 1237. Исполнение лицензионного договора
Статья 1238. Сублицензионный договор
Статья 1239. Принудительная лицензия
Статья 1240. Использование результата интеллектуальной деятельности в составе сложного объекта
Статья 1241. Переход исключительного права к другим лицам без договора
Статья 1242. Организации, осуществляющие коллективное управление авторскими и смежными правами
Статья 1243. Исполнение организациями по управлению правами на коллективной основе договоров с правообладателями
Статья 1244. Государственная аккредитация организаций по управлению правами на коллективной основе
Статья 1245. Вознаграждение за свободное воспроизведение фонограмм и аудиовизуальных произведений в личных целях
Статья 1246. Государственное регулирование отношений в сфере интеллектуальной собственности
Статья 1247. Патентные поверенные
Статья 1248. Споры, связанные с защитой интеллектуальных прав
Статья 1249. Патентные и иные пошлины
Статья 1250. Защита интеллектуальных прав
Статья 1251. Защита личных неимущественных прав
Статья 1252. Защита исключительных прав
Статья 1253. Ответственность юридических лиц и индивидуальных предпринимателей за нарушения исключительных прав
Статья 1254. Особенности защиты прав лицензиата
Глава 70. Авторское право
Статья 1255. Авторские права
Статья 1256. Действие исключительного права на произведения науки, литературы и искусства на территории Российской Федерации
Статья 1257. Автор произведения
Статья 1258. Соавторство
Статья 1259. Объекты авторских прав
Статья 1260. Переводы, иные производные произведения. Составные произведения
Статья 1261. Программы для ЭВМ
Статья 1262. Государственная регистрация программ для ЭВМ и баз данных
Статья 1263. Аудиовизуальное произведение
Статья 1264. Проекты официальных документов, символов и знаков
Статья 1265. Право авторства и право автора на имя
Статья 1266. Право на неприкосновенность произведения и защита произведения от искажений

Статья 1267. Охрана авторства, имени автора и неприкосновенности произведения после смерти автора
Статья 1268. Право на обнародование произведения
Статья 1269. Право на отзыв
Статья 1270. Исключительное право на произведение
Статья 1271. Знак охраны авторского права
Статья 1272. Распространение оригинала или экземпляров опубликованного произведения
Статья 1273. Свободное воспроизведение произведения в личных целях
Статья 1274. Свободное использование произведения в информационных, научных, учебных или культурных целях
Статья 1275. Свободное использование произведения путем репродуцирования
Статья 1276. Свободное использование произведения, постоянно находящегося в месте, открытом для свободного посещения
Статья 1277. Свободное публичное исполнение музыкального произведения
Статья 1278. Свободное воспроизведение произведения для целей правоприменения
Статья 1279. Свободная запись произведения организацией эфирного вещания в целях краткосрочного пользования
Статья 1280. Свободное воспроизведение программ для ЭВМ и баз данных. Декомпилирование программ для ЭВМ
Статья 1281. Срок действия исключительного права на произведение
Статья 1282. Переход произведения в общественное достояние
Статья 1283. Переход исключительного права на произведение по наследству
Статья 1284. Обращение взыскания на исключительное право на произведение и на право использования произведения по лицензии
Статья 1285. Договор об отчуждении исключительного права на произведение
Статья 1286. Лицензионный договор о предоставлении права использования произведения
Статья 1287. Особые условия издательского лицензионного договора
Статья 1288. Договор авторского заказа
Статья 1289. Срок исполнения договора авторского заказа
Статья 1290. Ответственность по договорам, заключаемым автором произведения
Статья 1291. Отчуждение оригинала произведения и исключительное право на произведение
Статья 1292. Право доступа
Статья 1293. Право следования
Статья 1294. Права автора произведения архитектуры, градостроительства или садово-паркового искусства
Статья 1295. Служебное произведение
Статья 1296. Программы для ЭВМ и базы данных, созданные по заказу
Статья 1297. Программы для ЭВМ и базы данных, созданные при выполнении работ по договору
Статья 1298. Произведения науки, литературы и искусства, созданные по государственному или муниципальному контракту
Статья 1299. Технические средства защиты авторских прав
Статья 1300. Информация об авторском праве

Статья 1301. Ответственность за нарушение исключительного права на произведение
Статья 1302. Обеспечение иска по делам о нарушении авторских прав
Глава 71. Права, смежные с авторскими
§ 1. Общие положения
Статья 1303. Основные положения
Статья 1304. Объекты смежных прав
Статья 1305. Знак правовой охраны смежных прав
Статья 1306. Использование объектов смежных прав без согласия правообладателя и без выплаты вознаграждения
Статья 1307. Договор об отчуждении исключительного права на объект смежных прав
Статья 1308. Лицензионный договор о предоставлении права использования объекта смежных прав
Статья 1309. Технические средства защиты смежных прав
Статья 1310. Информация о смежном праве
Статья 1311. Ответственность за нарушение исключительного права на объект смежных прав
Статья 1312. Обеспечение иска по делам о нарушении смежных прав
§ 2. Права на исполнение
Статья 1313. Исполнитель
Статья 1314. Смежные права на совместное исполнение
Статья 1315. Права исполнителя
Статья 1316. Охрана авторства, имени исполнителя и неприкосновенности исполнения после смерти исполнителя
Статья 1317. Исключительное право на исполнение
Статья 1318. Срок действия исключительного права на исполнение, переход этого права по наследству и переход исполнения в общественное достояние
Статья 1319. Обращение взыскания на исключительное право на исполнение и на право использования исполнения по лицензии
Статья 1320. Исполнение, созданное в порядке выполнения служебного задания
Статья 1321. Действие исключительного права на исполнение на территории Российской Федерации
§ 3. Право на фонограмму
Статья 1322. Изготовитель фонограммы
Статья 1323. Права изготовителя фонограммы
Статья 1324. Исключительное право на фонограмму
Статья 1325. Распространение оригинала или экземпляров опубликованной фонограммы
Статья 1326. Использование фонограммы, опубликованной в коммерческих целях
Статья 1327. Срок действия исключительного права на фонограмму, переход этого права к правопреемникам и переход фонограммы в общественное достояние
Статья 1328. Действие исключительного права на фонограмму на территории Российской Федерации
§ 4. Право организаций эфирного и кабельного вещания
Статья 1329. Организация эфирного или кабельного вещания
Статья 1330. Исключительное право на сообщение радио- или телепередач

Статья 1331. Срок действия исключительного права на сообщение радио- или телепередачи, переход этого права к правопреемникам и переход сообщения радио- или телепередачи в общественное достояние
Статья 1332. Действие исключительного права на сообщение радио- или телепередачи на территории Российской Федерации
§ 5. Право изготовителя базы данных
Статья 1333. Изготовитель базы данных
Статья 1334. Исключительное право изготовителя базы данных
Статья 1335. Срок действия исключительного права изготовителя базы данных
Статья 1336. Действие исключительного права изготовителя базы данных на территории Российской Федерации
§ 6. Право публикатора на произведение науки, литературы или искусства
Статья 1337. Публикатор
Статья 1338. Права публикатора
Статья 1339. Исключительное право публикатора на произведение
Статья 1340. Срок действия исключительного права публикатора на произведение
Статья 1341. Действие исключительного права публикатора на произведение на территории Российской Федерации
Статья 1342. Досрочное прекращение исключительного права публикатора на произведение
Статья 1343. Отчуждение оригинала произведения и исключительное право публикатора на произведение
Статья 1344. Распространение оригинала или экземпляров произведения, охраняемого исключительным правом публикатора
Глава 72. Патентное право
§ 1. Основные положения
Статья 1345. Патентные права
Статья 1346. Действие исключительных прав на изобретения, полезные модели и промышленные образцы на территории Российской Федерации
Статья 1347. Автор изобретения, полезной модели или промышленного образца
Статья 1348. Соавторы изобретения, полезной модели или промышленного образца
Статья 1349. Объекты патентных прав
Статья 1350. Условия патентоспособности изобретения
Статья 1351. Условия патентоспособности полезной модели
Статья 1352. Условия патентоспособности промышленного образца
Статья 1353. Государственная регистрация изобретений, полезных моделей и промышленных образцов
Статья 1354. Патент на изобретение, полезную модель или промышленный образец
Статья 1355. Государственное стимулирование создания и использования изобретений, полезных моделей и промышленных образцов
§ 2. Патентные права
Статья 1356. Право авторства на изобретение, полезную модель или промышленный образец

Статья 1357. Право на получение патента на изобретение, полезную модель или промышленный образец
Статья 1358. Исключительное право на изобретение, полезную модель или промышленный образец
Статья 1359. Действия, не являющиеся нарушением исключительного права на изобретение, полезную модель или промышленный образец
Статья 1360. Использование изобретения, полезной модели или промышленного образца в интересах национальной безопасности
Статья 1361. Право преждепользования на изобретение, полезную модель или промышленный образец
Статья 1362. Принудительная лицензия на изобретение, полезную модель или промышленный образец
Статья 1363. Сроки действия исключительных прав на изобретение, полезную модель и промышленный образец
Статья 1364. Переход изобретения, полезной модели или промышленного образца в общественное достояние
§ 3. Распоряжение исключительным правом на изобретение, полезную модель или промышленный образец
Статья 1365. Договор об отчуждении исключительного права на изобретение, полезную модель или промышленный образец
Статья 1366. Публичное предложение заключить договор об отчуждении патента на изобретение
Статья 1367. Лицензионный договор о предоставлении права использования изобретения, полезной модели или промышленного образца
Статья 1368. Открытая лицензия на изобретение, полезную модель или промышленный образец
Статья 1369. Форма и государственная регистрация договоров о распоряжении исключительным правом на изобретение, полезную модель и промышленный образец
§ 4. Изобретение, полезная модель и промышленный образец, созданные в связи с выполнением служебного задания или при выполнении работ по договору
Статья 1370. Служебное изобретение, служебная полезная модель, служебный промышленный образец
Статья 1371. Изобретение, полезная модель или промышленный образец, созданные при выполнении работ по договору
Статья 1372. Промышленный образец, созданный по заказу
Статья 1373. Изобретение, полезная модель, промышленный образец, созданные при выполнении работ по государственному или муниципальному контракту
§ 5. Получение патента
1. Заявка на выдачу патента, ее изменение и отзыв
Статья 1374. Подача заявки на выдачу патента на изобретение, полезную модель или промышленный образец
Статья 1375. Заявка на выдачу патента на изобретение
Статья 1376. Заявка на выдачу патента на полезную модель
Статья 1377. Заявка на выдачу патента на промышленный образец
Статья 1378. Внесение изменений в документы заявки на изобретение, полезную модель или промышленный образец

Статья 1379. Преобразование заявки на изобретение или полезную модель
Статья 1380. Отзыв заявки на изобретение, полезную модель или промышленный образец
2. Приоритет изобретения, полезной модели и промышленного образца
Статья 1381. Установление приоритета изобретения, полезной модели или промышленного образца
Статья 1382. Конвенционный приоритет изобретения, полезной модели и промышленного образца
Статья 1383. Последствия совпадения дат приоритета изобретения, полезной модели или промышленного образца
3. Экспертиза заявки на выдачу патента. Временная правовая охрана изобретения, полезной модели или промышленного образца
Статья 1384. Формальная экспертиза заявки на изобретение
Статья 1385. Публикация сведений о заявке на изобретение
Статья 1386. Экспертиза заявки на изобретение по существу
Статья 1387. Решение о выдаче патента на изобретение или об отказе в его выдаче
Статья 1388. Право заявителя знакомиться с патентными материалами
Статья 1389. Восстановление пропущенных сроков, связанных с проведением экспертизы заявки на изобретение
Статья 1390. Экспертиза заявки на полезную модель
Статья 1391. Экспертиза заявки на промышленный образец
Статья 1392. Временная правовая охрана изобретения
4. Регистрация изобретения, полезной модели, промышленного образца и выдача патента
Статья 1393. Порядок государственной регистрации изобретения, полезной модели, промышленного образца и выдача патента
Статья 1394. Публикация сведений о выдаче патента на изобретение, полезную модель, промышленный образец
Статья 1395. Патентование изобретений или полезных моделей в иностранных государствах и в международных организациях
Статья 1396. Международные и евразийские заявки, имеющие силу заявок, предусмотренных настоящим Кодексом
Статья 1397. Евразийский патент и патент Российской Федерации на идентичные изобретения
§ 6. Прекращение и восстановление действия патента
Статья 1398. Признание недействительным патента на изобретение, полезную модель или промышленный образец
Статья 1399. Досрочное прекращение действия патента на изобретение, полезную модель или промышленный образец
Статья 1400. Восстановление действия патента на изобретение, полезную модель или промышленный образец. Право послепользования
§ 7. Особенности правовой охраны и использования секретных изобретений
Статья 1401. Подача и рассмотрение заявки на выдачу патента на секретное изобретение

Статья 1402. Государственная регистрация секретного изобретения и выдача патента на него. Распространение сведений о секретном изобретении
Статья 1403. Изменение степени секретности и рассекречивание изобретений
Статья 1404. Признание недействительным патента на секретное изобретение
Статья 1405. Исключительное право на секретное изобретение
§ 8. Защита прав авторов и патентообладателей
Статья 1406. Споры, связанные с защитой патентных прав
Статья 1407. Публикация решения суда о нарушении патента
Глава 73. Право на селекционное достижение
§ 1. Основные положения
Статья 1408. Права на селекционные достижения
Статья 1409. Действие исключительного права на селекционные достижения на территории Российской Федерации
Статья 1410. Автор селекционного достижения
Статья 1411. Соавторы селекционного достижения
Статья 1412. Объекты интеллектуальных прав на селекционные достижения
Статья 1413. Условия охраноспособности селекционного достижения
Статья 1414. Государственная регистрация селекционного достижения
Статья 1415. Патент на селекционное достижение
Статья 1416. Авторское свидетельство
Статья 1417. Государственное стимулирование создания и использования селекционных достижений
§ 2. Интеллектуальные права на селекционные достижения
Статья 1418. Право авторства на селекционное достижение
Статья 1419. Право на наименование селекционного достижения
Статья 1420. Право на получение патента на селекционное достижение
Статья 1421. Исключительное право на селекционное достижение
Статья 1422. Действия, не являющиеся нарушением исключительного права на селекционное достижение
Статья 1423. Принудительная лицензия на селекционное достижение
Статья 1424. Срок действия исключительного права на селекционное достижение
Статья 1425. Переход селекционного достижения в общественное достояние
§ 3. Распоряжение исключительным правом на селекционное достижение
Статья 1426. Договор об отчуждении исключительного права на селекционное достижение
Статья 1427. Публичное предложение о заключении договора об отчуждении патента на селекционное достижение
Статья 1428. Лицензионный договор о предоставлении права использования селекционного достижения
Статья 1429. Открытая лицензия на селекционное достижение
§ 4. Селекционное достижение, созданное, выведенное или выявленное в порядке выполнения служебного задания или при выполнении работ по договору
Статья 1430. Служебное селекционное достижение

Статья 1431. Селекционные достижения, созданные, выведенные или выявленные по заказу
Статья 1432. Селекционные достижения, созданные, выведенные или выявленные при выполнении работ по государственному или муниципальному контракту
§ 5. Получение патента на селекционное достижение. Прекращение действия патента на селекционное достижение
Статья 1433. Заявка на выдачу патента на селекционное достижение
Статья 1434. Приоритет селекционного достижения
Статья 1435. Предварительная экспертиза заявки на выдачу патента
Статья 1436. Временная правовая охрана селекционного достижения
Статья 1437. Экспертиза селекционного достижения на новизну
Статья 1438. Испытания селекционного достижения на отличимость, однородность, стабильность
Статья 1439. Порядок государственной регистрации селекционного достижения и выдача патента
Статья 1440. Сохранение селекционного достижения
Статья 1441. Признание патента на селекционное достижение недействительным
Статья 1442. Досрочное прекращение действия патента на селекционное достижение
Статья 1443. Публикация сведений о селекционных достижениях
Статья 1444. Использование селекционных достижений
Статья 1445. Патентование селекционного достижения в иностранных государствах
§ 6. Защита прав авторов селекционных достижений и иных патентообладателей
Статья 1446. Нарушение прав автора селекционного достижения или иного патентообладателя
Статья 1447. Публикация решения суда о нарушении исключительного права на селекционное достижение
Глава 74. Право на топологии интегральных микросхем
Статья 1448. Топология интегральной микросхемы
Статья 1449. Права на топологию интегральной микросхемы
Статья 1450. Автор топологии интегральной микросхемы
Статья 1451. Соавторы топологии интегральной микросхемы
Статья 1452. Государственная регистрация топологии интегральной микросхемы
Статья 1453. Право авторства на топологию интегральной микросхемы
Статья 1454. Исключительное право на топологию
Статья 1455. Знак охраны топологии интегральной микросхемы
Статья 1456. Действия, не являющиеся нарушением исключительного права на топологию
Статья 1457. Срок действия исключительного права на топологию
Статья 1458. Договор об отчуждении исключительного права на топологию
Статья 1459. Лицензионный договор о предоставлении права использования топологии интегральной микросхемы
Статья 1460. Форма и государственная регистрация договора об отчуждении исключительного права на топологию и лицензионного договора
Статья 1461. Служебная топология

Статья 1462. Топология, созданная при выполнении работ по договору
Статья 1463. Топология, созданная по заказу
Статья 1464. Топология, созданная при выполнении работ по государственному или муниципальному контракту
Глава 75. Право на секрет производства (ноу-хау)
Статья 1465. Секрет производства (ноу-хау)
Статья 1466. Исключительное право на секрет производства
Статья 1467. Действие исключительного права на секрет производства
Статья 1468. Договор об отчуждении исключительного права на секрет производства
Статья 1469. Лицензионный договор о предоставлении права использования секрета производства
Статья 1470. Служебный секрет производства
Статья 1471. Секрет производства, полученный при выполнении работ по договору
Статья 1472. Ответственность за нарушение исключительного права на секрет производства
Глава 76. Права на средства индивидуализации юридических лиц, товаров, работ, услуг и предприятий
§ 1. Право на фирменное наименование
Статья 1473. Фирменное наименование
Статья 1474. Исключительное право на фирменное наименование
Статья 1475. Действие исключительного права на фирменное наименование на территории Российской Федерации
Статья 1476. Соотношение прав на фирменное наименование с правами на коммерческое обозначение и на товарный знак и знак обслуживания
§ 2. Право на товарный знак и право на знак обслуживания
1. Основные положения
Статья 1477. Товарный знак и знак обслуживания
Статья 1478. Обладатель исключительного права на товарный знак
Статья 1479. Действие исключительного права на товарный знак на территории Российской Федерации
Статья 1480. Государственная регистрация товарного знака
Статья 1481. Свидетельство на товарный знак
Статья 1482. Виды товарных знаков
Статья 1483. Основания для отказа в государственной регистрации товарного знака
2. Использование товарного знака и распоряжение исключительным правом на товарный знак
Статья 1484. Исключительное право на товарный знак
Статья 1485. Знак охраны товарного знака
Статья 1486. Последствия неиспользования товарного знака
Статья 1487. Исчерпание исключительного права на товарный знак
Статья 1488. Договор об отчуждении исключительного права на товарный знак
Статья 1489. Лицензионный договор о предоставлении права использования товарного знака
Статья 1490. Форма и государственная регистрация договоров о распоряжении исключительным правом на товарный знак

Статья 1491. Срок действия исключительного права на товарный знак
3. Государственная регистрация товарного знака
Статья 1492. Заявка на товарный знак
Статья 1493. Право ознакомления с документами заявки на товарный знак
Статья 1494. Приоритет товарного знака
Статья 1495. Конвенционный и выставочный приоритет товарного знака
Статья 1496. Последствия совпадения дат приоритета товарных знаков
Статья 1497. Экспертиза заявки на товарный знак и внесение изменений в документы заявки
Статья 1498. Формальная экспертиза заявки на товарный знак
Статья 1499. Экспертиза обозначения, заявленного в качестве товарного знака
Статья 1500. Оспаривание решений по заявке на товарный знак
Статья 1501. Восстановление пропущенных сроков, связанных с проведением экспертизы заявки на товарный знак
Статья 1502. Отзыв заявки на товарный знак и выделение из нее другой заявки
Статья 1503. Порядок государственной регистрации товарного знака
Статья 1504. Выдача свидетельства на товарный знак
Статья 1505. Внесение изменений в Государственный реестр товарных знаков и в свидетельство на товарный знак
Статья 1506. Публикация сведений о государственной регистрации товарного знака
Статья 1507. Регистрация товарного знака в иностранных государствах и международная регистрация товарного знака
4. Особенности правовой охраны общеизвестного товарного знака
Статья 1508. Общеизвестный товарный знак
Статья 1509. Предоставление правовой охраны общеизвестному товарному знаку
5. Особенности правовой охраны коллективного знака
Статья 1510. Право на коллективный знак
Статья 1511. Государственная регистрация коллективного знака
6. Прекращение исключительного права на товарный знак
Статья 1512. Основания оспаривания и признания недействительным предоставления правовой охраны товарному знаку
Статья 1513. Порядок оспаривания и признания недействительным предоставления правовой охраны товарному знаку
Статья 1514. Прекращение правовой охраны товарного знака
7. Защита права на товарный знак
Статья 1515. Ответственность за незаконное использование товарного знака
§ 3. Право на наименование места происхождения товара
1. Основные положения
Статья 1516. Наименование места происхождения товара

Статья 1517. Действие исключительного права использования наименования места происхождения товара на территории Российской Федерации
Статья 1518. Государственная регистрация наименования места происхождения товара
2. Использование наименования места происхождения товара
Статья 1519. Исключительное право на наименование места происхождения товара
Статья 1520. Знак охраны наименования места происхождения товара
Статья 1521. Действие правовой охраны наименования места происхождения товара
3. Государственная регистрация наименования места происхождения товара и предоставление исключительного права на наименование места происхождения товара
Статья 1522. Заявка на наименование места происхождения товара
Статья 1523. Экспертиза заявки на наименование места происхождения товара и внесение изменений в документы заявки
Статья 1524. Формальная экспертиза заявки на наименование места происхождения товара
Статья 1525. Экспертиза обозначения, заявленного в качестве наименования места происхождения товара
Статья 1526. Решение, принятое по результатам экспертизы заявленного обозначения
Статья 1527. Отзыв заявки на наименование места происхождения товара
Статья 1528. Оспаривание решений по заявке на наименование места происхождения товара. Восстановление пропущенных сроков
Статья 1529. Порядок государственной регистрации наименования места происхождения товара
Статья 1530. Выдача свидетельства об исключительном праве на наименование места происхождения товара
Статья 1531. Срок действия свидетельства об исключительном праве на наименование места происхождения товара
Статья 1532. Внесение изменений в Государственный реестр наименований и свидетельство об исключительном праве на наименование места происхождения товара
Статья 1533. Публикация сведений о государственной регистрации наименования места происхождения товара
Статья 1534. Регистрация наименования места происхождения товара в иностранных государствах
4. Прекращение правовой охраны наименования места происхождения товара и исключительного права на наименование места происхождения товара
Статья 1535. Основания оспаривания и признания недействительным предоставления правовой охраны наименованию места происхождения товара и исключительного права на такое наименование

Статья 1536. Прекращение правовой охраны наименования места происхождения товара и действия свидетельства об исключительном праве на такое наименование
5. Защита наименования места происхождения товара
Статья 1537. Ответственность за незаконное использование наименования места происхождения товара
§ 4. Право на коммерческое обозначение
Статья 1538. Коммерческое обозначение
Статья 1539. Исключительное право на коммерческое обозначение
Статья 1540. Действие исключительного права на коммерческое обозначение
Статья 1541. Соотношение права на коммерческое обозначение с правами на фирменное наименование и товарный знак
Глава 77. Право использования результатов интеллектуальной деятельности в составе единой технологии
Статья 1542. Право на технологию
Статья 1543. Сфера применения правил о праве на технологию
Статья 1544. Право лица, организовавшего создание единой технологии, на использование входящих в ее состав результатов интеллектуальной деятельности
Статья 1545. Обязанность практического применения единой технологии
Статья 1546. Права Российской Федерации и субъектов Российской Федерации на технологию
Статья 1547. Отчуждение права на технологию, принадлежащего Российской Федерации или субъекту Российской Федерации
Статья 1548. Вознаграждение за право на технологию
Статья 1549. Право на технологию, принадлежащее совместно нескольким лицам
Статья 1550. Общие условия передачи права на технологию
Статья 1551. Условия экспорта единой технологии

THE BOOK IS MADE BY
AXL-ROSE
AXL-ROSE@YA.RU