

Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации. Поглавный. Под ред. А.Л. Маковского. Статут, 2008

ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ ЦЕНТР ЧАСТНОГО ПРАВА

**КОММЕНТАРИЙ К ЧАСТИ ЧЕТВЕРТОЙ ГРАЖДАНСКОГО КОДЕКСА
РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ**

Материал подготовлен с использованием правовых актов
по состоянию на 1 декабря 2007 года

**Под редакцией
доктора юридических наук, профессора
А.Л. МАКОВСКОГО**

**Вступительная статья
члена-корреспондента Российской
академии наук, профессора
В.Ф. ЯКОВЛЕВА**

Совместный проект издательства "Статут"
и компании "КонсультантПлюс"

Авторы Комментария:

Авилов Гайнан Евгеньевич, заместитель Председателя Совета Исследовательского центра частного права - гл. 76 (§ 1, 4);

Всеволожский Кирилл Владимирович, вице-президент Евразийского союза семеноводов - гл. 73;

Калятин Виталий Олегович, юрисконсульт отдела международной практики Дирекции по правовым вопросам "РУСАЛ Глобал Менеджмент Б.В.", кандидат юридических наук - гл. 71 (§ 3, 5, 6), гл. 74, 75;

Козырь Оксана Михайловна, начальник отдела Исследовательского центра частного права, кандидат юридических наук, заслуженный юрист Российской Федерации - гл. 76 (§ 2, в соавторстве с О.Ю. Шиловым);

Маковский Александр Львович, первый заместитель Председателя Совета Исследовательского центра частного права, доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки Российской Федерации - гл. 69 (ст. 1225 - 1227, 1229, 1231, 1250 - 1254), гл. 77;

Павлова Елена Александровна, заместитель начальника отдела Исследовательского центра частного права, кандидат юридических наук - гл. 70;

Степанов Павел Владимирович, референт Государственно-правового управления Президента Российской Федерации, кандидат юридических наук - гл. 69 (ст. 1242 - 1245), гл. 71 (§ 1, 2, 4);

Суханов Евгений Алексеевич, заведующий кафедрой гражданского права юридического факультета Московского государственного университета им. М.В. Ломоносова, доктор юридических наук, профессор - гл. 69 (ст. 1233 - 1241);

Трахтенгерц Людмила Анатольевна, ведущий научный сотрудник Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, кандидат юридических наук, заслуженный юрист Российской Федерации - гл. 72;

Шиловост Олег Юрьевич, начальник отдела Исследовательского центра частного права, доктор юридических наук - гл. 76 (§ 2, в соавторстве с О.М. Козырь; § 3);

Яковлев Вениамин Федорович, советник Президента Российской Федерации, Председатель Совета Исследовательского центра частного права, член-корреспондент Российской академии наук, заслуженный юрист РСФСР - вступительная статья.

СПИСОК ОСНОВНЫХ СОКРАЩЕНИЙ

Бернская конвенция - Бернская конвенция об охране литературных и художественных произведений. Принята в Берне 9 сентября 1886 г. Россия присоединилась к Конвенции на основании Постановления Правительства Российской Федерации от 3 ноября 1994 г. N 1224 // Собрание законодательства Российской Федерации. 1994. N 29. Ст. 3046.

Вашингтонский договор - Договор об интеллектуальной собственности в отношении интегральных микросхем. Принят в Вашингтоне 26 мая 1989 г.

Вводный закон - Федеральный закон от 18 декабря 2006 г. N 231-ФЗ "О введении в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации" // Собрание законодательства Российской Федерации. 2006. N 52 (ч. 1). Ст. 5497.

ВОИС - Всемирная организация интеллектуальной собственности. Учреждена 2 апреля 1970 г. на основании Конвенции ВОИС.

Всемирная конвенция (Женевская конвенция) - Всемирная конвенция об авторском праве. Принята в Женеве 6 сентября 1952 г. Россия присоединилась к Всемирной конвенции на основании Постановления Правительства Российской Федерации от 3 ноября 1994 г. N 1224 // Собрание постановлений Правительства Российской Федерации. 1994. N 29. Ст. 3046.

ВТО - Всемирная торговая организация. Учреждена на основании Марракешского соглашения о создании Всемирной торговой организации. Принято в Марракеше 15 апреля 1994 г. и вступило в действие с 1 января 1995 г.

ГК (Гражданский кодекс, Кодекс) - Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть первая (ст. 1 - 453) от 30 ноября 1994 г. N 51-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации. 1994. N 32. Ст. 3301; часть вторая (ст. 454 - 1109) от 26 января 1996 г. N 14-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации. 1996. N 5. Ст. 410; часть третья (ст. 1100 - 1224) от 26 ноября 2001 г. N 146-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации. 2001. N 49. Ст. 4552; часть четвертая (ст. 1225 - 1551) от 18 декабря 2006 г. N 230-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации. 2006. N 52 (ч. 1). Ст. 5496.

ДАП - Договор ВОИС по авторскому праву. Принят в Женеве 20 декабря 1996 г.

ДИФ - Договор ВОИС по исполнениям и фонограммам. Принят в Женеве 20 декабря 1996 г.

Евразийская конвенция - Евразийская патентная конвенция. Принята в Москве 9 сентября 1994 г. Ратифицирована Российской Федерацией на основании Федерального закона от 1 июня 1995 г. N 85-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации. 1995. N 23. Ст. 2170.

Закон об авторском праве - Закон Российской Федерации от 9 июля 1993 г. N 5351-1 "Об авторском праве и смежных правах" // Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации. 1993. N 32. Ст. 1242.

Закон о правовой охране программ для ЭВМ - Закон Российской Федерации от 23 сентября 1992 г. N 3523-1 "О правовой охране программ для электронных вычислительных машин и баз данных" // Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации. 1992. N 42. Ст. 2325.

Закон о правовой охране топологий - Закон Российской Федерации от 23 сентября 1992 г. N 3526-1 "О правовой охране топологий интегральных микросхем" // Ведомости

Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации. 1992. N 42. Ст. 2328.

Закон о селекционных достижениях - Закон Российской Федерации от 6 августа 1993 г. N 5605-1 "О селекционных достижениях" // Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации. 1993. N 36. Ст. 1436.

Закон о товарных знаках - Закон Российской Федерации от 23 сентября 1992 г. N 3520-1 "О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров" // Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации. 1992. N 42. Ст. 2322.

Конвенция ВОИС - Конвенция, учреждающая Всемирную организацию интеллектуальной собственности. Принята в Стокгольме 14 июля 1967 г. Ратифицирована СССР на основании Указа Президиума Верховного Совета СССР от 19 сентября 1968 г. N 3104-VII // Ведомости Верховного Совета СССР. 1968. N 40. Ст. 363.

Конвенция о новых сортах растений, Конвенция UPOV - Международная конвенция по охране новых сортов растений. Принята в Париже 2 декабря 1961 г. Россия присоединилась к Конвенции на основании Постановления Правительства Российской Федерации от 18 декабря 1997 г. N 1577 // Собрание законодательства Российской Федерации. 1997. N 51. Ст. 5819.

Конвенция о фонограммах, Женевская конвенция о фонограммах - Конвенция об охране интересов производителей фонограмм от незаконного воспроизводства их фонограмм. Принята в Женеве 29 октября 1971 г. Россия присоединилась к Конвенции на основании Постановления Правительства Российской Федерации от 3 ноября 1994 г. N 1224 // Собрание законодательства Российской Федерации. 1994. N 29. Ст. 3046.

Парижская конвенция - Парижская конвенция по охране промышленной собственности. Принята в Париже 20 марта 1883 г. СССР присоединился к Конвенции 1 июля 1965 г. и на основании Указа Президиума Верховного Совета СССР от 19 сентября 1968 г. N 3104-VII ратифицировал Стокгольмский акт Конвенции // Ведомости Верховного Совета СССР. 1968. N 40. Ст. 363. Россия продолжает участие в Конвенции как преемник СССР с 25 декабря 1992 г.

Патентный закон - Патентный закон Российской Федерации от 23 сентября 1992 г. N 3517-1 // Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации. 1992. N 42. Ст. 2319.

Римская конвенция - Международная конвенция об охране прав исполнителей, изготовителей фонограмм и вещательных организаций. Принята в Риме 26 октября 1961 г. Россия присоединилась к Конвенции на основании Постановления Правительства Российской Федерации от 20 декабря 2002 г. N 908 // Собрание законодательства Российской Федерации. 2002. N 52 (ч. 2). Ст. 5217.

Роспатент - Федеральная служба по интеллектуальной собственности, патентам и товарным знакам, ранее Российское агентство по патентам и товарным знакам.

ТРИПС (Соглашение ТРИПС) - Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности. Принято 15 апреля 1994 г. в Марракеше в качестве приложения 1С к Марракешскому соглашению о создании ВТО.

О части четвертой Гражданского кодекса России

Принятие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации (далее - ГК) ознаменовало собой завершение первой в новейшей истории нашей страны кодификации гражданского законодательства. Начало этого процесса должно быть отнесено к 1990 г., когда работавшим в Союзном парламенте над новым законом о собственности юристам стало ясно, что без кардинального изменения гражданского законодательства (а значит, без нового Гражданского кодекса) в целом не может быть создана эффективная система правового регулирования подлинно рыночного экономического оборота. Первым шагом

новой кодификации стало принятие в 1991 г. Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик, введенных в действие на территории России в 1992 г. Затем последовала часть первая ГК (1994 г.), посвященная лицам, праву собственности, общей части обязательственного права. Через год была принята часть вторая ГК (1995 г.), в которую вошли нормы о договорных и внедоговорных обязательствах. Спустя еще шесть лет была принята часть третья ГК (2001 г.), регулирующая наследственное право и международное частное право. Наконец, спустя пять лет была принята часть четвертая ГК (2006 г.), целиком посвященная отношениям, складывающимся в связи с созданием и использованием многообразных результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации <1>. Таким образом, за 15 лет была создана полномасштабная и полноценная кодификация цивилистических норм, посвященных традиционному для отечественного правопорядка кругу отношений - от общих положений гражданского законодательства до международного частного права.

<1> Для обобщающего названия прав на указанные результаты и средства в ГК используется предложенный в свое время В.А. Дозорцевым термин "интеллектуальные права".

Что касается собственно части четвертой ГК, то формально работа над проектом, получившим в декабре 2006 г. силу федерального закона, была начата в июне 2005 г., после того как распоряжением Администрации Президента РФ была образована рабочая группа <1>, которой было поручено подготовить проект, предусматривающий кодификацию законодательства об интеллектуальной собственности. Столь малый для подобного законопроекта срок, однако, не должен вводить в заблуждение, поскольку разработка положений об интеллектуальной собственности для включения в новую кодификацию гражданского законодательства велась с небольшими перерывами постоянно с момента начала работы над такой кодификацией, т.е. с 1991 г. Теперь уже трудно подсчитать, сколько за эти 15 лет было подготовлено проектов и их вариантов <2>. Однако можно вполне определенно говорить о четырех проектах.

<1> В состав рабочей группы вошли: В.Ф. Яковлев (руководитель), А.Л. Маковский (заместитель руководителя), Г.Е. Авилов, О.В. Городовиков, О.М. Козырь, Е.М. Моисеева, Е.А. Павлова, П.В. Степанов, Е.А. Суханов, Л.А. Трахтенгерц, О.Ю. Шиловост (ответственный секретарь). Кроме того, в работе над проектом непосредственно участвовал В.О. Калятин.

<2> Речь идет только о проектах, работа над которыми велась Исследовательским центром частного права совместно с заинтересованными министерствами и ведомствами.

Первый (1995 г.) и второй (1999 г.) проекты предусматривали включение в ГК помимо общих положений, распространяющихся на все виды интеллектуальных прав, также основных положений о каждом виде прав с сохранением действия специальных законов, принятых в этой сфере в 1992 - 1993 гг. (так называемая полносистемная схема). Эти проекты готовились в составе соответственно второй и третьей частей ГК. Третий проект (2003 г.) был подготовлен по инициативе Мининформпечати России и был построен по так называемой усеченной схеме, содержащей только общие положения об интеллектуальных правах, рассредоточенные к тому же по всему Кодексу <1>. После отклонения указанных проектов в Исследовательском центре частного права был подготовлен четвертый проект (2004/2005 г.), построенный по исчерпывающей схеме, как правило, исключаяющей специальное законодательное регулирование интеллектуальных прав за рамками ГК. Именно этот проект после доработки был внесен в июле 2006 г. Президентом РФ на рассмотрение Федерального Собрания.

<1> Также по усеченной схеме, но в рамках самостоятельного раздела ГК строились проект кафедры гражданского права Санкт-Петербургского государственного университета (1999 г.) и основанный на нем проект, внесенный депутатом Государственной Думы В.Я. Комиссаровым (2001/2002 г.). По такой же схеме, судя по имеющимся материалам, предполагалось построить и проект, работа над которым в 2002 - 2003 гг. велась рабочей группой Минэкономразвития России.

Все проекты, может быть, за исключением третьего, не получившего широкой известности, постоянно находились в поле зрения юридической общественности и правоприменителей как внутри страны, так и за ее пределами. Внимание это преимущественно было критическим, что немало способствовало усилиям разработчиков по созданию полноценного как по кругу охватываемых отношений, так и по степени детализации, а главное - современного регулирования интеллектуальных прав. Интенсивность критических оценок каждого из проектов усиливалась по мере его приближения к стадии внесения в Федеральное Собрание. Особенно это коснулось последнего, четвертого, проекта. За восемь месяцев, предшествовавших подписанию Президентом РФ части четвертой ГК в качестве федерального закона, в СМИ (особенно электронных) едва ли не еженедельно появлялись заметки и отклики на проект. К сожалению, помимо содержательных оценок существа предлагаемого проектом регулирования в этих откликах нередко превалировали ни на чем не основанные упреки разработчикам в "келейности" и "кулуарности" работы над проектом, а равно и сомнения в их профессиональной состоятельности <1>.

<1> Вообще, история работы над ГК, и в частности над его частью четвертой, ждет своего летописца. В этой истории должны найти отражение и истоки того противостояния, которое долгое время вызвали любые попытки внести ясность и определенность в запутанную систему правового регулирования интеллектуальной собственности. И если, повторим еще раз, содержательная критика всегда приветствовалась и поощрялась самими разработчиками, то огульные обвинения проекта в противоречии "всему и вся" только затрудняли работу, отвлекали внимание от решения действительно принципиальных юридических вопросов.

Если не иметь в виду эти последние моменты, критические замечания, высказанные по проекту и все еще высказываемые после его принятия в качестве закона, в основном затрагивают три группы вопросов. Первая группа касается самой допустимости включения в ГК исчерпывающего регулирования интеллектуальных прав. Едва ли не старейшим из этой группы аргументом, выдвигавшимся против проекта всегда, - по какой бы схеме (полносистемной или исчерпывающей) он ни строился, - является довод о том, что ввиду динамичности отношений в сфере интеллектуальной собственности правовое регулирование указанной сферы будет требовать постоянной корректировки и частого обновления. При этом утверждается, что соответствующие изменения в ГК будет внести труднее, чем в отдельные законы, действующие в сфере интеллектуальной собственности. На самом деле этот довод не выдерживает критики, так как с чисто формальной точки зрения ГК является федеральным законом, а значит, процедура внесения в него поправок никак не отличается от подобной процедуры, предусмотренной для изменения других федеральных законов (т.е. в том числе и в сфере интеллектуальной собственности). К слову сказать, не на стороне оппонентов и законодательная практика, свидетельствующая о том, что за 15 лет из шести профильных законов в три закона изменения вносились дважды, в другие два - четырежды, а Закон о селекционных достижениях вообще не был затронут какими бы то ни было изменениями.

Другой довод, выдвигаемый против исчерпывающей кодификации в ГК положений об интеллектуальных правах, лежит в сфере архитектуры гражданского

законодательства. Сторонники этой точки зрения считают, что посвященные в новом ГК интеллектуальной собственности 327 статей могут затенить значение тех его положений, в том числе исконно цивилистических, которым в Кодексе отводится более скромное (по количеству статей) место. Не разделяем изложенный подход, в соответствии с которым значение того или иного института определяется количеством посвященных ему в законе норм (статей). Но даже если принять позицию оппонентов, то нельзя не согласиться с тем, что многие разделы ГК создавались в то время (1992 - 1993 гг.), когда соответствующие отношения находились в отечественном правовом порядке лишь в зачаточном состоянии или только в стадии формирования, а некоторых правовых институтов, уверенно отвоёвывающих сегодня право на существование, не было и в помине. В этой связи можно не сомневаться, что, готовясь части первая и вторая ГК сейчас, а не 15 лет назад, объем, а возможно, и система регулирования многих отношений (юридические лица, вещные права, отдельные договоры) отличались бы от тех положений, которые оказались в свое время представлены в ГК. Вопрос о диверсификации и мультиплицировании норм ГК, принятых в 1994 - 1995 гг., несомненно станет одним из основных направлений развития гражданского законодательства в ближайшее время.

Со времени опубликования последнего проекта части четвертой ГК едва ли не чаще других в качестве основания для критической оценки проекта в целом называются включенные в него "административные" нормы (прежде всего, связанные с экспертизой и регистрацией целого ряда результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации), которые "размывают" нормативное значение Кодекса в системе регулирования гражданско-правовых отношений. Едва ли можно согласиться с подобными опасениями. Положения о порядке проведения экспертизы и регистрации соответствующих результатов и средств неразрывно связаны с правовым режимом таких результатов и средств. Без регистрации вообще нет патентного права. Отделение регистрационных процедур от традиционных цивилистических норм неизбежно - рано или поздно - привело бы к столкновению между ними и, следовательно, породило бы трудности в практическом применении как тех, так и других. Регистрационные нормы включены в Кодекс не как таковые и не сами по себе. Они теснейшим образом увязаны как с конституированием многих результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации, так и с осуществлением соответствующих интеллектуальных прав. Значит, без этих норм правовой режим патентов, товарных знаков, наименований мест происхождения товаров оставался бы ущербным, неполным. Кроме того, учитывалось, что регистрация недвижимости впервые появилась в ГК и эта норма продолжает действовать. Почему же применительно к интеллектуальной собственности регистрационных норм не должно быть? Почему их наличие должно лишать Кодекс нормативной силы?

Наконец, в самое последнее время в числе доводов все чаще выдвигается новый, ставящий под сомнение, - ни много ни мало - конституционность четвертой части ГК. Аргументация его сторонников крайне проста: коль скоро в подп. "о" ст. 71 Конституции РФ "правовое регулирование интеллектуальной собственности" упоминается отдельно от "гражданского законодательства", да еще отделено от последнего указаниями на гражданско-процессуальное и арбитражно-процессуальное законодательство, то и положения об интеллектуальных правах ("интеллектуальной собственности") должны быть также отделены от ГК. Этот довод также не выдерживает критики. С одной стороны, здесь "гражданское законодательство" совершенно безосновательно ужимается до рамок Гражданского кодекса, за пределами которого такое законодательство, вероятно, невозможно. А как же быть с Законом об акционерных обществах или Законом об обороте земель сельскохозяйственного назначения? Более того, ссылаясь на подп. "о" ст. 71, уважаемые оппоненты почему-то не замечают подп. "п" той же статьи ("федеральное коллизионное право"), из которого, по их логике, должно следовать, что и включение в ГК раздела VI ("Международное частное право") также противоречит Конституции РФ. С

другой стороны, статье 71 Конституции РФ придается совершенно несвойственное ей значение основы построения системы российского законодательства. Но ведь эта статья посвящена не системе законодательства, она лишь определяет те отношения, которые находятся в ведении Российской Федерации и, следовательно, должны регулироваться исключительно федеральными законами.

Вторая группа вопросов связана с возможным противоречием ГК международным договорам, в которых участвует Российская Федерация или к которым она намеревается присоединиться. Долгое время не удавалось добиться от оппонентов ссылок на конкретные расхождения или несоответствия между проектом и международными обязательствами России в сфере интеллектуальной собственности.

Ситуация несколько изменилась после принятия в 1996 г. в рамках Всемирной организации по интеллектуальной собственности (ВОИС) Договора по авторскому праву (ДАП) и Договора по исполнениям и фонограммам (ДИФ), а также в связи с процедурой принятия России во Всемирную торговую организацию (ВТО), что вывело в число приоритетных международных стандартов, которым должно отвечать законодательство стран - членов ВТО, Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности 1994 г. (Соглашение ТРИПС). Этот период совпал по времени с работой над последним проектом части четвертой ГК, поэтому наиболее часто высказывались соображения о его несоответствии именно ДАП, ДИФ и Соглашению ТРИПС. Такие соображения практически до начала осени 2006 г., т.е. до принятия проекта в первом чтении, сопровождались неизменными оговорками о том, что наше действующее законодательство (шесть законов 1992 - 1993 гг.) полностью соответствует указанным международным договорам и поэтому его не нужно менять, а часть четвертую следует поскорее из парламента отозвать.

Когда же осенью 2006 г. стали рассматриваться положения проекта ГК, в отношении которых у иностранных экспертов сложилось убеждение об их расхождении с указанными соглашениями, то оказалось, что большая часть претензий основана на недоразумениях, связанных с неудачным переводом (как указанных соглашений на русский язык, так и проекта - на английский) или с недостаточным знакомством с российской правовой системой. В этой связи достаточно упомянуть о термине "технические средства", попавшем в аутентичный русский текст ДАП, а из него - в Закон РФ "Об авторском праве и смежных правах" (далее - Закон об авторском праве) и проект ГК. Недоразумение заключается в том, что в английском тексте ДАП упоминается термин "технологические меры", введения которого настоятельно требовали и иностранные эксперты. Это недоразумение было устранено путем такого изменения соответствующей нормы проекта ГК, которая не противоречила бы ни существу ДАП, ни букве его русского текста. Другой пример. Во Вводном законе к части четвертой ГК упоминалось об отмене вместе с Законом об авторском праве также и тех законов, которыми в него вносились изменения и дополнения (так требуют принятые у нас правила юридической техники). Причем в одном из этих Законов упоминался Уголовный кодекс РФ (он, очевидно, менялся одновременно с Законом об авторском праве). На этом основании некоторые иностранные эксперты всерьез считали, что в связи с принятием части четвертой ГК будет отменен и Уголовный кодекс.

Что же касается действительно имевшихся различий с Соглашением ТРИПС по существу регулирования проектом ГК отдельных вопросов (связанных с условиями введения ограничения авторских прав, режимом наименований мест происхождения товаров и некоторых других), то в ходе работы над проектом в Государственной Думе они были устранены.

Тема несоответствия ГК международным договорам, прежде всего Соглашению ТРИПС, пока, однако, не закрыта. В связи с продолжающимися переговорами о вступлении России в ВТО, в первой половине 2007 г. нами были получены замечания от Швейцарии, Японии, США и Европейского союза. Проработка указанных замечаний

членами Рабочей группы по ГК также не выявила каких-либо содержательных расхождений. Подавляющее число замечаний опять-таки основано на недоразумении. Не найдя какой-либо нормы в главе об авторском праве, эксперты забывают заглянуть в "Общие положения" и делают вывод об отсутствии в нашем законе какого-либо положения из Соглашения ТРИПС. Многие замечания сделаны без учета сложившейся в отечественном правовом порядке терминологии. Предложения о замене того или иного термина в ГК (например, "публичные интересы" требуют заменить на "общественный порядок") делаются без учета того обстоятельства, что во всех других актах нашего законодательства этот термин будет иметь совершенно иное значение. В этой новой серии замечаний целый ряд претензий выдвигается против тех положений ГК, которые дословно заимствованы из действующего Закона об авторском праве, неоднократно подвергавшегося экспертизе ВОИС и не вызывавшего до сих пор никаких нареканий.

Наконец, третья группа вопросов касается соответствия правового регулирования интеллектуальных прав отношениям, сложившимся в этой сфере за период действия законов 1992 - 1993 гг. Подобные несоответствия неизбежны при любом реформировании законодательства. Для того, чтобы адекватно оценить эти расхождения, необходимо еще раз подчеркнуть те приоритетные задачи, которые стояли перед четвертой частью ГК и решению которых были подчинены все без исключения новеллы.

Во-первых, это исчерпывающее включение результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации в гражданский оборот. Для этого были необходимы нормы, регулирующие отчуждение, предоставление в пользование, залог прав на эти объекты. Исторически сложилось так, что в отечественном законодательстве об интеллектуальной собственности таких норм было явно недостаточно, что потребовало реконструкции соответствующих положений.

Во-вторых, это расширение и усиление защиты прав авторов и иных правообладателей. Этим целям, в частности, служит расширение круга объектов интеллектуальной собственности, правам на которые предоставляется защита (смежное право на содержание баз данных, смежное право публикатора произведения, право на коммерческое обозначение). Из всех правообладателей наибольшее внимание уделяется защите интересов граждан - создателей результатов интеллектуальной деятельности (авторов, исполнителей, изобретателей, селекционеров). Такой подход вызван тем обстоятельством, что в условиях рыночного оборота интересы граждан нередко вступают в противоречие, с одной стороны, с интересами общества, заинтересованного в возможно более широком и свободном использовании в своих интересах созданного автором творческого произведения, а с другой - с интересами экономически более сильных коммерческих организаций, с которыми автор неизбежно должен взаимодействовать для реализации многих своих прав.

Указанный подход находит свое выражение, в частности, в положении о том, что исключительное право на результат творческой деятельности, созданный творческим трудом автора, возникает именно у автора, а к другим лицам может перейти только по договору или по иным основаниям, установленным законом (п. 3 ст. 1228 ГК). Этим же целям служат запрет обращения взыскания на принадлежащее автору или исполнителю исключительное право (ст. 1284, 1319 ГК), ограничение ответственности автора по авторским договорам (ст. 1290 ГК), право автора, не являющегося правообладателем, на получение от работодателя вознаграждения за создание и использование соответствующего служебного результата. В большей мере позволит защитить интересы создателя произведения и право автора на неприкосновенность произведения (п. 1 ст. 1266 ГК), более широкое по своему содержанию, чем предусмотренное прежним законодательством право на защиту репутации автора.

В-третьих, это усиление ответственности за нарушение прав авторов и иных правообладателей. В этих целях в Кодексе существенно расширены основания для применения таких мер ответственности, как взыскание с нарушителя суммы компенсации

и конфискация контрафактных экземпляров произведений. Четвертой частью ГК введена и новая мера ответственности за грубое нарушение исключительных прав в сфере интеллектуальной собственности - ликвидация юридического лица-нарушителя и прекращение регистрации соответствующего индивидуального предпринимателя.

Безусловно, не все из перечисленных новелл будут одобрительно встречены всеми без исключения участниками экономического оборота прав на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации. Для одних введение этих правил потребует дополнительных расходов на оформление своих прав, для других - повлечет дополнительные затраты для приведения своей деятельности или своего правового статуса в соответствие с новыми требованиями. Кому-то, наконец, покажется просто непривычным и некомфортным действовать по новым правилам. Не исключено, что какие-то шероховатости новых норм будут скорректированы практикой их применения, другие, возможно, потребуют внесения каких-то изменений и в сам Кодекс. Такое положение совершенно естественно для любой устойчивой и стабильно развивающейся правовой системы.

Полагаем, что настоящий вводный Комментарий части четвертой ГК, подготовленный непосредственными разработчиками проекта ГК и выпущенный издательством "Статут" совместно с компанией "КонсультантПлюс", поможет правоприменителям детально разобраться в устанавливаемых Кодексом нововведениях и будет способствовать его применению после введения в действие 1 января 2008 г.

Руководитель рабочей группы по подготовке проекта части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации, советник Президента Российской Федерации, Председатель Совета Исследовательского центра частного права, член-корреспондент Российской академии наук, доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист РСФСР,
В.Ф.Яковлев

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

Интеллектуальная собственность и интеллектуальные права
(статьи 1225 - 1227)

В отечественном законодательстве и прежде встречались положения о "предоставлении правовой охраны" определенным результатам интеллектуальной

деятельности и средствам индивидуализации - программам для ЭВМ как литературным произведениям (п. 2 ст. 2 Закона о правовой охране программ для ЭВМ), оригинальным топологиям интегральных микросхем (п. 1 ст. 3 Закона о правовой охране топологий), об условиях предоставления правовой охраны изобретениям и промышленным образцам (п. 1 ст. 4 и п. 1 ст. 6 Патентного закона), товарным знакам (п. 1 ст. 2 Закона о товарных знаках) и т.д. Почти все эти положения (иногда с незначительным изменением редакции) воспроизведены и в части четвертой ГК.

Вместе с тем в ГК (п. 1 ст. 1225) положение о предоставлении правовой охраны результатам интеллектуальной деятельности и средствам индивидуализации, будучи включенным в число общих положений раздела VII Кодекса, обрело не только более широкий смысл, но и по сути дела принципиальное значение.

При всем разнообразии формулировок прежнего законодательства, согласно которым правовая охрана "предоставляется патентом" (п. 4 ст. 3 Патентного закона, ст. 3 Закона о селекционных достижениях), "предоставляется на основании государственной регистрации" (п. 1 ст. 2 Закона о товарных знаках) и т.п., в действительности имелось в виду предоставление правовой охраны на основании закона. Гражданский кодекс не оставляет в этом отношении никаких сомнений. Установив в первой же норме раздела VII, что правовая охрана предоставляется результатам интеллектуальной деятельности и средствам индивидуализации, поименованным тут же в замкнутом перечне (состоящем из 16 пунктов), законодатель исключил предоставление такой охраны иным объектам, в этом списке, т.е. в законе, не названным. Более того, дальнейшее расширение этого перечня требует внесения изменений в сам ГК, и, таким образом, можно сказать, что правовая охрана результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации предоставляется в силу и на основании Гражданского кодекса.

Причина, по которой в ГК установлен исчерпывающий перечень результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации, подлежащих правовой охране, вытекает из содержания признаваемых законом субъективных прав на эти объекты, прежде всего из сути исключительного права как "права-монополии" (подробнее об этом см. ниже). Вместе с тем круг таких охраняемых правом результатов и средств со временем в законе расширяется. Происходит это главным образом вследствие научного и технического прогресса, предоставления правовой охраны новым объектам такого рода в других странах и на основании международных договоров.

Можно обнаружить такое расширение круга охраняемых объектов по сравнению с прежним законодательством и в перечне п. 1 ст. 1225 ГК. В него вошли не охранявшиеся ранее в качестве объектов интеллектуальной собственности материалы, составившие содержимое баз данных (§ 5 гл. 71), секреты производства (гл. 75) и коммерческие обозначения (§ 4 гл. 76). В то же время получившие в ГК впервые правовую охрану права публикатора произведения науки, литературы или искусства (§ 6 гл. 71) не нашли специального отражения в этом перечне, поскольку в данном случае появился новый вид интеллектуальных прав на результаты интеллектуальной деятельности, которые в принципе уже охранялись в качестве объектов интеллектуальных прав другого рода - авторских прав. Напротив, включение в этот перечень как самостоятельного объекта правовой охраны программ для электронных вычислительных машин (подп. 2 п. 1 ст. 1225) не означает появление нового охраняемого результата интеллектуальной деятельности. Эти программы в полной мере подпадали под Закон об авторском праве, но тем не менее не были в нем прямо названы в перечне объектов авторских прав (п. 2 ст. 6). Прямое упоминание о них в ГК в общем перечне охраняемых результатов интеллектуальной деятельности вызвано тем, что правовой режим программ для ЭВМ определен в Кодексе весьма значительным числом специальных, только к программам относящихся норм (ст. 1261, 1262, 1280, 1296, 1297 и др.). Это по меньшей мере ставит под сомнение возможность молчаливо причислять программы для ЭВМ к произведениям "литературы, науки и искусства". Не делают этого и международные соглашения: Договор

ВОИС по авторскому праву предусматривает лишь, что программы для ЭВМ охраняются "как литературные произведения" (ст. 4).

Определенно и ясно решен в ГК вопрос о том, чему предоставляется правовая охрана - самим результатам интеллектуальной деятельности и средствам индивидуализации или правам на эти результаты и средства. Текст пункта 1 статьи 1225 ГК не оставляет никаких сомнений относительно того, что именно первые - сами результаты и средства - являются объектами правовой охраны. В этом отношении в ГК просто сделан обобщающий вывод из большого числа норм прежних законов, устанавливающих условия "охраноспособности" изобретений и других результатов интеллектуальной деятельности, из норм, "распространяющих правовую охрану" на отдельные виды таких результатов, из норм о прекращении и признании недействительной правовой охраны именно подобных объектов, а не прав на них.

Такой подход к понятию правовой охраны, разумеется, вытекает не только и не столько из сопоставления словесных формулировок прежних законов, сколько из самой сути правового регулирования отношений, возникающих в связи с результатами интеллектуальной деятельности и средствами индивидуализации. Суть же эта заключается в том, что законодатель, по тем или иным причинам признавая определенные объекты такого рода охраноспособными, т.е. подлежащими правовой охране, устанавливает их правовую охрану в виде возможности обладать на эти объекты определенными правами (обязательно включая в их число исключительное право), которые, как и любые гражданские права, подлежат защите разными способами <1>.

<1> Нечеткость законодательства, как прежнего, так и иногда некритически следующего за ним ГК, проявляется в том, что в ряде норм, имеющих в виду защиту интеллектуальных прав, используется как равноценный термин "охрана прав". Это дает повод для смешения двух правовых явлений - регулирования правом определенных отношений (что достигается "предоставлением правовой охраны") и защиты субъективных гражданских прав, входящих в содержание этих урегулированных правом отношений (в ряде случаев неточно называемой в законе тоже охраной).

В части четвертой ГК в российское законодательство впервые введено понятие "интеллектуальные права" (ст. 1226). Доктрине это понятие (возможно, точнее говорить о термине) известно давно. Теория "интеллектуальных прав" как прав на нематериальные объекты (произведения науки, литературы и искусства, изобретения, полезные модели, товарные знаки и др.), противопоставляемых в этом отношении вещным правам, была впервые предложена в самом начале XX в. бельгийцем Е. Пикаром (Е. Picard) <1>. Использовать этот термин в отечественном праве предложил В.А. Дозорцев, приведя в обоснование своего предложения ряд доводов <2>.

<1> См.: Липчик Д. Авторское право и смежные права: Пер. с фр. М., 2002. С. 26.

<2> См.: Дозорцев В.А. О мерах по развитию рынка интеллектуальных продуктов // Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации. М., 2003. С. 55 - 56. Впервые опубликовано в журнале "Законодательство и экономика". 1998. N 7. С. 4 - 17.

В Гражданском кодексе термин "интеллектуальные права" используется как обозначение обобщающей юридико-технической и классификационной категории. Назначение этого термина быть носителем именно обобщающего понятия хорошо видно при обращении к тем нормам и статьям ГК, в которых он употребляется.

Там, где на соответствующий результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации существует субъективное право лишь одного вида, нет необходимости в каком-либо обобщении, и поэтому понятие интеллектуальных прав вообще не используется. Так обстоит дело с сообщениями радио- и телепередач (§ 4 гл. 71

ГК) и базами данных (§ 5 гл. 71 ГК), с секретами производства (гл. 75 ГК) и со средствами индивидуализации юридических лиц, товаров, работ, услуг и предприятий (гл. 76 ГК), на которые правообладателю принадлежит лишь одно субъективное право - исключительное право.

Равным образом нет необходимости называть в законе интеллектуальными правами те субъективные права на результаты интеллектуальной деятельности, за которыми достаточно определенно закрепились сложившиеся в доктрине и в праве иные обобщающие наименования. Речь идет об авторских, смежных и патентных правах. В отношении их закон лишь указывает на принадлежность каждой из этих групп субъективных прав к общей категории интеллектуальных прав (соответственно в п. 1 ст. 1255, п. 1 ст. 1303 и п. 1 ст. 1345 ГК).

Напротив, там, где закон имеет дело с двумя или несколькими разными субъективными правами на один и тот же результат интеллектуальной деятельности, для которых обобщающее понятие не выработано, в качестве общего наименования этих прав используется термин "интеллектуальные права". Этим объясняется употребление термина "интеллектуальные права" применительно к правам на селекционные достижения в п. 1 ст. 1408, п. 1 ст. 1412 и п. 2 ст. 1415 ГК и к правам на топологию интегральной микросхемы в п. 1 ст. 1449 ГК.

Но главное назначение термина "интеллектуальные права" состоит в том, чтобы служить обобщающим обозначением всей совокупности различных субъективных прав на все охраняемые законом результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации. Такое назначение этого понятия ясно установлено в ст. 1226 ГК, и с этой целью оно используется в ряде других норм гл. 69 ГК (в п. 1 и 2 ст. 1227, п. 1 и 2 ст. 1231, п. 1 и 2 ст. 1248, п. 1 - 3 ст. 1250). Это значение интеллектуальных прав закреплено теперь (что немаловажно) в одной из принципиальных норм ГК - в п. 1 ст. 2 этого Кодекса, где при определении содержания гражданского законодательства сказано, что оно "определяет... основания возникновения и порядок осуществления... прав на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации (интеллектуальных прав)..." (п. 1 ст. 17 Вводного закона).

Термин "интеллектуальные права" призван по возможности заменить в российском праве термин "интеллектуальная собственность" там и тогда, где и когда этот последний употребляется в значении, предусмотренном в п. viii ст. 2 Конвенции ВОИС. Преимущества первого термина перед вторым достаточно очевидны. Определение "интеллектуальный" ни в том, ни в другом случае не характеризует существительное, к которому оно относится: оно относится не к "собственности" и не к "правам", а к тому интеллектуальному продукту, который охраняется путем признания на него субъективных прав. И "интеллектуальные права" в ГК, и "интеллектуальная собственность" в Конвенции ВОИС - это субъективные права на интеллектуальный продукт. Но если в первом случае юридическое значение термина очевидно, то во втором, напротив, оно скрывается за используемым понятием собственности, во-первых, экономическим и, во-вторых, относящимся к качественно иным нематериальным объектам, и для его демаскировки требуются специальные правила, подобные тому, которое установлено в ст. 2 Конвенции ВОИС.

Не определяя содержание понятия интеллектуальных прав, ГК в то же время в ст. 1226 очерчивает круг субъективных прав на результаты интеллектуальной деятельности и на средства индивидуализации, обнимаемых этим понятием. Однако до выяснения вопроса о том, какие именно права причисляются законом к правам интеллектуальным, и в связи с этим вопросом необходимо обратить внимание на связанную с частью четвертой ГК новеллу в российском гражданском законодательстве, принципиально более важную, чем введение в него категории интеллектуальных прав.

С декабря 1961 г., определяя вслед за цивилистической доктриной предмет своего регулирования, отечественное гражданское законодательство неизменно устанавливало,

что оно регулирует "имущественные и связанные с ними личные неимущественные отношения", а "в случаях, предусмотренных законом... также и иные личные неимущественные отношения" <1>. Но за прошедшие почти полвека ни закон, ни практика его применения, ни наука гражданского права не смогли достаточно ясно и определенно сказать, в чем именно должна состоять и выражаться "связь" личных неимущественных отношений с имущественными для того, чтобы первые могли признаваться полноправным предметом регулирования со стороны гражданского законодательства <2>. Поэтому из соответствующей нормы ГК (абз. 1 п. 1 ст. 2) в редакции, действующей с 1 января 2008 г., указание на то, что по общему правилу гражданское законодательство регулирует лишь личные неимущественные отношения, "связанные с имущественными", исключено.

<1> Статья 1 Основ гражданского законодательства 1961 г., ст. 1 ГК РСФСР 1964 г.; см. также: п. 1 и 2 ст. 1 Основ гражданского законодательства 1991 г., абз. 1 п. 1 и п. 2 ст. 2 ГК.

<2> Это обстоятельство отчасти было учтено еще в 1994 г. путем включения в часть первую ГК норм о защите гражданским законодательством неотчуждаемых прав и свобод человека и других нематериальных благ вне зависимости от какой-либо их связи с имущественными отношениями (п. 2 ст. 2 и п. 2 ст. 150 ГК).

Из числа интеллектуальных прав в ст. 1226 ГК особо выделено исключительное право: оно названо первым из этих прав и при этом совершенно определенно названо правом имущественным, в то время как ни одно другое интеллектуальное право подобной характеристикой в ГК не снабжено. Особое выделение исключительного права из круга интеллектуальных прав не означает, что оно является необходимым компонентом комплекса интеллектуальных прав, принадлежащих всякому конкретному автору или иному правообладателю, - исключительное право может быть в полном объеме отчуждено автором другому лицу, может прекратиться за истечением срока его действия, а другие интеллектуальные права тем не менее будут продолжать существовать. Причина и смысл особого внимания в законе к исключительному праву при описании в ст. 1226 ГК состава интеллектуальных прав в другом: из всей совокупности этих прав именно исключительное право является главным предметом гражданского оборота, именно в нем получает выражение имущественная ценность охраноспособного результата интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации. Имущественная ценность и оборотоспособность этого права делают необходимой регламентацию признания государством исключительных прав, их осуществления, обращения и прекращения, т.е. по сути дела вызывают необходимость в создании и существовании особой подотрасли гражданского права - права интеллектуальной собственности.

Новая для отечественного гражданского законодательства формулировка в ст. 1226 ГК, согласно которой на результаты интеллектуальной деятельности и на средства индивидуализации признаются помимо исключительного права (которое названо имущественным) "личные неимущественные и иные права (право следования, право доступа и другие)", не означает появление на свет субъективных гражданских прав, не являющихся ни имущественными, ни личными неимущественными. Самое простое объяснение этой формулировки состоит в том, что в ст. 1226 ГК прямо упомянуто лишь одно имущественное интеллектуальное право, в то время как имущественное содержание ряда "иных" названных в Кодексе интеллектуальных прав (например, права следования) не вызывает сомнений.

Вместе с тем за приведенным текстом ст. 1226 ГК стоит более серьезная причина, и заключается она в отсутствии достаточно для закона определенного критерия деления субъективных гражданских прав на имущественные и личные неимущественные. Это, казалось бы, устоявшееся и всем понятное их деление становится в условиях

коммерциализации гражданского права все менее определенным, что нашло отражение и в части четвертой ГК. Достаточно сослаться на нормы о неотчуждаемости права следования (п. 3 ст. 1293), о квазиправе на авторское имя юридических лиц, предусмотренном для создателей сложных объектов (п. 4 ст. 1240), издателей энциклопедий и повременных изданий (п. 7 ст. 1260), изготовителей аудиовизуальных произведений (п. 4 ст. 1263), работодателей (п. 3 ст. 1295), изготовителей баз данных (п. 2 ст. 1333) и защищаемом теми же способами, что и право гражданина на авторское имя (п. 2 ст. 1251). Наиболее интересными в этом отношении являются нормы ст. 1323 ГК, по сути дела уравнивающие изготовителей фонограмм, независимо от того, является таким изготовителем гражданин или организация, во всех их интеллектуальных правах, включая права на имя (наименование), на защиту фонограммы от искажения и на ее обнародование.

В этих условиях в части четвертой ГК разумно нигде прямо не проводится деление конкретных интеллектуальных прав на имущественные и на личные неимущественные права, даже несмотря на то, что практическое значение такого деления в нормах Кодекса сохраняется (см., например, ст. 1251).

Выражение "интеллектуальные права" употребляется в ГК только во множественном числе. Характеристика любого единичного субъективного права - авторского, смежного, патентного и т.д. как интеллектуального не представляет практического интереса. Понятие "интеллектуальные права", как уже сказано, используется в ГК прежде всего для классификационных целей как средство отнесения субъективных прав на результаты интеллектуальной деятельности и на средства индивидуализации к определенной категории, к определенному типу гражданских прав и разграничения таким образом с гражданскими правами других типов - вещными, обязательственными, корпоративными. Это разграничение и различие, влекущее совершенно конкретные практические последствия, отчетливо видны в новом тексте абз. 1 п. 1 ст. 2 ГК и, разумеется, в самой структуре Кодекса.

Квалификация интеллектуальных прав как гражданских прав особого типа, отличных от таких прав других типов, требует выяснения признаков интеллектуальных прав, вызывающих необходимость их объединения и выделения в одну особую категорию. В этом направлении еще много предстоит сделать цивилистической науке. Тем не менее и сейчас можно указать на некоторые основные признаки интеллектуальных прав.

На первый взгляд особый характер интеллектуальным правам придает наличие в их числе исключительного права на результат интеллектуальной деятельности (или соответственно на средство индивидуализации). Такое предположение кажется тем более верным, что во многих случаях никаких иных прав, кроме исключительного, у правообладателя нет и быть не может. Однако такой вывод был бы неверен. Как уже отмечалось, многие интеллектуальные права могут существовать независимо от исключительного права (оно может быть в полном объеме отчуждено другому лицу или прекратиться за истечением срока его действия), но от этого они не утрачивают своей природы интеллектуальных прав, не становятся вещными или обязательственными.

Права на результаты интеллектуальной деятельности и на средства индивидуализации объединяет в особую категорию гражданских прав нематериальная природа их объектов.

Исключительное право (статья 1229)

1. Исключительное право на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации - это наиболее важная категория - правовое понятие и юридическая конструкция, используемая в разделе VII ГК.

Даже количественно положения об исключительном праве в целом и о его разновидностях, т.е. об исключительных правах на различные виды интеллектуальной собственности, - о понятии исключительного права, его содержании, основаниях возникновения и прекращения, сроке и сфере действия, способах распоряжения им и о его переходе к другим лицам - занимают основное место в составе правовых норм разд. VII ГК. В Гражданском кодексе они составляют разветвленную систему норм об исключительных правах, в которой можно выделить несколько подсистем, и прежде всего группу правил ГК о понятии и содержании исключительного права. С подробными общими положениями на этот счет, установленными в ст. 1229 ГК, соотносятся и сочетаются специальные правила о понятии и содержании отдельных видов исключительного права:

- на произведения науки, литературы и искусства (ст. 1270 ГК);
- на исполнение (ст. 1317 ГК);
- на фонограмму (ст. 1324 ГК);
- на сообщение радио- или телепередач (ст. 1330 ГК);
- изготовителя базы данных (ст. 1334 ГК);
- публикатора произведений науки, литературы и искусства (ст. 1339 ГК);
- на изобретение, полезную модель или промышленный образец (ст. 1358 ГК);
- на селекционное достижение (ст. 1421 ГК);
- на топологию интегральной микросхемы (ст. 1454 ГК);
- на секрет производства (ст. 1466 ГК);
- на фирменное наименование юридического лица (ст. 1474 ГК);
- на товарный знак (ст. 1484 ГК);
- на наименование места происхождения товара (ст. 1519 ГК);
- на коммерческое обозначение предприятия (ст. 1539 ГК).

Поскольку круг, перечень видов результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации, которым государство предоставляет правовую охрану, может быть установлен в законе только как исчерпывающий, закрытый, исчерпывающим является и перечень предусмотренных в ГК видов исключительного права, т.е. исключительных прав на эти виды интеллектуальной собственности. В то же время для исключительных прав на многие ее подвиды (например, в авторском праве - на аудиовизуальные произведения, на проекты официальных документов, на произведения архитектуры и др.) в ГК дополнительно установлены некоторые специальные правила, что позволяет выделять и отдельные подвиды исключительного права: исключительное право на произведения изобразительного искусства, исключительное право на изобретения, исключительное право на полезные модели и др.

Аналогично системе общих и специальных норм о понятии и содержании исключительных прав в ГК таким же образом, в серии последовательных норм, начиная с "Общих положений", определена сфера действия исключительного права во времени (срок действия) <1> и в пространстве (в пределах Российской Федерации) <2>. Далее в ГК с помощью ряда норм, расположенных с такой же последовательностью, устанавливаются ограничения исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности и на средства индивидуализации (см. п. 5 ст. 1229, ст. 1273 - 1280 и др.), формы, условия и порядок свободного распоряжения этими исключительными правами (см. ст. 1233 - 1238, 1285 - 1291 и др.), основания и порядок перехода исключительных прав к другим лицам без заключения договора, основания и порядок прекращения этих прав.

<1> См.: ст. 1230, 1281, 1318, 1327, 1331, 1335, 1340, 1363, 1424, 1457, 1491, 1531. См. также: ст. 1467 и п. 2 ст. 1540.

<2> См.: ст. 1231, 1256, 1321, 1328, 1332, 1336, 1341, 1346, 1409, 1475, 1479, 1517 и п. 1 ст. 1540.

Даже чисто внешне структура раздела VII ГК показывает, что он построен на базе некой единой юридической конструкции, применительно к которой и определены взаимоотношения участников гражданского оборота, связанные с результатами интеллектуальной деятельности и средствами индивидуализации. Мы имеем дело с единой подотраслью гражданского права, в основу которой положено признание законом субъективного гражданского исключительного права на все те результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации, какие закон находит подлежащими правовой охране.

2. В Гражданском кодексе (как и в прежнем законодательстве), несмотря на большое число норм о субъектах и объектах исключительного права, об условиях его возникновения, его содержании, сфере действия и др., нет определения самого понятия исключительного права, не сказано достаточно определенно, в чем состоит исключительность этого права, отличающая его от субъективных гражданских прав других типов.

Основу содержания исключительного права как на результат интеллектуальной деятельности, так и на средство индивидуализации образует предоставляемая правообладателю законом возможность "использовать такой результат или такое средство по своему усмотрению любым не противоречащим закону способом" (абз. 1 п. 1 ст. 1229 ГК). По сути дела в этих словах ГК сформулирован принцип свободы использования результата интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации лицом, обладающим исключительным правом на этот результат или на это средство. Источником этого общего положения ГК послужили формулировки двух прежних законов, а именно:

- Закона об авторском праве, по которому "автору в отношении его произведения принадлежат исключительные права на использование произведения в любой форме и любым способом" (п. 1 ст. 16), а исполнителю в числе исключительных прав на исполнение или постановку принадлежит "право на использование исполнения или постановки в любой форме" (п. 1 ст. 37), и

- Закона о правовой охране топологий, в силу которого правообладателю принадлежит "исключительное право на охраняемую топологию, в том числе право использовать охраняемую топологию по своему усмотрению..." (п. 1 ст. 5).

Однако сама по себе возможность автора, исполнителя или иного лица свободно использовать результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации, вопреки сказанному в Законе об авторском праве (возможно, и в других нормах прежнего законодательства), исключительным правом не является. Такая возможность существует и в отношении тех интеллектуальных продуктов, которым правовая охрана не предоставляется либо вообще (например, идеям, принципам и т.п.), либо в данном государстве (например, произведениям иностранцев, обнародованным за границей, при отсутствии международных обязательств, как было в СССР до 1973 г.) и на которые, следовательно, исключительное право не возникает или не признается. В отношении интеллектуального продукта, исключительное право на который прекратилось и который стал общественным достоянием, возможность его использования в любой форме и любым не противоречащим закону способом не только не прекращается и не исчезает, а, напротив, предоставляется всем и каждому <1>.

<1> См.: п. 2 ст. 1282, п. 5 ст. 1318, п. 3 ст. 1327, п. 3 ст. 1331, п. 2 ст. 1364, п. 4 ст. 1457 ГК РФ.

Фактическая возможность использовать интеллектуальный продукт или средство индивидуализации приобретает юридическое значение только потому, что закон признает соответствующий продукт или средство подлежащим правовой охране и, как следствие, делает использование этого продукта или средства содержанием субъективного гражданского права. Такое предоставляемое законом право использовать подлежащие

правовой охране результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации (ст. 1225 ГК) предусмотрено в общей форме в п. 1 ст. 1229 ГК.

В этом пункте статьи 1229 содержатся две нормы, характеризующие существо того права, которое названо в ней "исключительным".

Первая из них предоставляет обладателю исключительного права на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации (правообладателю) право "по своему усмотрению... запрещать другим лицам использование" этого результата или средства (абз. 2). На первый взгляд в этой норме имеются в виду лишь разовые запреты конкретным лицам использовать определенный результат или средство <1>. Но далее уточняется, что "отсутствие запрета не считается согласием (разрешением)". Таким образом, норма в целом приобретает смысл постоянно действующего адресованного другим лицам запрета использовать соответствующий результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации, а снабженное этим общим запретом право оказывается правом абсолютным.

<1> Такой запрет тоже возможен и предусмотрен в ряде норм ГК - в п. 6 ст. 1252, п. 2 ст. 1258, подп. 3 п. 1 ст. 1274, п. 1 ст. 1302 и п. 2 ст. 1314.

Эта норма далее (абз. 3 п. 1 ст. 1229) дополнена санкцией-указанием на незаконность нарушения запрета (использования результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации "без согласия правообладателя") и на наступающую за это ответственность.

Санкция первой нормы текстуально "переплетена" со второй нормой, устанавливающей, что незаконность имеет место и ответственность наступает не всегда, а "за исключением случаев, предусмотренных настоящим Кодексом". Эта последняя норма, несмотря на ее отсылочный характер, чрезвычайно важна, так как из нее следует, что абсолютное по природе исключительное право использовать результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации не является всеохватывающим (и в этом смысле "абсолютно абсолютным") по кругу противостоящих правообладателю обязанных лиц. На этой норме основаны многочисленные другие нормы ГК о пределах действия исключительных прав и об упомянутых в п. 5 ст. 1229 ГК ограничениях исключительных прав (подробнее см. ниже).

3. Содержащиеся в статье 1229 ГК (п. 1) нормы достаточно ясно говорят о содержании и природе того субъективного гражданского права использовать результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации, которое закон называет "исключительным". Но из этих норм, как и из специально посвященной этому праву статьи 1229 ГК в целом (впрочем, равным образом и из прежнего законодательства), не следует с очевидностью, в чем же именно заключается его "исключительность".

Ответ, лежащий на поверхности, состоит в том, что право использовать такие результаты и средства "исключительно", поскольку оно путем прямого запрета в законе устраняет других лиц (всех, кроме тех, для кого закон предусмотрел изъятия) от возможности использовать эти интеллектуальные продукты, т.е. "исключает" для этих "других" такую возможность.

Такое распространенное объяснение природы исключительного права весьма неполно. Оно ограничивается констатацией того, что исключительное право - это просто иное наименование абсолютного права на нематериальные объекты. В сопоставлении с исключительным правом в таком его понимании субъективное право собственности может оказаться даже "более исключительным": например, приобретатель всех прав на произведение изобразительного искусства менее ограничен законом в своих правомочиях собственника, чем в правомочиях обладателя исключительного права.

Качество "исключительности" субъективному абсолютному праву "монопольно" использовать интеллектуальный продукт закон придает тем, что, во-первых,

предоставляет это право в отношении ограниченного (хотя и широкого) круга определенных в самом законе видов интеллектуальной собственности и, во-вторых, первоначально предоставляет его исключительно лицам определенных категорий и признает его за другими лицами лишь в качестве правомочия, полученного вторичным обладателем или производного от права автора (исполнителя, изобретателя) или заявителя.

В отличие от других разделов ГК в разделе VII Кодекса содержатся десятки норм, единственное назначение которых состоит в том, чтобы определить круг нематериальных объектов, подпадающих под действие соответствующих норм этого раздела и получающих таким образом правовую охрану путем предоставления на них исключительного права и других интеллектуальных прав. Эти нормы содержат общие и детальные перечни видов объектов, которым предоставляется или, напротив, не предоставляется правовая охрана, определения отдельных видов объектов, получающих правовую охрану, требования, соответствие которым необходимо для ее предоставления (условия охраноспособности), и т.п.

Предоставление исключительных прав не любым субъектам гражданского права, а лишь тем из них, кто отвечает предусмотренным законом специальным требованиям, наиболее очевидно в отношении прав на результаты интеллектуальной деятельности. Исключительное право предоставляется Гражданским кодексом:

- на произведение науки, литературы или искусства - "автору произведения" (подп. 1 п. 2 ст. 1255), т.е. "гражданину, творческим трудом которого оно создано" (ст. 1257);

- на исполнение - "исполнителю" (подп. 1 п. 1 ст. 1315), которым признается "гражданин, творческим трудом которого создано исполнение, - артист-исполнитель... а также режиссер-постановщик спектакля... и дирижер" (ст. 1313);

- на фонограмму - "изготовителю фонограммы" (подп. 1 п. 1 ст. 1323), которым признается "лицо, взявшее на себя инициативу и ответственность за первую запись звуков исполнения или других звуков либо отображений этих звуков" (ст. 1322),

- и т.д. и т.п. <1>.

<1> См.: соответственно в отношении исключительного права организации эфирного или кабельного вещания - ст. 1329 и п. 1 ст. 1330, исключительного права изготовителя базы данных - ст. 1333 и п. 1 ст. 1334, исключительного права публикатора - п. 1 ст. 1337 и подп. 1 п. 1 ст. 1338 ГК.

Несколько сложнее проследить эту принципиальную линию законодательства в нормах патентного права. Исключительное право на изобретение, полезную модель и промышленный образец "удостоверяет" патент (п. 1 ст. 1354 ГК), выдаваемый не обязательно автору соответствующего решения, а "лицу, на имя которого испрашивается патент" заявителем (подп. 1 п. 2 ст. 1375, подп. 1 п. 2 ст. 1376, подп. 1 п. 2 ст. 1377 ГК). Именно этому лицу, после выдачи патента - "патентообладателю", принадлежит исключительное право использования изобретения, полезной модели или промышленного образца (п. 1 ст. 1358 ГК). Но производный характер исключительного права патентообладателя очевиден: прежде всего "автору изобретения, полезной модели или промышленного образца" принадлежит "исключительное право" (подп. 1 п. 2 ст. 1345 ГК) и, как следствие, ему же - "гражданину, творческим трудом которого создан соответствующий результат интеллектуальной деятельности" (ст. 1347 ГК), принадлежит "право на получение патента" (п. 3 ст. 1345 ГК). Иное, чем автор, лицо (физическое или юридическое) может оказаться "в башмаках" патентообладателя, но только потому, что ГК в предусмотренных им случаях и по основаниям, им установленным, допускает переход и передачу этого права другим лицам (п. 2 ст. 1357) <1>.

<1> Это обстоятельство нередко упускается из виду теми, кто усматривает противоречие между п. 1 ст. 1354 и п. 2 ст. 1345 (равно как и ст. 1348) ГК. Автору изобретения, полезной модели или промышленного образца исключительное право использования этого технического или художественно-конструкторского решения принадлежит при условии, что он становится патентообладателем, а первый патентообладатель, не являющийся автором, может основывать свое исключительное право использовать соответствующий интеллектуальный продукт только на правомерном переходе к нему от автора права на получение патента.

Существенные ограничения предусмотрены ГК и в отношении круга лиц, которые могут стать обладателями исключительного права на средство индивидуализации.

Так, лишь на первый взгляд может показаться, что обладателем исключительного права на использование товарного знака может быть любое "лицо, на имя которого зарегистрирован товарный знак" (п. 1 ст. 1484 ГК). В действительности ГК с помощью ряда норм сводит дело к тому, чтобы обладатель такого права был лицом, которое может участвовать и реально участвует в обороте соответствующего товара (ст. 1478, 1486, подп. 3 п. 3 ст. 1492 ГК).

Таким образом, исключительное право как субъективное гражданское право (и соответственно исключительные права как особая категория гражданских прав) исключительно в трех отношениях:

1) обладателю исключительного права предоставляется возможность использовать в соответствии с законом и под его защитой результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации из числа тех, которым закон предоставляет правовую охрану, определяя их с разной степенью детализации в качестве объектов исключительных прав. Это не значит, что иные нематериальные объекты, в том числе иные результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации, вообще оказываются вне сферы действия гражданского права, но из сферы действия его норм об исключительных правах они исключены определенно;

2) обладатель исключительного права принадлежит к той категории лиц, за которыми закон признает возможность быть субъектом исключительных прав соответствующего вида. При этом надо иметь в виду, что закон не просто по-разному подходит к определению круга возможных правообладателей исключительных прав разных видов (например, авторских прав и права на товарный знак, патентных прав и права на наименование места происхождения товара), но и проводит существенные различия (прежде всего, по объему и срокам правомочий) внутри этого круга - между авторами и их наследниками, между авторами-работниками и правообладателями-работодателями, между первичными и вторичными правообладателями и т.д.;

3) за изъятиями, установленными законом, никто не вправе без согласия обладателя исключительного права использовать являющиеся объектом этого права результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации. Нарушение этого запрета влечет гражданско-правовую и иную ответственность.

Этот общий вывод о природе и понятии исключительного права на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации требует целого ряда уточнений и объяснений применительно к отдельным видам этих объектов (в особенности средств индивидуализации), но в целом только он объясняет особое место исключительных прав в системе гражданских прав.

4. Понимание и определение исключительных прав как особой категории гражданских прав, которые возникают в результате предоставления правовой охраны на особо указанные в законе объекты особо указанным в нем субъектам, позволяют объяснить присутствие в законодательстве об интеллектуальной собственности ряда групп норм и правовых институтов, не свойственных другим отраслям гражданского законодательства или во всяком случае для них не характерных.

Во-первых, как уже отмечалось, весьма значительное число норм разд. VII ГК посвящено определению различными способами и приемами возможных объектов исключительных прав. Значительный удельный вес этих норм в составе разд. VII ГК и высокая степень детальности многих из них объясняются как самим избирательным подходом закона к определению объектов исключительных прав, так и установленным порядком предоставления правовой охраны объектам ряда видов (изобретениям, полезным моделям, промышленным образцам, селекционным достижениям, товарным знакам и др.) по индивидуальным решениям органов государственной власти, на основании принимаемых ими ненормативных правовых актов. Необходимость соответствия объектов исключительных прав, получивших правовую охрану, установленным в ГК требованиям сохраняется на протяжении всего времени, на которое такая охрана предоставлена. Обнаруженное (существовавшее или возникшее) несоответствие такого объекта указанным требованиям может повлечь прекращение его правовой охраны (ее аннулирование, недействительность и т.п.).

Во-вторых, в отличие от других гражданских прав, для обладания которыми в большинстве случаев достаточно иметь гражданскую правоспособность, к обладателям исключительных прав нормы ГК во многих случаях предъявляют дополнительные квалифицирующие требования. Прежде всего это относится к первичным правообладателям авторских и смежных прав - авторам, исполнителям, изготовителям фонограмм и баз данных и др. Но требования такого рода (хотя и не так четко сформулированные) можно обнаружить и в отношении обладателей исключительных прав на промышленную собственность, товарные знаки и другие виды интеллектуальной собственности.

Эти требования, как правило, не касаются обладателей вторичных исключительных прав (прав, полученных в результате универсального или сингулярного правопреемства) и прав, производных от исключительных (прав лицензиата, сублицензиата и др.). Но само исключительное право вторичного правообладателя - это то исключительное право, которое возникло у автора, исполнителя, изготовителя фонограммы и т.д. Если оно недействительно или имеет недостатки из-за несоответствия его первоначального обладателя установленным законом требованиям, то эти пороки не отпадают и после перехода исключительного права к последующим обладателям и даже могут повлечь его недействительность. Равным образом соответствующий "отпечаток" пороков исключительного права несут на себе и производные от него правомочия лицензиата, сублицензиата и т.п.

В-третьих, предъявляемые законом специальные требования к субъектам исключительных прав и, в особенности, к объектам этих прав требуют во всех случаях, для которых установлена система индивидуального признания государством исключительного права конкретного заявителя на конкретный объект, создания процедуры соответствующей "проверки" выполнения указанных требований. Нормы, определяющие процедуру такой "проверки" (составления и подачи заявок, их рассмотрения, экспертизы и т.д.) и решения государственным органом вопроса о признании или отказе в признании исключительного права, как всякие процедурные нормы, неизбежно подробны и занимают в ГК значительное место. Однако их трудно оторвать от гражданско-правовых норм об интеллектуальных правах, в особенности от норм об исключительных правах. Эти процедурные нормы определяют порядок возникновения и прекращения исключительных прав и очень тесно связаны с нормами, устанавливающими основания их возникновения и прекращения (включая специальные требования к субъектам и объектам исключительных прав).

В частности, многочисленные нормы ГК о недействительности патента, отмене решения о его выдаче, аннулировании государственной регистрации представляют собой не что иное, как развернутую конкретизацию применительно к исключительным правам

(патентным, на товарный знак и др.) общего правила ст. 13 ГК о признании недействительным ненормативного акта государственного органа.

5. Понимание и определение исключительного права всего лишь как абсолютного права или его разновидности, только как "права-запрета" или "права-монополии" отражают одну сторону исключительного права, по сути "внешнюю", - взаимоотношения правообладателя с другими лицами в абсолютных и относительных правоотношениях. Вне поля зрения остается не менее важная другая сторона исключительных прав - основания их исключительности. Определение исключительных прав как прав на особо выделенные законом нематериальные объекты, притом прав, признаваемых законом, как правило, за субъектами, отвечающими указанным в законе требованиям, заставляет искать причины такой исключительности объектов и субъектов этих прав. Это приводит к постановке вопроса о социально-экономических основаниях исключительных прав.

Дабы избежать неуместного в рамках Комментария рассмотрения этой огромной во всех отношениях проблемы, целесообразно привести ее сжатое изложение, принадлежащее перу одного из самых талантливых отечественных специалистов в области авторского права И.А. Грингольца: "Чтобы стать товаром, произведение должно быть недоступно вне акта обмена тому, кто нуждается в нем как в потребительной стоимости. Но по своей природе, будучи однажды сообщено людям, оно физически выходит из-под контроля публикатора, дальнейшее его "присвоение" (в экономическом смысле слова) потребителями оказывается свободным. Если в эти отношения не вмешается право, то цена выпущенных разными издателями книг, содержащих одно и то же произведение, при равных полиграфических условиях будет, в конечном счете, определяться общественно необходимым временем изготовления книги - продукта материального производства, и, покупая книгу, потребитель получит произведение безвозмездно, хотя именно произведение обуславливает потребительную стоимость книги как культурной услуги <1>. При таком положении дел произведение не может превратиться в предмет обмена и в отношениях между автором и первым публикатором (издателем). Если реализация нематериального продукта в отрыве от "материального носителя" (рукописи, картины, понимаемой как покрытый красками холст, и т.п.) исключена, то отношения обмена складываются по поводу вещи, а не произведения" <2>.

<1> Эти соображения И.А. Грингольц сопровождает следующим пояснением: "Сходно для изобретений. Если использование изобретения свободно, цена товаров, выпущенных разными изготовителями с применением этого изобретения, будет при прочих равных условиях определяться общественно необходимым временем производства самого товара; изобретение, сокращающее это общественно необходимое время, будет присваиваться так же безвозмездно, как естественные силы природы".

<2> Гринголец И.А. О теории авторского вознаграждения за произведения литературы, науки и искусства // Ученые записки ВНИИ советского законодательства. Вып. 14. М., 1968. С. 142 - 143.

6. Содержание исключительного права определено в ГК общим образом (п. 1 ст. 1229), о чем уже говорилось выше, и конкретно - применительно к исключительным правам на каждый вид интеллектуальной собственности.

Во втором случае закон определяет подробно или кратко, примерно или исчерпывающе круг (состав) правомочий, которые входят в содержание исключительного права. По составу этих правомочий исключительные права на разные результаты интеллектуальной деятельности и разные средства индивидуализации, как правило, весьма существенно различаются. Вызваны эти различия в наборе конкретных правомочий, образующих исключительное право, различиями (часто кардинальными) в самих объектах исключительных прав, в самих результатах интеллектуальной деятельности и средствах индивидуализации - в их природе, назначении, возможностях их

использования и т.д. Из-за этих различий даже правомочия, входящие в состав исключительного права одного вида, не всегда и не в равной степени осуществимы в отношении всех объектов такого исключительного права. Достаточно посмотреть на широкий перечень авторских правомочий в п. 2 ст. 1270 ГК, чтобы убедиться, что некоторые из них осуществимы в отношении произведений литературы и науки, но вряд ли возможны в отношении произведений изобразительного искусства, и наоборот, другие заведомо предоставляются лишь в отношении определенных видов произведений (аудиовизуальных, программ для ЭВМ, произведений архитектуры и др.).

Применительно к исключительным правам на различные результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации сами способы определения содержания исключительного права значительно различаются.

В большинстве случаев в ГК приводятся открытые перечни возможных способов использования соответствующего результата или средства и таким образом определяется круг основных правомочий обладателя исключительного права <1>. При этом величина таких перечней, их подробность и детальность сами по себе еще не определяют объем очерченных ими правомочий. В большей степени они свидетельствуют о развитости соответствующей области законодательства или необходимо вытекают из правил и предписаний международных договоров. Состоящий всего из двух пунктов перечень возможных способов использования топологии - путем ее воспроизведения и введения в гражданский оборот (п. 2 ст. 1454), равно как и даваемая обладателю ноу-хау возможность использовать его "при изготовлении изделий и реализации экономических и организационных решений" (п. 1 ст. 1466 ГК), тоже предоставляет правообладателям значительные по объему правомочий исключительные права.

<1> См.: п. 2 ст. 1270, п. 2 ст. 1317, п. 2 ст. 1324, п. 2 ст. 1330, п. 2 ст. 1358, п. 2 ст. 1454, п. 1 ст. 1466, п. 1 ст. 1474, п. 2 ст. 1484, п. 2 ст. 1519, п. 1 ст. 1539.

В двух случаях перечисление возможных способов использования результатов интеллектуальной деятельности носит исчерпывающий характер (п. 1 ст. 1339 и п. 3 ст. 1421 ГК). В последнем случае способы использования селекционного достижения определены в соответствии с тем, как они указаны в международном договоре России - в Международной конвенции по охране новых сортов растений 1961 г. (п. 1 ст. 14).

Несмотря на то что само исключительное право определено в ГК как право использовать результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации "по своему усмотрению любым не противоречащим закону способом" (п. 1 ст. 1229), перечни входящих в состав этого права правомочий имеют не иллюстративное, а юридическое значение по меньшей мере в двух отношениях. Во-первых, отталкиваясь от содержания этих правомочий, можно сравнительно легко определить круг действий, являющихся нарушениями соответствующего исключительного права. Во-вторых, градация способов использования результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации облегчает заключение лицензионных договоров (см. подп. 2 п. 6 ст. 1235 ГК) и в случае сомнения - их толкование.

7. Исключительное право как право, дающее его обладателю возможность самому "использовать... любым не противоречащим закону способом" (п. 1 ст. 1229 ГК) результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации, для правообладателя далеко не всегда представляет интерес. Произведения литературы и искусства, объекты смежных прав, селекционные достижения, топологии интегральных микросхем значительно чаще создаются не для того, чтобы сам автор и изготовитель наладили затем их "воспроизводство" и пустили полученные результаты в оборот. Иначе обстоит дело с объектами промышленной собственности и средствами индивидуализации, но и они нередко представляют интерес для правообладателя как объекты в обороте.

По этим причинам и исключительное право в целом, и входящие в его состав правомочия (по отдельности и в разных сочетаниях) представляют имущественную ценность для правообладателя не только как правовое основание самостоятельного извлечения выгоды из соответствующих результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации способами, перечисленными в законе, но и как объекты гражданского оборота, возможность участия в котором обеспечивается в принципе имманентным исключительному праву правом распоряжения им (п. 1 ст. 1229, ст. 1233 ГК).

Ограничения исключительных прав (пункт 5 статьи 1229)

1. В прежнем законодательстве имелись многочисленные нормы о конкретных ограничениях исключительных прав и даже общая норма об ограничении прав на интеллектуальную собственность определенного вида (в отношении имущественных прав автора в п. 5 ст. 16 Закона об авторском праве). В Гражданском кодексе впервые появилась норма об ограничениях исключительных прав, в принципе относящаяся ко всем видам исключительных прав. В соответствии с пунктом 5 статьи 1229 ГК ограничения исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности и на средства индивидуализации могут быть установлены только в Гражданском кодексе.

Главный вопрос, возникающий в связи с этой нормой, это вопрос о том, какого рода ограничения исключительных прав в ней имеются в виду. Ответ на него тем более важен, что во втором абзаце этого же пункта статьи 1229 ГК содержится предписание об условиях, при наличии которых законодатель только и может установить "указанные ограничения". Предписание это, адресованное законодателю и потому в ГК оказавшееся явно не на месте, тем не менее должно законодателем выполняться, поскольку имеет своим источником целый ряд норм международного публичного права в различных международных договорах, в одних из которых Россия участвует, а в других намеревается участвовать в связи с возможным вступлением в ВТО.

Первоначально правило, послужившее прообразом для положения, вошедшего в абз. 2 п. 5 ст. 1229 ГК, появилось в Бернской конвенции и касается ограничений в национальном законодательстве только права на воспроизведение литературных и художественных произведений: законодателю предоставляется "право разрешать воспроизведение таких произведений [1] в определенных особых случаях [dans certains cas spёciaux] при условии, что такое воспроизведение [2] не наносит ущерба нормальной эксплуатации произведения и [3] не ущемляет необоснованным образом [ne cause un prejudice injustifie] законные интересы автора" (п. 2 ст. 9). Из-за отмеченных трех элементов, вошедших в эту норму, она получила название трехшагового теста (или трехступенчатого теста).

Позднее, в 1994 г., эта норма международного права, обращенная к государствам - членам ВТО, была включена в Соглашение ТРИПС в виде общей нормы о возможных "ограничениях или изъятиях в отношении исключительных прав [limitations or exceptions to exclusive rights]" в сфере авторского права и смежных прав (ст. 13) и с модификациями - в нормы о возможных "ограниченных исключениях" [limited exceptions] из прав, предоставляемых товарным знакам (ст. 17), и из исключительных прав, предоставляемых патентом (ст. 30).

Положение Бернской конвенции о трехшаговом тесте было воспроизведено дословно в ДАП в отношении "ограничений или исключений из прав, предоставляемых авторам... по настоящему Договору" (п. 1 ст. 10). В одновременно принятом ДИФ этот же вопрос решен точно так же для "ограничений или исключений из предусмотренных настоящим Договором прав" (п. 2 ст. 16). Но кроме того, в ДИФ договаривающимся государствам дана возможность предусмотреть в своем национальном законодательстве "те же виды

ограничений и исключений в отношении охраны прав исполнителей и производителей фонограмм", которые в этом законодательстве предусмотрены в отношении авторского права (п. 1 ст. 16).

Эти положения международных договоров, в одном из которых Россия участвует, а в других намеревается участвовать, явно послужившие в прошлом основой для п. 5 ст. 16 Закона об авторском праве, а в ГК - для абз. 2 п. 5 ст. 1229, являются дополнительным основанием для выяснения понятия "ограничения исключительных прав" и круга таких ограничений, подпадающих под действие данной нормы ГК.

Предварительно следует заметить, что в отношении исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности и исключительных прав на средства индивидуализации "институт ограничений", если его можно так назвать, имеет разное практическое значение. Возможность существования исключительных прав на средства индивидуализации ограничивается главным образом на стадии предоставления правовой охраны таким средствам (т.е. уже на стадии приобретения исключительных прав на использование этих средств). Достигается это с помощью установленных законом - с разной степенью детальности для разных средств индивидуализации - критериев (условий, признаков), при наличии которых соответствующим объектам только и может быть предоставлена охрана в качестве таких средств (см. ст. 1473, 1483 ГК и др.).

2. Несмотря на ее общий характер, норма, содержащаяся в абз. 1 п. 5 ст. 1229 ГК, не относится ко всем возможным ограничениям исключительных прав. В ней явно имеется в виду сузить круг таких ограничений, устанавливаемых законодателем <1>. Между тем основания ограничений исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности и на средства индивидуализации и соответственно виды таких ограничений многочисленны и разнообразны, и далеко не все такие ограничения (и тем более не каждое из них) нуждаются в строгой законодательной регламентации.

<1> Хотя юридическое значение "рамки", установленных в этой норме законодателем самому себе, переоценивать не следует, определенную сдерживающую роль она выполнить может. Кроме того, она свидетельствует о том, что, стремясь сосредоточить правила об ограничениях исключительных прав в ГК (как и нормы о самих исключительных правах и их объектах), законодатель учитывал особое значение этих ограничений для самой сути исключительных прав.

Так, существо лицензионного договора (едва ли не основного договора, посредством которого осуществляется исключительное право) заключается в том, что лицензиату предоставляется право использовать соответствующий результат или средство "в предусмотренных договором пределах" (п. 1 ст. 1235 ГК), и в этих пределах объем правомочий обладателя исключительного права сужается, ограничивается. Но попытка "установить" в ГК все такие (и подобные им в других договорах) ограничения не только была бы лишена практического смысла, но и вступила бы в противоречие с принципом свободы договора (ст. 421 ГК).

Равным образом не имеется в виду в пункте 5 статьи 1229 "устанавливать" в ГК те ограничения исключительного права, которые могут вытекать из различных договоров, имеющих целью создание одной из сторон определенного результата интеллектуальной деятельности или допускающих возможность его создания при выполнении обусловленных договором работ. В принципе вопросы о том, какой из них должно принадлежать исключительное право на такой результат и каким образом оно может быть ограничено правомочиями другой стороны, это вопросы их взаимоотношений по договору. Поэтому ГК хотя и регулирует отношения сторон по этому поводу, но делает это, как правило, диспозитивными нормами <1>. Очевидно, что и в этих случаях речь не может идти об ограничениях, "установленных" ГК.

<1> См.: ст. 1295 - 1298, 1320, 1370 - 1373, 1430 - 1432, 1461 - 1463, 1470, 1471 ГК.

Не подпадают под действие пункта 5 статьи 1229 ГК и многочисленные случаи ограничений исключительных прав, вытекающих из сотворчества нескольких лиц (соавторства, совместного исполнения и т.п.), притом ограничений, вытекающих как для самих первичных правообладателей, так и для их правопреемников. Такого рода ограничения, являющиеся следствием множественности субъектов исключительного права, это прежде всего вопрос внутренних взаимоотношений между ними, и хотя исключительное право (как выступающее по отношению к третьим лицам единое целое) эти ограничения затрагивают, но устанавливаются они не в интересах этих третьих лиц.

Наконец, из-под действия пункта 5 статьи 1229 ГК следует изъять ограничения, которые налагает на исключительное право обязанность его обладателя соблюдать исключительные права другого лица. Это естественные ограничения осуществления любого субъективного гражданского права. Просто в сфере интеллектуальных прав вследствие часто встречающейся связи между их объектами и их зависимости друг от друга закон уделяет большее внимание необходимости соблюдать права на объекты другого вида (права автора при исполнении его произведения, права исполнителя при записи исполнения и т.д.) <1>.

<1> См.: п. 2 ст. 1315, п. 4 ст. 1317, п. 2 ст. 1323, п. 5 ст. 1330, п. 3 ст. 1334 ГК и др.

3. В числе ограничений исключительного права, предусмотренных международными договорами или установленных в ГК в соответствии с п. 5 ст. 1229 этого Кодекса, самую заметную группу составляют ограничения, в которых наиболее отчетливо выразилось определенное противостояние, столкновение интересов обладателя исключительного права и общества. Хотя установлены некоторые из этих ограничений ради определенных категорий лиц (учащихся, слепых, лиц, нуждающихся в определенном лекарстве, в основу которого положено соответствующее изобретение, и др.), их интересы закон берет под защиту вследствие общественной, социальной значимости этих интересов. В этой группе ограничений достаточно отчетливо различаются несколько подгрупп:

- ограничения, обеспечивающие свободы слова и информации <1>. Этим ограничениям полностью или частично посвящены нормы, установленные в подп. 1, 3, 4, 5 п. 1 и в п. 3 ст. 1274, в ст. 1276, 1279 ГК и др.;

<1> См.: ч. 1, 4 и 5 ст. 29 Конституции Российской Федерации.

- ограничения, установленные в интересах просвещения, образования и развития науки. Нормы, в которых предусмотрены такие ограничения, можно найти в ст. 1274 (подп. 1, 2, 6 п. 1 и п. 2), 1275 (подп. 1, 2 п. 1), 1280 (п. 2), 1334 (п. 3), 1359 (п. 2), 1422 (п. 2, 3) ГК и др.;

- ограничения, введенные ради обеспечения развития экономики, международного экономического обмена и национальной безопасности, установлены в ряде норм патентного права (подп. 1, 3, 5, 6 ст. 1359, ст. 1360 ГК). По сути дела этим же целям служат правила ГК о принудительной лицензии (ст. 1239, 1362 и 1423) и о секретных изобретениях (ст. 1401 - 1405);

- ограничения, установленные главным образом с целью обеспечить выполнение государством публично-правовых функций: издание официальных документов, установление официальных символов и знаков (п. 2 ст. 1264 ГК), правоприменение (ст. 1278 ГК), совершение официальных церемоний (ст. 1277 ГК).

Классификация ограничений внутри этой группы может быть иной, более детальной, может основываться на иных критериях. Например, можно выделить ограничения исключительного права на воспроизведение, установленные в целях сохранения и замены

утрачиваемых экземпляров, и т.п. Важно другое - то, что значительное число ограничений исключительных прав конкретных субъектов устанавливается в интересах общества в целом.

4. Вопреки распространенному мнению о том, что исключительные права ограничиваются международными договорами и законом главным образом ради того, чтобы обеспечить интересы общества и государства, немалая часть установленных таким образом ограничений исключительных прав непосредственно этими интересами не определяется.

В первую очередь это относится к большой группе ограничений исключительных прав, вытекающих не столько из общественных интересов, сколько из самой сущности исключительного права.

Родившееся в условиях рыночной экономики исключительное право на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации дает его обладателю возможность получать доход или извлекать прибыль из использования этого результата или средства путем его самостоятельного использования (что в большей мере характерно для средств индивидуализации) либо распоряжения самим исключительным правом (что в большей мере относится к результатам интеллектуальной деятельности). В последнем случае цель достигается введением соответствующего объекта исключительного права в гражданский оборот посредством различных сделок, по общему правилу возмездных. Тем самым исключительное право на распространение этих объектов (в виде экземпляров произведения, изобретения в изделиях, товарного знака на товаре и т.п.) осуществляется, по терминологии закона - исчерпывается и на дальнейшем обращении соответствующих материальных носителей юридически не сказывается <1>. Институт исчерпания прав - один из наиболее важных ограничителей исключительных прав, проявляющий себя постоянно и в массовом количестве.

<1> См.: ст. 1272, п. 2 ст. 1274, ст. 1325, п. 6 ст. 1359, п. 6 ст. 1422, п. 3 ст. 1456, ст. 1487 ГК.

В значительном числе случаев Гражданский кодекс ограничивает исключительное право на результаты интеллектуальной деятельности, когда их использование осуществляется заведомо не с коммерческой целью. Это касается "воспроизведения гражданином исключительно в личных целях правомерно обнародованного произведения" (ст. 1273) и объектов смежных прав (ст. 1306), исполнения записи исполнения "в обычном кругу семьи" (подп. 8 п. 2 ст. 1317), сообщения фонограммы с помощью технических средств в месте, закрытом "для свободного посещения", или в "обычном кругу семьи" (подп. 1 п. 2 ст. 1324), сообщения радио- или телепередачи с помощью технических средств в месте, куда нет "платного входа" (подп. 6 п. 2 ст. 1330), использования для нужд, "не связанных с предпринимательской деятельностью", изобретения, полезной модели или промышленного образца (подп. 4 ст. 1359), равно как и селекционного достижения (подп. 1 ст. 1422), использования топологии "в личных целях, не преследующих получение прибыли" (подп. 2 ст. 1456).

В связи с названными ограничениями исключительных прав следует обратить внимание также на то, что, ограничивая исключительные права на результаты интеллектуальной деятельности в ряде других случаев (в том числе и ради серьезных общественных интересов), Гражданский кодекс (как правило, следуя при этом за соответствующими нормами международных договоров) "ограничивает эти ограничения" условиями о том, чтобы допускаемое использование осуществлялось "без извлечения прибыли" (подп. 6 п. 1 ст. 1274, п. 1 ст. 1275), "безвозмездно" (п. 2 ст. 1274), не "в коммерческих целях" (ст. 1276). Ту же цель, хотя и иными средствами, преследуют разнообразные "ограничения ограничений", установленные в отношении свободного воспроизведения произведения в личных целях (ст. 1273) и свободного воспроизведения

программ для ЭВМ и баз данных и декомпилирования таких программ (подп. 1 и 2 п. 1 и п. 3 ст. 1280).

5. Немалую группу ограничений исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности составляют ограничения, вызываемые условиями использования этих результатов - техническими, технологическими и т.п. Так, исключая из допускаемого репродуцирования произведений (п. 1 ст. 1275 ГК) их воспроизведение и хранение их копий в машиночитаемой (в том числе в цифровой) форме, закон тут же делает "исключение из исключения" для "случаев создания с помощью технических средств временных копий, предназначенных для осуществления репродуцирования" (п. 2 ст. 1275 ГК).

Подобные "технологические" ограничения исключительных прав предусмотрены в целом ряде норм ГК - в отношении краткосрочных и документальных записей произведений организациями эфирного вещания (ст. 1279), адаптации программ для ЭВМ и баз данных (подп. 1 п. 1 ст. 1280), декомпилирования программ для ЭВМ (п. 3 ст. 1280), временных записей исполнения в память ЭВМ (подп. 4 п. 2 ст. 1317), временных записей фонограммы на электронном носителе (подп. 5 п. 2 ст. 1324), временных записей сообщения радио- или телепередачи на электронном носителе (подп. 2 п. 2 ст. 1330) и др.

6. Существуют и немногочисленные ограничения исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности, вызываемые тем, что аналогичные интеллектуальные продукты создаются разными лицами независимо друг от друга. Для случаев создания тождественных изобретений, полезных моделей и промышленных образцов закон решает этот вопрос с помощью института преждепользования (ст. 1361 ГК), а для случаев создания идентичных топологий - путем признания самостоятельного исключительного права за каждым лицом, создавшим такую топологию (п. 3 ст. 1454). Может показаться, что в последнем случае имеет место лишь фактическое ограничение сферы действия каждого из этих "самостоятельных" исключительных прав, однако это не так: предоставляемая каждой из топологий правовая охрана не действует в отношении исключительного права на другую идентичную топологию.

7. Несмотря на многочисленность и разнообразие таких ограничений исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности и на средства индивидуализации, которые следует считать "установленными" Гражданским кодексом в смысле п. 5 ст. 1229 ГК, по юридическим признакам они могут быть разделены на две неравные группы.

Одну, большую, группу составляют многочисленные ограничения, которые определяют границы, пределы существования исключительного права. Они устанавливают исключения, изъятия из состава правомочий, образующих объем, содержание исключительного права, и не дают правообладателю ничего взамен этих изъятий. Такие ограничения в большинстве случаев формулируются в законе путем указания на те конкретные действия по использованию результатов интеллектуальной деятельности, которые могут совершать другие по отношению к правообладателю лица без его согласия и без выплаты за такое использование вознаграждения. Безвозмездность установленного изъятия влечет утрату соответствующим правомочием материальной ценности и, как следствие, его выпадение из состава исключительного права. Распоряжение этим правомочием исключается.

Вторую группу образуют немногочисленные ограничения исключительных прав, заключающиеся в том, что закон допускает использование результата интеллектуальной деятельности без согласия правообладателя, но с выплатой за это использование вознаграждения. К основным таким ограничениям относятся следующие предусмотренные ГК случаи, в которых допускается:

а) воспроизведение фонограмм и аудиовизуальных произведений "исключительно в личных целях" (п. 1 ст. 1245). Кодекс допускает такое воспроизведение "без согласия автора или иного правообладателя и без выплаты вознаграждения" гражданином,

осуществляющим воспроизведение в личных целях (ст. 1273, 1306), но одновременно предусматривает выплату вознаграждения "авторам, исполнителям, изготовителям фонограмм и аудиовизуальных произведений... за счет средств, которые подлежат уплате изготовителями и импортерами оборудования и материальных носителей, используемых для такого воспроизведения". Для этого в ГК предусмотрен механизм сбора и распределения таких средств организациями по управлению авторскими и смежными правами на коллективной основе, имеющими государственную аккредитацию (ст. 1242 - 1245);

б) публичное исполнение фонограммы, опубликованной в коммерческих целях, а также ее сообщение в эфир или по кабелю без разрешения обладателей исключительных прав на фонограмму и на зафиксированное в ней исполнение, но с выплатой им вознаграждения (п. 1 ст. 1326). Вознаграждение собирается "с пользователей фонограмм" и распределяется между правообладателями, организациями по управлению правами на коллективной основе, имеющими государственную аккредитацию (ст. 1242 - 1244, 1326);

в) "публичная перепродажа оригинала произведения изобразительного искусства", равно как "авторских рукописей (автографов) литературных и музыкальных произведений". Такая перепродажа не требует разрешения автора, если эти результаты интеллектуальной деятельности ранее были им отчуждены, т.е. введены в гражданский оборот (ст. 1293, 1272). Тем не менее при каждой такой перепродаже автор, а после его смерти - наследники имеют "право на получение от продавца вознаграждения в виде процентных отчислений от цены перепродажи (право следования)" на основании ст. 1293 ГК;

г) "использование изобретения, полезной модели или промышленного образца при чрезвычайных обстоятельствах (стихийных бедствиях, катастрофах, авариях)" без согласия патентообладателя, но с последующей выплатой ему "соразмерной компенсации" (п. 3 ст. 1359);

д) использование изобретения, полезной модели, промышленного образца "в интересах обороны и безопасности" с разрешения Правительства РФ без согласия патентообладателя, но с выплатой ему "соразмерной компенсации" (ст. 1360).

Во всех приведенных случаях связь между ограничением исключительного права и выплачиваемым вознаграждением (компенсацией) достаточно очевидна. На нее же указывают, в частности, взимание средств для выплаты вознаграждения "с пользователей фонограмм" и его выплата "обладателям исключительного права" (ст. 1326 ГК), действие права следования в течение "срока действия исключительного права" (ст. 1293 ГК), требование "соразмерности" выплачиваемой компенсации (ст. 1359, 1360 ГК). Эта связь очень ясно выражена в одной из наиболее современных и юридически точных конвенций в сфере интеллектуальных прав - в Международной конвенции по охране новых сортов растений от 2 декабря 1961 г. Как сказано в этой Конвенции, в случае, если следствием "ограничения" государством "свободного осуществления права селекционера (эквивалента исполнительного права. - А.М.) является предоставление третьему лицу разрешения на совершение действий, требующих разрешения селекционера, соответствующая договаривающаяся сторона предпринимает все меры, необходимые для того, чтобы селекционер получил справедливое вознаграждение" (ст. 9).

Все это не дает оснований полагать, что среди интеллектуальных имущественных прав на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации существует наряду с исключительным правом еще особое "право на вознаграждение". То обстоятельство, что в случаях, указанных выше, в пунктах "а" и "в", в числе получателей вознаграждения могут оказаться лица, уже лишившиеся к этому времени исключительного права на соответствующий интеллектуальный продукт, представляет собой лишь исключение из правила, это правило подтверждающее (см. подробнее комментарий к ст. 1245 ГК).

Сфера действия норм ГК об интеллектуальных правах (статья 1231)

1. Четвертая часть ГК занимает в этом Кодексе совершенно отличное от других его частей место в двух отношениях.

Во-первых, большинство норм ГК об интеллектуальных правах имеют иную сферу действия в пространстве, чем нормы других отраслей гражданского права (корпоративного, вещного, обязательственного, наследственного), и соответственно эти нормы ГК по-иному соотносятся с нормами иностранного национального права, регулирующими такие же отношения по поводу прав на результаты интеллектуальной деятельности и на средства индивидуализации.

Во-вторых, в нормах части четвертой ГК учтено и непосредственно воспроизведено весьма значительное число норм международных унификационных договоров о правовой охране интеллектуальной собственности, в которых участвует Российская Федерация, а в некоторых случаях и договоров, в которых Россия пока не участвует.

Обе эти важные особенности части четвертой ГК неразрывно между собой связаны, причем вторая является непосредственным следствием первой.

2. Наиболее общие и принципиальные правила о сфере действия норм части четвертой ГК помещены в статье 1231. Эта статья ГК вместе с рядом основанных на ее положениях и конкретизирующих эти положения других статей Кодекса образует систему правил, определяющих сферу действия в пространстве норм разд. VII ГК о правах на результаты интеллектуальной деятельности и на средства индивидуализации. В эту систему кроме ст. 1231 входят также нормы ГК о действии на территории Российской Федерации исключительных прав:

- на произведения науки, литературы и искусства (ст. 1256);
- на исполнение (ст. 1321);
- на фонограмму (ст. 1328);
- на сообщение радио- или телепередачи (ст. 1332);
- изготовителя базы данных (ст. 1336);
- публикатора на произведение (ст. 1341);
- на изобретения, полезные модели и промышленные образцы (ст. 1346);
- на селекционные достижения (ст. 1409);
- на фирменное наименование (ст. 1475);
- на товарный знак (ст. 1479);
- использования наименования места происхождения товара (ст. 1517);
- на коммерческое обозначение (ст. 1540).

Вследствие особенностей предмета регулирования, осуществляемого нормами разд. VII ГК, - предоставления государством правовой охраны определенным результатам интеллектуальной деятельности и средствам индивидуализации посредством закрепления за определенными категориями лиц интеллектуальных прав (субъективных гражданских прав на эти результаты и средства) - определение в законе сферы действия этих норм приобрело форму определения сферы действия самих интеллектуальных прав <1>. Сделано это следующим образом: в нормах ГК установлены те условия, при наличии которых соответствующие права в Российской Федерации "действуют" и (или) "признаются" или "распространяются" на определенные законом объекты и названных в нем лиц.

<1> Наглядную картину такого "перетекания" сферы действия норм в сферу действия субъективных прав дает прежний Закон о правовой охране программ для ЭВМ. Его статья 7 имеет заголовок "Сфера действия настоящего Закона", а в самой статье эта сфера действия Закона определяется правилом о том, что "авторское право на программу для ЭВМ или базу данных, впервые выпущенные в свет на территории Российской

Федерации... действует на территории Российской Федерации". И далее: "Оно признается за авторами независимо от гражданства".

Однако до выяснения указанных условий действия (признания и т.д.) интеллектуальных прав (что должно быть сделано применительно к каждому виду интеллектуальной собственности отдельно) необходимо обратить внимание на то, каким образом и какие нормативно-правовые основания их "действия" на территории России устанавливает ГК.

Как сказано в пункте 1 статьи 1231 ГК, "на территории Российской Федерации действуют исключительные права... установленные международными договорами Российской Федерации и настоящим Кодексом". Слово "установленные" имеет в данном контексте широкий смысл. Оно означает не просто предусмотренные Кодексом или международными договорами виды исключительных прав (исключительные права на определенные виды интеллектуальной собственности), а исключительные права, возникающие, существующие и прекращающиеся по основаниям и в порядке, которые установлены: (1) внутригосударственным (национальным) российским законодательством (притом не любым его актом, а лишь ГК) либо (2) международным договором, в котором участвует Российская Федерация.

К этому надо добавить, что среди обширного и весьма детализированного набора коллизионных норм, вошедших в разд. VI ГК "Международное частное право", нет ни одной коллизионной нормы, которая предусматривала бы в качестве права, подлежащего применению к исключительным правам на интеллектуальную собственность, право иностранного государства.

Таким образом, российский ГК в принципе (хотя, вопреки распространенному мнению, все же не абсолютно) исключает действие на территории России иностранного права, регламентирующего исключительные права, если только возможность применения иностранного права не вытекает из международного договора Российской Федерации. По общему правилу аналогичный ограничительный подход к применению иностранного права об интеллектуальной собственности (часто еще более строгий, чем предусмотренный российским ГК) свойствен и национальному праву других государств. Результатом этого является территориальная сфера действия правовых норм в этой области частного (гражданского и торгового) права, в то время как большинство других его норм имеют экстерриториальное действие и широко признаются и применяются в чужих для них правопорядках.

До нынешнего ГК в отечественном законодательстве не было общего правила, из которого вытекал бы принцип территориального действия его норм об интеллектуальных правах. Тем не менее принцип этот существовал на всем протяжении истории этого законодательства и не вызывал сомнения. Еще в 1940 г. И.С. Перетерский писал: "Авторское право, изобретательское право, право на товарные знаки имеют ту общую черту, что предоставляемые субъектам этих прав правомочия имеют силу лишь в пределах того государства, где указанные права возникли, поскольку нет специального международно-правового соглашения о признании этих прав за границей... В особенности ясно это видно в тех случаях, когда акт государственной власти является фактом, конституирующим само право, - выдача патента, регистрация товарного знака - акт этот имеет силу лишь в пределах территории данного государства. В силу этого можно сказать, что перечисленные права имеют территориальный характер" <1>. Значительно позднее Л.А. Лунц писал о таких нормах, что они "отличаются строго территориальным характером: они, в принципе, имеют действие в пределах данного государства и не имеют действия за пределами его юрисдикции" <2>.

<1> Перетерский И.С., Крылов С.Б. Международное частное право. М., 1940. С. 133.

<2> Лунц Л.А. Курс международного частного права. Особенная часть. 2-е изд., перераб. и доп. М., 1975. С. 383.

3. Территориальный характер интеллектуальных прав сохраняет значение как ведущий принцип, на котором основано определение сферы действия норм ГК об исключительных правах. В этом легко убедиться, обратившись к любой из указанных выше (п. 2 настоящего комментария) статей ГК, образующих систему правил о сфере действия норм разд. VII.

Так, в соответствии со статьей 1256 ГК (подп. 1 и 2 п. 1) исключительное право признается на произведения науки, литературы и искусства, которые либо обнародованы или находятся в какой-то объективной форме на территории России, независимо от гражданства автора, либо созданы авторами - гражданами России, независимо от места обнародования или нахождения произведения. Во всех иных случаях признание в Российской Федерации исключительного авторского права на произведение науки, литературы или искусства возможно только на основании международного договора Российской Федерации.

Исключительное право на фонограмму действует, если ее изготовитель является российским гражданином или российским юридическим лицом либо фонограмма обнародована или ее экземпляры впервые публично распространены на территории Российской Федерации (ст. 1328 ГК). Иные случаи признания на территории России исключительного права на фонограмму возможны только тогда, когда это предусмотрено международным договором Российской Федерации.

Исключительные права на изобретения, полезные модели, промышленные образцы и товарные знаки действуют в России, если эти права удостоверены патентами, выданными российским федеральным органом исполнительной власти (ст. 1346 ГК). Иные патенты могут иметь силу на территории Российской Федерации только в соответствии с международными договорами.

Использованные в приведенных нормах и в нормах из других упомянутых статей ГК условия (критерии), которые позволяют считать, что соответствующие исключительные права "действуют", "признаются" на территории Российской Федерации и тем самым могут быть отнесены к числу "исключительных прав... установленных... настоящим Кодексом" (п. 1 ст. 1231), разнообразны, так как их содержание зависит от вида охраняемого результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации. Но несмотря на их разнообразие, очевидно, что "установленные настоящим Кодексом" с помощью этих условий исключительные права не включают права, возникшие на основании и в результате применения иностранного законодательства, в рамках иного правопорядка. Даже тогда, когда ГК предоставляет охрану произведению российского гражданина, обнародованному или находящемуся в какой-либо объективной форме за пределами Российской Федерации (подп. 2 п. 1 ст. 1256), исключительное право на это произведение возникает в России независимо от того, получило ли оно правовую охрану в стране обнародования или местонахождения данного произведения.

Вместе с тем нельзя не заметить, что реальное влияние принципа территориального действия законодательства об интеллектуальных правах на осложненные иностранным элементом отношения по поводу результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации постепенно ослабляется. Происходит это прежде всего фактически, под влиянием получивших широкое признание в мире универсальных международных договоров о правовой охране различных видов интеллектуальных продуктов (см. ниже п. 5 - 9 настоящего комментария). Серьезный шаг в этом направлении сделал и Гражданский кодекс (см. ниже п. 10 настоящего комментария).

4. Принцип территориального действия национального законодательства об интеллектуальных правах ставит государство перед выбором: быть свободным от признания прав на интеллектуальную собственность, возникших в рамках иного

правопорядка, и от предоставления ей охраны на своей территории (тем самым делая незащищенными своих авторов и других правообладателей за границей) либо путем международных договоренностей, принимая на себя на взаимной с другими государствами основе соответствующие обязательства, предоставлять охрану такой интеллектуальной собственности.

Среди существующих в мире многочисленных многосторонних международных договоров, связанных с регулированием в национальном праве отношений в сфере интеллектуальных прав, особое место занимает группа универсальных международных договоров, обязывающих участвующие в них государства предоставлять правовую охрану различным результатам интеллектуальной деятельности и средствам индивидуализации, происходящим из других стран - участниц этих договоров, и определяющих содержание этой правовой охраны (по крайней мере основное). В большинстве этих международных унификационных договоров (чаще носящих название конвенций) Россия участвует. Именно эти международные договоры в первую очередь имеются в виду в ст. 1231 ГК, когда в ней говорится, что на территории Российской Федерации "действуют исключительные права... установленные международными договорами Российской Федерации..." (абз. 1 п. 1).

Природа интеллектуальных прав как "особо предоставляемых" государством и обусловленная ею территориальная сфера действия норм, посредством которых предоставляется охрана интеллектуальной собственности, предопределяют, с одной стороны, содержание указанных международных унификационных договоров об интеллектуальной собственности, а с другой - особый характер имплементации норм этих договоров в национальное законодательство.

Необходимость обеспечить предоставление в договаривающихся государствах охраны определенным видам интеллектуальной собственности заставляет определять в указанных международных договорах:

- виды охраняемой интеллектуальной собственности (объекты) и лица (субъекты), наделением которых правами на эту интеллектуальную собственность обеспечивается ее охрана, и

- объем предоставляемой охраны, что осуществляется одновременно двумя путями: (а) предоставлением иностранцам в государстве - участнике договора национального режима в том, что касается прав на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации, и (б) наполнением этого режима в наиболее существенной части единообразным содержанием. Последнее достигается включением в международный договор унифицированных гражданско-правовых норм, устанавливающих определенные минимальные требования к содержанию и защите интеллектуальных прав (своего рода международные стандарты).

По сути дела указанные международные договоры в сфере интеллектуальной собственности в значительной мере предопределяют содержание соответствующего национального законодательства договаривающихся государств. Предоставление ими национального режима, содержание которого в той или иной степени определено унифицированными нормами международного договора, практически невозможно без введения этих норм во внутригосударственное законодательство (разумеется, в свойственной этому законодательству форме). Россия в этом отношении не является исключением, и поэтому до трети норм, составляющих содержание разд. VII ГК, воспроизводят нормы соответствующих международных договоров об интеллектуальных правах (см. ниже п. 5 - 9 настоящего комментария).

5. Россия участвует в двух крупных универсальных международных договорах по авторскому праву.

6 сентября 1952 г. в Женеве была принята разработанная под эгидой ЮНЕСКО Всемирная конвенция об авторском праве (далее - Женевская конвенция), вступившая в силу 16 сентября 1955 г. Позднее, 24 июля 1971 г., участвующие в этой Конвенции

государства приняли ее пересмотренную редакцию. В настоящее время в Женевской конвенции участвуют свыше 100 государств.

В отношении Женевской конвенции Россия является преемником СССР, который присоединился к Конвенции 27 февраля 1973 г. Таким образом, для Российской Федерации Женевская конвенция в редакции 1971 г. действует с 9 мая 1995 г. <1>, а в редакции 1952 г. - с 27 мая 1973 г. <2>.

<1> К Женевской конвенции в редакции 1971 г. Россия присоединилась на основании Постановления Правительства РФ от 3 ноября 1994 г. N 1224 // СЗ РФ. 1994. N 29. Ст. 3046. Далее, если специально не оговаривается иное, имеется в виду текст Женевской конвенции в редакции 1971 г.

<2> Это может иметь значение, поскольку несколько государств - участников Конвенции 1952 г. не присоединились к ее пересмотренной редакции (см. п. 4 ст. IX Женевской конвенции).

Аутентичными текстами Женевской конвенции являются тексты на английском, французском и испанском языках (п. 1 ст. XVI).

Основное обязательство государства - участника Женевской конвенции заключается в обязанности предоставлять правовую охрану:

- произведениям граждан других договаривающихся государств, как выпущенным где-либо, так и не выпущенным в свет, и

- произведениям, впервые выпущенным в свет в другом договаривающемся государстве, как произведениям своих граждан, впервые выпущенным в свет на своей территории либо соответственно не выпущенным в свет (ст. II).

Существо этого обязательства участвующего в Женевской конвенции государства заключается в предоставлении указанным выше "иностранному" произведению национального режима правовой охраны. Но кроме этого Женевская конвенция обязывает предоставлять этим произведениям "также охрану, специально предоставляемую настоящей Конвенцией" (п. 1 и 2 ст. II). Содержание этой дополнительной охраны определяется в ряде материально-правовых норм Конвенции, допускающих при определенных Конвенцией условиях и в установленных ею пределах исключения из них во внутреннем законодательстве.

9 сентября 1886 г. в Берне была принята Бернская конвенция об охране литературных и художественных произведений (далее - Бернская конвенция), вступившая в силу 5 декабря 1887 г. Конвенция неоднократно дополнялась и пересматривалась <1>. В редакции 1971 г. Конвенция вступила в силу 10 октября 1974 г. (ст. 1 - 21). В Конвенции, имея в виду все ее редакции, участвуют свыше 160 государств.

<1> Дополненные или пересмотренные редакции Бернской конвенции принимались в Париже 4 мая 1896 г., в Берлине 13 ноября 1908 г., в Берне 20 марта 1914 г., в Риме 2 июня 1928 г., в Брюсселе 26 июня 1948 г., в Стокгольме 14 июля 1967 г. и в Париже 24 июля 1971 г. Далее, если специально не оговаривается иное, имеется в виду текст Бернской конвенции в редакции 1971 г.

Россия присоединилась к Бернской конвенции в редакции 1971 г. (измененной 2 октября 1979 г.) на основании Постановления Правительства РФ от 3 ноября 1994 г. N 1224 <1> с заявлением о том, что действие Конвенции "не распространяется на произведения, которые на дату вступления этой Конвенции в силу для Российской Федерации уже являются на ее территории общественным достоянием" (п. 2). Бернская конвенция вступила в силу для России 13 марта 1995 г.

<1> Постановление Правительства РФ от 3 ноября 1994 г. N 1224 "О присоединении Российской Федерации к Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений в редакции 1971 года, Всемирной конвенции об авторском праве в редакции 1971 года и Дополнительным протоколам 1 и 2, Конвенции 1971 года об охране интересов производителей фонограмм от незаконного воспроизводства их фонограмм" // СЗ РФ. 1994. N 29. Ст. 3046.

Бернская конвенция в редакции 1971 г. подписана на английском и французском языках, причем в случае разногласий в толковании различных текстов предпочтение отдается французскому тексту (ст. 37, п. 1, подп. "а" и "с"). Конвенция имеет официальные тексты на арабском, испанском, итальянском, немецком и португальском языках, а также на других языках по определению Ассамблеи (там же, подп. "b"). В соответствии с этой статьей подготовлен официальный текст Бернской конвенции на русском языке, соответствие которого оригиналу подтверждено Генеральным директором ВОИС 18 марта 2003 г. <1>.

<1> Бюллетень международных договоров. 2003. N 9. С. 3 - 34.

Основные положения Бернской конвенции состоят в следующем.

Произведения, в отношении которых предоставляется охрана, определены в Бернской конвенции несколькими способами. Во-первых, общим образом охраняются права на "литературные и художественные произведения" (ст. 1; ср. подп. 1 п. 1 ст. 1225, п. 1 ст. 1255 ГК). Во-вторых, с помощью подробного открытого перечня таких произведений (п. 1 ст. 2; ср. п. 2 ст. 1255 ГК). В-третьих, путем исключения из сферы действия Конвенции некоторых достаточно точно определенных видов произведений (например, в п. 8 ст. 2; ср. подп. 4 п. 6 ст. 1259 ГК). Кроме того, рядом норм Конвенции участвующим в ней государствам предоставляется право тем или иным образом решить в своем законодательстве вопрос о применении Конвенции к отдельным видам произведений - официальным документам, политическим речам и др. (например, в п. 4 ст. 2, п. 1 ст. 2bis; ср. подп. 1 п. 6 ст. 1259, ст. 1264, подп. 4 п. 1 ст. 1274 ГК).

Субъекты, которым предоставляется охрана. Бернская конвенция имеет целью "охрану прав авторов на их литературные и художественные произведения" (преамбула), и в целом ряде ее норм указывается, что предусмотренная Конвенцией охрана "применяется к авторам" или "предоставляется авторам" (например, в п. 1 ст. 3, ст. 4, п. 1 ст. 5 и др.). Конвенция не регулирует передачу и переход прав авторов к другим лицам, но прямо допускает это (например, в п. 1 ст. 6bis, ст. 14ter и др.; ср. п. 1 ст. 1265, ст. 1293 ГК) и устанавливает, что охрана указанных в ней произведений в договаривающихся государствах "осуществляется в пользу авторов и их правопреемников" (п. 6 ст. 2).

Предоставление национального режима. "В отношении произведений, по которым авторам предоставляется охрана" в силу Бернской конвенции, авторы пользуются в участвующих в ней государствах "правами, которые предоставляются в настоящее время или будут предоставляться в дальнейшем соответствующими законами этих стран своим гражданам..." (п. 1 ст. 5; ср. абз. 4 п. 1 ст. 2, п. 1 ст. 1231 ГК).

Авторские права, предоставляемые в силу Конвенции. Авторы, которые в отношении охраняемых произведений пользуются в силу Бернской конвенции в участвующих в ней государствах национальным режимом, пользуются также "правами, особо предоставляемыми" этой Конвенцией (п. 1 ст. 5). К таким правам, особо предоставляемым в силу Конвенции, относится прежде всего широкий набор исключительных прав, одни из которых сформулированы как право самого автора совершать определенные действия в отношении своих произведений ("подготавливать сборники" своих политических речей и других публично произнесенных произведений - п. 3 ст. 2bis), другие - как право совершать такие действия самому и разрешать их другим ("переводить и разрешать

переводы своих произведений" - ст. 8), третьи - их большинство - как право разрешать другим лицам в отношении своих произведений определенные действия (воспроизведение любым образом и в любой форме, публичное исполнение, передачу в эфир и по проводам и др. - п. 1 ст. 9, п. 1 ст. 11, п. 1 ст. 11bis, п. 1 и 2 ст. 11ter, ст. 12, 13, п. 1 ст. 14 и др.). В Гражданском кодексе этим отдельным "исключительным правам" соответствует подробный открытый перечень правомочий, входящих в состав единого "исключительного права на произведение" (ст. 1270 и др.), о понятии которого уже сказано выше.

Кроме исключительных прав Бернская конвенция предоставляет в отношении оригиналов произведений искусства и рукописей авторам и их наследникам имущественное "неотчуждаемое право долевого участия в каждой продаже произведения" (ст. 14ter), которому в ГК соответствует так называемое право следования (ст. 1293).

Независимо от имущественных прав автор имеет по Бернской конвенции и личные неимущественные права: право авторства и право на защиту своего произведения от изменений, а также от посягательств, способных нанести ущерб чести или репутации автора (ст. 6bis; ср. ст. 1265 - 1267 ГК).

Ограничения предоставляемой охраны, предусмотренные в Бернской конвенции, носят частный характер, касаются конкретных исключительных прав (п. 1 ст. 2bis, п. 1 ст. 13 и др.). Они лежат в основе ряда предусмотренных ГК случаев "свободного использования" произведений - без согласия правообладателя.

20 декабря 1996 г. в Женеве был принят разработанный под эгидой ВОИС Договор ВОИС по авторскому праву (далее - ДАП), вступивший в силу 6 марта 2002 г. Участниками ДАП являются свыше 60 государств.

Россия в ДАП не участвует, однако с 2006 г. ведется подготовка к ратификации этого Договора.

Русский текст ДАП является одним из его аутентичных текстов наряду с текстами на английском, арабском, испанском, китайском и французском языках (п. 1 ст. 24) <1>.

<1> Публикация ВОИС N 226 (R). Женева, 1997 (ссылка приводится по кн.: Минков А. Международная охрана интеллектуальной собственности. СПб., 2001. С. 626 - 634).

Заключение ДАП было связано в основном с тремя обстоятельствами: (1) с появлением новых видов произведений, требующих некоторых специальных правил охраны, (2) с появлением новых информационных и коммуникационных технологий; значительно упрощающих и расширяющих возможности распространения произведений, и в связи с этим (3) с необходимостью усиления защиты авторских прав. Основные положения ДАП заключаются в следующем.

Произведения, в отношении которых предоставляется охрана, названные в Бернской конвенции, дополнены в ДАП компьютерными программами (ст. 4; ср. подп. 2 п. 1 ст. 1225, последний абзац п. 1 ст. 1259, ст. 1261 ГК) и базами данных (ст. 5; ср. подп. 3 п. 1 ст. 1225, п. 2 - 6 ст. 1260 ГК). Кроме того, ДАП уточнил, что правовая охрана распространяется на "форму выражения" произведений, а не на идеи, процессы и тому подобное "как таковые" (ст. 2; ср. п. 5 ст. 1259 ГК).

Субъекты, которым предоставляется охрана, в ДАП те же, что и в Бернской конвенции: ее статьи 2 - 6 применяются и в отношении охраны, предусмотренной ДАП (ст. 2). Субъектом прав на компьютерную программу является ее "автор" (подп. "i" п. 1 ст. 7). Договор ввел термин "авторско-правовая охрана" (преамбула, ст. 2), по содержанию равноценный используемому в Бернской конвенции и в том же ДАП (ст. 11) более общему термину "правовая охрана".

Предоставление национального режима, предусмотренное Бернской конвенцией (ст. 5), в полной мере сохраняет силу и для ДАП (ст. 3).

Авторские права, предоставляемые на основании ДАП, существенно дополняют права, предусмотренные Бернской конвенцией. Во-первых, введено в качестве общей категории исключительное право на распространение произведения (ст. 6; ср. подп. 2 п. 2 ст. 1270, ст. 1272 ГК). Во-вторых, регламентировано специальными правилами исключительное право на прокат компьютерных программ, кинематографических произведений и фонограмм (ст. 7; ср. подп. 5 п. 2 и п. 4 ст. 1270, подп. 9 п. 2 ст. 1317, подп. 8 п. 2 ст. 1324 ГК). В-третьих, что наиболее существенно с практической точки зрения, в ДАП появилось новое исключительное право автора "на сообщение своих произведений для всеобщего сведения по проводам или средствами беспроводной связи", включая помещение их в Интернет (ст. 8; ср. подп. 11 п. 2 ст. 1270, подп. 7 п. 2 ст. 1317, подп. 4 п. 2 ст. 1324, подп. 5 п. 2 ст. 1330 ГК).

Ограничения предоставляемой охраны, которые в Бернской конвенции установлены в виде возможных в национальном законодательстве конкретных изъятий из конкретных исключительных прав, в ДАП пополнились так называемым трехшаговым тестом, определяющим критерии для государств - участников ДАП (п. 1 ст. 10) и Бернской конвенции (п. 2 ст. 9), желающих предусмотреть "ограничения или исключения" из этих прав. Такие ограничения и исключения могут устанавливаться: (1) "в определенных особых случаях", (2) "которые не наносят ущерба нормальному использованию произведения" и (3) "необоснованным образом не ущемляют законные интересы автора" (ср. п. 5 ст. 1229, п. 4 ст. 1280 ГК).

6. Основным многосторонним международным договором, определяющим в течение почти полувека охрану смежных прав, является Международная конвенция об охране прав исполнителей, изготовителей фонограмм и вещательных организаций, разработанная ЮНЕСКО и принятая в Риме 26 октября 1961 г. (далее - Римская конвенция). Римская конвенция вступила в силу 18 мая 1964 г., ее участниками являются свыше 80 государств.

Россия присоединилась к Римской конвенции на основании Постановления Правительства РФ от 20 декабря 2002 г. <1>. При присоединении сделан ряд оговорок, допускаемых Конвенцией (в соответствии с п. 3 ст. 5, п. 2 ст. 6 и подп. "а" п. 1 ст. 16). Конвенция вступила в силу для России 26 мая 2003 г.

<1> Постановление Правительства РФ от 20 декабря 2002 г. N 908 "О присоединении Российской Федерации к Международной конвенции об охране прав исполнителей, изготовителей фонограмм и вещательных организаций" // СЗ РФ. 2002. N 52 (ч. 2). Ст. 5217.

Аутентичными являются тексты Римской конвенции на английском, французском и испанском языках, официальными - на немецком, итальянском и португальском (ст. 33). Подготовленный секретариатом ЮНЕСКО перевод Римской конвенции на русский язык стал в России после присоединения к Конвенции официальным переводом.

Основные положения Римской конвенции о правах, "установленных" этим международным договором (п. 1 ст. 1231 ГК), состоят в следующем.

Объекты, в отношении которых предоставляется охрана по Римской конвенции в качестве объектов смежных прав, немногочисленны и названы в ней конкретно. Охрана должна быть предоставлена в отношении исполнений, фонограмм и передач в эфир. Однако определены в Конвенции из этих трех объектов лишь два: "фонограмма" (п. "b" ст. 3; ср. подп. 2 п. 1 ст. 1304 ГК) и "передача в эфир" (п. "f" ст. 3; ср. подп. 3 п. 1 ст. 1304 ГК); "исполнение" вследствие то ли кажущейся очевидности этого понятия, то ли, наоборот, трудности "ухватить" его сугубо нематериальную природу в Римской конвенции не определено (ср. п. 1 ст. 1303, подп. 1 п. 1 ст. 1304 ГК).

Субъекты, которым предоставляется охрана, названы в Римской конвенции весьма четко. В отношении исполнений это "артисты-исполнители", круг которых определен в самой Конвенции с помощью примерного перечня и общего признака ("лица, которые...

каким-либо... образом участвуют в исполнении литературных и художественных произведений") и может быть расширен в законодательстве договаривающихся государств (п. "а" ст. 3, ст. 9; ср. ст. 1313 ГК). В отношении фонограмм такими субъектами предоставляемых Конвенцией прав являются "изготовители фонограмм" (п. "с" ст. 3; ср. ст. 1322 ГК). В отношении передач в эфир субъектом предоставляемых прав является "вещательная организация" (ст. 13; ср. ст. 1329 ГК).

Предоставление национального режима урегулировано в Римской конвенции значительно подробнее и точнее, чем в конвенциях по авторскому праву. В Римской конвенции дано определение того, какой правовой режим, предоставляемый внутренним законодательством договаривающихся государств соответствующим категориям лиц и объектов, следует считать "для целей настоящей Конвенции национальным режимом охраны" (ст. 2). Более детально, с предоставлением договаривающимся государствам различных вариантов выбора и возможностей различных изъятий посредством соответствующих оговорок определены в Конвенции условия предоставления национального режима охраны субъектам каждой из трех названных выше категорий - артистам-исполнителям (ст. 4), изготовителям фонограмм (ст. 5) и вещательным организациям (ст. 6).

Смежные права, предоставляемые в силу Конвенции, как бы включаются в национальный режим охраны, который должен быть обеспечен каждым из договаривающихся государств: "...национальный режим охраны предоставляется в отношении [shall be subject to] специально гарантированной охраны и ограничений, предусмотренных в настоящей Конвенции" (п. 2 ст. 2).

При этом Римская конвенция не пользуется ни понятием "смежные права", ни понятием "исключительные права", а права артистов-исполнителей (ст. 7), изготовителей фонограмм (ст. 10) и вещательных организаций (ст. 13) определяет путем перечисления тех конкретных действий, которые другие лица не могут совершать "без согласия" правообладателя (ст. 7) либо которые правообладатель вправе "разрешать или запрещать" другим лицам (ст. 10, 13). В Гражданском кодексе РФ лицам каждой из этих категорий предоставляется исключительное право использовать соответствующий объект "любым не противоречащим закону способом" и возможность распоряжаться этим исключительным правом. Значительно более широкие и подробные открытые перечни правомочий, входящих в состав этих исключительных прав, включают и права, названные в Римской конвенции (см. соответственно ст. 1317, 1324 и 1330 ГК).

Ограничения предоставляемой охраны предусмотрены в Римской конвенции, как правило, путем наделения договаривающихся государств правом устанавливать в своем законодательстве изъятия (исключения) из предоставляемых прав, (1) названные в самой Конвенции (п. 1 ст. 15; ср. подп. 2 п. 2 ст. 1330 ГК) либо (2) установленные в его внутреннем праве "в отношении охраны прав на литературные и художественные произведения" (п. 2 ст. 15; ср. ст. 1306 ГК).

29 октября 1971 г. в Женеве была принята подготовленная в рамках ЮНЕСКО Конвенция об охране интересов производителей фонограмм от незаконного воспроизводства их фонограмм (далее - Конвенция о фонограммах). Конвенция вступила в силу 18 апреля 1973 г., и в ней участвуют свыше 75 государств.

Российская Федерация присоединилась к Конвенции о фонограммах на основании Постановления Правительства РФ от 3 ноября 1994 г. одновременно с присоединением к Бернской конвенции <1>.

<1> Постановление Правительства РФ от 3 ноября 1994 г. N 1224 "О присоединении Российской Федерации к Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений в редакции 1971 года, Всемирной конвенции об авторском праве в редакции 1971 года и Дополнительным протоколам 1 и 2, Конвенции 1971 года об охране интересов

производителей фонограмм от незаконного воспроизводства их фонограмм" // СЗ РФ. 1994. N 29. Ст. 3046.

Русский текст Конвенции о фонограммах является аутентичным наряду с английским, испанским и французским (п. 1 ст. 13).

Как явствует даже из ее названия, Конвенция о фонограммах предусматривает охрану интересов только "производителей фонограмм" и, естественно, только в отношении фонограмм. Узок и круг правомочий этих лиц, защиту которых имеет в виду Конвенция: участвующие в ней государства обязаны охранять интересы производителей фонограмм: (1) "от производства копий фонограмм без согласия производителя" и (2) "от ввоза таких копий", если производство или ввоз осуществляются с целью их распространения (ст. 2). Юридические меры, которые могут быть для этого предусмотрены в национальном законодательстве, могут "включать" предоставление "охраны посредством предоставления авторского права или другого особого права" (ст. 3). В этом случае "ограничения, касающиеся охраны интересов производителей фонограмм", могут быть "того же характера, что и те, которые допускаются в отношении охраны интересов авторов литературных и художественных произведений" (ст. 6).

Этим гражданско-правовое содержание Конвенции о фонограммах, собственно, исчерпывается, и даже принцип национального режима в ней достаточно ясно не выражен.

20 декабря 1996 г. одновременно с ДАП и во многом по его подобию в Женеве был принят разработанный также под эгидой ВОИС Договор ВОИС по исполнениям и фонограммам (далее - ДИФ), вступивший в силу 20 мая 2002 г. В нем участвуют около 60 государств.

Россия участником ДИФ не является и мер к такому участию пока не предпринимает. В связи с этим в настоящем Комментарии этот международный Договор не рассматривается.

Вопрос об аутентичных текстах решен в ДИФ (ст. 32) так же, как и в ДАП, за исключением того, что русский текст в их числе не назван. Официальный текст на русском языке подготовлен и опубликован ВОИС в 1997 г. <1>.

<1> Публикация ВОИС N 227 (R). Женева, 1997 (ссылка приводится по кн.: Минков А. Международная охрана интеллектуальной собственности. С. 650 - 662).

7. Основным международным договором, которым, как сказано в п. 1 ст. 1231 ГК, "установлены" исключительные права на промышленную собственность (изобретения, полезные модели, промышленные образцы, товарные знаки и др.), является Парижская конвенция по охране промышленной собственности (далее - Парижская конвенция). Эта Конвенция принята в Париже 20 марта 1883 г., вступила в силу 7 июля 1884 г. и представляет собой старейший универсальный международный договор подобного рода в сфере интеллектуальных прав. Парижская конвенция неоднократно дополнялась и пересматривалась <1>. В редакции 1967 г. Конвенция вступила в силу 26 апреля 1970 г. (ст. 1 - 12). В Конвенции участвуют свыше 170 государств.

<1> Дополненные и пересмотренные редакции Парижской конвенции принимались в Брюсселе 14 декабря 1900 г., в Вашингтоне 2 июня 1911 г., в Гааге 6 ноября 1925 г., в Лондоне 2 июня 1934 г., в Лиссабоне 31 октября 1958 г. и в Стокгольме 14 июля 1967 г. Далее при ссылках на Парижскую конвенцию имеется в виду ее текст в редакции Стокгольмского акта 1967 г., измененный 2 октября 1979 г.

Советский Союз присоединился к Парижской конвенции 1 июля 1965 г. с заявлением на основании п. 2 ст. 28 Конвенции о том, что не считает себя связанным положениями

этой статьи о процедуре разрешения споров, касающихся толкования или применения Конвенции. Российская Федерация продолжает участие в Конвенции как преемник СССР с 25 декабря 1991 г.

Парижская конвенция принята только на французском языке (подп. "а" п. 1 ст. 29). Конвенция имеет официальные тексты на английском, испанском, итальянском, немецком, португальском и русском языках <1>, а также на других языках по определению Ассамблеи (там же, подп. "b"). В случае разногласий в толковании различных текстов предпочтение отдается французскому тексту (там же, подп. "с").

<1> Публикация ВОИС N 201 (R). Женева, 1990.

Основные положения Парижской конвенции о правах, "установленных" этим международным договором (см. п. 1 ст. 1231 ГК), состоят в следующем.

Объекты, в отношении которых предоставляется охрана в силу Парижской конвенции, - это "патенты на изобретения, полезные модели, промышленные образцы, товарные знаки, знаки обслуживания, фирменные наименования и указания происхождения или наименования места происхождения, а также пресечение недобросовестной конкуренции" (п. 2 ст. 1). Этот замкнутый перечень охраняемых объектов требует пояснений:

- в действительности охрана должна предоставляться в отношении не "фирменного наименования" (как ошибочно сказано в ст. 8 официального русского текста Конвенции), а "коммерческого обозначения" (*le nom commercial*). Последнее должно охраняться во всех участвующих в Конвенции государствах "без обязательной подачи заявки или регистрации", что неосуществимо в России в отношении фирменных наименований (см. абз. 2 п. 4 ст. 54 ГК);

- Конвенция обязывает все участвующие в ней государства обеспечить защиту от недобросовестной конкуренции, но вытекающее из этого право "на пресечение недобросовестной конкуренции" представляет собой лишь право на защиту от неправомерного поведения, а не право на промышленную собственность как на интеллектуальный продукт, на его использование, которое правообладатель может разрешать или запрещать другим лицам.

Субъекты, которым предоставляется охрана, в Парижской конвенции не только не определены, но в отношении прав на некоторые охраняемые объекты промышленной собственности даже не названы. В отношении технических решений (и то в некоторых случаях не всех) в Конвенции используются (но не определяются) понятия "патентообладатель" (подп. 1 и 4 п. "А" ст. 5, ст. 5.ter, ст. 5.quater) или "владелец патента" (п. 2 ст. 12), в отношении товарных знаков - "владелец товарного знака" (подп. 2 п. "С" ст. 5, ст. 6.septies). Указаний на то, кому принадлежит право на коммерческое обозначение или наименование места происхождения товара, в Парижской конвенции нет.

Путем сопоставления разных положений Парижской конвенции, отталкиваясь от противного, используя некоторые ее положения по аналогии, можно прийти к выводу, что субъектами прав на охраняемые Конвенцией объекты промышленной собственности могут быть физические или юридические лица, занимающиеся изготовлением, производством или сбытом продуктов, которые в договариваемом государстве имеют право на законную охрану (см., в частности, п. 1 ст. 9 и п. 2 ст. 10). Такой весьма общий вывод имеет объяснение: во-первых, Конвенция, как правило, имеет дело с объектами, охрана которым в каждом случае предоставляется на основании индивидуального акта органа власти, и, во-вторых, Конвенция исходит из оборотоспособности прав на эти объекты. Не случайно в единственной норме Парижской конвенции, в которой фигурирует вполне конкретный правообладатель - изобретатель, речь идет о личном неимущественном праве (ст. 4.ter; ср. ст. 1347, п. 1 ст. 1394 ГК). В остальном определение

обладателей прав на охраняемые объекты промышленной собственности Конвенция оставляет национальному законодательству.

Предоставление национального режима предусмотрено в Парижской конвенции в качестве одного из ее важнейших положений: "В отношении охраны промышленной собственности граждане" каждого государства - участника Конвенции пользуются во всех других участвующих в ней государствах "теми же преимуществами, которые предоставляются в настоящее время или будут предоставлены впоследствии соответствующими законами собственным гражданам... Исходя из этого, их права будут охраняться так же, как и права граждан своей страны, и они будут пользоваться теми же законными средствами защиты от всякого посягательства на их права, если при этом соблюдены условия и формальности, предписываемые собственным гражданам" (п. 1 ст. 2).

Последнее "если..." вносит в понятие национального режима, предоставления которого требует Парижская конвенция, очень существенный элемент, которого нет в Бернской и Римской конвенциях и в большинстве других подобных конвенций, - необходимость для иностранных граждан и юридических лиц соблюдать все условия и правила получения соответствующего патента, установленные в государстве, где испрашивается охрана.

Права, предоставляемые в силу Конвенции. В приведенной выше норме Парижской конвенции о национальном режиме (п. 1 ст. 2) сказано также, что предоставление иностранцам права пользоваться "теми же преимуществами", какими пользуются собственные граждане, осуществляется "без ущемления [sans prejudice] прав, специально предусмотренных настоящей Конвенцией".

Парижская конвенция не содержит общих определений или характеристик прав, предоставляемых в отношении названных в ней "объектов охраны". Лишь косвенным образом ее нормы указывают на то, что патентом, в том числе на изобретение, "предоставляется исключительное право" (подп. 2 п. "А" ст. 5), а владельцу товарного знака принадлежит "исключительное право изготовления или продажи... продуктов, снабженных... знаком" (п. 1 ст. 6. quater). Что же касается "прав, специально предусмотренных Конвенцией", то они предусмотрены в Парижской конвенции главным образом как нормы о защите правообладателя от ограничений или нарушений его прав, которую должны обеспечить договаривающиеся государства, причем далеко не все эти нормы являются правилами гражданского права (см., например, статьи 9, 10 и 10. ter).

Ограничения предоставляемой охраны, предусмотренные в Парижской конвенции, немногочисленны, но весьма конкретны и для содержания предоставляемых прав существенны. Так, договаривающимся государствам разрешается предусматривать в своем законодательстве "выдачу принудительных лицензий для предотвращения злоупотреблений" исключительным правом из патента, а если выдача такой лицензии окажется недостаточной, то и "лишение прав на патент" (подп. 2 и 3 п. "А" ст. 5). Кроме того, Конвенция определяет условия выдачи принудительной лицензии в случаях неиспользования патента (подп. 4 п. "А" ст. 5; ср. ст. 1239, 1362 и 1405 ГК). Подробно регламентировано в Конвенции запрещение использования в договаривающихся государствах в качестве товарных знаков их "государственных эмблем" и официальных "знаков и клейм контроля" (ст. 6. ter; ср. п. 2 ст. 1483 ГК).

8. Предоставление правовой охраны селекционным достижениям предусмотрено Международной конвенцией по охране новых сортов растений (далее - Конвенция о новых сортах растений, Конвенция UPOV).

Конвенция разработана Международным союзом по охране новых сортов растений (UPOV) - независимой межправительственной организацией и принята в Париже 2 декабря 1961 г. Конвенция трижды пересматривалась <1>. В редакции 1991 г. она вступила в силу 24 апреля 1998 г. В Конвенции, имея в виду все ее редакции, участвуют свыше 60 государств.

<1> Дополненные и пересмотренные редакции Конвенции о новых сортах растений принимались в Женеве 10 ноября 1972 г., 23 октября 1978 г. и 19 марта 1991 г. Далее, если специально не оговаривается иное, имеется в виду эта Конвенция в редакции 1991 г.

Россия присоединилась к Конвенции о новых сортах растений на основании Постановления Правительства РФ от 18 декабря 1997 г. <1>, и для России она вступила в силу также 24 апреля 1998 г.

<1> 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.

Конвенция о новых сортах растений принята на английском, французском и немецком языках, причем в случае расхождения между этими текстами предпочтение отдается французскому тексту (п. 1 ст. 41). Официальный текст на русском языке подготовлен в соответствии с п. 2 ст. 41 Конвенции <1>.

<1> Публикация UPOV N 221 (R). Женева, 1992.

Основные положения Конвенции о новых сортах растений состоят в следующем.

Объекты, в отношении которых предоставляется охрана, определены в Конвенции о новых сортах растений через понятие "сорт", которому, в свою очередь, дано определение (п. VI ст. 1; ср. п. 1 и 2 ст. 1412 ГК) и указание на то, к каким "растительным родам и видам" каждое договаривающееся государство обязано применять Конвенцию (ст. 3). Кроме того, поскольку новым сортам растений (так же как техническим решениям - изобретениям и др.) правовая охрана предоставляется каждому индивидуально, на основании особого акта государственной власти, в Конвенции определены критерии охраноспособности новых сортов растений (п. 1 ст. 5, ст. 6 - 9; ср. ст. 1413 ГК).

Субъекты, которым предоставляется охрана, определены в Конвенции о новых сортах растений значительно полнее. Кроме самого селекционера - "лица, которое создало, выявило или вывело новый сорт", - понятием "селекционер" в Конвенции также охватываются:

- наниматель селекционера или лицо, давшее разрешение на его работу, в случаях, предусмотренных законодательством договаривающегося государства;
- правопреемник самого селекционера или кого-либо из указанных лиц (п. IV ст. 1; ср. ст. 1410, 1420, п. 1 ст. 1421 ГК).

В этом определении лица, которому по Конвенции предоставляется охрана, не только проведено деление правообладателей на первичных и вторичных, но по существу заложена основа правового режима служебных селекционных достижений (см. ст. 1430 ГК).

Предоставление национального режима в Конвенции о новых сортах растений явно имеет прототипом соответствующую норму Парижской конвенции (п. 1 ст. 2): граждане договаривающегося государства и физические лица и юридические лица, имеющие на его территории местожительство или местонахождение, "пользуются на территории каждой другой договаривающейся стороны таким же правовым режимом, который предоставляется или может быть предоставлен впоследствии... ее собственным гражданам, в случае соблюдения указанными гражданами, физическими и юридическими лицами условий и формальностей, предписываемых собственным гражданам..." (п. 1 ст. 4 Конвенции о новых сортах растений).

Права, предоставляемые в силу Конвенции о новых сортах растений, упомянуты в ней, как и в Парижской конвенции (п. 1 ст. 2), в норме, предписывающей предоставление

национального режима "без ущерба правам, оговоренным (specified) в настоящей Конвенции" (п. 1 ст. 4 Конвенции о новых сортах растений).

Для этих "оговоренных" прав Конвенция о новых сортах растений, в отличие от ее первоначального текста 1961 г. (ст. 9), не пользуется понятием "исключительное право", но она использует как равноценное ему понятие "право селекционера" (см. п. V ст. 1, п. 1 ст. 5, п. 1 ст. 10, ст. 12 и др.), определяя объем этого права, т.е. содержание входящих в него правомочий (ст. 14; ср. ст. 1421 ГК), предусматривая исключения из этого права (ст. 15; ср. п. 1 - 3 ст. 1422 ГК), его исчерпание (ст. 16; ср. п. 6 ст. 1422 ГК) и срок действия (ст. 19; ср. ст. 1424 ГК).

Ограничения предоставляемой охраны, которые могут быть введены договаривающимися государствами, ограничены, в свою очередь, рядом норм Конвенции о новых сортах растений, адресованных государствам - участникам Конвенции. Во-первых, круг устанавливаемых в их законодательстве формальностей, от которых может зависеть предоставление права селекционера, ограничен формальностями и условиями, связанными с присвоением сорту названия, с подачей заявки в компетентный орган и с уплатой пошлин (п. 2 ст. 5). Во-вторых, возможность государства позволить фермерам свободно использовать сорт на своих собственных земельных участках (см. п. 2 ст. 15) ограничена указанием на то, что вводить такое свободное использование можно лишь "в разумных пределах и при условии соблюдения законных интересов селекционера" (ср. п. 4 ст. 1422 ГК). В-третьих, - и это главное - право селекционера не может зависеть "от любых мер", принимаемых участвующей в Конвенции страной "в целях регулирования на ее территории производства, сертификации и сбыта материала сорта либо вывоза или ввоза такого материала" (ст. 18).

Общее же правило заключается в том, что за исключением этих и других "специально оговоренных" в Конвенции случаев государство может "ограничивать свободное осуществление права селекционера только в силу причин, обусловленных общественными интересами" (п. 1 ст. 17).

9. При подготовке части четвертой ГК было необходимо обеспечить ее соответствие не только тем международным договорам в сфере интеллектуальной собственности, в которых Россия участвует, но и некоторым международно-правовым актам, участницей которых Россия не является.

Важнейшим из таких международных договоров является Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (Соглашение ТРИПС), требования которого Российская Федерация должна выполнить в связи с намерением вступить во Всемирную торговую организацию.

Соглашение ТРИПС принято 15 апреля 1994 г. в Марракеше в качестве приложения 1С к Марракешскому соглашению о создании Всемирной торговой организации и вместе с ним вступило в силу 1 января 1995 г. Это Соглашение относится к числу наиболее сложных международных договоров в сфере интеллектуальной собственности и в то же время далеко от совершенства с точки зрения юридической техники (структуры, терминологии и т.п.).

Сложность Соглашения ТРИПС состоит прежде всего в том, что оно одновременно выполняет несколько функций. С одной стороны, Соглашение ТРИПС является для его участников своего рода "зонтичным" или "рамочным" международным договором, определяя и регулируя взаимоотношения между ними в связи с предписываемой обязательностью для них основных норм четырех других международных договоров: (1) Парижской конвенции, (2) Бернской конвенции, (3) Римской конвенции и (4) Договора об интеллектуальной собственности в отношении интегральных микросхем, принятого в Вашингтоне 26 мая 1989 г. (далее - Вашингтонский договор). Главное обязательство, которое в этом отношении налагает Соглашение ТРИПС, заключается в обязанности обеспечить предоставление национального режима, как он определен в названных международных договорах, с отдельными возможными изъятиями, указанными в самом

Соглашении. При этом допускается предоставление более высокого уровня правовой охраны.

С другой стороны, само Соглашение ТРИПС устанавливает и содержит целый ряд материальных норм (в том числе гражданско-правовых), повторяющих, существенно дополняющих, а иногда и корректирующих положения названных выше четырех международных договоров. Этому посвящена основная часть Соглашения ТРИПС - его часть II "Стандарты в отношении наличия, объема и использования прав интеллектуальной собственности" (ст. 9 - 40). В числе этих "стандартов" нет правил о некоторых видах интеллектуальной собственности, охраняемых по Парижской конвенции (например, полезных моделей), но зато предоставляется охрана некоторым ее видам, в Парижской конвенции не названным (например, закрытой информации).

Помимо этого Соглашение ТРИПС содержит в частях III и IV целый ряд норм публично-правового характера (процессуальных, таможенных, иных административных и т.п.), направленных на создание в государствах - членах ВТО режима, обеспечивающего выполнение норм этого Соглашения и находящихся под его "зонтиком" других международных договоров.

Нормы, составляющие содержание части четвертой ГК, в ряде случаев являются результатом воплощения в жизнь Соглашения о партнерстве и сотрудничестве 1994 г. <1>, учреждающего партнерство между Российской Федерацией, с одной стороны, и Европейскими сообществами и их государствами-членами, с другой стороны. По этому Соглашению Россия взяла на себя обязательство "стремиться к постепенному достижению совместимости своего законодательства с законодательством Сообщества" (п. 1 ст. 55).

<1> Соглашение подписано на Корфу (Керкира) 24 июня 1994 г., ратифицировано Россией 25 ноября 1996 г. и вступило в силу 1 декабря 1997 г. // СЗ РФ. 1998. N 16. Ст. 1802.

С учетом этого Соглашения в ГК включены нормы об охране исключительного права изготовителя базы данных как смежного права (§ 5 гл. 71) и исключительного права публикатора ранее не обнародованного произведения (§ 6 гл. 71). В основе этих норм лежат положения Директив Европейского сообщества 96/9/ЕС от 11 марта 1996 г. и 93/98/ЕЕС от 29 октября 1993 г. Учтен в ГК и ряд других директив ЕС.

10. Требования названных выше международных договоров о предоставлении национального режима <1> выполнены в ГК двумя разными путями.

<1> Пункт 1 статьи 5 Бернской конвенции, ст. II Женевской конвенции, ст. 3 ДАП, ст. 2, 4 - 5 Римской конвенции, п. 1 ст. 2 Парижской конвенции, ст. 3 Соглашения ТРИПС.

В отношении основного интеллектуального имущественного права - исключительного права на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации (ст. 1229 ГК и др.) в Кодексе установлено правило, согласно которому на территории России "действуют исключительные права... установленные международными договорами Российской Федерации..." (абз. 1 п. 1 ст. 1231). Это означает, что к исключительным правам на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации правила таких международных договоров о национальном режиме применяются в точном соответствии со всеми условиями каждого из таких правил. Как видно, эти правила во многом различаются (в том числе по сфере применения национального режима), хотя и преследуют совпадающие цели.

В отношении же интеллектуальных прав, не являющихся исключительными (т.е. всех личных неимущественных прав и всех иных имущественных прав, например права следования), действует общая принципиальная норма ГК о том, что "правила, установленные гражданским законодательством, применяются к отношениям с участием

иностранных граждан, лиц без гражданства и иностранных юридических лиц..." (абз. 4 п. 1 ст. 2) <1>. Это означает, что принцип национального режима действует в отношении всех интеллектуальных прав, кроме исключительных, без каких-либо ограничений и изъятий, притом для иностранных граждан и юридических лиц не только из государств, участвующих в названных выше международных договорах. Поэтому, например, правом на неприкосновенность своих произведений (ст. 1266 ГК) в России обладают и авторы из стран, которые в Бернской конвенции не участвуют.

<1> В статье 1231 ГК (абз. 2 п. 1) специально сделана отсылка к этой норме Кодекса.

Многочисленные содержащиеся в этих договорах унифицированные гражданско-правовые нормы, необходимость применения которых в договаривающихся государствах вытекает не столько из принципа национального режима, сколько из прямых предписаний международного договора, как правило, воспроизведены в соответствующих статьях ГК. Приблизительно до трети общего объема раздела VII ГК составляют нормы, которые перенесены в Кодекс из названных Конвенций и других международных договоров в сфере интеллектуальных прав. Разумеется, сделано это с учетом системы ГК и юридической техники, свойственной российскому законодательству. Такую адаптацию норм, взятых из международных конвенций, к национальному законодательству допускают почти все международные договоры об унификации частного права <1>.

<1> Так, например, по Соглашению ТРИПС страны - члены ВТО "свободны в определении надлежащего метода выполнения положений настоящего Соглашения в рамках своих правовых систем и практики" (п. 1 ст. 1).

Воплощены в ГК (причем в нескольких нормах) и предписания международных договоров, ограничивающие определенными требованиями возможности договаривающихся государств устанавливать в своем законодательстве различные ограничения прав на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации. Одно из таких предписаний Соглашения ТРИПС (ст. 13), известное под названием трехшагового теста (и, кстати, самое строгое по отношению к государству), включено в круг наиболее общих и принципиальных норм ГК (абз. 2 п. 5 ст. 1229).

Распоряжение исключительными правами (статьи 1233 - 1241)

1. Правила статей 1233 - 1240 ГК по существу представляют собой "общую часть" для норм о договорах об использовании результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации. С этой точки зрения "особенную часть" представляют собой предписания, посвященные регулированию отдельных групп таких договоров, а именно:

- авторских договоров (ст. 1285 - 1290 и 1298);
- договоров об использовании смежных прав (ст. 1307, 1308);
- договоров об использовании патентов (исключительных прав на изобретение, полезную модель или промышленный образец - ст. 1365 - 1369);
- договоров об использовании селекционных достижений (ст. 1426 - 1429);
- договоров об использовании топологий интегральных микросхем (ст. 1458 - 1460);
- договоров об использовании ноу-хау (ст. 1468, 1469);
- договоров об использовании товарных знаков (ст. 1488 - 1490);
- договоров об использовании единой технологии (ст. 1547, 1550).

Каждая из названных групп договоров, в свою очередь, состоит по крайней мере из двух видов таких договоров: об отчуждении соответствующего исключительного права и об условиях его использования (лицензионных). Уже из этого видно, что договоры об

использовании результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации впервые в отечественном гражданском праве получили в части четвертой ГК развернутое и четко систематизированное законодательное регулирование. Это обстоятельство становится особенно ясным при сопоставлении норм ГК об указанных договорах с аналогичными нормами, закрепленными в ранее действовавших в этой сфере отдельных законах.

Последние во многих случаях ограничивались лишь упоминанием о соответствующих договорах (в области смежных прав, правовой охраны программ для ЭВМ и баз данных, а также топологий интегральных микросхем и ноу-хау). Законодательное регулирование договорных отношений в области авторского и патентного права было взаимно несогласованным и внутренне противоречивым: так, аналогичные по своей природе отношения по использованию результатов интеллектуальной деятельности в области авторского права регулировались единым "договором о передаче неисключительных прав" (п. 3 ст. 30 Закона об авторском праве), а в патентном праве (п. 1 ст. 13 Патентного закона) - двумя видами лицензионного договора (исключительной и неисключительной лицензии), причем появлялась категория "неисключительных прав", противопоставляемая вовсе не имущественным (т.е. исключительным) правам автора, а примерно аналогичная совокупности понятий неисключительной и исключительной лицензии в патентном праве.

2. Как общие, так и специальные нормы части четвертой ГК о договорах по использованию результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации являются специальными по отношению к содержащимся в части первой ГК общим нормам о договорах (ст. 420 - 453 ГК), что прямо следует из правила п. 2 ст. 1233 ГК <1>. К договорам же в силу п. 2 ст. 420 ГК применяются правила гл. 9 ГК о сделках (ст. 153 - 181 ГК), которые, следовательно, применимы и к рассматриваемым договорам. Наконец, поскольку к обязательствам, возникающим из договора, согласно п. 3 ст. 420 ГК применяются общие нормы об обязательствах (ст. 307 - 419 ГК), последние применимы также и к обязательствам, возникшим из рассматриваемых договоров (о чем тоже прямо говорит п. 2 ст. 1233 ГК).

<1> Данное общее правило содержит традиционные оговорки о том, что "иное" (нежели предусмотрено общими нормами ГК о договорах) может быть установлено рассматриваемыми правилами части четвертой ГК либо вытекать из содержания или характера исключительного права. Так, к договорным отношениям по использованию результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации неприменимы общие правила о перемене лиц в обязательстве (ст. 382 - 392 ГК), рассчитанные именно на обязательственные правоотношения; к ним также неприменимо общее правило п. 3 ст. 424 ГК, позволяющее восполнять отсутствующее в обычном возмездном договоре условие о цене товара, поскольку используемые здесь объекты в большинстве случаев неспособны с аналогичными по цене товарами, и т.д.

В результате такого законодательного подхода сложилась типичная для многих других разделов Гражданского кодекса "лесенка" соподчиненных правил, которая и определяет общий порядок их применения: ее возглавляют общие нормы части первой ГК (о сделках, договорах и обязательствах); далее следуют общие нормы части четвертой ГК о договорах; завершают регламентацию специальные нормы об отдельных видах рассматриваемых договоров.

Важно также иметь в виду, что в эту "лесенку" включаются и нормы о договорах, используемых в рассматриваемой сфере отношений, но находящиеся не в четвертой, а во второй части ГК (на выполнение научно-исследовательских и опытно-конструкторских работ и коммерческой концессии, а также продажи и аренды предприятий, агентирования и доверительного управления и некоторые другие, поскольку их предметом могут

являться исключительные права на результаты интеллектуальной деятельности и (или) средства индивидуализации). Иными словами, общие нормы части четвертой ГК о договорах (ст. 1233 - 1240) распространяют свое действие на все указанные выше договоры, а не только на те, которые непосредственно урегулированы ею.

Таким образом, договорные отношения, складывающиеся в связи с использованием результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации, безусловно, подлежат действию соответствующих общих норм ГК, а лежащие в их основе договоры представляют собой бесспорные разновидности гражданско-правовых договоров. Этот вывод никоим образом не колеблет то обстоятельство, что специальные нормы о них помещены не во второй, а в четвертой части ГК. Оно вызвано особенностями отечественной кодификации гражданского законодательства, в ходе которой по разным причинам, к сожалению, не удалось последовательно осуществить систематизацию всех норм об отдельных видах гражданско-правовых договоров (например, правила об учредительном договоре помещены в ст. 52 ГК, находящуюся в гл. 4 о юридических лицах). Но в строгом смысле слова все перечисленные выше (п. 1) нормы, точно так же, как и нормы о договорах на выполнение научно-исследовательских и опытно-конструкторских работ (гл. 38 ГК) или о договоре коммерческой концессии (гл. 54 ГК), относятся именно к договорному (обязательственному) праву, а не к интеллектуальным правам как самостоятельной подотрасли гражданского права.

3. ГК исходит из того, что любой договор об использовании результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации представляет собой способ распоряжения исключительным (имущественным) правом на данные результаты или средства (абз. 1 п. 1 ст. 1229, п. 1 ст. 1233), которое и становится предметом соответствующих договоров. Такое распоряжение может осуществляться разными способами: 1) путем полного отчуждения исключительного права другому лицу; 2) путем предоставления другому лицу права использования соответствующего результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации в установленных договором пределах; 3) любыми иными юридическими и фактическими способами, не противоречащими закону и существу такого права.

В первом случае отношения оформляются договором об отчуждении исключительного права (по не вполне точной терминологии ранее действовавшего авторского и патентного законодательства - договором о передаче исключительного права).

Во втором случае они оформляются лицензионным договором, который устанавливает условия и пределы использования соответствующего объекта и таким образом определяет содержание права на его использование. При этом само исключительное право остается принадлежащим своему правообладателю - лицензиару (абз. 2 п. 1 ст. 1233 ГК), а возможность его ограниченного (условиями договора) использования другим лицом (лицензиатом) составляет юридическую границу (предел) осуществления данного исключительного права. Именно на этом основана возможность перехода исключительного права к новому правообладателю при сохранении (т.е. в период действия) договорного права пользователя (п. 7 ст. 1235 ГК).

В третьем случае речь идет о всех других способах распоряжения исключительным правом, как договорных (например, по договору о его залоге в соответствии с п. 5 ст. 1233 ГК), так и внедоговорных (например, путем передачи его по наследству или при реорганизации юридического лица - правообладателя, т.е. в порядке универсального правопреемства, обращения взыскания на имущество правообладателя (ст. 1241 ГК) и др.).

Договорные способы распоряжения исключительным правом, не сводящиеся к договорам о его отчуждении либо к лицензионным договорам, также применяются с учетом общих правил о договорах по распоряжению исключительным правом, находящихся в части четвертой ГК. Так, при залоге исключительного права в изъятие из

общего правила п. 2 ст. 346 ГК, запрещающего залогодателю распоряжаться предметом залога без согласия залогодержателя, п. 5 ст. 1233 ГК, напротив, разрешает это залогодателю, остающемуся правообладателем. Договор залога, касающийся результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации, подлежащего государственной регистрации (например, охраняемого патентом), в соответствии с п. 2 ст. 1232 ГК (п. 2 ст. 164 ГК) также подлежит государственной регистрации под страхом признания его недействительным (ничтожным) (п. 1 ст. 165, ст. 168 ГК).

Разумеется, все названные способы не должны противоречить закону и существу такого исключительного права (поскольку, например, исключительное право на наименование места происхождения товара по своей сути не допускает отчуждения или использования другим лицом - п. 4 ст. 1519 ГК), а также не могут использоваться с целью злоупотребления соответствующим исключительным правом в нарушение предписаний п. 1 ст. 10 ГК.

4. Общие нормы части четвертой ГК о договорах выделяют два основных вида договоров по распоряжению исключительным правом: договор об отчуждении исключительного права (ст. 1234 ГК) и лицензионный договор (ст. 1235 ГК).

При этом в пункте 3 статьи 1233 ГК установлена презумпция того, что договор, оформляющий распоряжение исключительным правом, следует считать лицензионным, если только в нем прямо не указано, что соответствующее право передается приобретателю в полном объеме. Данное правило также установлено в интересах отчуждателя права, который остается правообладателем в отсутствие ясно выраженной им воли на полное отчуждение своего исключительного права <1>.

<1> Иная презумпция действует лишь в случае приобретения права на результат интеллектуальной деятельности, специально созданный или создаваемый для включения в сложный объект интеллектуальных прав (например, музыка к кинофильму): исходя из целевого назначения такого объекта, здесь предполагается его полное отчуждение в пользу организатора создания сложного объекта (например, кинопродюсера), если только соглашение сторон прямо не предусматривает его ограниченное использование, т.е. не является лицензионным договором (абз. 2 п. 1 ст. 1240 ГК).

Данный подход далее последовательно продолжен в правилах о лицензионных договорах. Во-первых, пунктом 2 статьи 1236 ГК установлена презумпция простой (неисключительной) лицензии, предполагающая наличие исключительной лицензии лишь в случаях, прямо предусмотренных лицензионным договором (и тем самым также оставляющая за правообладателем максимальные возможности осуществления своих правомочий). Во-вторых, в абзаце 2 пункта 1 статьи 1235 ГК в этих же целях предусмотрено, что право (а по сути - способ) использования соответствующего объекта, прямо не указанное в лицензионном договоре, не считается предоставленным лицензиату-пользователю.

Вместе с тем независимо от вида договора, оформляющего распоряжение правообладателя своим исключительным правом, закон запрещает включать в него любые условия, ограничивающие право гражданина (автора) на создание результатов интеллектуальной деятельности или возможность отчуждения исключительного права на них другим лицам (например, запрещающие ему создавать или распоряжаться вновь созданными объектами, аналогичными отчужденным или предоставленным для использования по лицензионному договору), рассматривая такие условия как ничтожные (п. 4 ст. 1233 ГК). Их следует считать случаями незаконного ограничения дееспособности гражданина, прямо противоречащими общим правилам п. 1 и 3 ст. 22 ГК. Разумеется, наличие таких условий в конкретном договоре в соответствии с общей нормой ст. 180 ГК о недействительности части сделки, как правило, не влечет его ничтожности в целом.

5. Договор об отчуждении исключительного права не представляет собой какой-либо самостоятельный вид гражданско-правового договора. Речь идет о собирательном понятии, охватывающем различные известные договоры. Так, возмездное отчуждение исключительного права является либо договором о его купле-продаже (п. 4 ст. 454 ГК прямо предусматривает специальное правило о продаже имущественных прав), либо договором о его мене (например, на права требования, оформленные "бездокументарными ценными бумагами" либо долями участия в уставном капитале общества с ограниченной или с дополнительной ответственностью, а также паем в производственном кооперативе) <1>. Безвозмездное отчуждение исключительного права представляет собой разновидность договора дарения (п. 1 ст. 572 ГК).

КонсультантПлюс: примечание.

Учебник "Гражданское право: В 2 т. Том II. Полутом 1" (под ред. Е.А. Суханова) включен в информационный банк согласно публикации - Волтерс Клувер, 2004 (издание второе, переработанное и дополненное).

<1> По смыслу п. 1 ст. 583 ГК исключительное право, как и другие имущественные права, не может стать предметом договора ренты, хотя теоретически такая возможность не исключена и даже встречается в некоторых зарубежных правовых порядках (подробнее об этом см.: Гражданское право: В 4 т. / Отв. ред. Е.А. Суханов. Т. 3: Обязательственное право. 3-е изд. М., 2005. С. 428 - 429; автор соответствующей главы - В.С. Ем).

Возможно также внесение этого права в уставный (складочный) капитал хозяйственного общества (товарищества) или производственного кооператива по учредительному договору (абз. 2 п. 2 ст. 52 ГК) или договору о приобретении акций (долей, паев) такой коммерческой организации (п. 6 ст. 66 ГК). Однако в этом случае соответствующее исключительное право может как полностью отчуждаться, так и передаваться юридическому лицу для временного использования по лицензионному договору <1>.

<1> См.: п. 2 ст. 34 Федерального закона от 26 декабря 1995 г. N 208-ФЗ "Об акционерных обществах"; п. 2 ст. 10 Федерального закона от 8 мая 1996 г. N 41-ФЗ "О производственных кооперативах"; п. 1 ст. 15 Федерального закона от 8 февраля 1998 г. N 14-ФЗ "Об обществах с ограниченной ответственностью"; п. 17 Постановления Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 1 июля 1996 г. N 6/8 "О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации".

Вместе с тем договор об отчуждении исключительного права не следует рассматривать в качестве разновидности традиционной уступки права - цессии (ст. 382 ГК). Во-первых, правила ГК о цессии по прямому указанию закона относятся только к обязательственным, но не к интеллектуальным (исключительным) правам. Во-вторых, часть четвертая ГК теперь не содержит нормы, аналогичной правилу п. 3 ст. 13 Патентного закона, не вполне удачно квалифицировавшей "передачу исключительного права на изобретение" в качестве "уступки патента", что делало возможным их отождествление с цессией <1>. Следовательно, нормы ГК об уступке права не могут распространяться на данный договор.

<1> Это правило лежало в основе утверждения о допустимости "передачи прав, основанных на промышленной собственности" (Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный) / Отв. ред. О.Н. Садилов. 3-е изд. М.,

2005. С. 876; автор соответствующего комментария - М.Г. Масевич). Впрочем, одновременно там же была отмечена и принципиальная невозможность уступки прав, не являющихся обязательственными, в том числе исключительных прав.

Все эти обстоятельства следует иметь в виду при применении специальных норм о договорах об отчуждении исключительного права: на произведение как объект авторского права (ст. 1285 ГК); на объект смежных прав (ст. 1307 ГК); на изобретение, полезную модель или промышленный образец (ст. 1365, 1366 ГК); на селекционное достижение (ст. 1426, 1427 ГК); на топологию интегральной микросхемы (ст. 1458 ГК); на секрет производства - ноу-хау (ст. 1468 ГК); на товарный знак (ст. 1488 ГК); на единую технологию (ст. 1547, 1550 ГК).

6. Договоры об отчуждении исключительных прав по своей юридической природе могут быть как реальными (в случае, когда правообладатель передает свое исключительное право приобретателю, например при дарении этого права), так и консенсуальными (в случае, когда правообладатель обязуется передать приобретателю свое исключительное право, например при его продаже или мене) (п. 1 ст. 1234 ГК).

Данные договоры предполагаются возмездными (если только условия конкретного договора прямо не предусматривают безвозмездное отчуждение исключительного права), причем в них должны прямо определяться размер вознаграждения правообладателя либо порядок его определения (п. 3 ст. 1234 ГК). При отсутствии такого условия договор признается незаключенным, поскольку к нему в силу индивидуальности большинства результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации неприменимы правила п. 3 ст. 424 ГК о сравнении с ценой аналогичного товара. Следовательно, в возмездном договоре об отчуждении исключительного права цена, безусловно, является его существенным условием (п. 1 ст. 432 ГК).

Договор об отчуждении исключительного права по общему правилу следует считать двусторонним, ибо он предусматривает взаимные права и обязанности для обоих участников. Исключение составляет лишь реальный безвозмездный договор (по существу являющийся разновидностью договора дарения) по причине отсутствия у одаряемой стороны каких-либо обязанностей.

Важную особенность рассматриваемого договора составляет императивное требование закона к его оформлению: обязательная письменная форма, а также государственная регистрация (если результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации, являющиеся предметом договора, также подлежат государственной регистрации в соответствии с правилом п. 2 ст. 1232 ГК), несоблюдение которых влечет недействительность (ничтожность) такого договора (п. 2 ст. 1234 и п. 2 ст. 162, п. 1 ст. 165, ст. 168 ГК).

Вместе с тем в отличие от общего "принципа традиции (передачи)", определяющего в соответствии с п. 1 ст. 223 ГК момент перехода вещных прав к приобретателю движимой вещи по договору о ее отчуждении, для исключительных прав п. 4 ст. 1234 устанавливает "договорную систему", определяя, что такие права переходят к их приобретателям в момент заключения договора об их отчуждении. Данное обстоятельство является следствием принципиального различия гражданско-правового режима вещных и исключительных прав и их объектов.

Правда, в обоих случаях эти принципы действуют диспозитивно, допуская определение сторонами договора об отчуждении иного момента перехода права. Это положение делает, в частности, возможным заключение таких договоров (сделок) под отлагательным или под отменительным условием (ст. 157 ГК).

В часто встречающихся случаях необходимости государственной регистрации договора об отчуждении исключительного права (ст. 1232 ГК) момент перехода права в императивном порядке определяется моментом такой регистрации, а не моментом его заключения или иным моментом, определенным по желанию сторон.

Важная особенность установлена законом для одного из случаев существенного нарушения условий договора об отчуждении исключительного права, а именно для случая неисполнения приобретателем права по возмездному договору своей обязанности уплатить прежнему правообладателю (отчуждателю права) предусмотренное договором вознаграждение. Как известно, по общему правилу, установленному подп. 1 п. 2 ст. 450 ГК, существенное нарушение условий договора одной из его сторон дает возможность другой стороне потребовать в судебном порядке изменения или расторжения такого договора.

При невыплате приобретателем исключительного права в установленный договором срок вознаграждения его отчуждателю (прежнему правообладателю), которая рассматривается законом в качестве существенного нарушения условий такого договора, отчуждатель согласно п. 5 ст. 1234 ГК вправе в случае, если исключительное право уже перешло к приобретателю, потребовать в судебном порядке перевода на себя данного права (т.е. по сути - его возврата) и возмещения причиненных убытков, а в случае, если это право еще не перешло к приобретателю - отказаться от договора в одностороннем (внесудебном) порядке (п. 3 ст. 450 ГК), а также потребовать возмещения убытков, причиненных расторжением договора (включая и упущенную выгоду на основании п. 2 ст. 15 ГК). Таким образом, ГК усилил защиту имущественных интересов правообладателя (отчуждателя исключительного права), в большинстве случаев являющегося автором результата интеллектуальной деятельности (ст. 1228 ГК).

7. В отличие от договора об отчуждении исключительного права лицензионный договор является самостоятельным видом гражданско-правового договора, впервые урегулированным в этом качестве непосредственно нормами Гражданского кодекса. Более того, правила части четвертой ГК предусмотрели целую систему лицензионных договоров.

Во-первых, такой договор может существовать в двух основных разновидностях: как договор о предоставлении простой (неисключительной) лицензии, предусматривающий предоставление пользователю (лицензиату, обладателю лицензии) права на использование соответствующего объекта (результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации) с сохранением за лицензиаром (правообладателем) права выдачи лицензий другим лицам (подп. 1 п. 1 ст. 1236 ГК), и как договор о предоставлении исключительной лицензии, в котором лицензиар лишается права выдачи лицензий другим лицам (подп. 2 п. 1 ст. 1236 ГК).

В развитие общего правила п. 3 ст. 421 ГК о допустимости смешанных договоров п. 3 ст. 1236 ГК предусматривает возможность заключения такого лицензионного договора, по условиям которого одни способы (способ) использования соответствующего объекта оформлены по принципу простой (неисключительной) лицензии, а другие (другой) - по принципу исключительной лицензии, т.е. в одном и том же договоре происходит сочетание этих двух разных видов лицензий.

Во-вторых, в нормах отдельных глав части четвертой ГК предусмотрены специальные правила о лицензионных договорах о предоставлении права использования: произведения как объекта авторского права (ст. 1286), в том числе по издательскому лицензионному договору (ст. 1287); объекта смежных прав (ст. 1308); изобретения, полезной модели или промышленного образца (ст. 1367), в том числе на основании открытой лицензии (ст. 1368); селекционного достижения (ст. 1428), в том числе на основании открытой лицензии (ст. 1429); топологии интегральной микросхемы (ст. 1459); секрета производства - ноу-хау (ст. 1469); товарного знака (ст. 1489); единой технологии (ст. 1550).

В-третьих, в качестве единой общей категории - особой разновидности лицензионного договора введена конструкция сублицензионного договора, в соответствии с которым любой лицензиат (пользователь) с письменного согласия лицензиара (правообладателя) может предоставить право использования соответствующего объекта

другому лицу, разумеется, в пределах тех возможностей, которыми он сам обладает в силу лицензионного договора (ст. 1238 ГК). Иначе говоря, возможность распорядиться своим правом использования такого объекта теперь прямо предоставлена и всякому лицензиату.

В целом же вся система норм о лицензионных договорах обеспечивает необходимое единство законодательного оформления однородных отношений, отсутствовавшее в ранее действовавшем законодательстве.

8. Лицензионный договор по своей юридической природе также может быть как реальным (в случае предоставления правообладателем-лицензиаром права использования соответствующего объекта лицензиату-пользователю), так и консенсуальным (в случае, когда лицензиар обязуется предоставить такое право лицензиату) (абз. 1 п. 1 ст. 1235 ГК).

Лицензионные договоры предполагаются возмездными, если только конкретным договором прямо не предусмотрен безвозмездный характер использования соответствующего объекта. При этом условие о цене (размере вознаграждения лицензиару) в возмездном лицензионном договоре является существенным, поскольку при его отсутствии договор считается незаключенным (абз. 2 п. 5 ст. 1235 ГК). К такому договору также неприменимы правила определения цены, предусмотренные п. 3 ст. 424 ГК, по причине вполне возможного отсутствия "аналогичного товара" и соответствующей цены на него.

Наличие в лицензионном договоре взаимных прав и обязанностей делает его разновидностью двустороннего (взаимного) договора. Таковым следует считать и безвозмездный реальный лицензионный договор, ибо на лицензиате-пользователе во всяком случае лежит предусмотренная абз. 2 п. 1 ст. 1235 обязанность использовать соответствующий объект лишь в пределах и способами, прямо предусмотренными условиями договора, а на лицензиаре-правообладателе - обязанность воздерживаться от действий, способных затруднить осуществление лицензиатом своего права использования соответствующего объекта (п. 2 ст. 1237 ГК).

Лицензионные договоры должны заключаться в письменной форме, а в случаях, когда их предметом является подлежащий государственной регистрации результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации (п. 2 ст. 1232 ГК), они также подлежат государственной регистрации. Несоблюдение правил о форме лицензионного договора или о необходимости его государственной регистрации влечет его недействительность (ничтожность) в соответствии с абз. 3 п. 2 ст. 1235 ГК (и общими правилами п. 2 ст. 162, п. 1 ст. 165, ст. 168 ГК). Единственный случай разрешенной законом устной формы лицензионного договора (абз. 1 п. 2 ст. 1235 ГК) составляет предусмотренная п. 2 ст. 1286 ГК ситуация заключения лицензионного договора о предоставлении права использования произведения в периодическом печатном издании.

Поскольку исключительные права на результаты интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации по общему правилу имеют срочный характер (ст. 1230 ГК) и могут использоваться как на всей территории России, так и лишь на определенной ее части, а иногда и за ее пределами (ср. п. 2 ст. 1231 ГК), в лицензионном договоре предполагается наличие условий о территории, на которой допускается использование соответствующего объекта, и о сроке, на который заключается сам лицензионный договор. Однако эти условия предписываются не императивными, а диспозитивными нормами закона: при отсутствии указания о территории, на которой допускается использование данного объекта, лицензиат вправе осуществлять его на всей территории РФ (п. 3 ст. 1235 ГК), а при отсутствии указания на срок действия договора он считается заключенным на пять лет (абз. 2 п. 4 ст. 1235 ГК) ^{<1>}. Следовательно, оба этих условия не являются существенными, а относятся к числу так называемых обычных условий договора, не обязательно согласуемых сторонами ^{<2>}.

^{<1>} В соответствии с правилом абз. 2 п. 4 ст. 1235 ГК нормами Кодекса могут быть установлены и иные сроки действия лицензионного договора: например, право на

использование ноу-хау может быть предоставлено без указания срока его действия (п. 2 ст. 1469 ГК), т.е. на неопределенный срок.

КонсультантПлюс: примечание.

Монография М.И. Брагинского, В.В. Витрянского "Договорное право. Общие положения" (Книга 1) включена в информационный банк согласно публикации - Статут, 2001 (издание 3-е, стереотипное).

<2> Подробнее об этом см.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. 2-е изд. М., 1999. С. 295 и сл.

Вместе с тем следует иметь в виду, что срок действия лицензионного договора не может превышать срок действия самого исключительного права, являющегося его предметом, а при прекращении исключительного права (в том числе по истечении установленного законом срока его действия) лицензионный договор также прекращается независимо от воли его сторон (абз. 1 и 3 п. 4 ст. 1235 ГК). Продолжение использования соответствующего объекта после прекращения действия лицензионного договора считается нарушением исключительного права и влечет имущественную ответственность, предусмотренную законом или договором (п. 3 ст. 1237 ГК).

К числу условий, обязательно определяемых соглашением сторон лицензионного договора, т.е. его существенных условий, п. 6 ст. 1235 ГК относит, во-первых, предмет данного договора (имея в виду точную характеристику соответствующего результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации); во-вторых, указание конкретных способов их использования. При этом следует иметь в виду, что какой-либо способ такого использования, прямо не указанный в лицензионном договоре (а, например, подразумеваемый сторонами или, по их мнению, вытекающий из "обычаев делового оборота"), не считается разрешенным (предоставленным) лицензиату (абз. 2 п. 1 ст. 1235 ГК). Последний вправе использовать соответствующий объект только в тех пределах и теми способами, которые прямо предусмотрены договором. Использование лицензиатом такого объекта способом, не предусмотренным договором, либо иным образом за пределами предоставленных ему по рассматриваемому договору прав также считается нарушением исключительного права и влечет имущественную ответственность, предусмотренную законом или договором (п. 3 ст. 1237 ГК).

Иначе говоря, любые правомочия по использованию соответствующего объекта, прямо не упомянутые в тексте лицензионного договора, в силу названного указания закона остаются принадлежащими правообладателю (лицензиару). Поэтому в случае спора не могут быть приняты во внимание ссылки какой-либо из сторон ни на "подразумеваемые условия" договора, ни на "практику, установившуюся во взаимных отношениях сторон" ("заведенный порядок"), ни на "обычаи делового оборота" (ср. ст. 431 ГК).

Правообладатель (лицензиар) заинтересован в надлежащем использовании лицензиатом соответствующего результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации, ибо в ином случае возможно нанесение ущерба его деловой репутации и иным имущественным интересам (например, при предоставлении лицензиатом-пользователем на производимой им продукции, не отвечающей должному уровню требований к ее качеству, известного товарного знака лицензиара-правообладателя). Поэтому он должен иметь возможность определенным образом контролировать использование лицензиатом соответствующего объекта. Этому служит предусмотренная п. 1 ст. 1237 ГК обязанность лицензиата представлять своему контрагенту - лицензиару (правообладателю) отчеты об использовании результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации.

Правда, такая обязанность установлена диспозитивной нормой, не исключающей ее отсутствие в конкретном договоре. При отсутствии же в лицензионном договоре конкретных условий о сроке и порядке представления таких отчетов лицензиат согласно п. 1 ст. 1237 ГК обязан представлять их лишь по требованию лицензиара, т.е. исключительно по усмотрению последнего.

9. Важную особенность полученного лицензиатом по договору права на использование результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации составляет его сохранение в случае перехода исключительного права от предшествующего правообладателя к новому (п. 7 ст. 1235 ГК). Возможность такого перехода, т.е. отчуждения исключительного права, основана на его сохранении за правообладателем (лицензиаром), поскольку его предоставление в пользование по лицензии, как уже отмечалось, является формой осуществления, а не отчуждения этого права. Вместе с тем предусмотренные лицензионным договором условия использования соответствующего объекта не подлежат изменению в связи с переменой управомоченного лица: место прежнего правообладателя занимает новый, становящийся лицензиаром в прежнем сохраняющем силу договоре.

Иначе говоря, при отчуждении исключительного права на соответствующий объект, предоставленный для использования по лицензионному договору, происходит замена лицензиара (без согласия лицензиата). Как уже отмечалось (п. 5 настоящего комментария), такую ситуацию не следует квалифицировать в качестве цессии, нормы о которой регулируют уступку обязательственных, а не исключительных прав (не говоря уже о возможности перехода в данном случае не только прав, но и обязанностей лицензиара, например, по консенсуальному лицензионному договору).

Вместе с тем эту ситуацию не следует смешивать с возможным переходом взаимных (обязательственных) прав и обязанностей сторон лицензионного договора к другим лицам, который также вполне возможен, например, при уступке лицензиаром-правообладателем третьему лицу своего права на получение денежного вознаграждения (или его части) от лицензиата-пользователя или при переводе последним своего денежного долга перед лицензиаром на третье лицо (разумеется, с согласия лицензиара). Такой переход прав и (или) обязанностей должен осуществляться по общим правилам об уступке требования и переводе долга, предусмотренным ст. 382 - 392 ГК.

Само же право на использование результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации, полученное лицензиатом по договору, по сути приобретает правомочие "следования", обременяющее исключительное право лицензиара. Как известно, такое правомочие присуще ограниченным вещным правам (обременяющим "основное" право собственности), а также некоторым обязательственным правам, например праву арендатора (п. 1 ст. 617 ГК). Данная юридическая конструкция свидетельствует о некоторой близости исключительных и вещных прав, являющихся абсолютными гражданскими правами.

10. Разновидностью лицензионного договора является сублицензионный договор, к которому поэтому применимы нормы закона о лицензионном договоре (п. 5 ст. 1238 ГК). Он является производным от основного лицензионного договора, что обуславливает возможность предоставления сублицензиату (вторичному пользователю) лишь таких прав и способов (возможностей) использования соответствующего результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации, которые прямо предусмотрены в основном (лицензионном) договоре для его контрагента - лицензиата (основного пользователя). Этим же объясняется и то обстоятельство, что в случае заключения сублицензионного договора на срок, превышающий срок действия основного (лицензионного) договора, такой "субдоговор" будет считаться заключенным только на срок действия основного договора (п. 3 ст. 1238 ГК).

Как и в большинстве других гражданских "субдоговоров" (субаренда, субподряд и т.п.), основной должник по сублицензионному договору (лицензиат) остается

ответственным перед кредитором (лицензиаром) за действия своего контрагента - сублицензиара (п. 4 ст. 1238 ГК). Однако это правило носит диспозитивный характер, допускающий возложение такой ответственности по условиям договора непосредственно на сублицензиара. Такой подход существенно отличается от установленной нормами о договоре коммерческой субконцессии (п. 4 ст. 1029 ГК) субсидиарной ответственности пользователя (вторичного правообладателя, концессионера) перед правообладателем за вред, причиненный ему вторичным пользователем (субконцессионером), составляя одно из важных различий лицензионных и концессионных договоров.

11. ГК устанавливает определенные особенности для договоров об отчуждении исключительного права и лицензионных договоров в зависимости от их предмета.

Во-первых, если предметом лицензионного договора являются объекты авторских или смежных прав, правообладатели (в роли которых в этих случаях чаще всего выступают граждане - авторы или исполнители) получают повышенную защиту своих имущественных интересов на случай их нарушения в форме неисполнения обязанности уплатить обусловленное возмездным лицензионным договором вознаграждение лицензиару. Согласно п. 4 ст. 1237 ГК последний вправе в таком случае в одностороннем (внесудебном) порядке отказаться от лицензионного договора и потребовать возмещения всех причиненных ему этим убытков (ср. п. 2 и 3 ст. 450 ГК).

Во-вторых, если речь идет о создании сложного объекта интеллектуальных (исключительных) прав, который, подобно сложной вещи - единому целому, составленному из разнородных вещей (ст. 134 ГК), также включает в себя несколько различных результатов интеллектуальной деятельности (например, кинофильм, театральное представление или концерт, единая технология и т.п.), значительно меняется договорно-правовой режим как договоров об отчуждении исключительных прав на названные результаты, так и лицензионных договоров, предметами которых они служат.

Прежде всего, абз. 2 п. 1 ст. 1240 установлена отмеченная ранее презумпция заключения в отношении результата интеллектуальной деятельности, специально созданного или создаваемого для включения в такой сложный объект (например, сценария или музыки к кинофильму), договора об отчуждении исключительного права, а не лицензионного договора. Таким образом, изменена общая презумпция п. 3 ст. 1233 ГК, согласно которой договор, прямо не предусматривающий передачу приобретателю исключительного права в полном объеме, считается лицензионным договором. В данной ситуации предпочтение отдается целевому назначению результата интеллектуальной деятельности (позволяющего создать полноценный сложный объект исключительного права), а не имущественным интересам его автора.

Разумеется, данное правило носит диспозитивный характер и допускает заключение в отношении такого объекта по соглашению сторон лицензионного договора (как исключительную, так и неисключительную лицензию или их сочетание). Однако условия такого договора не могут ограничивать использование результата интеллектуальной деятельности в составе сложного объекта (п. 2 ст. 1240 ГК). Они, следовательно, могут устанавливать или исключать возможность выдачи правообладателем лицензий на использование соответствующего результата интеллектуальной деятельности другим лицам, но не могут ограничивать лицензиата, организовавшего создание сложного объекта, в целевом использовании названного результата в его составе.

Этим объясняется и правило абз. 3 п. 1 ст. 1240 ГК, согласно которому лицензионный договор об использовании результата интеллектуальной деятельности в составе сложного объекта по общему правилу заключается на весь срок действия исключительного права на такой результат и в отношении всей территории его действия. Данное положение позволяет затем максимально эффективно использовать исключительное право на сложный объект в целом. Вместе с тем оно также имеет диспозитивный характер и может быть изменено соглашением сторон конкретного

лицензионного договора об использовании соответствующего результата интеллектуальной деятельности.

Однако за автором (авторами) результата интеллектуальной деятельности, используемого в составе сложного объекта, в соответствии с п. 3 ст. 1240 ГК в любом случае сохраняются право авторства и другие личные неимущественные права на такой объект, поскольку они неотчуждаемы и непередаваемы (п. 2 ст. 1228 ГК), а следовательно, и не могут быть предметом гражданско-правовых договоров. При этом и лицо, организовавшее создание сложного объекта, вправе указывать (или требовать указания) свое имя (физическое лицо) или наименование (юридическое лицо) (п. 4 ст. 1240 ГК). Иными словами, такое лицо приобретает в отношении сложного объекта неимущественное, неотчуждаемое, непередаваемое и бессрочное право на имя (абз. 1 п. 2 ст. 1228 ГК).

Наконец, изложенные правила, касающиеся использования результата интеллектуальной деятельности в составе сложного объекта, по общему правилу п. 5 ст. 1240 ГК применимы к праву использования результатов интеллектуальной деятельности в составе единой технологии (п. 1 ст. 1542 ГК), поскольку она обычно также создается на основании договоров с обладателями исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности, входящие в состав единой технологии (п. 3 ст. 1542 ГК). Исключения из этого порядка должны быть прямо предусмотрены специальными правилами об особенностях гражданско-правового режима единой технологии (гл. 77 ГК). Так, лицо, организовавшее создание единой технологии, не вправе, а обязано заключать договоры с правообладателями результатов интеллектуальной деятельности, входящих в состав единой технологии (п. 2 ст. 1544 ГК), однако последующая передача (отчуждение) права на единую технологию означает и одновременную передачу прав на входящие в ее состав результаты интеллектуальной деятельности (ч. 2 ст. 1550 ГК).

12. Переход исключительного права на результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации возможен и без договора, а в некоторых случаях даже и помимо воли правообладателя.

В первую очередь речь идет о принудительной лицензии (ст. 1239 ГК), которая предоставляет право использовать результат интеллектуальной деятельности не в соответствии с условиями договора, заключенного с правообладателем, а по судебному решению, вынесенному по требованию заинтересованного лица, и на указанных в этом решении условиях. Принудительная лицензия представляет собой исключение из общих правил о лицензионных договорах, а потому допустима лишь в случаях, прямо предусмотренных ГК, и может касаться использования только определенных результатов интеллектуальной деятельности, но не средств индивидуализации товаров и их производителей. При этом речь идет об использовании такого результата в общественных (публичных) целях только на основании простой (неисключительной) лицензии.

Нормы ГК предусматривают три такие ситуации:

1) если исключительное право на произведение науки, литературы или искусства либо на программу для ЭВМ или базу данных, созданную (профинансированную) по государственному или муниципальному контракту, принадлежит не публично-правовому образованию, правообладатель по требованию государственного или муниципального заказчика обязан предоставить указанному им лицу неисключительную лицензию на использование указанного объекта для государственных или муниципальных нужд (п. 3 и 6 ст. 1298);

2) если изобретение, полезная модель или промышленный образец не используются либо недостаточно используются патентообладателем в течение предусмотренных законом сроков, что приводит к недостаточному предложению соответствующих товаров, работ или услуг на рынке, неисключительная лицензия может быть принудительно получена любым лицом, желающим и готовым использовать такой объект (п. 1 ст. 1362);

3) если патентообладатель отказывается от заключения лицензионного договора на производство или реализацию являющихся селекционными достижениями семян или племенного материала на условиях, соответствующих установившейся практике, любое лицо, желающее и готовое использовать данное селекционное достижение, может принудительно получить неисключительную лицензию на такое использование названного объекта (п. 1 ст. 1423), что также будет соответствовать общественным интересам.

Следует отметить, что как общая возможность получения принудительной лицензии, так и все перечисленные ситуации вполне соответствуют требованиям международных конвенций, в которых участвует Российская Федерация: Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений 1886 г. (в редакции 1971 г.; п. 2 ст. 11bis и п. 1 ст. 13), Всемирной (Женевской) конвенции об авторском праве 1952 г. (в редакции 1971 г.; п. 2 ст. IV bis) и Парижской конвенции по охране промышленной собственности 1883 г. (в редакции 1967 г.) <1>. Так, согласно п. 2 разд. А ст. 5 Парижской конвенции каждая страна - участница этой Конвенции вправе принять законодательные меры, предусматривающие выдачу принудительных, причем только неисключительных лицензий "для предотвращения злоупотреблений, которые могут возникнуть в результате осуществления исключительного права, предоставляемого патентом, например, в случае неиспользования изобретения" <2>. Названное правило распространяется и на полезные модели (п. 5 разд. А ст. 5 Парижской конвенции).

<1> Возможность принудительных лицензий допускают и современные международные конвенции в этой области, в которых Российская Федерация пока не участвует: см. п. 1 ст. 10 Договора ВОИС по авторскому праву 1996 г., предусматривающего соответствующие ограничения авторских прав, в том числе на программы для ЭВМ и базы данных, и ст. 31 Соглашения ТРИПС 1994 г., предусматривающую конкретные условия для получения разрешения на использование охраняемого патентом объекта без согласия патентообладателя.

<2> Согласно пункту 4 раздела А статьи 5 Парижской конвенции принудительная лицензия не может быть потребована по причине неиспользования или недостаточного использования изобретения до истечения срока в четыре года, считая с даты подачи заявки на патент, или трех лет с даты выдачи патента, причем должен применяться срок, который истекает позднее; в выдаче принудительной лицензии будет отказано, если патентообладатель докажет, что его бездействие было обусловлено уважительными причинами.

Кроме того, бездоговорный переход исключительного права к другим лицам согласно ст. 1241 ГК возможен как в порядке универсального правопреемства (наследование после смерти гражданина-правообладателя, реорганизация юридического лица), так и при обращении взыскания на имущество правообладателя, поскольку в его состав входит и принадлежащее ему исключительное (имущественное) право (ст. 128 ГК). Гражданский кодекс прямо предусматривает возможность и порядок обращения кредиторами правообладателя взыскания на его исключительное право на произведение (объект авторского права; ст. 1284) и на исполнение (объект смежного, "исполнительского" права; ст. 1319).

Вместе с тем статья 1241 не устанавливает исчерпывающего перечня случаев перехода исключительного права к другому лицу без договора с правообладателем, а ограничивается общим правилом о его допустимости в случаях и по основаниям, прямо предусмотренным законом (в том числе, но не обязательно Гражданским кодексом). Так, возможен отказ от такого права или от его осуществления, допустимый в силу общего гражданско-правового принципа диспозитивности в распоряжении имущественными правами (ст. 1, 2 и 9 ГК).

Коллективное управление авторскими и смежными правами (статьи 1242, 1243)

Как следует из пункта 1 статьи 1229 ГК, использование результата интеллектуальной деятельности возможно только с разрешения правообладателя, если иное не предусмотрено самим Кодексом. В этом заключается сама суть исключительного права: за изъятиями, установленными ГК, никто не вправе использовать результат интеллектуальной деятельности без согласия автора или иного лица, обладающего таким правом на этот результат. Такое согласие правообладатель предоставляет, как правило, путем заключения соответствующих договоров с лицами, намеревающимися использовать результат интеллектуальной деятельности.

Однако в условиях, когда использование авторских произведений и объектов смежных прав осуществляется широким и заранее не определенным кругом лиц (в чем по общему правилу заинтересованы и правообладатели), а некоторые сферы деятельности (например, радиовещание) предполагают постоянное использование таких объектов, заключение соответствующих договоров представляется довольно затруднительным, а порой и просто невозможным.

В такой ситуации оптимальным выходом является создание специально уполномоченных правообладателями структур, обеспечивающих заключение с пользователями соглашений от имени всех или большинства соответствующих правообладателей, а также распределение между ними собранных с пользователей средств.

Такие структуры получили в законодательстве название организаций по управлению авторскими и смежными правами на коллективной основе (далее - ОКУ).

В Гражданском кодексе положения о таких организациях размещены в гл. 69, регулирующей общие вопросы прав на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации. Объясняется это в значительной степени тем, что положения об авторском праве и положения о смежных правах рассредоточены по двум главам Кодекса - 70 и 71. Поэтому нормы о коллективном управлении должны были либо найти отражение в каждой из указанных глав (что бессмысленно, учитывая отсутствие каких-либо существенных отличий данных норм в отношении авторского права в сравнении с правами смежными), либо получить закрепление в общих положениях (что и было сделано, несмотря на то что данные положения относятся далеко не ко всем объектам интеллектуальной собственности и в настоящее время даже не ко всем результатам интеллектуальной деятельности).

В отечественном законодательстве нормы о коллективном управлении авторскими и смежными правами впервые появились в ст. 44 - 47 Закона об авторском праве. Будучи первым опытом регулирования отношений в данной сфере на законодательном уровне, они сыграли положительную роль, но и породили ряд серьезных проблем при их применении на практике.

Положения ГК учитывают опыт применения этих норм Закона об авторском праве, развивая и дополняя их, и представляют собой следующий шаг (и, вполне возможно, не последний) на пути решения проблем реализации и защиты авторских и смежных прав на коллективной основе.

При формулировании норм ГК о коллективном управлении авторскими и смежными правами имелось в виду путем существенного видоизменения правового механизма такого управления устранить наиболее серьезные недостатки действующего в этой области законодательства. С этой целью в статьях 1242 - 1245 ГК решались следующие основные задачи:

- определить правовое положение организаций по коллективному управлению в сравнении с другими участниками отношений в сфере интеллектуальной собственности (правообладателями, пользователями);
- закрепить в законе основные принципы создания и деятельности организаций по коллективному управлению;
- установить общее регулирование договоров, заключаемых ОКУ с правообладателями и пользователями;
- определить принципы и порядок распределения и выплаты вознаграждения, собираемого ОКУ;
- определить специфику правового положения и функций аккредитованных организаций, являющихся необходимой составной частью упомянутого механизма;
- очертить сферы деятельности организаций по коллективному управлению и закрепить перечень сфер деятельности, для которых предусмотрено создание аккредитованных организаций.

Традиционно задачей ОКУ является представительство прав обладателей в тех сферах использования объектов авторских и смежных прав, где осуществление прав в индивидуальном порядке затруднено или невозможно. Из этого исходил и Закон об авторском праве. Как указывалось в пункте 1 его статьи 44, "в целях обеспечения имущественных прав авторов, исполнителей, производителей фонограмм и иных обладателей авторских и смежных прав в случаях, когда их практическое осуществление в индивидуальном порядке затруднительно (публичное исполнение, в том числе на радио и телевидении, воспроизведение произведения путем механической, магнитной и иной записи, репродуцирование и другие случаи), могут создаваться организации, управляющие имущественными правами указанных лиц на коллективной основе".

Однако в тех сферах, где осуществление авторских или смежных прав в индивидуальном порядке крайне затруднительно, возможно не только коллективное управление этими правами, но и другая форма их осуществления, в принципе нежелательная для правообладателей, но допускаемая законом в исключительных случаях, - использование объектов авторского права и смежных прав без согласия правообладателей, но с выплатой им вознаграждения за такое использование. Такие случаи закон вынужден допускать только тогда, когда осуществление авторских или смежных прав не только в индивидуальном порядке, но и на коллективной основе, т.е. посредством заключения ОКУ соответствующих соглашений с правообладателями и пользователями, чрезвычайно затруднено.

В качестве примера можно привести ст. 1245 ГК, устанавливающую вознаграждение за свободное воспроизведение фонограмм и аудиовизуальных произведений в личных целях. В данном случае невозможно ни отследить, ни организовать заключение необходимых соглашений с пользователями хотя бы одной ОКУ. Это, по сути, и привело к признанию свободы на этот вид использования аудиовизуальных произведений и фонограмм. Однако в целях защиты имущественных интересов правообладателей такое использование признается платным, и устанавливается механизм сбора и распределения соответствующих денежных средств.

Таким образом, в соответствии с пунктом 1 статьи 1242 ГК сферами деятельности ОКУ признаются, во-первых, те сферы, где осуществление авторских и смежных прав в индивидуальном порядке затруднено, во-вторых, те случаи, когда ГК допускается использование объектов этих прав без согласия обладателей соответствующих прав, но с выплатой вознаграждения.

В связи с анализом сферы коллективного управления необходимо обратить внимание на то, что случаи, когда использование допускается без согласия правообладателей, устанавливаются исключительно Гражданским кодексом.

Сопоставление пункта 1 статьи 1242 и статьи 1244 ГК РФ показывает, что Кодекс не устанавливает исчерпывающий перечень сфер коллективного управления. Им установлен

исчерпывающий перечень лишь тех сфер, где действуют аккредитованные ОКУ. Но само коллективное управление может возникнуть и развиваться в любой сфере, где затруднено осуществление авторских и смежных прав в индивидуальном порядке.

Те сферы, в которых в соответствии с ГК могут действовать только аккредитованные ОКУ, представляют собой такие сферы, где сама необходимость коллективного управления доказана многолетней практикой и иностранным опытом функционирования ОКУ. Поэтому эти сферы и были закреплены в законе. Такое закрепление имеет еще одно важное значение, обусловленное видами коллективного управления.

Как известно, коллективное управление во всем мире строится по одной из двух основных систем: на основе представительства уполномочивших ОКУ правообладателей (далее - ограниченное представительство) и на основе представительства также и тех правообладателей, которые не наделили ОКУ соответствующими полномочиями (далее - расширенное представительство). Первое означает, что ОКУ представляет в своих взаимоотношениях с пользователями только тех правообладателей, которые передали такой ОКУ полномочия и имеют с ней соответствующие договоры. Система расширенного представительства предполагает, что ОКУ представляет в своих взаимоотношениях с пользователями всех правообладателей соответствующей категории. Каждая из этих систем имеет свои преимущества и недостатки.

Система расширенного представительства выгодна пользователям, поскольку наличие одного лицензионного соглашения с одной ОКУ означает возможность пользоваться практически всеми соответствующими объектами, правами на которые управляет такая ОКУ. Причем как отечественными, так и зарубежными, поскольку в задачи ОКУ входит представительство не только отечественных, но и зарубежных правообладателей на основе соглашений с такими же ОКУ в других странах. При этом ОКУ разных стран, осуществляющие управление одной и той же категорией прав, объединены в международные организации (CISAC <1>, IFPI <2> и т.д.), членство в которых серьезно упрощает представительство каждой ОКУ иностранных правообладателей.

<1> Международная конфедерация авторских и композиторских обществ.

<2> Международная федерация производителей фонограмм.

Но расширенное управление (представительство) может негативно отразиться на интересах правообладателей, особенно тогда, когда деятельность соответствующей ОКУ их не устраивает. Отсутствие выбора в такой ситуации невольно заставляет правообладателей заключать соглашения только с той организацией, которая имеется.

Коллективное управление авторскими и смежными правами с помощью организаций, осуществляющих представительство только своих членов, выгодно правообладателям, поскольку позволяет им выбирать соответствующую ОКУ или даже создавать новую ОКУ, отвечающую их чаяниям. Однако для пользователей такая ситуация не всегда приемлема. Взаимоотношения с множеством ОКУ во многом лишают смысла само коллективное управление.

В Законе об авторском праве, как это ни парадоксально, были допущены обе системы коллективного управления. С одной стороны, в п. 1 ст. 44 устанавливалось, что ОКУ создаются непосредственно обладателями авторских и смежных прав и действуют в пределах полученных от них полномочий на основе устава, утверждаемого в порядке, установленном законодательством. А с другой стороны, в соответствии со ст. 45 этого Закона лицензии, выдаваемые ОКУ на основе полученных от правообладателей полномочий, "разрешают использование предусмотренными в них способами всех произведений и объектов смежных прав и предоставляются от имени всех обладателей авторских и смежных прав, включая и тех, которые не передали организации полномочий".

Таким образом, была создана ситуация, при которой любая организация, объединившая интересы хотя бы небольшой группы уполномочивших ее лиц, могла претендовать на представительство от имени всех правообладателей. Это открывало возможность для различных злоупотреблений на почве коллективного управления. Негативные последствия усиливались также тем, что обладателем авторских или смежных прав теоретически может объявить себя любое лицо, а объявив себя правообладателем (например, двух стихотворений и одного эссе), такое лицо может создать ОКУ, которая будет претендовать на представительство всех правообладателей соответствующей категории.

Заложенная в ГК система аккредитованных ОКУ должна во многом изменить ситуацию в тех сферах, где будут действовать такие организации. В то же время это не означает, что в сферах, которые не перечислены в п. 1 ст. 1244 ГК, коллективное управление невозможно. Оно не только возможно, но и должно осуществляться, если в таких сферах осуществление авторских и смежных прав в индивидуальном порядке затруднительно. Но в таких сферах невозможно расширенное представительство правообладателей. В такой ситуации правообладатели и пользователи самостоятельно должны урегулировать свои взаимоотношения. Важнейшим моментом здесь будет "отсев" малозначительных ОКУ и появление авторитетных организаций, действительно объединяющих значительное число правообладателей и хорошо зарекомендовавших себя во взаимоотношениях с пользователями, а также участвующих в международном обмене в сфере коллективного управления. Выработка таких механизмов будет серьезным аргументом в пользу расширения за счет таких сфер перечня, содержащегося в п. 1 ст. 1244 ГК.

Применительно к коллективному управлению авторскими и смежными правами термин "управление" нельзя отождествлять с доверительным управлением. Задача доверительного управляющего состоит в том, чтобы использовать переданное в доверительное управление имущество для выгоды бенефициара. ОКУ не вправе использовать авторские и смежные права, которыми она управляет. Это отношения представительства, которое может быть основано либо на договоре, либо на законе (для аккредитованных ОКУ).

Само по себе "управление авторскими и смежными правами" относится к правам имущественным. Управлять личными неимущественными правами нельзя. В то же время ОКУ может осуществлять необходимое представительство, в том числе в судах, в отношении защиты личных неимущественных прав.

В пункте 1 статьи 1242 ГК РФ установлено, что ОКУ является некоммерческой организацией, основанной на членстве. Это означает, во-первых, что организационно-правовые формы некоммерческих организаций, не предполагающие членства, не могут быть использованы для создания ОКУ (фонды, автономные некоммерческие организации, учреждения). Во-вторых, далеко не все организационно-правовые формы некоммерческих организаций, основанных на членстве, учитывая существенные признаки этих форм, могут быть использованы для создания ОКУ. Так, потребительский кооператив в соответствии с п. 1 ст. 116 ГК представляет собой добровольное объединение граждан и юридических лиц на основе членства с целью удовлетворения материальных и иных потребностей участников, осуществляемое путем объединения его членами имущественных паевых взносов. Потребительский кооператив создается для улучшения жилищных условий его членов, решения их проблем с взаимным кредитованием, с объединением усилий при использовании земельных участков и т.п. Члены кооператива покрывают его убытки, а также участвуют в распределении прибыли, полученной от предпринимательской деятельности потребительского кооператива. Все это несовместимо с управлением авторскими и смежными правами. Главное, ОКУ не призвана использовать передаваемые ей в управление права. Она должна установить объем использования

другими лицами каждого объекта, права на которые ей переданы, с целью справедливого распределения и выплаты получаемого за это вознаграждения.

Другой пример - ассоциация (союз). Такая организация корпоративного типа создается не только для представительства и защиты интересов ее участников, но и для координации их деятельности. Кроме того, она представляет собой объединение исключительно юридических лиц, причем созданное либо только коммерческими, либо только некоммерческими организациями.

Из всего множества организационно-правовых форм некоммерческих организаций для создания ОКУ подходят только некоммерческие партнерства и общественные организации <1>.

<1> Причем именно организации, а не объединения. Это объясняется тем, что ст. 7 Федерального закона "Об общественных объединениях" предусматривает, что общественное объединение может создаваться в различных организационно-правовых формах, из которых все, кроме общественной организации, вообще не подходят для ОКУ.

Хотя в ГК ничего не сказано о возможности осуществления ОКУ иной деятельности помимо представительства в отношении авторских и смежных прав, исходя из целей создания и правового положения таких организаций представляется обоснованным сделать вывод об исключительном характере деятельности ОКУ, о сугубо специальном характере их правоспособности. За это говорит и опыт функционирования ОКУ в других странах. Положение пункта 7 статьи 46 Закона об авторском праве о том, что ОКУ вправе осуществлять иную деятельность в соответствии с полномочиями, полученными от обладателей авторских и смежных прав, неоправданно расширяло сферу деятельности ОКУ, создавая возможность для осуществления ею практически любого вида деятельности.

Абзацем 2 пункта 1 статьи 1242 ГК предусматривается, что создание ОКУ не препятствует осуществлению представительства обладателей авторских и смежных прав другими юридическими лицами и гражданами.

Как правило, в любой сфере использования авторских и смежных прав существуют организации (значительно реже - физические лица), аккумулирующие соответствующие права. Такое агрегирование прав притягивает к сотрудничеству новых авторов и способствует их более выгодному сотрудничеству с пользователями. Но при всей значимости таких структур (издательств, звукозаписывающих компаний и т.д.) их нельзя назвать ОКУ, поскольку основным предметом их деятельности является именно использование авторских и смежных прав. В тех сферах, где осуществление авторских и смежных прав в индивидуальном порядке затруднительно, они не должны заменять или подменять ОКУ. Наоборот, их объединение в рамках ОКУ должно способствовать защите как их интересов, так и интересов создателей результатов интеллектуальной деятельности - авторов и исполнителей.

С другой стороны, создание ОКУ не может автоматически исключить представительство названными организациями интересов других правообладателей, а равно любое другое представительство правообладателей.

Таким образом, Кодексом предусматривается возможность множественности представителей правообладателей, в том числе осуществляющих коллективное управление их авторскими или смежными правами, коллективное использование, индивидуальное использование или просто действующих в интересах правообладателей.

Основанием полномочий ОКУ (за исключением аккредитованных ОКУ) в соответствии с п. 3 ст. 1242 ГК является только договор о передаче полномочий по управлению правами на коллективной основе.

Такой договор заключается между ОКУ и правообладателем. При этом ОКУ не может отказать в заключении такого договора обратившемуся к ней правообладателю,

если в соответствии с уставом она приняла на себя обязанность управлять соответствующей категорией прав, в отношении которой правообладатель намерен заключить договор.

В Кодексе (абз. 2 п. 3 ст. 1242) указывается, что не имеет при этом значения, является ли правообладатель членом такой организации или нет. Буквальное толкование данной нормы может привести к ошибочному выводу о возможности наличия в ОКУ членов, не заключающих с ОКУ соответствующие договоры, права которых, таким образом, ОКУ не управляются. Как уже отмечалось, именно правообладатели в соответствии с п. 1 ст. 1242 создают ОКУ для управления своими правами. Таким образом, ОКУ прежде всего создается для управления правами своих членов. Конечно, возможна ситуация, когда ОКУ после своего создания приняла на себя управление авторскими и (или) смежными правами в другой новой сфере. В соответствии с пунктом 2 статьи 1242 ГК ОКУ могут создаваться для управления правами, относящимися к одному или нескольким видам объектов авторских и смежных прав, для управления одним или несколькими видами таких прав в отношении определенных способов использования соответствующих объектов либо для управления любыми авторскими и (или) смежными правами. В случае расширения сферы деятельности ОКУ может возникнуть ситуация, когда еще не все ее члены успели оформить свои договорные отношения по управлению правами в новой сфере со своей ОКУ. Но в любом случае управление правами своих членов должно быть одним из основных принципов создания и деятельности любой ОКУ.

Смысл нормы, изложенной в первом предложении абз. 2 п. 3 ст. 1242 ГК, состоит в том, чтобы подчеркнуть возможность управления ОКУ правами не только своих членов, но и иных правообладателей.

С этой нормой неразрывно связан и другой вопрос: возможно ли управление ОКУ правами своих членов без договора? В рамках ОКУ, как организации корпоративного типа, возникают членские (корпоративные) отношения. Учитывая, что ОКУ создается правообладателями именно для управления принадлежащими им правами, логично было бы допустить управление ОКУ этими правами как прямой результат возникновения членских отношений.

Однако анализ положений п. 3 ст. 1242 ГК свидетельствует о том, что с любым правообладателем (как являющимся, так и не являющимся членом ОКУ) следует заключать соответствующий договор. В силу прямого указания закона "основанием полномочий" ОКУ представлять интересы конкретного правообладателя является не его членство в ОКУ, а заключенный с ним договор. Эта норма направлена на то, чтобы ясно и точно определять те результаты интеллектуальной деятельности и те виды правомочий на эти результаты, в отношении которых ОКУ принимает на себя обязательство осуществлять управление и соответственно представлять интересы автора.

Как уже отмечалось, договор ОКУ с правообладателем нельзя признать договором доверительного управления, а равно договором о передаче исключительного права или лицензионным договором. В подтверждение этого достаточно сослаться на п. 4 ст. 1242 ГК, согласно которому ОКУ не вправе использовать объекты авторских и смежных прав, исключительные права на которые переданы им в управление. Более того, правила раздела VII ГК о договорах об отчуждении исключительных прав и о лицензионных договорах к указанным договорам не применяются (абз. 3 п. 3 ст. 1242 ГК). Однако к договорам ОКУ с правообладателями применяются общие положения ГК об обязательствах (ст. 307 - 419) и о договоре (ст. 420 - 453). Это дает основание для отнесения данного договора к числу так называемых непоименованных договоров и его определения как договора *sui generis*. Тем не менее можно сказать, что данный договор достаточно близок к агентированию. В соответствии с пунктом 1 статьи 1005 ГК по агентскому договору одна сторона (агент) обязуется за вознаграждение совершать по поручению другой стороны (принципала) юридические и иные действия от своего имени, но за счет принципала либо от имени и за счет принципала.

Смысл управления правами, осуществляемого ОКУ, заключается в том, что ОКУ совершает сделки по предоставлению возможности использования управляемых ею исключительных прав на соответствующие объекты или отдельных правомочий в отношении соответствующих способов использования таких объектов, распределяет полученные от пользователей средства среди правообладателей, а также осуществляет необходимые действия по защите прав, переданных ей в управление. Таким образом, ОКУ осуществляет необходимые юридические и фактические действия в интересах правообладателей. В то же время ОКУ, заключая договоры с пользователями или предъявляя иски в суде, действуют как от своего имени, так и от имени правообладателей. Именно ОКУ принадлежат права и обязанности по таким договорам, они не переходят к конкретным правообладателям. В этом заключается особенность таких договоров, отличающая их от агентского договора <1>.

<1> В Законе об авторском праве не совсем логично, с одной стороны, в ст. 45 устанавливается, что "все возможные имущественные претензии обладателей авторских и смежных прав к пользователям, связанные с использованием их произведений и объектов смежных прав по таким лицензиям, должны быть урегулированы организацией, предоставляющей такие лицензии", а с другой стороны, согласно ст. 46 ОКУ выполняет свои функции от имени представляемых ею обладателей авторских и смежных прав и на основе полученных от них полномочий.

Главным существенным условием договора ОКУ с правообладателем, как и других гражданско-правовых договоров, является предмет. В договоре об управлении авторскими и смежными правами должны быть отражены сфера коллективного управления и те объекты, исключительные права на которые правообладатель передает в управление, или те способы использования, в отношении которых возникают права, передаваемые в управление.

Нельзя передавать в управление "все исключительные права" или "права на все объекты", права на которые возникли или могут возникнуть у правообладателя. В этом случае предмет не будет определен и договор нельзя считать заключенным. Кроме того, для целей коллективного управления необходимо вести реестр соответствующих прав и объектов, в отношении которых ОКУ выполняет свои обязанности по договору с правообладателем. Это может повлиять и на количество собираемых ОКУ средств, и на пропорции их распределения и может иметь определенное значение при возникновении спорных ситуаций в отношении коллективного управления правами.

На практике нередко возникает необходимость изменить предмет договора, заключенного правообладателем с ОКУ, - передать в управление те права на новые объекты, которые возникли после заключения договора, и т.п. Исходя из требований к форме этого договора (абз. 1 п. 3 ст. 1242 ГК), следует рекомендовать оформление таких изменений путем составления и подписания соответствующих письменных дополнений или приложений к заключенному с ОКУ договору.

Среди других условий управления правами, которые надлежит отразить в договоре, следует выделить размер средств, удерживаемых ОКУ, порядок перечисления собранных в пользу правообладателя средств, отчетность ОКУ перед правообладателем и пр.

Кодекс задает определенные рамки для таких условий договора. Так, в соответствии с абзацем 2 пункта 4 статьи 1243 ГК ОКУ вправе удерживать из собранного вознаграждения суммы:

- на покрытие необходимых расходов ОКУ по сбору, распределению и выплате такого вознаграждения;
- направляемые в специальные фонды, создаваемые этой организацией с согласия и в интересах представляемых ею правообладателей, в размерах и в порядке, которые предусмотрены уставом ОКУ.

При распределении собранных средств между правообладателями должен соблюдаться принцип равенства. Исходя из этого принципа, расходы ОКУ должны распределяться на равных началах между правообладателями. Однако если "для некоторых видов использования расходы по управлению правами выше, то и отчисления в повышенном размере должны осуществляться из вознаграждения, собранного только для тех правообладателей, чьи произведения использовались таким образом" <1>. Иными словами, повышенные расходы должны нести только те правообладатели, в отношении управления правами которых у ОКУ возникли такие повышенные расходы.

<1> Фичор М. Коллективное управление авторским правом и смежными правами. М., 1999. С. 92.

Безусловной задачей любой ОКУ является в конечном счете выплата собранных средств в качестве вознаграждения правообладателям. Однако с согласия правообладателя причитающиеся ему средства могут быть израсходованы иным образом. Речь идет о создании специальных фондов ОКУ. Положение о том, что фонды создаются с согласия правообладателей в размере и порядке, которые предусмотрены уставом ОКУ (абз. 2 п. 4 ст. 1243 ГК), означает, что для создания фонда необходимо специальное решение общего собрания участников ОКУ с внесением соответствующих изменений в устав (если положения о фондах не были предусмотрены в уставе при создании ОКУ). Однако в отношении правообладателей - не участников ОКУ отчисления в специальные фонды, созданные или создаваемые ОКУ, должны быть прямо предусмотрены в договорах с такими правообладателями со ссылкой на соответствующие положения устава ОКУ. Споры может вызвать вопрос о том, вправе ли ОКУ удерживать средства в созданный ею фонд из вознаграждения, причитающегося тем участникам этой организации, которые голосовали против принятия решения о создании такого фонда. Исходя из закрепленного в ГК общего принципа необходимости согласия правообладателя на создание фонда, требовать от таких членов перечисления средств в фонд нет оснований. На первый взгляд данный принцип вступает в противоречие с принципом корпоративной демократии, который действует в отношении всех организаций корпоративного типа и состоит в необходимости подчинения меньшинства решению большинства. Однако необходимость наличия договоров со всеми правообладателями (как являющихся, так и не являющихся членами) ставит решение данного вопроса в зависимость от условий таких договоров.

Положение абзаца 2 пункта 4 статьи 1243 ГК следует толковать ограничительно: никакие другие средства не могут быть вычтены ОКУ из полученного ею вознаграждения, кроме указанных в данном положении.

Абзац 3 пункта 4 статьи 1243 ГК устанавливает принцип регулярности применительно к распределению и выплате вознаграждения правообладателям. Сроки таких выплат устанавливаются уставом ОКУ, но принцип регулярности означает необходимость поддерживать равномерные периоды между выплатами (месяц, квартал). Данный принцип имеет и другой аспект. Регулярность означает, что между выплатами не должны быть продолжительные периоды времени. Конечно, на эти периоды и сроки выплат могут оказывать влияние различные факторы, в частности, связанные со сбором средств с пользователей, с получением информации о частоте использования объектов, права на которые управляются организацией, с необходимостью проведения распределения и т.д. Но в любом случае при установлении сроков выплат необходимо исходить из общих принципов разумности и добросовестности. Положения уставов ОКУ, предусматривающие сроки распределения и выплаты вознаграждения, должны отвечать данным требованиям.

Сведения, на основе которых ОКУ осуществляет распределение собранных средств, могут быть получены из разных источников. Прежде всего это данные, предоставляемые самими пользователями. Как указывается в пункте 3 статьи 1243 ГК, пользователи

"обязаны по требованию организации по управлению правами на коллективной основе представлять ей отчеты об использовании объектов авторских и смежных прав, а также иные сведения и документы, необходимые для сбора и распределения вознаграждения, перечень и сроки представления которых определяются в договоре". Однако получить указанные данные от всех пользователей не всегда удастся. Кроме того, вполне реальна необходимость проверять представляемые ими данные. Поэтому Кодекс предусматривает возможность получения данных из других источников, в том числе сведений статистического характера.

Отчет, представляемый ОКУ правообладателю, должен содержать сведения об использовании его прав, как указывается в абз. 4 п. 4 ст. 1243 ГК. Эти сведения в любом случае должны содержать данные о размере собранного вознаграждения и об удержанных из него суммах. Представляется необходимым включать в отчет ОКУ также данные о том, сколько раз использовался соответствующий объект, кем и в каком объеме (если, например, музыкальное произведение использовалось не целиком, а в виде отрывков).

Но не только договоры с правообладателями являются основанием полномочий ОКУ. В соответствии с абзацем 2 пункта 3 статьи 1242 ГК договор с другой ОКУ, в том числе и иностранной, также является основанием для полномочий организации. По сравнению с соответствующим положением Закона об авторском праве (п. 2 ст. 45) в ГК сделано одно небольшое, но важное уточнение. В указанном Законе говорится, что "полномочия на коллективное управление имущественными правами передаются... также по соответствующим договорам с иностранными организациями, управляющими аналогичными правами". Кодекс расширил сферу договоров между ОКУ.

Во-первых, Кодекс законодательно закрепил практику заключения соответствующих договоров между российскими ОКУ. Наличие этих договоров является важным элементом коллективного управления в нашей стране. Причиной заключения таких договоров является прежде всего целесообразность для нескольких ОКУ, действующих в одной сфере коллективного управления, выступать "единым представителем" правообладателей. Это выгодно пользователям, поскольку упрощает для них заключение договоров с ОКУ. Это также выгодно самим ОКУ и правообладателям, поскольку разногласия между ОКУ и стремление каждой из них "перетянуть одеяло на себя" приводят на практике к отказу пользователей заключать договоры с ОКУ на том основании, что сначала сами ОКУ должны договориться, кто действительно и в каком объеме представляет правообладателей в соответствующей сфере управления.

Во-вторых, не все ОКУ обладают развитой системой региональных представителей, необходимых для обеспечения сбора средств по всей стране. Опыт функционирования ОКУ показывает, что наиболее развитая система существует у Российского авторского общества. Отсутствие такой системы у других ОКУ серьезным образом осложняет работу по сбору средств и делает коллективное управление малоэффективным. Возможность воспользоваться системой иной ОКУ, причем даже действующей в другой сфере, способна решить данные проблемы <1>.

<1> Следует заметить, что признание в качестве ОКУ юридического лица, не обладающего эффективным аппаратом сбора и распределения средств, вызывает сомнения. В соответствии со статьей 5 Устава CISAC под обществом по управлению авторскими правами следует понимать любую организацию, которая, во-первых, ставит своей уставной целью и обеспечивает эффективную защиту моральных прав авторов и защиту их материальных интересов, а во-вторых, располагает эффективным аппаратом сбора и распределения средств, полученных в вознаграждение за использование авторского права, и берет на себя полную ответственность за все действия, связанные с управлением вверенными ей правами (см.: Липчик Д. Указ. соч. С. 362 - 363).

Договоры с иностранными ОКУ создают возможность для отечественных ОКУ представлять не только российских, но и зарубежных правообладателей. Кроме того, во многих иностранных государствах система коллективного управления уже сложилась, и ОКУ функционируют довольно долго и успешно. Поэтому договоры с иностранными ОКУ свидетельствуют об определенном признании российской ОКУ в соответствующей сфере управления. Но, как уже отмечалось, на процесс заключения договоров с иностранными ОКУ может оказать существенное влияние членство в соответствующей международной организации в сфере коллективного управления.

На основе заключенных договоров ОКУ формирует реестры, содержащие сведения о правообладателях, о правах, переданных ей в управление, а также об объектах авторских и смежных прав (п. 5 ст. 1243 ГК). Сведения, содержащиеся в таких реестрах, являются общедоступными, за исключением случаев, когда их разглашение в соответствии с законом возможно только с согласия правообладателя.

Кроме того, информация, содержащаяся в таких реестрах, должна быть размещена ОКУ в "общедоступной информационной системе". Другими словами, ОКУ следует иметь свой сайт в Интернете, на котором должна быть размещена информация о правах, переданных ей в управление, включая "наименование объекта авторских или смежных прав, имя автора или иного правообладателя" (абз. 2 п. 5 ст. 1243 ГК).

Другой стороной деятельности ОКУ являются ее взаимоотношения с пользователями.

С учетом того, что ОКУ действуют как в сферах, где пользователям необходимо получать согласие правообладателей на использование объектов авторских и смежных прав, так и в сферах, где такого согласия не требуется, взаимоотношения ОКУ с пользователями могут строиться по двум основным схемам: заключение с пользователями (1) лицензионных договоров или (2) договоров о выплате вознаграждения. Об этом говорится в пункте 1 статьи 1243 ГК.

Лицензионный договор заключается с пользователями на условиях простой (неисключительной) лицензии. В Законе об авторском праве содержалось положение о том, что условия таких лицензий должны быть одинаковыми для всех пользователей одной категории (ст. 45). Кодекс вполне обоснованно не содержит такого положения. Прежде всего обращает на себя внимание неудачный выбор слова "одинаковыми", поскольку за ним стоит уравнивание всех пользователей одной категории вне зависимости от объема и других условий использования объектов авторских и смежных прав (репертуара). Если же говорить о равенстве условий лицензий для разных пользователей, то данный принцип здесь также не всегда приемлем. Учитывая, что лицензионные соглашения с пользователями носят срочный характер и, как правило, заключаются на год, опыт предыдущих взаимоотношений с этим пользователем может повлиять на условия предоставления ему лицензии. Нарушения, допущенные при использовании репертуара, задержки в перечислении средств на выплату вознаграждения правообладателям, непредставление сведений об использовании репертуара могут заставить ОКУ дифференцированно подходить к условиям лицензии в последующем.

Конечно, на основании абзаца 2 пункта 1 статьи 1243 ГК (п. 3 ст. 45 Закона об авторском праве) ОКУ может отказать пользователю в заключении договора. Однако не любое нарушение договора можно признать достаточным основанием для такого отказа. Более того, не всегда отказ может быть выгоден ОКУ и главное - правообладателям. Поэтому возможность изменения условий лицензионного договора в зависимости от предыдущего поведения пользователя является обоснованной и целесообразной.

Несмотря на наличие коллективного управления авторскими и смежными правами, законодатель не может ограничить возможность правообладателя самому осуществлять управление своими правами в индивидуальном порядке. Поэтому пунктом 2 статьи 1243 ГК предусмотрена возможность для правообладателя заключать договор непосредственно с пользователем. Тем не менее и в такой ситуации сбор средств для правообладателя

может быть возложен им на ОКУ, если в лицензионном договоре правообладателя с пользователем это прямо предусмотрено. Причем Кодекс не ограничивает рассматриваемое положение сферой коллективного управления, из чего можно сделать вывод о возможности сбора средств для правообладателя ОКУ и вне сфер коллективного управления, т.е. когда осуществление авторских и смежных прав правообладателем в индивидуальном порядке не затруднено.

Другим видом договоров, заключаемых ОКУ с пользователями, является договор о выплате вознаграждения.

Заключение ОКУ лицензионного договора означает, что, хотя осуществление авторских и смежных прав в индивидуальном порядке затруднено, пользователю необходимо согласие на использование соответствующих объектов авторских и смежных прав. В отличие от этого договор о выплате вознаграждения заключается в том случае, когда законом допускается использование объектов авторских и смежных прав без согласия правообладателей (или ОКУ), но с выплатой вознаграждения. Поэтому предметом данного договора (в отличие от лицензионного) является не предоставление разрешения (лицензии) на использование объектов авторских и смежных прав, а порядок выплаты вознаграждения за такое использование.

Отсутствие необходимости получения разрешения на использование объектов авторских и смежных прав поднимает вопрос о возможности отказа в заключении договора о выплате вознаграждения на очередной срок с пользователем, который неоднократно и грубо нарушал условия выплаты вознаграждения за использование таких объектов. Ответ на этот вопрос зависит от ответа на другой вопрос: чем является выплата вознаграждения - условием предоставления права использования объектов авторских и смежных прав или условием осуществления такого использования, предоставление права на которое безусловно? Конструкция, заложенная в Кодексе (а равно в Законе об авторском праве), свидетельствует о том, что выплата вознаграждения - это именно условие использования объектов авторских и смежных прав, а значит, отказать в заключении договора нельзя. В то же время можно запретить использование объектов авторских и смежных прав до выполнения условий договора о выплате вознаграждения в полном объеме (например, до погашения имеющейся задолженности по выплате вознаграждения).

Другие условия договора о выплате вознаграждения (отчетность, периодичность выплат и т.д.) аналогичны условиям лицензионного договора.

Управление авторскими и смежными правами на коллективной
основе организациями, имеющими государственную аккредитацию
(статьи 1244, 1245)

Как уже отмечалось, в определенных сферах осуществления авторских и смежных прав законодатель признал не только необходимость коллективного управления такими правами, но и управление ими одной аккредитованной ОКУ, осуществляющей при этом расширенное управление.

Такое решение объясняется следующими причинами.

В принципе чем меньше ОКУ представляют правообладателей, тем проще и прозрачнее строятся отношения по линии правообладатели - ОКУ - пользователи. Кроме того, имеется негативный с точки зрения защиты интересов правообладателей и пользователей опыт функционирования нескольких ОКУ, заявляющих о представительстве всех правообладателей в некоторых из перечисленных в п. 1 ст. 1244 ГК сфер. С этой точки зрения допущение расширенного управления оправданно и целесообразно. Но признание расширенного управления должно быть обставлено таким образом, чтобы исключить или по крайней мере серьезно ограничить возможные злоупотребления. Поэтому нельзя допустить множественность ОКУ, осуществляющих

расширенное управление. А с другой стороны, необходима известная конкретика в плане сфер, в которых расширенное управление допустимо. Ибо создать закрытый перечень всех сфер, где возможно или целесообразно коллективное управление, затруднительно. Таким образом, необходимы механизмы ограничения ОКУ (в данном случае - государственная аккредитация), осуществляющих расширенное управление авторскими и смежными правами в конкретных сферах.

Сферы, в которых устанавливается государственная аккредитация ОКУ, уже давно получили признание как сферы коллективного управления. Важно, что не только правообладатели, но и пользователи признают их в качестве таковых.

Поскольку теперь в каждой из указанных в п. 1 ст. 1244 ГК сфер будет действовать только одна ОКУ, она будет находиться в особом положении. Поэтому в Кодексе устанавливается, что в отношении деятельности аккредитованной ОКУ не применяются ограничения, предусмотренные антимонопольным законодательством.

В соответствии с пунктом 1 статьи 4 Федерального закона от 26 июля 2006 г. N 135-ФЗ "О защите конкуренции" под товаром понимается объект гражданских прав (в том числе работа, услуга, включая финансовую услугу), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот. Результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации относятся на основании ст. 128 ГК к объектам гражданских прав, а значит, подпадают под понятие товара в смысле антимонопольного законодательства.

Правда, возникают вопросы о соотношении понятий ОКУ и ее деятельности с понятиями товарного рынка и хозяйствующего субъекта.

В пункте 5 статьи 4 указанного Закона "хозяйствующий субъект" определяется как индивидуальный предприниматель, коммерческая организация, а также некоммерческая организация, осуществляющая деятельность, приносящую ей доход. Как уже отмечалось, деятельность ОКУ должна быть исключительной, и она направлена не на получение прибыли, а на распределение и выплату вознаграждения правообладателям. В то же время какие-то средства, составляющие определенный процент от собранных сумм, ОКУ оставляет у себя с целью покрытия необходимых расходов. Возможно ли их оценивать как доход ОКУ? Поскольку в соответствии со статьей 247 Налогового кодекса РФ объектом налогообложения по налогу на прибыль российских организаций признаются полученные доходы, уменьшенные на величину произведенных расходов, которые определяются в соответствии с НК РФ, ОКУ может быть отнесена к хозяйствующим субъектам.

Товарным рынком по пункту 4 статьи 4 Федерального закона "О защите конкуренции" является "сфера обращения товара (в том числе товара иностранного производства), который не может быть заменен другим товаром, или взаимозаменяемых товаров... в границах которой (в том числе географических), исходя из экономической, технической или иной возможности либо целесообразности, приобретатель может приобрести товар, и такая возможность либо целесообразность отсутствует за ее пределами".

Таким образом, на рынки интеллектуальной собственности распространяется антимонопольное законодательство. В то же время изначально целесообразное особое положение аккредитованных ОКУ предопределяет изъятие их деятельности из-под регулирования антимонопольного законодательства <1>.

<1> Нормы Федерального закона "О защите конкуренции" косвенным образом подтверждают этот вывод. В части 4 статьи 10 Закона, регулирующей вопросы, связанные с тем, чтобы не допустить злоупотребления, указывается, что "требования настоящей статьи не распространяются на действия по осуществлению исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации юридического лица, средства индивидуализации продукции, работ или услуг". Значит, остальные нормы данного Закона на отношения в сфере интеллектуальной

собственности распространяются, что относится и к ОКУ как участникам оборота произведений и объектов смежных прав.

Но данное изъятие, предусмотренное ГК только и специально для аккредитованных ОКУ, означает распространение антимонопольного законодательства на остальные ОКУ, действующие как в тех сферах, где осуществляется государственная аккредитация, так и в иных сферах.

Гражданский кодекс предусматривает и определяет шесть сфер, в которых осуществляется государственная аккредитация ОКУ.

1. Управление исключительными правами на обнародованные музыкальные произведения (с текстом или без текста) и отрывки музыкально-драматических произведений в отношении их публичного исполнения, сообщения в эфир или по кабелю, в том числе путем ретрансляции (подп. 1 п. 1 ст. 1244 ГК).

Данная сфера является традиционной сферой коллективного управления, и система функционирования ОКУ в ней развита во всем мире.

Из описания этой сферы можно сделать вывод о том, что ею охватываются все музыкальные произведения. Однако музыкальные произведения с точки зрения управления исключительными правами на них делятся на произведения "малых" и "больших" форм. К первым относятся песни, небольшие мелодии и т.д. Ко вторым - оперы, мюзиклы и т.д., причем не всегда их можно определить как исключительно музыкальные. Ко многим из них (если не к большинству) применимо понятие "музыкально-драматические произведения". В отношении первых необходимо коллективное управление исключительными правами на них в силу особенностей их использования. Управление правами на произведения второй группы ("большие формы") осуществляется в индивидуальном порядке. В то же время отдельные отрывки из них (увертюры, арии, партии) опять-таки в силу возможности их использования как произведений "малых форм" требуют коллективного управления правами на них.

В соответствии с пунктом 2 статьи 1270 ГК использование произведения возможно различными способами. И далеко не все способы связаны с коллективным управлением. Поэтому в Кодексе прямо указывается, в отношении каких способов использования осуществляется коллективное управление правами на музыкальные произведения. Это публичное исполнение и сообщение в эфир или по кабелю, в том числе путем ретрансляции (подп. 6 - 8 п. 2 ст. 1270 ГК).

2. Осуществление прав композиторов, являющихся авторами музыкальных произведений (с текстом или без текста), использованных в аудиовизуальном произведении, на получение вознаграждения за публичное исполнение или сообщение в эфир или по кабелю такого аудиовизуального произведения (подп. 2 п. 1 ст. 1244 ГК РФ).

Указанный случай коллективного управления уже был рассмотрен выше. Здесь лишь стоит еще раз подчеркнуть, что в соответствии с п. 3 ст. 1263 ГК РФ при публичном исполнении либо сообщении в эфир или по кабелю аудиовизуального произведения композитор сохраняет право на вознаграждение за указанные виды использования его музыкального произведения. Следовательно, в данном случае получение вознаграждения связано с тем, что у композитора сохраняется "остаточное" исключительное право после передачи собственно исключительного права другому лицу (вторичному правообладателю).

3. Управление правом следования в отношении произведений изобразительного искусства, а также авторских рукописей (автографов) литературных и музыкальных произведений (подп. 3 п. 1 ст. 1244 ГК).

Право следования (ст. 1293 ГК) является личным имущественным правом творца. Как указывается в Директиве Европейского парламента и Совета 2001/84/ЕС от 27 сентября 2001 г., право следования является непереуступаемым и неотъемлемым правом, предоставляемым автору оригинала произведения графического или пластического

искусства в его экономических интересах при последующих продажах упомянутого произведения.

При этом речь идет не о любой перепродаже произведения, а только о публичной перепродаже (п. 1 ст. 1293 ГК), например при продаже картины с аукциона.

Институт коллективного управления правом следования развит в европейских странах. Как показывает опыт функционирования европейских ОКУ, важное значение для осуществления управления в данной сфере имеет заключение соглашений с ассоциациями, союзами и прочими объединениями лиц, осуществляющих публичную перепродажу произведений изобразительного искусства.

4. Осуществление прав авторов, исполнителей, изготовителей фонограмм и аудиовизуальных произведений на получение вознаграждения за воспроизведение фонограмм и аудиовизуальных произведений в личных целях (подп. 4 п. 1 ст. 1244 ГК).

Очевидно, что воспроизведение фонограмм и аудиовизуальных произведений в личных целях (или так называемая домашняя перезапись) ущемляет имущественные интересы правообладателей, лишая их вознаграждения с каждого воспроизведенного (перезаписанного) экземпляра фонограммы или аудиовизуального произведения. В то же время обеспечить заключение необходимых договоров с ОКУ при каждом факте воспроизведения в личных целях практически невозможно. Следовательно, единственным выходом из такой ситуации является разрешение свободного воспроизведения фонограмм и аудиовизуальных произведений в личных целях с выплатой вознаграждения правообладателям. Но и обычный порядок выплаты вознаграждения пользователями в данном случае тоже не годится. Поэтому в статье 1245 ГК установлен особый порядок выплаты такого вознаграждения.

Отправной единицей для исчисления вознаграждения в этих случаях являются оборудование и материальные носители, используемые для воспроизведения фонограмм и аудиовизуальных произведений. К такому оборудованию можно отнести различного рода магнитофоны с функцией "запись", программы и комплектующие к компьютерам, обеспечивающие перезапись в домашних условиях. Если же речь идет о профессиональном оборудовании, т.е. оборудовании, которое предназначено для воспроизведения не в домашних условиях, то такое оборудование не является объектом для выплаты вознаграждения (п. 4 ст. 1245 ГК). Материальными носителями являются кассеты, диски и прочие носители, предназначенные и используемые для воспроизведения.

Лицами, которые уплачивают вознаграждение за воспроизведение фонограмм и аудиовизуальных произведений в личных целях, являются изготовители и импортеры такого оборудования и материальных носителей. Если речь идет о поставках на рынок произведенных в России оборудования и материальных носителей, то плательщиками являются производители. При этом экспортируемые из России оборудование и материальные носители не учитываются при сборе вознаграждения (п. 4 ст. 1245 ГК). В отношении импортного оборудования и материальных носителей плательщиками выступают импортеры при ввозе на территорию России указанных объектов.

Закон определяет в качестве получателей вознаграждения авторов, исполнителей, изготовителей фонограмм и аудиовизуальных произведений (п. 1 ст. 1245 ГК). Анализ содержания норм о распределении вознаграждения приводит к выводу о том, что данные категории участвуют в получении вознаграждения вне зависимости от передачи исключительного права на произведение, исполнение и фонограмму.

Почему в данном случае Кодекс не принимает во внимание именно обладателя исключительного права? Это объясняется двумя причинами. Во-первых, если бы Кодекс исходил из необходимости выплаты вознаграждения обладателю исключительного права, то, учитывая, что оборот исключительных прав на указанные объекты нельзя остановить или прекратить, это могло бы привести к невозможности установления конечных получателей вознаграждения и таким образом запутать и без того непростую ситуацию со

сбором средств в указанной сфере. Во-вторых (и это главное), при домашней перезаписи ущемляются интересы прежде всего указанных категорий лиц. Вторичные обладатели исключительного права имеют представление о характере и объеме использования приобретаемых прав. Авторы, исполнители, производители фонограмм и аудиовизуальных произведений, напротив, как инициаторы использования произведений и объектов смежных прав и как первичные правообладатели при отчуждении могут рассчитывать на вознаграждение, учитывая в том числе тираж выпуска экземпляров и многократность использования указанных объектов. А это как раз и подрывается распространенностью воспроизведения в личных целях.

В абзаце 2 пункта 1 статьи 1245 ГК указывается, что перечень оборудования и материальных носителей, а также размер и порядок сбора соответствующих средств утверждаются Правительством Российской Федерации. Как уже отмечалось, положения ст. 1245 ГК возникли на основе норм Закона об авторском праве (ст. 26 и 39). Однако системные противоречия в конструкции коллективного управления, которые содержатся в этом Законе и были отмечены выше, не позволяли реализовать нормы о сборе вознаграждения за воспроизведение фонограмм и аудиовизуальных произведений в личных целях. Из-за пассивной позиции правообладателей и невозможности достичь компромисса между разными ОКУ по вопросам сбора и распределения средств за свободное воспроизведение в Правительство РФ так и не поступил проект перечня указанных объектов. С введением аккредитации ОКУ в указанной сфере ситуация должна измениться.

В целях способствования решению проблемы по распределению средств между получателями вознаграждения в п. 3 ст. 1245 ГК определены пропорции распределения вознаграждения в личных целях: 40% - авторам, 30% - исполнителям и 30% - изготовителям фонограмм или аудиовизуальных произведений. Суммы конкретных выплат зависят от фактического использования фонограмм или аудиовизуальных произведений.

5. Осуществление прав исполнителей и изготовителей фонограмм на получение вознаграждения за публичное исполнение, а также за сообщение в эфир или по кабелю фонограмм, опубликованных в коммерческих целях (подп. 5 и 6 п. 1 ст. 1244 ГК).

Конструкция коллективного управления рассматриваемыми правами аналогична конструкции, указанной в подп. 1 п. 1 ст. 1244 ГК. Более того, использование исполнений и фонограмм (подп. 5 и 6 п. 1) происходит одновременно с использованием музыкальных произведений (подп. 1 п. 1). Следовательно, деятельность аккредитованных ОКУ, управляющих авторскими правами, правами исполнителей и правами производителей фонограмм, имеет параллельную направленность. Это также является основой для их взаимодействия и заключения между собой соглашений о сборе и распределении средств на выплату вознаграждения.

Следует подчеркнуть, что в подпунктах 5 и 6 пункта 1 статьи 1244 ГК речь совершенно определенно идет об управлении исключительным правом исполнителей и изготовителей фонограмм. Как указано в пункте 1 статьи 1326 ГК, "публичное исполнение фонограммы, опубликованной в коммерческих целях, а также ее сообщение в эфир или по кабелю допускается без разрешения обладателя исключительного права на фонограмму и обладателя исключительного права на зафиксированное в этой фонограмме исполнение, но с выплатой вознаграждения".

С учетом того, что в пункте 3 статьи 1326 ГК пропорции распределения вознаграждения между обладателем исключительного права на исполнение и обладателем исключительного права на фонограмму установлены 50/50, расходы аккредитованных ОКУ по сбору такого вознаграждения должны распределяться между ними также на паритетных началах. Что же касается расходов на распределение вознаграждения, то они зависят от организации деятельности каждой из аккредитованных ОКУ.

Порядок государственной аккредитации ОКУ определяется Правительством Российской Федерации. Однако Кодексом предусмотрен ряд важных положений, по существу предопределяющих принципиальные основы государственной аккредитации.

В части 2 пункта 1 статьи 1244 ГК устанавливается, что государственная аккредитация осуществляется на основе принципа открытости процедуры и учета мнения заинтересованных лиц, включая правообладателей. Гласность процедуры аккредитации должна обеспечить объективность при выборе соответствующей организации. При этом при осуществлении аккредитации должно учитываться не только мнение чиновников уполномоченного федерального органа исполнительной власти, отвечающих за аккредитацию, но и мнение ассоциаций правообладателей, союзов творческих деятелей, иных заинтересованных и общественно значимых объединений.

Абзацем 1 пункта 6 статьи 1244 ГК установлено, что деятельность аккредитованных ОКУ осуществляется под контролем уполномоченного федерального органа исполнительной власти.

Таким органом является Федеральная служба по надзору в сфере массовых коммуникаций, связи и охраны культурного наследия. В соответствии с Положением о данной службе, утвержденным Постановлением Правительства РФ от 6 июня 2007 г. N 354, Россвязьохранкультура России осуществляет государственную аккредитацию ОКУ (п. 5.3.4), государственный контроль и надзор за деятельностью аккредитованных государством ОКУ (п. 5.3.1.5), принимает нормативные правовые акты по вопросу установления формы отчета о деятельности аккредитованных государством ОКУ (п. 5.2.4).

Последним вопросом, связанным с аккредитацией государством ОКУ, является вопрос о разработке типового устава аккредитованной ОКУ, порядок утверждения которого в соответствии с п. 7 ст. 1244 ГК определяется Правительством Российской Федерации.

Положением о Россвязьохранкультуре России этот вопрос прямо не решен. В то же время пунктом 5.1 данного документа определяется, что Федеральная служба по надзору в сфере массовых коммуникаций, связи и охраны культурного наследия вносит в Правительство РФ проекты федеральных законов, правовых актов Президента РФ и Правительства РФ и другие документы, по которым требуется решение Правительства РФ, по вопросам, относящимся к установленной сфере ведения Россвязьохранкультуры России.

Возможность только для одной ОКУ получить государственную аккредитацию в соответствующей сфере коллективного управления не обязательно означает, что число аккредитованных ОКУ должно совпадать с числом сфер, в которых государственная аккредитация осуществляется. Как указано в абзаце 2 пункта 2 ст. 1244 ГК, организация по управлению правами на коллективной основе "может получить государственную аккредитацию на осуществление деятельности в одной, двух и более сферах коллективного управления, указанных в пункте 1 настоящей статьи".

Введение аккредитации ОКУ не означает также введение запрета на деятельность других (неаккредитованных) ОКУ в соответствующей сфере коллективного управления, а равно не означает введение запрета на иные формы управления авторскими и смежными правами, охватываемыми соответствующей сферой.

В абзаце 2 пункта 3 статьи 1244 ГК прямо указывается, что наличие аккредитованной ОКУ не препятствует созданию других ОКУ, в том числе в сферах, указанных в п. 1 ст. 1244. Просто такие ОКУ не смогут осуществлять расширенное коллективное управление, осуществляя представительство только тех правообладателей, с которыми у них заключены договоры на управление правами.

В соответствии с пунктом 4 статьи 1244 ГК правообладатель, не заключивший с аккредитованной ОКУ договора о передаче полномочий по управлению правами, вправе в любой момент полностью или частично отказаться от управления этой организацией его

правами. Отказ оформляется письменным уведомлением, направляемым аккредитованной ОКУ.

Если правообладатель полностью отказывается от управления своими правами аккредитованной ОКУ, то по смыслу положений Кодекса аккредитованная ОКУ должна перестать управлять всеми правами данного лица, как уже существующими, так и теми, которые, возможно, появятся впоследствии. Иными словами, созданное новое произведение, права на которое принадлежат отказавшемуся от управления правообладателю, также должно быть исключено из реестра объектов, правами на которые управляет аккредитованная ОКУ. В своем уведомлении правообладатель не должен указывать права и объекты, в отношении которых он отказывается от управления. Из его уведомления должно следовать однозначно лишь одно: отказ от управления является полным.

Если правообладатель заявляет о частичном отказе - ситуация обратная. Правообладатель должен представить в аккредитованную ОКУ перечень прав и (или) объектов, исключения которых он требует. Все права и (или) объекты, которые не поименованы в уведомлении правообладателя, остаются в реестре аккредитованной ОКУ и управление ими осуществляется ею по-прежнему. Равным образом и права, возникающие после того, как заявлен частичный отказ, попадают в сферу управления аккредитованной ОКУ.

Аккредитованной ОКУ для исключения соответствующих прав и (или) объектов из осуществляемого ею управления в связи с получением уведомления от правообладателя может понадобиться время. Поэтому Кодексом предусмотрено, что по истечении трех месяцев со дня получения от правообладателя соответствующего уведомления аккредитованная организация обязана исключить указанные им права и (или) объекты из договоров со всеми пользователями и разместить информацию об этом в общедоступной информационной системе. Поскольку до момента исключения соответствующие права могли использоваться, аккредитованная ОКУ обязана уплатить правообладателю причитающееся вознаграждение, полученное от пользователей в соответствии с ранее заключенными договорами, и представить ему отчет об использовании его прав.

Аккредитация ОКУ и связанное с ее получением расширенное управление авторскими и смежными правами накладывают определенные дополнительные обязанности на аккредитованную ОКУ.

Так, в соответствии с пунктом 6 статьи 1244 ГК аккредитованные ОКУ обязаны ежегодно представлять в уполномоченный федеральный орган исполнительной власти отчет о своей деятельности, а также публиковать его в общероссийском средстве массовой информации.

Изменяется и статус ОКУ как корпоративной организации. Возможность представлять всех правообладателей трансформирует ОКУ в открытую корпорацию. Как указано в пункте 5 статьи 1244 ГК, если иное не установлено законом, аккредитованная организация не вправе отказать в приеме в члены этой организации правообладателю, имеющему право на получение вознаграждения в соответствии с заключенными этой организацией лицензионными договорами и договорами о выплате вознаграждения. А поскольку любой правообладатель может заключить договор о передаче полномочий по управлению правами с ОКУ, осуществляющей управление соответствующей категорией прав (абз. 2 п. 3 ст. 1242 ГК), то получается, что членом аккредитованной ОКУ может стать любой такой правообладатель.

Согласно пункту 5 статьи 1244 ГК аккредитованная организация обязана принимать разумные и достаточные меры по установлению правообладателей, имеющих право на получение вознаграждения в соответствии с заключенными этой организацией лицензионными договорами и договорами о выплате вознаграждения. Это положение следует толковать расширительно. Аккредитованная ОКУ как организация, профессионально осуществляющая расширенное управление чужими правами, должна

принимать все возможные меры к установлению всех правообладателей, которым причитается выплата вознаграждения.

С другой стороны, меры, принимать которые требует ГК, нельзя считать разумными, когда расходы, связанные с принятием таких мер, несоизмеримо больше размера вознаграждения, причитающегося правообладателю.

Кодекс не содержит ответа на вопрос о том, что должна делать ОКУ с денежными средствами, подлежащими выплате в качестве вознаграждения в ситуации, когда правообладателя установить не удалось.

В Законе об авторском праве (п. 4 ст. 45) предусматривалось правило, согласно которому ОКУ вправе сохранять не востребованное вознаграждение, включая его в распределяемые суммы или обращая на другие цели в интересах представляемых ею обладателей авторских и смежных прав по истечении трех лет с даты его поступления на счет организации. При подготовке проекта части четвертой ГК данная норма не была включена в Кодекс, поскольку закрепление такого правила в законе носит спорный характер и может способствовать злоупотреблениям со стороны недобросовестных работников ОКУ.

Представляется, что данный вопрос необходимо решать в типовом уставе аккредитованной ОКУ, который должен быть утвержден в порядке, определяемом Правительством РФ (п. 7 ст. 1244 ГК).

Способы защиты интеллектуальных прав и ответственность за их нарушение (статьи 1250 - 1254)

1. Если главным недостатком прежних законов об интеллектуальной собственности является отсутствие в них правового инструментария, который обеспечивал бы эффективное участие исключительных прав в гражданском обороте, то второй (и вряд ли менее серьезный) составляет несовершенство правил этих законов об ответственности за нарушения интеллектуальных прав.

Несмотря на то что эти правила прежних законов (кроме Закона о селекционных достижениях) претерпели существенные изменения совсем незадолго до принятия части четвертой ГК ^{<1>} (и, как можно заметить, со значительным использованием предыдущих вариантов ее проекта), свои недостатки эти нормы об ответственности сохранили.

^{<1>} См.: Федеральные законы от 9 июля 2002 г. N 82-ФЗ "О внесении изменений и дополнений в Закон Российской Федерации "О правовой охране топологий интегральных микросхем" (СЗ РФ. 2002. N 28. Ст. 2786), от 11 декабря 2002 г. N 166-ФЗ "О внесении изменений и дополнений в Закон Российской Федерации "О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров" (СЗ РФ. 2002. N 50. Ст. 4927), от 24 декабря 2002 г. N 177-ФЗ "О внесении изменений и дополнений в Закон Российской Федерации "О правовой охране программ для электронных вычислительных машин и баз данных" (СЗ РФ. 2002. N 52 (ч. 1). Ст. 5133), от 7 февраля 2003 г. N 22-ФЗ "О внесении изменений и дополнений в Патентный закон Российской Федерации" (СЗ РФ. 2003. N 6. Ст. 505), от 20 июля 2004 г. N 72-ФЗ "О внесении изменений в Закон Российской Федерации "Об авторском праве и смежных правах" (СЗ РФ. 2004. N 30. Ст. 3090).

Таких пороков, изначально присущих этим нормам, два, остальные их недостатки являются лишь следствием этих двух несовершенств принципиального характера.

Во-первых, в прежних законах об интеллектуальной собственности не определена достаточно ясно для правоприменения или не определена вообще принадлежность

установленных в них мер и институтов ответственности к конкретной отрасли права и законодательства.

Только слова о возмещении убытков в большинстве этих законов дополнены указанием на то, что возмещение происходит "в соответствии с гражданским законодательством" <1>. На фоне лишь общей отсылки к применению за нарушение соответствующего закона мер "гражданско-правовой, административной или уголовной ответственности" <2> или - еще проще - "ответственности, установленной действующим законодательством" <3>, трудно определить, к какой отрасли законодательства и права надо причислять такие меры ответственности и способы защиты интеллектуальных прав, как так называемая альтернативная компенсация, изъятие у нарушителя контрафактных товаров, их конфискация и уничтожение или передача правообладателю и даже такие способы защиты, как пресечение нарушения или публикация состоявшегося судебного решения <4>.

<1> Подпункт 3 пункта 2 статьи 14 Патентного закона, п. 2 и 3 ст. 46 Закона о товарных знаках, п. 1 ст. 18 Закона о правовой охране программ для ЭВМ, п. 1 ст. 11 Закона о правовой охране топологий.

<2> Статья 32 Патентного закона, п. 1 ст. 46 Закона о товарных знаках, п. 1 ст. 48 Закона об авторском праве.

<3> Пункт 2 статьи 29 Закона о селекционных достижениях.

<4> В Законе об авторском праве в 2004 г. статья 49, называвшаяся "Гражданско-правовые или иные меры защиты авторских и смежных прав", получила название "Гражданско-правовые способы защиты авторского права и смежных прав"; такая мера, как конфискация и уничтожение контрафакта, была из нее выделена в самостоятельную статью, но от этого правовая природа этой "меры защиты" не стала яснее.

Исходя из природы отношений, регулируемых прежними законами об интеллектуальной собственности, логично рассматривать установленные в этих законах способы защиты интеллектуальных прав и меры ответственности за их нарушение (если не все, то по крайней мере основные) как гражданско-правовые способы защиты и меры ответственности. Но при попытке так ответить на вопрос обнаруживается другой серьезный недостаток этих законов - полное отсутствие определенности в отношении типа этой гражданско-правовой ответственности. Под какие именно нормы ГК о защите гражданских прав и об ответственности подпадает ответственность за нарушение прав в сфере интеллектуальной собственности: только под общие (ст. 11 - 16), под нормы об ответственности за нарушение личных неимущественных прав и посягательства на другие нематериальные блага (ст. 150 - 152), под общие правила об ответственности за нарушение обязательств (гл. 25) или (и) под нормы об обязательствах из причинения вреда (§ 1 и 4 гл. 59)?

Создается впечатление, что создатели прежних законов об интеллектуальной собственности неосознанно исходили из того, что за нарушения интеллектуальных прав существует какая-то особая ответственность, некий автономный тип ответственности. Эта "автономность" прежних законов не давала возможности точно и определенно ответить в них на первостепенные для практики вопросы - о лицах, уполномоченных прибегать к соответствующим средствам защиты и мерам ответственности, о ее основаниях <1> и ряд других <2>.

<1> По-видимому, лишь оторванностью прежних законов об интеллектуальной собственности от иного российского законодательства можно объяснить то, что право требовать применения санкций за незаконное использование места наименования товара было предоставлено не только правообладателям, но и "государственному органу, прокурору или общественной организации" (п. 3 ст. 46 Закона о товарных знаках), а в

отношении любого лица, нарушающего права обладателя патента на селекционное достижение, было раз и навсегда установлено, что оно "считается виновным" в нарушении - в недостоверности записей в государственном реестре, представлении документов, содержащих недостоверные сведения и т.п. (п. 1 ст. 29 Закона о селекционных достижениях; см. также ст. 28).

<2> Весьма показательным следствием этого является создававшееся несколько лет обширное (44 пункта) Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 19 июня 2006 г. N 15. В этом Постановлении, специально посвященном применению законодательства об авторском праве и смежных правах, действующий Гражданский кодекс упомянут трижды, в том числе два раза в связи с применением не вызывающих сомнения норм об исковой давности (п. 17) и один раз - когда говорится о применимости к авторским делам способов защиты прав, названных в ст. 12 ГК (п. 43). О том, как следует применять перечисленные тут же "специальные" способы защиты (компенсация, конфискация контрафакта, возмещение морального вреда) и как их применение должно соотноситься с нормами ГК, в Постановлении не сказано ничего.

Кодификация законодательства об интеллектуальных правах в составе Гражданского кодекса необходимо заставляет соотносить нормы этого законодательства, вошедшие в Кодекс, с другими его положениями. По чисто практическим причинам такая необходимость возникает в первую очередь в отношении норм об ответственности за нарушение интеллектуальных прав.

2. Несмотря на включение в часть четвертую ГК значительного числа норм о договорах, связанных с распоряжением исключительными правами, и об ответственности по таким договорам (в том числе ряда новелл), эти нормы об ответственности не получили отражения в специальных статьях в общей части раздела VII ГК - в его главе 69. Причина этого проста. В отношении ответственности за неисполнение и ненадлежащее исполнение договоров подробные общие правила имеются в общей части обязательственного права (разд. III ГК), главным образом в ее гл. 25 ("Ответственность за нарушение обязательств"). Отдельные общие нормы, в которых была необходимость в разделе VII ГК, вошли в статьи о соответствующих договорах (например, в п. 5 ст. 1234, п. 3 и 4 ст. 1237, п. 4 ст. 1238 ГК).

Иначе обстоит дело с нормами об ответственности за нарушение исключительных прав вне договора, а также личных неимущественных прав. В других разделах ГК нет общих правил о гражданско-правовой ответственности, в которых учитывались бы особенности ответственности за нарушения абсолютных прав на нематериальные объекты. Это и вызвало необходимость во включении в главу 69 ГК нескольких статей о защите интеллектуальных (прежде всего, исключительных) прав. Статьи 1250 - 1254 ГК содержат положения, главным образом посвященные применению к интеллектуальным правам общих способов защиты гражданских прав (п. 1 ст. 1250, п. 1 ст. 1251, п. 1 и 7 ст. 1252, ст. 1253), специальным способам их защиты и соответствующим мерам ответственности (п. 3 ст. 1250), определению лиц, уполномоченных предъявлять требования о защите интеллектуальных прав, и лиц, ответственных за нарушение этих прав (п. 2 ст. 1250, п. 1 ст. 1252, ст. 1254).

Вместе с тем появление в ГК этих общих норм специального характера о защите интеллектуальных прав не снимает вопроса о том, какие общие нормы ГК о гражданско-правовой ответственности из других разделов Кодекса могут и должны применяться в случаях нарушения этих прав.

Сама суть исключительного права на использование интеллектуальной собственности как абсолютного права, в принципе включающего запрет всем третьим лицам использовать ее без согласия правообладателя (т.е. без соглашения с ним), определяет характер нарушений этого права, которые по общему правилу представляют собой бездоговорное использование результатов и средств индивидуализации. Такие

нарушения представляют собой деликт - причинение вреда (ущерба, убытков) имуществу другого лица вне договорных с ним отношений. В данном случае вред причиняется имущественному праву - исключительному праву, возможность использования которого сокращается, а ценность вследствие этого уменьшается. В результате возникает обязанность нарушителя возместить правообладателю причиненный вред, т.е. обязательство из причинения вреда.

Поэтому нормы ГК, которые вслед за нормами раздела VII этого Кодекса и дополнительно к ним должны применяться к случаям нарушений исключительных прав, - это нормы главы 59 ("Обязательства вследствие причинения вреда"), главным образом ее § 1 ("Общие положения о возмещении вреда").

Применение к нарушениям исключительных прав общих положений ГК о возмещении вреда предполагает, в свою очередь, применение к возникающим в этих ситуациях внедоговорным обязательствам общих положений об обязательствах, содержащихся в гл. 21 - 26 ГК, но в основном - правил гл. 25 ГК, чем до известной степени возмещается отсутствие в ГК общих правил об ответственности за нарушение абсолютных прав, в том числе прав на нематериальные объекты.

3. Как правомерное осуществление исключительного права, так и его нарушение в большинстве случаев выражаются в одних и тех же действиях, и действия эти состоят в использовании соответствующего результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации. Если рассматривать исключительное право в рамках тех ограничений, которые установлены для него законом (см. о них выше в комментарии к настоящей главе ГК), то законность и незаконность таких действий третьих лиц и соответственно правомерное осуществление исключительного права от его нарушения отличает только согласие правообладателя в первом случае и отсутствие такого согласия во втором. Это как будто бы простое и ясное разграничение на практике выливается в важную и совсем непростую проблему так называемого внедоговорного использования интеллектуальной собственности. Суть ее состоит в том, что абсолютное исключительное право использовать определенный результат или средство нарушается лицом, обладающим по договору правом на использование этого результата или средства, но за рамками этого договора. По понятным причинам проблема эта возникает главным образом в связи с лицензионными договорами и, разумеется, в отношении тех видов интеллектуальной собственности, использование которых по таким договорам закон не исключает.

Из прежних законов проблему внедоговорного использования результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации решает лишь Закон об авторском праве, причем решает только в отношении произведений, охраняемых авторским правом, и даже в отношении их делает это недостаточно полно и определенно (см. п. 2 ст. 30 и п. 2 ст. 31). Только в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 19 июня 2006 г. N 15 появилось обобщающее положение о том, что "нарушение существенных условий авторского договора является нарушением авторского права, так как указанные действия осуществляются за пределами правомочий, предоставленных автором" (абз. 2 п. 16) <1>.

<1> Положение это не очень вразумительно, так как единственное определение авторского права в Законе об авторском праве имеет в виду право в объективном смысле (ст. 1), тогда как в Постановлении Пленума речь идет о субъективном авторском праве, а точнее - об исключительном праве в смысле ст. 16 Закона. Неудачна и ссылка на "существенные" условия авторского договора, поскольку к ним Закон относит и условие о размере вознаграждения (п. 1 ст. 31): вряд ли ненадлежащее выполнение этого условия (недоплата или несвоевременная выплата вознаграждения) превращает выпущенный тираж книги в контрафактные экземпляры.

Гражданский кодекс внес значительные изменения в решение проблемы внедоговорного использования интеллектуальной собственности.

Во-первых, запрет внедоговорного использования результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации (п. 1 ст. 1235), равно как и последствия его нарушения (п. 3 ст. 1237), распространен на все виды интеллектуальной собственности, для которых возможно предоставление по договору их использования. Во-вторых, запрет использовать интеллектуальную собственность за пределами лицензионного договора сформулирован в ГК как неотъемлемый элемент самого понятия этого договора (абз. 2 п. 1 ст. 1235). В-третьих, в ГК ясно сказано, что внедоговорное использование интеллектуальной собственности является нарушением исключительного права ее использовать (п. 3 ст. 1237). В-четвертых, в Кодексе дан открытый перечень случаев внедоговорного использования результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации, являющихся нарушениями этого права (п. 3 ст. 1237). Помимо случаев, прямо названных в этом перечне, к ним относятся использование соответствующего результата или средства с превышением обусловленных в договоре объемов, за пределами указанной в договоре территории либо использование их "иным образом" за пределами прав, предоставленных по договору.

4. Большинство способов защиты интеллектуальных прав и соответствующих мер ответственности за их нарушение, предусмотренных прежними законами в сфере интеллектуальной собственности, известны Гражданскому кодексу. Однако регламентированы они в прежних законах беспорядочно и непоследовательно. Трудно объяснить различия в нормах о способах защиты и мерах ответственности в законах, принятых в один и тот же день и затем изменявшихся почти одновременно, отсутствие в одних законах способов и мер, предусмотренных в других <1>.

<1> Как правило, такие пробелы и упущения в формулировках норм сглаживаются имеющимися в этих законах общими отсылками к иным способам и мерам защиты, предусмотренным "действующим законодательством", "гражданским законодательством" или даже "Гражданским кодексом", но правоприменителя эти приемы законодательной техники каждый раз ставят перед необходимостью решать дополнительную задачу.

Признание права (ст. 12 ГК) предусмотрено двумя прежними законами - Законом о правовой охране программ для ЭВМ (п. 1 ст. 18) и Законом о правовой охране топологий (п. 1 ст. 11) как одна из "мер, связанных с защитой" соответствующего результата интеллектуальной деятельности. В Гражданском кодексе имеются две общие нормы о возможности требовать признания интеллектуальных прав: одна в отношении личных имущественных прав (п. 1 ст. 1251), другая в отношении исключительного права (подп. 1 п. 1 ст. 1252).

Пресечение действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения, предусмотрено тоже лишь в двух названных выше Законах (соответственно в п. 1 ст. 18 и п. 1 ст. 11). Закон об авторском праве о таком способе защиты авторских и смежных прав отдельно не упоминает. В Законе о селекционных достижениях (ст. 28) и Законе о товарных знаках (п. 2 и 3 ст. 46) говорится о прекращении только уже происшедшего нарушения, а в Патентном законе - лишь о "прекращении нарушения патента" (п. 2 ст. 14), хотя этот Закон предусматривает и подлежащее защите право авторства (п. 3 ст. 7).

В Гражданском кодексе об этом способе защиты интеллектуальных прав, так же как о признании права, установлены две нормы общего характера (соответственно в п. 1 ст. 1251 и в подп. 2 п. 1 ст. 1252).

О возмещении убытков, причиненных нарушением интеллектуальных прав, в части четвертой ГК говорится как о мере ответственности за нарушение исключительных прав (подп. 3 п. 1 ст. 1252), а в отношении личных неимущественных прав предусмотрен открытый перечень возможных способов их защиты (п. 1 ст. 1251), естественно,

охватывающий и применение этой меры ответственности. Вместе с тем важно помнить, что возмещение убытков является общей санкцией гражданского права, применимой к любому гражданскому правонарушению (ст. 15, п. 2 ст. 150, ст. 1064 ГК), если только возможность ее применения не ограничена законом либо допускаемым им соглашением сторон. "Разнокалиберные" формулировки прежних законов об интеллектуальной собственности, одни из которых предусматривали возмещение убытков, вызванных "нарушением патента" (п. 2 ст. 14 Патентного закона), другие - убытков, причиненных "нарушением исключительного права" (п. 1 ст. 18 Закона о правовой охране программ для ЭВМ), лишь создавали дополнительные трудности при применении этих Законов.

5. До принятия части четвертой ГК этот Кодекс не предусматривал применения за гражданское правонарушение такой меры ответственности, как компенсация, размер которой определяется по усмотрению суда в установленных законом пределах и уплаты которой нарушителем можно требовать только вместо возмещения убытков. Дабы избежать путаницы в связи с многозначностью слова и правового понятия "компенсация", компенсацию, о которой идет речь, целесообразно вкратце назвать "альтернативной компенсацией".

Такая альтернативная компенсация впервые в российском законодательстве об интеллектуальной собственности была предусмотрена Законом о правовой охране программ для ЭВМ как "мера защиты прав на программы для ЭВМ и базы данных" (п. 1 ст. 18) "для случаев нарушения с целью извлечения прибыли". Из текста Закона можно было понять, что имелась в виду защита "исключительных прав правообладателя" (п. 1 ст. 17).

В Законе об авторском праве такая компенсация первоначально (1993 г.) фигурировала как одна из "гражданско-правовых и иных мер защиты авторских и смежных прав" (подп. 5 п. 1 ст. 49), а с 1995 г. - как один из "гражданско-правовых способов защиты авторского права и смежных прав" (п. 2 ст. 49). Право требовать такую компенсацию принадлежит по этому Закону "обладателю исключительного права" <1>.

<1> Вместе с тем требовать компенсацию он может от "нарушителя", а таковым считается любое "лицо, которое не выполняет требований настоящего Закона" (п. 2 ст. 48), в том числе и заказчик по авторскому договору заказа, который не выплатил вовремя аванс автору (п. 2 ст. 33).

В 2002 г. альтернативная возмещению убытков компенсация была введена в Закон о товарных знаках как мера "ответственности за незаконное использование товарного знака и наименования места происхождения товара" (п. 4 ст. 46) <1>. "Незаконным использованием" в смысле этого Закона считается нарушение исключительного права на товарный знак (п. 2 ст. 4) и использование зарегистрированного наименования места происхождения товара лицами, не являющимися правообладателями (п. 2 ст. 40). Применимость этой санкции только в случаях нарушения исключительных прав, предусмотренных Законом об авторском праве, подтвердил Верховный Суд РФ <2>.

<1> СЗ РФ. 2002. N 50. Ст. 4927.

<2> См.: абз. 2 п. 43 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 19 июня 2006 г. N 15.

В части четвертой ГК воспроизведены все нормы прежнего законодательства об определяемой судом компенсации, которую можно взыскать с нарушителя вместо убытков <1>, и одновременно этот вид санкций получил в Кодексе дальнейшее развитие.

<1> См.: ст. 1301, 1311 и 1515, п. 2 ст. 1537 ГК.

Во-первых, сфера применения альтернативной компенсации в ГК существенно расширена путем ее распространения на случаи, когда:

- без согласия правообладателя устраняются технические средства защиты авторских и смежных прав или совершаются указанные в законе действия, создающие невозможность использования таких средств (п. 3 ст. 1299 и ст. 1309);

- без согласия правообладателя удаляется или изменяется информация об авторском праве на произведение или информация о смежном праве, равно как на случаи использования произведения или объекта смежных прав, в отношении которого такая информация была удалена или изменена (п. 3 ст. 1300, ст. 1311) <1>;

<1> Когда в 2004 г. в Закон об авторском праве были введены правила о "технических средствах защиты авторского права и смежных прав" (ст. 48.1) и об "информации об авторском праве и смежных правах" (ст. 48.2), правила эти вообще не были снабжены какими-либо санкциями, и на этот их недостаток неоднократно обращалось внимание в юридической литературе. Установленная в ГК ответственность за нарушение этих правил, в том числе в виде альтернативной компенсации, имеет целью пресечение действий, создающих угрозу нарушения права, а иногда и пресечение на будущее уже совершаемого нарушения.

- нарушается исключительное право на базу данных как объект смежных прав (§ 5 гл. 71 ГК) или исключительное право публикатора (§ 6 гл. 71 ГК).

Во-вторых, норма об альтернативной компенсации введена в главу 69 и тем самым в число наиболее общих правил об интеллектуальных правах. Одновременно в законе определены основные признаки этой санкции:

- 1) альтернативная компенсация взыскивается "при нарушении исключительного права", т.е. в случае нарушения субъективного гражданского абсолютного права. Таким образом, это санкция за бездоговорное (в том числе недоговорное) гражданское правонарушение. В некоторых указанных в законе случаях альтернативная компенсация может быть взыскана и тогда, когда создается лишь угроза нарушения исключительного права (см. п. 3 ст. 1299, п. 3 ст. 1300, ст. 1309, 1311);

- 2) логическим следствием этого является положение о том, что факт правонарушения должен быть установлен. Естественно, что бремя доказывания этого факта ложится на того, кто требует уплаты альтернативной компенсации;

- 3) право на альтернативную компенсацию находится в сложном соотношении с правом на возмещение убытков, причиненных тем же правонарушением. Правообладатель "освобождается от доказывания размера причиненных ему убытков". Но, с другой стороны, она может быть взыскана только "вместо возмещения убытков" (п. 3 ст. 1252 ГК), и в ГК не повторены слова Закона об авторском праве о том, что "компенсация подлежит взысканию... независимо от наличия или отсутствия убытков" (п. 2 ст. 49);

- 4) размер альтернативной компенсации ограничен пределами, установленными законом (в ст. 1301, ст. 1311, 1515 и в п. 2 ст. 1537 ГК), но в этих пределах "определяется судом", который, однако, должен в своем усмотрении руководствоваться рядом определенных ему законом критериев, принимая во внимание:

- характер нарушения;
- иные обстоятельства дела;
- требования разумности;
- требования справедливости.

Из сказанного следует ряд выводов.

Во-первых, в части четвертой ГК мы имеем дело с альтернативной компенсацией уже не в качестве отдельных санкций, установленных в несогласованных между собой правилах, а как с определенным самостоятельным видом гражданско-правовой ответственности за бездоговорное причинение вреда, единообразно урегулированной.

Во-вторых, это формирующийся, развивающийся вид ответственности, и вполне вероятно его дальнейшая "экспансия", по крайней мере в сфере интеллектуальных прав.

В-третьих, альтернативная компенсация вполне может быть причислена к отдельному типу гражданско-правовых санкций, который она образует вместе с возмещением морального вреда и определяющим признаком которого является судебское усмотрение в отношении их размера.

В-четвертых, и законодательно установленные признаки альтернативной компенсации, и критерии, которыми закон обязывает суд руководствоваться при определении ее размера, делают альтернативную компенсацию в определенной мере зависимой от причиненных убытков, вместо которых она взыскивается. Во всяком случае основания для присуждения альтернативной компенсации сводятся к минимуму, если доказано, что убытки от нарушения исключительного права вообще отсутствуют.

В-пятых, альтернативная компенсация как самостоятельный вид гражданско-правовой ответственности подпадает под действие общих правил, установленных для такой ответственности (прежде всего, о ее основаниях), и не может быть подчинена нормам, предусмотренным специально для других видов гражданско-правовой ответственности (например, о снижении неустойки).

6. Право авторов и исполнителей требовать возмещения морального вреда в случаях нарушения их имущественных прав было предусмотрено лишь в 2004 г. и только в отношении этой категории лиц, создающих результаты интеллектуальной деятельности (п. 3 ст. 49 Закона об авторском праве) <1>. Аналогичное право не было предоставлено ни изобретателям, ни авторам топологий, ни селекционерам (очевидно, предполагалось, что это люди с менее тонкой душевной организацией). Но порок такого нововведения не только и не столько в этом. Предоставление права на возмещение морального вреда в случаях причинения вреда имущественного, как следует из п. 2 ст. 1099 ГК, возможно лишь в случаях, в которых закон находит для этого особые обстоятельства. Как раз в сфере отношений, связанных с интеллектуальной собственностью, найти такие особые обстоятельства трудно. Здесь действует система норм о личных неимущественных правах авторов, исполнителей и других создателей интеллектуальных продуктов и о защите таких прав, включающей право на возмещение морального вреда (п. 1 ст. 1251 ГК), а причинение нравственных или физических страданий этим лицам только нарушением их исключительного права, никак не затрагивающим эти неимущественные права, практически исключено.

<1> Пункт 13 статьи 1 Федерального закона от 20 июля 2004 г. N 72-ФЗ "О внесении изменений в Закон Российской Федерации "Об авторском праве и смежных правах" // СЗ РФ. 2004. N 30. Ст. 3090.

В части четвертой ГК правило, содержащееся в п. 3 ст. 49 Закона об авторском праве, отсутствует и соответственно с 1 января 2008 г. не действует, хотя и может еще применяться к правоотношениям, возникшим ранее (см. ст. 5 Вводного закона).

7. Изъятие контрафактных экземпляров произведений, фонограмм, программ для ЭВМ, баз данных, интегральных микросхем (ИМС), содержащих ИМС изделий, товаров, этикеток и упаковки (изъятие контрафактных изделий) как санкции за нарушение интеллектуальных прав присутствует в российском законодательстве об интеллектуальной собственности свыше пятнадцати лет. Но менявшиеся на протяжении этого времени соответствующие нормы четырех прежних законов <1> в итоге оказались настолько различными, что не позволяли выявить общие для этих санкций признаки.

<1> Такие санкции не предусмотрены в Патентном законе и в Законе о селекционных достижениях.

Уже первоначально между одновременно принятыми законами существовала большая разница в том, что касается строгости мер, которые можно принять в отношении контрафактных изделий. Законы о правовой охране программ для ЭВМ (п. 3 ст. 18) и о правовой охране топологий (п. 3 ст. 11) содержали практически совпадающие нормы, которые давали суду право конфисковать не только соответствующие контрафактные изделия, но и материалы и оборудование, используемые для их изготовления, приняв при этом решение:

- либо об их уничтожении;
- либо о передаче их в доход республиканского бюджета;
- либо о передаче правообладателю по его просьбе в счет возмещения убытков.

Принятый в тот же день Закон о товарных знаках, несмотря на крайнюю остроту в этой области борьбы с контрафактом, предусматривал куда менее строгие санкции "защиты гражданских прав от незаконного использования товарного знака" путем:

- удаления с товара или его упаковки незаконно используемого товарного знака (или сходного с ним до степени смешения обозначения) либо
- уничтожения изготовленных изображений такого товарного знака или обозначения (п. 2 ст. 46).

Аналогичная норма имела в этом Законе и для случаев незаконного использования наименования места происхождения товара (п. 3 ст. 46).

Дальнейшая судьба этих норм оказалась противоположной.

В 2002 г. приведенные выше правила были из Закона о правовой охране программ для ЭВМ просто исключены <1>, а в Законе о правовой охране топологий заменены чисто отсылочной нормой, лишенной материального содержания <2>.

<1> Пункт 12 Федерального закона от 24 декабря 2002 г. N 177-ФЗ "О внесении изменений и дополнений в Закон Российской Федерации "О правовой охране программ для электронных вычислительных машин и баз данных" // СЗ РФ. 2002. N 52 (ч. 1). Ст. 5133.

<2> Пункт 3 статьи 11 в редакции Федерального закона от 9 июля 2002 г. N 82-ФЗ "О внесении изменений и дополнений в Закон Российской Федерации "О правовой охране топологий интегральных микросхем" (п. 11 ст. 1) // СЗ РФ. 2002. N 28. Ст. 2786.

Напротив, в том же 2002 г. в отношении товарных знаков и наименований мест происхождения товаров меры по "защите гражданских прав" путем изъятия контрафактных изделий были серьезно ужесточены. Если удаление незаконных товарных знаков и сходных с ними обозначений оказывается невозможным, то сами контрафактные товары, этикетки и упаковки подлежат уничтожению за счет нарушителя. Но делается это при условии, что эти товары, этикетки и упаковки не обращаются в доход государства и не передаются "правообладателю по его заявлению в счет возмещения убытков или в целях их последующего уничтожения" (п. 2 ст. 46 Закона о товарных знаках) <1>.

<1> Пункт 47 статьи 1 Федерального закона от 11 декабря 2002 г. N 166-ФЗ "О внесении изменений и дополнений в Закон Российской Федерации "О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров" // СЗ РФ. 2002. N 50. Ст. 4927. Аналогичные изменения были одновременно внесены и в п. 3 этой статьи в отношении санкций за незаконное использование наименования места происхождения товара.

В Законе об авторском праве меры по изъятию контрафактных изделий после ряда изменений были отделены от "гражданско-правовых" способов защиты авторских и смежных прав (ст. 49) и превращены в конфискацию контрафактных экземпляров, а также материалов и оборудования, используемых для их воспроизведения, "в соответствии с

законодательством Российской Федерации" (ст. 49.1) <1>. Конфискованные судом экземпляры произведений и фонограмм согласно вышеназванному Закону подлежат уничтожению, но лишь "за исключением случаев их передачи обладателю авторских или смежных прав по его просьбе" (п. 2 ст. 49.1).

<1> Пункты 13 и 14 статьи 1 Федерального закона от 20 июля 2004 г. N 72-ФЗ "О внесении изменений в Закон Российской Федерации "Об авторском праве и смежных правах".

В части четвертой ГК весь этот пестрый набор санкций неопределенной правовой природы, не содержащих, как правило, достаточных для их практического применения нормативных предписаний и сопровождающихся общими отсылками к "порядку, установленному законодательством", заменен двумя конкретными нормами в п. 4 и 5 ст. 1252 этого Кодекса.

Одна из них (п. 4 ст. 1252 ГК) предусматривает изъятие из оборота и уничтожение по решению суда контрафактных материальных носителей. Контрафактными считаются любые материальные носители, в которых выражен результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации, если любое их использование влечет нарушение соответствующего исключительного права. Контрафактными такие материальные носители должны считаться и тогда, когда к указанному результату приводит или может привести их изготовление или нахождение в процессе обращения - импорт, перевозка или хранение.

Другая норма (п. 5 ст. 1252 ГК) требует изъятия из оборота и уничтожения по решению суда оборудования, устройств и материалов, используемых или предназначенных для совершения нарушения исключительных прав.

Обе нормы являются нормами гражданского права, причем относятся к сфере гражданско-правовых санкций за нарушение абсолютных прав и совершение деликтов. Первая имеет целью восстановление положения, существовавшего до нарушения права, вторая направлена на пресечение действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения (см. абз. 3 ст. 12 ГК). Непривычность такой их квалификации в значительной мере объясняется отсутствием в цивилистической доктрине общего учения об ответственности за нарушение абсолютных прав на нематериальные объекты и, как следствие, отсутствием в гражданском законодательстве (в том числе в части первой ГК) общих норм о такой ответственности. Между тем нормы, установленные в п. 4 и 5 ст. 1252 ГК, не одиноки и имеют "близких родственников" в п. 2 ст. 222 и в ст. 304 ГК.

Глава 70. АВТОРСКОЕ ПРАВО

Комментарий к главе 70

Основные положения (статьи 1255 - 1258)

Авторским правом предоставляется охрана таким результатам интеллектуальной деятельности, как произведения науки, литературы и искусства (подп. 1 п. 1 ст. 1225 ГК). Как и на иные охраняемые результаты интеллектуальной деятельности, на такие произведения признаются интеллектуальные права, в число которых входят исключительное право, являющееся имущественным правом, а также личные неимущественные и иные права (ст. 1226 ГК). Статья 1255 ГК уточняет, что интеллектуальные права на произведения науки, литературы и искусства являются авторскими правами. Тем самым подчеркнуто, что новый термин "интеллектуальные

права" в сфере авторского права синонимичен давно существующему и устоявшемуся термину "авторские права", который в дальнейшем и используется в тексте гл. 70 ГК.

Поскольку авторские права (как и иные интеллектуальные права) по своей природе имеют ограниченный, территориальный характер, в современную эпоху, эпоху интеграции мировой экономики и развития связей во всех сферах международной жизни, в этой области особенно важное значение имеют положения закона, направленные на предоставление таким правам международной защиты. Общие нормы о действии исключительных и иных интеллектуальных прав на территории Российской Федерации содержатся в ст. 1231 ГК. На территории Российской Федерации действуют исключительные права, установленные международными договорами Российской Федерации и Гражданским кодексом РФ. К личным неимущественным и иным интеллектуальным правам, не являющимся исключительными, применяется принцип национального режима (абз. 4 п. 1 ст. 2 ГК).

Правила о действии исключительного права на произведения науки, литературы и искусства на территории Российской Федерации установлены в ст. 1256 ГК, которая в целом повторяет содержание ст. 5 Закона об авторском праве и соответствует положениям Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений (п. 1, 2 и 4 ст. 3).

Основным субъектом авторских прав является автор произведения науки, литературы или искусства, т.е. гражданин, творческим трудом которого это произведение создано (ст. 1257 ГК, повторяющая и конкретизирующая п. 1 ст. 1228 ГК). Автором считается лицо, указанное в качестве автора на оригинале (например, на рукописи) или на экземпляре произведения (на книге, фонограмме и т.п.), если не доказано иное.

Автору принадлежат право авторства и другие неотчуждаемые и непередаваемые личные неимущественные права. К автору произведения науки, литературы и искусства в полной мере применимо положение о том, что исключительное право на результат интеллектуальной деятельности, созданный творческим трудом, первоначально возникает у автора <1>. К другим лицам исключительное право может перейти только по договору или по иным основаниям, установленным законом (п. 2 ст. 1295 ГК).

<1> В общем виде сформулировано в п. 3 ст. 1228 ГК.

Произведение может быть создано совместным творческим трудом двух и более граждан, т.е. в соавторстве. В соответствии с п. 1 ст. 1258 ГК граждане, создавшие произведение совместным творческим трудом, признаются соавторами независимо от того, образует ли такое произведение нераздельное целое (нераздельное соавторство) или состоит из частей, каждая из которых имеет самостоятельное значение (раздельное соавторство). Примерами нераздельного соавторства могут служить произведения, написанные И. Ильфом и Е. Петровым, братьями А. и Б. Стругацкими, книжные иллюстрации художников Г.А.В. Траугот и др. Примером раздельного соавторства является данный Комментарий части четвертой ГК, в котором конкретные разделы написаны разными авторами.

Права на произведение, созданное в соавторстве, принадлежат соавторам совместно (п. 4 ст. 1228 ГК). Это означает, что, если иное не предусмотрено соглашением соавторов, такое произведение используется ими совместно. Если произведение образует неразрывное целое, то ни один из соавторов не вправе без достаточных оснований запретить его использование. Напротив, в случаях, когда использование части произведения, имеющей самостоятельное значение, возможно независимо от других его частей при условии, что иное не предусмотрено соглашением между соавторами, эта часть произведения может быть использована ее автором по своему усмотрению (п. 2 ст. 1258 ГК).

Соавторами осуществляется совместно также распоряжение исключительным правом на произведение, созданное в соавторстве (п. 3 ст. 1258 и п. 3 ст. 1229 ГК). Вопрос об отчуждении исключительного права на произведение либо о заключении лицензионного договора о предоставлении права использования произведения, созданного в соавторстве, должен решаться всеми его авторами сообща, на основе единогласия. В случае недостижения согласия между ними спор передается на рассмотрение суда.

Доходы от совместного использования произведения, созданного в соавторстве, должны распределяться между соавторами поровну, если иное не предусмотрено соглашением между ними (п. 3 ст. 1229 ГК). В таком соглашении соавторы могут не только договориться о размере вознаграждения и порядке его распределения, но и предусмотреть иной порядок осуществления принадлежащего им исключительного права на произведение, например поручить его осуществление кому-либо из авторов или третьему лицу (адвокату, литературному агенту и др.).

Новым является положение п. 4 ст. 1258 ГК, предусматривающее, что каждый из соавторов вправе самостоятельно принимать меры по защите своих прав, в том числе в случае, когда созданное соавторами произведение образует неразрывное целое. Введение этой нормы позволяет упростить защиту нарушенных прав соавторов, так как необходимость подачи искового заявления в суд и осуществления иных действий подобного рода от имени всех соавторов произведения на практике часто связана со многими сложностями.

Объекты авторских прав (статьи 1259 - 1264)

Произведения науки, литературы и искусства признаются объектами авторских прав независимо от достоинств и назначения произведения, а также от способа его выражения. В отличие от п. 1 ст. 6 Закона об авторском праве в ст. 1259 ГК отсутствует указание на то, что произведение должно являться результатом творческой деятельности, поскольку критерии "творчества" не могут быть точно определены. Презюмируется, что любое произведение имеет творческий характер (в противном случае оно не является произведением). Эта позиция находит отражение и в определении автора как гражданина, создающего произведение своим творческим трудом (ст. 1257 ГК). Кроме того, в силу прямого указания закона (подп. 4 п. 6 ст. 1259 ГК) объектами авторских прав не являются сообщения, имеющие исключительно информационный характер (подробнее см. ниже).

Авторские права распространяются как на обнародованные, так и на необнародованные произведения. Важно лишь, чтобы произведение было выражено в какой-либо объективной форме - например, в письменной, устной форме, в форме изображения, звуко- или видеозаписи, в объемно-пространственной форме (п. 3 ст. 1259 ГК).

Объектами авторских прав являются: литературные произведения; драматические, музыкально-драматические и сценарные произведения; хореографические произведения и пантомимы; музыкальные произведения с текстом или без текста; аудиовизуальные произведения (например, кинофильмы); произведения живописи, скульптуры, графики, дизайна и другие произведения изобразительного искусства; произведения декоративно-прикладного и сценографического искусства; произведения архитектуры, градостроительства и садово-паркового искусства; фотографические произведения; географические, геологические и другие карты, планы, эскизы и пластические произведения, относящиеся к географии, топографии и к другим наукам, а также иные произведения.

Программы для ЭВМ, хотя они и обладают рядом отличий от других произведений (подробнее см. ниже), также признаются объектами авторских прав. Им предоставляется охрана "как литературным произведениям" (п. 1 ст. 1259 ГК; см. также ст. 1261 ГК).

Приведенный перечень объектов авторского права носит примерный характер, поэтому результаты интеллектуальной деятельности, в нем не названные, но отвечающие общим критериям охраноспособности, предусмотренным в ст. 1259 ГК, также подлежат авторско-правовой охране.

К объектам авторских прав относятся производные произведения, представляющие собой творческую переработку другого ранее созданного произведения (подп. 1 п. 2 ст. 1259 ГК), а также составные произведения при условии, что они представляют собой по подбору или расположению материалов результат творческого труда (подп. 2 п. 2 ст. 1259 ГК).

Авторско-правовая охрана распространяется не только на произведение в целом, но и на отдельные его части, включая название и персонаж произведения, при условии, что по своему характеру такие части могут быть признаны самостоятельным результатом творческого труда автора и выражены в какой-либо объективной форме (п. 7 ст. 1259 ГК). Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ разъяснил, что название произведения подлежит охране как объект авторского права, если оно носит творческий характер, является оригинальным и к тому же может использоваться самостоятельно <1>.

<1> Пункт 2 Обзора практики рассмотрения споров, связанных с применением Закона Российской Федерации "Об авторском праве и смежных правах" (приложение к информационному письму Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 28 сентября 1999 г. N 47) // Вестник ВАС РФ. 1999. N 11.

Персонаж произведения как объект авторско-правовой охраны назван в ГК впервые. К нему следует подходить так же, как и к другим подлежащим охране частям произведения. Речь не идет о том, что в виде персонажа будет охраняться содержание произведения (например, образ героя литературного произведения, возникающий у читателя в результате целого ряда художественных приемов, используемых писателем). Авторское право по своей сути направлено на охрану формы, а не содержания произведения. Поэтому и под персонажем в ГК понимается элемент формы произведения: словесное описание героя в литературном произведении, изображение артиста в роли или мультипликационного персонажа в аудиовизуальном произведении и т.д.

Авторские права возникают в силу самого факта создания произведения. Для возникновения, осуществления и защиты авторских прав не требуется регистрации произведения или соблюдения каких-либо других формальностей (п. 4 ст. 1259 ГК).

Правообладатель для оповещения о принадлежащем ему исключительном праве на произведение вправе использовать специальный знак охраны авторского права, который помещается на каждом экземпляре произведения и состоит из трех элементов: латинской буквы "С" в окружности, имени или наименования правообладателя и года первого опубликования произведения (ст. 1271 ГК). Применение знака охраны не является обязательным. В основном он предназначен для предупреждения возможных нарушений со стороны третьих лиц и облегчения процесса доказывания принадлежности исключительного права определенному лицу (или лицам) в случае судебного спора. С той же целью по желанию правообладателя в соответствии с правилами ст. 1262 ГК может осуществляться государственная регистрация программ для ЭВМ и баз данных.

Авторские права не распространяются на идеи, концепции, принципы, методы, процессы, системы, способы, решения технических, организационных или иных задач, открытия, факты, языки программирования (п. 5 ст. 1259 ГК). Подобные результаты интеллектуальной деятельности не охраняются авторским правом, поскольку оно направлено на охрану формы, в которой произведение выражено вовне, а творческий характер перечисленных выше результатов и их ценность заключаются в их внутреннем содержании и не зависят от внешней формы. Некоторые из них могут получить охрану как объекты других интеллектуальных прав (например, патентного права).

Пункт 6 статьи 1259 ГК содержит перечень результатов интеллектуальной деятельности, которые, хотя и выражаются вовне в оригинальной объективной форме, все же по разным причинам не признаются объектами авторских прав. Условно их можно разделить на две группы.

К первой группе относятся результаты интеллектуальной деятельности, у которых отсутствуют те или иные признаки объекта авторских прав. Во-первых, это произведения народного творчества (фольклор), не имеющие конкретных авторов (подп. 3 п. 6 ст. 1259 ГК). Авторские права на произведения фольклора не возникают из-за того, что их автор неизвестен, вследствие чего в отношении таких произведений невозможно возникновение субъективных авторских прав. Во-вторых, это сообщения о событиях и фактах, имеющие исключительно информационный характер, в том числе сообщения о новостях дня (материалы телеграфных информационных агентств, официальная хроника и иные новости, публикуемые в средствах массовой информации), программы (расписания) телевизионных передач, а также расписания движения транспортных средств и т.п. (подп. 4 п. 6 ст. 1259 ГК). На сообщения исключительно информационного характера авторское право не возникает постольку, поскольку они содержат информацию в чистом виде и не являются результатами творчества.

Вторая группа объединяет результаты, обладающие всеми признаками объектов авторского права, но тем не менее не охраняемые в силу прямого указания закона. К таким произведениям относятся: 1) официальные документы государственных органов и организаций местного самоуправления муниципальных образований (в том числе законы, другие нормативные акты, судебные решения, иные материалы законодательного, административного и судебного характера), официальные документы международных организаций, а также их официальные переводы (подп. 1 п. 6 ст. 1259 ГК); 2) государственные символы и знаки (флаги, гербы, ордена, денежные знаки и т.п.), а также символы и знаки муниципальных образований (подп. 2 п. 6 ст. 1259 ГК). Этой группе результатов интеллектуального творчества охрана не предоставляется в силу присущих им особых функций, требующих их широкого и свободного использования в общественных интересах.

Впервые статья 1264 ГК устанавливает пределы правовой охраны проектов официальных документов, символов и знаков. Как правило, такие документы, символы и знаки имеют авторов и до получения соответствующего статуса ничем не отличаются от обычных произведений. Право авторства на проект официального документа (в том числе официального перевода такого документа), а также на проект официального символа или знака принадлежит его разработчику, т.е. лицу, создавшему такой проект. Разработчик вправе обнародовать свой проект, если это не запрещено заказчиком - государственным органом, органом местного самоуправления или международной организацией. При опубликовании проекта разработчик вправе указать свое имя (п. 1 ст. 1264 ГК).

Получив в установленном порядке официальный статус, такое произведение меняет свой правовой режим. Автор произведения, признанного официальным документом, государственным символом или знаком, утрачивает не только исключительное право, но и личные неимущественные права на такое произведение.

Однако в общественных интересах авторские права разработчика ограничиваются законом еще на стадии разработки соответствующего проекта. В частности, предусмотрено, что проект официального документа, символа или знака может быть использован государственным органом, органом местного самоуправления или международной организацией для подготовки соответствующего официального документа, разработки символа или знака без согласия разработчика при условии, что этот проект либо обнародован разработчиком для использования этими органами или организацией, либо направлен им в соответствующий орган или организацию. Установлено также, что в проект в процессе подготовки официального документа, разработки символа или знака по усмотрению соответствующего органа или организации

могут вноситься дополнения и изменения, на которые не требуется получение согласия разработчика. После официального принятия проекта к рассмотрению государственным органом, органом местного самоуправления или международной организацией проект может быть использован без указания имени разработчика (п. 2 ст. 1264 ГК).

Следует иметь в виду, что на отношения, связанные с созданием проектов официальных документов, символов и знаков, соответственно распространяются правила ГК о договорах авторского заказа (ст. 1288), о служебных произведениях (ст. 1295) и о произведениях, созданных по государственному или муниципальному контракту (ст. 1298). При этом права иных, чем автор, обладателей исключительного права на проект также подлежат соответствующим ограничениям.

Несколько статей главы 70 ГК содержат более подробные по сравнению со ст. 1259 ГК характеристики некоторых объектов авторского права, обладающих ярко выраженной спецификой.

В частности, статья 1260 посвящена упомянутым в п. 2 ст. 1259 ГК производным и составным произведениям. Обе эти группы произведений носят вторичный характер, так как создаются на основе других произведений <1>. Эта черта сближает их и делает сходным их правовой режим.

<1> Составные произведения могут быть созданы на основе материалов, не являющихся объектами авторского права.

К производным произведениям относятся, например, переводы, обработки, экранизации, аранжировки, инсценировки, представляющие собой переработку других (оригинальных) произведений. При создании производного произведения происходит определенное заимствование элементов оригинального произведения, но при этом производное произведение воплощается в иной внешней форме, что придает ему творческую самостоятельность.

К составным произведениям относятся антологии, энциклопедии, базы данных, атласы и иные сходные произведения, состоящие из систематизированных определенным образом произведений и (или) иных материалов. Так, базой данных считается представленная в объективной форме совокупность самостоятельных материалов (статей, расчетов, нормативных актов, судебных решений или иных подобных материалов), систематизированных таким образом, чтобы эти материалы могли быть найдены и обработаны с помощью ЭВМ (абз. 2 п. 2 ст. 1260 ГК). Эта формулировка изменена по сравнению с формулировками ст. 4 Закона об авторском праве и ст. 1 Закона о программах для ЭВМ, согласно которым база данных определялась как "объективная форма представления совокупности данных". Новое определение более точно соответствует признакам охраняемого объекта авторского права (п. 3 ст. 1259 ГК), а также понятию базы (или компиляции) данных, содержащемуся в п. 2 ст. 10 Соглашения ТРИПС и в ст. 5 Договора ВОИС по авторскому праву.

Переводчику или автору иного производного произведения принадлежат авторские права на такой перевод или на такую переработку (п. 1 ст. 1260 ГК). Составителю сборника (иного составного произведения) принадлежат авторские права на составительство, т.е. на осуществленный им подбор или расположение материалов (абз. 1 п. 2 ст. 1260 ГК). Права авторов производных и составных произведений подлежат охране при условии, что эти произведения соответствуют критериям охраноспособности, названным в ст. 1259 ГК.

Автор производного или составного произведения осуществляет свои авторские права при условии соблюдения прав авторов оригинальных произведений, использованных для создания производного или составного произведения (п. 3 ст. 1260 ГК). При этом права такого автора охраняются как права на самостоятельные объекты авторских прав независимо от охраны прав авторов произведений, на которых основано

производное или составное произведение (п. 4 ст. 1260 ГК). Между авторами оригинальных и авторами производных (или составных) произведений не возникают отношения соавторства.

Авторские права на производное или составное произведение (например, на перевод или на сборник статей) не препятствуют другим лицам переводить или иным образом перерабатывать то же оригинальное произведение, а также создавать новые составные произведения путем иного подбора или расположения тех же самых материалов (п. 6 ст. 1260 ГК). Автор произведения, помещенного в сборнике или другом составном произведении, вправе использовать свое произведение независимо от составного произведения, если иное не предусмотрено его договором с создателем составного произведения (п. 5 ст. 1260 ГК).

Претерпела определенные изменения норма о правах издателей энциклопедий, энциклопедических словарей, периодических и продолжающихся сборников научных трудов, газет, журналов и других периодических изданий. Если в п. 2 ст. 11 Закона об авторском праве было закреплено, что такому издателю принадлежат исключительные права на использование соответствующих изданий, то в п. 7 ст. 1260 ГК предусмотрено, что ему принадлежит лишь право использования таких изданий. Это более точно отражает реальную ситуацию, поскольку и из текста ст. 11 Закона об авторском праве было ясно, что авторы передают издателю права на свои произведения, являющиеся составными частями издания, не в полном объеме, а сохраняют исключительное право использования своих произведений независимо от издания в целом. Хотя теперь в абзаце 2 пункта 7 статьи 1260 ГК предусмотрены случаи, в которых авторы и иные правообладатели не сохраняют исключительных прав на свои произведения, использованные в вышеуказанных изданиях (если права переданы издателю или другим лицам либо перешли к ним по иным основаниям, предусмотренным законом), по общему правилу предполагается, что такие правообладатели сохраняют свои права независимо от права издателя на использование издания в целом. Издатель является не автором, а лишь лицом, на которое возлагается обязанность осуществлять соответствующее издание, следовательно, его права производны от прав авторов. А поскольку исключительное право на все составные части издания к издателю автоматически не переходит, то невозможно говорить о наличии у него исключительного права на такое издание в целом. Подобный подход применяется и в ст. 1240 ГК о сложном объекте, с которым у изданий, упомянутых в п. 7 ст. 1260 ГК, много общего, хотя в перечень сложных объектов они не вошли.

В связи с включением в главу 69 ГК статьи 1240 о сложном объекте подверглись заметным изменениям нормы об аудиовизуальных произведениях (ст. 1263 ГК; ср. ст. 13 Закона об авторском праве). Аудиовизуальным произведением является произведение, состоящее из зафиксированной серии связанных между собой изображений (с сопровождением или без сопровождения звуком) и предназначенное для зрительного и слухового (при сопровождении звуком) восприятия с помощью соответствующих технических устройств. К аудиовизуальным относятся кинематографические произведения и все произведения, выраженные аналогичными средствами (теле- и видеофильмы и т.п.), независимо от способа их первоначальной или последующей фиксации (п. 1 ст. 1263 ГК).

Авторами аудиовизуального произведения являются режиссер-постановщик, автор сценария и композитор, создавший музыкальное произведение (с текстом или без текста), специально предназначенное для этого аудиовизуального произведения (п. 2 ст. 1263 ГК). Заключая договоры с изготовителем аудиовизуального произведения, авторы передают ему права на такое произведение в целом.

Изготовителем аудиовизуального произведения признается лицо, организовавшее создание такого произведения (продюсер). Его права определяются статьей 1240 ГК, в соответствии с которой продюсер на основании договоров об отчуждении исключительного права или лицензионных договоров, заключаемых с авторами

аудиовизуального произведения и другими обладателями исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности, являющиеся составными частями этого произведения, приобретает право использования таких результатов. При этом в отношении договоров по поводу произведений, специально созданных или создаваемых для включения в аудиовизуальное произведение (т.е. прежде всего договоров с его авторами), презюмируется, что они являются договорами об отчуждении исключительного права, если иное не предусмотрено соглашением сторон. Если все же между автором (иным правообладателем) и изготовителем заключается лицензионный договор, то согласно абз. 3 п. 1 ст. 1240 ГК он заключается на весь срок и в отношении всей территории действия исключительного права (если соглашением сторон не предусмотрено иное).

Изготовитель имеет право указывать свое имя или наименование либо требовать такого указания при использовании аудиовизуального произведения. При отсутствии доказательств иного изготовителем аудиовизуального произведения признается лицо, имя или наименование которого обычным образом указано на этом произведении (п. 4 ст. 1263 ГК). Последняя фраза добавлена с целью приведения текста в соответствие с п. 2 ст. 15 Бернской конвенции.

За авторами аудиовизуального произведения (а также за авторами других произведений, вошедших составной частью в такое аудиовизуальное произведение) сохраняются право авторства и другие личные неимущественные права на их произведение (произведения).

Авторы произведений, вошедших составными частями в аудиовизуальное произведение, как существовавших ранее (например, автор литературного произведения, положенного в основу сценария), так и созданных в процессе работы над ним (например, оператор-постановщик, художник-постановщик), сохраняют исключительное право на свои произведения, если только это право не было передано изготовителю или другим лицам по договору об отчуждении исключительного права либо не перешло к изготовителю или другим лицам по основаниям, предусмотренным законом (п. 5 ст. 1263 ГК). Тем самым еще раз подчеркивается возможность перехода исключительного права в полном объеме от одного лица к другому.

После долгих споров была сохранена и даже расширена норма о праве композитора, являющегося автором музыкального произведения (с текстом или без текста), использованного в аудиовизуальном произведении, на вознаграждение за использование его музыкального произведения при публичном исполнении, сообщении в эфир или по кабелю соответствующего аудиовизуального произведения (п. 3 ст. 1263 ГК). Возражения против сохранения этого положения выдвигались в связи с тем, что подобные сборы осуществляются исключительно в отношении композиторов, что ставит их в привилегированное положение по отношению к другим авторам. Тем не менее (в том числе с учетом ч. 2 ст. 55 Конституции Российской Федерации) было решено, что, поскольку соответствующее право композитора аудиовизуального произведения предусмотрено законом на протяжении уже длительного периода, его отмена была бы явным ухудшением существующего положения. Более того, была юридически закреплена сложившаяся на практике система взимания отчислений в пользу композиторов не только при публичном показе аудиовизуальных произведений, но и при их сообщении в эфир или по кабелю.

Специфическим объектом авторского права являются программы для электронных вычислительных машин (программы для ЭВМ). Хотя Закон об авторском праве предоставляет программам для ЭВМ охрану как литературным произведениям (п. 1 ст. 7), наряду с ним существует специальный Закон о программах для ЭВМ. Он содержит целый ряд норм, которые учитывают особенности программ для ЭВМ, отличающие их от других объектов авторского права. Вместе с тем существование двух законов, применимых к

одному и тому же объекту и в ряде случаев по-разному решающих те или иные вопросы, способствует возникновению спорных ситуаций на практике.

В ГК сохранен принципиальный подход к программам для ЭВМ как к объектам авторского права, охраняемым подобно литературным произведениям. В то же время программы для ЭВМ названы в подп. 2 п. 1 ст. 1225 ГК отдельно от произведений науки, литературы и искусства (подп. 1 п. 1 ст. 1225 ГК). Таким образом подчеркнуто, что программы для ЭВМ - это результаты интеллектуальной деятельности, обладающие существенной спецификой. Формулировка абз. 13 п. 1 ст. 1259 ГК подчеркивает, что им предоставляется такая же охрана, как литературным произведениям, но не утверждает (в отличие от Закона об авторском праве), что программа для ЭВМ - литературное произведение. Подобное уточнение не противоречит ст. 4 Договора ВОИС по авторскому праву и п. 1 ст. 10 Соглашения ТРИПС, которые также содержат лишь указание на то, что программы для ЭВМ должны охраняться как литературные произведения и на них должны в связи с этим распространяться положения Бернской конвенции.

Важным подтверждением того, что программы для ЭВМ рассматриваются как один из объектов авторского права, является их включение в гл. 70 ГК. То обстоятельство, что до настоящего времени в отношении программ для ЭВМ действовал самостоятельный Закон, не повлекло за собой выделения положений о программах для ЭВМ ни в отдельную главу ГК, ни даже в отдельный параграф гл. 70 ГК. Особенности правового режима программ для ЭВМ либо оговариваются в отдельно посвященных им статьях, либо включены в виде специальных норм в статьи, содержащие правила, общие для всех объектов авторского права.

В статье 1261 ГК дано определение программы для ЭВМ как представленной в объективной форме совокупности данных и команд, предназначенных для функционирования ЭВМ и других компьютерных устройств в целях получения определенного результата, включая подготовительные материалы, полученные в ходе разработки программы для ЭВМ, и порождаемые ею аудиовизуальные изображения. Так же как и в отношении базы данных, определение программы для ЭВМ несколько уточнено с тем, чтобы приблизить его к общему определению объекта авторского права. В этой статье еще раз подчеркивается, что авторские права на все виды программ для ЭВМ (которые могут быть выражены на любом языке и в любой форме, включая исходный текст и объектный код) охраняются так же, как авторские права на произведения литературы. При этом к программам для ЭВМ относятся также операционные системы и программные комплексы.

Специальные правила в отношении программ для ЭВМ содержатся в ч. 2 ст. 1269, подп. 1 и 9 п. 2 ст. 1270, п. 4 ст. 1270, подп. 3 ст. 1273, ст. 1280, п. 3 ст. 1286, ст. 1296, 1297 и п. 6 ст. 1298 ГК.

В соответствии с абзацем 2 пункта 4 статьи 1259 ГК по желанию правообладателя возможно осуществление государственной регистрации программ для ЭВМ (и баз данных), которая производится в соответствии со ст. 1262 ГК. Программа для ЭВМ (база данных) регистрируется в федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности. Программы (базы), в которых содержатся сведения, составляющие государственную тайну, регистрации не подлежат. В пункте 2 статьи 1262 ГК содержатся требования к заявке на государственную регистрацию программы для ЭВМ (базы данных). Федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности на основании заявки на регистрацию лишь проверяет наличие необходимых документов и материалов, а также их соответствие требованиям п. 2 ст. 1262 ГК. При положительном результате проверки он вносит программу для ЭВМ в Реестр программ для ЭВМ (базу данных - в Реестр баз данных) и выдает заявителю свидетельство о государственной регистрации, а также публикует сведения о зарегистрированной программе для ЭВМ (базе данных) в своем официальном бюллетене (п. 3 ст. 1262 ГК). Таким образом, государственная регистрация программ для ЭВМ и баз

данных носит заявительный характер, никакая экспертиза подаваемых заявителем сведений по существу не проводится.

Изменено ранее действовавшее правило о том, что договоры о передаче исключительного права на программы для ЭВМ (базы данных) могут быть зарегистрированы в федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности по соглашению сторон (п. 5 ст. 13 Закона о правовой охране программ для ЭВМ). В ГК предусмотрено, что договоры об отчуждении исключительного права на программу для ЭВМ (базу данных), которая получила государственную регистрацию, а также переход исключительного права на такую зарегистрированную программу (базу) к другим лицам без договора подлежат государственной регистрации в федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности (абз. 1 п. 5 ст. 1262 ГК). Это означает, что теперь такая "вторичная" регистрация носит обязательный характер. Сведения об изменении обладателя исключительного права вносятся в Реестр программ для ЭВМ (Реестр баз данных) на основании зарегистрированного договора или иного правоустанавливающего документа (при переходе права без договора) и публикуются в официальном бюллетене федерального органа исполнительной власти по интеллектуальной собственности. Регистрация договоров об отчуждении незарегистрированных программ для ЭВМ (баз данных), а также перехода таких программ (баз) к другим лицам без договора по правилам ст. 1262 ГК не производится.

Правила, установленные п. 5 ст. 1262 ГК, предусматривают порядок, отличный от общего правила пункта 2 ст. 1232 ГК, предполагающего обязательную регистрацию не только отчуждения исключительного права, но и залога такого права и предоставления на основании лицензионного договора права использования соответствующего результата интеллектуальной деятельности. Пункт 7 статьи 1232 ГК содержит указание на то, что в случаях, когда в соответствии с ГК государственная регистрация результата интеллектуальной деятельности осуществляется не в обязательном порядке, а по желанию правообладателя, правила п. 2 ст. 1232 ГК применяются, если ГК не предусмотрено иное. Формулировка п. 5 ст. 1262 ГК ясно свидетельствует о том, что ни залог исключительного права на зарегистрированную программу для ЭВМ (базу данных), ни предоставление по договору права ее использования государственной регистрации не подлежат.

Авторские права (статьи 1265 - 1271, 1292 - 1294)

Статья 1255 ГК относит к авторским правам исключительное право на произведение, право авторства, право автора на имя, право на неприкосновенность произведения, право на обнародование произведения. В случаях, предусмотренных ГК, автору могут принадлежать наряду с этими и другие права (право на вознаграждение за использование служебного произведения, право на отзыв, право следования, право доступа к произведениям изобразительного искусства). Таким образом, закон выделяет две группы авторских прав: в основную группу входят права, которые принадлежат авторам всех произведений, в другую - права авторов произведений только определенных видов (служебных, произведений изобразительного искусства или архитектуры) либо права, которые (как право на отзыв) не распространяются на многие виды произведений. Классификация субъективных авторских прав в ст. 1255 ГК проведена по иным основаниям, чем классификация интеллектуальных прав в ст. 1226 ГК (без деления на имущественные и личные неимущественные права).

Право авторства - право признаваться автором произведения - является основой для всех остальных авторских прав. Его суть заключается в том, что лицо, создавшее конкретное произведение, имеет возможность обозначить себя в глазах всего общества в качестве создателя (автора) этого произведения.

Право автора на имя состоит в предоставлении автору права по своему выбору использовать или разрешать использование произведения под своим подлинным именем, под вымышленным именем (псевдонимом) или без указания имени, т.е. анонимно. Право на авторское имя дает автору возможность при желании выбирать способ обозначения имени, под которым его произведение станет известным обществу, что позволяет связывать или не связывать такое имя с личностью автора (это может иметь значение, например, для разграничения различных сфер его творчества).

Право авторства и право автора на имя являются личными неимущественными правами. Они неотчуждаемы и непередаваемы, т.е. остаются у автора как в случае предоставления им права использования произведения другому лицу (например, для издания или публичного исполнения), так и в случае передачи (перехода) исключительного права на произведение к другому лицу. Отказ автора от этих прав ничтожен (ст. 1265 ГК).

Право на неприкосновенность произведения, которому посвящена ст. 1266 ГК, заменяет право на защиту репутации автора, предусмотренное ст. 15 Закона об авторском праве. Содержание права на неприкосновенность произведения состоит в том, что без согласия автора не допускается внесение в его произведение изменений, сокращений и дополнений, снабжение произведения при его использовании иллюстрациями, предисловием, послесловием, комментариями или какими бы то ни было пояснениями (ч. 1 п. 1 ст. 1266 ГК). По существу это возврат к понятию права на неприкосновенность произведения в том традиционном для российского законодательства виде, в каком оно было закреплено в ГК РСФСР 1964 г.

Право на неприкосновенность произведения предоставляет автору более надежную и эффективную защиту, чем право на защиту репутации. В соответствии со ст. 15 Закона об авторском праве автор в случае искажения произведения (или иного посягательства на него) должен был доказать, что такое искажение произведения способно нанести ущерб его чести и достоинству, в то время как в соответствии с формулировкой ст. 1266 ГК для защиты своих интересов автору достаточно доказать лишь сам факт внесения изменений, сокращений или дополнений в произведение.

Право на неприкосновенность произведения носит личный неимущественный характер, поэтому оно неотчуждаемо и непередаваемо (п. 2 ст. 1228 ГК). Это право направлено только на охрану первоначальной, оригинальной, формы произведения, а любая творческая переработка, ведущая к созданию нового произведения при сохранении оригинального (например, экранизация романа), подпадает под действие исключительного права автора, поэтому право на переработку может быть передано автором другому лицу (подп. 9 п. 2 ст. 1270 ГК).

Для того, чтобы подчеркнуть, что возможность защиты репутации автора в случае искажения его произведения сохраняется и после вступления в силу соответствующих положений ГК, в п. 2 ст. 1266 ГК предусмотрено, что извращение, искажение или иное изменение произведения, которые порочат честь, достоинство или деловую репутацию автора (а также посягательство на такие действия), дают автору право требовать защиты в соответствии с правилами ст. 152 ГК.

Личные неимущественные права автора прекращаются с его смертью, так как субъективное право, неразрывно связанное с личностью субъекта, не может существовать без самого субъекта. В то же время общество заинтересовано в том, чтобы сохранить память об авторе и донести его произведения до следующих поколений в неискаженном виде. Поэтому авторство, имя автора и неприкосновенность произведения охраняются бессрочно (п. 1 ст. 1267 ГК).

Пункт 2 статьи 1267 ГК, как и п. 2 ст. 27 Закона об авторском праве, предусматривает право автора в порядке, предусмотренном для назначения исполнителя завещания, указать лицо, на которое он возлагает охрану авторства, имени автора и неприкосновенности произведения после своей смерти. Это лицо осуществляет свои

полномочия пожизненно. При отсутствии соответствующих указаний автора, в случае отказа назначенного автором лица от исполнения возложенных на него полномочий, а также после смерти этого лица охрана авторства, имени автора и неприкосновенности произведения осуществляется наследниками автора, их правопреемниками и другими заинтересованными лицами.

Гражданским кодексом впервые предусмотрено право лица, обладающего исключительным правом на произведение, после смерти автора разрешать внесение в произведение изменений, сокращений или дополнений. Такое право должно способствовать реализации наследниками и другими правопреемниками автора принадлежащего им исключительного права использовать произведение. При этом обладатель исключительного права может разрешить внесение в произведение изменений, сокращений или дополнений при условии, что этим не искажается замысел автора и не нарушается целостность восприятия произведения, а также если это не противоречит воле автора, определенно выраженной им в завещании, письмах, дневниках или иной письменной форме (абз. 2 п. 1 ст. 1266 ГК).

Право на обнародование произведения позволяет автору решать вопрос о готовности произведения для вынесения на суд публики. Содержание данного права состоит в том, что автор может самостоятельно осуществить действие или дать согласие на осуществление действия, которое впервые делает произведение доступным для всеобщего сведения. К таким действиям относятся: опубликование произведения, его публичный показ, публичное исполнение, сообщение в эфир или по кабелю и т.д. (п. 1 ст. 1268 ГК). Статья 15 Закона об авторском праве относит право на обнародование к личным неимущественным правам, но на самом деле очевидна его тесная, практически неразрывная связь с имущественными правами, поскольку осуществление права на обнародование является той предпосылкой, без которой невозможно использование произведения и, следовательно, осуществление исключительного права.

Характеристика права на обнародование в ГК дополнена двумя важными аспектами. Во-первых, установлено, что автор, передавший другому лицу по договору произведение для использования, считается согласившимся на обнародование этого произведения (п. 2 ст. 1268 ГК). Данная норма должна предотвратить возникновение споров в тех случаях, когда в авторском договоре не оговорен вопрос об обнародовании произведения: сам факт заключения договора, в котором предусмотрен какой-либо способ использования произведения, будет рассматриваться как согласие автора на обнародование произведения, передаваемого заказчику, т.е. как реализация права на обнародование. Во-вторых, в отношении произведений, не обнародованных при жизни автора, прямо предусмотрена возможность их обнародования после смерти автора лицом, обладающим исключительным правом на произведение, если такое обнародование не противоречит воле автора, определенно выраженной им в письменной форме: в завещании, письмах, дневниках и т.п. (п. 3 ст. 1268 ГК). Соответствующее правило, как и уже упоминавшаяся аналогичная норма в отношении внесения изменений, сокращений и дополнений в произведение после смерти автора (абз. 2 п. 1 ст. 1266 ГК), создает возможность реализации правопреемниками автора принадлежащего им исключительного права.

Право на отзыв произведения - это право автора отказаться от ранее принятого решения об обнародовании произведения. Подобный отказ возможен лишь при условии возмещения автором убытков, причиненных таким решением лицу, которому отчуждено исключительное право на произведение или предоставлено право использования произведения. Если автор реализует свое право на отзыв уже после того, как произведение было обнародовано, он обязан публично оповестить о его отзыве. При этом автор имеет право изъять из обращения ранее выпущенные экземпляры произведения, возместив причиненные этим убытки. В ГК праву на отзыв посвящена отдельная статья - ст. 1269. Это означает, что, несмотря на его тесную связь с правом на обнародование, право на отзыв носит самостоятельный характер (в ст. 15 Закона об авторском праве оно

рассматривалось как часть права на обнародование произведения). Такой подход более точен, так как в отличие от права на обнародование данное право имеет более узкую сферу действия: оно не применяется к программам для ЭВМ, к служебным произведениям и к произведениям, вошедшим в сложный объект (ст. 1240 ГК). Перечень таких исключений в ГК расширен по сравнению с п. 2 ст. 15 Закона об авторском праве, предусматривавшим подобное исключение только для служебных произведений.

Исключительное право на произведение является имущественным правом. Его суть состоит в праве автора произведения или иного правообладателя использовать такое произведение в любой форме и любым не противоречащим закону способом (п. 1 ст. 1270 ГК). Обладатель исключительного права может не только сам использовать произведение, но и по своему усмотрению разрешать или запрещать третьим лицам использование произведения. Исключительное право автора использовать произведение в соответствии с его общей характеристикой, данной в ст. 1229 ГК, является единым правом, состоящим из совокупности правомочий, содержание которых определяется способами использования произведения. Таким образом, исправлена неточность, содержащаяся в ст. 16 Закона об авторском праве, в которой говорилось не об одном праве, а о некоей совокупности исключительных прав автора. Крайне важно для обеспечения участия прав на произведение в гражданском обороте прямо зафиксированное в ГК право автора, равно как и иного правообладателя, распоряжаться своим исключительным правом.

В пункте 2 статьи 1270 ГК приведен перечень способов использования произведения, в отношении которых независимо от того, совершаются ли такие действия в целях извлечения прибыли или без такой цели, необходимо получать разрешение у правообладателя. Этот перечень очень подробный, но не исчерпывающий. В отличие от подобного перечня п. 2 ст. 16 Закона об авторском праве он включает развернутые определения способов использования произведений. В Законе об авторском праве такие определения содержались в ст. 4 "Основные понятия", которая не могла быть сохранена в структуре Гражданского кодекса РФ, поскольку ГК в других разделах не имеет норм, специально посвященных понятийному аппарату. Всего в п. 2 ст. 1270 ГК названо 11 способов использования объектов авторского права, которые применимы ко всем либо к отдельным видам произведений.

Воспроизведение произведения - это любое повторное придание произведению объективной формы, которое может заключаться в изготовлении одного или более экземпляра произведения или его части в любой материальной форме, в том числе в форме звуко- или видеозаписи, в изготовлении в трех измерениях одного или более экземпляра двухмерного произведения и в двух измерениях одного или более экземпляра трехмерного произведения. При этом экземпляром произведения признается копия произведения в любой материальной форме (абз. 2 п. 1 ст. 1268 ГК). Кодекс существенно уточняет положение Закона об авторском праве, согласно которому воспроизведением также является запись произведения в память ЭВМ. Воспроизведением произведения в соответствии с подп. 1 п. 2 ст. 1270 ГК считается его запись на любом электронном носителе, в том числе в память ЭВМ, за исключением случая, когда 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.

Распространение произведения возможно путем продажи или иного отчуждения (дарения, мены) его оригинала или экземпляров, т.е. его материальных носителей (подп. 2 п. 2 ст. 1270 ГК). При этом в отличие от п. 2 ст. 16 Закона об авторском праве понятие распространения произведения не включает его сдачу в прокат. Вместо этого подп. 5 п. 2 ст. 1270 ГК предусматривает прокат оригинала или экземпляра произведения как самостоятельный способ использования. Это исключает необходимость дополнительно указывать в законе, что право сдачи экземпляров произведения в прокат сохраняется за автором независимо от права собственности на эти экземпляры (как это сделано в абз. 2 п.

3 ст. 16 Закона об авторском праве). Поскольку прокат произведения является самостоятельным способом использования, приобретение любого материального носителя произведения не дает собственнику права сдавать его в прокат без согласия правообладателя и выплаты ему вознаграждения. Определение проката в ст. 1270 ГК не приводится, так как действует общее понятие проката, содержащееся в п. 1 ст. 626 ГК.

В настоящее время достаточно широко распространены программы для ЭВМ прикладного, вспомогательного характера, без которых, например, не могут функционировать многие бытовые приборы, технические средства или материальные носители с записями аудиовизуальных и иных произведений. Применение требования о получении у правообладателя разрешения на прокат таких программ необоснованно затруднило бы отношения, связанные с прокатом соответствующих бытовых приборов, технических средств или материальных носителей. В связи с этим в п. 4 ст. 1270 ГК введено правило, соответствующее п. 2 ст. 7 Договора ВОИС по авторскому праву и ст. 11 Соглашения ТРИПС; согласно этому правилу требования подп. 5 п. 2 ст. 1270 ГК не применяются в отношении программ для ЭВМ, за исключением случая, когда такая программа является основным объектом проката.

Импорт оригинала или экземпляров произведения в целях распространения также рассматривается законом как самостоятельный способ использования, что требует специального получения у правообладателя разрешения на ввоз на территорию Российской Федерации экземпляров произведения в целях распространения. Это предоставляет правообладателю возможность контролировать ситуацию, когда право на распространение произведения, предоставленное им третьему лицу, было ограничено территориально, например не предполагалось распространение произведения на территории России (подп. 4 п. 2 ст. 1270 ГК).

Публичный показ возможен в отношении различных изображений: произведений изобразительного искусства, фотографий, архитектурных произведений и т.п. Показом является любая демонстрация оригинала или экземпляра произведения непосредственно или на экране с помощью технических средств (пленки, диапозитива, телевизионного кадра), а также демонстрация отдельных кадров аудиовизуального произведения без соблюдения их последовательности. Публичный характер такой показ приобретает, если осуществляется непосредственно либо с помощью технических средств в месте, открытом для свободного посещения, или в месте, где присутствует значительное число лиц, не принадлежащих к обычному кругу семьи. При этом не имеет значения, воспринимается ли произведение публикой в месте его демонстрации или в другом месте одновременно с демонстрацией произведения (подп. 3 п. 2 ст. 1270 ГК).

Публичное исполнение возможно в отношении музыкальных, драматических, хореографических и иных подобных произведений. Исполнением произведения признается его представление в живом исполнении или с помощью радио, телевидения и иных технических средств, а также показ аудиовизуального произведения (с сопровождением или без сопровождения звуком). Публичный характер исполнению придает его осуществление в месте, открытом для свободного посещения, или в месте, где присутствует значительное число лиц, не принадлежащих к обычному кругу семьи, независимо от того, воспринимается ли произведение в месте его представления или показа либо в другом месте одновременно с представлением или показом произведения (подп. 6 п. 2 ст. 1270 ГК).

Сообщение в эфир (которое в п. 2 ст. 16 Закона об авторском праве было названо передачей в эфир) заключается в сообщении произведения для всеобщего сведения (включая его показ или исполнение) по радио и телевидению (в том числе путем ретрансляции <1>), за исключением сообщения по кабелю (подп. 7 п. 2 ст. 1270 ГК). Сообщение в эфир осуществляется при помощи специальных сигналов, передаваемых беспроводным способом и предназначенных для приема широкой аудиторией. При этом важна сама доступность произведения для слухового и (или) зрительного восприятия

публикой независимо от того, осуществлялось ли это восприятие на самом деле. Как и в Законе об авторском праве, в ГК разъясняется, что при сообщении произведений в эфир через спутник под сообщением в эфир понимается прием сигналов с наземной станции на спутник и передача сигналов со спутника, посредством которых произведение может быть доведено до всеобщего сведения независимо от его фактического приема публикой.

<1> Ретрансляция определена в подп. 4 п. 2 ст. 1330 ГК как сообщение в эфир (в том числе через спутник) либо по кабелю радио- или телепередачи одной организацией эфирного или кабельного вещания одновременно с получением ею такого сообщения этой передачи от другой такой организации.

Сообщение по кабелю, состоящее в сообщении произведения для всеобщего сведения по радио или телевидению с помощью кабеля, провода, оптического волокна или аналогичных средств (в том числе путем ретрансляции), отличается от сообщения в эфир только техническим методом доведения произведения до сведения публики (подп. 8 п. 2 ст. 1270 ГК).

В соответствии с требованиями ст. 2 Договора ВОИС по исполнениям и фонограммам в подп. 7 и 8 п. 2 ст. 1270 ГК включено дополнение, направленное на учет современных технических достижений в сфере теле- и радиовещания, согласно которому сообщение кодированных сигналов признается соответственно сообщением в эфир или сообщением по кабелю, если средства декодирования предоставляются неограниченному кругу лиц самой организацией эфирного или кабельного вещания либо с ее согласия.

Специально для случаев использования произведений в Интернете и иных компьютерных сетях в 2004 г. в Закон об авторском праве было введено право на доведение произведения до всеобщего сведения. Отличие доведения до всеобщего сведения от передачи в эфир или сообщения по кабелю состоит в том, что лицо, поместившее произведение в компьютерной сети, само не осуществляет каких-либо активных действий, направленных на сообщение произведения публике. Активную роль, напротив, играют пользователи, разыскивающие такое произведение в компьютерной сети для использования. В подпункте 11 пункта 2 статьи 1270 ГК этот способ использования сформулирован как доведение произведения до всеобщего сведения таким образом, что любое лицо может получить доступ к произведению из любого места и в любое время по собственному выбору. Данная формулировка более точно соответствует определению, содержащемуся в ст. 8 Договора ВОИС по авторскому праву.

Перевод или другая переработка произведения сами по себе не являются использованием произведения в авторско-правовом смысле, однако они могут осуществляться только с разрешения правообладателя постольку, поскольку целью является их дальнейшее использование. В отличие от п. 2 ст. 16 Закона об авторском праве перевод и другая переработка произведения объединены в один способ использования, что более точно соответствует их природе (п. 1 ст. 1260 ГК). В подпункте 9 пункта 2 статьи 1270 ГК установлено, что под переработкой понимается создание производного произведения: обработки, экранизации, аранжировки, инсценировки и т.п. Под понятие переработки, таким образом, не подпадает внесение каких-либо изменений в само оригинальное произведение, что позволяет сделать более определенным отличие права на переработку как правомочия имущественного характера, являющегося составной частью исключительного права, от тесно связанного с личностью автора права на неприкосновенность произведения (ст. 1266 ГК).

Поскольку программы для ЭВМ и базы данных являются специфическими объектами авторского права, понятие их переработки имеет особенности. Под переработкой (модификацией) программы для ЭВМ или базы данных ГК понимает любые их изменения, в том числе перевод такой программы или базы данных с одного языка на другой, за исключением адаптации. Адаптацией считается внесение в программу ЭВМ

или базу данных изменений, осуществляемых исключительно в целях функционирования этой программы или базы на конкретных технических средствах пользователя (например, на персональном компьютере) или под управлением конкретных программ пользователя. Поскольку адаптация исключена из понятия переработки (модификации) программ для ЭВМ и баз данных, она может производиться свободно, без разрешения правообладателя, что отражено в подп. 1 п. 1 ст. 1280 ГК.

Практическая реализация архитектурного, дизайнерского, градостроительного или садово-паркового проекта заключается в том, что любое воплощение в жизнь произведений архитектуры или дизайна может осуществляться только с согласия авторов (подп. 10 п. 2 ст. 1270 ГК). Права архитекторов и дизайнеров действуют не только в отношении самих проектов, но и в отношении решений, которые осуществлены путем реализации этих проектов в виде конкретных зданий и сооружений. Уникальность этого случая разъясняется впервые введенным в п. 3 ст. 1270 ГК правилом о том, что практическое применение положений, составляющих содержание произведения, в том числе положений, представляющих собой техническое, экономическое, организационное или иное решение, не является использованием произведения применительно к положениям гл. 70 ГК ("Авторское право"), за исключением реализации архитектурного и иного подобного проекта.

Правам авторов произведений архитектуры, градостроительства и садово-паркового искусства посвящена также ст. 1294 ГК. Потребность в ее выделении возникла в связи с тем, что в соответствии со ст. 20 Закона о введении в действие части четвертой ГК была признана утратившей силу гл. IV Федерального закона от 17 ноября 1995 г. N 169-ФЗ "Об архитектурной деятельности в Российской Федерации" <1>, содержащая ряд норм, не вошедших в Закон об авторском праве. Они нашли отражение в ст. 1294 ГК. В этой статье более подробно раскрывается содержание исключительного права архитекторов, включающего наряду с упомянутой в подп. 10 п. 2 ст. 1270 ГК практической реализацией архитектурного, градостроительного или садово-паркового проекта также разработку документации для строительства. В статье 1294 ГК также предусмотрено, что использование архитектурного и подобного ему проекта для реализации допускается только однократно, за исключением случаев, когда иное установлено договором, в соответствии с которым проект создан. Таким образом, проект и выполненная на его основе документация для строительства по общему правилу могут быть использованы повторно только с согласия автора проекта (п. 1 ст. 1294 ГК).

<1> СЗ РФ. 1995. N 47. Ст. 4473; 2004. N 35. Ст. 3607.

В целях соблюдения соответствия архитектурным проектам конкретных зданий, сооружений или иных результатов их практического воплощения архитекторы имеют право авторского контроля за разработкой документации для строительства и право авторского надзора за строительством здания или сооружения либо иной реализацией соответствующего проекта. Порядок осуществления авторского контроля и авторского надзора должен быть установлен федеральным органом исполнительной власти по архитектуре и градостроительству (п. 2 ст. 1294 ГК). Кроме того, автор произведения архитектуры, градостроительства или садово-паркового искусства вправе требовать от заказчика соответствующего проекта предоставления права на участие в реализации своего проекта, если договором между ними не предусмотрено иное (п. 3 ст. 1294 ГК).

Право доступа заключается в праве автора произведения изобразительного искусства - художника, скульптора и др. требовать от собственника оригинала созданного им произведения предоставления возможности осуществлять его воспроизведение в целях реализации своего исключительного права (в случаях, предусмотренных ст. 1291 ГК). Фактически право доступа может не только служить средством обеспечения имущественных интересов автора, но и способствовать реализации им своих личных

неимущественных прав на обнародование произведения и на защиту его неприкосновенности. В то же время установлено, что автор не может требовать от собственника доставки произведения (п. 1 ст. 1292 ГК). В отношении произведений архитектуры законом установлено также, что автор вправе требовать от собственника оригинала такого произведения предоставления возможности осуществлять фото- и видеосъемку произведения, если иное не предусмотрено договором (п. 2 ст. 1292 ГК).

Право следования также является специфическим правом, распространяющимся на авторов произведений изобразительного искусства. Существование такого права теоретически должно способствовать получению авторами дополнительных доходов в виде процентных отчислений от сумм, вырученных третьими лицами от перепродаж созданных и ранее отчужденных авторами произведений изобразительного искусства. Однако в том виде, в котором право следования было закреплено в п. 2 ст. 17 Закона об авторском праве, оно практически не применялось на практике. В частности, серьезным препятствием являлось указание Закона на то, что необходимым условием реализации права следования должно быть осуществление перепродажи по цене, превышающей цену предыдущей продажи не менее чем на 20%.

В посвященной праву следования ст. 1293 ГК такое требование отсутствует. В Кодексе предусмотрено, что в случае отчуждения автором оригинала произведения изобразительного искусства при каждой публичной перепродаже соответствующего оригинала, в которой в качестве продавца, покупателя или посредника участвует галерея изобразительного искусства, художественный салон, магазин или иная подобная организация, автор имеет право на получение от продавца вознаграждения в виде процентных отчислений от цены перепродажи. В настоящее время в Европейском союзе действует Директива Европейского парламента и Совета 2001/84/ЕС от 27 сентября 2001 г. ^{<1>}, направленная на решение вопросов, связанных с осуществлением права следования, которая предусматривает подробную шкалу процентных отчислений, взимаемых в зависимости от перепродажной цены произведения и ряда других обстоятельств. Для нашей страны подобная шкала размеров процентных отчислений, а также условия и порядок выплаты этих отчислений должны определяться Правительством РФ (п. 1 ст. 1293 ГК).

^{<1>} Законодательство Европейского союза об авторском праве и смежных правах: Сборник директив Европейского парламента и Совета в области авторского права и смежных прав. М., 2002. С. 89 - 100.

В целях соответствия российского законодательства ст. 14ter Бернской конвенции право следования распространено помимо оригиналов произведений изобразительного искусства также на авторские рукописи литературных и музыкальных произведений (п. 2 ст. 1293 ГК). Под авторскими рукописями подразумеваются автографы произведений, т.е. рукописи, собственноручно созданные их авторами.

Право следования имеет имущественный характер, но тесно связано с личностью автора. Этим объясняется то, что данное право является в целом неотчуждаемым, но переходит к наследникам автора на срок действия исключительного права на произведение (п. 3 ст. 1293 ГК). Если по правилам п. 2 ст. 17 Закона об авторском праве наследовать это право могли только наследники по закону, то в Гражданском кодексе это ограничение отсутствует, поэтому право следования может наследоваться также и по завещанию.

Срок действия исключительного права
и последствия его истечения
(статьи 1281, 1282)

Как уже упоминалось, право авторства, право на имя и право на неприкосновенность произведения прекращаются со смертью автора, в то время как охрана авторства, авторского имени и неприкосновенности произведения осуществляется бессрочно. В отличие от личных неимущественных прав такое центральное имущественное право автора, как исключительное право, имеет определенный срок действия, установленный законом. По общему правилу исключительное право на произведение действует в течение всей жизни автора и семьдесят лет после его смерти, считая с 1 января года, следующего за годом смерти автора (абз. 1 п. 1 ст. 1281 ГК). В то же время в некоторых случаях этот срок исчисляется иначе. Так, исключительное право на произведение, созданное в соавторстве, действует в течение всей жизни автора, пережившего всех других соавторов, и семьдесят лет, считая с 1 января года, следующего за годом его смерти (абз. 2 п. 1 ст. 1281 ГК).

Срок действия исключительного права на произведение, обнародованное анонимно или под псевдонимом, истекает через семьдесят лет, считая с 1 января года, следующего за годом его правомерного обнародования. Однако если в течение этих семидесяти лет автор раскроет свою личность или его личность не будет далее оставлять сомнений, то будут действовать общие правила исчисления сроков действия исключительного права, т.е. такой срок будет исчисляться с 1 января года, следующего за годом смерти автора (п. 2 ст. 1281 ГК).

В Гражданском кодексе (п. 4 и 5 ст. 1281) сохранены такие условия продления срока действия исключительного права, как посмертная реабилитация репрессированного автора (срок действия исключительного права считается продленным, и семьдесят лет исчисляются не со дня смерти автора, а с 1 января года, следующего за годом реабилитации автора) и участие автора в Великой Отечественной войне или его работа в период этой войны (срок действия исключительного права увеличивается на четыре года).

Заметные изменения внесены в порядок исчисления срока действия исключительного права на произведение, обнародованное после смерти автора. Как и раньше, исключительное право на такое произведение действует в течение семидесяти лет после обнародования произведения, считая с 1 января года, следующего за годом его обнародования. Однако это правило действует только в том случае, если произведение было обнародовано в течение семидесяти лет после смерти автора (п. 3 ст. 1281 ГК). Тенденция к установлению определенных ограничений в отношении срока действия исключительного права на произведение, не обнародованное при жизни автора, существует и в других странах и объясняется необходимостью установления разумного баланса между интересами наследников и общества в целом.

По истечении срока действия исключительного права как обнародованное, так и необнародованное произведение переходит в общественное достояние (п. 1 ст. 1282 ГК). Это означает, что такое произведение может свободно использоваться любым лицом без чьего-либо согласия или разрешения, а также без выплаты авторского вознаграждения. При этом авторство, имя автора и неприкосновенность произведения по-прежнему подлежат охране (п. 2 ст. 1282 ГК).

Поскольку за весь 15-летний срок существования Закона об авторском праве так и не была реализована предусмотренная в п. 3 ст. 28 возможность взимания специальных отчислений за использование на территории Российской Федерации произведений, перешедших в общественное достояние, эта норма не была включена в ст. 1282 ГК. Одновременно в связи с появлением нового смежного права публикатора на обнародованное им произведение ст. 1282 ГК была дополнена положением о том, что необнародованное произведение, которое перешло в общественное достояние, может быть обнародовано любым лицом при условии, что это не противоречит воле автора, определенно выраженной им в письменной форме (в завещании, письмах, дневниках и т.п.). Гражданин, правомерно обнародовавший такое произведение, приобретает упомянутое выше право публикатора (§ 6 гл. 71 ГК).

Ограничения исключительного права на произведение (статьи 1272 - 1280)

В соответствии с пунктом 5 статьи 1229 ГК ограничения исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности и на средства индивидуализации устанавливаются Гражданским кодексом при условии, что они не наносят неоправданный ущерб обычному использованию результатов интеллектуальной деятельности или средств индивидуализации и не ущемляют необоснованным образом законные интересы правообладателей.

В сфере авторского права к таким ограничениям, устанавливаемым законом в общественных интересах, относятся случаи свободного использования произведений науки, литературы и искусства, перечисленные в ст. 1272 - 1280 ГК. Свободное использование произведений осуществляется без согласия автора или иного правообладателя и без выплаты ему вознаграждения. Для свободного использования произведений характерно также то, что оно возможно, как правило, только в отношении правомерно обнародованных (или опубликованных) произведений. Кроме того, оно не ограничивает личные неимущественные права, напротив, почти во всех случаях свободного использования закон требует указывать имя автора произведения и источник заимствования. Круг случаев свободного использования произведений, содержащийся в соответствующих статьях Гражданского кодекса, не подлежит расширительному толкованию.

В статье 1272 ГК речь идет о действии так называемого принципа исчерпания прав, ограничивающего право на распространение произведения. Его суть заключается в том, что если оригинал или экземпляры правомерно опубликованного произведения введены в гражданский оборот путем их продажи или иного отчуждения, то допускается их дальнейшее распространение без согласия правообладателя и без выплаты ему вознаграждения. Гражданским кодексом принципу исчерпания прав придан территориальный характер, в определенной мере сузивший пределы его применения. Теперь принцип исчерпания прав распространяется лишь на те произведения, которые введены в гражданский оборот на территории Российской Федерации. То есть, если человек купил книгу в магазине на территории Российской Федерации, он может в дальнейшем свободно подарить ее, перепродать или обменять. С целью устранения возможных противоречий в практике применения нормы, содержащейся в ст. 1272 ГК, в нее включена оговорка о том, что изложенный в ней принцип исчерпания прав не распространяется на случай, предусмотренный ст. 1293 ГК, т.е. на право следования в отношении оригиналов произведений изобразительного искусства.

Без согласия автора или иного правообладателя и без выплаты вознаграждения допускается воспроизведение гражданином исключительно в личных целях правомерно обнародованного произведения (ст. 1273 ГК). Поскольку в редакции ст. 18 Закона об авторском праве не было точно указано, кем может использоваться произведение в личных целях, это порождало некоторую правовую неопределенность, попытки распространять действие данной нормы на юридические лица. В редакции ГК прямо установлено, что произведение может быть использовано в личных целях только гражданином.

Статья 1273 ГК содержит также целый перечень исключений из приведенного правила - случаев, в которых даже намерение использовать соответствующее произведение в личных целях не освобождает гражданина от необходимости получать разрешение правообладателя и выплачивать соответствующее вознаграждение. Первые четыре случая (воспроизведение произведений архитектуры в форме зданий и аналогичных сооружений; баз данных или их существенных частей; программ для ЭВМ, кроме случаев, предусмотренных ст. 1280 ГК, а также репродуцирование книг и нотных

текстов) были перечислены в ст. 18 Закона об авторском праве. В настоящее время они дополнены двумя новыми случаями исключений. Не допускается даже в личных целях видеозапись аудиовизуального произведения при его публичном исполнении в месте, открытом для свободного посещения, или в месте, где присутствует значительное число лиц, не принадлежащих к обычному кругу семьи (подп. 5 ст. 1273 ГК). Этот запрет направлен прежде всего против осуществления видеозаписи в кинозале. Не допускается также воспроизведение аудиовизуального произведения с помощью профессионального оборудования, не предназначенного для использования в домашних условиях (подп. 6 ст. 1273 ГК). Обе эти нормы позволяют усилить борьбу с изготовлением контрафактной продукции.

Статья 1274 ГК посвящена случаям свободного использования произведений в информационных, научных, учебных или культурных целях. Свободное использование допускается без согласия автора или иного правообладателя, без выплаты вознаграждения, но с обязательным указанием имени автора, произведение которого используется, и источника заимствования. Большинство перечисленных в ст. 1274 ГК случаев свободного использования основаны на положениях международных соглашений (в частности, Бернской конвенции) и существуют в российском законодательстве уже давно. К таким случаям относятся цитирование правомерно обнародованных произведений в объеме, оправданном целью цитирования; использование правомерно обнародованных произведений и их отрывков в качестве иллюстраций в изданиях учебного характера; воспроизведение в прессе, сообщение в эфир и по кабелю правомерно опубликованных в газетах и журналах статей или переданных в эфир произведений такого же характера; воспроизведение в прессе, сообщение в эфир и по кабелю публично произнесенных политических речей и других аналогичных произведений; воспроизведение или сообщение для всеобщего сведения в обзорах текущих событий средствами фотографии, кинематографии, путем сообщения в эфир или по кабелю произведений, увиденных или услышанных в ходе таких событий, в информационных целях; воспроизведение без извлечения прибыли рельефно-точечным шрифтом или другими специальными способами для слепых правомерно опубликованных произведений (подп. 1 - 6 п. 1 ст. 1274 ГК).

Кроме того, без согласия автора или иного правообладателя и без выплаты вознаграждения допускается предоставление во временное безвозмездное пользование библиотеками экземпляров произведений, законным путем введенных в гражданский оборот. Экземпляры произведений, выраженные в цифровой форме, могут предоставляться во временное безвозмездное пользование (в том числе в порядке взаимного использования библиотечных ресурсов) только в помещениях библиотек при условии исключения возможности создать копии таких произведений в цифровой форме (п. 2 ст. 1274 ГК).

Статья 1274 ГК дополнена новой специальной нормой, которая предусматривает, что создание произведения в жанре литературной, музыкальной или иной пародии либо в жанре карикатуры на основе другого (оригинального) правомерно обнародованного произведения и использование этой пародии либо карикатуры допускаются без согласия автора или иного обладателя исключительного права на оригинальное произведение и без выплаты ему вознаграждения (п. 3). Потребность в данном изменении законодательства выявилась в процессе его практического применения. Сходные положения закреплены в законодательстве ряда стран (например, Франции) и позволяют разрешить в интересах общества возможные коллизии между интересами авторов оригинальных произведений и производных произведений подобного рода, которые не должны подпадать под общие правила о переработке произведения (подп. 9 п. 2 ст. 1270 ГК).

Законом в отдельных случаях допускается свободное репродуцирование правомерно опубликованного произведения в единственном экземпляре без извлечения прибыли (ст. 1275 ГК). При этом под репродуцированием (или репрографическим воспроизведением)

понимается факсимильное воспроизведение произведения с помощью любых технических средств, осуществляемое не в целях издания. Воспроизведение произведения или хранение его копий в электронной (в том числе цифровой), оптической или иной машиночитаемой форме не считается репродуцированием и, следовательно, в любом случае требует получения разрешения правообладателя и выплаты вознаграждения. Однако с учетом усложнения копировальной техники в ГК сделана оговорка, что это правило не распространяется на случаи создания с помощью технических средств временных копий, предназначенных для осуществления репродуцирования. В последнем случае создание временных копий является необходимой стадией процесса репродуцирования, поэтому дополнительное согласие правообладателя на их создание не требуется.

Свободное репродуцирование разрешается: 1) библиотекам и архивам для восстановления, замены утраченных или испорченных экземпляров правомерно опубликованного произведения либо для предоставления экземпляров произведения другим библиотекам взамен утраченных ими; 2) библиотекам и архивам по запросам граждан для использования в учебных или научных целях, а также образовательным учреждениям для аудиторных занятий, но только в отношении отдельных статей и малообъемных произведений, правомерно опубликованных в сборниках, газетах и других периодических изданиях, а также коротких отрывков из письменных произведений с иллюстрациями или без иллюстраций.

Разрешается также свободное воспроизведение, сообщение в эфир или по кабелю фотографического произведения, произведения архитектуры или изобразительного искусства, которые постоянно находятся в месте, открытом для свободного посещения, за исключением случаев, когда изображение произведения таким способом является основным объектом этого воспроизведения либо когда изображение произведения используется в коммерческих целях (ст. 1276 ГК). Данный случай свободного использования направлен на то, чтобы не создавалось излишних препятствий для осуществления репортажных и любительских съемок на городских улицах и в других общедоступных местах. К случаям, на которые данное правило не распространяется, относятся, например, изготовление открыток с изображениями городских достопримечательностей, съемки фильмов или телепередач, специально посвященных конкретным произведениям архитектуры или изобразительного искусства, и т.п.

В статье 1277 ГК установлена возможность свободного публичного исполнения музыкального произведения во время официальной или религиозной церемонии (а также похорон) в объеме, оправданном характером такой церемонии. Статья 1278 ГК допускает свободное воспроизведение произведения для осуществления производства по делу об административном правонарушении, для производства дознания, предварительного следствия или осуществления судопроизводства в объеме, оправданном этой целью.

Организации эфирного вещания разрешается без согласия автора и без выплаты дополнительного вознаграждения делать запись в целях краткосрочного использования того произведения, в отношении которого эта организация получила право на сообщение в эфир, при условии, что такая запись производится с помощью собственного оборудования организации эфирного вещания и для ее собственных передач. Организация должна уничтожить запись в течение шести месяцев со дня ее изготовления, если более продолжительный срок хранения не был согласован с правообладателем или не был установлен законом (например, в отношении документов, подлежащих хранению в архивах). Запись может быть сохранена без согласия правообладателя в государственных или муниципальных архивах, если она носит исключительно документальный характер (ст. 1279 ГК).

Лицо, правомерно владеющее экземпляром программы для ЭВМ или базы данных, т.е. пользователь, вправе без разрешения автора или иного правообладателя и без выплаты дополнительного вознаграждения: а) произвести адаптацию такой программы или базы

данных, т.е. внести в нее изменения, исключительно для того, чтобы обеспечить ее функционирование на конкретных технических средствах пользователя, и осуществлять действия, необходимые для функционирования такой программы или базы, в том числе запись и хранение в памяти ЭВМ, а также исправить явные ошибки в программе или базе, если иное не предусмотрено договором с правообладателем (подп. 1 п. 1 ст. 1280 ГК); б) изготовить копию программы для ЭВМ или базы данных, предназначенную для архивных целей и для замены правомерно приобретенного экземпляра, если он уничтожен или стал непригоден для использования (подп. 2 п. 1 ст. 1280 ГК); в) декомпилировать программу для ЭВМ (воспроизвести и преобразовать объектный код в исходный текст) для достижения способности к взаимодействию независимо разработанной пользователем программы для ЭВМ с другими программами, которые могут взаимодействовать с декомпилируемой программой (п. 3 ст. 1280 ГК). Кроме того, лицо, правомерно владеющее экземпляром программы для ЭВМ, вправе без согласия правообладателя и без выплаты дополнительного вознаграждения изучать, исследовать или испытывать функционирование такой программы в целях определения идей и принципов, лежащих в основе любого ее элемента, путем осуществления действий, предусмотренных подп. 1 п. 1 ст. 1280 ГК (п. 2 ст. 1280 ГК).

В пункте 4 статьи 1280 ГК установлено дополнительное условие о том, что применение положений данной статьи не должно наносить неоправданный ущерб нормальному использованию программы для ЭВМ или базы данных и не должно ущемлять необоснованным образом законные интересы автора или иного правообладателя. Это дает суду возможность решать в каждом конкретном спорном случае, не были ли нарушены в процессе свободного использования программы для ЭВМ или базы данных критерии, установленные в данном пункте ст. 1280 ГК.

Распоряжение исключительным правом на произведение
и переход этого права к другим лицам
(статьи 1283 - 1291)

В соответствии с пунктом 1 статьи 1233 ГК правообладатель может распорядиться принадлежащим ему исключительным правом на произведение науки, литературы или искусства любым не противоречащим закону и существу этого исключительного права способом, в том числе путем его отчуждения другому лицу. Исключительное право благодаря своему имущественному характеру способно участвовать с гражданском обороте, т.е. может передаваться одним лицом другому по договору и может переходить от одного лица к другому лицу по иным основаниям, предусмотренным законом.

Статья 1283 ГК предусматривает, что исключительное право на произведение переходит по наследству. Наследование исключительного права на произведение возможно как по закону, так и по завещанию. Наиболее существенной особенностью наследования исключительного права является ограниченный срок, на который это право переходит к наследникам (ст. 1281 ГК), по истечении которого произведение переходит в общественное достояние (ст. 1282 ГК). В п. 2 ст. 1283 ГК установлено, что в случаях, когда исключительное право на произведение входит в состав выморочного имущества (ст. 1151 ГК), это право прекращается и произведение переходит в общественное достояние. Тем самым исключена в такой ситуации возможность перехода исключительного права по наследству к государству (как это происходит, например, в отношении исключительного права на изобретение). Данный подход объясняется тем, что на практике осуществление государством использования произведений и распоряжения исключительным правом сопряжено с многочисленными сложностями, в то время как интересы общества состоят в возможно более свободном использовании таких произведений. Кроме того, подобное решение данного вопроса является традиционным

для российского права, так как до недавнего времени ст. 552 ГК РСФСР 1964 г. также предусматривала прекращение авторского права в аналогичном случае.

Согласно пункту 5 статьи 1233 ГК исключительное право может быть предметом залога. В этом и в иных случаях, предусмотренных законом, на исключительное право на произведение может быть обращено взыскание. Однако эта возможность существует лишь в тех случаях, когда исключительное право принадлежит не самому автору и не его наследникам, а любым другим лицам, к которым оно перешло, например, на основании договора об отчуждении исключительного права на произведение. В целях защиты интересов автора обращение взыскания на принадлежащее ему исключительное право не допускается (п. 1 ст. 1284 ГК). Вместе с тем взыскание может быть обращено на права требования автора к другим лицам по договорам об отчуждении исключительного права на произведение и по авторским лицензионным договорам, а также на доходы, полученные автором от использования произведения. Иными словами, Гражданским кодексом разрешено обращение взыскания на имущественные требования и на доходы, вытекающие из распоряжения самим автором его исключительным правом, но запрещено распоряжение этим правом помимо воли автора. Все эти правила распространяются не только на самого автора, но и на его наследников, а также на наследников этих наследников и т.д., т.е. на всех лиц, к которым исключительное право успеет перейти по наследству в пределах срока его действия.

Взыскание также может быть обращено на право использования произведения, принадлежащее лицензиату. Причем в этом случае при продаже принадлежащего лицензиату права использования произведения с публичных торгов закон предоставляет автору преимущественное право его приобретения (п. 2 ст. 1284 ГК). Это правило позволяет создать дополнительные гарантии защиты интересов автора, которому может быть безразлично, к кому и на каких условиях перейдет право использования его произведения.

Действующий Закон об авторском праве в ст. 30 весьма неточно говорит о двух видах авторских договоров: о передаче "исключительных" прав и о передаче "неисключительных" прав. В то же время анализ содержания норм этого Закона позволяет заключить, что оба названных договора по своей природе являются лицензионными договорами, разница между которыми состоит в том, исключительную или неисключительную лицензию автор предоставляет пользователю.

Гражданский кодекс вводит новый для авторского права вид договора - договор об отчуждении исключительного права на произведение. По этому договору автор или иной правообладатель передает или обязуется передать принадлежащее ему исключительное право на произведение в полном объеме приобретателю такого права (ст. 1285 ГК). Все иные права автора, перечисленные в ст. 1255 ГК, не отторжимы от его личности и поэтому по договору не передаются. Но автор лишается в дальнейшем на весь срок действия исключительного права возможности использовать свое произведение, разрешать (и запрещать) его использование другим лицам, распоряжаться исключительным правом на это произведение. Все эти возможности - правомочия, составляющие содержание исключительного права, - переходят к приобретателю исключительного права по договору. Естественно, при заключении подобного договора авторы должны особенно тщательно продумывать вопрос о размере причитающегося им вознаграждения или о порядке его исчисления с учетом установленного законом длительного срока охраны исключительного права и возможного роста интереса публики к произведению в будущем. Общие правила о договоре об отчуждении исключительного права установлены в ст. 1233 и 1234 ГК.

По сравнению с действующим Законом об авторском праве в гл. 70 ГК более четко и подробно регламентировано содержание лицензионного договора о предоставлении права использования произведения (далее - авторского лицензионного договора). По авторскому лицензионному договору одна сторона - автор или иной правообладатель (лицензиар)

обязуется предоставить другой стороне (лицензиату) право использования этого произведения в установленных договором пределах. Заключение лицензионного договора (в отличие от договора об отчуждении исключительного права) не влечет за собой перехода исключительного права к лицензиату. В случае заключения авторского лицензионного договора лицензиат может использовать произведение лишь в пределах тех прав и теми способами, которые предусмотрены таким договором. Различаются два вида лицензионных договоров: простая (неисключительная) и исключительная лицензии, причем, если договором не предусмотрено иное, лицензия предполагается простой (неисключительной).

Общие правила, применимые к любым лицензионным договорам, содержатся в ст. 1233, 1235 - 1238 ГК, а ст. 1286 ГК затрагивает лишь те вопросы, которые применительно к авторскому лицензионному договору решаются по-иному. Так, в п. 2 ст. 1286 ГК установлено, что хотя по общему правилу лицензионный договор заключается в письменной форме, договор о предоставлении права использования произведения в периодическом печатном издании может быть заключен в устной форме.

Предусмотрен также специальный порядок заключения лицензионных договоров о предоставлении права использования программы для ЭВМ или базы данных. Допускается заключение правообладателем с каждым пользователем договора присоединения, условия которого излагаются на приобретаемом экземпляре программы для ЭВМ или базы данных или на их упаковке. Считается, что пользователь дал согласие на заключение соответствующего лицензионного договора, если он начал использование такой программы или базы данных. При этом то, что следует понимать под началом использования, в каждом конкретном случае определяется упомянутыми условиями (п. 3 ст. 1286 ГК).

В дополнение к пункту 5 статьи 1235 ГК, посвященному выплате вознаграждения по лицензионному договору, в п. 4 ст. 1286 ГК установлено, что в возмездном авторском лицензионном договоре выплата вознаграждения лицензиару может быть предусмотрена в виде фиксированных разовых или периодических платежей, в виде процентных отчислений от дохода (выручки) либо в иной форме. Кроме того, Правительство РФ вправе устанавливать минимальные ставки авторского вознаграждения за отдельные виды использования произведений. Это положение сохранено в соответствии с п. 3 ст. 31 Закона об авторском праве, на основании которого Правительством были приняты и в настоящее время действуют минимальные ставки вознаграждения за публичное исполнение произведений, воспроизведение произведений путем звукозаписи, сдачу в прокат экземпляров звукозаписи и аудиовизуальных произведений, воспроизведение произведений изобразительного искусства и тиражирование в промышленности произведений декоративно-прикладного искусства <1>.

<1> САПП РФ. 1994. N 13. Ст. 994; СЗ РФ. 1996. N 21. Ст. 2529; 1998. N 22. Ст. 2476.

В отношении издательского лицензионного договора, т.е. договора о предоставлении права использования произведения, заключенного автором или иным правообладателем с издателем - лицом, на которое в соответствии с договором возлагается обязанность издать произведение, ст. 1287 ГК предусматривает особые условия. Они состоят в том, что издатель-лицензиат по такому договору обязан начать использование произведения не позднее срока, установленного в договоре. Если эта обязанность не будет исполнена издателем, то правообладатель вправе в одностороннем порядке отказаться от договора без возмещения убытков, причиненных издателю таким отказом.

В случае отсутствия в договоре конкретного срока начала использования произведения такое использование должно быть начато в срок, обычный для произведений такого вида и для способа их использования. Подобная оценка продолжительности срока может быть произведена судом. Расторжение договора

лицензиаром в этом случае возможно по основаниям и в порядке, которые предусмотрены п. 2 ст. 450 ГК.

При расторжении издательского лицензионного договора по причинам неиспользования произведения в установленный в договоре или в иной разумный срок (п. 1 ст. 1287 ГК) лицензиар вправе требовать от лицензиата (издателя) выплаты ему вознаграждения, предусмотренного данным договором, в полном размере (п. 2 ст. 1287 ГК). В случаях, когда в договоре предусматривается выплата вознаграждения в виде процентных отчислений от дохода (выручки) от продажи изданного тиража произведения, конкретный размер возмещения будет определяться судом на основании обычных для данного издателя тиражей и цен за экземпляр произведения аналогичного типа.

Существенными особенностями обладает также договор авторского заказа, который направлен на создание произведения в будущем и может быть заключен в отношении различных видов произведений (литературных, музыкальных, изобразительного искусства и т.д.). Содержание этого договора заключается в том, что одна сторона (автор) обязуется по заказу другой стороны (заказчика) создать обусловленное договором произведение науки, литературы или искусства на материальном носителе или в иной форме (абз. 1 п. 1 ст. 1288 ГК).

По общему правилу материальный носитель произведения передается заказчику в собственность, но соглашением сторон может быть предусмотрена его передача заказчику во временное пользование (абз. 2 п. 1 ст. 1288 ГК). При этом под материальным носителем понимается картина, скульптура, рукопись или другая вещь, в которой воплощено произведение (п. 1 ст. 1227 ГК). Произведение нерасторжимо с таким материальным носителем, поэтому в ст. 1288 ГК решается вопрос о праве собственности на такую вещь. Под иной (тоже материальной) формой создания произведения понимается прежде всего его электронная запись. В последнем случае произведение может существовать одновременно на разных носителях (в памяти ЭВМ, на дискете, лазерном диске и т.п.) и может быть передано заказчику на любом из них либо через сеть Интернет. В связи с этим вопрос о праве собственности на носитель произведения, созданного в подобной форме, не имеет существенного значения, хотя само условие представления произведения заказчику именно в той или иной форме в договоре следует оговаривать.

Договор авторского заказа по общему правилу является возмездным (если иное не предусмотрено соглашением сторон).

Особенности договора авторского заказа определяются тем, что он заключается в отношении произведения, которое еще не существует и будет создано лишь в перспективе. Поэтому наряду с условием о предмете договора - создании обусловленного произведения науки, литературы или искусства - существенным для договора авторского заказа является также условие о передаче произведения заказчику в установленный срок (п. 1 ст. 1289 ГК). Договор, который не предусматривает и не позволяет определить срок его исполнения, не считается заключенным.

Строгое условие о необходимости определять срок исполнения в договоре авторского заказа дополняется в законе рядом уточнений, позволяющих в некоторых типичных ситуациях защитить, с одной стороны, интересы авторов-исполнителей, а с другой стороны, интересы заказчиков. Поскольку творческий процесс создания произведения трудно заранее ограничить жесткими временными рамками, авторы на практике часто нарушают сроки, установленные в договорах заказа. С учетом этой особенности в п. 2 ст. 1289 ГК предусмотрено общее правило, по которому в случае наступления срока исполнения договора авторского заказа автору при необходимости и при наличии уважительных причин предоставляется дополнительный льготный срок для завершения создания произведения. Продолжительность такого льготного срока составляет как минимум одну четвертую часть срока, установленного для исполнения договора, но в договоре может быть предусмотрен и более длительный льготный срок.

Вместе с тем в ряде случаев установление льготных сроков может повредить интересам заказчиков, поэтому для них в законе сделаны соответствующие исключения. Так, правило о льготном сроке применяется к договору авторского заказа на создание произведения, используемого в составе сложного объекта (кинофильма, иного аудиовизуального произведения, театрально-зрелищного представления, мультимедийного продукта), только в случае, если иное не предусмотрено договором (п. 1 ст. 1240 ГК). Таким образом, в случае создания произведения, используемого в составе сложного объекта, конкретным договором может быть установлен менее продолжительный льготный срок или такой срок вообще может не предусматриваться.

Льготный срок не применяется также и в случае, названном в п. 3 ст. 1289 ГК. Если по общему правилу заказчик вправе в одностороннем порядке отказаться от договора авторского заказа лишь по истечении льготного срока, то в случае, когда из условий договора явно вытекает, что при нарушении срока его исполнения заказчик утрачивает интерес к договору (например, картина или скульптура заказаны для экспонирования на конкретной выставке, музыкальное произведение заказано для исполнения на юбилейном концерте и т.п.), заказчик вправе отказаться от договора непосредственно по истечении срока его исполнения.

Договор авторского заказа наряду с условиями, касающимися создания обусловленного произведения и передачи его заказчику в установленный срок, как правило, содержит и условия относительно дальнейшего использования созданного произведения. В этих целях договор авторского заказа может предусматривать отчуждение заказчику исключительного права на созданное автором произведение или предоставление заказчику права использования этого произведения в установленных договором пределах (п. 2 ст. 1288 ГК). Соответственно к такому договору применяются либо положения ГК о договоре об отчуждении исключительного права (п. 3 ст. 1288 ГК), либо положения о лицензионных договорах, в частности, предусмотренные ст. 1286 и 1287 ГК (п. 4 ст. 1288 ГК).

Дополнительной гарантией для авторов, являющихся экономически более слабой стороной в договоре по сравнению с их контрагентами-организациями и в то же время осуществляющих творческую деятельность, в сфере которой весьма высок риск неудачи, служит ограничение ответственности по договорам (ст. 1290 ГК). Ответственность автора по договору об отчуждении исключительного права на произведение и по лицензионному договору ограничена суммой реального ущерба, причиненного им другой стороне, при условии, что договором не предусмотрен еще меньший размер ответственности автора (п. 1 ст. 1290 ГК). Это означает, что с автора не может быть взыскана упущенная выгода (п. 2 ст. 15 ГК). В случае неисполнения или ненадлежащего исполнения договора авторского заказа, за которое автор несет ответственность, автор обязан возратить заказчику аванс, а также уплатить неустойку, если она предусмотрена договором. Однако при этом общий размер указанных выплат также ограничен суммой реального ущерба, причиненного заказчику (п. 2 ст. 1290 ГК).

Если ответственность автора по договору авторского заказа была ограничена возмещением реального ущерба и в п. 2 ст. 34 Закона об авторском праве, то ограничение ответственности автора по другим авторским договорам является нововведением Гражданского кодекса (п. 1 ст. 34 Закона об авторском праве предусматривал для этих случаев возмещение убытков, включая упущенную выгоду). В то же время следует подчеркнуть, что подобная льгота установлена только для авторов и не распространяется на других правообладателей, в том числе на наследников автора.

В развитие положений ст. 1227 ГК о соотношении интеллектуальных прав и права собственности в гл. 70 включена ст. 1291. В ней достаточно подробно рассматриваются последствия отчуждения автором оригинала произведения. Под оригиналом понимается рукопись, оригинал произведения живописи, графики, скульптуры, декоративно-прикладного искусства и т.п., т.е. уникальный материальный носитель произведения,

существующий в единственном экземпляре (или в незначительном числе экземпляров) и обладающий поэтому самостоятельной ценностью. По общему правилу при отчуждении автором такого оригинала (в том числе по договору авторского заказа) исключительное право на произведение сохраняется за автором, в то время как право собственности на оригинал переходит к другому лицу. Вместе с тем договором об отчуждении оригинала произведения может быть предусмотрено и отчуждение исключительного права на само произведение.

В том случае, когда исключительное право на произведение не перешло к приобретателю его оригинала, такой приобретатель (даже если в договоре не содержится никаких условий о предоставлении ему права использования произведения в определенных пределах) вправе без согласия автора и без выплаты ему вознаграждения демонстрировать приобретенный в собственность оригинал произведения, воспроизводить его в каталогах выставок и в изданиях, посвященных его коллекции, а также передавать оригинал произведения для демонстрации на выставках, организуемых другими лицами (п. 1 ст. 1291 ГК). Предусмотренные меры позволяют гарантировать осуществление собственником оригинала произведения его абсолютных прав, лишь в незначительных и разумных пределах ограничивая исключительное право автора.

Если при отчуждении оригинала произведения к приобретателю от автора перешло также исключительное право на произведение, такой собственник при последующем отчуждении оригинала (например, при его перепродаже) автоматически будет отчуждать вместе с ним и исключительное право на произведение, если только в договоре не будет предусмотрено иное (п. 2 ст. 1291 ГК). Это правило должно способствовать упрощению взаимоотношений по использованию произведений и их оригиналов в тех случаях, когда нет необходимости охранять интересы автора.

Все правила статьи 1291 ГК распространяются не только на самого автора, но и на его наследников, а также на наследников этих наследников и т.д., т.е. на всех лиц, к которым исключительное право на произведение успеет перейти по наследству в пределах срока его действия (п. 3 ст. 1291 ГК).

Авторские права на служебные и иные произведения,
созданные на средства других лиц
(статьи 1295 - 1298)

Существенное отличие главы 70 Гражданского кодекса от Закона об авторских правах 1993 г. состоит в том, что в ней по-иному решаются вопросы авторских прав на служебные произведения. Правда, как и в ст. 14 Закона об авторском праве, в ст. 1295 ГК предусмотрено, что авторские права на произведение науки, литературы или искусства, созданное в пределах установленных для работника (автора) трудовых обязанностей (служебное произведение), принадлежат автору, в то время как исключительное право на такое произведение принадлежит работодателю (если трудовым или иным договором между работодателем и автором не предусмотрено иное). То есть у автора остаются право авторства, право на авторское имя, право на неприкосновенность произведения, право на обнародование произведения, право на отзыв и т.д. (например, у авторов произведений изобразительного искусства - право на доступ к произведению и право следования), а также право на вознаграждение (см. ниже). Но исключительное право, в отличие от других авторских прав, с самого момента создания служебного произведения в соответствии с законом считается переданным работодателю (п. 3 ст. 1228 ГК).

В то же время надо учесть, что в ст. 14 Закона об авторском праве служебные произведения делятся на произведения, созданные "в порядке выполнения служебных обязанностей" и "в порядке служебного задания" работодателя. Эти два случая отличаются друг от друга тем, что при выполнении служебного задания работнику дается прямое указание о создании определенного произведения, причем такое указание может

не вытекать из его служебных обязанностей, а, напротив, находиться за рамками таких обязанностей. В пункте 1 статьи 1295 ГК понятие служебного произведения сужено таким образом, что под него подпадают лишь произведения, созданные в пределах установленных для работника трудовых обязанностей. Произведение, созданное в порядке служебного задания, находящегося в рамках трудовых обязанностей конкретного работника, подпадает под это более широкое определение, но произведение, созданное в порядке служебного задания, выходящего за рамки трудовых обязанностей данного конкретного работника, не будет рассматриваться как служебное произведение, и взаимоотношения работника и работодателя по поводу такого произведения должны регулироваться дополнительным соглашением между ними.

Любые условия, касающиеся взаимоотношений между работником (автором) и работодателем по поводу служебного произведения, могут быть согласованы как в трудовом, так и в ином договоре (абз. 1 п. 2 ст. 1295 ГК). Хотя служебные произведения создаются в рамках трудовых отношений, следует согласиться с мнением В.А. Дозорцева, что трудовой договор в этом случае является основанием заключения гражданско-правового договора, поскольку субъективные гражданские права, включая право на получение автором вознаграждения от работодателя, могут предоставляться только по гражданско-правовому договору <1>.

<1> Дозорцев В.А. Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации. М., 2003. С. 297 - 298.

Права работодателя в отношении служебного произведения в ст. 1295 ГК значительно ограничены по сравнению со ст. 14 Закона об авторском праве. Если работодатель в течение трех лет со дня, когда служебное произведение было предоставлено в его распоряжение, не начнет использование этого произведения, не передаст исключительное право на него другому лицу или не сообщит автору о сохранении произведения в тайне (подобное решение может быть принято в отношении научных произведений, программ для ЭВМ и баз данных), исключительное право на служебное произведение принадлежит автору (абз. 2 п. 2 ст. 1295 ГК). Таким образом, если в указанный трехлетний срок работодатель покажет отсутствие интереса к имеющемуся в его распоряжении служебному произведению, исключительное право на это произведение возвращается к работнику-автору.

Если работодатель в течение трех лет со дня, когда служебное произведение было предоставлено в его распоряжение, начнет его использование, передаст исключительное право другому лицу или примет решение о сохранении служебного произведения в тайне и поэтому не начнет использование произведения в установленный срок, автор имеет право на вознаграждение. Размер, условия и порядок выплаты вознаграждения работодателем определяются договором между ним и работником, а в случае спора - судом (абз. 3 п. 2 ст. 1295 ГК). В отличие от пункта 2 статьи 14 Закона об авторском праве ГК предусматривает более широкий перечень случаев выплаты вознаграждения автору (не только за использование служебного произведения работодателем, но и в случае отчуждения исключительного права на него, а также в случае неиспользования произведения из-за сохранения его в тайне). Кроме того, установлено, что подобное вознаграждение носит обязательный характер (договором определяются лишь его размер, условия и порядок выплаты), а также то, что оно во всех случаях выплачивается автору работодателем.

Статья 1295 ГК предусматривает также определенные гарантии для работодателя в тех случаях, когда в соответствии с п. 2 ст. 1295 ГК исключительное право на служебное произведение принадлежит автору. С учетом того, что служебное произведение создается при организационной, материальной и иной помощи работодателя, последний сохраняет право использовать такое произведение способами, обусловленными целью служебного

задания, и в вытекающих из задания пределах, а также обнародовать произведение, если договором между ним и работником не предусмотрено иное. При этом не ограничивается право автора использовать данное произведение способом, не обусловленным целью служебного задания, а также хотя бы и способом, обусловленным целью задания, но за пределами, вытекающими из задания работодателя (абз. 1 п. 3 ст. 1295 ГК). В качестве примера можно привести ситуацию, когда научному сотруднику исследовательского института поручено написать главу в коллективном научном исследовании, предназначенном для издания. Книга в обусловленный срок не опубликована, и по истечении установленных законом трех лет исключительное право на соответствующую главу возвращается к автору. Через некоторое время после этого книга все же выходит в свет. Институт, являющийся работодателем автора, вправе использовать его произведение в этой книге, не получая его согласия. В то же время автор вправе без согласия работодателя использовать свое произведение, включив его в качестве составной части в свою монографию, в другое коллективное произведение или опубликовав в виде самостоятельной статьи.

Работодатель вправе при использовании служебного произведения указывать свое имя или наименование либо требовать такого указания (абз. 2 п. 3 ст. 1295 ГК).

Две статьи главы 70 ГК посвящены программам для ЭВМ и базам данных, созданным по заказу (ст. 1296 ГК) и при выполнении работ по договору подряда или по договору на выполнение научно-исследовательских, опытно-конструкторских или технологических работ (ст. 1297 ГК). Необходимость в их появлении возникла в связи с тем, что программы для ЭВМ и базы данных обладают рядом особенностей, отличающих их от традиционных объектов авторского права. Так, если произведение науки, литературы или искусства всегда является предметом конкретного договора заказа, в котором достаточно подробно оговариваются те его характеристики, которые нужны заказчику, то программы для ЭВМ и базы данных в некоторых случаях могут быть таким самостоятельным предметом договора заказа, тогда как во многих других случаях создаются в процессе разработки каких-то более общих задач как вспомогательные, побочные результаты (например, оригинальная программа для ЭВМ может быть создана в процессе разработки какого-либо сложного технического объекта в целях обеспечения его функционирования). Этим объясняется наличие двух разных подходов к решению вопроса об обладателе исключительного права на программы для ЭВМ и базы данных.

Статья 1296 ГК посвящена случаю, когда программа для ЭВМ или база данных создана по заказу, т.е. по договору, предметом которого как раз и было ее создание. Исключительное право на такую программу или базу принадлежит заказчику, если иное не предусмотрено договором между подрядчиком (исполнителем) и заказчиком. В случае, если исключительное право принадлежит заказчику, то подрядчик (исполнитель) вправе использовать такую программу или базу данных для собственных нужд на условиях простой (неисключительной) лицензии в течение всего срока действия исключительного права без выплаты за это использование дополнительного вознаграждения (т.е. безвозмездно). Данное правило носит диспозитивный характер и применяется постольку, поскольку договором не предусмотрено иное (п. 2 ст. 1296 ГК).

Если в соответствии с договором исключительное право на программу для ЭВМ или базу данных принадлежит подрядчику (исполнителю), то заказчик, в свою очередь, может использовать такую программу или базу данных для собственных нужд на условиях безвозмездной простой (неисключительной) лицензии в течение всего срока действия исключительного права (п. 3 ст. 1296 ГК). В этом случае диспозитивность в норме отсутствует, так как ст. 1296 ГК предоставляет дополнительные гарантии заказчику как лицу, заинтересованному в получении определенного конкретного результата и несущему в связи с этим расходы.

В статье 1297 ГК урегулирована ситуация, когда программа для ЭВМ или база данных создана при выполнении договора подряда или договора на выполнение научно-

исследовательских, опытно-конструкторских или технологических работ, которые прямо не предусматривали ее создание. Исключительное право на такую программу или базу данных принадлежит подрядчику (исполнителю), если договором между ним и заказчиком не предусмотрено иное. В этом случае заказчик вправе (если иное не предусмотрено договором) использовать созданные таким образом программу или базу данных в целях, для достижения которых был заключен соответствующий договор, на условиях безвозмездной простой (неисключительной) лицензии в течение всего срока действия исключительного права (абз. 2 п. 1 ст. 1297 ГК).

В ситуации, когда исключительное право на программу для ЭВМ или базу данных на основании договора передано заказчику либо указанному им третьему лицу, подрядчик (исполнитель) вправе использовать созданные им программу или базу данных для собственных нужд на условиях безвозмездной простой (неисключительной) лицензии в течение всего срока действия исключительного права, если договором не предусмотрено иное (п. 2 ст. 1297 ГК).

В обеих статьях содержится положение о том, что автор соответствующей программы для ЭВМ или базы данных, если ему не принадлежит исключительное право на такую программу или базу, имеет право на вознаграждение в соответствии с абз. 3 п. 2 ст. 1295 ГК. Под автором программы или базы данных в данном случае понимается ее конкретный создатель (или группа таких лиц). Вознаграждение автору должно выплачиваться его работодателем на основании договора. Это должно облегчить авторам задачу получения такого вознаграждения, так как существующий в настоящее время общий принцип уплаты вознаграждения создателям результатов интеллектуальной деятельности лицом, которое эти результаты использует, на практике зачастую приводит к невозможности его взыскания.

Статья 1298 ГК касается произведений науки, литературы и искусства, созданных по государственному или муниципальному контракту. Необходимость в установлении специальных правил в этой сфере существует в связи с тем, что в отличие от иных случаев создания произведений по заказу или при выполнении работ по договору стороной-заказчиком в таком договоре выступают государство или муниципальное образование, которые финансируют выполнение заказа за счет бюджетных средств. Исключительное право на произведение, созданное по государственному или муниципальному контракту для государственных или муниципальных нужд, принадлежит исполнителю, если таким контрактом не предусмотрено, что это право принадлежит Российской Федерации, субъекту Российской Федерации или муниципальному образованию, от имени которых выступает государственный или муниципальный заказчик (уполномоченная организация), либо совместно исполнителю, с одной стороны, и соответственно Российской Федерации, субъекту Российской Федерации или муниципальному образованию, с другой стороны (п. 1 ст. 1298 ГК). Применительно к произведениям науки, литературы и искусства под исполнителем понимается либо сам автор (или соавторы), либо иное лицо, выполняющее государственный или муниципальный контракт (например, изготовитель аудиовизуального произведения).

Если исключительное право на произведение принадлежит по контракту Российской Федерации, субъекту Российской Федерации или муниципальному образованию, то исполнитель обязан путем заключения соответствующих договоров со своими работниками и третьими лицами приобрести все права или обеспечить их приобретение для передачи соответственно Российской Федерации, субъекту Российской Федерации или муниципальному образованию. Конечно, совершение подобных действий не требуется, если речь идет о создании лично самим автором произведения живописи, романа или симфонии, но может иметь очень важное значение в случае создания кинофильма или иного аудиовизуального произведения. Могут возникать и более простые, но также требующие решения ситуации. Например, композитор, положивший чужие стихи на свою музыку, должен решить вопрос с правами на эти стихи. Исполнитель

государственного или муниципального контракта имеет право на возмещение затрат, понесенных им в связи с приобретением соответствующих прав у третьих лиц (п. 2 ст. 1298 ГК).

Если исключительное право на произведение принадлежит исполнителю или иному лицу, но не Российской Федерации, не субъекту Российской Федерации и не муниципальному образованию, правообладатель обязан по требованию государственного или муниципального заказчика предоставить указанному этим заказчиком лицу безвозмездную простую (неисключительную) лицензию на использование соответствующего произведения для государственных или муниципальных нужд (п. 3 ст. 1298 ГК). Если исключительное право на произведение принадлежит совместно исполнителю и соответственно Российской Федерации, субъекту Российской Федерации или муниципальному образованию, государственный или муниципальный заказчик вправе предоставить безвозмездную простую (неисключительную) лицензию на использование такого произведения для государственных или муниципальных нужд, уведомив об этом исполнителя (п. 4 ст. 1298 ГК). Оба эти случая предусматривают сохранение за государственным или муниципальным заказчиком права предоставлять безвозмездную неисключительную лицензию на использование произведения для государственных или муниципальных нужд в качестве гарантии соблюдения интересов государства или муниципального образования как заказчиков, финансировавших создание соответствующего произведения из бюджетных средств.

Так же как в статьях 1296 и 1297 ГК, в п. 5 ст. 1298 ГК установлено правило, согласно которому работник, являющийся автором, исключительное право которого перешло к исполнителю, имеет право на вознаграждение в соответствии с абз. 3 п. 2 ст. 1295 ГК, т.е. может требовать выплаты вознаграждения от своего работодателя, а не от лица, к которому исключительное право перешло по государственному или муниципальному контракту.

Как уже упоминалось, большинство произведений науки, литературы и искусства создаются по договорам, предметом которых является их создание. Поэтому статья 1298 ГК сформулирована применительно к таким произведениям. Однако с учетом специфики, присущей программам для ЭВМ и базам данных, п. 6 ст. 1298 ГК распространяет правила этой статьи на те программы и базы данных, создание которых не было предусмотрено государственным или муниципальным контрактом, но которые были созданы при выполнении такого контракта (например, контракта на разработку объекта военной техники или летательного аппарата).

Защита авторских прав (статьи 1299 - 1302)

Статьи с 1299 по 1302 ГК посвящены вопросам защиты авторских прав и мерам ответственности за их нарушение. В частности, ст. 1299, в основном повторяющая содержание ст. 48.1 Закона об авторском праве, в соответствии со ст. 11 Договора ВОИС по авторскому праву предусматривает меры правовой защиты против обхода технических средств, контролирующих доступ к произведению, предотвращающих либо ограничивающих осуществление действий, которые не разрешены автором или иным правообладателем в отношении произведения. Единственным уточнением по сравнению с ранее действовавшей нормой Закона об авторском праве является включение в понятие технических средств наряду с любыми техническими устройствами и их компонентами также любых технологий, при помощи которых осуществляется защита авторских прав. Такое расширение понятия технических средств более точно отражает реальную ситуацию, а также смысл ст. 11 Договора ВОИС по авторскому праву.

Статья 1300 ГК также в целом повторяет по своему содержанию ст. 48.2 Закона об авторском праве, которая в соответствии со ст. 12 Договора ВОИС по авторскому праву

направлена на защиту информации об авторском праве, т.е. любой информации, идентифицирующей произведение, автора или иного правообладателя, информации об условиях использования произведения, а также любых цифр и кодов, в которых такая информация содержится.

Нововведением для норм, содержащихся в двух вышеназванных статьях, является их дополнение положениями о том, что в случае нарушения установленных в них запретов на совершение определенных действий в отношении технических средств защиты или информации об авторском праве автор или иной правообладатель вправе требовать от нарушителя по своему выбору возмещения убытков или выплаты компенсации в соответствии со ст. 1301 ГК. Подобная норма была необходима вследствие того, что нарушения, связанные с устранением технических средств защиты или информации об авторских правах, сами по себе могут не являться нарушением исключительного права, но тем не менее требуют применения адекватных мер правовой защиты, так как создают условия и предпосылки для нарушения исключительного права и иных авторских прав.

В пункте 3 статьи 1299 ГК содержится оговорка о том, что автор или иной правообладатель вправе требовать возмещения убытков или выплаты компенсации во всех случаях нарушений, связанных с техническими средствами защиты авторских прав, кроме случаев, когда Гражданский кодекс разрешает использование произведения без согласия автора или иного правообладателя (ст. 1273 - 1280 ГК). Дело в том, что в этом случае устранение ограничений использования произведения, установленных путем применения технических средств защиты авторских прав (подп. 1 п. 2 ст. 1299 ГК), само по себе не может повлечь применения мер ответственности, поскольку законом разрешено свободное использование произведения и, следовательно, исключительное право на него не может быть нарушено. В то же время при нарушении других авторских прав (например, права на авторское имя или права на неприкосновенность произведения) применимы положения ст. 1251 ГК (но не ст. 1301 ГК, посвященной ответственности за нарушение исключительного права).

Большинство норм о защите интеллектуальных прав сосредоточено в гл. 69 ГК "Общие положения", в ст. 1250 - 1254. В главе 70 ГК, посвященной авторскому праву, имеется лишь ст. 1301, которая предусматривает единственный специальный вид ответственности - компенсацию за нарушение исключительного права на произведение. В соответствии с пунктом 3 статьи 1252 ГК компенсация может взыскиваться вместо возмещения убытков по выбору правообладателя только в случаях, предусмотренных ГК для отдельных видов интеллектуальной собственности или средств индивидуализации. В настоящее время она предусмотрена в ГК в отношении произведений науки, литературы и искусства, а также в отношении товарных знаков и наименований места происхождения товаров.

Гражданский кодекс предусматривает, что в случае нарушения исключительного права на произведение автор или иной правообладатель может наряду с другими применимыми для данного конкретного случая способами защиты и мерами ответственности, установленными в ст. 1250, 1252 и 1253 ГК, требовать от нарушителя по своему выбору вместо возмещения убытков выплаты компенсации либо в размере от 10 тыс. до 5 млн. руб. (размер компенсации в этих пределах определяется по усмотрению суда в зависимости от характера нарушения и иных обстоятельств дела с учетом требований разумности и справедливости), либо в двукратном размере стоимости экземпляров произведения или в двукратном размере стоимости права использования произведения, определяемой исходя из цены, которая при сравнимых обстоятельствах обычно взимается за правомерное использование произведения.

Для того, чтобы взыскать компенсацию, достаточно доказать факт правонарушения. Хотя компенсация применяется как альтернатива возмещению убытков, автор или иной правообладатель, обратившийся за защитой нарушенного права, не обязан в этом случае

доказывать размер причиненных ему убытков. Характерно также, что автор или иной правообладатель может по своему выбору требовать от нарушителя выплаты компенсации как за каждый случай неправомерного использования произведения в отдельности, так и за допущенное правонарушение в целом (п. 3 ст. 1252 ГК).

Статья 1302 ГК более подробно рассматривает вопрос об обеспечении иска по делам о нарушении исключительных прав, в общем виде нашедший отражение в п. 2 ст. 1252 ГК. Суд может запретить ответчику или лицу, в отношении которого имеются достаточно веские основания полагать, что оно является нарушителем авторских прав, совершать определенные действия (включая изготовление, воспроизведение, продажу, импорт, транспортировку, хранение и т.п.), направленные на введение в гражданский оборот экземпляров произведения, которые предположительно являются контрафактными. Суд также может наложить арест на все такие экземпляры произведения, а также на материалы и оборудование, используемые или предназначенные для их изготовления или воспроизведения. Наконец, при наличии достаточных данных органы дознания и следствия обязаны принять меры для розыска и наложения ареста на экземпляры произведения, которые, как предполагается, являются контрафактными, а также на материалы и оборудование, используемые или предназначенные для изготовления или воспроизведения вышеназванных экземпляров произведения. В необходимых случаях эти органы могут осуществлять меры по их изъятию и передаче на ответственное хранение. Формулировки статьи 1302 ГК с некоторыми уточнениями воспроизводят содержание ст. 50 Закона об авторском праве. Наиболее существенным дополнением является указание в п. 2 ст. 1302 ГК на то, что суд может наложить арест, а органы дознания и следствия принять меры для розыска и наложения ареста на материалы и оборудование, используемые или предназначенные для изготовления и воспроизведения контрафактных экземпляров произведения. В прежней формулировке упоминались лишь материалы и оборудование, предназначенные для изготовления и воспроизведения таких экземпляров, что недостаточно точно и в результате необоснованно сужает их перечень.

Глава 71. ПРАВА, СМЕЖНЫЕ С АВТОРСКИМИ

Комментарий к главе 71

§ 1. Общие положения (статьи 1303 - 1312)

Понятие и виды прав, смежных с авторскими

Название главы 71 ГК - "Права, смежные с авторскими" ненамного отличается от названия, используемого Законом об авторском праве для его раздела III - "Смежные права". Но это незначительное уточнение дает возможность сразу определить место прав данного вида в категории интеллектуальных прав. Эти права как связанные с авторскими образуют самостоятельный институт подотрасли интеллектуальных прав - авторских и смежных с ними прав.

Гражданский кодекс расширил круг объектов и соответственно видов прав, смежных с авторскими, в сравнении с Законом об авторском праве. Согласно пункту 1 статьи 1303 ГК к смежным правам относятся интеллектуальные права: (1) на результаты исполнительской деятельности (исполнения); (2) на фонограммы; (3) на сообщение в эфир или по кабелю радио- и телепередач (вещание организаций эфирного и кабельного вещания); (4) на содержание баз данных, а также (5) права публикатора - лица, впервые обнародовавшего произведение науки, литературы или искусства после его перехода в общественное достояние.

Приведенный перечень уже сам по себе свидетельствует о разнообразии и разноплановости смежных прав.

Права на исполнение связаны с определенными личными творческими способностями актера, певца, музыканта, дирижера или другого лица, признаваемого по закону исполнителем.

Права на фонограмму, на вещание и на содержание баз данных связаны с защитой тех вложений (финансовых, технических, организационных), которые соответствующее лицо производит для выпуска соответствующего интеллектуального продукта в оборот. Кроме того, права на фонограмму и на вещание обеспечивают правовую защиту принципиальной "эксклюзивности" созданной записи или осуществляемого сообщения в эфир (по кабелю), несмотря на техническую возможность создать такую же запись или осуществить такое же вещание.

Наконец, права публикатора связаны с признанием затраченных усилий по поиску произведений и доведения до сведения общества результатов таких поисков.

В то же время, несмотря на указанное разнообразие, всем объектам смежных прав (и соответственно самим этим правам) присущ важный, объединяющий их признак - связь с произведениями. Все они в той или иной мере способствуют доведению до общественного сознания, продвижению "в публику" творческих результатов авторов.

Исполнения, фонограммы, вещание, базы данных, действия по обнародованию ранее не обнародованных произведений - все это способы "доставки" произведений потребителям. Первоначально они и воспринимались лишь как такие способы, не имеющие самостоятельного значения в качестве возможных объектов правовой охраны. Однако со временем они стали играть все более значимую роль. Стало очевидно, что многие произведения в отсутствие этих способов никогда бы не стали известны широкой публике, а сами эти способы оказались обладающими такими свойствами, которые позволили сделать их предметом гражданского оборота. Это привело к общему признанию необходимости самостоятельной правовой охраны экономических интересов лиц, обеспечивающих такую "доставку" произведений.

Однако такое признание и связанное с ним регулирование не снимает необходимости учета имманентной смежным правам обусловленности авторским правом. Поэтому регулирование смежных прав в Кодексе осуществляется исходя из принципа правовой охраны каждого смежного права независимо от охраны авторских и других смежных прав при одновременном признании и закреплении обусловленности смежных прав правами авторскими, а порой и другими смежными правами.

Например, пункт 2 статьи 1323 ГК устанавливает, что изготовитель фонограммы осуществляет свои права с соблюдением прав авторов произведений и прав исполнителей. В то же время пунктом 3 той же статьи предусматривается, что права изготовителя фонограммы признаются и действуют независимо от наличия и действия авторских прав и прав исполнителей.

Общие положения о всех смежных правах, предусмотренных российским законодательством, в ГК впервые закреплены в качестве части (параграфа) главы о смежных правах и в Кодексе получили более развернутую регламентацию в сравнении с Законом об авторском праве. Последний содержит только две статьи, которые можно отнести к общим положениям (ст. 35 и 36). Но и эти статьи содержат много норм, каждая из которых относится только к одному объекту или к одному виду смежных прав. Объединены же в Законе 1993 г. эти нормы лишь общим вопросом правового регулирования, к которому они относятся (сфера действия смежных прав, субъекты смежных прав). Общие положения ГК, касающиеся смежных прав, можно разделить на три группы:

- 1) основные положения о смежных правах и объектах этих прав;
- 2) нормы об использовании объектов смежных прав и распоряжении смежными правами;

3) положения о защите смежных прав.

Говоря об общих положениях о смежных правах, закрепленных в ГК, следует отметить, что общими надо признать и те положения, которые не нашли отражения в § 1 гл. 71, но определены в § 2 - 6 гл. 71 единообразно исходя из единых принципов или условий предоставления охраны.

К числу таких положений можно отнести положения, определяющие содержание исключительного права на исполнение, фонограмму и вещание.

Также положения о действии смежных прав на территории Российской Федерации сформулированы в ГК в основном по одинаковой схеме: действие соответствующих исключительных прав на территории Российской Федерации "привязано" главным образом к гражданству РФ или регистрации на территории РФ юридического лица - субъекта такого права, к обнаружению, первому распространению и т.п. на территории РФ объекта такого права и т.д.

Несколько особый случай - организация вещания. Статья 1332 ГК предусматривает, что исключительное право на сообщение радио- или телепередачи действует на территории Российской Федерации, если организация эфирного или кабельного вещания не только имеет место нахождения на территории РФ, но и осуществляет сообщение с помощью передатчиков, расположенных на территории Российской Федерации. Это связано с техническими вопросами осуществления вещательной деятельности.

Основные положения о смежных правах и объектах этих прав (статьи 1303, 1304)

В соответствии с пунктом 2 статьи 1303 ГК к смежным правам относится исключительное право, а в случаях, предусмотренных Кодексом, относятся также личные неимущественные права. Следовательно, на любой объект смежного права существует право его использования. В отношении личных неимущественных прав ситуация обратная: наличие этих прав, их состав и содержание каждого из них должны быть прямо предусмотрены, причем предусмотрены именно ГК.

Другим важным положением является признание того, что для возникновения, осуществления и защиты смежных прав не требуется регистрация их объекта или соблюдение каких-либо иных формальностей (п. 2 ст. 1304 ГК). Смежные права возникают в силу самого факта создания либо воплощения в действительности соответствующего объекта <1>. Единственным исключением является право публикатора, возникающее на уже созданное (причем достаточно давно) произведение, которое просто не было обнаружено <2>.

<1> Применительно к любому объекту смежных прав можно говорить о его создании именно как объекта. В то же время с точки зрения фактических отношений, лежащих в основе правового регулирования смежных прав, это не всегда точно. Фонограмма или база данных действительно создается (записывается, составляется). Применительно к вещанию можно говорить скорее не о создании вещания, а о воплощении в действительности, что более соответствует понятию "сообщение в эфир или по кабелю".

<2> Даже если произведение фактически было обнаружено (например, автор прочел его на городской площади двести лет назад), но сведений об обнаружении нет никаких, права публикатора возникнут.

Использование объектов смежных прав и распоряжение смежными правами (статьи 1306 - 1308)

Нормы параграфа 1 главы 71 ГК не регулируют всех отношений, связанных с использованием смежных прав и распоряжением смежными правами. В нем решаются только общие вопросы свободного использования объектов смежных прав, а также заключаемых в отношении них договоров.

Общими для всех смежных прав случаями использования объектов смежных прав без согласия правообладателя и без выплаты вознаграждения являются случаи свободного использования произведений науки, литературы и искусства, что лишь подтверждает вторичность смежных прав. Это случаи:

- свободного воспроизведения произведения в личных целях (ст. 1273 ГК);
- свободного использования произведения в информационных, научных, учебных или культурных целях (ст. 1274 ГК);
- свободного публичного исполнения музыкального произведения (ст. 1277 ГК);
- свободного воспроизведения произведения для целей правоприменения (ст. 1278 ГК);
- свободной записи произведения организацией эфирного вещания в целях краткосрочного пользования (ст. 1279 ГК).

Возможно также свободное использование объектов смежных прав в случаях, предусмотренных самой главой 71 ГК. Например, статья 1325 устанавливает, что, если оригинал или экземпляры правомерно опубликованной фонограммы введены в гражданский оборот на территории Российской Федерации путем их продажи или иного отчуждения, дальнейшее распространение оригинала или экземпляров допускается без согласия обладателя исключительного права на фонограмму и без выплаты ему вознаграждения.

Иные случаи свободного использования объектов смежных прав Кодексом не допускаются.

Статья 1307 ГК устанавливает, что по договору об отчуждении исключительного права на объект смежных прав правообладатель передает или обязуется передать свое исключительное право на соответствующий объект смежных прав в полном объеме приобретателю исключительного права. Из этого определения следует, что договор об отчуждении исключительного права может быть как возмездным, так и безвозмездным, как реальным ("передает"), так и консенсуальным ("обязуется передать").

В отношении "полного объема" передаваемого отчуждателем исключительного права следует отметить определенное различие при передаче исключительного права на разные объекты смежных прав, обусловленное сущностью этих объектов и условиями их правовой охраны. При заключении договора об отчуждении исключительного права на исполнение, фонограмму или вещание приобретатель получает возможность использовать соответствующий объект любым не противоречащим закону способом, в том числе способами, указанными в ГК для использования соответствующих произведений. Это следует из содержания исключительных прав на указанные объекты (п. 1 ст. 1317, п. 1 ст. 1324, п. 1 ст. 1330 ГК). Если же по договору происходит отчуждение исключительного права изготовителя базы данных или публикатора, то приобретатель хотя и получает возможность использовать соответствующий объект в столь же полном объеме, как это мог делать отчуждатель, но последний сам мог это делать только таким образом и теми способами, которые указаны в Кодексе (п. 1 ст. 1334, п. 1 ст. 1339).

Лицензионный договор о предоставлении права использования объекта смежного права, как это следует из содержания ст. 1308 ГК, также может быть как возмездным, так и безвозмездным, как реальным ("предоставляет"), так и консенсуальным ("обязуется предоставить").

Защита смежных прав
(статьи 1305, 1309 - 1312)

Поскольку общие условия защиты авторского права и смежных прав во многом совпадают, общие положения о защите смежных прав содержат много отсылок к положениям о защите авторского права.

Так, на основании статей 1309 и 1310 ГК к техническим средствам защиты и к информации соответственно применяются положения Кодекса, регулирующие вопросы технических средств защиты авторских прав (ст. 1299) и информации об авторском праве (ст. 1300). При этом положения Кодекса о технических средствах защиты авторских и смежных прав и об информации об этих правах составлены на основе ст. 48.1 и 48.2 Закона об авторском праве. Эти же, в свою очередь, были разработаны с учетом европейских актов в данной сфере и на основе международных соглашений. Так, в соответствии со статьей 6 Директивы Европейского парламента и Совета 2001/29/ЕС от 22 мая 2001 г. "О гармонизации некоторых аспектов авторского права и смежных прав в информационном обществе" государства-члены "должны предусмотреть адекватную правовую охрану против обхода любых эффективных технических средств, которые соответствующее лицо осуществляет или имеет достаточное основание знать, что он или она преследуют ту цель" <1>. А в статье 7 этой Директивы предусмотрено, что государства-члены должны обеспечить адекватную правовую охрану против любого лица, осуществляющего без разрешения удаление или изменение любой электронной информации об управлении правами, а также использование объектов смежных прав, с которых электронная информация была удалена или изменена без разрешения.

<1> Законодательство Европейского союза об авторском праве и смежных правах: Сборник директив Европейского парламента и Совета в области авторского права и смежных прав. М., 2002.

То же самое относится и к норме, касающейся информации о смежном праве (ст. 1310 ГК).

К информации о смежном праве относится и положение ст. 1305 ГК, предусматривающее для обладателя исключительного права на исполнение или фонограмму возможность использовать для оповещения о принадлежащем ему праве знак охраны смежного права, состоящий из латинской буквы "P" в окружности, имени или наименования обладателя исключительного права, года первого опубликования фонограммы. Эта норма ГК базируется на ст. 11 Римской конвенции об охране прав исполнителей, изготовителей фонограмм и вещательных организаций от 26 октября 1961 г.

Статья 1305 ГК содержит и еще одну важную норму - понятие отображений звуков. Развитие цифровых технологий создает ситуацию, когда при определении фонограммы и вещания как объектов смежных прав недостаточно указания только на звуки (ст. 1322, 1329 ГК). Цифровая форма записи звуков - это уже не сами звуки, а их отображение. Поэтому в статье 1305 ГК установлено, что под отображением звуков понимается их представление в цифровой форме, для преобразования которой в форму, воспринимаемую слухом, требуется использование соответствующих технических средств.

Общие положения об ответственности за нарушение исключительного права на объект смежных прав (ст. 1311 ГК) совпадают с положениями об ответственности за нарушение исключительного права на произведение (ст. 1301 ГК), а ст. 1312, касающаяся обеспечения иска по делам о нарушении смежных прав, прямо отсылает к ст. 1302 ГК, регулирующей вопросы обеспечения иска по делам о нарушении авторских прав.

§ 2. Право на исполнение (статьи 1313 - 1321)

Исполнитель и исполнение

В соответствии со статьей 1313 ГК исполнителем (автором исполнения) признается гражданин, творческим трудом которого создано исполнение, - артист-исполнитель (актер, певец, музыкант, танцор или другое лицо, которое играет роль, читает, декламирует, поет, играет на музыкальном инструменте или иным образом участвует в исполнении произведения литературы, искусства или народного творчества, в том числе эстрадного, циркового или кукольного номера), а также режиссер-постановщик спектакля (лицо, осуществившее постановку театрального, циркового, кукольного, эстрадного или иного театрально-зрелищного представления) и дирижер.

Таким образом, за исполнителем признается творческий характер его труда, а сам он назван также автором исполнения. Однако творчество исполнителя необходимо отличать от творчества автора исполняемого произведения. Поскольку исполнение - это представление произведения публике, каждое новое исполнение, несмотря на свой творческий характер, не создает нового произведения искусства или литературы, но создает уникальное "исполнительское произведение" - то, что, собственно, и называется исполнением. Особенно тонким является разграничение исполнения и переработки как объекта авторского права.

В соответствии с пунктом 1 статьи 1260 ГК переводчику, а также автору иного производного произведения (обработки, экранизации, аранжировки, инсценировки или другого подобного произведения) принадлежат авторские права соответственно на осуществленные перевод или иную переработку другого (оригинального) произведения.

В конце XIX - начале XX в. появились теории, которые рассматривали артиста-исполнителя в качестве субъекта авторского права. Тогда возникли представления об исполнителе как о соавторе произведения или как о переработчике произведения. Указанные теории были подвергнуты обоснованной критике. Специалисты в области авторского права обоснованно утверждали: если бы "новое произведение рождалось из исполнения в результате интерпретации оригинального произведения так же, как в случаях его переработки (адаптация, перевод и т.д.), когда появляются производные произведения, которые, в свою очередь, могли бы стать объектом новой переработки исполнения, что, в свою очередь, открывало бы возможность для новой интерпретации. Этого не происходит, так как интерпретация не создает нового произведения" <1>. Для получения правовой охраны исполнение не должно быть оригинальным или вносить какой-либо творческий элемент, отличающий его от предыдущих интерпретаций.

<1> Цит. по: Липшиц Д. Авторское право и смежные права. Пер. с фр. М., 2002. С. 317.

Подобная критика была воспринята и судебной практикой европейских государств. Известно судебное решение апелляционного суда Парижа от 24 декабря 1940 г., согласно которому "артист-исполнитель не может рассматриваться как творец, а его деятельность не может быть приравнена к творчеству автора" <1>.

<1> Там же.

Таким образом, деятельность исполнителя необходимо отличать от творчества автора, поскольку исполнение не представляет собой создание новых произведений науки, литературы или искусства в том смысле, в котором "произведение" понимается в ГК (ст. 1259) и в Бернской конвенции, не является творческой переработкой подобно производному произведению. Исполнение - это интерпретация, представляющая собой реализацию уже созданного автором произведения. Поэтому, каким бы впечатляющим ни было бы исполнение, оно не может быть в правовом смысле приравнено к произведению.

Если признание автором произведения обусловлено творческим характером такового, то творческий труд исполнителя обусловлен признанием авторства исполнения.

Объектом прав исполнителя является исполнение. В процессе подготовки проекта части четвертой ГК вопрос об этом понятии вызвал определенную дискуссию. Дело в том, что в принципе объектом прав исполнителя является скорее не само исполнение как таковое, как процесс, а его результат, то, что объективно существует вовне и благодаря этому может восприниматься другими лицами. Так и было первоначально зафиксировано в проекте. Однако и в этом случае есть исключения: например, присутствуя на концерте, человек скорее воспринимает именно исполнение, а не его результат. Кроме того, переход к новому (и во многом - новому лишь терминологически) пониманию объекта прав исполнителя вызвал сомнения в оправданности такого перехода с точки зрения правоприменения. В связи с этим было принято решение сохранить уже устоявшуюся трактовку объекта прав исполнителя как "исполнения".

Как уже отмечалось, в соответствии со ст. 1313 ГК исполнителями признаются артисты-исполнители, а также режиссер-постановщик спектакля и дирижер. В то же время спектакль, исполнение музыкального произведения оркестром представляют собой совместное исполнение, права на которое принадлежат совместно принимавшим участие в его создании членам коллектива исполнителей, причем независимо от того, образует такое исполнение неразрывное целое или состоит из элементов, каждый из которых имеет самостоятельное значение (п. 1 ст. 1314 ГК).

Соотношение этих положений находит объяснение в различии объектов прав разных исполнителей. Если объектом совместного исполнения актеров, музыкантов и других исполнителей является каждая конкретная постановка, концерт и т.д., то режиссеры-постановщики и дирижеры имеют объектом своих прав в принципе осуществленную ими постановку. Результаты их труда, как отмечалось в литературе, могут быть использованы без их участия и даже после их смерти, что делает созданную постановку ближе к объектам авторского, нежели смежного права <1>.

<1> Сергеев А.П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации: Учебник. М., 2001. С. 336.

Таким образом, объект прав режиссера-постановщика и дирижера более устойчив. Будучи однажды созданным, он в дальнейшем используется и вновь, как правило, не создается. Актер (певец, музыкант), напротив, при каждом исполнении, строго говоря, создает новый объект своих прав, поскольку каждый раз (а не только первый) его деятельность носит творческий характер.

Применительно к совместному исполнению ГК предусматривается еще одно важное правило: руководитель коллектива исполнителей является лицом, уполномоченным законом осуществлять смежные права на совместное исполнение (п. 2 ст. 1314 ГК). Он, таким образом, является законным представителем соисполнителей в их отношениях по использованию совместного исполнения: он вправе заключать договоры об использовании совместного исполнения, совершать иные сделки на этот счет. И только в случае его отсутствия члены коллектива исполнителей осуществляют права на созданное ими исполнение совместно. В пункте 2 статьи 1314 ГК также устанавливается, что соглашением между членами коллектива исполнителей может быть "предусмотрено иное". Таким соглашением может быть изменена презумпция в отношении совместного осуществления прав при отсутствии руководителя коллектива исполнителей, но не положение об осуществлении прав руководителем коллектива исполнителей, которое следует признать императивным.

Остальные положения статьи 1314 ГК о совместном исполнении являются общими с положениями ст. 1258 ГК о произведении, созданном в соавторстве. Исполнитель, так же как и соавтор, не может без достаточных оснований запретить использование совместного

исполнения, если оно образует неразрывное целое. Если соглашением не предусмотрено иное, он может по своему усмотрению использовать элемент совместного исполнения, созданный его творческим трудом и имеющий самостоятельное значение.

Доходы от использования совместного исполнения распределяются между членами коллектива исполнителей поровну, если соглашением между ними не предусмотрено иное (п. 3 ст. 1314 и п. 3 ст. 1229 ГК).

Права исполнителя (статьи 1315, 1316)

Так же, как это произошло с авторскими правами, система субъективных прав на исполнение претерпела изменение в ГК в сравнении с Законом об авторском праве.

Исполнителю принадлежат как личные неимущественные права, так и имущественное право - исключительное. Кодекс закрепил за исполнителем новое личное неимущественное право - право авторства. Это связано с тем, что исполнитель признается автором исполнения, а значит, является создателем результата интеллектуальной деятельности. Помимо этого, вместо права на защиту исполнения или постановки от всякого искажения или иного посягательства, способного нанести ущерб чести и достоинству исполнителя, в ГК появилось право на неприкосновенность исполнения как право на защиту исполнения от всякого искажения, т.е. от внесения в запись, в сообщение в эфир или по кабелю изменений, приводящих к извращению смысла или к нарушению целостности восприятия исполнения. Это изменение объясняется тем, что нельзя ставить возможность произвольного изменения исполнения другими лицами в зависимость только от нанесения ущерба чести и достоинству исполнителя. В таком случае законные интересы исполнителя нельзя признать в полной мере защищенными. Смысл права на неприкосновенность состоит в невозможности таких изменений (без согласия исполнителя), которые приводят к неправильному пониманию исполнения, даже если такие искажения не связаны с ущербом чести и достоинству исполнителя.

Наконец, ГК закрепил и предусмотренное Законом об авторском праве такое личное неимущественное право, как право на имя. В отличие от Закона об авторском праве ГК не ограничился простым указанием на данное право, но и определил содержание этого права и порядок его реализации в случаях совместного исполнения. С точки зрения содержания право на имя - это право на указание имени или псевдонима исполнителя на экземплярах фонограммы и в иных случаях использования исполнения (например, объявление при сообщении исполнения в эфир). С точки зрения совместного исполнения право на имя реализуется путем указания наименования коллектива исполнителей. Кроме того, в Кодексе учтено, что не всегда способ использования исполнения предполагает возможность указания имени исполнителя. Например, запись исполнения сама по себе как способ использования исполнения не связана с указанием имени исполнителя. В то же время при воспроизведении или распространении записи исполнения имя исполнителя (или его псевдоним) должно быть указано.

Личные неимущественные права не переходят по наследству. В то же время после смерти исполнителя его личные нематериальные блага - авторство, имя и неприкосновенность исполнения подлежат защите, поскольку охраняются бессрочно (п. 1 ст. 1316 ГК).

При этом исполнитель вправе указать в завещании лицо, на которое он хотел бы возложить охрану своего имени и неприкосновенности исполнения после своей смерти (абз. 1 п. 2 ст. 1316 ГК). Если такое лицо откажется от этой миссии или в завещании не было определено такое лицо, защита имени и неприкосновенности исполнения осуществляется наследниками исполнителя, а также их правопреемниками.

На случай, если наследники исполнителя и их правопреемники отсутствуют или уклоняются от защиты имени исполнителя и неприкосновенности исполнения, Кодексом

предусмотрено иное решение. В такой ситуации защиту нематериальных благ исполнителя могут осуществлять другие заинтересованные лица, круг которых законом не ограничен (абз. 2 п. 2 ст. 1316 ГК). К числу таких лиц могут быть отнесены творческий союз, членом которого был исполнитель, обладатель исключительного права на исполнение, поклонники творчества исполнителя.

Исключительное право на исполнение (статьи 1317, 1319)

Так же, как и в отношении исключительного авторского права на произведение (ст. 1270 ГК), Кодекс не ограничил способы использования исполнения, закрепив исключительное право исполнителя использовать исполнение любым не запрещенным законом способом (п. 1 ст. 1317). Но несмотря на это, примерный перечень основных способов использования исполнений (п. 2 ст. 1317 ГК) имеет существенное значение.

Необходимо отметить, что ГК расширил перечень способов использования исполнения в сравнении с Законом об авторском праве. При этом расширение носит как количественный, так и качественный характер. Во-первых, перечень дополнен такими способами использования исполнения, как распространение и публичное исполнение записи исполнения (подп. 5 и 8 п. 2 ст. 1317). Во-вторых, значительно полнее в ГК раскрыто содержание таких способов использования исполнения, как сообщение в эфир и воспроизведение записи исполнения (подп. 1 и 4 п. 2 ст. 1317).

Способы использования исполнения, указанные в п. 2 ст. 1317, можно условно разделить на три группы:

- использование непосредственно исполнения (незаписанного исполнения);
- запись исполнения;
- использование записи исполнения.

Данная классификация способов использования исполнения является в известной мере общепринятой: в ст. 6 Договора ВОИС по исполнениям и фонограммам 1996 г. говорится об имущественных правах исполнителей на свои незаписанные исполнения. К ним относятся эфирное вещание и сообщение для всеобщего сведения своих незаписанных исполнений (за исключением случаев, когда исполнение уже передавалось в эфир), а равно запись своих незаписанных исполнений. Статьи же 7 - 10 Договора ВОИС раскрывают содержание способов использования записи исполнения.

Использование незаписанного исполнения осуществляется посредством сообщения его в эфир или по кабелю (подп. 1 и 2 п. 2 ст. 1317 ГК).

Традиционно под сообщением в эфир понимается беспроводной способ передачи информации (с помощью электромагнитных волн), при котором исполнение становится доступным для слухового и (или) зрительного восприятия, т.е. существует фактическая возможность воспринимать осуществляемое сообщение в эфир с помощью соответствующих технических средств. При этом наличие указанной возможности не означает необходимости восприятия такого сообщения. Поэтому в Кодексе (подп. 1 п. 2 ст. 1317) и говорится, что сообщение в эфир становится доступным независимо от его фактического восприятия публикой.

Таким образом, сообщение в эфир - процесс, состоящий из ряда взаимообусловленных действий: формирования сигнала, передачи его по сети связи и распространения на соответствующей территории ("зона вещания"), где обеспечивается прием такого сообщения публикой.

Сообщение в эфир осуществляется как с наземных станций и по наземным эфирным сетям связи (радиотелевизионные передающие центры, радиорелейные линии), так и с использованием спутников связи <1>. В последнем случае сообщение в эфир усложняется двумя взаимосвязанными действиями, нашедшими отражение в ГК: прием сигналов с наземной станции на спутник и передача сигналов со спутника.

<1> В соответствии с пунктом "iii" статьи 1 Брюссельской конвенции о распространении несущих программы сигналов, передаваемых через спутники 1974 г. под спутником понимается "любое устройство, находящееся во внеземном пространстве, способное передавать сигналы".

Процесс сообщения в эфир также усложняется при осуществлении ретрансляции. Понятие ретрансляции содержится в подп. 4 п. 2 ст. 1330 ГК. В этой норме установлено, что ретрансляция - это сообщение в эфир (в том числе через спутник) либо по кабелю радио- или телепередачи одной организацией эфирного или кабельного вещания одновременно с получением ею такого сообщения этой передачи от другой такой организации. Таким образом, при ретрансляции одна организация эфирного вещания формирует и передает сигнал другой организации вещания, которая принимает и одновременно распространяет в эфир полученное ею сообщение (причем все это осуществляется с помощью операторов связи).

В отличие от сообщения в эфир сообщение по кабелю представляет собой доведение исполнения до всеобщего сведения с использованием проводных средств вещания - кабеля и т.д. (подп. 2 п. 2 ст. 1317 ГК). Но и при сообщении по кабелю возможна ретрансляция.

Одним из ключевых способов использования исполнения является запись исполнения (подп. 3 п. 2 ст. 1317 ГК).

Во-первых, сама запись признается отдельным способом использования исполнения.

Во-вторых, запись служит основой для осуществления других способов использования произведения: воспроизведения записи исполнения, распространения записи исполнения и пр. Причем запись исполнения является основой способов его использования как с технической точки зрения (как указывается в определении записи исполнения, это такая фиксация звуков, изображения, а также их отображений, которая позволяет осуществлять их неоднократное восприятие, воспроизведение или сообщение), так и с юридической точки зрения (способы использования исполнения, указанные в подп. 4 - 9 п. 2 ст. 1317 ГК, представляют собой использование записанного исполнения).

В-третьих, получение разрешения на осуществление записи может ограничивать права обладателя исключительного права на исполнение в отношении других способов использования. Как указывается в пункте 3 статьи 1317 ГК, исключительное право на исполнение "не распространяется на воспроизведение, сообщение в эфир или по кабелю и публичное исполнение записи исполнения в случаях, когда такая запись была произведена с согласия исполнителя, а ее воспроизведение, сообщение в эфир или по кабелю либо публичное исполнение осуществляется в тех же целях, для которых было получено согласие исполнителя при записи исполнения".

В-четвертых, запись исполнения, а вернее, первая запись исполнения есть не что иное, как изготовление фонограммы (ст. 1322 ГК). Здесь происходит совмещение двух юридических объектов и соответственно двух разных прав в одном материальном объекте. Можно сказать, что записанное исполнение с правовой точки зрения "живет совместно" с фонограммой. Отсюда следует, что способы использования записанного исполнения имманентно связаны с аналогичными способами использования фонограммы <1>.

<1> В то же время при определении способов использования исполнения нельзя было заменить "запись исполнения" "фонограммой", поскольку в этом случае могла возникнуть иллюзия наличия разных смежных прав (исполнителя и изготовителя фонограмм) на один и тот же объект. Между тем объекты этих смежных прав разные: даже когда речь идет об использовании записи исполнения, исключительное право на

исполнение не включает права на фонограмму, поскольку используется не сама запись как таковая, а исполнение, записанное с помощью технических средств.

Так, воспроизведение записи исполнения есть не что иное, как изготовление одного или более экземпляра фонограммы (подп. 4 п. 2 ст. 1317 ГК).

Распространение записи исполнения (подп. 5 п. 2 ст. 1317 ГК) представляет собой отчуждение (и этим отличается от другого способа использования исполнения - проката) оригинала или экземпляров записи, т.е. экземпляров фонограмм как материальных объектов (и этим отличается от других способов "доставки" исполнения - сообщения в эфир, доведения до всеобщего сведения и т.д.). Данный способ использования исполнения отсутствовал в Законе об авторском праве. В отличие от распространения прокат не связан с отчуждением экземпляров записи, а предполагает право пользования экземпляром записи исполнения.

Поскольку сообщать в эфир или по кабелю можно как записанное, так и незаписанное исполнение, в подп. 6 п. 2 ст. 1317 ГК предусматривается в качестве отдельных способов использования сообщение в эфир и сообщение по кабелю записи исполнения, что также связано с соответствующим использованием фонограммы.

Поскольку с технической точки зрения запись исполнения может быть не только сообщена в эфире или по кабелю, в ГК выделяются такие способы ее использования, как публичное исполнение записи исполнения (в городских парках, ресторанах, клубах, кинотеатрах и т.д.) и доведение записи исполнения до всеобщего сведения (путем размещения в сети Интернет).

Гражданский кодекс предусмотрел также и порядок обращения взыскания на исключительное право на исполнение (ст. 1319). Если данное право принадлежит исполнителю, на него не может быть обращено взыскание. Это касается и наследников исполнителя, их наследников, наследников их наследников и т.д. в пределах срока действия исключительного права.

При этом:

1) может быть обращено взыскание на права требования, принадлежащие исполнителю по договорам, связанным с распоряжением исключительным правом на исполнение, в том числе и по договору об отчуждении исключительного права, и как лицензиару по лицензионным договорам;

2) исполнитель имеет преимущественное право на приобретение права использования его исполнения, реализуемого с публичных торгов в целях обращения взыскания на имущество лицензиата.

Если же исключительное право на том или ином основании было передано или перешло от исполнителя либо его наследников к другому лицу, оно может быть предметом взыскания. Причем в этом случае взыскание может быть обращено как на исключительное право (когда должником является правообладатель), так и на право использования исполнения (когда должником является лицензиат).

Срок действия исключительного права на исполнение (статья 1318)

Срок действия исключительного права на исполнение определяется по правилам ст. 1318 ГК. В соответствии с пунктом 1 этой статьи исключительное право на исполнение действует в течение всей жизни исполнителя, но не менее пятидесяти лет, считая с 1 января года, следующего за годом, в котором осуществлены исполнение, либо запись исполнения, либо сообщение исполнения в эфир или по кабелю.

При анализе данного положения следует прежде всего отметить, что срок действия исключительного права на исполнение имеет тенденцию к увеличению.

В Римской конвенции 1961 г. минимальный срок охраны, предоставляемой в соответствии с ней исполнениям, определялся в двадцать лет, начиная с конца года, в котором была осуществлена запись исполнения либо имело место исполнение - для исполнений, не включенных в фонограммы (ст. 14).

А в статье 17 Договора ВОИС по исполнениям и фонограммам 1996 г. срок охраны исполнений определяется как период "по крайней мере" в пятьдесят лет, считая с конца года, в котором исполнение было записано на фонограмму. Пятидесятилетний срок действия исключительного права на исполнение установлен также в ч. 1 ст. 3 Директивы ЕЭС от 29 октября 1993 г. об унификации срока действия охраны авторского права и некоторых смежных прав, а также был предусмотрен в прежнем Законе об авторском праве (п. 1 ст. 43).

Гражданский кодекс РФ, признавая творческий характер деятельности исполнителя, пошел в этом отношении еще дальше, установив, что исключительное право на исполнение действует в течение всей жизни исполнителя, но не менее пятидесяти лет. Таким образом, срок действия исключительного права на исполнение не может быть менее пятидесяти лет, но может быть более - это зависит от продолжительности жизни самого исполнителя. Следовательно, ГК исключил ситуацию, при которой исполнитель, к счастью, жив, а результат его творчества уже не подлежит охране за истечением срока действия исключительного права на исполнение.

Следует также отметить, что Кодексом дан полный перечень фактов, предопределяющих начало течения срока действия исключительного права на исполнение <1>. Например, в упоминавшейся статье 17 Договора ВОИС по исполнениям и фонограммам начало рассматриваемого срока определено с конца года, "в котором исполнение было записано на фонограмму", но ничего не говорится о незаписанных исполнениях. В Законе об авторском праве (п. 1 ст. 43) начало срока действия "прав, предусмотренных... в отношении исполнителя" (за исключением права на имя и права на защиту исполнения или постановки от искажения или иного посягательства) вообще определено с момента "первого исполнения или постановки".

<1> Точнее, данные факты определяют год, по истечении которого начинается срок действия исключительного права на исполнение, поскольку срок действия исключительного права на исполнение, равно как и срок действия иных исключительных смежных прав, а также исключительного права на произведение, отсчитывается с 1 января соответствующего года.

Исходя из приведенной классификации способов использования исполнения, в Кодексе начало течения срока действия исключительного права на исполнение определено в зависимости от самого факта исполнения, либо записи исполнения, либо сообщения исполнения в эфир или по кабелю. Такой перечень охватывает все возможные случаи возникновения исключительного права на исполнение.

В статье 1318 ГК устанавливается также, что к переходу исключительного права на исполнение по наследству и переходу исполнения в общественное достояние применяются соответственно правила ст. 1283 и 1282 ГК. При этом следует учитывать, что к исполнению не применяются специальные правила в отношении необнародованных произведений, установленные Кодексом (в том числе и в ст. 1282), поскольку им, исходя из понимания исполнения, не предусмотрено право на обнародование исполнения.

§ 3. Право на фонограмму (статьи 1322 - 1328)

История законодательства о правах на фонограмму невелика. Впервые нормы о праве на фонограмму как смежном праве появились в австрийском Законе об авторском

праве 1936 г. В российском законодательстве это смежное право возникло совсем недавно - с принятием Основ гражданского законодательства 1991 г. (в виде "права создателя звукозаписи"). Дальнейшее развитие этот институт (уже как право производителя фонограммы) получил в рамках Закона об авторском праве - среди норм о смежных правах. И наконец, в четвертой части Гражданского кодекса праву на фонограмму посвящен отдельный параграф (§ 3 гл. 71). Увеличение числа законодательных норм о фонограммах является свидетельством роста значимости фонограмм как объекта гражданского оборота.

Фонограмма как объект правовой охраны (пункт 1 статьи 1304)

Определение фонограммы дано в п. 1 (подп. 2) ст. 1304 ГК: фонограмма - это любая исключительно звуковая запись исполнений или иных звуков либо их отображений, за исключением звуковой записи, включенной в аудиовизуальное произведение. В данном определении нужно отметить следующие моменты:

- должна наличествовать запись, т.е. определенная статичная фиксация соответствующих звуков. Срок существования такой записи принципиального значения не имеет: например, фонограммой можно признать и запись, произведенную в оперативную память компьютера, до тех пор, пока такая запись существует (пусть и непродолжительное время);

- фонограмма должна быть исключительно звуковой записью. Соответственно звуковая дорожка определенного аудиовизуального произведения (например, кинофильма) не может рассматриваться в качестве фонограммы, а значит, продюсер такого аудиовизуального произведения не получит в дополнение к приобретенным им авторским правам еще и смежные права на фонограмму. Это правило призвано исключить возможность двойной охраны одного и того же объекта и необходимость получения разрешения на использование аудиовизуального произведения отдельно у владельца прав на аудиовизуальное произведение и отдельно у изготовителя фонограммы;

- объектами записи могут быть не только исполнения произведений литературы, науки и искусства, но и вообще любые звуки и их комбинации независимо от происхождения, назначения и т.п. В качестве фонограммы может охраняться запись пения птиц, шума города, звуков работы различных технических устройств и т.д. Не имеет значения и наличие или отсутствие творческой составляющей в записываемом объекте. Возможна и ситуация, когда соответствующее произведение исключено из перечня объектов авторского права (например, Государственный гимн), но это не мешает изготовителю фонограммы приобрести права на соответствующую звукозапись. Однако если объект записи является самостоятельным объектом охраны (на него существуют авторские права или права исполнителя), то использование фонограммы должно осуществляться с соблюдением прав таких лиц (п. 2 ст. 1323 ГК);

- звуковая запись может быть любой - не играет роли ни технология записи, ни вид носителя и т.д. Это означает, во-первых, что изготовитель фонограммы имеет полную свободу выбора подобных характеристик звукозаписи, его право возникнет в любом случае, во-вторых, что изменение вида носителя, формы записи и т.д. не дает возможности вывести фонограмму из-под контроля правообладателя. Так, например, лицо, создавшее MP3-файл на основе чужой фонограммы, точно так же должно получить согласие правообладателя на последующее использование созданной им записи, как и в случае, если бы речь шла о фонограмме в ее первоначальном формате. Если в будущем с развитием техники появится новый носитель, то право на фонограмму будет автоматически распространено и на использование фонограммы на этом носителе и т.д.;

- способы записи звуков могут быть самыми разными, это также не влияет на право изготовителя фонограммы. Фонограммой признается запись не только самих звуков, но и

их отображений, позволяющих восстановить оригинальный звуковой ряд с помощью техники. В Гражданском кодексе под отображением звуков понимается их представление в цифровой форме, для преобразования которой в форму, воспринимаемую слухом, требуется использование соответствующих технических средств (ст. 1305). Это позволяет признавать фонограммами (что будет влечь предоставление их создателям соответствующего комплекса прав) также записи не только звуков, но и определенных инструкций, предназначенных для электронного устройства (например, сюда можно отнести звукозаписи в формате MIDI - Musical Instrument Digital Interface и др.).

Данное в ГК определение соответствует определениям фонограммы, используемым в Римской конвенции об охране прав исполнителей, изготовителей фонограмм и вещательных организаций (ст. 3, "b") и в Женевской конвенции об охране интересов производителей фонограмм (ст. 1, "a"). Подобный подход применяется и в законодательстве многих европейских стран. В то же время в странах англосаксонской правовой системы права на фонограмму охраняются в рамках авторского права, поскольку авторское право в этих странах не ограничивает сферу своего действия только объектами, имеющими творческое происхождение.

Нужно различать оригинал и экземпляры фонограммы. Оригиналом фонограммы - это первоначальная фиксация определенных звуков. Экземпляром фонограммы согласно ст. 1305 ГК будет признаваться любая копия фонограммы на любом материальном носителе, изготовленная непосредственно или косвенно с фонограммы и включающая все звуки или часть звуков либо их отображения, зафиксированные в этой фонограмме.

Не требуется, чтобы экземпляр фонограммы был точным повторением оригинала. Более того, прямо допускается, что на экземпляре фонограммы будет зафиксирована лишь часть звуков, присутствующих в оригинале. Это правило введено в целях расширения защиты интересов правообладателя и дает ему возможность контролировать использование и фрагментов фонограммы. По этой же причине в законе не ограничен выбор носителя экземпляра фонограммы ("любой носитель") или способа изготовления экземпляра. Даже если избранный способ изготовления или вид носителя объективно будет неудачен (например, тем, что он негативно скажется на качестве фиксации звукозаписи), это не приведет к тому, что созданная в результате неудачная копия фонограммы не будет признана ее экземпляром.

В то же время признание подобной копии экземпляром фонограммы позволяет изготовителю фонограммы бороться против такого копирования, поскольку в комплекс прав изготовителя фонограммы входит и право на защиту фонограммы от искажения (подп. 3 п. 1 ст. 1323 ГК).

Субъект права на фонограмму (статьи 1322, 1328)

Введение права на фонограмму в перечень смежных прав имеет целью защитить интересы лица, организующего создание звуковой записи. Из этого следует, что право будет предоставляться лицу независимо от наличия или отсутствия творческой составляющей в его деятельности. Для того, чтобы приобрести права на фонограмму, достаточно взять на себя инициативу и ответственность за первую запись звуков исполнения или других звуков либо отображений этих звуков (ст. 1322 ГК).

Указание на "инициативу и ответственность" означает, что для приобретения прав изготовителя фонограммы не всегда требуется совершение фактических действий по изготовлению фонограммы. Изготовление фонограммы можно заказать другому лицу, подобная практика является весьма распространенной. В таких случаях "взятие на себя инициативы и ответственности" должно быть осуществлено в определенных юридических формах: например, в виде договора на осуществление звукозаписи на концерте. Если лицо само осуществляет изготовление записи, то "взятие на себя инициативы и

ответственности" будет выражаться в фактических действиях по осуществлению такой записи.

Важно заметить, что речь идет только о первой записи. Любая последующая перезапись фонограммы не будет приводить к возникновению новых прав на фонограмму. Например, если идет прямая трансляция концерта в эфир, то лицо, осуществившее его первую запись, может приобрести права на созданную фонограмму (разумеется, при условии соблюдения прав исполнителей - см. п. 1, подп. 3 п. 2 ст. 1317 ГК). Но если в промежутке между исполнением и передачей в эфир создавалась запись такого исполнения и именно она потом передавалась в эфир (т.е. существовал некоторый, хоть и небольшой, сдвиг во времени между исполнением и его трансляцией), то лицо, записавшее концерт "с эфира", прав на фонограмму не приобретет.

На практике осуществление записи может вестись одновременно несколькими лицами (в частности, речь политического деятеля может быть записана параллельно многими информационными агентствами). Поскольку в этом случае запись будет производиться такими лицами самостоятельно и одновременно (т.е. все подобные записи будут "первыми"), права таких лиц на созданные ими фонограммы также будут независимыми друг от друга.

Права на фонограмму могут принадлежать как российским, так и иностранным лицам, а также лицам без гражданства. При этом изготовителем фонограммы может быть как физическое, так и юридическое лицо.

Согласно статье 1328 ГК исключительное право на фонограмму действует на территории Российской Федерации в следующих случаях: 1) если изготовитель фонограммы является гражданином Российской Федерации или российским юридическим лицом; 2) если фонограмма обнародована или ее экземпляры впервые публично распространялись на территории Российской Федерации, а также 3) в иных случаях, предусмотренных международными договорами Российской Федерации.

В первом случае имеет значение только национальная принадлежность соответствующего физического или юридического лица, тогда как место изготовления фонограммы, место проживания этого лица и тому подобные обстоятельства во внимание не принимаются. Поэтому права на фонограмму будут признаваться по российскому праву, например, и в том случае, когда фонограмма была создана за пределами России постоянно проживающим в другой стране лицом, если оно сохранило российское гражданство.

Во втором случае, напротив, национальная принадлежность изготовителя фонограммы не имеет значения. Важно только, где фонограмма обнародована или где ее экземпляры впервые публично распространялись. В зависимости от того, произошло это в России или за ее пределами, исключительное право на фонограмму действует или не действует на территории Российской Федерации. Поскольку в нормах ГК, посвященных праву на фонограмму, нет специального определения обнародования фонограммы, следует использовать по аналогии (п. 1 ст. 6 ГК) определение, содержащееся в главе об авторском праве. Поэтому согласно пункту 1 статьи 1268 ГК обнародованием фонограммы следует считать действие, которое впервые делает фонограмму доступной для всеобщего сведения любым способом. Это означает, что фонограмма будет признаваться обнародованной и в том случае, когда она лишь публично исполнена, но ее экземпляры не распространялись. Если же лишь распространяются экземпляры фонограммы, то такое распространение должно иметь характер публичности, что означает, в частности, необходимость обеспечить распространение такого количества экземпляров фонограммы, чтобы можно было удовлетворить разумные потребности публики. Поэтому распространение фонограммы впервые лишь в единичных экземплярах не может признаваться достаточным для того, чтобы считать его первым публичным распространением фонограммы.

По сравнению с Законом об авторском праве в ГК круг отношений, для которых исключительное право на фонограмму признается по российскому праву (п. 2 ст. 1324 ГК), стал значительно шире, поскольку указанный Закон говорил не об обнародовании, а лишь об "опубликовании" фонограммы, сводя возможные формы ее использования к выпуску в обращение экземпляров фонограммы (абз. 13 ст. 4 и подп. 2 п. 2 ст. 35).

Предусмотренная в статье 1328 ГК третья группа случаев, в которых в России признается исключительное право на фонограмму, позволяет восполнить определенную ограниченность первых двух критериев, дополняя их правилами, установленными международными договорами Российской Федерации.

Международными договорами Российской Федерации, предусматривающими охрану прав изготовителей фонограмм, являются Международная конвенция об охране прав исполнителей, изготовителей фонограмм и вещательных организаций, заключенная в Риме 26 октября 1961 г. (Римская конвенция), и Конвенция об охране интересов производителей фонограмм от незаконного воспроизводства их фонограмм, заключенная в Женеве 29 октября 1971 г. (Женевская конвенция о фонограммах). Россия участвует в обеих Конвенциях.

Римская конвенция (ст. 5) предусматривает предоставление участвующими в ней государствами национального режима охраны производителям фонограмм при соблюдении любого из следующих условий:

- а) производитель фонограммы является гражданином другого договаривающегося государства (критерий гражданства производителя);
- б) первая запись звука осуществлена в другом договаривающемся государстве (критерий места первой записи);
- с) фонограмма впервые опубликована в другом договаривающемся государстве (критерий места публикации).

В этом перечне присутствует критерий, которого нет в ст. 1328 ГК, - критерий места первой записи. Дело в том, что ст. 5 Римской конвенции разрешает государствам - участникам Конвенции исключить в своем законодательстве критерий места первой записи или критерий места публикации по своему выбору. Российская Федерация воспользовалась этой возможностью и при присоединении к Римской конвенции оговорила неприменение критерия места первой записи. Таким образом, осуществление первой записи фонограммы на территории Российской Федерации само по себе не является основанием для возникновения в России исключительного права на фонограмму.

В свою очередь, Женевская конвенция (ст. 2) обязывает государства - участников Конвенции охранять интересы производителей фонограмм, являющихся гражданами других государств-участников, от производства копий фонограмм без согласия производителя и от ввоза таких копий всякий раз, когда упомянутые производство или ввоз осуществляются с целью их распространения среди публики, а также от распространения этих копий среди публики.

Учитывая, что обе эти Конвенции охватывают очень большое количество участников (на 1 августа 2007 г. в Римской конвенции участвовали 86 государств и 76 - в Женевской), можно считать, что иностранные правообладатели будут достаточно хорошо защищены в Российской Федерации.

Однако признание в России исключительного права за иностранными изготовителями фонограмм в соответствии с международными договорами Российской Федерации осуществляется при одновременном наличии двух условий, а именно: в отношении фонограмм, (1) не перешедших в общественное достояние в стране их происхождения вследствие истечения установленного в такой стране срока действия исключительного права на эти объекты и (2) не перешедших в общественное достояние в Российской Федерации вследствие истечения предусмотренного ГК срока действия исключительного права (п. 3 ст. 1304). Таким образом, если фонограмма переходит в общественное достояние в стране своего происхождения, то она не будет охраняться и в

Российской Федерации, даже если в России срок охраны такой фонограммы не истек. Иными словами, если в стране происхождения фонограмма не охраняется, законодатель считает нецелесообразным охранять ее и в России. Это правило, конечно, не применяется к случаям, когда фонограмма создана российским гражданином или российским юридическим лицом.

И наоборот, иностранное лицо не может требовать защиты своих прав в Российской Федерации на основании международных договоров, если срок действия исключительного права, установленный в России, истек. Это исключает возможность для иностранного лица получать охрану своих прав в России в течение большего срока (когда такой большой срок предусмотрен в законодательстве страны происхождения фонограммы), чем это предусмотрено ГК.

Стоит заметить, что в силу поправок, внесенных в Закон об авторском праве в 1995 г., смежные права иностранных физических и юридических лиц признавались на территории Российской Федерации только в соответствии с международными договорами Российской Федерации. Фактически, в силу неудачной формулировки, с 1995 по 2003 г. (когда Россия присоединилась к Римской конвенции) к иностранным лицам правило о месте первого обнародования не применялось.

Содержание прав изготовителя фонограммы (статьи 1323, 1324)

Изготовителю фонограммы принадлежит исключительное право на фонограмму и комплекс неимущественных прав: право на указание на экземплярах фонограммы и (или) их упаковке своего имени или наименования, право на защиту фонограммы от искажения при ее использовании, право на обнародование фонограммы (п. 1 ст. 1323 ГК). Наделение изготовителя фонограммы неимущественными правами - одно из нововведений Кодекса: ранее российское законодательство предоставляло изготовителю фонограммы лишь исключительные права на использование фонограммы.

Указанные неимущественные права сходны с личными неимущественными правами автора и исполнителя, но уже их по объему правомочий. Так, если право автора или исполнителя на имя включает возможность требовать указания своего имени при любом использовании произведения или исполнения, то аналогичное право изготовителя фонограммы касается только указания его имени или наименования на экземплярах фонограммы и (или) их упаковке. Поэтому, например, при публичном исполнении фонограммы и в других случаях использования фонограммы указывать имя (наименование) изготовителя фонограммы не требуется. Автор имеет право на неприкосновенность произведения, и он может, основываясь на этом праве, запрещать любые изменения произведения, а изготовитель фонограммы может запрещать только такие изменения фонограммы, которые могут быть охарактеризованы как ее искажение. У права изготовителя фонограммы на ее обнародование существенных различий с аналогичным правом автора нет.

Пункт 3 статьи 1323 ГК устанавливает, что права изготовителя фонограммы признаются и действуют независимо от наличия и действия авторских прав и прав исполнителей. Даже если запись фонограммы осуществит сам автор записанного произведения или его исполнитель, то наряду со своими правами автора или исполнителя он приобретет и не охватываемые ими права на фонограмму. С другой стороны, переход или прекращение авторских прав и прав исполнителя на записанное произведение не влияют на действительность прав изготовителя фонограммы. Так, если произведение переходит в общественное достояние, то это не значит, что и права на фонограмму прекращаются и она может использоваться свободно. Но осуществлять свои права изготовитель фонограммы должен с соблюдением прав авторов произведений и прав исполнителей. Изготовитель фонограммы, на которую записано исполнение

определенного произведения, может запретить любому лицу ее использование, но не может ее использовать самостоятельно, без согласия автора и исполнителей (или их правопреемников). Таким образом, права изготовителя фонограммы, будучи независимыми от прав авторов и исполнителей, тем не менее ограничены правами этих лиц. Ограничения же эти касаются главным образом исключительного права на фонограмму.

В соответствии с пунктом 1 статьи 1324 ГК изготовителю фонограммы принадлежит исключительное право использовать фонограмму любым не противоречащим закону способом. Все те из таких способов использования, которые имеют существенное практическое значение, названы в примерном (открытом) перечне этих способов в п. 2 данной статьи, который охватывает публичное исполнение, сообщение в эфир, сообщение по кабелю, доведение до всеобщего сведения, воспроизведение, распространение фонограммы, импорт оригинала или экземпляров фонограммы в целях распространения, прокат оригинала и экземпляров фонограммы, переработку фонограммы. В целом по своему содержанию эти способы использования аналогичны (*mutatis mutandis*) рассмотренным в комментарии к гл. 70 ГК применительно к авторским правам.

Перечень способов использования фонограммы, содержащийся в п. 2 ст. 1324 ГК, расширен по сравнению с тем, который был закреплен ранее в Законе об авторском праве (в ст. 38). В Гражданском кодексе появилось указание на такие способы использования фонограммы, как ее исполнение, передача в эфир, передача по кабелю и прокат фонограммы. В действительности, однако, реального расширения исключительного права изготовителя фонограммы в данном случае не произошло - была лишь исправлена одна из ошибок прежнего Закона. Дело в том, что исполнение фонограммы, ее передача в эфир и по кабелю упоминались в этом Законе, но не в статье, посвященной правам на фонограмму (п. 2 ст. 38), а в перечне случаев свободного использования фонограммы (п. 1 ст. 39). Такое использование разрешалось при условии выплаты вознаграждения, да еще давалось дополнительное уточнение: "в изъятие из положений статей 37 и 38". Из этого следовало, что в указанных случаях свободного использования фонограммы также наличествуют определенные права ее изготовителя, но лишь ограниченные до права получить вознаграждение за соответствующее использование фонограммы. На практике в отсутствие в законе прямого указания на то, что у изготовителя фонограммы есть соответствующие права, оснований осуществлять подобные выплаты не было. Теперь благодаря подробным нормам ГК (подп. 1 - 3 п. 2 ст. 1324) этот недостаток прежнего законодательства устранен. Что же касается появления в указанном перечне способов использования фонограммы проката оригиналов и экземпляров фонограммы, то и в этом случае расширения прав изготовителя фонограммы не произошло: право на такой прокат охватывалось правами этого лица и ранее, но в рамках права на распространение (подп. 3 п. 2 ст. 38 Закона об авторском праве), а не указывалось в качестве отдельного способа использования фонограммы. В то же время выделение теперь проката в указанном списке в качестве самостоятельного способа использования фонограммы означает, что в случае заключения лицензионного договора ее прокат нужно указывать в договоре специально, иначе право на такое использование фонограммы не будет считаться предоставленным лицензиату.

Исключительное право изготовителя фонограммы охватывает в том числе использование и части фонограммы, поскольку согласно ст. 1305 ГК экземпляром фонограммы признается копия фонограммы даже в том случае, когда она включает только часть звуков, зафиксированных в фонограмме. Конечно, эта часть должна сохранять определенные отличительные признаки конкретной фонограммы, с тем чтобы ее можно было опознать именно как часть определенной фонограммы.

Рассматривая способы использования фонограммы, указанные в ст. 1324 ГК, нужно иметь в виду, что все они предполагают публичное использование фонограммы. Личное использование фонограммы (включая ее использование в кругу семьи) не требует

согласия правообладателя. Круг семьи следует понимать расширительно - не только как круг ближайших родственников лица, использующего фонограмму, но в целом как постоянный круг общения соответствующего лица. Поэтому прослушивание фонограммы в компании друзей, коллег и т.д. не должно признаваться публичным. Напротив, для того, чтобы использование фонограммы было признано публичным, не требуется фактическое доведение фонограммы до сведения конкретных членов общества, достаточно создания для них возможности получить такой доступ к прослушиванию фонограммы, которым они могут воспользоваться, а могут и не воспользоваться. Так, например, право изготовителя фонограммы будет нарушено даже в том случае, если сообщенная в эфир фонограмма в действительности не была воспринята ни одним человеком.

Исключением из указанного принципа публичности использования является лишь воспроизведение фонограммы (подп. 5 п. 2 ст. 1324 ГК): само по себе оно может находиться в рамках личной сферы пользователя (возможно, он и не планирует последующего публичного использования изготовленных экземпляров фонограммы), но несмотря на это будет требовать согласия правообладателя. Это сделано в целях предоставления изготовителю фонограммы дополнительных средств пресечения нарушений его прав еще на стадии подготовки к доведению до сведения общества.

На первый взгляд похожая ситуация складывается и с переработкой фонограммы (подп. 9 п. 2 ст. 1324 ГК). В действительности же выделение переработки как самостоятельного способа использования фонограммы имеет в виду не столько запрет изменения фонограммы без согласия правообладателя, сколько возможность распространения прав изготовителя фонограммы на переработанные варианты фонограммы. До тех пор пока переработанная фонограмма не выходит из сферы личного использования, изготовитель фонограммы не имеет оснований запрещать использование переработанного варианта (например, урезанной версии) фонограммы, если в остальном все условия использования фонограммы соблюдены.

Применительно к способам использования фонограммы, в отличие от норм авторского права (подп. 9 п. 2 ст. 1270 ГК), здесь не указан такой вид переработки, как перевод. Это не случайно, поскольку фонограмма - это лишь фиксация иных объектов, которые уже, в свою очередь, могут быть выражены на определенном языке. Понятие языка к самой фонограмме неприменимо, тогда как, например, песня, содержащаяся в фонограмме, может быть написана на определенном языке; эта песня (но не фонограмма) и может быть переведена, но в этом случае такой перевод будет подпадать уже под действие норм авторского права.

В случаях, когда переработка фонограммы осуществлялась правомерно, лицо, выполнившее такую переработку, приобретает самостоятельное право на созданную в результате переработки новую фонограмму. Это важно учитывать при заключении лицензионного договора, поскольку предоставление лицензиату права осуществить переработку фонограммы будет означать, что переработанная фонограмма уже выйдет из-под контроля изготовителя первоначальной фонограммы.

Важным нововведением в части четвертой ГК является исключение из понятия воспроизведения так называемых временных и технологических записей, осуществляемых соответствующим устройством в процессе нормального использования фонограммы. Это позволяет пользователю фонограммы не беспокоиться о том, соответствует ли технологический процесс использования фонограммы в части возможного создания копий (как необходимой части этого процесса) условиям, установленным изготовителем фонограммы, поскольку все технологическое копирование фонограммы выводится законом из-под контроля правообладателя.

Особо стоит остановиться на таком способе использования фонограммы, как ее доведение до всеобщего сведения (подп. 4 п. 2 ст. 1324 ГК). Эта формулировка, изначально появившаяся в Договоре ВОИС по исполнителям и фонограммам (ст. 14), составлялась в расчете на использование фонограммы прежде всего в Интернете, в связи с

чем она оказывается неприменимой в отношении небольших локальных сетей. Указание на "любое место" и "любое время" следует толковать ограничительно - имеется в виду, конечно, не вообще любое место на планете (включая те, где существующие средства связи недоступны) и любое время, а возможность выбора пользователем времени и места в пределах, технически и организационно доступных ему. Так, например, конкретный интернет-сайт, на котором размещены фонограммы, может быть доступен не круглосуточно, а только в определенные часы, по техническим причинам к нему одновременно может получать доступ ограниченное количество пользователей Интернета и т.д. Все это тем не менее не означает, что в данном случае такое использование фонограммы не должно рассматриваться как "доведение до всеобщего сведения". Главное, чтобы в пределах выделенного времени пользователь сам имел возможность решить, когда получить доступ к той или иной фонограмме.

Формулировка этого способа использования фонограммы содержит также указание на активные действия лица, размещающего фонограмму в сети: "доведение до всеобщего сведения". Это выражение не вполне отражает специфику отношений в Интернете, учитывая, что в большинстве случаев активные действия совершает не это лицо, а пользователь Интернета, копирующий фонограмму. Остается нерешенным вопрос: будет ли признаваться "доведением фонограммы до всеобщего сведения", например, открытие определенному кругу пользователей доступа к ftp-серверу? По какому пути пойдет судебная практика, покажет будущее, но данная формулировка Кодекса, на данном этапе по необходимости перенесенная в него из международного договора, очевидно, потребует дальнейшей доработки.

Права изготовителя фонограммы, в том числе исключительное право, всегда являются первоначальными, даже если запись фактически осуществлена другим лицом. В этом отношении подход законодателя к правам на фонограмму принципиально отличается от подхода к возникновению исключительного права на объекты, создаваемые творческим трудом: согласно п. 3 ст. 1228 ГК исключительное право на них первоначально возникает у автора и только потом может переходить к заказчику и другим лицам.

Кодекс закрепляет презумпцию принадлежности статуса изготовителя фонограммы лицу, имя или наименование которого указано на экземпляре фонограммы и (или) его упаковке (ст. 1322 ГК). Поэтому лицо, желающее использовать фонограмму, в первую очередь должно обратиться к указанному субъекту. В то же время в силу этой презумпции оно может полагаться на условия использования фонограммы, изложенные на экземпляре фонограммы и (или) упаковке, поскольку может исходить из того, что эти условия определены изготовителем фонограммы. Однако эта презумпция является опровержимой: заинтересованное лицо может доказывать, что именно оно является изготовителем фонограммы, а пользователь фонограммы, действовавший в соответствии с условиями, изложенными на экземпляре фонограммы или упаковке, может нести ответственность, если доказано, что он знал или должен был знать, что лицо, указанное на экземпляре фонограммы и (или) его упаковке, в действительности не являлось обладателем прав на фонограмму и не могло определять условия ее использования.

Если исключительное право на фонограмму принадлежит нескольким лицам совместно, то распоряжение таким правом осуществляется этими лицами совместно. При этом каждое из них может самостоятельно использовать фонограмму, если только договором между ними не определено иное. Договор между правообладателями может определить и порядок и условия распределения доходов от использования фонограммы и распоряжения правом на нее; если правообладатели не договорятся об этом, то такие доходы должны распределяться поровну.

Срок действия исключительного права на фонограмму,
его переход к другим лицам и прекращение
(статья 1327)

Права на фонограмму возникают в силу ее создания (изготовления) и не требуют выполнения каких-либо формальностей, в том числе и ее регистрации (п. 2 ст. 1304).

Гражданский кодекс предусматривает возможность проставления на каждом оригинале или экземпляре фонограммы и (или) на каждом содержащем ее футляре особого знака - так называемого знака правовой охраны (ст. 1305), однако возникновение прав на фонограмму никак не связано с тем, будет ли такой знак проставлен. Назначение этого знака - уведомить пользователей фонограммы о существующем исключительном праве на нее; это может иметь существенное значение в случае спора, поскольку наличие знака правовой охраны на экземпляре (упаковке) фонограммы может стать доказательством того, что ответчик знал о принадлежности исключительного права данному лицу. Знак правовой охраны состоит из трех элементов: латинской буквы "P" в окружности, имени или наименования обладателя исключительного права, года первого опубликования фонограммы. Знак правовой охраны может проставлять не только изготовитель фонограммы, но и другой обладатель исключительного права на фонограмму, в том числе получивший право на использование фонограммы на основании лицензионного договора.

Действие исключительного права на фонограмму ограничено сроком в пятьдесят лет, считая с 1 января года, следующего за годом, в котором была осуществлена запись (п. 1 ст. 1327 ГК). В случае обнародования фонограммы исключительное право действует в течение пятидесяти лет, считая с 1 января года, следующего за годом, в котором она была обнародована при условии, что фонограмма была обнародована в течение пятидесяти лет после осуществления записи. Таким образом, максимальный срок правовой охраны фонограммы может составлять почти сто лет. Следует иметь в виду, что в данном случае в Кодексе имеется в виду именно обнародование, а не опубликование фонограммы: если фонограмма была сделана доступной для всеобщего сведения любым способом, а не только путем выпуска в обращение ее экземпляров (например, хотя бы однократно публично исполнена), то это влечет начало отсчета срока действия исключительного права на фонограмму.

Пятидесятилетний срок действия исключительного права на фонограмму является в настоящее время в мире наиболее распространенным, но есть и страны, где этот срок больше: например, в Бразилии он составляет 70 лет, в США - 75 лет.

После истечения срока действия исключительного права на фонограмму она переходит в общественное достояние (п. 3 ст. 1327 ГК). С этого момента фонограмма может свободно использоваться любым лицом без чьего-либо согласия или разрешения и без выплаты вознаграждения. Это относится и к случаю, когда фонограмма так и не была обнародована. Такая фонограмма может быть обнародована любым лицом с соблюдением правил п. 3 ст. 1282 ГК. Однако, несмотря на переход фонограммы в общественное достояние, могут продолжать действовать права авторов и (или) исполнителей на содержащееся в ней произведение (исполнение). В этом случае использование фонограммы, перешедшей в общественное достояние, потребует получения согласия указанных правообладателей.

Действие иных прав изготовителя фонограммы, указанных в ст. 1323, сроком не ограничено.

Исключительное право на фонограмму может в пределах срока его действия переходить к другим лицам.

Обладатель исключительного права на фонограмму может передать его по договору об отчуждении исключительного права, предоставить право использования фонограммы по лицензионному договору, использовать право на фонограмму в качестве предмета залога и т.д. Такие договоры должны быть заключены в письменной форме, но какой-либо их регистрации не требуется. К распоряжению исключительным правом на фонограмму

применяются правила, рассмотренные выше в общей части четвертой части Кодекса (ст. 1233 - 1238).

Исключительное право на фонограмму может переходить к другим лицам также при обращении взыскания на имущество правообладателя, при реорганизации правообладателя, при наследовании. Каких-либо ограничений на переход исключительного права на фонограмму не установлено.

Ограничения исключительного права на фонограмму (статьи 1306, 1325 и 1326)

Наряду с определением пределов действия исключительного права на фонограмму по субъектам, в пространстве и по времени Кодекс устанавливает и особые изъятия из этого права.

Прежде всего, использование фонограммы без согласия правообладателя и без выплаты вознаграждения возможно в тех случаях, когда Кодекс разрешает свободное использование произведений (ст. 1306). Это воспроизведение в личных целях (ст. 1273), использование в информационных, научных, учебных или культурных целях (ст. 1274), публичное исполнение музыкального произведения во время официальной или религиозной церемонии либо похорон в объеме, оправданном характером такой церемонии (ст. 1277), воспроизведение для целей правоприменения (ст. 1278), запись, производимая организациями эфирного вещания в целях краткосрочного пользования (ст. 1279). Для целей их применения к исключительному праву на фонограмму формулировки указанных выше статей должны толковаться расширительно: в нормах этих статей говорится об использовании только "произведения", и при этом имеются в виду только охраняемые произведения, но установленные этими нормами ограничения должны применяться в отношении фонограмм и в тех случаях, когда содержание записи представляет собой такие объекты, которые исключены из перечня объектов авторского права. Так, эти ограничения применимы и в случаях использования фонограммы с записью исполнения Государственного гимна, произведений народного творчества, информационных сообщений и т.д. Представляется, что должны они действовать и тогда, когда соответствующие объекты вообще не могут рассматриваться как "произведения", например, если используется документальная звукозапись происшедших событий, запись звуков природы и др.

Гражданский кодекс предусматривает применение в отношении фонограмм так называемого правила об исчерпании прав. Согласно статье 1325 ГК, если оригинал или экземпляры правомерно опубликованной фонограммы введены в гражданский оборот на территории Российской Федерации путем их продажи или иного отчуждения, дальнейшее распространение оригинала или экземпляров этой фонограммы допускается без согласия обладателя исключительного права на фонограмму и без выплаты ему вознаграждения. Это правило означает, что приобретатель фонограммы может продать или подарить ее, не спрашивая согласия обладателя права на фонограмму. Однако при этом должны быть соблюдены определенные условия:

- фонограмма должна быть правомерно, т.е. с согласия правообладателя, опубликована. Поскольку ГК понимает под опубликованием фонограммы только выпуск в обращение ее экземпляров, то публичного исполнения фонограммы, размещения ее в Интернете и т.д., пусть даже и осуществленного с согласия правообладателя, недостаточно;

- фонограмма должна быть введена в гражданский оборот на территории Российской Федерации. Поэтому если фонограмма была приобретена за пределами Российской Федерации, то ее последующее распространение на территории Российской Федерации потребует получения согласия правообладателя (если только не удастся доказать, что

согласие на распространение в Российской Федерации такой фонограммы уже дано ранее);

- введение в гражданский оборот предполагает именно отчуждение оригинала или экземпляра фонограммы (купля-продажа, дарение), поэтому одного только ввоза фонограммы на территорию России, предоставления права пользования ею на этой территории и т.д. недостаточно для того, чтобы исключительное право на нее могло считаться исчерпанным.

Действие правила об исчерпании права не ограничено сроком.

Рассмотренные выше способы использования фонограммы (п. 2 ст. 1324 ГК) находятся в сфере прав изготовителя фонограммы, составляющей содержание правомочий, образующих его исключительное право, независимо от того, для какой цели фонограмма была создана и с какой целью распространялась. Однако если фонограмма была опубликована в коммерческих целях, то в связи с этим закон устанавливает определенные ограничения этих правомочий изготовителя фонограммы (ст. 1326 ГК). Публичное исполнение такой фонограммы, ее передача в эфир или по кабелю могут быть осуществлены без согласия обладателя исключительного права на фонограмму. Единственным условием такого использования является выплата этому лицу вознаграждения. Сбор и распределение вознаграждения будет осуществляться организацией по управлению правами на коллективной основе, получившей государственную аккредитацию для сбора такого вознаграждения (подп. 6 п. 1 ст. 1244 ГК).

Данное вознаграждение включает в себя также и вознаграждение, причитающееся исполнителю, чье исполнение записано на фонограмму. Обязанность пользователя должна считаться исполненной с момента уплаты вознаграждения организации, получившей аккредитацию. Пользователь не отвечает за правильность последующего распределения вознаграждения между всеми заинтересованными лицами и не должен нести ответственность, даже если по тем или иным причинам собранные деньги не дойдут до исполнителей и изготовителей фонограмм. Распределение собранных сумм составляет уже обязанность организации, собирающей вознаграждение, причем распределяя его между изготовителем фонограммы и исполнителями, эта организация не вправе самостоятельно устанавливать пропорции распределения вознаграждения: в п. 3 ст. 1326 ГК установлено, что 50% вознаграждения распределяется между исполнителями и 50% - между изготовителями фонограмм. При этом распределение осуществляется в соответствии с фактическим использованием соответствующих фонограмм. Лишена такая аккредитованная организация и возможности определять порядок сбора, распределения и выплаты вознаграждения - все эти вопросы решает Правительство РФ.

Создание предусмотренного ГК механизма аккредитации пока еще дело будущего, и для того, чтобы система сбора и распределения аккредитованными организациями вознаграждения начала работать, потребуется определенное время.

§ 4. Право организаций эфирного и кабельного вещания (статьи 1329 - 1332)

Субъекты и объект права организаций эфирного и кабельного вещания (статья 1329)

Параграф 4 главы 71 ГК посвящен смежному праву организаций эфирного и кабельного вещания. В отношении данного права прежде всего возникает вопрос об определении его субъектов.

Согласно статье 1329 ГК "организацией эфирного или кабельного вещания признается юридическое лицо, осуществляющее сообщение в эфир или по кабелю радио- или телепередач (совокупности звуков и (или) изображений или их отображений)".

Для уяснения круга вещательных организаций полезно обратиться к Закону РФ от 27 декабря 1991 г. N 2124-1 "О средствах массовой информации" (далее - Закон о СМИ). В соответствии со статьей 2 этого Закона вещание представляет собой вид распространения продукции средств массовой информации, заключающийся в трансляции радио-, телепрограмм. При этом под продукцией понимается отдельный выпуск радио-, телепрограммы.

Положения Закона о СМИ позволяют определить "вещателя" как распространителя продукции средств массовой информации. Этим "вещатель" отличается от производящих компаний (продакшн-компаний), которые создают соответствующие сериалы, ток-шоу, иные аудиовизуальные произведения, называемые программами, но не являются лицами, взявшими на себя инициативу и ответственность за распространение таких программ в той или иной среде.

С другой стороны, организации вещания необходимо отличать от операторов связи, обеспечивающих доставку сигнала конкретным потребителям. Оператор связи отвечает за техническую сторону вопроса. Распространение радио- или телепрограмм по сравнению с распространением сигнала более сложный процесс. Вещатель должен позаботиться не только о технической стороне дела, но и о параметрах своего "контента", о соответствии содержания радио- и телепередач предъявляемым к нему требованиям, в том числе требованиям законодательства. Здесь уместно привести слова Делии Липчик: если техническое оборудование принадлежит почтовому управлению, а материалы для передач предоставляет Би-би-си, то именно Би-би-си, а не почтовое управление должно признаваться организацией вещания <1>.

<1> Липчик Д. Указ. соч. С. 347.

При этом в соответствии с Законом о СМИ вещатель обязан получить лицензию на вещание. Таким образом, лицензия на вещание выполняет не только функцию разрешительного документа, но и своеобразную функцию идентификации лица именно как вещателя в ряду лиц, осуществляющих или обеспечивающих распространение продукции средств массовой информации.

В соответствии с подпунктом 3 пункта 1 статьи 1304 ГК к числу объектов смежных прав отнесены "сообщения передач организаций эфирного или кабельного вещания, в том числе передач, созданных самой организацией эфирного или кабельного вещания либо по ее заказу за счет ее средств другой организацией". Следовательно, объектом смежного права, принадлежащего таким организациям, является вещание, понимаемое как сообщение (в эфир или по кабелю) передач (что подтверждается и подп. 6 п. 1 ст. 1225 ГК) <1>.

<1> Такой объект исключительного права, строго говоря, нельзя отнести ни к результатам интеллектуальной деятельности, ни к средствам индивидуализации. Однако сложившийся в ряде стран правовой режим сообщения передач как объекта смежных прав предопределил отнесение их к данной категории объектов (наряду с такими же "техническими" объектами, как фонограммы).

Такое понимание и определение объекта смежного права организаций вещания являются новыми для современного отечественного гражданского законодательства.

В соответствии с Законом об авторском праве (п. 1 ст. 40, п. 1 ст. 41) объектом исключительного права организаций вещания являлась передача. Под передачей может пониматься и сам процесс, и результат (программа). Анализ положений Закона об

авторском праве показывает, что в нем передача понимается как результат (программа). Вытекающее из этого понимание объекта права вещательной организации не выдерживает никакой критики. В этом случае происходит смешение объекта названного смежного права с объектом авторского права, поскольку передача часто представляет собой аудиовизуальное произведение. Кроме того, в этом случае субъектом рассматриваемого смежного права должна признаваться не собственно организация вещания, а телепроизводящая компания, создавшая передачу.

Попытка разграничить эти объекты сделана в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 19 июня 2006 г. N 15: "Передача организации эфирного или кабельного вещания в соответствии со статьями 4, 40 и 41 Закона Российской Федерации "Об авторском праве и смежных правах" является объектом смежных прав таких организаций. В передачу могут входить объекты авторского права и другие объекты смежных прав" (п. 28).

Следует отметить, что и за рубежом нет единства в определении объекта смежного права организации вещания.

В статье 2 Римской конвенции об охране прав исполнителей, изготовителей фонограмм и вещательных организаций 1961 г. (в переводе на русский язык) предусматривается, что охрана предоставляется вещательным организациям, штаб-квартиры которых расположены на территории договаривающегося государства, в отношении "передач в эфир, осуществляемых с помощью передатчиков, расположенных на его территории" (п. 1, "с") <1>. Однако в английском аутентичном тексте Конвенции слову "передачи" соответствует английское *broadcasts*, что, скорее, можно перевести как "вещание" во множественном числе. Точно так же в ст. 3 Римской конвенции термин *broadcasting* переведен на русский язык как "передача в эфир" (п. "f"), а *rebroadcasting* как "ретрансляция" (п. "g"). Все это свидетельствует об отсутствии противоречий положений ГК, определяющих в качестве объекта рассматриваемого смежного права "вещание", правилам Римской конвенции, истинный смысл которых выявляется при сопоставлении русского и английского текстов Конвенции.

<1> Имеется в виду неофициальный перевод, выполненный секцией русских переводов Секретариата ЮНЕСКО // Бюллетень по авторскому праву. 1992. N 1. Т. XXV. С. 33.

В Конвенции (Брюссельской) о распространении несущих программы сигналов, передаваемых через спутники, от 21 мая 1974 г. говорится, что объектом защиты является "несущий программу сигнал" (преамбула), а не сама программа. Согласно статье 1 под сигналом понимается создаваемая с помощью электронных средств несущая частота, способная передавать программы (п. "i"), а под программой - совокупность материалов, получаемых непосредственно или в записи, состоящих из изображений, звуков или изображений и звуков, передаваемая посредством сигналов с целью последующего распространения (п. "ii").

В то же время в законодательстве многих стран объектом охраны в аналогичных ситуациях называется "передача" или "передача и трансляция". А иногда в качестве такого объекта выступает "программа" (как, например, во Франции) <1>.

<1> Липчик Д. Указ. соч. С. 344.

Если в качестве объекта правоотношений признается "сигнал", то к числу правообладателей должны быть отнесены в первую очередь операторы связи, что для рассматриваемых правоотношений с участием вещательных организаций не совсем верно. В отношении определения объекта их права как "программы" ("передачи") уже были отмечены недостатки такого подхода. Конечно, в качестве такого объекта можно назвать

и "трансляцию", тем более что организациям эфирного вещания принадлежит правомочие на ретрансляцию (подп. 4 п. 2 ст. 1330 ГК). Однако трансляция есть технический термин, обозначающий передачу сигнала определенного качества, и он никак не связан с деятельностью вещателя. При этом и в документах международных организаций электросвязи, и в понимании практиков, работающих на рынке электронных средств массовой информации и услуг электросвязи, как раз деятельность оператора связи воспринимается как трансляция. Поэтому термин "трансляция" не совсем удачен с точки зрения опять-таки понимания взаимоотношений по линии "организация вещания - оператор связи".

Объект "вещание" позволяет, в отличие от объекта "передача", более четко отделить объект смежного права вещателя от других объектов иных прав. Сообщение в эфир и сообщение по кабелю являются в настоящее время едва ли не основными способами использования произведений, исполнений и фонограмм (подп. 7 и 8 п. 2 ст. 1270, подп. 1 и 2 п. 2 ст. 1317, подп. 2 и 3 п. 2 ст. 1324 ГК). Любая радио- и телевизионная передача есть набор как раз таких объектов. Однако объект смежного права организаций вещания является самостоятельным объектом, и его охрана защищает именно усилия данных субъектов прав - организаций эфирного и кабельного вещания - по формированию и распространению своего "продукта". Изменение, скажем, правового режима исполнения, которое вошло в передачу и было сообщено телекомпанией в эфир, не означает автоматического изменения режима вещания как объекта другого смежного права. Поэтому в пункте 6 статьи 1330 ГК установлено, что "права организации эфирного или кабельного вещания признаются и действуют независимо от наличия и действия авторских прав, прав исполнителей, а также прав на фонограмму". В то же время использование вещания объективно затрагивает права, связанные с использованием произведений, исполнений и фонограмм. Например, при распространении экземпляров записи вещания происходит распространение и других объектов смежных прав, а равно произведений, включенных в передачи, сообщение которых было осуществлено и записано. В связи с этим закон в пункте 5 статьи 1330 ГК обязывает организации эфирного и кабельного вещания осуществлять "свои права с соблюдением прав авторов произведений, прав исполнителей, а в соответствующих случаях - обладателей прав на фонограмму и прав других организаций эфирного и кабельного вещания на сообщения радио- и телепередач".

Таким образом, термин "вещание", понимаемый как "сообщение радио- и телепередач", как нельзя лучше подходит для определения объекта рассматриваемого смежного права. При этом, если проводить корреляции между гражданским законодательством и Законом о СМИ, очевидно, что с точки зрения последнего вещание - вид деятельности, а с точки зрения гражданского законодательства - это объект смежных прав вещательных организаций. Как вид деятельности вещание подлежит лицензированию в установленном законом порядке с целью распространения продукции средств массовой информации. Как объект смежных прав вещание подлежит правовой охране в интересах правообладателей. И понимание вещания в Законе о СМИ как распространения продукции средств массовой информации в этом смысле находится в полном соответствии с понятием вещания как сообщения радио- и телепередач.

Для верного понимания и определения как субъектов, так и, в еще большей мере, объектов рассматриваемого смежного права является чрезвычайно важным определение среды распространения (сообщения) передач. Гражданский кодекс по сложившейся традиции называет две группы таких сред: эфирная среда и кабельная среда.

Прежде всего необходимо отметить, что вопрос среды распространения сигнала нельзя абсолютизировать. Бурное развитие техники и технологии постоянно заставляет думать о новых способах вещания, а значит, и о новой группе прав, в том числе и прав исключительных.

Важно иметь в виду, что в этом случае в законе эфирное и кабельное вещание представляют собой не конкретные способы, а две группы способов осуществления вещательной деятельности <1>. Это своеобразные "половинки" целого - вещания. Каждая из этих "половинок" включает различные способы передачи сигнала, имея общим только одно из двух: происходит вещание с использованием радиочастот или сигнал сообщается по проложенным линиям его доставки (кабелям). К первой группе можно отнести наземное эфирное вещание, спутниковое эфирное вещание, а ко второй - проводное радио, кабельное телевидение, в том числе осуществляемое по опτικο-волоконным линиям и т.д. <2>.

<1> Следует отметить, что Римская конвенция имеет предметом своего регулирования только эфирное вещание.

<2> Вопросом, нуждающимся в дополнительном обсуждении, является так называемое интернет-вещание. По сути, здесь тоже можно говорить о кабельных (например, телефонные линии) или эфирных (например, Wi-Fi) системах передачи сигнала. Однако зарубежные правовые порядки порой выделяют данное вещание в отдельный вид. Например, в США вещательная деятельность подразделяется на broadcasting (эфирное вещание), cablecasting (вещание в кабельных сетях) и webcasting (интернет-вещание). Известно подобное разделение и странам Евросоюза (например, в Германии).

Изложенная трактовка подтверждается и другими положениями ГК. Так, в подпункте 7 пункта 2 статьи 1270 такой способ использования произведения, как сообщение в эфир, понимается как "сообщение произведения для всеобщего сведения (включая показ или исполнение) по радио или телевидению (в том числе путем ретрансляции), за исключением сообщения по кабелю". А в подпункте 8 того же пункта уже при определении "сообщения по кабелю" указывается, что это "сообщение произведения для всеобщего сведения по радио или телевидению с помощью кабеля, провода, оптического волокна или аналогичных средств..." <1>.

<1> Аналогичным образом определены данные способы использования применительно к исполнениям (подп. 1 и 2 п. 2 ст. 1317 ГК) и фонограммам (подп. 2 и 3 п. 2 ст. 1324 ГК).

Поэтому с точки зрения регулирования смежных прав организаций вещания выделяют эфирное и кабельное вещание. Причем правовое регулирование этих видов вещания настолько схоже, что если в Законе об авторском праве одна статья отводилась эфирному вещанию (ст. 40), а другая - кабельному (ст. 41), то в ГК регулирование этих двух видов вещания объединено.

Наконец, в статье 1329 ГК содержится еще одно важное определение - определение передачи, сообщение которой осуществляется организацией вещания. Радио- и телепередачи - это совокупность звуков и (или) изображений или их отображений. В этом определении уточняется опять-таки объект правовой охраны (совокупность звуков, изображений, их отображений). Под звуками в данном определении имеется в виду составляющая радиопрограмм, под изображением и звуками - составляющие телепрограмм. Что же касается "отображений" звуков и изображений, то многие (в том числе цифровые) способы доставки сигнала имеют дело как раз с сообщением не самих звуков или изображений, а именно их отображений, зафиксированных определенным способом.

Исключительное право на сообщение радио- или телепередачи
(статьи 1330 - 1332)

В соответствии с пунктом 1 статьи 1330 ГК "организации эфирного или кабельного вещания принадлежит исключительное право использовать правомерно осуществляемое или осуществленное ею сообщение в эфир или по кабелю передач в соответствии со статьей 1229 настоящего Кодекса любым не противоречащим закону способом (исключительное право на сообщение радио- или телепередачи), в том числе способами, указанными в пункте 2 настоящей статьи". При этом организация вещания "может распоряжаться исключительным правом на сообщение радио- или телепередачи". В порядке распоряжения организация вещания может заключить как договор об отчуждении своего смежного права, так и лицензионный договор.

Содержание рассматриваемого смежного права полностью соответствует содержанию исключительного права, определяемого в ст. 1229 ГК как право использовать объект правовой охраны.

Поскольку речь идет о вещании, Кодекс предусматривает возможность его использования как во время осуществления вещания, так и после его завершения. Например, при ретрансляции происходит использование осуществляемого вещания. В то время как воспроизведение записи сообщения передачи означает использование уже осуществленного вещания.

Как и в общих положениях (в ст. 1229), Кодекс применительно к смежному праву организаций вещания не ограничил способы использования сообщения передач, указав в п. 2 ст. 1330 только основные.

1. Запись вещания определяется как "фиксация звуков и (или) изображения или их отображений с помощью технических средств в какой-либо материальной форме, позволяющей осуществлять ее неоднократное восприятие, воспроизведение или сообщение".

Интерес прежде всего вызывает не столько само определение записи, сколько соотношение записи вещания с воспроизведением записи сообщения радио- или телепередачи. Для сравнения следует заметить, что в числе основных способов использования произведений (п. 2 ст. 1270 ГК) или фонограмм (п. 2 ст. 1324 ГК) запись не названа. Это и понятно. Произведение как объект авторского права изначально имеет объективную форму. Как указано в п. 3 ст. 1259 ГК, "авторские права распространяются как на обнародованные, так и на необнародованные произведения, выраженные в какой-либо объективной форме, в том числе в письменной, устной форме (в виде публичного произнесения, публичного исполнения и иной подобной форме), в форме изображения, в форме звуко- или видеозаписи, в объемно-пространственной форме". Фонограммы в соответствии с подп. 2 п. 1 ст. 1304 ГК вообще представляют "любые исключительно звуковые записи исполнений или иных звуков либо их отображений, за исключением звуковой записи, включенной в аудиовизуальное произведение". Следовательно, применительно к произведениям и фонограммам не может быть выделен в качестве отдельного (наряду с воспроизведением) способ использования - запись, а равно право на запись как одно из правомочий в составе соответствующего исключительного права.

Другое дело - вещание. Само сообщение передач осуществляется с помощью сигнала. В таком виде оно может существовать без какой-либо записи (прямой эфир). В то же время создание записи сообщения передач может быть как связано с использованием такой записи другими способами (воспроизведение, распространение), так и не связано с ними. Все это предопределяет возможность и целесообразность выделения применительно к вещанию такого способа использования, как запись.

Говоря о записи вещания, необходимо также обратить внимание на содержание п. 4 ст. 1330 ГК. В соответствии с ним к праву использования сообщения радио- или телепередачи соответственно применяются правила п. 3 ст. 1317 этого Кодекса. В указанном пункте устанавливается, что "исключительное право на исполнение не распространяется на воспроизведение, сообщение в эфир или по кабелю и публичное исполнение записи исполнения в случаях, когда такая запись была произведена с согласия

исполнителя, а ее воспроизведение, сообщение в эфир или по кабелю либо публичное исполнение осуществляется в тех же целях, для которых было получено согласие исполнителя при записи исполнения".

Следовательно, если при записи сообщения радио- или телепередачи были определены цели такой записи (например, для последующего публичного исполнения записи вещания), то на последующее публичное исполнение такой записи исключительное право на вещание не распространяется.

2. Воспроизведение записи сообщения радио- или телепередачи определяется в Кодексе как "изготовление одного и более экземпляра записи сообщения радио- или телепередачи либо ее части" (подп. 2 п. 2 ст. 1330). Поскольку воспроизведение традиционно определяется как изготовление одного или более экземпляра, способ использования здесь определяется как воспроизведение записи вещания, а не как воспроизведение самого вещания. При этом запись сообщения радио- или телепередачи на электронном носителе, в том числе запись в память ЭВМ, также считается воспроизведением, кроме случая, когда такая запись является временной и составляет неотъемлемую и существенную часть технологического процесса, имеющего единственной целью правомерное использование записи или правомерное доведение сообщения радио- или телепередачи до всеобщего сведения. В остальном воспроизведение записи вещания как способ использования принципиально не отличается от воспроизведения произведений, исполнений и фонограмм.

3. Распространение сообщения радио- или телепередачи путем продажи либо иного отчуждения оригинала или экземпляров записи сообщения радио- или телепередачи (подп. 3 п. 2 ст. 1330). Данный способ использования сообщений радио- и телепередач не связан с трансляцией передач, а касается исключительно отчуждения записи вещания на материальном носителе. Однако более внимательное изучение данного положения указывает на то, что возможно распространение вещания и иным образом (ведь перечень способов использования сообщения радио- и телепередач не ограничен). Просто в подпункте 3 пункта 2 статьи 1330 ГК речь идет только об одном из видов распространения, а именно путем продажи или иного отчуждения оригинала или экземпляров записи передач. На это же указывает и само словосочетание "распространение сообщения". Если бы Кодекс исходил из того, что распространением является только отчуждение записи, то данный способ обозначался бы как "распространение записи сообщения" радио- или телепередач. Понятие же "распространение вещания" очевидно шире по своему содержанию.

С другой стороны, в анализируемом положении важно было не перечислить все возможные виды распространения, а выделить именно отчуждение записи как особый вид ее использования, который к тому же тесным образом связан с воспроизведением и поэтому назван в пункте 2 ст. 1330 ГК как раз после него. Создание экземпляров записи зачастую обусловлено последующим их распространением. Организации вещания наряду с другими правообладателями получают возможность распространять диски, кассеты с записью своего вещания, естественно, с соблюдением прав иных лиц (авторов, исполнителей, производителей фонограмм и т.д.). Это своего рода массовое распространение. В то же время рассматриваемый способ использования записи вещания включает и единичное распространение записи, а также ситуацию, которая не обусловлена воспроизведением записи. Речь идет об отчуждении оригинала записи. Оригинал записи - это не обязательно единственная запись в физическом понимании слова. Это единственная с юридической точки зрения запись, созданная управомоченным лицом. Отчуждение оригинала записи в отличие от отчуждения экземпляра имеет целью ее дальнейшее воспроизведение и (или) распространение, и (или) доведение до всеобщего сведения, и (или) иное использование вещания.

4. Ретрансляция, т.е. сообщение в эфир (в том числе через спутник) либо по кабелю радио- или телепередачи одной организацией эфирного или кабельного вещания

одновременно с получением ею такого сообщения этой передачи от другой такой организации (подп. 4 п. 2 ст. 1330).

Сам термин "ретрансляция" представляется не совсем удачным, но использован в законе за неимением лучшего. Как уже отмечалось, трансляция - скорее понятие из сферы электросвязи, нежели из сферы деятельности вещательных организаций. Речь идет об одновременном вещании одной вещательной организации вещания, осуществленного другой вещательной организацией.

Слово "одновременно" указывает на ограничительное понятие вещания. В понятие "ретрансляция", которое закреплено в Кодексе, таким образом, не вошло "последующее", т.е. "неодновременное", вещание. Такое определение представляется разумным с точки зрения понимания исключительного права на вещание. "Неодновременное" вещание предполагает создание записи вещания и его последующее использование (передача в эфир, по кабелю), что в случае его включения в понятие "ретрансляция" могло привести к смешению способов использования вещания.

Однако значение "последующего" вещания нельзя сбрасывать со счетов. Расположение в нашей стране столицы на западе, а не на востоке предопределяет необходимость не только одновременного, но и "последующего" вещания. Сигнал, сформированный вещательными компаниями, осуществляющими свою деятельность на всей территории страны, передается с запада на восток, из столицы - в регионы и может быть поэтому актуальным не сегодня (если на востоке уже глубокая ночь), а завтра. Следовательно, и вещание становится не одновременным, а последующим. Такое вещание тоже представляет собой использование вещания другой организации вещания. Здесь можно говорить о записи и ее последующем сообщении в эфир или по кабелю.

Ретрансляцию как деятельность, основанную на разрешении на вещание, необходимо отличать от авторских правомочий использовать произведение путем передачи его в эфир или по кабелю, в том числе путем ретрансляции (подп. 7 и 8 п. 2 ст. 1270 ГК).

Если одна организация вещания предоставляет другой организации вещания право на сообщение определенных передач, представляющих аудиовизуальные произведения, то речь идет об авторско-правовом правомочии передачи произведения в эфир. Если же речь идет о передаче вещания телекомпания в течение, например, трех часов в сутки, то в данном случае речь идет о ретрансляции.

Сам термин "ретрансляция" впервые введен Кодексом в отечественное гражданское законодательство. Закон об авторском праве не использовал этого термина, хотя аналогичное правомочие предусматривал. В соответствии с подп. 1 п. 2 ст. 40 этого Закона в смежное право организации эфирного вещания включалось правомочие разрешать одновременно передавать в эфир ее передачу другой организации эфирного вещания. Также в смежное право организации кабельного вещания включалось правомочие разрешать одновременно сообщать для всеобщего сведения по кабелю ее передачу другой организации кабельного вещания (подп. 1 п. 2 ст. 41). Таким образом, ретрансляция по Закону об авторском праве есть вещание в одной среде: с эфира - в эфир, с кабеля - по кабелю.

Гражданский кодекс придерживается такой же логики, правда, указывает на это другое положение - п. 3 ст. 1330:

"Использованием сообщения радио- или телепередачи организации эфирного вещания считаются как ретрансляция его в эфир, так и сообщение по кабелю.

Использованием сообщения радио- или телепередачи организации кабельного вещания считаются как ретрансляция его по кабелю, так и сообщение в эфир".

Из данного положения видно, что использование эфирного вещания путем распространения его по кабелю - это сообщение (т.е. вещание), но не ретрансляция, и наоборот.

Положения пункта 3 статьи 1330 ГК затрагивают и проблему квалификации отношений, возникающих между организацией эфирного вещания и владельцами кабельных сетей телевидения. Какова юридическая природа этих отношений: предоставление смежного исключительного права на передачу эфирного вещания путем сообщения по кабелю или же это предоставление услуг связи соответствующим оператором? На практике такие отношения часто рассматриваются и как передача смежных прав организацией эфирного вещания организации кабельного вещания, и как оказание услуг связи "кабельщиком" организации эфирного вещания. Тем самым стороны добиваются своеобразного паритета, основанного на зачете требований (никто никому ничего не платит, поскольку ценность предоставляемых прав приравнивается к ценности предоставляемых услуг связи). Ситуация осложняется еще и тем, что один и тот же оператор кабельных сетей может иметь и лицензию на вещание, и лицензию на связь в отношении таких сетей.

Ключом к пониманию природы этих отношений является определение той функции, которую выполняет "кабельщик". Отношения между вещательной организацией и владельцем кабельных сетей не могут трактоваться одновременно как отношения по использованию объекта смежных прав и как отношения по оказанию услуг связи. В том случае, если владелец кабельных сетей доводит эфирный сигнал до пользователя, можно говорить об оказании услуг <1>. Если же речь идет о получении возможности именно транслировать вещание телекомпании, то в данном случае речь идет о предоставлении прав на вещание. При этом порядок предоставления этих прав может быть определен договором. Например, организация эфирного вещания может быть заинтересована в трансляции своего вещания по кабельным сетям, в том числе ради расширения зоны распространения своих программ, что может быть связано с возможностью получения дополнительной прибыли от размещения рекламы. В этом случае владелец кабельных сетей резонно может настаивать на получении каких-то материальных выгод и для себя. Но это связано именно с порядком использования им вещания, а не с оказанием им услуг организации эфирного вещания.

<1> В подавляющем большинстве случаев в городах и крупных населенных пунктах эфирное вещание доводится до потребителя через систему коллективного приема по принципу "Антенна на дом". По сути, "чистое" эфирное вещание осуществляется в поселках и деревнях.

5. Доведение сообщения радио- или телепередачи до всеобщего сведения (подп. 5 п. 2 ст. 1330) таким образом, что любое лицо может получить доступ к сообщению радио- или телепередачи из любого места и в любое время по собственному выбору (доведение до всеобщего сведения). Данный способ использования сообщения радио- и телепередач сегодня означает интернет-использование. Ранее уже отмечалось, что интернет-вещание существует как одна из разновидностей вещания. Однако необходимо различать две ситуации вещания в Интернете. Если речь идет о вещании, которое впервые осуществлено через Интернет, то такое вещание использованием вещания как объекта исключительного права не является. Здесь мы имеем дело с самим вещанием как таковым. Если же вещание осуществлено, например, в эфире и затем уже существующее сообщение радио- или телепередач доводится до всеобщего сведения, то речь идет об использовании вещания в соответствии с подп. 5 п. 2 ст. 1330 ГК.

6. Публичное исполнение определяется в Кодексе как любое сообщение радио- или телепередачи с помощью технических средств в местах с платным входом независимо от того, воспринимается оно в месте сообщения или в другом месте одновременно с сообщением (подп. 6 п. 2 ст. 1330). В отличие от использования произведений, исполнений и фонограмм, в отношении которых правомочия правообладателя распространяются на публичное исполнение их в местах, свободных для посещения,

публичное исполнение вещания касается только сообщения радио- и телепередач в местах с платным входом. Это связано с тем, что подавляющее большинство теле- и радиокompаний свободно распространяют свои передачи, имея в виду, что зрители и слушатели "платят" за вещание просмотром или прослушиванием рекламы на соответствующем канале. Следовательно, сообщение передач в местах, свободных для посещения, не нарушает интересы вещательных организаций. Чего нельзя сказать о ситуации трансляции передач в местах с платным входом. Здесь публичное исполнение вещания является одним из элементов получения дохода, что влечет за собой необходимость получения согласия правообладателя на такой вид использования.

В соответствии с пунктом 1 статьи 1331 ГК исключительное право на сообщение радио- или телепередачи действует в течение пятидесяти лет, считая с 1 января года, следующего за годом, в котором имело место сообщение радио- или телепередачи в эфир или по кабелю. При этом в абзаце 1 статьи 6 Закона о введении в действие части четвертой ГК устанавливается, что данный срок применяется в случаях, когда пятидесятилетний срок действия смежного права организаций вещания не истек к 1 января 1993 г. Указание на эту дату связано с тем, что согласно п. 3 Постановления Верховного Совета РФ "О порядке введения в действие Закона Российской Федерации "Об авторском праве и смежных правах" срок охраны прав организаций вещания (согласно п. 3 и 4 ст. 43 Закона об авторском праве данный срок также составлял пятьдесят лет) применяется во всех случаях, когда пятидесятилетний срок действия данного смежного права не истек к 1 января 1993 г.

Однако в пункте 5 того же Постановления Верховного Совета отмечалось, что радио- и телепередачи (передачи в эфир), в отношении которых не истек пятидесятилетний срок с момента правомерного обнародования или создания, если они не были обнародованы, охраняются с даты введения в действие Закона об авторском праве в течение оставшегося срока как объекты смежных прав. В литературе справедливо отмечалось, что данное положение в части передач созданных, но не обнародованных применяться не может <1>. В этой части оно вступает в противоречие с п. 3 - 4 ст. 43 указанного Закона, устанавливающими пятидесятилетний срок действия смежных прав организаций эфирного и кабельного вещания после осуществления первой передачи в эфир или по кабелю. Данное положение п. 5 Постановления Верховного Совета тем более противоречит Кодексу, поскольку созданного, но еще не обнародованного объекта исключительных прав организаций вещания просто не существует. Вещание как объект появляется только с момента его распространения.

<1> Гаврилов Э.П. Комментарий Закона Российской Федерации "Об авторском праве и смежных правах". М., 1996. С. 170.

Можно ли привязку сроков к 1 января 1993 г. рассматривать как определенное продление срока действия смежных прав в ст. 6 Закона о введении в действие части четвертой ГК? Имеются в виду ситуации, при которых срок не истек к 1 января 1993 г., но истек к 1 января 2008 г., т.е. ко дню введения в действие части четвертой ГК РФ. Ответ должен быть отрицательным. До 1 января 2008 г. исчисление сроков регулируется правилами Закона об авторском праве, ст. 43 которого предусматривает, как исчисляются данные сроки. Поэтому в случае истечения срока охрана прекращается. А Гражданский кодекс, равно как Закон о введении в действие части четвертой ГК, не предусматривает восстановления таких сроков. Наоборот, в пункте 3 статьи 1331 ГК прямо устанавливается, что по истечении срока действия исключительного права на сообщение радио- или телепередачи оно, т.е. сообщение, переходит в общественное достояние.

Правопреемство также не влияет на исчисление сроков действия смежных прав организаций вещания. Согласно пункту 2 статьи 1331 ГК "к правопреемникам организации эфирного или кабельного вещания исключительное право на сообщение

радио- или телепередачи переходит в пределах оставшейся части срока, указанного в пункте 1 настоящей статьи".

Статья 1332 ГК определяет действие исключительного права на сообщение радио- или телепередачи на территории Российской Федерации. Исключительное право на сообщение радио- или телепередачи действует на территории Российской Федерации, если организация эфирного или кабельного вещания имеет место нахождения на территории Российской Федерации и осуществляет сообщение с помощью передатчиков, расположенных на территории Российской Федерации, а также в иных случаях, предусмотренных международными договорами Российской Федерации. Оговорка в отношении международных договоров означает возможность предоставления исключительного права на вещание вещательным организациям, не отвечающим условиям, указанным в этой статье ГК, т.е. не имеющим места нахождения на территории России либо осуществляющим сообщение передач на территорию Российской Федерации с передатчиков, не расположенных на ее территории. Последний случай предусмотрен в п. 2 ст. 5 Европейской конвенции о трансграничном телевидении 1989 г. <1>, в соответствии с которой транслирующим участником признаются:

<1> Конвенция подписана от имени Российской Федерации МИДом России на основании распоряжения Правительства РФ от 26 июля 2006 г. N 1060-р с условием ее последующей ратификации.

а) в случае наземной трансляции государство-участник, в котором осуществляется первоначальная передача;

б) в случае спутниковой трансляции:

i) участник, у которого находится станция спутниковой связи;

ii) участник, предоставляющий частоту или спутник в случае, если станция спутниковой связи находится в государстве, не являющемся участником настоящей Конвенции;

iii) участник, в котором телевещатель имеет местопребывание в том случае, когда не установлена ответственность на основании подп. "i" и "ii".

Это свидетельствует о возможности предоставления исключительного права на вещание в соответствии с международным договором при отсутствии условий, установленных ст. 1332 ГК.

§ 5. Право изготовителя базы данных (статьи 1333 - 1336)

В условиях современного информационного общества производство и использование продуктов, включающих организованные массивы данных, приобретают особую важность. Общество, с одной стороны, заинтересовано в поощрении разработчиков таких продуктов и защите их экономических интересов. Создание подобных объектов зачастую требует значительных инвестиций, и невозможность обеспечить контроль за экономической эксплуатацией полученного результата способна породить сложности для развития этой индустрии. Законодатель должен позаботиться о защите интересов вышеуказанных лиц, если мы хотим, чтобы индустрия баз данных развивалась.

С другой стороны, не менее важно для общества обеспечить свободу доступа к информации и свободу информационного обмена. Эта идея провозглашена и в Конституции Российской Федерации, которая устанавливает: "Каждый имеет право свободно искать, получать, передавать, производить и распространять информацию любым законным способом" (ч. 4 ст. 29). Таким образом, законодатель должен дать возможность обеспечить интересы разработчиков и изготовителей баз данных, не

ущемляя интересы общества в свободе доступа к информации. Необходимость согласования указанных интересов обуславливает особенности правового режима баз данных.

Объект исключительного права изготовителя базы данных
(пункт 1 статьи 1334)

Согласно пункту 2 статьи 1260 ГК базой данных является представленная в объективной форме совокупность самостоятельных материалов (статей, расчетов, нормативных актов, судебных решений или иных подобных материалов), систематизированных таким образом, чтобы эти материалы могли быть найдены и обработаны с помощью электронной вычислительной машины (ЭВМ).

В этом определении можно выделить следующие существенные положения:

- база данных включает в себя отдельные объекты, характеристики которых, однако, для определения этого понятия в расчет не принимаются. Материалы могут быть как разнородными, так и однородными (расчеты, телефонные номера и т.д.), они могут предполагать совместное их использование (например, база данных температуры воздуха за какой-то период), но каждый из таких материалов должен иметь и самостоятельное значение. Это уточнение важно для различения баз данных с такими объектами, как, например, кинофильмы, которые представляют собой последовательность кадров, причем в этом, втором, случае тоже есть и отдельные материалы, и их упорядоченность. Без такого уточнения кинофильм пришлось бы признать базой данных. То же самое можно сказать и о музыкальных произведениях и т.д.;

- вопрос охраноспособности материалов, объединенных в базу данных, не имеет значения, база данных может включать в себя материалы, не являющиеся объектами авторских или иных интеллектуальных прав, и даже состоять только из таких объектов. Невозможность защитить с помощью авторского права объекты, входящие в базу данных, никак не влияет на действительность прав на саму базу данных;

- в то же время база данных не сводима к простой совокупности указанных материалов, поскольку эта совокупность должна быть определенным образом организована, систематизирована;

- не требуется, чтобы объекты, включенные в базу данных, являлись новыми, оригинальными и т.п., отсутствует и такое требование к организации этих материалов. Охраняемыми могут быть и базы данных, объединяющие общедоступные материалы;

- наконец, организация материалов в базе данных должна позволять их компьютерную обработку. Из этого следует, что в Российской Федерации исключительное право изготовителя базы данных не может возникнуть в отношении баз данных, существующих в неэлектронной форме, например в отношении бумажных телефонных справочников, сборников нормативных актов и т.д. Это касается и случаев, когда база данных одновременно существует в электронной и неэлектронной формах, - охраняться база данных в рамках рассматриваемого режима будет лишь в отношении электронного варианта. В то же время рассматриваемое определение базы данных в Кодексе не содержит указания на то, что помещенные в нее материалы должны быть доступны для непосредственного использования человеком. Это позволяет распространить режим баз данных и на такие "совокупности материалов", которые по своей сути предназначены для использования не человеком, а тем или иным устройством. Например, современный фотоаппарат, как правило, хранит в своей памяти базу данных, позволяющую ему точнее определять в автоматическом режиме параметры съемки, автомат по продаже товаров - базу данных о купюрах и монетах и т.д.

Следует подчеркнуть, что ни ценность базы данных, ни ее назначение, ни функциональные характеристики, ни, наконец, размер не имеют значения для определения ее охраноспособности.

Из рассмотренного определения следует, что база данных может охраняться на разных уровнях: на уровне входящих в базу данных материалов, на уровне структуры базы данных, а также на уровне совокупности содержания базы данных в целом. Часть четвертая ГК содержит механизмы защиты базы данных на всех этих уровнях.

Понятие базы данных появилось в российском законодательстве в 1992 г. в Законе от 23 сентября 1992 г. "О правовой охране программ для электронных вычислительных машин и баз данных". Этот Закон предусматривал охрану баз данных в рамках авторского права, приравнивая их к сборникам <1>. С помощью такого подхода обеспечивается охрана оригинальной структуры базы данных. Средствами авторского права также охраняются отдельные произведения, включенные в базу данных, если они являются объектами авторских прав.

<1> Авторско-правовая охрана баз данных как сборников предусмотрена также Бернской конвенцией об охране литературных и художественных произведений и Соглашением о торговых аспектах прав интеллектуальной собственности (Соглашением ТРИПС).

Распространение на базы данных норм авторского права часто встречается в законодательстве разных стран, а после принятия Директивы ЕС 96/9/ЕС от 11 марта 1996 г. "О правовой охране баз данных" это стало стандартом для стран ЕС. Подобный подход реализован и в рамках главы 70 ГК "Авторское право" <1>.

<1> См., в частности: ст. 1262, 1270 (подп. 9 п. 2), 1273, 1280, 1286 (п. 3), 1296, 1297 ГК и др.

Однако практика показала, что авторское право далеко не во всех случаях дает лицу, изготовившему базу данных, достаточные средства защиты своих интересов.

Во-первых, изготовитель базы данных, содержащей материалы, не охраняемые авторским правом, не имеет возможность контролировать использование таких материалов, извлеченных из его базы данных. Он также не может препятствовать включению этих материалов в аналогичные базы данных, создаваемые другими лицами, т.е. созданию конкурирующих продуктов на основе его базы данных.

Во-вторых, изготовитель базы данных не получит авторских прав составителя сборника, если структура его базы данных не может быть охарактеризована как оригинальная. Но отсутствие оригинальности в структуре базы данных отнюдь не означает, что такой продукт не имеет коммерческой ценности. Очень часто базы данных расчетов, справочники адресов компаний и т.д. имеют сравнительно простую структуру, но их создание требует существенных затрат и значительных организационных усилий.

В условиях, когда копирование электронных баз осуществимо легко и без больших затрат, производитель базы данных оказывается в явно невыгодном положении ввиду отсутствия эффективных средств защиты против действий недобросовестных лиц.

Таким образом, значительная часть баз данных, имеющих существенную коммерческую ценность, оказалась без эффективной правовой защиты. На международном уровне недостаточность авторского права для обеспечения необходимой защиты изготовителям баз данных впервые была отмечена в 1988 г. в Зеленой книге Европейской комиссии "Авторское право и вызов технологии" <1>. Специальное право изготовителя базы данных введено во многих странах. В Европе появление права на содержание базы данных было предусмотрено Директивой ЕС 96/9/ЕС "О правовой охране баз данных". В дальнейшем ее положения были реализованы в законодательстве стран ЕС.

<1> Green Paper on Copyright and the Challenge of Technology - Copyright Issues Requiring Immediate Action. COM (88) 172 final, 7 June 1988. Полный текст Зеленой книги можно найти по адресу: <http://aei.pitt.edu>.

Справедливость и необходимость дополнительной защиты производителей баз данных были признаны и в России. В связи с этим ГК вводит особый правовой режим, предусматривающий определение порядка использования материалов, содержащихся в базе данных. Этот правовой режим не заменяет и не ограничивает авторско-правовую охрану баз данных (в части охраны материалов, содержащихся в базе данных, и ее структуры), а дополняет ее.

Определение базы данных дается в ГК (п. 2 ст. 1260) применительно одновременно и к авторским, и к смежным правам. И тем не менее, рассматривая базу данных как объект смежного права, следует иметь в виду, что круг баз данных, охватываемых смежным правом изготовителя базы данных, не полностью совпадает с кругом баз данных, входящих в сферу авторского права.

Во-первых, объектом авторского права являются только те базы данных, которые могут быть охарактеризованы как оригинальные <1> в отношении организации объединяемого ими материала, структуры и последовательности его расположения. Для баз данных, являющихся объектом исключительного права изготовителя базы данных, такого требования нет, охраняться смежным правом база данных должна независимо от того, насколько оригинальной она является.

<1> При этом критерий оригинальности различается в разных странах, начиная с подхода, при котором достаточно доказать наличие собственных усилий в создании базы (доктрина *sweat of the brow* (буквально: в поте лица)), и кончая требованием отражения личности автора в созданной им базе данных.

Во-вторых, права изготовителя базы данных, предусмотренные в гл. 71 ГК, возникают только в отношении базы данных, создание которой требует существенных финансовых, материальных, организационных или иных затрат (п. 1 ст. 1334 ГК). Оценка таких затрат должна производиться как с количественной, так и с качественной стороны. База данных может включать большое количество материалов, которые сравнительно легко получить и которые не требуют проведения сложной работы для их помещения в базу. Но база данных может состоять и из довольно небольшого количества материалов, получить или обработать которые весьма непросто. Следует заметить, что базы данных, являющиеся объектами авторского права, как правило, тоже отвечают рассматриваемому критерию в том, что касается оценки затрат на их создание с качественной стороны.

Затраты на создание базы данных могут быть связаны с различными стадиями ее разработки: получение материалов для базы данных, их отбор, сортировка и т.п., проверка правильности данных, подготовка материалов к размещению в базе данных, их представление и т.д. В то же время в расчет не должны приниматься затраты на создание самих материалов, включенных в базу данных. Например, получение результатов испытаний образцов какой-то техники может требовать приобретения дорогостоящего оборудования, проведения сложных испытаний и т.д., но все эти затраты не будут учитываться в составе "существенных затрат на создание базы данных" и соответственно не будут иметь значения для определения того, приобрел ли изготовитель базы данных, содержащей такие материалы, исключительное право на такую базу данных или нет. Иначе говоря, "затраты" и "сложности" должны быть связаны с созданием самой базы данных, а не с созданием материалов, включаемых в нее.

В связи с этим представляется, что не должны получать охрану в рамках смежных прав базы данных, созданные как следствие иной деятельности создавшего базу лица, если затраты связаны именно с этой иной деятельностью, а не с созданием базы данных.

Например, для телекоммуникационной компании создание перечня своих клиентов, содержащего контактную информацию о них, скорее всего, не потребует значительных затрат. Другой пример - программы радио- и телепередач. Здесь (если признавать такие программы базой данных) затраты связаны с подготовкой эфира, подбором передач и т.п., но само по себе составление базы данных как результата указанной работы будет недорогим и несложным делом. Несмотря на то что такой подход поддерживался судами далеко не во всех странах, в последнее время он получает все большее распространение. Например, Европейский суд справедливости придерживается следующей точки зрения: инвестирование в получение содержания базы данных означает инвестирование в поиск и сбор данных, а не в их создание <1>.

<1> Судебные дела: C-46/02 (Fixtures Marketing Ltd v. Oy Veikkaus Ab); C-203/02 (The British Horseracing Board Ltd and Others v. William Hill Organisation Ltd); C-338/02 (Fixtures Marketing Ltd' v. Svenska Spel AB).

Критерий затрат сформулирован в п. 1 ст. 1334 ГК как объективный ("создание... требует"). Это означает, что лицо, изготовившее базу данных, не может ссылаться на свои значительные затраты на ее создание, если размер затрат был обусловлен исключительно особенностями организации труда и ведения бизнеса данным лицом. Затраты на создание базы данных должны быть объективно обоснованными.

Для облегчения положения изготовителя базы данных п. 1 ст. 1334 ГК предусматривает специальное правило: при отсутствии доказательств иного базой данных, создание которой требует "существенных затрат", признается база данных, содержащая не менее 10 тыс. самостоятельных информационных элементов (материалов), составляющих содержание базы данных. Это правило означает, что если в рамках базы данных можно выделить 10 тыс. самостоятельных информационных элементов (материалов), то лицу, создавшему такую базу данных, не нужно доказывать, что создание этой базы данных требует существенных затрат. Но сохраняется возможность и опровергнуть эту презумпцию, если исходя из конкретных обстоятельств можно будет установить, что включение в базу данных 10 тыс. информационных элементов (материалов) было достигнуто без сколько-нибудь значительных затрат труда, денег и т.д.

Подобный подход призван в значительной мере исключить те сложности, с которыми сталкиваются изготовители баз данных за рубежом при доказывании существенности затрат на создание базы данных.

Кодекс не раскрывает понятие "информационные элементы (материалы)", поскольку конкретное его содержание будет зависеть от характеристик базы данных, существа этих данных, способа ее организации. Информационным элементом не обязательно должен быть целостный с точки зрения своего содержания материал (например, произведение литературы целиком). Таким элементом может быть признана и часть произведения, если она выделена в качестве самостоятельного объекта в рассматриваемой базе данных.

Субъект права изготовителя базы данных (пункт 1 статьи 1333, статья 1336)

Изготовителем базы данных согласно статье 1333 ГК признается лицо, организовавшее создание базы данных и работу по сбору, обработке и расположению составляющих ее материалов. Изготовителем базы данных может быть как физическое, так и юридическое лицо. Указание на организацию создания базы данных и работы по помещению в нее соответствующих материалов означает, что такое лицо может само и не выполнять какие-либо работы, достаточно лишь обеспечить их выполнение другими лицами. Не требуется, чтобы изготовитель базы данных сам осуществлял какие-то действия по ее созданию (хотя это, конечно, не исключается).

Здесь важно подчеркнуть наличие принципиально иного подхода к решению вопроса распределения прав между организатором создания объекта и фактическим его создателем по сравнению с авторским правом. В области авторского права исключительное право всегда изначально возникает у лица, создавшего произведение (даже в случае создания служебного произведения), и лишь затем оно может переходить к другим лицам, в частности к заказчику. Напротив, исключительное право изготовителя базы данных всегда возникает у организатора деятельности по ее созданию. Это положение нельзя изменить даже договором, исключительное право может перейти в соответствии с договором к лицам, фактически создавшим базу данных, но не возникнуть у них, так как они не отвечают указанным выше требованиям (не являются лицами, организовавшими создание базы данных).

В то же время в отношении организации создания базы данных и работы по сбору, обработке и расположению составляющих ее материалов также может возникнуть вопрос об определении изготовителя базы данных. Изготовителем базы данных будет признаваться лицо, от имени которого осуществляются соответствующие действия, а не лицо, фактически осуществившее их.

В том случае, когда для организации создания базы данных привлекается подрядчик (выполняющий функции своего рода продюсера), права изготовителя базы данных возникнут непосредственно у заказчика, т.е. у того лица, которое осуществляет инвестиции в создание базы данных.

Изготовителем базы данных может быть как физическое, так и юридическое лицо.

В отношении иностранных граждан или иностранных юридических лиц предусматривается специальное правило. Исходя из пункта 1 статьи 1336 ГК, права изготовителя базы данных, являющегося иностранным гражданином или иностранным юридическим лицом, будут признаваться в Российской Федерации при условии, что законодательством соответствующего иностранного государства предоставляется и на его территории охрана исключительному праву изготовителя базы данных, изготовителем которой является гражданин Российской Федерации или российское юридическое лицо, либо в иных случаях, предусмотренных международными договорами Российской Федерации. В настоящее время договоров с участием Российской Федерации, касающихся прав изготовителя базы данных, нет, поэтому иностранное лицо будет получать в России права изготовителя базы данных лишь на основе принципа взаимности.

В то же время нет никаких ограничений для приобретения по договору иностранным гражданином или иностранным юридическим лицом исключительного права изготовителя базы данных.

Если изготовителем базы данных будет являться лицо без гражданства, то решение вопроса о признании его исключительного права на базу данных будет зависеть от того, имеет это лицо место жительства на территории Российской Федерации или иностранного государства. В первом случае оно будет приравнено к российским гражданам, во втором - к иностранным, и к нему будут применяться соответствующие правила. Таким образом, выбирая место жительства, лицо без гражданства может влиять на решение вопроса о признании его исключительных прав на базу данных.

Гражданский кодекс в пункте 1 статьи 1333 предусматривает признание изготовителем базы данных гражданина или юридического лица, имя или наименование (последнее в отношении юридического лица) которых указано обычным образом на экземпляре базы данных и (или) его упаковке. Следует подчеркнуть, что данная презумпция является опровержимой: если другое лицо докажет, что именно оно организовало создание базы данных и выполнение соответствующих работ либо что лицо, указанное на упаковке или экземпляре базы данных, не может рассматриваться как изготовитель базы данных, то указание имени такого лица на экземпляре базы данных или его упаковке учитываться не будет.

Право изготовителя базы данных на указание
своего имени или наименования
(пункт 2 статьи 1333)

Изготовителю базы данных принадлежит особое неимущественное право - право на указание на экземплярах базы данных и (или) их упаковках своего имени или наименования (п. 2 ст. 1333 ГК). По своему содержанию это право близко к праву изготовителя фонограммы на указание на экземплярах фонограммы и (или) их упаковке своего имени или наименования (п. 1 ст. 1323 ГК). Следует лишь заметить, что это право не должно смешиваться с правом авторства и правом на имя, принадлежащими автору базы данных как объекта авторского права. Если база данных может охраняться как объект авторского права, то указывать свое имя (наименование) в отношении ее сможет как ее изготовитель, так и автор <1>. Такое указание не должно вводить в заблуждение пользователей базы данных, и для этого нужно всегда указывать, в каком качестве выступает данное лицо - автора базы данных или ее изготовителя. Похожую ситуацию мы наблюдаем в отношении энциклопедий, энциклопедических словарей, периодических и продолжающихся сборников научных трудов, газет, журналов и других периодических изданий (п. 7 ст. 1260 ГК), аудиовизуальных произведений (п. 4 ст. 1263 ГК) и служебных произведений (абз. 2 п. 3 ст. 1295 ГК).

<1> Возможна и ситуация, когда это будет одно и то же лицо.

Исключительное право изготовителя базы данных
(пункты 1 и 2 статьи 1334)

Изготовителю базы данных принадлежит исключительное право извлекать из базы данных материалы и осуществлять их последующее использование в любой форме и любым способом.

Понятие "извлечение материалов" раскрывается в абз. 2 п. 1 ст. 1334 ГК. Под извлечением материалов понимается перенос всего содержания базы данных или существенной части составляющих ее материалов на другой информационный носитель с использованием любых технических средств и в любой форме. Из этого следует, что в понятие извлечения материалов не включаются (а следовательно, и не контролируются изготовителем базы данных) как перенос на другой информационный носитель отдельных материалов, содержащихся в базе данных (например, распечатка отдельных материалов), так и ознакомление с базой данных (пусть даже и со всем ее содержимым). Изготовитель базы данных не может, опираясь на свое исключительное право, запретить кому-либо такие действия.

"Существенность" части материалов должна определяться по совокупности количественного и качественного критериев, т.е. с учетом как количества извлеченных из базы материалов, так и их значимости для базы данных. В частности, ценность базы данных может определяться нахождением в ее составе нескольких труднодоступных вне базы материалов, сопровождаемых в то же время множеством материалов, выполняющих, возможно, лишь служебную или иллюстративную роль. В этом случае заимствование указанных основных материалов, составляющих незначительную долю в общем количестве материалов базы, должно быть признано переносом существенной ее части - из-за их значимости. Соответственно и снижение значения заимствованных материалов в базе данных будет приводить к тому, что граница количества "допустимого" заимствования будет смещаться в сторону увеличения числа таких материалов.

Извлечение материалов, контролируемое изготовителем базы данных, касается переноса материалов с использованием любых технических средств и в любой форме. В этой связи изменение, например, формата записи соответствующих материалов не

освобождает от необходимости получать согласие изготовителя базы данных. То же касается и вида носителя: использование в Кодексе широкого понятия "информационный носитель" позволяет охватить любые носители, способные фиксировать материалы, имеющие информационный характер.

На следующем этапе осуществляется использование извлеченных из базы материалов. Использование материалов должно пониматься в значении, определенном в Кодексе (п. 2 ст. 1270) применительно к объектам авторского права. Если какое-то действие с материалом, включенным в базу данных, не может рассматриваться как "использование" применительно к объектам авторского права, то оно не будет считаться "использованием" и в рассматриваемом случае. Например, согласно пункту 3 статьи 1270 ГК практическое применение положений, составляющих содержание произведения, в том числе положений, представляющих собой техническое, экономическое, организационное или иное решение, по общему правилу не является использованием произведения. Точно так же если, например, рецепт кулинарного блюда будет извлечен из базы данных, то приготовление таких блюд в соответствии с данным рецептом не будет являться использованием этого рецепта как объекта авторского права или исключительного права изготовителя базы данных.

Строго говоря, сам по себе перенос уже, как правило, предполагает определенное использование материала, а именно его воспроизведение. Поэтому провести четкую границу между переносом содержания базы данных и началом ее использования не всегда возможно.

Но есть случаи, когда при осуществлении переноса содержимого базы данных его использование непосредственно на этой стадии не происходит. Например, создание временных копий, составляющих неотъемлемую и существенную часть технологического процесса, имеющего единственной целью правомерное использование записи или правомерное доведение произведения до всеобщего сведения, не рассматривается как воспроизведение соответствующих произведений (подп. 1 п. 2 ст. 1270 ГК), но может признаваться переносом содержимого базы данных.

Закономерен вопрос: не дает ли исключительное право изготовителю базы данных возможность контролировать использование общедоступных материалов, включенных в базу данных? В этом отношении ключевым словом в приведенном выше определении исключительного права изготовителя базы данных (п. 1 ст. 1334 ГК) является слово "последующее". Изготовитель базы данных не получает на основании ГК контроль за использованием материалов, содержащихся в базе данных, его право касается лишь ситуации, когда осуществляется использование материалов, ранее полученных, извлеченных из этой базы данных. Если материалы были получены из других источников (например, закон, содержащийся в базе данных, одновременно был опубликован в прессе и лицо использовало текст закона, взятого из газеты), то исключительное право изготовителя базы данных не позволяет ему запретить использование этих материалов другими лицами.

Более того, исключительное право изготовителя базы данных не дает возможность запретить даже полное повторение конкретной базы данных, если только не происходит копирование соответствующих материалов непосредственно из его базы данных. Такое повторение может нарушать авторское право изготовителя базы данных, но, как было замечено выше, в отношении многих баз данных авторское право не действует.

В этом проявляется правило, закрепленное в п. 2 ст. 1334 ГК: исключительное право изготовителя базы данных признается и действует независимо от наличия и действия авторских и иных исключительных прав изготовителя базы данных и других лиц на составляющие базу данных материалы, а также на базу данных в целом как составное произведение. Таким образом, создание базы данных не дает изготовителю базы данных прав на материалы, включенные в базу данных.

С другой стороны, это правило выражается в том, что исключительное авторское право на базу данных и исключительное право изготовителя базы данных действуют независимо друг от друга, прекращение одного из них не влияет на действительность другого. Не зависит исключительное право изготовителя базы данных и от действия прав других лиц на составляющие базу данных материалы. Даже если изготовитель базы данных по той или иной причине не получил согласия правообладателя на использование материала, включенного в базу данных, это не повлияет на действительность его исключительного права именно как ее изготовителя, хотя может помешать нормальному использованию базы данных.

Возникновение и прекращение исключительного права изготовителя базы данных (статья 1335)

Исключительное право изготовителя базы данных возникает в момент завершения ее создания. Поскольку отсутствуют какие-либо объективные критерии "готовности" базы данных, определяющее значение имеет решение изготовителя базы данных о признании работы над базой данных завершенной. Это не означает, что изготовитель базы данных не должен в дальнейшем вести работу над базой данных, наоборот, регулярное обновление содержания базы данных характерно для современных баз данных. Речь идет о том, что изготовитель базы данных лишь признает базу данных готовой к использованию, а последующую работу над базой данных он может начинать сразу же после принятия такого решения.

Таким образом, для изготовителя базы данных очень важным является своевременное принятие указанного решения, ведь до этого момента исключительное право изготовителя базы данных у него отсутствует и его возможности по защите своих интересов ограничены.

Исключительное право изготовителя базы данных действует в течение пятнадцати лет, считая с 1 января года, следующего за годом ее создания. Однако при каждом обновлении базы данных указанные сроки возобновляются (п. 2 ст. 1335 ГК). В отличие от законов ряда зарубежных стран Кодекс не устанавливает требования существенности таких изменений, что дает возможность изготовителю базы данных воспользоваться правилом о возобновлении срока практически при любом обновлении базы данных. Фактически это означает, что исключительное право изготовителя базы данных может существовать так долго, как долго изготовитель базы данных (или его правопреемники) готов обновлять базу данных. Такое правило призвано создать дополнительный стимул в поддержании баз данных в актуальном состоянии и спустя значительное время после их выпуска.

Ограничения исключительного права изготовителя базы данных (пункт 3 статьи 1334)

Исключительное право изготовителя базы данных не является безграничным. Во-первых, оно ограничено сроком и территорией действия. Во-вторых, оно охватывает случаи извлечения и использования лишь существенной части материалов, составляющих содержание базы данных. Наконец, в-третьих, Кодекс в пункте 3 статьи 1334 предусматривает и специальное изъятие из исключительного права изготовителя базы данных.

Этим изъятием является случай извлечения из базы данных лицом, правомерно пользующимся базой данных, материалов и осуществление их последующего использования в личных, научных, образовательных и иных некоммерческих целях. Объем извлечения определяется указанными целями. Могут возникнуть сложности с

применением этого ограничения в тех случаях, когда научная, образовательная и тому подобная деятельность не осуществляется полностью бесплатно, например, когда студенты, обучающиеся в учебном заведении, вносят определенную плату за свое обучение. Этот вопрос является дискуссионным, тем не менее представляется, что если речь идет об извлечении из базы данных ее существенных частей, то какая-либо коммерческая деятельность в связи с этим не должна допускаться. Не стоит полагать, что образовательные, научные и тому подобные учреждения будут ущемлены, если данная точка зрения получит поддержку: во-первых, разрешается извлекать из базы данных и использовать материалы, составляющие несущественную ее часть, даже и в коммерческих целях; во-вторых, представляется допустимым взимание платы, покрывающей только прямые расходы, связанные с соответствующей деятельностью; в-третьих, возможности самих студентов использовать базу данных для своего образования прямо не ограничены (кроме того, что объем использования должен быть оправдан такими целями).

Поскольку извлечение из базы данных и последующее использование материалов, не составляющих существенную часть базы данных, вообще не требуют согласия изготовителя базы данных, то правило п. 3 ст. 1334 ГК касается только случаев, когда извлекаются материалы, составляющие существенную часть базы данных. Поэтому в некоммерческих целях можно использовать без согласия изготовителя базы данных и существенную ее часть, если только масштабы такого извлечения материалов оправдываются поставленными целями.

Однако в любом случае при подобном использовании должны соблюдаться авторские права изготовителя базы данных и авторские права других лиц на помещенные в базу материалы. Ограничение, установленное в п. 3 ст. 1334 ГК, не дает возможности пользователю базы данных обойти соответствующие нормы об использовании объектов авторского права, содержащихся в базе данных, либо базы данных в целом как сборника.

Указанным ограничением может воспользоваться только "лицо, правомерно пользующееся базой данных" (п. 3 ст. 1334 ГК). Представляется, что в круг этих лиц могут включаться лица, не только заключившие лицензионный договор с правообладателем, но и пользующиеся базой данных на других правовых основаниях, например приобретатели экземпляра базы данных (в случаях, когда такие приобретатели не имеют лицензионного договора с правообладателем).

Кроме этого необходимо упомянуть и об ограничении, предусмотренном для исключительных прав на все объекты смежных прав: согласно ст. 1306 ГК допускается использование объекта смежных прав без согласия правообладателя и без выплаты вознаграждения в случаях свободного использования произведений (ст. 1273, 1274, 1277 - 1279 ГК). Это правило означает, что, если лицо хочет реализовать один из этих вариантов свободного использования произведения, содержащегося в базе данных, оно может не спрашивать согласия изготовителя базы данных. В большинстве случаев, однако, указанное правило не даст особых преимуществ пользователю базы данных ввиду наличия более широкого ограничения права изготовителя базы, предусмотренного в п. 3 ст. 1334 ГК (касающегося использования базы данных в любых некоммерческих целях).

Переход к другим лицам исключительного права изготовителя базы данных (пункт 1 статьи 1334)

Возможность распоряжения исключительным правом изготовителя базы данных прямо предусмотрена в п. 1 ст. 1334 ГК. Исключительное право изготовителя базы данных может быть передано по договору об отчуждении исключительного права, возможно заключение лицензионного договора, договора залога исключительного права изготовителя базы данных и т.д. К таким договорам будут применяться правила, содержащиеся в ст. 1233 - 1238, 1307, 1308 ГК.

Исключительное право изготовителя базы данных может также переходить по наследству и при реорганизации и ликвидации юридического лица - изготовителя базы данных.

§ 6. Право публикатора на произведение
науки, литературы или искусства
(статьи 1337 - 1344)

Право публикатора является новым для российского законодательства. Хотя за рубежом подобная категория прав известна, в отечественной литературе должного внимания таким правам не уделялось. Тем не менее появление права публикатора в ГК является вполне закономерным. Оно связано с необходимостью эффективно решить проблему использования произведений, не обнародованных при жизни автора.

До вступления в действие части четвертой ГК Закон об авторском праве устанавливал лишь общее правило, что авторское право "на произведение, впервые выпущенное в свет" <1> после смерти автора, действует в течение семидесяти лет после его выпуска (п. 5 ст. 27). Но неизвестно, когда произойдет выпуск в свет произведения; даже если после смерти автора пройдут столетия, то в силу указанной нормы использовать произведение все равно будет нельзя до тех пор, пока оно будет оставаться неопубликованным, и еще семьдесят лет после опубликования. Это создает серьезные неудобства. Во-первых, общество лишается доступа к культурному наследию на неограниченно долгий срок, причем, возможно, за пределами любых разумных сроков, требуемых для обеспечения интересов ближайших родственников автора. Во-вторых, создаются серьезные сложности с определением условий использования произведения: необходимость их согласования с правопреемниками автора может создать непреодолимые препятствия для пользователя, так как даже поиск таких правопреемников спустя значительное время после смерти автора (если только он не мировая знаменитость) может стать нелегкой задачей. Наконец, это правило делает поиск и опубликование неизвестных шедевров прошлого не только неблагодарным, но и опасным занятием: неожиданно может выясниться, что данное произведение еще не было обнародовано, а следовательно, опубликовавшее его лицо нарушило закон.

<1> Использование в Законе выражения "выпуск в свет" в данном контексте - по-видимому, ошибка. Об этом подробнее см. далее.

Наконец, определяя в законе правила посмертного обнародования произведений, целесообразно предусмотреть и меры поощрения лиц, обнаруживших ранее необнародованное произведение. Поиск таких произведений может занять многие годы и потребовать многих усилий. Поэтому справедливо дать занимающемуся таким поиском лицу возможность в течение ограниченного срока извлекать выгоду от использования обнаруженного произведения.

Введение права публикатора и предназначено решить указанные проблемы.

Эти и подобные им соображения привели к появлению в европейском законодательстве специальных норм, касающихся использования посмертно опубликованных произведений. Сначала в Директиве ЕС 93/98/ЕЕС от 29 октября 1993 г. "О гармонизации срока охраны авторских и некоторых смежных прав" <1>, а затем в Директиве ЕС 2006/116/ЕС от 12 декабря 2006 г. "О сроке охраны авторских и некоторых смежных прав" <2> появилось общее правило, предусматривающее предоставление любому лицу, законно опубликовавшему <3> ранее неопубликованное произведение или осуществившему доведение его до сведения общества, прав, аналогичных имущественным правам автора произведения, на срок двадцать пять лет с даты такого

опубликования или доведения до сведения общества. Это правило было воплощено и в законодательстве европейских стран.

<1> Official Journal of the European Union. L 290. 24.11.1993. P. 9 - 13.

<2> Official Journal of the European Union. L 372. 27.12.2006. P. 12 - 18.

<3> Следует помнить, что в зарубежном законодательстве разграничение между опубликованием и обнародованием обычно не проводится.

Руководствуясь изложенными причинами, по данному пути пошел и российский Гражданский кодекс.

Объект права публикатора (пункты 2, 3 статьи 1337, статья 1341)

Требования к объекту права публикатора сформулированы в статьях 1337 и 1341 ГК.

Прежде всего, такой объект должен быть произведением науки, литературы или искусства, т.е. отвечать тем же требованиям, что и объект авторского права (см. комментарий к гл. 70 ГК).

Во-вторых, произведение не должно быть обнародовано. Здесь важно заметить, что речь идет об обнародовании (определение обнародования дано в ст. 1268 ГК), а не о выпуске в свет, как в п. 5 ст. 27 Закона об авторском праве. Согласно статье 4 Закона об авторском праве "выпуск в свет" произведения - это его опубликование, т.е. выпуск в обращение экземпляров произведения с согласия автора произведения в количестве, достаточном для удовлетворения разумных потребностей публики исходя из характера произведения. Понятия "опубликование" и "обнародование" соотносятся как видовое и родовое. Возможны ситуации, когда произведение было обнародовано (например, публично исполнялось автором), но его опубликования (т.е. выпуска в обращение необходимого количества экземпляров произведения) не произошло. В результате пункт 5 статьи 27 Закона об авторском праве давал возможность недобросовестным правопреемникам автора начать отсчет срока охраны уже обнародованного произведения после смерти автора снова, поскольку выпуска произведения в свет при жизни автора не было. Эта ошибка была исправлена в части четвертой ГК (п. 3 ст. 1281). Публикатор может приобрести право на использование произведения только в случае, если произведение не было уже сделано каким-либо образом доступным обществу.

В-третьих, произведение должно было ранее перейти в общественное достояние либо находиться в нем в силу того, что оно не охранялось авторским правом. Понятие общественного достояния раскрывается в ст. 1282. Правовой режим общественного достояния состоит в том, что соответствующее произведение может свободно использоваться любым лицом без чьего-либо согласия или разрешения (в том числе и автора) и без выплаты авторского вознаграждения.

Однако при этом произведение должно относиться к категории объектов авторского права на момент обнародования произведения публикатором (см. п. 2 ст. 1337 ГК). Данное правило введено для того, чтобы публикатор не мог получить контроль над объектом, в отношении которого признана необходимость его свободного использования обществом (п. 6 ст. 1259 ГК).

Это важно учитывать при оценке различных вариантов перехода произведения в общественное достояние. Наиболее распространенным случаем перехода произведения в общественное достояние является истечение срока действия исключительного права на произведение, но возможны и иные ситуации, например: исключение законом определенной категории произведений из перечня охраняемых объектов, переход проекта закона (который является объектом авторского права) в категорию официально принятого закона (объектом авторского права не являющегося). Во всех этих случаях нужно

проверять, могло ли данное произведение на момент его обнародования рассматриваться как объект авторского права.

Важным нововведением Кодекса является то, что в общественное достояние переходят и необнародованные произведения (п. 1 ст. 1282). Это произойдет в случае, если в течение семидесяти лет после смерти автора произведение не будет обнародовано (п. 3 ст. 1281 ГК). Таким образом, предотвращается невозможность перехода произведения в сферу общественного достояния в течение неограниченно долгого срока.

Произведение может также находиться в общественном достоянии в силу того, что оно не охранялось авторским правом изначально (например, если оно относится к категории произведений, не являющихся объектами авторских прав).

И здесь требуется проверять, является ли данное произведение объектом авторского права на момент обнародования. Так, произведения народного творчества (фольклор), не имеющие конкретных авторов, исключены из перечня объектов авторского права (подп. 3 п. 6 ст. 1259 ГК), соответственно на них не может возникнуть и право публикатора.

К рассматриваемой категории относятся и случаи, когда на момент создания произведения законодательство не предусматривало охраны для таких произведений, а в последующем действие нового закона, вводящего такую охрану, не было распространено на это произведение. Схожая ситуация может возникнуть и при присоединении Российской Федерации к соответствующему международному соглашению - в отношении произведений, которые не охранялись в России до присоединения к соглашению. В частности, при присоединении Российской Федерации к Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений была сделана оговорка о том, что действие Конвенции не распространяется на произведения, которые на дату ее вступления в силу для Российской Федерации (13 марта 1995 г.) уже находились на территории России в общественном достоянии.

Во всех этих случаях право публикатора возникнуть может.

Пункт 3 статьи 1337 устанавливает еще одно требование, которому должно отвечать произведение для того, чтобы на него могло возникнуть исключительное право публикатора: произведение не должно находиться в государственных и муниципальных архивах. По сути для целей возникновения права публикатора нахождение в архиве приравнено к обнародованию произведения. Тем самым признается, что попадание в подобный архив делает произведение доступным обществу, в связи с чем давать третьему лицу возможность ограничить использование такого произведения неразумно. Представляется, что это правило должно применяться и в случае, если лицо, обнародовавшее произведение, получило его из иных источников, чем государственный или муниципальный архив, но параллельно это произведение находилось на момент обнародования и в архиве.

Таким образом, Кодекс устанавливает достаточно жесткие требования к произведению, обеспечивая тем самым в результате, что право публикатора не обременит общество чрезмерно.

Для приобретения права публикатора не требуется, чтобы произведение оставалось при его обнародовании в неизменном виде. Публикатор может осуществить переработку произведения, в том числе и перевод (см. п. 2 ст. 1339 ГК), обнародовав произведение не в первоначальном, а в измененном виде. В этом случае публикатор получит сразу два комплекса прав: авторские права на перевод или иную выполненную им переработку и права публикатора на само первоначальное произведение.

Субъект права публикатора (пункт 1 статьи 1337)

Публикатором произведения может быть только гражданин, только физическое лицо (п. 1 ст. 1337 ГК). Даже в случаях, когда поиск произведения осуществляется как часть

служебных обязанностей данного лица (например, если оно является работником архива), публикатором будет конкретный человек, а не его работодатель. Работодатель может приобрести по договору исключительное право публикатора, но публикатором стать он не может.

Однако при этом нужно учитывать, что согласно п. 1 ст. 1337 ГК для первоначального приобретения прав публикатора лицо должно обнародовать или организовать обнародование соответствующего произведения, а не обнаружить произведение. Поэтому одного только обнаружения произведения в архиве недостаточно. С другой стороны, для приобретения прав публикатора не имеет значения, кто и при каких условиях в действительности обнаружил данное произведение. Возможна ситуация, когда лицо, обнаружившее произведение, передает его для обнародования своему работодателю - юридическому лицу. Здесь фигуры публикатора вообще не возникает, поскольку работник не занимался организацией обнародования произведения, а его работодатель не отвечает требованиям, установленным для публикатора; соответственно не возникнет и право публикатора.

В этой связи выстраивание правильной системы отношений становится очень важным не только для работника, но и для его работодателя. Если работодатель заинтересован в приобретении возможности контролировать экономическую эксплуатацию произведения, то он должен соответствующим образом вовлечь своего работника в процесс обнародования произведения, договорившись о последующем приобретении исключительного права публикатора. Тем самым указанное правило косвенным образом обеспечивает защиту имущественных интересов автора, а также стимулирует работодателя к предоставлению своим работникам возможности самостоятельно обнародовать найденные произведения.

Публикатором может быть не только гражданин Российской Федерации, но и иностранный гражданин, а также лицо без гражданства. Однако лицо, не являющееся гражданином Российской Федерации, может стать публикатором, если произведение было обнародовано: (1) либо на территории Российской Федерации, (2) либо за пределами территории Российской Федерации, но в последнем случае только при условии, что законодательством иностранного государства, в котором оно обнародовано, предоставляется на территории такого государства охрана исключительному праву публикатора, являющегося гражданином Российской Федерации, (3) либо, наконец, в иных случаях, предусмотренных международными договорами Российской Федерации (ст. 1341 ГК). С учетом того, что на данный момент международные договоры Российской Федерации, касающиеся права публикатора, отсутствуют, а само такое право в качестве смежного права признается далеко не во всех странах, надо признать, что для иностранных граждан и лиц без гражданства основным вариантом возникновения права публикатора может быть случай обнародования произведения на территории Российской Федерации.

Гражданский кодекс не содержит запрета нескольким физическим лицам одновременно выступать в качестве публикатора, если они совместно обнародуют или организуют обнародование произведения. Отношения этих лиц должны регулироваться по аналогии с моделью, закрепленной в п. 3 ст. 1229 ГК. Снизить риск возникновения возможных конфликтов таким лицам позволит заключение между ними договора, определяющего все существенные вопросы использования произведения, распределения доходов, распоряжения исключительным правом публикатора и т.д.

Приобретателем исключительного права публикатора может быть любое лицо, в том числе и юридическое, независимо от гражданства или места учреждения.

Личные неимущественные права публикатора (статья 1338)

Публикатору предоставлено право на указание своего имени на экземплярах обнародованного им произведения и в иных случаях его использования, в том числе при переводе или другой переработке произведения (подп. 2 п. 1 ст. 1338 ГК). Публикатор в указанных случаях может не только сам проставлять свое имя, но и требовать этого от других лиц, если они осуществляют использование произведения. В то же время его имя должно указываться именно как имя лица, впервые обнародовавшего произведение. Имя публикатора не может заменять имени автора или помещаться на произведении таким образом, что у читателей или зрителей будет создаваться впечатление, что именно это лицо является автором данного произведения.

Право публикатора на указание своего имени действует и в случае использования произведения при переводе или иной переработке. Интересно заметить, что публикатор не может запретить другим лицам перерабатывать данное произведение и использовать его в переработанном виде (так как его исключительное право не охватывает перевод и иную переработку произведения), но вправе требовать указания на соответствующих экземплярах своего имени - как лица, впервые обнародовавшего данное произведение.

Пункт 3 статьи 1338 предоставляет публикатору правомочия, касающиеся разрешения вносить в произведение изменения, сокращения или дополнения при условии, что этим не искажается замысел автора и не нарушается целостность восприятия произведения и это не противоречит воле автора, определенно выраженной им в завещании, письмах, дневниках или иной письменной форме. Эти правомочия переходят к другим лицам вместе с исключительным правом публикатора на произведение. Представляется, однако, что данные правомочия не могут рассматриваться как самостоятельные личные неимущественные права публикатора, возникающие в отношении произведения другого лица; точнее охарактеризовать их как часть особого правового механизма, обеспечивающего защиту произведения от искажений.

Исключительное право публикатора (статьи 1338, 1339, 1344)

Согласно пункту 1 статьи 1338 ГК публикатору принадлежит исключительное право на обнародованное им произведение. Оно означает право использовать произведение способами, предусмотренными подп. 1 - 8 и 11 п. 2 ст. 1270 ГК. Иначе говоря, право публикатора охватывает почти все те же способы, что и авторское право (кроме перевода или иной переработки произведения, а также практической реализации архитектурного, дизайнерского, градостроительного или садово-паркового проекта).

Но смешивать исключительное право автора и исключительное право публикатора было бы ошибкой.

Прежде всего, различается социальное назначение этих прав: если авторские права введены в значительной мере с целью поощрения творческой деятельности, то право публикатора призвано вознаградить труд лица по поиску чужих необнародованных произведений и по организации их обнародования (такая деятельность далеко не во всех случаях имеет творческий характер).

Далее действительность исключительного права на произведение зависит от права авторства соответствующего лица. Так, если признано, что у него нет права авторства на данное произведение, то это означает и прекращение действия принадлежавшего ему исключительного права на произведение (причем даже в случае, если оно уже перешло к другому лицу). В отличие от этого исключительное право публикатора никак не зависит от того, кому конкретно принадлежит право авторства на данное произведение (кроме случая, когда в результате признания авторства другого лица выяснится, что семьдесят лет с момента смерти автора еще не истекли). Исключительное право публикатора может существовать и на произведение, которое ранее не охранялось.

Наконец, исключительное право публикатора по своему содержанию уже, чем исключительное право автора на произведение. Исключительное право автора на произведение дает правообладателю возможность контролировать использование произведения в любой форме и любым не противоречащим закону способом (п. 1 ст. 1270 ГК), а перечень таких способов использования не носит исчерпывающего характера, в то время как исключительное право публикатора распространяется только на прямо перечисленные в ст. 1339 ГК способы использования произведения.

Два способа использования произведения (переработка произведения, включая перевод, и практическая реализация архитектурного, дизайнерского, градостроительного или садово-паркового проекта) прямо изъяты из сферы действия исключительного права публикатора. Это означает, что публикатор не может запретить другому лицу осуществлять перевод или иную переработку того же самого обнародованного им произведения, равно как и использование производного произведения, полученного в результате такой переработки. И здесь видна разница с исключительным правом автора на произведение. В то же время, как указывалось выше, публикатор получит самостоятельные авторские права на объект, созданный им в результате перевода или иной переработки обнародованного им произведения.

Отсутствие в перечне способов использования произведения, охватываемых исключительным правом публикатора, практической реализации архитектурного, дизайнерского, градостроительного или садово-паркового проекта приводит к тому, что публикатор не может запретить, например, строительство здания по обнародованному им проекту.

В соответствии со статьей 1344 ГК из сферы действия исключительного права публикатора изъято также распространение оригинала и экземпляров произведения, правомерно введенных в гражданский оборот путем их продажи или иного отчуждения (так называемое правило об исчерпании прав). Дальнейшее распространение таких объектов возможно без согласия публикатора и без выплаты ему вознаграждения. Правомерным будет введение в оборот оригинала или экземпляров произведения в случае, если оно было осуществлено самим публикатором либо с его согласия, а также в случаях, когда использование произведения возможно без согласия публикатора в силу прямого указания закона (см. ст. 1306 ГК). Поскольку статья 1344 ГК не содержит специальных территориальных ограничений, исключительное право публикатора будет признаваться исчерпанным в отношении оригинала или соответствующих экземпляров в случае введения их в оборот в любом месте мира, а не только на территории Российской Федерации. Для применения указанного правила пуск в обращение может быть осуществлен в любой форме отчуждения такого оригинала или экземпляров, как возмездно, так и безвозмездно. В то же время сдача в аренду оригинала или экземпляров произведения не может рассматриваться как их введение в оборот, соответственно она не приводит к исчерпанию прав публикатора.

Возникновение и прекращение исключительного права публикатора (статьи 1340, 1342)

Исключительное право публикатора на произведение возникает в момент обнародования этого произведения, т.е. совершения действия, впервые делающего произведение доступным для всеобщего сведения. Обнародование должно быть произведено правомерно, с соблюдением прав автора. Согласно пункту 2 статьи 1338 ГК при обнародовании произведения публикатор обязан соблюдать условия, предусмотренные п. 3 ст. 1268 Кодекса. Эти условия заключаются в том, что обнародование произведения не должно совершаться, если оно противоречит воле автора, определенно выраженной им в письменной форме (в завещании, письмах, дневниках и

т.п.). Если произведение все же будет обнародовано в нарушение воли автора, то права публикатора не возникнут.

Исключительное право публикатора действует в течение двадцати пяти лет, считая с 1 января года, следующего за годом его обнародования (ст. 1340 ГК). Таким образом, в ГК воспринят срок, предусмотренный в упомянутых выше Директивах ЕС 1993 и 2006 гг.

Срок действия исключительного права публикатора на произведение значительно короче срока действия аналогичного права автора. Это связано с принципиально иным социальным назначением рассматриваемого права: заслуги публикатора перед обществом, как правило, менее значимы, чем заслуги автора соответствующего произведения.

Особый порядок определения срока действия исключительного права публикатора будет применяться в случае обнародования произведения за пределами территории Российской Федерации иностранным гражданином или лицом без гражданства, если право публикатора предоставляется указанному лицу в связи с тем, что на территории данного иностранного государства охраняется исключительное право публикатора, являющегося гражданином Российской Федерации (подп. 3 п. 1 ст. 1341 ГК). В этой ситуации срок действия исключительного права публикатора на территории Российской Федерации не может превышать срока действия исключительного права публикатора, установленного в государстве, на территории которого имел место юридический факт, послуживший основанием для приобретения такого исключительного права. Иными словами, если законодательство места обнародования произведения не считает нужным охранять произведение более определенного срока (в том числе и для граждан Российской Федерации), то и Российская Федерация не будет охранять произведение за пределами данного срока. Вполне понятно, что это правило не распространяется на граждан Российской Федерации - продолжительность действия их прав в нашей стране не будет зависеть от места обнародования произведения.

Предусматривается в ГК и специальный случай досрочного прекращения исключительного права публикатора на произведение (ст. 1342). Если при использовании произведения публикатор нарушает требования законодательства, относящиеся к охране авторства, имени автора и неприкосновенности произведения, то по решению суда исключительное право публикатора может быть прекращено досрочно. Такими случаями могут быть использование произведения в искаженном виде (например, с целью привлечь внимание к произведению), указание себя как автора произведения и т.д. Иск может подать любое заинтересованное лицо. Представляется, что это положение станет достаточно эффективным средством обеспечения защиты авторства и неприкосновенности произведения.

Переход к другим лицам исключительного права публикатора (статьи 1233 - 1238, 1343)

Исключительное право публикатора является оборотоспособным: возможно отчуждение этого права, предоставление права по лицензионному договору, использование его в качестве предмета залога. Специальных правил для распоряжения исключительным правом публикатора не предусмотрено, поэтому должны применяться положения ст. 1233 - 1238 ГК.

Договор о распоряжении исключительным правом публикатора должен ясно определять, передается ли право в полном объеме или предоставляется по лицензионному договору. В случае сомнений будет признаваться имеющим место вариант с меньшим объемом передачи права. Так, если в договоре не указано иное, то договор признается лицензионным (п. 3 ст. 1233 ГК). Аналогично решается вопрос и в отношении вида лицензии: если в договоре не определено иное, лицензия предполагается простой, т.е. неисключительной (п. 2 ст. 1236 ГК).

Как договор об отчуждении исключительного права публикатора, так и лицензионный договор должны быть заключены в письменной форме. Несоблюдение этого правила влечет недействительность договора.

Существенными условиями договора об отчуждении исключительного права публикатора являются предмет договора, а также размер вознаграждения (или порядок его определения) для случаев, когда договор прямо не предусматривает, что он является безвозмездным. Отсутствие любого из этих условий в договоре делает его незаключенным. Лицензионный договор, кроме того, должен предусматривать и способы использования произведения.

Важными условиями лицензионного договора являются территория и срок предоставления исключительного права публикатора. Однако отсутствие этих условий в договоре не означает, что он будет признан незаключенным: если территория не указана, то лицензиат вправе использовать произведение на всей территории Российской Федерации (п. 3 ст. 1235 ГК), а в случае отсутствия в договоре указания на срок его действия договор считается заключенным на пять лет (п. 4 ст. 1235 ГК).

В отношении произведений науки, литературы и искусства важным вопросом является обеспечение приобретателю оригинала произведения возможности использовать его. Особенно актуален этот вопрос применительно к предметам искусства (произведениям живописи, скульптуры и т.д.), в отношении которых обычно существует намерение осуществлять в последующем их публичную демонстрацию, но может иметь значение и в других случаях (например, применительно к рукописям).

Согласно статье 1343 ГК устанавливается следующее правило: если собственник оригинала произведения одновременно является и публикатором произведения, то при продаже оригинала произведения вместе с правом собственности на него к приобретателю перейдет и право публикатора. Это правило применяется только в том случае, если стороны не определяют в договоре иное. Но интересы приобретателя оригинала произведения будут защищены в любом случае: даже если договор предусмотрит, что исключительное право публикатора на произведение сохраняется за прежним собственником оригинала, приобретатель оригинала сможет без согласия обладателя права публикатора демонстрировать приобретенный оригинал произведения и воспроизводить его в каталогах выставок и изданиях, посвященных его коллекции, а также передавать это произведение для демонстрации на выставках, организуемых другими лицами (п. 2 ст. 1343 ГК). Данное правило нельзя изменить договором, в частности, отказ в договоре приобретателя оригинала произведения от указанного ограниченного права не будет иметь силы.

Глава 72. ПАТЕНТНОЕ ПРАВО

Комментарий к главе 72

§ 1. Основные положения (статьи 1345 - 1355)

1. Основу главы 72 ГК (ст. 1345 - 1407) составляют устоявшиеся нормы Патентного закона 1992 г. Гражданский кодекс в принципе закрепляет уже сложившуюся в России систему патентной охраны, что немаловажно для правоприменительной практики, ее стабильности.

Изменения и дополнения, которые внесены в нормативное регулирование патентно-правовых отношений, корреспондируют с общими нормами гл. 69 ГК. Они направлены прежде всего на усиление защиты прав авторов, других правообладателей и значительно более полное регулирование имущественного оборота патентных прав.

Надлежащую охрану патентных прав обеспечивают также правила, изданные патентным ведомством - Российским агентством по патентам и товарным знакам (Роспатентом). В 2004 г. Роспатент был преобразован в Федеральную службу по интеллектуальной собственности, патентам и товарным знакам <1> (далее - патентное ведомство). Правила Роспатента конкретизируют и детализируют условия применения содержащихся в Патентном законе регистрационных норм, которые по существу не претерпели изменений.

<1> Указ Президента РФ от 9 марта 2004 г. N 314.

Составной частью правовой системы Российской Федерации являются также международные договоры. В области патентных прав это Парижская конвенция по охране промышленной собственности 1883 г., Договор о патентной кооперации 1970 г., Евразийская патентная конвенция 1994 г.

2. Сфера действия комментируемой главы - это отношения, возникающие в связи с патентной охраной и использованием трех объектов интеллектуальных прав: изобретений, полезных моделей и промышленных образцов, т.е. результатов интеллектуальной деятельности в научно-технической сфере и сфере художественного конструирования.

Патентная охрана предоставляется объектам, отвечающим установленным в ГК требованиям, подтвержденным государственной регистрацией, которая возложена на патентное ведомство. Гражданский кодекс не вносит существенных изменений в эти требования, а также в процедуру самой регистрации патентных прав. Следует лишь обратить внимание на новый перечень технических решений, которые вообще не могут охраняться патентами (п. 4 ст. 1349). Это способы клонирования человека, а также модификации генетической целостности клеток зародышевой линии человека, использование человеческих эмбрионов в промышленных и коммерческих целях, иные решения, противоречащие общественным интересам, принципам гуманности и морали.

3. Изобретение признается охраноспособным, если оно содержит техническое решение. Возможные области применения такого решения не имеют квалифицирующего значения. Охраняемое техническое решение должно быть новым, обладать изобретательским уровнем и быть пригодным для промышленного применения.

Под "решением" понимается содержащееся в предложении заявителя изобретения правило деятельности, в соответствии с которым осуществляется изобретение. Технический характер решения выражается в получаемом при его реализации техническом результате, техническом эффекте. Технический результат может выражаться, например, в снижении (повышении) коэффициента трения; в снижении вибрации работающих механизмов; в улучшении кровоснабжения при артериальных заболеваниях; в локализации действия лекарственного препарата, в снижении его токсичности; в повышении иммуногенности вакцины; в повышении устойчивости растения к фитопатогенам; в получении антител с определенной направленностью; в повышении оперативной памяти компьютера и т.п.

Если оценка конкретного предложения как технического решения определяется характером самого предложения (его содержанием), то другие критерии патентоспособности устанавливаются путем сопоставления заявленного предложения с уже известными техническими решениями.

Изобретениями признаются только новые предложения, опережающие современный уровень техники (п. 2, 3 ст. 1350). Это старое патентное правило, появившееся еще в первых законах о патентах, сохраняет свое определяющее значение и сегодня. Основным критерий новизны - неизвестность предполагаемого изобретения исходя из уровня техники, достигнутого на дату приоритета изобретения. В России к изобретениям предъявляется требование мировой новизны. Поэтому патентованию новшества препятствует раскрытие его сущности в разного рода публичных сообщениях, в сведениях

об открытом применении изобретения и в других общедоступных источниках как в России, так и за рубежом. При этом принимается во внимание объем информации. Сведения общего характера, не раскрывающие принципиального решения (сущности изобретения), не порочат новизну изобретения. И не менее важно, насколько доступен для широкого круга лиц сам источник информации об изобретении. Закрытые публикации, закрытая документация, в том числе секретная, во внимание не принимаются. Содержащиеся в них сведения о новых технических достижениях не порочат новизну изобретения, заявленного в общем порядке, установленном законом, т.е. в открытом режиме.

Следует также иметь в виду, что автору и заявителю изобретения предоставляется льгота: если информация об изобретении была ими опубликована или иным образом разглашена (скажем, другими лицами, получившими от них прямо или косвенно эту информацию) не более чем за шесть месяцев до подачи заявки на изобретение, то такое раскрытие сущности изобретения не препятствует патентованию.

В уровень техники для проверки новизны изобретения включаются все изобретения и полезные модели, запатентованные в Российской Федерации, а также поданные в России заявки на изобретения и полезные модели с более ранней датой приоритета. Если сведения о такой заявке еще не опубликованы в официальном бюллетене патентного ведомства, она не препятствует патентованию. Однако впоследствии такая заявка (после ее опубликования) может стать основанием для аннулирования выданного патента с более поздним приоритетом, о чем эксперт должен предупредить заявителя.

Изобретательский уровень по существу служит дополнительной качественной характеристикой новизны изобретения (абз. 2 п. 2 ст. 1350 ГК). Он оценивается на основе общепринятого в патентной практике критерия - знаний специалиста в данной области техники. Для признания изобретательского уровня технического решения оно не должно быть очевидным для специалиста, т.е. не должно явным образом (логически) следовать из уровня знаний, которыми может обладать такой специалист на дату приоритета изобретения. Изобретение - это всегда результат творческого интеллектуального труда. Поэтому критерием оценки изобретательского уровня технического решения, а следовательно, и новизны служит, во-первых, масштаб его отличия от простого инженерного решения, доступного лицу, имеющему обычные знания в той области, к которой относится изобретение, и, во-вторых, то, что патентное решение должно быть результатом творческого труда с учетом того, что в оценке изобретательского уровня неизбежен элемент субъективности. В Правилах составления, подачи и рассмотрения заявки на изобретения (утверждены Приказом Роспатента от 6 июня 2003 г. N 82) предусмотрен примерный перечень условий, свидетельствующих о наличии или отсутствии изобретательского уровня (п. 19.5.3).

Что касается научных знаний и практического опыта, накопленных в той или иной области, то действует общее правило: при оценке изобретательского уровня принимаются во внимание открытые источники информации, к которым имеют свободный доступ все, кто хочет ознакомиться с такой информацией законным путем.

В зависимости от вида источника определяется момент, с которого информация признается общедоступной и может быть включена в предшествующий уровень техники. Так, например, датой опубликования печатного издания считается дата подписания его в печать, а при ее отсутствии - дата выпуска в свет, а если ее также нельзя установить, то последний день месяца либо 31 декабря указанного в издании года. Российские и зарубежные патентные документы считаются открытыми на указанную в них дату их опубликования. Соответствующие правила установлены и для неопубликованных материалов (депонированных рукописей, отчетов о выполненных НИОКР, сведений, полученных в электронном виде через Интернет и из других источников).

Под промышленной применимостью (п. 4 ст. 1350 ГК) понимается пригодность изобретения к использованию в какой-либо сфере человеческой деятельности, включая

промышленность, сельское хозяйство, здравоохранение. Испрашивая патент на изобретение, заявитель должен указать в его описании назначение изобретения, а также средства и методы, с помощью которых возможно осуществить изобретение в том виде, как оно охарактеризовано в каждом из пунктов формулы изобретения.

Промышленная применимость должна быть подтверждена данными об осуществимости изобретения. Осуществимость изобретения означает возможность его неоднократного воспроизведения (его повторимость) с помощью правил и средств, предложенных в решении. Поэтому не признаются патентоспособными решения, основанные на принципах, противоречащих признанным научным положениям и законам природы. Такое противоречие обычно свидетельствует об отсутствии решения. Типичным примером неосуществимого "изобретения" является предложение о создании "вечного двигателя".

При несоответствии заявленного предложения указанному в заявочных документах условию промышленной применимости предложение признается непатентоспособным и дальнейшая проверка новизны и изобретательского уровня уже не проводится.

Закон (п. 1 ст. 1350 ГК) различает два основных вида объектов, к которым могут относиться патентоспособные технические решения: продукт (в частности, устройства, вещества, штаммы микроорганизма, культура клеток растений или животных) и способ (процесс осуществления действий над материальным объектом с помощью материальных средств). Под материальными объектами и материальными средствами понимаются не только материальные продукты, но и, например, энергия. Следует также иметь в виду, что патенты выдаются на способы лечения, а также диагностики заболеваний людей и животных.

Из патентной охраны исключаются предложения, относящиеся к двум основным группам. Во-первых, предложения, не содержащие технических решений, в частности открытия, научные теории и математические методы, правила и методы игр, интеллектуальной или хозяйственной деятельности (подп. 1, 2, 4, 6 п. 5 ст. 1350 ГК). И во-вторых, результаты интеллектуальной деятельности, подпадающие под иной режим охраны независимо от того, содержат ли они технические решения (подп. 3, 5 п. 5, 6 ст. 1350 ГК).

4. Охрана полезных моделей (ст. 1351) не столь распространена в мире, как охрана изобретений. Специальное законодательство о полезных моделях действует в странах, которые придерживаются преимущественно германской системы охраны технических новшеств. В России охрана полезных моделей была введена Патентным законом. Правовой режим полезных моделей во многом сходен с охраной изобретений, поскольку полезные модели также относятся к категории технических решений. Но есть и обусловленные спецификой этого охраняемого объекта особенности.

Охраняемая полезная модель - это техническое решение, относящееся к устройству. Патентоспособность полезной модели определяется ее (1) новизной и (2) промышленной применимостью.

Новизну полезной модели порочит общедоступная информация, опубликованная как в России, так и за рубежом, о технических решениях (устройствах) того же назначения, что и заявленная полезная модель (требование мировой новизны). Факт использования аналогичных решений препятствует патентованию, если такое использование имело место на территории России (в отличие от изобретений, в этом случае применяется критерий локальной новизны). Сведения об использовании за пределами Российской Федерации не препятствуют патентованию полезной модели.

При оценке новизны полезной модели, как и изобретения, учитываются также все поданные другими лицами заявки с более ранним приоритетом на аналогичные технические решения (изобретения и полезные модели), опубликованные в официальном органе патентного ведомства (открытые для свободного ознакомления), а также запатентованные в России изобретения и полезные модели.

Что касается условий промышленной применимости, то они совпадают с условиями, предусмотренными для изобретений. Полезная модель должна быть пригодна для использования в любых отраслях экономики (в промышленности, в сельском хозяйстве и т.п.), в здравоохранении и в социальной сфере.

Основное же отличие полезной модели от изобретения заключается в том, что к полезной модели не предъявляется требование "изобретательского уровня", т.е. новизна устройства, заявленного в качестве полезной модели, может быть не столь существенной ("неочевидной"), как это требуется от изобретений. Поэтому полезные модели нередко называют маленькими изобретениями. Из-за того, что оба объекта очень близки по своему характеру, во всех странах, где они охраняются, в том числе в России, предусматривается возможность преобразования заявки на изобретение в заявку на полезную модель с тем же приоритетом. Этим широко пользуются заявители, которым по тем или иным мотивам, не препятствующим, однако, охране заявленного предложения полезной модели, отказано в получении патента на изобретение, - например, когда отказ мотивируется отсутствием достаточного изобретательского уровня.

5. Промышленный образец. Под промышленным образцом понимается художественно-конструкторское решение внешнего вида изделия, его оформление (п. 1 ст. 1352 ГК).

Заинтересованность предпринимателей в охране внешнего вида выпускаемых и поступающих на рынок товаров возрастает по мере развития рыночных отношений и конкуренции между товаропроизводителями. Это и понятно. Оригинальное внешнее оформление, зрительная и эстетическая привлекательность бытовых изделий способствуют повышению спроса на изделие, стимулируют развитие промышленного дизайна.

Для правовой охраны конструкторского решения в качестве промышленного образца оно должно быть патентоспособным, т.е. обладать необходимыми для этого признаками (п. 1 - 3 ст. 1352). Во-первых, такое решение должно содержать существенные признаки - включать художественные элементы, которые придают внешнему виду изделия определенные эстетические и (или) эргономические особенности. Во-вторых, оно должно быть новым. К промышленным образцам, так же как и к изобретениям, предъявляется требование мировой новизны. Однако к ним не предъявляется требование промышленной применимости. В-третьих, оно должно быть оригинальным, т.е. эстетические особенности внешнего вида изделия должны отвечать критериям творческого результата. Это позволяет отграничить промышленные образцы от различного рода поделок.

Охраняемый промышленный образец может относиться как к промышленному, так и к кустарно-ремесленному изделию.

Промышленные образцы могут быть объемными (модели), плоскостными (рисунки) или представлять собой их сочетание.

Объемные промышленные образцы представляют собой композицию, определяющую форму изделия. Ее основу составляет объемно-пространственная структура, например художественно-конструкторское решение, определяющее внешний вид станка, мотоцикла, телефонного аппарата, автомобиля, игрушки и т.д.

Плоскостные промышленные образцы характеризуются линейно-графическим соотношением элементов рисунка на плоской поверхности: внешний вид ковра, косынки, платка, ткани и т.п.

Таким образом, промышленные образцы в отличие от изобретений и полезных моделей представляют собой особый результат интеллектуальной деятельности; он должен воплощать технологию, обеспечивающую как функциональность изделия, так и создание художественной формы изделия, отвечающей определенным эстетическим требованиям.

Эта хорошо известная в мировой практике двойственность условий, предъявляемых к патентоспособности промышленного образца, четко прослеживается в двух основных

системах охраны этих объектов интеллектуальных прав. В одних странах она приближена к авторскому праву, в других - к патентному праву. Российское законодательство традиционно придерживалось патентной системы охраны промышленных образцов. Парижская конвенция также относит промышленные образцы к объектам промышленной собственности (ст. 4 Конвенции).

В связи с отмеченной двойственностью правовой природы промышленных образцов ведется дискуссия о возможности двойной (кумулятивной) охраны таких объектов - и авторским, и патентным правом. Ответ на этот вопрос имеет серьезные практические последствия. В частности, срок охраны авторских прав значительно превосходит срок патентной охраны промышленных образцов. В Гражданском кодексе, как и в Патентном законе, нет прямого ответа на этот вопрос. Однако нормы авторского права (гл. 70 ГК) включают в круг объектов авторских прав дизайн, произведения изобразительного и декоративно-прикладного искусства (ст. 1259), которые, несомненно, могут выступать и в качестве промышленных образцов. Существенно также, что в большинстве стран допускается двойная охрана промышленных образцов - и авторским, и патентным правом. Поэтому представляется заслуживающей внимания и поддержки позиция, допускающая кумулятивную охрану промышленных образцов.

Не признаются промышленными образцами: решения, обусловленные исключительно технической функцией изделия; объекты архитектуры, кроме малых архитектурных форм, стационарные сооружения, а также решения, относящиеся к объектам неустойчивой формы из жидких, газообразных, сыпучих и тому подобных веществ (п. 5 ст. 1352 ГК).

6. Официальным документом, подтверждающим патентные права на объекты всех трех видов, служит патент. Патент удостоверяет личные права автора - его авторство, имущественные права патентообладателя - исключительное право на охраняемый патентом объект, приоритет изобретения, полезной модели, промышленного образца.

В условиях выдачи и действия патента в зависимости от вида охраняемого объекта имеются определенные различия.

Патент на изобретение действует в течение двадцати лет с даты подачи первоначальной заявки (т.е. даты поступления правильно оформленной заявки в патентное ведомство). Патент на полезную модель - в течение десяти (по Патентному закону - пяти) лет с правом продления не более чем на следующие три года. А патент на промышленный образец действует в течение пятнадцати (по Патентному закону - десяти) лет с правом продления этого срока не более чем на десять лет.

Продление двадцатилетнего срока действия патента на изобретение возможно, если патент выдан на лекарственные средства, пестициды и агрохимикаты. Эта норма была введена в 2003 г. в целях решения конкретных практических проблем. Дело в том, что запатентованные лекарственные средства, пестициды и агрохимикаты, для применения которых необходима апробация компетентными органами, допускаются к использованию только после такой апробации, удостоверенной в установленном порядке компетентными органами (сертификатами Минздрава России и т.п.). На практике такая апробация нередко затягивается на несколько лет, и в результате к моменту получения необходимых сертификатов срок реального действия полученного патента практически уже истекает. Разработчики (затратившие, как правило, значительные средства на создание патентуемой новинки) уже не могут воспользоваться своей законной монополией.

Срок действия такого патента по ходатайству патентообладателя продлевается патентным ведомством на период, исчисляемый с даты подачи заявки до даты получения первого разрешения на применение продукта, за вычетом пяти лет. Максимальный срок продления ограничен пятью годами. Запись о продлении срока действия вносится в патент, который возвращается патентообладателю. Соответствующие записи вносятся также в Государственный реестр изобретений РФ и публикуются в официальном бюллетене патентного ведомства. Более подробно процедура продления сроков действия

таких патентов регулируется Приказом Роспатента от 22 апреля 2003 г. N 55 (с изменениями от 11 декабря 2003 г.). В отношении патентов на секретные изобретения, выданные уполномоченными органами федеральной исполнительной власти, изложенные правила действуют после рассекречивания патента.

§ 2. Патентные права (статьи 1356 - 1364)

1. К патентным правам (новое понятие, введенное ГК по аналогии с субъективными авторскими и смежными правами) относятся право авторства, право на получение патента (впервые выделено как самостоятельное право), исключительное право на изобретение, полезную модель, промышленный образец.

2. Автором изобретения, полезной модели, промышленного образца могут быть признаны только конкретные физические лица, творческим трудом которых созданы эти технические новшества (ст. 1347 ГК). Поэтому лица, оказавшие авторам содействие в любой форме (техническую, организационную, материальную или иную помощь), не признаются соавторами. Не относится к творческой деятельности также "контроль за выполнением соответствующих работ" (ст. 1228 ГК). Внесение этой нормы в ГК является ответом на нередкие судебные споры, возникающие по поводу разграничения творческой и организационно-управленческой деятельности при рассмотрении споров об авторстве на изобретения. Так, в одном из таких дел к авторам изобретения - сотрудникам лаборатории был предъявлен иск заведующим отделом, куда входила эта лаборатория. Он просил признать его соавторство и включить в число авторов. В подтверждение своего участия в разработке, содержащей запатентованное изобретение, ставшее предметом спора, истец ссылаясь на тот факт, что его подписи стоят на всей технической документации наряду с подписями обоих авторов. В ходе судебного заседания было установлено, что обязанности заведующего отделом ограничивались проверкой чертежей (о чем и свидетельствовала его подпись на чертежах). Суд не признал такое участие творческим вкладом в создание изобретения и отказал истцу в признании его авторства.

Критерием творческого вклада служит создание технического или художественно-конструкторского новшества, отвечающего требованиям, предъявляемым к охраняемым объектам. Если в создании такого объекта участвовали несколько человек, все они считаются авторами (соавторами) независимо от степени творческого участия каждого из них. Величина творческого вклада влияет на определение доли имущественных благ (вознаграждения, патентных или лицензионных платежей), получаемых каждым из авторов.

Право авторства неотчуждаемо и непередаваемо. Отказ от этого права ничтожен (ст. 1356 ГК).

3. Первоначальное право на получение патента принадлежит автору. Оно может перейти к другому лицу в порядке универсального правопреемства по общим нормам гражданского права. Автор может передать свое право на получение патента по договору (в том числе по трудовому договору). Такой договор заключается в письменной форме под страхом его недействительности. Причем если стороны не договорились иным образом, риск получения в последующем отказа патентного ведомства в выдаче патента (вследствие непатентоспособности заявленного изобретения, полезной модели или промышленного образца) принимает на себя заявитель.

4. В отличие от Патентного закона, в ГК четко и полно (хотя и неисчерпывающе) раскрыто содержание исключительного права, т.е. имущественных правомочий патентообладателя: в течение всего срока действия исключительного права патентообладатель может сам использовать изобретение, полезную модель, промышленный образец любыми не противоречащими закону способами, в том числе способами, указанными в п. 2 ст. 1358 ГК. Кроме того, и это самое практически важное,

он может также самостоятельно распоряжаться своим исключительным правом, которое действует до прекращения действия патента (п. 1 ст. 1363 ГК).

Следует обратить внимание на то, что в Патентном законе указан срок действия патента (ст. 3), но нет в отличие от ГК прямого ответа на вопрос о сроке действия исключительного права, удостоверенного патентом, т.е. на вопрос о том, с какого момента вступает в действие само исключительное право патентообладателя. Между тем вследствие того, что защита исключительного права на изобретения, полезные модели, промышленные образцы может быть осуществлена лишь после их государственной регистрации и выдачи патента, нередко высказывалось мнение, что именно с этого момента и действует исключительное право; это, конечно, неверно. Такая позиция, в частности, обычно выдвигалась ответчиками при рассмотрении споров о нарушении патентных прав, имевшем место до выдачи патента <1>.

<1> В этой связи уместно вспомнить, что в ГК РСФСР 1964 г. было прямо установлено: "Патент выдается сроком на пятнадцать лет, считая со дня подачи заявки. С того же дня охраняются права заявителя" (ст. 522).

И еще одна новелла: ГК зафиксировал норму (ст. 1364), согласно которой по истечении срока действия исключительного права запатентованные изобретения, полезные модели, промышленные образцы переходят в общественное достояние. Соответственно они могут свободно использоваться в хозяйственной, коммерческой деятельности любым заинтересованным лицом по своему усмотрению.

5. Исключительное право патентообладателя - своего рода монополия - охраняется законом. Никто не может использовать запатентованное решение без согласия патентообладателя.

Условия свободного использования запатентованных продуктов и изделий третьими лицами определены ГК (ст. 1359) и не подлежат расширительному толкованию. Так, по законодательству всех стран - участниц Парижской конвенции по охране промышленной собственности не признается нарушением патентных прав использование изобретения, полезной модели или промышленного образца в конструкции, во вспомогательном оборудовании или при эксплуатации транспортных средств, а также космической техники иностранного государства, временно или случайно находящихся на территории Российской Федерации. Эти положения применяются в отношении транспортных средств или космической техники тех иностранных государств, которые предоставляют такие же права в отношении транспортных средств или космической техники, зарегистрированных в Российской Федерации.

Нормы ГК о свободном применении запатентованных объектов в конструкции или при эксплуатации транспортных средств иностранных государств (п. 1 ст. 1359) по сути воспроизводят положения ст. 5.ter Парижской конвенции по охране промышленной собственности, устанавливающей определенные ограничения патентных прав в интересах свободы транспортных сообщений. В международной практике эти правила применяются в отношении судов других государств, плавающих под флагом этих государств, а также воздушных или наземных средств передвижения, зарегистрированных в других государствах - участниках Конвенции <1>. Правила о воздушных судах отвечают также нормам Конвенции о международной гражданской авиации 1944 г., которая устанавливает, что воздушные суда имеют национальность того государства, в котором они зарегистрированы (ст. 17).

<1> См., например: Боденхаузен Г. Парижская конвенция по охране промышленной собственности: Комментарий. М., 1977. С. 99.

В связи с тем, что российские авиакомпании нередко арендуют самолеты, принадлежащие компаниям других государств, для перевозки грузов или пассажиров, в судебной практике возникал вопрос: распространяются ли нормы о временном пребывании транспортных средств на арендованные самолеты, т.е. может ли обладатель российского патента предъявить иск о нарушении патентных прав, если, например, запатентованное изобретение применено в двигателе такого иностранного самолета или иной части его конструкции? Очевидно, решающий критерий в этом случае - страна регистрации самолета, а не национальность его собственника. Если арендуемый самолет зарегистрирован в России, то, несомненно, его нельзя признать "иностранцем" на ее территории. И в этом случае должны действовать общие нормы о запрещении использования в гражданском обороте изделий, в которых применены запатентованные в России изобретения, без разрешения патентообладателя. При нарушении такого запрета действия арендатора самолета подпадают под нормы об ответственности за нарушение патентных прав.

Следует также учитывать, что рассматриваемые нормы об ограничении патентных прав применяются, когда транспортные средства иностранных государств находятся временно или случайно на территории России. Под временным нахождением понимаются периодические посещения, а под случайным - временное нахождение по причине, скажем, потери курса или бедствия. Самолет, арендованный для перевозки пассажиров, находится в России явно не случайно, а срок аренды не свидетельствует о его "временном" нахождении на территории России в том смысле, как это определено Парижской конвенцией.

Гражданским кодексом предусмотрены и другие случаи, когда для использования запатентованных решений не требуется разрешение патентообладателя.

Не признается нарушением патентных прав использование изобретений, полезных моделей, промышленных образцов при проведении научных исследований, а также в случаях, когда их использование ограничивается сугубо личными бытовыми потребностями и не связано с предпринимательской деятельностью. Кроме того, допускается использование изобретения для разового изготовления в аптеках лекарств по рецептам врачей.

Не требуется предварительного разрешения и в случае использования запатентованного решения при чрезвычайных обстоятельствах (стихийных бедствиях, катастрофах, авариях). Однако в отличие от других случаев, когда допускается свободное применение запатентованных объектов, в такой ситуации пользователь обязан в кратчайший срок уведомить патентообладателя и выплатить ему соразмерную компенсацию. Если стороны не договорятся о размере компенсации, спор должен быть разрешен в судебном порядке. На тех же условиях (т.е. с уведомлением патентообладателя и выплатой ему компенсации) Правительство РФ может разрешить использование запатентованного изобретения, полезной модели или промышленного образца в интересах национальной безопасности (ст. 1360 ГК).

Не признается нарушением исключительного права введение в гражданский оборот товаров, в которых использованы запатентованные изобретения, полезные модели или промышленные образцы, если они были введены в гражданский оборот законным путем, т.е. самим патентообладателем или другим лицом с его разрешения (на основе лицензионного договора). В этом случае действует так называемый принцип исчерпания прав. Он означает, в частности, что при последующем обороте товара продавец и покупатель не вступают в патентно-правовые отношения.

В мировой практике различаются международный принцип исчерпания прав и национальный принцип. В соответствии с международным принципом патентные права признаются исчерпанными независимо от того, где впервые с разрешения патентообладателя (в стране изготовления товара или за рубежом) такой товар был

законно введен в оборот. Права патентообладателя признаются исчерпанными, и он не может препятствовать дальнейшему обороту товара на мировом рынке.

В России действует национальный принцип исчерпания патентных прав. Продукт, в котором использовано запатентованное в России техническое решение, или изделие, в котором использован запатентованный промышленный образец, могут быть ввезены в Россию при условии, что такой продукт или изделие были ранее введены в гражданский оборот на территории Российской Федерации непосредственно патентообладателем или иным лицом с разрешения патентообладателя. На практике наиболее существенно эти правила затрагивают реимпорт, так называемый параллельный импорт, когда в Россию ввозятся российские товары, ранее вполне легально вывезенные в другие страны, поскольку для их ввоза в Россию требуется в каждом случае санкция российского правообладателя, что, очевидно, отвечает интересам производителей товаров.

К традиционным условиям ограничения исключительных прав патентообладателя относится также институт преждепользования (ст. 1361 ГК), когда третьи лица получают при определенных условиях право свободного использования изобретения, полезной модели или промышленного образца, тождественных запатентованным. Право преждепользования возникает при соблюдении следующих условий. Во-первых, использование должно начаться или к нему должны быть сделаны необходимые приготовления на территории Российской Федерации до даты приоритета патента. Во-вторых, используемое тождественное решение должно быть создано независимо от автора запатентованного решения (самостоятельно). При этом право преждепользования может быть уступлено другому физическому или юридическому лицу только совместно с производством, на котором имело место использование тождественного решения или были сделаны необходимые к нему приготовления.

Только при совокупности всех этих условий использование технического или художественно-конструкторского решения, тождественного решению, на которое выдан патент другому лицу, является правомерным и не подпадает под действие этого патента. Оно осуществляется без разрешения патентообладателя и безвозмездно.

Близкие по содержанию правила определяют режим использования изобретений по праву так называемого послепользования, которое может возникнуть в связи с восстановлением действия патента, утратившего силу вследствие несвоевременной уплаты патентной пошлины (подробнее см. § 6 настоящей главы, п. 2).

Определенные ограничения исключительных прав патентообладателя предусмотрены также в положениях ГК о выдаче принудительной лицензии в следующих случаях: во-первых, при недостаточном объеме использования патентообладателем запатентованного изобретения, полезной модели или промышленного образца и, во-вторых, когда использование одного патента на изобретение (так называемого зависимого патента) невозможно без использования другого запатентованного ранее изобретения (ст. 1362 ГК). В обоих случаях возникающие при согласовании условий такой лицензии споры решаются в судебном порядке.

§ 3. Распоряжение исключительным правом на изобретение, полезную модель или промышленный образец (статьи 1365 - 1369)

1. Распоряжение исключительным правом на запатентованное научно-техническое или художественно-конструкторское решение включает право его обладателя передать другому лицу это исключительное право либо разрешить другому лицу использование охраняемого объекта (выдать лицензию). В обоих случаях основанием распоряжения исключительным правом служит гражданско-правовой договор, который в первом случае будет договором об отчуждении исключительного права (договором об отчуждении патента), а во втором - лицензионным договором.

И тот и другой договор заключаются в письменной форме и подлежат обязательной регистрации в патентном ведомстве (ст. 1369 ГК). Сведения о зарегистрированном договоре вносятся соответственно в Государственный реестр изобретений Российской Федерации, в Государственный реестр полезных моделей Российской Федерации, в Государственный реестр промышленных образцов Российской Федерации. Несоблюдение требования о регистрации влечет недействительность договора (п. 2 ст. 1234, п. 2 ст. 1235 ГК). Наступают последствия, предусмотренные ст. 165 ГК. Регистрация проводится в соответствии с Правилами, утвержденными Приказом Роспатента от 29 апреля 2003 г. N 64. Договор вступает в силу с момента его регистрации. В соответствующем официальном бюллетене патентного ведомства публикуются сведения о договоре с указанием: даты и номера регистрации, сторон договора, предмета договора, объема передаваемых прав.

Презюмируется возмездный характер как договора об отчуждении исключительного права, так и лицензионного договора. Стороны могут договориться и иным образом. В случае заключения возмездного договора к его существенным условиям ГК (п. 3 ст. 1234, п. 5 ст. 1235) относит согласование сторонами размера вознаграждения (как за передачу прав, так и за предоставление разрешения на использование предмета договора). В зависимости от договоренности сторон лицензионное вознаграждение обычно выплачивается либо в виде твердой суммы, либо в виде периодических (ежемесячных, ежеквартальных) процентных отчислений от выручки, прибыли, объема продаж готовой продукции и т.п.

В современных условиях, как известно, оборот результатов интеллектуальной деятельности, относящихся прежде всего к высоким технологиям, определяет конкурентоспособность национальной экономики. Патентный закон практически ограничивался закреплением лишь самого принципа распоряжения исключительными правами на договорной основе. Сказалось, очевидно, наследие тех лет, когда основной формой охраны было авторское свидетельство, закрепляющее исключительное право на изобретения и промышленные образцы (полезные модели не охранялись) за государством. Возможность свободного использования этих объектов в народном хозяйстве исключала их тем самым из имущественного оборота. ГК существенно расширил регулирование договорных отношений, в рамках которых осуществляется оборот исключительных прав на изобретения, полезные модели и промышленные образцы. Основные правила, касающиеся содержания договорных обязательств сторон, последствий нарушения условий договора и других вопросов, связанных с исполнением договоров, установлены в гл. 69 ГК (ст. 1232 - 1238). Специальные нормы содержатся в комментируемом параграфе гл. 72. Кроме того, к этим договорам применяются также общие положения ГК об обязательствах (ст. 307 - 419) и о договорах (ст. 420 - 453), поскольку иное не установлено в нормах разд. VII ГК и не вытекает из содержания или характера исключительного права (п. 2 ст. 1233).

2. Договоры об отчуждении патента. Передача исключительных прав в полном объеме на запатентованное решение осуществляется по договору об отчуждении исключительного права (ст. 1234 ГК). Заявление о регистрации договора, которое подается в патентное ведомство, подписывается патентообладателем (всеми совладельцами патента) и приобретателем прав. К заявлению прилагаются договор, патент, документ об уплате пошлины. В соответствии с записью о регистрации договора в патент вносится запись о передаче исключительного права новому правообладателю.

ГК предусматривает также возможность заключения договора об отчуждении патента на основе "публичного предложения" (ст. 1366), которое можно рассматривать как специальную публичную оферту. Такая оферта может быть сделана при подаче заявки на патент. Для этого автор должен приложить к своей заявке заявление о том, что в случае выдачи патента он обязуется заключить договор об отчуждении патента с любым гражданином или юридическим лицом Российской Федерации, с тем, кто первым откликнется на его предложение и уведомит об этом патентное ведомство. Информация о

заявлении публикуется в официальном органе патентного ведомства. При соблюдении всех этих условий автор освобождается от уплаты как заявочных, так и патентных пошлин. Обязанность по уплате пошлин в этом случае принимает на себя тот гражданин или та организация, которые заключили договор об отчуждении патента и получили патент. Это не новый для нашего законодательства договор. Однако следует обратить внимание на то, что в Патентном законе этот договор был явно ошибочно отнесен к "договорам о предоставлении прав на использование изобретения" (п. 3 ст. 13), тогда как его предметом является уступка патентных прав.

Предусматривается также, что договор об уступке патента заключается на "условиях, соответствующих установившейся практике" (п. 3 ст. 13 Патентного закона). Указанный критерий размера вознаграждения за уступку патента представляется весьма неопределенным. Соответствующих "прейскурантов", как известно, нет, а условия аналогичных договоров обычно не разглашаются. По нашему мнению, оценка поступивших предложений в этом случае является прерогативой патентообладателя и возможные споры могут разрешаться только по соглашению сторон.

В Гражданском кодексе урегулирован также вопрос о последствиях, которые могут затронуть интересы лицензиата в случаях уступки патента, на основании которого был заключен соответствующий лицензионный договор (п. 7 ст. 1235). Патентный закон не затрагивал эти вопросы, хотя они имеют существенное значение для рыночного оборота патентных прав, его стабильности.

3. Лицензионные договоры. Разрешение на использование запатентованного изобретения, полезной модели или промышленного образца другим лицом оформляется путем заключения лицензионного договора между правообладателем - лицензиаром и пользователем - лицензиатом. Лицензионный договор относится к категории срочных договоров. Заключая договор, стороны должны согласовать срок его действия (в пределах срока действия исключительного права на предмет договора); в противном случае считается, что договор заключен на пять лет (п. 4 ст. 1235 ГК). Кроме того, к обязательным условиям лицензионного договора помимо предмета договора (с указанием номера и даты выдачи патента) относится определение территории его действия (п. 3 ст. 1235 ГК), что обусловлено особенностями предмета договора, его нематериальным характером. Если территория в договоре не указана, то презюмируется, что он действует на территории России. К основным обязанностям договаривающихся сторон ГК, в частности, относит обязанность лицензиата предоставлять отчет об использовании лицензии (если стороны не договорились иначе), своевременно уплачивать вознаграждение. Лицензиат также не должен нарушать согласованные объемы, способы и сроки использования предоставленного по договору технического или художественно-конструкторского решения. За нарушение этих обязательств помимо договорных санкций могут быть применены установленные ГК санкции за нарушение исключительных прав третьими лицами, поскольку такое нарушение квалифицируется законом как случай внедоговорного (бездоговорного) использования запатентованных решений (п. 3 ст. 1237, подп. 3 п. 1 ст. 1252).

В зависимости от объема предоставляемых пользователю прав различаются исключительная и неисключительная лицензии. Причем термин "исключительная лицензия" не должен вводить в заблуждение относительно содержания предоставляемых по такой лицензии прав, с чем, к сожалению, нередко еще сталкивается практика. Заключение любого лицензионного договора не влечет за собой переход исключительного права к лицензиату, что теперь прямо закреплено в ГК (п. 1 ст. 1233).

При исключительной лицензии лицензиар в течение срока действия договора не может сам использовать объект договора и не может предоставить разрешение на его использование другим лицам. Кроме того, теперь в соответствии с новыми нормами ГК лицензиату - обладателю исключительной лицензии в случае нарушения третьими лицами патента, на основании которого выдана лицензия, предоставлено по закону право самому,

независимо от правообладателя, принять необходимые меры для пресечения нарушения и привлечь нарушителя к ответственности (ст. 1254). Прежде, по Патентному закону, лицензиар, заключая договор, мог закрепить это право за собой.

В отличие от исключительной лицензии предоставление неисключительной лицензии не ограничивает права лицензиата на применение и распоряжение его патентными правами на тот же объект. Он может сам применять объект лицензии и может предоставлять лицензии на этот же объект другим лицам.

Кроме этих двух видов лицензий для патентообладателя, который не рассчитывает на серьезный спрос со стороны других лиц и заинтересован в снижении на 50% патентной пошлины за поддержание патента в силе, сохраняется возможность предоставления так называемой открытой лицензии (ст. 1368 ГК).

§ 4. Изобретение, полезная модель и промышленный образец,
созданные в связи с выполнением служебного задания
или при выполнении работ по договору
(статьи 1370 - 1373)

1. Этот раздел регулирует отношения, которые возникают между работником и работодателем по поводу служебных изобретений, полезных моделей и промышленных образцов. Служебными признаются изобретение, полезная модель или промышленный образец, созданные работником в связи с выполнением им своих трудовых обязанностей или конкретного задания работодателя (в рамках должностных обязанностей) в период действия трудовых отношений (п. 1 ст. 1370). Закон презюмирует закрепление исключительных прав на такие результаты трудовой деятельности за работодателем. Равным образом работодателю принадлежит и право на получение патента. Если автор не обусловил в трудовом договоре свои права на такой служебный продукт, то тем самым он выразил согласие уступить эти права работодателю.

В этой связи необходимо отметить, что одним из новых концептуальных положений ГК является закрепление первоначального исключительного права на результат интеллектуальной деятельности, созданный творческим трудом, за его автором (п. 3 ст. 1228). Это особенно важно для отношений, связанных со служебным продуктом, исключительные права на который переходят к работодателю на основании трудового договора. В иных случаях передачи автором принадлежащих ему патентных прав другим лицам основания такой передачи не вызывают серьезных расхождений во мнениях. Споры чаще всего возникают о природе прав работодателя на служебный продукт - являются ли они первоначальными (в силу закона) или производными.

Автор служебного продукта имеет право на вознаграждение (абз. 3 п. 4 ст. 1370 ГК). Основанием для предъявления автором требования к работодателю о выплате вознаграждения служат: получение работодателем патента или уступка права на его получение другому лицу либо принятие работодателем решения о сохранении патентоспособного решения в тайне (о чем должен быть уведомлен автор). Не освобождается работодатель от обязанности выплатить вознаграждение автору и в том случае, если заявка работодателя на получение патента была отклонена по вине последнего. Размер и порядок выплаты вознаграждения определяются договором между работником и работодателем. В отличие от Патентного закона (см. абз. 3 п. 2 ст. 8) Гражданский кодекс не устанавливает срок, в течение которого должен быть заключен договор. Если стороны не договорятся, то спор может быть разрешен в судебном порядке.

Как на автора, так и на работодателя возлагаются определенные обязанности, связанные с закреплением прав на служебный продукт (абз. 1 и 2 п. 4 ст. 1370). Так, работник должен письменно уведомить администрацию работодателя в каждом случае, когда, по его мнению, поставленная перед ним технологическая задача решена на уровне патентоспособного объекта. В свою очередь, администрация в течение четырех месяцев с

момента получения такого уведомления должна принять необходимые меры для закрепления своих прав или известить автора о сохранении полученной информации в режиме коммерческой тайны.

Таким образом, ГК прямо не обязывает администрацию уведомить автора о своей заинтересованности в патенте. Предусмотрены лишь своего рода конклюдентные действия, которые должна совершить администрация в течение этого периода: подать заявку на выдачу патента либо передать свое право на получение патента другому лицу и т.д. Если администрация, получив уведомление от автора, не совершит соответствующих действий, свидетельствующих о ее заинтересованности в закреплении прав на созданное работником новшество, восстанавливается первоначальное право автора на не востребовавшийся служебный продукт - изобретение, полезную модель или промышленный образец, он может сам подать заявку и получить патент на свое имя или уступить право на его получение другому лицу. Работодатель в этом случае получает право использовать запатентованное решение только в собственном производстве на условиях простой лицензии (т.е. без права распоряжения) с выплатой патентообладателю (автору или его правопреемнику) денежной компенсации. В Гражданском кодексе (как и в Патентном законе) прямо не предусмотрено для этой ситуации требование об оформлении лицензионного договора между работником и работодателем. Сказано лишь, что денежная компенсация выплачивается на договорной основе. По нашему мнению, здесь следует соблюдать общие нормы о предоставлении лицензий на использование объектов исключительных прав, т.е. работодатель обязан заключить с работником лицензионный договор, в котором должна быть согласована также сумма компенсации за полученную лицензию. Договор должен быть зарегистрирован в патентном ведомстве. Патент, полученный работником на служебное изобретение, полезную модель или промышленный образец, уже в силу закона обременен правом работодателя на использование запатентованного служебного продукта. Регистрация в патентном ведомстве лицензионного договора делает доступной информацию об этом обременении для любого другого лица, которое может проявить интерес к запатентованному решению, например, в том случае, если работник - обладатель патента захочет распорядиться своим исключительным правом - продать лицензию или уступить патент.

Конструкция служебного продукта предполагает определенный баланс интересов работодателя и автора. Права на получение патента переходят к работодателю не автоматически (в силу трудового договора), а лишь при четко выраженном им волеизъявлении использовать охраняемое решение либо сохранить его в тайне.

В судебной практике достаточно типичными являются споры между работником и работодателем о принадлежности прав на служебное изобретение. При рассмотрении таких дел нередко возникает вопрос о правовой оценке самого искового требования с точки зрения допускаемых законодательством средств защиты исключительных прав работодателя на служебное изобретение.

Характерно такое судебное дело. Организация-работодатель обратилась с иском о признании недействительными патентов на изобретения, полученных его работниками. Исковые требования основывались на том, что все авторы запатентованных изобретений состояли в трудовых отношениях с истцом. В должностные обязанности авторов входило создание новой техники. Оспариваемые изобретения были разработаны ими в связи с выполнением своих служебных обязанностей, что подтверждалось представленными в суд планами работ, технической документацией и другими материалами. Рассматривая дело, суд пришел к обоснованному выводу, что спорные изобретения являются служебными. В ходе судебного заседания была установлена вина ответчиков в нарушении прав истца. Истец не был поставлен авторами в известность о созданных изобретениях и о поданных заявках. Тем самым истец лишился возможности самому подать заявки и получить патенты на свое имя. Он не мог также использовать разработанные технические решения в режиме коммерческой тайны, поскольку выдача патента сопровождается публикацией

сведений о запатентованном изобретении. Защита же прав обладателя коммерческой тайны основывается на соблюдении условий конфиденциальности, нарушение которых влечет прекращение прав.

Этот судебный спор ставит ряд вопросов.

Решением суда иск был удовлетворен, выданные патенты признаны недействительными. Решение в кассационном порядке не обжаловалось.

Между тем как прежний Патентный закон (п. 1 ст. 29), так и ГК (подп. 4 п. 1, п. 3 ст. 1398) предусматривают четкий механизм восстановления нарушенных имущественных прав на изобретение обладателя этих прав (в данном случае работодателя). Согласно этим положениям в случае неправильного указания в патенте патентообладателя (что имело место в рассматриваемом споре) патент может быть признан недействительным частично и выдан на имя надлежащего патентообладателя.

Однако истец "не требовал присуждения ему права на указанные патенты" (на что сослался суд в обоснование своего решения) и, как видно из материалов дела, не заявил претензии о возмещении убытков. Исковые требования ограничивались "аннулированием" патентов, выданных на имя авторов.

Оценивая требования истца, можно заключить, что его интерес заключался не в защите своих прав, а в наказании работников. Представляется, однако, что способы защиты гражданских прав могут использоваться лицом, чьи права нарушены, при условии, что избранный способ защиты соответствует характеру защищаемого материального права. В данном случае признание полученных авторами патентов полностью недействительными выходит за пределы предоставленных работодателю способов защиты: восстановление патентных прав либо взыскание убытков. Патент удостоверяет авторство изобретателя и исключительное право на его использование. Полная недействительность патента вообще лишает изобретение правовой защиты. Ни работодатель, ни автор уже не могут распорядиться правами на неохранный изобретение, оно становится общедоступным техническим решением.

2. Гражданский кодекс существенно расширил регулирование отношений, связанных с исключительными правами на изобретения, полезные модели и промышленные образцы, созданные в результате выполнения договорных работ в процессе разработки новых конструкций, технологий и т.п. В отличие от лицензионных договоров и договоров о передаче патентных прав на готовые, уже охраняемые научно-технические или художественно-конструкторские решения здесь речь идет о правах на так называемые заказные разработки, в ходе выполнения которых могут быть получены новые патентоспособные решения.

Из всех случаев такого рода прежний Патентный закон предусматривал условия закрепления исключительных прав лишь на результаты, полученные по государственным контрактам. Гражданский кодекс кроме государственных контрактов регламентирует отношения по договору заказа на создание промышленного образца (ст. 1372), а также определяет условия закрепления прав на результаты работ, полученные по договорам на выполнение подрядных работ и научно-исследовательских и опытно-конструкторских работ - НИОКР (ст. 1371). Соответственно внесены изменения в ст. 772 ГК.

Эти дополнения законодательства весьма существенны, поскольку сегодня возрастает объем новейших научно-технических разработок, выполняемых по гражданско-правовым договорам без привлечения средств из федерального или муниципального бюджета.

Предусмотренные ГК новые положения об урегулировании условий закрепления исключительных прав на охраняемые результаты договорных подрядных работ и НИОКР имеют диспозитивный характер. Стороны должны сами в договоре согласовать существенные для данных отношений вопросы, в том числе решить, кому будет принадлежать право на получение патента и исключительное право на патентоспособные результаты, в каком объеме каждая из сторон может использовать полученные результаты

и распорядиться полученными правами и т.д. Если же стороны не включили соответствующие условия в договор, то отношения сторон будут регулироваться нормами ГК, цель которых - восполнить этот пробел, исходя из сложившихся в гражданском обороте обычных условий распоряжения исключительными правами на новые разработки. Презюмируется закрепление права на получение патента и исключительного права за исполнителем работ, однако в этом случае заказчику гарантируется право использования запатентованных договорных результатов в тех целях, в которых был заключен договор, на условиях "безвозмездной простой лицензии" (т.е. без дополнительной оплаты и без права распоряжения). Следует отметить, во-первых, что такая лицензия названа безвозмездной неточно, поскольку ее стоимость должна входить в сумму, уплаченную за выполненные исполнителем договорные работы. И во-вторых, условия предоставления заказчику простой лицензии на запатентованные исполнителем технические решения следует либо включить в договор заказа, либо оформить дополнительным к этому договору лицензионным соглашением и зарегистрировать лицензию в патентном ведомстве.

Если же исключительное право закрепляется за заказчиком, то за исполнителем сохраняется право на использование запатентованных результатов для собственных нужд также на условиях безвозмездной простой лицензии. По всем этим вопросам стороны вправе договориться и иным образом.

Включенные в ГК новые нормы о договоре заказа на промышленный образец имеют также диспозитивный характер. Однако при отсутствии договоренности сторон презюмируется закрепление права на получение патента и исключительного права на разработанный образец за заказчиком (п. 1 ст. 1372). В данном случае законодатель, очевидно, исходит из характера художественно-конструкторских решений, признаваемых промышленными образцами, которые в отличие от изобретений обычно создаются в соответствии с дизайном, согласованным с заказчиком. В остальном действуют правила, сходные с нормами о договорах на выполнение подрядных работ и НИОКР.

3. Что касается государственных и муниципальных контрактов, то в ГК (ст. 1373) в принципе сохраняется система отношений, установленная Патентным законом (ст. 9.1). Если государственный заказчик, заключая контракт, не закрепил право на получение патента и исключительное право на изобретения, полезные модели или промышленные образцы, которые могут быть созданы в ходе выполнения контрактных работ, за Российской Федерацией, субъектом РФ или муниципальным образованием, то эти права закрепляются за исполнителем работ. При этом ГК расширил сферу использования в таких отношениях договора: наряду с двумя упомянутыми вариантами предусмотрена также возможность договориться о том, что права на полученные патентоспособные результаты будут принадлежать совместно исполнителю и Российской Федерации либо соответственно субъекту РФ или муниципальному образованию.

В рамках договорных отношений о выполнении заказных разработок возникает еще одна хорошо известная проблема: кто должен выплатить вознаграждение автору запатентованных объектов?

В соответствии с прежним Патентным законом при выполнении государственных контрактов авторское вознаграждение во всех случаях должна была выплатить та сторона, за которой закреплены исключительные права, организация, получившая патент. Следовательно, если права на разработку передавались государственному заказчику или по его указанию другой организации, то на них соответственно возлагалась и обязанность выплатить авторам вознаграждение за приобретенные права. Тем самым организация-разработчик, где работает автор, освобождалась в этом случае от обязанностей перед своим сотрудником. Такая правовая конструкция противоречила принципам, на которых строятся отношения между работником и работодателем в соответствии с нормами, регулирующими режим служебной продукции. Отношения между автором и работодателем возникают в рамках трудового договора. Автор не является участником

государственного или муниципального контракта, как и договоров на выполнение подрядных работ или НИОКР, заключенного его работодателем с тем или иным заказчиком. Никакие договорные обязательства, обусловленные подобным контрактом (договором), не связывают автора с заказчиком. В силу же трудового договора, в котором автор не оговорил свои права (например, на будущие изобретения или полезные модели), их приобретает работодатель, за что он обязан выплатить своему сотруднику вознаграждение.

В Гражданском кодексе (п. 3 ст. 1371, п. 4 ст. 1372, п. 7 ст. 1373) последовательно проведено унифицированное правило: автору служебных изобретения, полезной модели, промышленного образца, созданных в рамках выполнения договора с третьим лицом - заказчиком, вознаграждение обязан выплатить работодатель согласно общим правилам о выплате вознаграждения за служебный продукт, включая и те случаи, когда права на него перешли к третьим лицам. Такая система призвана реально защитить интересы работника - автора прогрессивных технических решений, уступившего свои патентные права работодателю - исполнителю договорных работ.

Установленный ГК нормативный механизм закрепления прав договаривающихся сторон на новые интеллектуальные продукты создает необходимые правовые предпосылки для соблюдения баланса интересов как разработчика, так и заказчика, и прежде всего интересов государства в сфере охраны и оборота наукоемкой продукции. Однако их реализация определяется в конечном счете эффективностью экономической политики.

В этой связи представляется по-прежнему актуальной концепция закрепления прав за государственными заказчиками, которая была определена распоряжением Правительства РФ от 30 ноября 2001 г. за N 1607-р <1>. Этим распоряжением были утверждены Основные направления реализации государственной политики по вовлечению в хозяйственный оборот результатов научно-технической деятельности. В них подчеркивается, что создание наукоемкой продукции, т.е. промышленное освоение полученных по государственным контрактам научно-технических достижений, требует крупных финансовых затрат. В условиях ограниченности бюджетных средств государство реально может взять на себя расходы, связанные в основном с созданием результатов научно-технической деятельности в приоритетных областях науки и техники. Исходя из этого, предлагаются два основания, по которым государственным заказчикам следует обеспечить закрепление за государством прав на объекты интеллектуальной собственности, созданные за счет средств государственного бюджета: во-первых, когда это диктуется интересами обороны и безопасности страны и, во-вторых, когда государство берет на себя не только финансирование разработок, но и доведение полученных результатов до стадии промышленного применения. При этом подчеркивается, что, передавая хозяйствующим субъектам (в том числе организации-разработчику) права на результаты научно-технической деятельности, созданные за счет средств федерального бюджета, государство не рассматривает в качестве основной цели такой передачи возмещение затрат на финансирование этой деятельности.

<1> СЗ РФ. 2001. N 50. Ст. 4803.

§ 5. Получение патента (статьи 1374 - 1397)

1. Заявку на выдачу патента на изобретение, полезную модель или промышленный образец могут подать те лица, которые вправе получить патент на изобретение, полезную модель или промышленный образец (п. 1 ст. 1374).

Заявка на выдачу патента может быть подана в патентное ведомство самим заявителем, его патентным поверенным, зарегистрированным в патентном ведомстве,

либо иным его представителем. Это общее правило. Специальные правила установлены для граждан, которые постоянно проживают за пределами России (как для российских, так и для иностранных), и для иностранных юридических лиц, а также их иностранных патентных поверенных. Они должны подавать заявку и вести дела, связанные с получением патента, через российского патентного поверенного, за исключением случаев, когда международным договором предусмотрено для этой категории заявителей право самостоятельно вести дела с патентным ведомством.

2. Институт патентных поверенных существует в России уже более 10 лет <1>. Патентным поверенным в России может быть только гражданин Российской Федерации, отвечающий установленным требованиям.

<1> Постановление Совета Министров - Правительства РФ от 12 февраля 1993 г. N 122 // САПП РФ. 1993. N 7. Ст. 573.

Он должен иметь, во-первых, постоянное место жительства в России, во-вторых, высшее образование и, в-третьих, не менее чем четырехлетний опыт практической работы в области охраны патентных прав или профессионального правового представительства (т.е. адвокатскую практику) либо правоприменительной деятельности.

Кроме соответствия этим формальным требованиям патентный поверенный должен обладать необходимыми правовыми знаниями в установленном объеме и соответствующими навыками их практического применения. Проверку этих требований - квалификационный экзамен проводит патентное ведомство, на которое возложены аттестация и регистрация патентных поверенных.

Патентное ведомство ведет Государственный реестр патентных поверенных, куда вносятся все сведения о зарегистрированных поверенных, выдает свидетельство о регистрации и публикует сведения о патентных поверенных в своих официальных изданиях. Патентный поверенный вправе приступить к своей профессиональной деятельности с момента его регистрации. Если патентный поверенный ограничивает свою деятельность ведением дел, связанных с отдельными объектами интеллектуальной собственности, например только с изобретениями или только с товарными знаками, либо ограничивается оказанием отдельных видов услуг, например составлением заявок, то это должно быть указано в Реестре и в свидетельстве.

Патентными поверенными не могут быть работники патентного ведомства и подведомственных ему организаций, а также все те должностные лица и служащие, которым в соответствии с законодательством Российской Федерации запрещено заниматься предпринимательской деятельностью.

Патентный поверенный представляет своего доверителя (заявителя, патентообладателя, третьих лиц) на основе заключаемого с ними договора поручения. К отношениям между доверителем и патентным поверенным применяются положения гл. 49 ГК о договоре поручения.

Полномочия патентного поверенного и иного представителя доверителя - заявителя, патентообладателя или иного заинтересованного лица удостоверяются доверенностью. Доверенность, которую выдает доверитель, должна отвечать требованиям, установленным нормами ст. 185 - 189 ГК. Доверенность выдается в простой письменной форме, не требует нотариального удостоверения. Максимальный срок ее действия не может превышать трех лет. Если срок действия доверенности в ней не указан, то доверенность сохраняет силу в течение года со дня ее совершения. В доверенности обязательно должен быть определен объем полномочий патентного поверенного, т.е. должно быть точно указано, какие именно действия ему поручено совершать от имени доверителя (подать заявку, участвовать в процессе ее рассмотрения, получить патент и т.п.). Доверенность, в которой не указана дата ее совершения, является ничтожной.

Российским и иностранным гражданам, проживающим за пределами Российской Федерации, а также иностранным юридическим лицам доверенность оформляется по законодательству той страны, где она выдается. Кроме того, по общему правилу выданная за рубежом доверенность должна быть легализована в стране выдачи, т.е. заверена соответствующими официальными органами. Легализация не требуется, если между Россией и страной выдачи действует договор о взаимном признании таких документов.

3. Заявки на выдачу патентов на изобретения, полезные модели, промышленные образцы должны оформляться с соблюдением как общих правил, относящихся ко всем заявкам такого рода (в ГК они содержатся в ст. 1374), так и специальных требований, установленных с учетом особенностей каждого из этих объектов. Основные специальные правила составления и подачи заявок определены (соответственно на изобретение, полезную модель или промышленный образец) в ст. 1375 - 1377 ГК и детально конкретизированы в правилах Роспатента о составлении, подаче и рассмотрении заявок на выдачу патента.

Каждая заявка должна содержать заявление о выдаче патента и прилагаемые к заявлению документы. Заявление подается на русском языке по установленной форме. Остальные документы могут быть поданы на другом языке с приложением перевода на русский язык. К заявке также должны быть приложены: документ, подтверждающий уплату пошлины в установленном размере, или документ, подтверждающий основания для освобождения от уплаты пошлины либо для отсрочки ее уплаты. При уплате пошлины в размере меньшем установленного кроме документа, подтверждающего уплату пошлины, представляется документ, подтверждающий основания для уменьшения ее размера.

4. Экспертиза заявки на изобретение. Заявка на изобретение должна относиться к одному изобретению или к группе изобретений, связанных между собой настолько, что они образуют единый изобретательский замысел (требование единства изобретения).

Установлена система так называемой отложенной экспертизы при рассмотрении заявок о выдаче патентов на изобретения (заявок на изобретения). Суть этой системы заключается в том, что рассмотрение заявки состоит из двух основных стадий:

- формальной (предварительной) экспертизы, которая заканчивается публикацией сведений о заявке, прошедшей эту стадию с положительным результатом;
- экспертизы заявленного предложения по существу на предмет его соответствия необходимым для получения патента требованиям.

Важно иметь в виду, что вторая стадия не наступает автоматически, для этого требуется ходатайство заявителя о проведении экспертизы и выдаче патента.

В процессе проведения формальной экспертизы (ст. 1384 ГК) проверяется, относится ли заявленное предложение к охраняемым объектам, выполнил ли заявитель требования, предъявляемые к составлению заявки и оформлению всех заявочных документов, а также к единству изобретения. Устанавливается дата подачи заявки. Она определяется днем поступления в патентное ведомство заявления о выдаче патента, описания и чертежей (если на них имеется ссылка в описании). По общему правилу дата подачи заявки и является датой приоритета изобретения (п. 1 ст. 1382 ГК).

Иной порядок действует при истребовании конвенционного приоритета (ст. 1382 ГК), который может быть использован заявителями из стран - участниц Парижской конвенции по охране промышленной собственности. Парижская конвенция является наиболее представительным по составу участников (свыше 160 государств) договором в этой области. Кроме того, она охватывает широкий круг объектов промышленной собственности, в том числе изобретения, полезные модели, промышленные образцы. Основная цель Конвенции - облегчить гражданам и юридическим лицам взаимную защиту прав на охраняемые объекты промышленной собственности в других государствах - участниках Парижской конвенции.

К важнейшим конвенционным правам, которые государства - участники Парижской конвенции обязаны предоставить гражданам и организациям участвующих в ней

государств, относятся: право иностранцев пользоваться национальным режимом, т.е. теми же правами, которые имеют в данной области собственные граждане и организации страны, где испрашивается правовая охрана изобретения или иного объекта промышленной собственности (прежде всего, путем выдачи патента или иного охранного документа); право на получение конвенционного приоритета; право на получение выставочного приоритета; право изобретателя на указание его имени в патенте.

В соответствии с Парижской конвенцией (ст. 4) дата подачи заявки в одной из стран-участниц признается датой, определяющей приоритет последующих заявок на тот же объект, поданных тем же заявителем или его правопреемником в других странах - участницах Конвенции. Приоритетная льгота предоставляется, если соблюден двенадцатимесячный срок со дня подачи первой заявки на изобретение. Этот срок при наличии уважительных причин (когда заявитель по не зависящим от него обстоятельствам не смог уложиться в двенадцать месяцев) может быть продлен, но не более чем на два месяца.

Для использования указанной приоритетной льготы заявитель должен приложить к заявке на изобретение "заявление на приоритет", указав в нем номер первой заявки, на которую он ссылается, дату испрашиваемого приоритета, код страны подачи заявки по стандарту ВОИС. Надлежаще заверенная копия первой заявки должна быть представлена в патентное ведомство не позднее 16 месяцев с даты ее подачи в иностранное патентное ведомство государства - участника Парижской конвенции. Если первых заявок несколько, прилагаются копии всех заявок.

Специальные правила ГК определяют порядок установления даты приоритета по дате представления заявителем дополнительных материалов, оформленных как самостоятельная заявка (п. 2 ст. 1381), по дате подачи тем же заявителем более ранней заявки (п. 3 ст. 1381), по "выделенной заявке" (п. 4 ст. 1381), на основании нескольких ранее поданных заявок или дополнительных материалов к ним (п. 5 ст. 1381).

Если в процессе рассмотрения заявки будет установлено, что содержащиеся в ней сведения составляют государственную тайну, то заявка засекречивается.

От результатов формальной экспертизы зависит дальнейшая судьба заявки. Если на этой стадии будут выявлены недостатки в оформлении заявочных документов, которые можно исправить, не меняя сущности предложения, заявителю направляется соответствующий запрос. Заявитель должен ответить на запрос в течение двух месяцев с момента его получения. Он должен дослать недостающие документы или внести в ранее представленные документы необходимые исправления и уточнения. Невыполнение заявителем требований эксперта расценивается как отказ от дальнейшего рассмотрения заявки, и она в этом случае считается отозванной (заявка может быть подана вновь, но уже с другой датой приоритета), а сам факт ее подачи не порождает каких-либо правовых последствий. Допускается продление предоставленного для ответа двухмесячного срока до 10 месяцев.

Если в заявке нарушено требование единства изобретения (п. 1 ст. 1375, п. 5 ст. 1384 ГК), заявителю также направляется запрос с предложением уточнить, какое из содержащихся в заявке изобретений должно рассматриваться (другие изобретения могут быть оформлены выделенной заявкой). Однако если заявитель своевременно не ответит на этот запрос, заявка не отклоняется - экспертиза проводится по изобретению, указанному в формуле первым.

По окончании формальной экспертизы патентное ведомство незамедлительно направляет заявителю уведомление о том, что заявка прошла предварительную проверку, и о дате подачи заявки (п. 3 ст. 1384 ГК), после чего сведения о заявке должны быть опубликованы для всеобщего ознакомления в официальном бюллетене патентного ведомства (ст. 1385 ГК). Публикация производится по истечении 18 месяцев со дня поступления заявки в патентное ведомство. Если до публикации заявитель отозвал заявку, она, естественно, не подлежит опубликованию (так же как в случае, если заявка была

признана отозванной). Кроме того, заявитель вправе преобразовать заявку на изобретение в заявку на полезную модель с сохранением даты приоритета, подав об этом соответствующее заявление. Наконец, он может просить ускорить публикацию, не дожидаясь истечения восемнадцатимесячного срока.

Опубликование заявки на изобретение (ст. 1385 ГК) влечет для заявителя определенные юридические последствия.

Во-первых, с этого момента любое лицо может ознакомиться с опубликованной заявкой (к ней открывается доступ), и оно может со своей стороны подать ходатайство о проведении полной экспертизы, если выдача патента затрагивает его интересы.

Во-вторых, весьма существенно для будущего патентовладельца то, что с момента опубликования заявки начинается в соответствии со ст. 1392 ГК действовать временная охрана изобретения (в объеме опубликованной формулы). Это означает, что запрещаются любые действия третьих лиц, направленные на использование изобретения без согласия заявителя. В случае нарушения этого запрета заявитель после получения патента вправе потребовать денежную компенсацию за неправомерное использование изобретения, размер которой определяется по соглашению сторон, а в случае спора - судом. Охрана считается "временной" (точнее было бы сказать "условной"), так как связанные с ней права заявителя приобретают силу при условии выдачи в дальнейшем патента. Если же патент не будет выдан, то независимо от причин (отозвана или отклонена заявка) временная охрана считается "ненаступившей", а основанные на ней охраняемые права - не возникшими.

Правила о временной охране заявленных изобретений применяются также и тогда, когда заявитель уведомил пользователя до опубликования заявки о том, что он, заявитель, подал заявку. Временная охрана при этих обстоятельствах действует с даты уведомления.

Для получения патента заявитель в течение трех лет с даты подачи заявки, прошедшей формальную экспертизу, должен ходатайствовать о проведении экспертизы по существу. Такое ходатайство, как уже упоминалось, может быть подано также третьими лицами. К ходатайству прилагается документ об уплате патентной пошлины. Если ходатайство об экспертизе не поступает в этот срок, то заявка считается отозванной. До подачи ходатайства об экспертизе заявитель и третьи лица вправе ходатайствовать о проведении информационного поиска (подборки противопоставляемых материалов без их экспертной оценки) для определения уровня техники, по сравнению с которым будут оцениваться новизна и изобретательский уровень заявленного изобретения. По результатам поиска заявитель может определить целесообразность проведения полной экспертизы.

В процессе экспертизы по существу (1) устанавливается приоритет изобретения, если он не был по каким-либо причинам установлен в ходе формальной экспертизы, проводятся (2) информационный поиск и (3) полная проверка патентоспособности заявленного изобретения. В тех случаях, когда экспертиза проводится по ходатайству третьего лица, об этом обязательно извещается заявитель. По истечении шести месяцев со дня начала экспертизы заявителю направляется отчет об информационном поиске.

5. Экспертиза заявки на промышленный образец (ст. 1391 ГК) также проходит две стадии: формальную экспертизу и экспертизу по существу. Однако в отличие от экспертизы изобретений для промышленных образцов не предусматриваются предварительная публикация заявок после формальной экспертизы, а также дополнительное ходатайство о рассмотрении заявки по существу.

Следует, кроме того, обратить внимание и на иной срок предоставления в отношении промышленных образцов конвенционного приоритета в соответствии с Парижской конвенцией по охране промышленной собственности - шесть месяцев со дня подачи первой заявки в одной из стран - участниц Конвенции (п. 1 ст. 1382 ГК). Заверенная копия первой зарубежной заявки в обоснование конвенционного приоритета должна быть представлена не позднее трех месяцев со дня поступления заявки в патентное ведомство.

6. Экспертиза заявки на полезную модель (ст. 1390 ГК) ограничивается проведением патентным ведомством экспертизы заявочных документов, а также проверкой характера объекта, т.е. выясняется, относится ли он к устройствам, которые могут быть признаны полезной моделью. Патент на полезную модель выдается без проверки по существу соответствия заявленной модели установленным требованиям патентоспособности (п. 1 ст. 1351), т.е. без гарантии - под ответственность самого заявителя (так называемая явочная система). Иностранцам заявителям из стран - участниц Парижской конвенции по охране промышленной собственности предоставляется двенадцатимесячная приоритетная льгота.

7. Экспертиза заявок на изобретение и на полезную модель заканчивается принятием патентным ведомством решения о выдаче патента либо об отказе в его выдаче (ст. 1387, п. 4 ст. 1390). По аналогии те же правила (хотя они прямо не указаны в ГК) действуют по завершении экспертизы на промышленный образец, которая также заканчивается принятием патентным ведомством решения о выдаче патента либо об отказе в его выдаче. При положительном решении сведения о выданном патенте публикуются в официальных бюллетенях патентного ведомства и вносятся в соответствующие государственные реестры Российской Федерации. После регистрации выдается патент. Причем независимо от числа авторов или патентообладателей выдается одна патентная грамота с указанием имен всех авторов и совладельцев (ст. 1393 ГК).

Заявитель вправе отозвать заявку на изобретение, полезную модель, промышленный образец на любой стадии в любое время, но не позднее даты регистрации патента.

В Гражданском кодексе сохранен административный порядок разрешения споров, связанных с рассмотрением заявки на выдачу патента, с выдачей патента и оспариванием выданных патентов. Эти споры рассматриваются патентным ведомством. Возражение заявителя на решение об отказе в выдаче патента должно быть подано не позднее шести месяцев со дня получения отказного решения (или затребованных от патентного ведомства копий противопоставленных заявке материалов, содержащих аналогичные технические решения). Решение патентного ведомства может быть обжаловано в суд.

8. Гражданский кодекс не вносит изменений в правила патентования изобретений и полезных моделей в иностранных государствах и в международных организациях. Зарубежное патентование обычно диктуется коммерческими интересами патентообладателя (выходом на внешний рынок со своей продукцией, в которой применены охраняемые технические или художественно-конструкторские решения, возможностью продажи лицензий и др.). Получение патента и поддержание его в силе требуют затрат валютных средств, как правило, весьма значительных. Все расходы по такому патентованию несет заявитель.

Для патентования за рубежом изобретения или полезной модели необходимо соблюдать правила российского законодательства о подаче заявок в зарубежные патентные ведомства. Кроме того, необходимо иметь в виду, что, во-первых, в каждой стране защита объектов промышленной собственности осуществляется по закону этой страны (территориальное действие патентного законодательства) и, во-вторых, условия зарубежного патентования определяются также правилами международных договоров, в которых участвует как страна заявителя, так и страна патентования.

Заявка на изобретение или полезную модель, созданные в России, может быть подана в иностранном государстве или в международную организацию не ранее шести месяцев после подачи российской (национальной) заявки в российское патентное ведомство (п. 1 ст. 1395 ГК). В течение этого периода проверяются материалы заявки с точки зрения защиты государственных интересов. В случае обнаружения в ней сведений, которые могут быть отнесены к государственной тайне, заявитель не позднее шести месяцев извещается об имеющихся возражениях против зарубежного патентования.

В том случае, когда заявитель заинтересован в получении за рубежом патента на изобретение или полезную модель в нескольких странах, он может воспользоваться

международной заявкой, которая должна быть подана в соответствии с процедурой, установленной Договором о патентной кооперации <1> (п. 2 ст. 1395 ГК). Заявка составляется по установленной Договором форме, в частности, в ней следует указать страны, где заявитель желает получить патент. К заявке должны быть приложены документы об уплате пошлин.

<1> Договор о патентной кооперации принят 19 июня 1970 г. в Вашингтоне и ратифицирован СССР 23 декабря 1977 г. с оговорками // Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных с иностранными государствами. Вып. XXXIV. М., 1980.

Договор о патентной кооперации (принятая аббревиатура - РСТ) призван упростить и удешевить национальную процедуру выдачи патента на изобретение или полезную модель. В этих целях предусмотрена возможность подачи одной так называемой международной заявки, в которой указываются все страны, где заявитель испрашивает правовую охрану изобретения или полезной модели. Все стадии экспертизы по желанию заявителя проводятся централизованно (международный поиск, международная предварительная экспертиза и др.). Международная заявка (в трех экземплярах) подается в одно из национальных патентных ведомств, на которое в соответствии с Договором возлагаются функции по проведению предварительной экспертизы. В частности, российское патентное ведомство выполняет функции получающего ведомства в Российской Федерации, международного поискового органа и органа международной предварительной экспертизы. Международная заявка может быть также подана в международное бюро ВОИС. Допускается электронная форма подачи заявки. Тем самым исключается необходимость подачи заявки в национальное ведомство каждой страны, где заявитель заинтересован получить патент.

Однако заключения уполномоченных ведомств являются предварительными. Окончательное решение по заявке с учетом полученных от этих ведомств материалов (которые могут быть подвергнуты проверке) принимают национальные патентные ведомства, выдающие патенты.

Если же речь идет о получении патентов на изобретения в странах СНГ, то российский заявитель вправе воспользоваться льготами, предоставляемыми Евразийской патентной конвенцией.

Евразийскую патентную конвенцию заключили Азербайджан, Армения, Белоруссия, Грузия, Казахстан, Киргизия, Молдавия, Россия, Таджикистан и Украина <1>. Конвенция относится только к изобретениям и "учреждает Евразийскую патентную систему", целью которой является выдача единого патента, действующего на территории всех стран - участниц Конвенции. Для выполнения административных задач, связанных с функционированием Евразийской патентной системы, и выдачи патентов создана Евразийская патентная организация (далее - Евразийское патентное ведомство, Евразийское ведомство), находящаяся в г. Москве. Официальным языком организации признан русский.

<1> Евразийская патентная конвенция принята в Москве 9 сентября 1994 г. и ратифицирована Российской Федерацией 1 июня 1995 г. // СЗ РФ. 1996. N 20. Ст. 2323. Вступила в силу для России 27 сентября 1995 г.

Срок действия евразийского патента - 20 лет с даты подачи заявки.

Заявка на евразийский патент подается заявителями из стран - участниц Конвенции через национальное патентное ведомство, если это предусмотрено законодательством данной страны. Заявка может быть также подана непосредственно в Евразийское патентное ведомство. Если заявитель не имеет постоянного места жительства или

постоянного места нахождения на территории какого-либо участвующего в Конвенции государства, он должен быть представлен патентным поверенным, зарегистрированным в Евразийском ведомстве.

Рассмотрение заявки и выдача патента осуществляются по системе отсроченной экспертизы. Патент выдается на основании положительного решения экспертизы, проведенной по существу заявленного изобретения, при условии уплаты пошлины за выдачу патента и за его публикацию. Ведомство ведет Реестр евразийских патентов, в частности, в него вносятся сведения о выданных патентах и обо всех изменениях правового статуса патента, а также о выданных на его основе лицензиях.

Российское патентное ведомство в рамках Евразийской конвенции выполняет функции, связанные с получением, проверкой и пересылкой евразийской заявки в Евразийское патентное ведомство.

Зарубежное патентование созданных в России изобретений и полезных моделей в соответствии с Договором о патентной кооперации и Евразийской патентной конвенцией допускается без предварительной подачи российской (национальной) заявки на патентуемые решения. Эти правила распространяются на международные заявки (в которых Россия указана в качестве одной из стран патентования), поданные в российское патентное ведомство, а также на евразийские заявки, поданные в Евразийское патентное ведомство через патентное ведомство России.

Следует также иметь в виду, что как при подаче международной заявки, так и при получении евразийского патента заявители из стран - участниц Парижской конвенции могут использовать льготы, связанные с конвенционным и выставочным приоритетом.

Кроме того, процедура получения патента в двух и более европейских странах существенно облегчается подачей заявки на получение европейского патента (с соблюдением отечественного законодательства) в соответствии с Европейской патентной конвенцией. Россия не является участником этой Конвенции. Однако европейский патент может быть получен независимо от того, является ли страна заявителя участницей Европейской патентной конвенции.

Европейская патентная конвенция 1973 г. (вступила в силу 1 июня 1978 г.) предусматривает выдачу единого европейского патента. В рамках Конвенции создано Европейское патентное ведомство в г. Мюнхене (ФРГ). Этот международный орган ведет всю работу, связанную с рассмотрением заявок на европейский патент и его выдачей. Патент действует во всех участвующих в Конвенции странах (которые были указаны в заявке) как национальный. Споры с Европейским патентным ведомством по поводу выдачи патента, а также толкование правил Конвенции подсудны Суду Европейского союза. Споры, связанные с действительностью патента, с нарушением прав патентообладателя и др., рассматриваются национальными судебными органами. Патент действует 20 лет со дня подачи заявки. Выдача европейского и национального патентов на одно и то же изобретение не допускается.

§ 6. Прекращение и восстановление действия патента (статьи 1398 - 1400)

1. В течение всего срока действия патента он может быть оспорен и признан недействительным полностью или частично на том основании, что охраняемый объект не отвечает условиям патентоспособности или что неправомерно расширена его формула, а также при нарушении прав кого-либо из заявителей в случае совпадения даты приоритета по нескольким идентичным заявкам. Возражения по этим основаниям против выдачи патента рассматриваются патентным ведомством.

Кроме того, патент признается частично недействительным, если в нем неправильно указаны авторы или патентообладатели. Споры об авторстве или о неправильном

указании патентообладателя, как и другие гражданско-правовые споры, связанные с охраной и использованием патента, рассматриваются в судах.

Патент, признанный недействительным на основании решения патентного ведомства или суда, аннулируется. При частичной недействительности выдается новый патент (например, с уточненной формулой, с указанием действительных авторов). При полной недействительности патент аннулируется и признается недействительным с самого начала, что отвечает мировой практике.

Гражданский кодекс вносит существенное дополнение в правила, касающиеся правовых последствий аннулирования патента. Из судебной практики хорошо известно, сколь острой является проблема урегулирования прав и обязанностей сторон по лицензионным договорам в случаях признания патента, на основе которого заключен такой договор, недействительным, особенно в связи с тем, что патент недействителен и аннулируется со дня подачи заявки, т.е. с самого начала. Возникает в этой связи целый ряд вопросов, на которые в прежнем Патентном законе не было прямого ответа. В их числе вопросы о том, обязан ли лицензиар вернуть полученные лицензионные платежи, обязан ли лицензиат выплатить задержанные им платежи и, главное, с какого момента прекращается действие заключенных лицензионных договоров, можно ли вообще считать, что в этих случаях лицензионный договор был действителен в течение какого-то времени. По новым правилам лицензионные договоры, заключенные на основе патента, признанного впоследствии недействительным, сохраняют свое действие в той мере, в какой они были исполнены к моменту вынесения решения о недействительности.

Такой подход обусловлен правовым характером самого решения об аннулировании патента. Оно принимается патентным ведомством, т.е. государственным органом, является публично-правовым актом, который вступает в действие с момента его принятия.

2. Не все патенты сохраняют силу до истечения максимального срока их действия. Патент может утратить силу досрочно, во-первых, когда патентообладатель отказался от поддержания патента и, во-вторых, когда пропущен установленный срок для уплаты ежегодной пошлины.

Отказ от патента оформляется путем подачи патентообладателем заявления в патентное ведомство. Отказ от патента возможен в любое время, однако (хотя об этом ничего не говорится в ГК) он не должен нарушать интересы лицензиатов. В иностранном патентном законодательстве на этот счет можно встретить специальные правила, предусматривающие, что без согласия указанных лиц отказ от патента не регистрируется. Патентовладелец должен представить доказательства, подтверждающие, что он согласовал отказ с заинтересованным лицом. В противном случае отказ регистрируется через определенный срок, в течение которого могут быть заявлены возражения третьих лиц против досрочного прекращения действия патента.

При досрочном прекращении действия патента вследствие неуплаты патентной пошлины допускается его восстановление. Ходатайство о восстановлении должно быть подано в патентное ведомство лицом, которому принадлежал патент, в течение трех лет с даты истечения срока уплаты пошлины, но до истечения общего срока действия патента. Роспатентом утвержден Порядок восстановления действия патента Российской Федерации на изобретение, полезную модель, промышленный образец <1>.

<1> Приказ Роспатента от 22 апреля 2003 г. N 57, с изменениями на 11 декабря 2003 г. // БНА. 2003. N 34; 2004. N 1.

Право на восстановление патента - это существенная льгота для обладателей тех патентов, возможность использования которых выявляется не сразу, а спустя какое-то время после их выдачи. Однако для защиты интересов тех лиц, которые в период, когда патент не действовал, начали использовать запатентованное изобретение, полезную модель или промышленный образец (либо сделали необходимые к этому приготовления),

введен так называемый институт послепользования. Этот институт аналогичен праву преждепользования - традиционной форме ограничения исключительных прав. Послепользователь (как и преждепользователь) сохраняет право на безвозмездное дальнейшее использование запатентованного новшества и после даты опубликования сведений о восстановлении патента, но без расширения объема использования. Следует, однако, отметить, что послепользователь применяет запатентованное чужое решение, тогда как преждепользователем признается обладатель самостоятельно созданного творческого результата, который он своевременно не запатентовал.

§ 7. Особенности правовой охраны и использования секретных изобретений (статьи 1401 - 1405)

1. Гражданский кодекс не вносит каких-либо изменений в охрану секретных изобретений. Заявки на получение патента на секретные изобретения, подпадающие под режим высокой степени секретности ("особой важности", "совершенно секретно", "секретно"), подаются в уполномоченные Правительством РФ федеральные органы исполнительной власти в соответствии с их компетенцией и кругом ведения - в "уполномоченный орган". Заявки на секретные изобретения, не подпадающие под такой режим секретности, подаются в патентное ведомство. Кроме того, если при рассмотрении в патентном ведомстве какой-либо заявки будет установлено, что она содержит государственную тайну, такая заявка должна быть засекречена.

Заявка на секретное изобретение, поступившая от иностранного гражданина или иностранного юридического лица, возвращается заявителю без рассмотрения. Засекречивание заявок иностранных граждан и юридических лиц не допускается.

Патент на секретное изобретение регистрирует и выдает тот орган, который рассматривал заявку, - соответственно патентное ведомство или уполномоченный федеральный орган исполнительной власти (последний уведомляет об этом патентное ведомство). На эти же органы возложена регистрация договоров о передаче права на секретный патент (об уступке секретного патента) и договоров о выдаче лицензии на использование секретного изобретения, разумеется, с соблюдением при этом правил о государственной тайне.

В тех случаях, когда заявка рассматривается уполномоченным органом, этот же орган принимает решения по возражениям заявителей об отказе в выдаче секретного патента, а также по возражениям других лиц против выдачи уполномоченным органом патента на секретное изобретение. Решение уполномоченного органа может быть обжаловано в суд. Возражения на решения, принятые по секретным изобретениям патентным ведомством, подаются и рассматриваются с соблюдением соответствующих правил законодательства о государственной тайне.

Изменение степени секретности и рассекречивание изобретений осуществляются в порядке, установленном законодательством о государственной тайне.

2. Естественно, что сведения о заявках на секретные изобретения и о выданных на такие изобретения патентах не публикуются (до их рассекречивания). Надо сказать, что законодательством большинства стран выдача "секретных патентов" вообще не предусмотрена. При установлении секретности заявленного решения производство по заявке приостанавливается до ее рассекречивания, а автору выплачивается компенсация за засекречивание предложенного решения. Логика отказа от "секретного патента" понятна. Смысл патентной охраны заключается в том, чтобы обладатель монопольного права на запатентованное изобретение мог довести сведения о нем до максимально широкого круга лиц, заинтересованных в его использовании. Патент - правовой инструмент введения изобретения в коммерческий оборот. Неопубликованный патент не может в полной мере выполнять эту функцию.

По сути, для секретных изобретений ГК, как и Патентный закон, воспринял децентрализованную ведомственную процедуру рассмотрения заявок на секретные изобретения, действовавшую в СССР, допустив возможность обжаловать отказные решения в судебном порядке.

§ 8. Защита прав авторов и патентообладателей (статьи 1406, 1407)

Споры, связанные с защитой нарушенных или оспоренных патентных прав, рассматриваются в судебном порядке в соответствии с общими правилами процессуального законодательства о подведомственности гражданско-правовых споров. В Гражданском кодексе воспроизведен из прежнего Патентного закона примерный перечень таких споров - об авторстве, об установлении патентообладателя, о праве преждепользования, о праве послепользования и др. Дела, связанные с оспариванием решений патентного ведомства, вынесенных в процессе рассмотрения заявки на получение патента, а также связанные с оспариванием выданных патентов, предварительно рассматриваются в административном порядке патентным ведомством и Палатой по патентным спорам. Решение патентного ведомства может быть обжаловано в суд.

К нарушителям патентных прав применяются соответственно общие нормы части четвертой ГК о защите личных неимущественных прав (ст. 1251) и о способах защиты исключительных прав (ст. 1252).

В отличие от общих норм о деликтной ответственности требование о пресечении действий, нарушающих патентные права или создающих угрозу их нарушения, может быть заявлено правообладателем и подлежит удовлетворению независимо от вины нарушителя и за его счет (ст. 1250 ГК). Патентообладатель, чьи права признаны нарушенными, вправе потребовать публикации в официальном бюллетене патентного ведомства решения суда о неправомерном использовании изобретения, полезной модели, промышленного образца или об ином установленном нарушении его прав.

Уголовные санкции за нарушение патентных прав предусмотрены ст. 147 УК РФ "Нарушение изобретательских и патентных прав".

Глава 73. ПРАВО НА СЕЛЕКЦИОННОЕ ДОСТИЖЕНИЕ

Комментарий к главе 73

В связи с инкорпорацией нормативно-правовых положений о селекционных достижениях в основной корпус гражданского законодательства России - Гражданский кодекс РФ - необходимо прежде всего отметить несколько важных обстоятельств.

Во-первых, законодательство о селекции наконец заняло надлежащее место одной из подсистем гражданского права. Значительная часть его понятий и конструкций едва ли не впервые в истории отечественного права оказалась включенной в контекст общих цивилистических категорий и институтов, обретая при этом серьезную опору - общие положения гл. 69 Кодекса. Уже один этот факт представляется весьма значительным.

Во-вторых, и авторы-разработчики проекта Кодекса, и депутаты Государственной Думы отнеслись к кодификации законодательства о селекционных достижениях с большим тактом. "Двойственная" природа объекта не повлекла при переработке исходного текста Закона РФ от 6 августа 1993 г. N 5605-1 "О селекционных достижениях" (далее - Закон о селекционных достижениях, Закон 1993 г.) вторжения в биологическую специфику процесса селекции новых разновидностей ботанических и зоологических объектов; основная часть норм, отражающих эту специфику, была сохранена. Переработка коснулась главным образом общих гражданско-правовых положений.

В-третьих, уже после принятия Закона о селекционных достижениях Российская Федерация присоединилась к принятой 2 декабря 1961 г. Международной конвенции по охране новых сортов растений (далее также - Конвенция UPOV <1>); в редакции Женевского акта от 19 марта 1991 г. Конвенция вступила в силу для России с 24 апреля 1998 г. <2>. И хотя почти все основные положения Закона о селекционных достижениях уже в 1993 г. претендовали на соответствие Конвенции, при его тщательном анализе в ходе кодификации неизбежно вскрылись многочисленные разночтения. Все их устранить не удалось, прежде всего потому, что русский текст Конвенции, традиционно используемый в правоприменительной практике, не является аутентичным (поскольку русский язык, к сожалению, не входит в число официальных языков UPOV) и страдает значительными несообразностями и явными неточностями. Кроме того, поскольку не существует аналогичного документа международного права, посвященного правовой охране зоологических объектов, естественное стремление к унификации норм законодательства о селекционных достижениях привело в ряде случаев к распространению Кодексом некоторых положений, предусмотренных Конвенцией для новых сортов растений, на новые породы животных. Однако международно-правовой источник происхождения многих норм не может не оказывать влияния на их толкование и применение. И если к породам животных такие положения Гражданского кодекса могут применяться только прямо и непосредственно, то для сортов растений смысл этих положений необходимо должен раскрываться в сопоставлении с Конвенцией и в ходе такого сопоставления подвергаться определенной коррекции. Поэтому в отношении ботанических объектов нормы гл. 73 ГК в ряде случаев требуют отдельного комментария.

<1> Таково общепринятое название Конвенции, поскольку именно ею был учрежден Международный союз по охране новых сортов растений - UPOV.

<2> Постановление Правительства РФ от 18 декабря 1997 г. N 1577.

Наконец, обсуждая положения Гражданского кодекса, касающиеся селекционных достижений, необходимо учитывать, что этот объект интеллектуальных прав - новый сорт или новая порода не существует "сам по себе", без животного или живого растения. Изобретение способно не только быть использовано в каком-либо продукте (ст. 1358), но и пребывать в идеальной форме чертежа или описания; авторское произведение может быть воплощено в любой материальной форме. Воспроизведение селекционного достижения невозможно вне конкретного биологического объекта, в котором оно только и может быть "представлено". Именно поэтому анализ норм Гражданского кодекса, посвященных селекционным достижениям, просто не может в отличие от подавляющего большинства норм, посвященных иным объектам интеллектуальных прав, проводиться в отрыве от всего комплекса правовых актов, регулирующих производство, оборот и использование таких биологических объектов - семян или племенного материала, и в первую очередь от Федеральных законов о семеноводстве и племенном животноводстве.

Понятие селекционного достижения. Селекционное достижение
как объект интеллектуальных прав
(статьи 1408, 1412)

1. Обращает на себя внимание отсутствие в тексте ГК определения понятия "селекционное достижение", в то время как все прочие объекты интеллектуальных прав (изобретения и т.п.) без исключений Кодексом определены. В столь явном дезавуировании определения, ранее содержавшегося в Законе о селекционных достижениях, есть свой смысл.

Закон о селекционных достижениях 1993 г., как говорилось в его преамбуле, был призван регулировать "имущественные, а также связанные с ними личные

неимущественные отношения, возникающие в связи с созданием, правовой охраной и использованием селекционных достижений", т.е. был прямо позиционирован как акт гражданского законодательства. Ко дню принятия Закона систему актов гражданского права на территории Российской Федерации возглавляли Основы гражданского законодательства Союза ССР и республик от 31 мая 1991 г., применявшиеся, правда, в части, не противоречащей законодательным актам Российской Федерации <1>. И едва ли не главное противоречие Закона и Основ было связано с самим исходным понятием селекционного достижения. Статья 152 Основ определяла селекционные достижения как "новые сорта растений и новые породы животных", считая, таким образом, ключевым признак новизны сорта или породы - основное условие их охраноспособности. Закон 1993 г. в статье 1, которая открывалась определением понятия "селекционное достижение", квалифицировал его гораздо проще: "сорт растений, порода животных". В качестве сорта выделялась та или иная "группа растений", которые могли быть определены по признакам, характеризующим данный генотип, и как минимум одним таким признаком отличались бы от любых других групп растений; определение породы как "отличающейся" группы животных было практически аналогичным (эти определения сорта и породы дословно сохранены в тексте Кодекса, п. 2 и 3 ст. 1412). При этом в отличие от Основ категории сорта или породы в Законе о селекционных достижениях выделялись и описывались вне зависимости от их охраноспособности вообще и от признака новизны в частности. В результате любая группа растений или животных, удовлетворяющая признаку отличимости, в юридическом смысле оказывалась селекционным достижением.

<1> См.: Постановления Верховного Совета РФ от 14 июля 1992 г. N 3301-1 "О регулировании гражданских правоотношений в период проведения экономической реформы", от 3 марта 1993 г. N 4604-1 "О некоторых вопросах применения законодательства Союза ССР на территории Российской Федерации".

Гражданский кодекс никак не определил селекционное достижение, однако его определение может быть эксплицировано из содержания правовых норм гл. 73 ГК. В то же время п. 1 ст. 1408 ГК косвенно ограничивает понятие селекционного достижения. Из этой нормы следует, что под селекционным достижением в ГК понимается исключительно такое селекционное достижение, которое отвечает условиям предоставления правовой охраны. С точки зрения Кодекса селекционными достижениями могут быть названы только сорта и породы, претендующие на правовую охрану, охраняемые или ранее охранявшиеся патентом. Сорта растений и породы животных, перешедшие в общественное достояние в связи с истечением срока действия исключительного права (п. 1 ст. 1425) либо с его досрочным прекращением (подп. 2 - 4 ст. 1442), тем не менее остаются селекционными достижениями <1>. Сорта же и породы, лишившиеся правовой охраны по другим причинам (в связи с признанием патента недействительным; п. 1 ст. 1441) <2>, переставшие претендовать на правовую охрану (в первую очередь в связи с утратой новизны; ст. 1413) или же никогда не претендовавшие на нее (общеизвестные сорта, сорта так называемой народной селекции и т.п.), остаются сортами и породами, но селекционными достижениями (охраняемыми результатами интеллектуальной деятельности; подп. 10 п. 1 ст. 1225 ГК) не являются и предметом правового регулирования гл. 73 ГК не охватываются <3>.

<1> Правда, Кодекс к ним более не возвращается, однако, например, Конвенция UPOV упоминает их дважды (подп. "b" п. 1 и п. 7 ст. 20 в части последующего использования наименования ранее охранявшегося сорта).

<2> Как представляется, сюда же должна быть отнесена ситуация, предусмотренная п. 1 ст. 1442 Кодекса для досрочного прекращения действия патента ("селекционное

достижение более не соответствует критериям однородности и стабильности"), так как "бывшее" селекционное достижение, утратив однородность и стабильность, заведомо перестает быть таковым, поскольку более не удовлетворяет определению сорта растений или породы животных.

<3> "Решение задачи по выведению сорта растения или породы животного - родовой признак селекционного достижения... независимо оттого, пользуются ли они охраной закона или нет", - утверждает А.П. Сергеев (Сергеев А.П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации. М., 1996. С. 651). Однако, когда решение этой творческой задачи не является более основанием для испрашивания правовой охраны, селекционное достижение перестает быть "достижением" чего-либо.

2. Важнейшее значение как для раскрытия смысла понятия "селекционное достижение", так и для выяснения соотношения сфер правового регулирования, обнимаемых селекционным и изобретательским правом, имеет анализ содержания п. 4 ст. 1421 Гражданского кодекса. В данном случае Кодекс дословно воспроизводит ряд положений ч. 3 ст. 13 Закона о селекционных достижениях, однако по сути дела речь идет о положениях п. 5 ст. 14 Конвенции.

Гражданско-правовой институт исключительного права на селекционное достижение исторически возник в рамках изобретательского права. В Парижской конвенции по охране промышленной собственности "промышленная собственность понимается в самом широком смысле и распространяется не только на промышленность и торговлю в собственном смысле слова, но также и на области сельскохозяйственного производства..." (§ 3 ст. 1). Положение об изобретениях и технических усовершенствованиях и о порядке финансирования затрат по изобретательству, техническим усовершенствованиям и рационализаторским предложениям, утвержденное Постановлением СНК СССР от 5 марта 1941 г. N 448, впервые распространило на отечественные селекционные достижения нормативные положения, относящиеся к изобретениям. К 70-м годам прошлого века в Советском Союзе селекционное достижение уже традиционно приравнивалось к изобретению <1>, логическим завершением такого "приравнивания" стало прямое указание Положения об открытиях, изобретениях и рационализаторских предложениях, утвержденного Постановлением Совета Министров СССР от 21 августа 1973 г. (п. 22).

<1> См.: Постановление Совета Министров СССР от 12 сентября 1968 г. N 729 "О мерах по улучшению семеноводства зерновых и масличных культур".

Правда, некоторые авторы продолжали настаивать на отсутствии полной аналогии, более того, на ее принципиальной невозможности <1>. Сформировались две противостоящие концепции.

<1> См.: Комиссаров А.А. Правовые вопросы охраны селекционных достижений в СССР // Проблемы правовой охраны и международного сотрудничества в области изобретательства: Межинститутский сб. науч. тр. М., 1986. С. 18 - 19.

Первая из них поддерживала правомерность сближения селекционных и изобретательских достижений, трактовки результатов селекции как "нетипичных", нетехнических решений, возможно, и не подпадающих под общую правовую дефиницию изобретения, но "прямо названных в законе". Утверждалось, что "селекционер - конструктор сорта, он сначала создает образ будущего сорта" <1>, воплощает в объекте определенную творческую идею <2>.

<1> Козлова Т.И. Правовая охрана новых сортов растений в СССР: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Л., 1981. С. 14.

<2> Дручок Г.В. Правовая охрана результатов селекции в СССР и некоторых зарубежных странах: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Киев, 1970. С. 5.

Вторая позиция, отталкиваясь от констатации специфического характера "биологических решений", обосновывала неэффективность приравнивания селекционных достижений к изобретениям <1>. Утверждалось, что изобретение "идеально", в то время как "селекционная деятельность - это использование в качестве основы конкретных биологических материалов для получения заранее не известного в качественном отношении объекта...", поэтому идею селекционного достижения невозможно позаимствовать, в подавляющем большинстве случаев ее опубликование не дает возможности третьим лицам воспроизвести полученный селекционером результат <2>. Публикация сведений о новом сорте, новой породе в общедоступных источниках, равно как и практически любое его использование самим селекционером или его правопреемником, не порочит новизны селекционного достижения <3>. Подобная ситуация характерна для объектов авторско-правовой охраны, исключительные права на которые возникают автоматически, в силу самого факта создания произведения; однако было справедливо подчеркнуто, что "возникновение прав авторов-селекционеров связано не только с фактом создания сорта, но в первую очередь с фактом квалификации сорта как охраноспособного объекта уполномоченным на то органом" <4>. В этом правовой режим селекционных достижений близок к изобретательскому праву. Однако сегодня говорить не только об их совпадении, но даже о каком-либо заметном сближении патентного и селекционного законодательства почти нет оснований; "существовавшая длительное время система приравнивания селекционных достижений по правовой охране к изобретениям оказалась неэффективной" <5>.

<1> Левченко В.И. Проблемы правового обеспечения селекции и охрана ее достижений в СССР: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1990. С. 11 - 13.

<2> Левченко В.И. Правовое регулирование селекции // Советское государство и право. 1981. N 1. С. 56.

<3> Сергеев А.П. Указ. соч. С. 651.

<4> Козлова Т.И. Указ. соч. С. 22.

КонсультантПлюс: примечание.

Учебник "Гражданское право: В 2 т. Том I" (под ред. Е.А. Суханова) включен в информационный банк согласно публикации - Волтерс Клувер, 2004 (издание второе, переработанное и дополненное).

<5> Гражданское право: Учебник: В 2 т. / Под ред. Е.А. Суханова. Т. 1. М., 1993. С. 356.

В то же время на наших глазах происходит разделение, "раздвоение" института правовой охраны вновь создаваемых сортов растений и пород животных; и одна из ветвей этого процесса реально использует на практике режим правовой охраны изобретений: "...вопреки основополагающей норме Патентного закона Российской Федерации от 23 сентября 1992 г. о непатентоспособности сортов растений (ст. 4), Федеральная служба по интеллектуальной собственности, патентам и товарным знакам, выдавая патент на генно-модифицированный организм, способ получения трансгенного растения и его потомков, фактически предоставляет обладателю патента на изобретение право контроля производства сельскохозяйственной продукции, что угрожает продовольственной безопасности страны" <1>. Действительно, Гражданский кодекс не признает патентоспособными в смысле изобретения ни новые сорта растений или породы животных, ни биологические способы их получения (подп. 1 п. 6 ст. 1350). Однако

практика патентования результатов генной инженерии налицо; и речь, вероятно, уже может идти о формировании двух принципиально разных сфер правового регулирования: создание сортов или пород в результате традиционной селекции, применения "биологических способов" получения новых сортов, с одной стороны, и генно-инженерная модификация биологических объектов, допускающая независимое повторение достигнутого результата и потому являющаяся по существу изобретательским процессом, - с другой.

<1> Итоговая резолюция Международной конференции "Правовое обеспечение развития семеноводства в Российской Федерации: вклад в международную конкурентоспособность российского сельского хозяйства", состоявшейся в ноябре 2004 г. в Подмоскowie. С категоричностью цитированного утверждения трудно согласиться, однако суть проблемы подмечена совершенно точно.

3. Как известно, изобретение не опирается непосредственно на какое-либо предшествующее ему изобретение. По крайней мере, явным образом охраноспособное техническое решение не вытекает из уровня техники. Все, что может восприниматься как очевидное для специалиста следствие какого-либо изобретения, само по себе не должно признаваться таковым, поскольку не имеет изобретательского уровня. Напротив, любое селекционное достижение, новый сорт или новая порода - всегда изменение какого-то другого, исходного сорта или породы (можно сказать, что это их следствие, правда, в большинстве случаев не очевидное). Основой для нового сорта всегда служит "старый" сорт, порой - например, для гетерозисных гибридов <1> - не менее двух сортов (в современных условиях, как правило, линий - охраняемых категорий сорта). Очевидно, что распространение прав автора первоначального селекционного достижения на эти новые сорта или породы остановило бы прогресс мировой селекции. Поэтому "использование охраняемого селекционного достижения в качестве исходного материала для создания других сортов растений и пород животных" (подп. 3 ст. 1422 ГК) не признается (и никогда не признавалось) нарушением прав патентообладателя. Обладатель исключительного права на сорт растения или породу животных не может претендовать на какие-либо права в отношении нового сорта или породы, которые удалось вывести с использованием его селекционного достижения в качестве исходного.

<1> Гетерозис - свойство гибридов первого поколения (F1) в ряде случаев проявлять по сравнению с родительскими формами заметное увеличение размеров (вплоть до гигантизма), а также повышенную жизнестойкость, плодовитость, способность к ускоренному росту и т.п. Создание таких гибридов ("селекция на гетерозис") - одно из основных направлений селекционной деятельности как таковой.

Однако из этого универсального правила Кодекс (п. 4 ст. 1421) прямо предусматривает несколько исключений. Помимо собственно охраняемого селекционного достижения Кодекс распространяет исключительное право патентообладателя также, во-первых, на семена или племенной материал, которые отличаются от охраняемых сорта растений или породы животных "не явно" <1>, т.е. не удовлетворяют критерию отличимости; во-вторых, на новый "сорт" растений, воспроизводство которого требует неоднократного использования семян охраняемого сорта, что, например, неизбежно для гибридов. Наконец, в-третьих, исключительное право распространяется и на селекционные достижения, которые, как сказано в абз. 2 п. 4 ст. 1421 ГК, "существенным образом наследуют признаки других охраняемых (исходных) сорта растений или породы животных". Это последнее положение представляется весьма важным для понимания сути подхода Конвенции UPOV и Кодекса к правовому регулированию в сфере

интеллектуальных прав на селекционные достижения и потому требует специального рассмотрения.

<1> Существенным образом наследовать внешние признаки другого селекционного достижения, а также явно или неявно отличаться от него по степени выраженности этих признаков способны не семена или племенной материал сами по себе, а только выращенное с их использованием растение или животное. Употребленную Кодексом (вслед за Законом о селекционных достижениях) словесную конструкцию нельзя признать удачной.

Конвенция (п. 5 ст. 14) вводит важнейшее понятие, которое может быть переведено так: сорт, по сути производный (дословно: "сущностно происходящий") от другого сорта <1>. Сорт признается таковым, если он, хотя и обладает отличимостью, преобладающим образом <2> следует исходному сорту, т.е. практически совпадает с ним <3> в сохраненной новым сортом выраженности всех сущностных признаков, определяемых генотипом исходного сорта, а его отличимость от исходного сорта связана с наличием только таких признаков, которые являются результатом самого "отклоняющего воздействия" <4>. Однако смысл положений статьи 14 Конвенции UPOV был, к сожалению, существенным образом искажен при переводе. Конвенция сначала описывает особенности "производных" сортов, наличие которых исключает их самостоятельную правовую охрану, а затем указывает: "Такие сорта могут быть получены, к примеру..." и т.д., т.е. просто перечисляет несколько методов, в результате применения которых могут иногда появиться на свет растения, обладающие описанными свойствами: путем отбора результата мутации (естественной или индуцированной, т.е. вызванной искусственно) либо соматической вариации (изменчивости на клеточном уровне), индивидуального отбора из растений исходного сорта, а также путем внесения в исходный сорт изменений методами беккрасса (так называемого обратного скрещивания, неоднократного скрещивания получаемых гибридов с одной из родительских форм с целью "внедрения" в характерный для нее комплекс признаков одного или нескольких признаков, свойственных другой родительской форме) или генной инженерии. Закон же о селекционных достижениях, а вслед за ним и Гражданский кодекс (п. 4 ст. 1421) непосредственно говорят не о фактических характеристиках производного сорта, которые, собственно, и делают его "производным", а о методе, которым сорт получен, об особенностях самого процесса, а не о тех или иных свойствах его результатов. Если Конвенция лишь устанавливает неявную презумпцию в отношении некоторых способов получения новых сортов, то Гражданский кодекс, следуя Закону о селекционных достижениях, казалось бы, прямо отказывает селекционерам в признании их прав на сорт, который он, исходя из юридической фикции, априорно отказывается считать "отличимым". Между тем из той посылки, что сорта, обладающие искомыми характеристиками, могут быть, "к примеру", получены определенными методами, вывод о том, что все сорта, полученные упомянутыми методами, должны признаваться производными (а priori, без права доказывать иное), никоим образом не следует. Итак, статья 1421 Кодекса, если рассматривать ее изолированно, без учета положений ст. 14 Конвенции UPOV, может быть ошибочно истолкована и таким образом, что она фактически отказывает селекционерам в правовой охране результатов селекции, полученных ими с использованием четырех способов изменения исходного генотипа, четырех широко распространенных методов получения новых разновидностей биологических объектов, три из которых (за исключением относительно "молодой" генной инженерии) применяются осознанно десятки, а стихийно - сотни лет.

<1> Essentially derived (англ.); essentiellement dérivée (фр.); wesentlichen abgeleitet (нем.).

- <2> Predominantly derived; principalement derivate; vorwiegend abgeleitet ist.
<3> Conforms; est conforme; entspricht.
<4> The differences which result from the act of derivation; les differences resultant de la derivation; aus der Ableitung ergebenden Unterschieden.

Почему же из огромного количества возможных способов преобразования исходного сорта или породы, того самого "отклоняющего воздействия", Кодекс вслед за Конвенцией называет всего несколько? Почему закон исходит из того, что эти способы хотя и ведут к изменению генотипа исходного селекционного достижения, однако такой измененный генотип должен признаваться "по сути производным"? Можно упомянуть три основные причины.

Во-первых, часть перечисленных в последнем абзаце п. 4 ст. 1421 ГК действий не имеет творческого характера, представляя собой простой факт обнаружения, выявления отдельного измененного (естественным или искусственным путем) экземпляра. А подобное простое "выявление" само по себе не способно сделать кого-либо селекционером.

Во-вторых, ряд упомянутых методов является по сути ничем иным как реализацией чисто технологического процесса, результаты которого (даже при применении методов традиционной селекции, например беккрасса) можно порой точно предсказать заранее, следовательно, можно и независимо воспроизвести <1>.

<1> См.: Дозорцев В.А. Комментарий к схеме "Система исключительных прав" // Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации. М., 2003. С. 40.

В-третьих, необходимо исключить для недобросовестного конкурента возможность "обойти" патент, как это делается иногда в отношении изобретений, и использовать чужой сорт, изменив в нем - методами, позволяющими это сделать (к числу которых из методов традиционной селекции как раз и может быть отнесен именно беккросс), - какой-то один, не самый важный, несущественный, но заметный, яркий, явно отличимый признак. Если селекционер в результате многолетнего труда вывел белую розу, отличающуюся розовой бахромой на лепестках цветков, такая роза будет защищена патентом на его имя. Полезность сорта определяется в данном случае его отличимостью; продаваться, иметь коммерческую ценность в гражданском обороте новый сорт будет именно вследствие наличия у него такого нового признака. Но если кем-то выведен, скажем, сорт яблони, показывающий выдающуюся урожайность при небывалой устойчивости к болезням, вредителям и заморозкам, то попытка запатентовать на свое имя другой сорт, отличающийся от исходного лишь розовой бахромой на белых цветках, должна квалифицироваться как нарушение права патентообладателя. Новый сорт налицо, формально он удовлетворяет всем предъявляемым Кодексом условиям и вполне патентоспособен, однако исключительные права на него должны принадлежать автору исходного сорта. Ценность нового сорта для потребителей определяется не отличием от сорта-предшественника в одном из признаков, а сохранившимся сходством во всей совокупности прочих действительно существенных признаков.

4. Вопрос о признаках селекционного достижения представляется одним из самых важных для понимания и применения норм Кодекса. Конвенция UPOV в редакции 1991 г. фактически выделяет только две разновидности признаков: отражающие генотип (characteristics resulting from a genotype; ст. 1) и определяющие (relevant; ст. 8). Редакция 1978 г., описывая понятие отличимости, говорила еще о "важных" признаках (important; п. 1 ст. 6). Кодекс упоминает значительно больше вариантов, используя для их описания самые разные определения ("основные", "существенные" и т.п.), но обилие вариантов не должно вводить в заблуждение. Необходимо исходить из следующего: биологически сорт или порода могут иметь любой набор любых признаков. Юридическое значение имеют

только те признаки ("существенные"), которые зафиксированы в описании <1> селекционного достижения (п. 2 ст. 1415, п. 1 ст. 1440 ГК), совокупностью которых будет определяться объем предоставляемой правовой охраны (п. 6 ст. 1413).

<1> Правда, следует отметить, что формулировка "во всех случаях они (признаки. - К.В.) должны быть такими, чтобы их можно было точно описать и распознать" (подп. "а" п. 1 ст. 6 Конвенции UPOV в редакции 1978 г.) отсутствует в тексте Конвенции в редакции 1991 г. и не вошла в Гражданский кодекс.

Следует обратить внимание и на то обстоятельство, что для определения отличимости селекционного достижения к сравнению в подавляющем большинстве случаев также привлекаются не сами растения или животные, а описания селекционных достижений. Составление таких описаний должно производиться профессионально и ответственно, по единой унифицированной методике, что только и может обеспечить их "сравнимость". Именно поэтому формальное описание селекционного достижения составляется не самим заявителем, а федеральным органом исполнительной власти по представленным заявителем материалам (п. 1 ст. 1439 ГК), а ранее составлялось Государственной комиссией по испытанию и охране селекционных достижений (ч. 4 ст. 10 Закона о селекционных достижениях). Заявитель должен представить только анкету селекционного достижения (подп. 2 п. 2 ст. 1433 ГК). "Анкета селекционного достижения составляется на специальном бланке для соответствующего рода, вида" <1>, т.е. также формализована.

<1> Правила составления и подачи заявки на выдачу патента на селекционное достижение, утвержденные Государственной комиссией РФ по испытанию и охране селекционных достижений 14 октября 1994 г. N 2-01/3.

Из содержания материалов, публикуемых для всеобщего сведения после поступления заявки на выдачу патента, заинтересованное лицо (п. 1 ст. 1437 ГК) может извлечь весьма незначительный объем информации, идентифицирующей селекционное достижение: его название и предельно краткое, буквально в одну-две строчки, описание. Полное официальное описание селекционного достижения на стадии подачи заявки не публикуется, более того, оно еще не составлено (п. 1 ст. 1439 ГК). Это приводит к тому, что достаточно изменить ранее применявшееся название, и сорт, равно как и порода, на этом этапе способны стать практически неузнаваемыми. Опознаны они могут быть только по описанию. Для этого описание включается в Государственный реестр охраняемых селекционных достижений (подп. 6 п. 2 ст. 1439) и должно быть доступно любому заинтересованному лицу, а обнаружение в любое время дефекта новизны или отличимости селекционного достижения на момент выдачи патента влечет признание патента недействительным (подп. 2 п. 1 ст. 1441 ГК).

5. В качестве основной категории, определяющей предмет правовой охраны, Гражданский кодекс использует понятие не селекционного достижения, а объекта интеллектуальных прав на селекционные достижения (п. 1 ст. 1412). Такими объектами являются сорта растений и породы животных, зарегистрированные в Государственном реестре охраняемых селекционных достижений, если эти результаты интеллектуальной деятельности отвечают установленным требованиям к таким селекционным достижениям.

Необходимо обратить внимание на эту формулировку: в ней ярко отражается специфика селекционных достижений как объектов правовой охраны. Для того чтобы являться объектом интеллектуальных прав, мало быть зарегистрированным в Государственном реестре охраняемых селекционных достижений, нужно еще удовлетворять комплексу определенных критериев, соответствовать этим критериям (по крайней мере некоторым из них) все время "пребывания" в Государственном реестре.

Следовательно, Кодекс прямо предусматривает возможность не только существования (и соответственно риска обнаружения), но и, что совершенно не свойственно другим объектам интеллектуальных прав, внезапного возникновения такой ситуации, когда селекционное достижение в Государственном реестре зарегистрировано, но установленным ГК требованиям более не отвечает.

Определение сорта растения, даваемое Кодексом (п. 2 ст. 1412), полностью следует Закону о селекционных достижениях (ст. 1) и соответственно "наследует" и имевшиеся в Законе неточности: сорт "определяется по признакам, характеризующим данный генотип", хотя речь должна идти не о том, что свойства растений "характеризуют" генотип (т.е. "описывают" его, позволяют делать какие-то выводы о генотипе), но о том, что такие свойства оказываются внешним проявлением, "результатом" генотипа. В законодательном определении породы животных (п. 3 ст. 1412) тот же самый смысл выражен более точно: порода "обладает генетически обусловленными биологическими и морфологическими свойствами и признаками". При этом такая совокупность признаков способна служить целям выделения и описания сорта или породы вне зависимости от того, отвечает ли она критериям охраноспособности. Это еще раз подчеркивает, что группа растений или животных именно как обособленная группа, отличающаяся от всех прочих групп особей того же рода или вида, может определяться совокупностью своих признаков двояко: как "сорт" или "порода" - независимо от охраноспособности, а как "селекционное достижение" - в зависимости от нее.

Сорт может быть представлен не только целыми растениями, но и любым материалом, из которого возможно воспроизвести целое растение сорта, т.е. действительным или "потенциальным" растением. Для сорта или популяции такой материал, такая "часть растения" - это, как правило, ботанические семена <1>. Для клона - воспроизводимой последовательности генетически идентичных растений, размножаемых вегетативным или бесполым путем от одного общего предка, - в буквальном смысле слова любая "часть растения", вплоть до отдельной культуры клеток, порой до единичной клетки. Однако для гетерозисных гибридов F1 в этом отношении уже возникает определенное противоречие: гибрид первого поколения приравнивается к сорту для целей правовой охраны, является его "охраняемой категорией". В этом случае "сорт" помимо собственно растений-гибридов может быть представлен исходными семенами, полученными от скрещивания родительских форм (которые, естественно, являются растениями других "сортотипов": линий, гибридов и т.п.). В то же время такой "сорт" не может быть представлен семенами "на выходе", семенами урожая, полученного от самого гибридного растения, поскольку уже во втором поколении F2 генотип расщепляется по законам Г. Менделя и искомые признаки обнаруживают резкую изменчивость. Еще одной охраняемой категорией сорта растений является линия - потомство аутогамного (самоопыляемого) растения, сохраняющее его генотип.

<1> Правовое понятие семян как любых частей растений, позволяющих воспроизвести сорт (ст. 1 Федерального закона от 17 декабря 1997 г. N 149-ФЗ "О семеноводстве"), оказывается весьма объемным, оно включает "клубни, луковицы, плоды, саженцы... соплодия, части сложных плодов и другие"; понятие семян как биологического объекта, как органа размножения высших растений ("собственно семена" в терминологии Федерального закона) много уже.

Порода животных может быть представлена животными, предназначенными для воспроизводства породы (племенными животными), либо племенным материалом: половыми клетками - неоплодотворенными (гаметы) или оплодотворенными (зиготы), в том числе развивающимися (эмбрионы; п. 3 ст. 1412). Федеральный закон от 3 августа 1995 г. N 123-ФЗ "О племенном животноводстве" (ст. 2) добавляет к определению

племенного животного два признака: документально подтвержденное происхождение и регистрацию в установленном порядке.

Объем правовой охраны селекционного достижения
(статьи 1421, 1422)

6. Гражданский кодекс предусматривает возможность распространения права патентообладателя - исключительного права использования селекционного достижения - не только на семена и племенной материал, но и на растительный материал и товарных животных (ст. 1421). Однако такое "распространение" имеет место лишь в ограниченном числе случаев, скорее, как исключение. В отличие от изобретений и полезных моделей, для которых исключительное право патентообладателя распространяется на любой продукт, в котором они использованы (подп. 1 п. 2 ст. 1358 ГК), исключительное право на селекционное достижение, как правило, дает патентообладателю только возможность контроля за размножением, воспроизведением его селекционного достижения, но не за любым его использованием (см. подп. 6 ст. 1422). Даже товарные животные и растительный материал охватываются исключительным правом патентообладателя прежде всего в том случае, если они произведены из контрафактных семян или племенного материала; патентообладателю предоставляется право воспользоваться результатом размножения его селекционного достижения лишь в тех случаях, когда он был противоправно лишен возможности контролировать процесс воспроизводства.

Общий объем исключительного права, как это определено в п. 1 ст. 1421 ГК, изменяется Кодексом как в сторону расширения этого объема, так и путем его ограничения. В отдельных случаях исключительное право распространяется, как уже говорилось выше, не только на семена и племенных животных <1>, но и на растительный материал и товарных животных. В других случаях, напротив, не признаются нарушением прав патентообладателя действия любых лиц с семенами и племенными животными. В частности, подп. 1 - 3 статьи 1422 ГК описывают обязательные исключения из права патентообладателя, предусмотренные для сортов растений в п. 1 ст. 15 Конвенции UPOV.

<1> Понятие "племенные животные" должно быть в данном случае распространено и на племенной материал. Точно так же при определении объема исключительных прав "семена" понимаются Кодексом в широком смысле, как любые части растений, применяемые для воспроизводства сорта, поскольку существует масса способов воспроизвести растение "не из семян".

Подпункт 4 статьи 1422 ГК конкретизирует применительно к российским реалиям допускаемое Конвенцией UPOV (п. 2 ст. 15) "необязательное" исключение, так называемую фермерскую оговорку: использование растительного материала, полученного в хозяйстве, в качестве семян для выращивания растений охраняемого сорта на территории этого хозяйства в течение двух лет не считается нарушением прав патентообладателя. Кодекс использует здесь термин "хозяйство" в отличие от Закона о селекционных достижениях (подп. "г" ст. 14), который употреблял слово "предприятие". Это изменение - в сопоставлении с оригинальными текстами Конвенции - призвано подчеркнуть два важнейших аспекта. Во-первых, право на такое изъятие из общих правомочий патентообладателя имеет только лицо, непосредственно осуществляющее сельскохозяйственное производство, обрабатывающее землю, а не собственник участка и не заказчик продукции. Во-вторых, замена предприятия хозяйством позволяет прямо и непосредственно распространить "фермерскую оговорку" на таких традиционных для России производителей сельскохозяйственной продукции, как личные подсобные хозяйства, дачные и садово-огородные участки <1>, предприятиями во всяком случае не являющиеся.

<1> См.: п. 1 ст. 2 Федерального закона от 7 июля 2003 г. N 112-ФЗ "О личном подсобном хозяйстве", ст. 1 Федерального закона от 15 апреля 1998 г. N 66-ФЗ "О садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединениях граждан", подп. 1 п. 2 ст. 3 Федерального закона от 29 декабря 2006 г. N 264-ФЗ "О развитии сельского хозяйства".

Суммируя сказанное выше, можно сделать следующие выводы. Для некоммерческих целей в самом широком понимании, т.е. при отсутствии коммерческой прибыли от использования селекционного достижения, хотя бы такое использование и было связано с получением дохода, например, в натуральной форме - урожая (в терминологии ст. 136 ГК - "плодов"), семена охраняемого сорта могут в соответствии с подп. 1 ст. 1422 ГК использоваться для совершения любых действий, формально входящих в объем исключительного права (п. 3 ст. 1421). Для коммерческих целей не ограничивается в использовании любая продукция, произведенная из семян, за исключением действий, совершаемых в целях размножения растений сорта либо создающих "реальную угрозу" такого размножения (см. подп. 6 ст. 1422 ГК). Таким образом, реализация алгоритма "легальные семена - урожай - продукция - продажа" абсолютно законна во всех случаях, без каких бы то ни было исключений, тогда как деятельность по схеме "легальные семена - "первый" урожай - собственные семена второго поколения - "второй" урожай - продукция - продажа" почти всегда является нарушением исключительного права. Единственное изъятие из этого правила - "фермерская оговорка", о которой уже говорилось выше: для сельскохозяйственного производства (для выращивания "на территории хозяйства") последняя из приведенных выше схем является допустимой "в течение двух лет". Поскольку речь идет именно об использовании растительного материала, а не исходных семян, из которых он выращен, то указанный срок начинает течь с момента получения этого растительного материала, т.е. со дня сбора урожая собственных семян, а не со дня приобретения или посева семян, полученных от патентообладателя или лицензиата.

Исключительный характер "фермерской оговорки" подчеркивается ее неуниверсальностью: льгота распространяется только на ту часть родов и видов растений, которая охватывается специальным перечнем, устанавливаемым Правительством РФ (подп. 4 ст. 1422 ГК) <1>.

<1> Действующий Перечень утвержден Постановлением Правительства РФ от 12 августа 1994 г. N 918.

Положения Конвенции UPOV Гражданским кодексом (как и ранее Законом о селекционных достижениях) по аналогии распространены на породы животных (подп. 5 ст. 1422). При этом использование в данном контексте понятия "товарное животное" на первый взгляд выглядит логической ошибкой, соединением в одном суждении несоединимых понятий (катахрезой), поскольку речь в данном случае никак не может идти о введении в оборот, т.е. о товаре. Однако нужно помнить, что в соответствии с законодательством о племенном животноводстве товарное животное по определению используется для любых целей, отличных от воспроизводства породы. И если хозяйство разводит коров охраняемой породы, то продавать их оно не имеет права: их продажа как племенных животных, т.е. в целях разведения породы, была бы нарушением исключительного права, предусмотренного подп. 4 п. 3 ст. 1421 (точно так же хозяйство не вправе продавать выращенные им семена в соответствии с подп. 4 ст. 1422), а продажа живых "товарных" животных (например, тягловых волов) - нарушением условия подп. 5 ст. 1422 ГК об "использовании в данном хозяйстве". Но продавать молоко (для получения которого и "используются в данном хозяйстве" эти коровы), шерсть, если это овцы, козы

или кролики, даже мясо собственного производства вполне возможно. Причем - в отличие от семян и растительного материала - правило подп. 5 ст. 1422 ГК не ограничено сроком.

Условия предоставления селекционному
достижению правовой охраны
(статьи 1413, 1437, 1438, 1441, 1442)

7. Сначала Гражданский кодекс устанавливает (п. 1 ст. 1412): для того, чтобы быть объектом интеллектуальных прав, селекционное достижение должно отвечать "установленным настоящим Кодексом требованиям". Затем ст. 1413 формулирует два условия охраноспособности (п. 1):

- соответствие селекционного достижения "критериям охраноспособности";
- принадлежность сорта или породы к роду и виду растений или животных, включенному в перечень, который устанавливается федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим нормативно-правовое регулирование в сфере сельского хозяйства, т.е. Министерством сельского хозяйства РФ.

8. Кодекс предусматривает четыре критерия охраноспособности селекционного достижения. Из них три - отличимость, однородность и стабильность <1> - используются для выделения сорта или породы как таковых, и лишь четвертый критерий - новизна - только и делает сорт или породу в действительности охраноспособными. Именно этот критерий является главным, именно с него Гражданский кодекс начинает описание условий предоставления селекционному достижению правовой охраны. И именно в трактовке критерия новизны в наибольшей степени проявляется отличие селекционных достижений от других объектов интеллектуальных прав, в первую очередь от изобретений и полезных моделей.

<1> Distinctness-uniformity-stability; аббревиатура DUS является
общеупотребительной.

Особенность селекционных достижений в том, что самой природой возможность воспроизводства сортов растений и пород животных, их объективного воплощения в материальных объектах ограничена естественно-биологическими свойствами таких объектов. Любая информация нематериальна и не привязана к конкретному носителю, инвариантна ему <1>. Генетическая информация не составляет исключения, однако в данном случае воспроизведение, распространение этой информации могут быть осуществлены только путем использования конкретной материальной субстанции - "генетического материала", животных и растений, способных к воспроизводству, семян, эмбрионов, клеточных культур - любого материала растительного или животного происхождения, содержащего функциональные единицы наследственности (ст. 2 Конвенции UNEP о биологическом разнообразии 1992 г. <2>). Сорт растения, порода животных просто не могут существовать без своего материального носителя, в котором они только и воплощаются, реализуются, в котором они "представлены" (п. 2 и 3 ст. 1412 ГК).

<1> Городов О.А. Основы информационного права России. М., 2003. С. 14 - 16, 23.

<2> Конвенция принята в Рио-де-Жанейро 5 июня 1992 г. Российская Федерация ратифицировала Конвенцию в 1995 г. (Федеральный закон от 17 февраля 1995 г. N 16-ФЗ).

Для изобретения новизна эквивалентна неизвестности: новым признается то, чего ранее никогда не было, что не совпадает ни с чем ранее известным "из уровня техники" и не следует из этого известного очевидным для специалиста образом. Для селекционного же достижения понятие новизны имеет совершенно другой смысл. Если ничего подобного

новому сорту до его создания не существовало - это не новизна, это отличимость. Новизна же связывается законом только с физической недоступностью для других лиц материальной субстанции, позволяющей воспроизвести сорт или породу.

Экспертиза селекционного достижения начинается с проверки именно этого критерия; при отсутствии новизны отличимость, однородность и стабильность не имеют правового значения, в выдаче патента на селекционное достижение должно быть отказано (п. 2 ст. 1437 ГК). Поэтому представляется совершенно неправильным буквальное толкование соответствующих положений Кодекса, приводящее к странному по меньшей мере выводу о том, что в отсутствие ходатайства заинтересованного лица (п. 1 ст. 1437) экспертиза на новизну может не проводиться вовсе и новизна селекционного достижения фактически должна презюмироваться. Конвенция UPOV (ст. 12) императивно требует получить ответ на вопрос, отвечает ли селекционное достижение условиям охраноспособности "в соответствии со статьями 5 - 9", а не "7 - 9". Это означает, что новизна селекционного достижения, упомянутая в ст. 5 и прямо предусмотренная посвященной ей ст. 6 Конвенции, в ходе специальной экспертизы должна быть проверена "компетентным органом государства" в обязательном порядке. Термин "экспертиза" здесь не может трактоваться в том смысле, который устойчиво придается ему процессуальным законодательством. В данном случае речь идет не об установлении какого-либо обстоятельства, для которого требуются специальные знания, как в случае экспертизы на новизну, например изобретения (для которого понятие "новизна" имеет, как уже говорилось, совершенно иное содержание), а об установлении факта, имеющего юридическое значение <1>.

<1> Само слово "экспертиза" перешло в текст ст. 1437 Гражданского кодекса из русского перевода Конвенции. Уже в следующей статье Кодекса (п. 1 ст. 1438) тому же самому понятию Конвенции (examination) соответствует слово "испытания".

Федеральный орган исполнительной власти по селекционным достижениям должен принять решение о соответствии селекционного достижения критерию новизны "по имеющимся материалам" (п. 2 ст. 1437 ГК). При этом перечень таких материалов ни в коем случае не может исчерпываться содержанием заявки, определенным ГК (п. 2 ст. 1433), здесь-то как раз и может потребоваться представление заявителем "уточняющих" материалов (п. 2 ст. 1435 ГК). Именно такие материалы заявитель "обязан представить в установленный срок", поскольку в их отсутствие Кодекс позволяет федеральному органу исполнительной власти по селекционным достижениям провести экспертизу "по имеющимся материалам" и принять решение. Это положение полностью соответствует идеологии процессуального законодательства, в частности норме п. 1 ст. 68 ГПК РФ, предоставляющей суду право обосновать свои выводы объяснениями стороны, если другая сторона удерживает и не предоставляет имеющиеся у нее доказательства по делу.

Факт состоявшейся более года назад сделки с семенами сорта, который претендует на правовую охрану, совершенной к тому же другим лицом, как правило, практически недоказуем. Однако российское законодательство позволяет в ряде случаев ставить и решать этот вопрос иначе. Весьма часто можно доказать, что более чем за один год до подачи заявки на получение патента заявитель рекламировал семена патентуемого сорта, в том числе и в периодических печатных изданиях, рассчитанных на потребителя, или путем рассылки прайс-листов. Следы, письменные доказательства совершения таких действий остаются и вполне доступны заинтересованному лицу. Разумеется, заявитель немедленно выдвигает самый естественный из аргументов: факт рекламирования не имеет правового значения, должен быть установлен факт продажи, возмездного отчуждения конкретному третьему лицу. В противном случае, по его мнению, для утверждений об утрате новизны селекционного достижения нет законных оснований. Однако для утраты новизны селекционного достижения достаточно установить не "факт продажи", т.е. факт

заключения договора, а факт нахождения в продаже, т.е. совершения необходимых действий одним лишь селекционером или его правопреемником, в частности, путем размещения в средствах массовой информации публичной оферты договора розничной купли-продажи (ст. 494 ГК). В конкретном деле этот естественный вывод был в конце концов, после почти двухлетнего разбирательства, поддержан и Государственной комиссией РФ по испытанию и охране селекционных достижений <1>.

<1> Протокол заседания коллегии Апелляционной комиссии ФГУ "Госсорткомиссия" от 23 июня 2005 г. N 7.

9. Критерий отличимости предполагает возможность обнаружения различий при сравнении сорта или породы с любым другим селекционным достижением, которое может быть названо общеизвестным. Вопрос в том, что именно можно и должно считать "общеизвестным". И если Закон о селекционных достижениях (подп. "б" ч. 2 ст. 4) содержал лишь примеры возможных источников "общеизвестности" селекционного достижения, то Кодекс, как представляется на первый взгляд, устанавливает их исчерпывающий перечень: официальные каталоги, справочный фонд, описания в публикациях (абз. 2 п. 4 ст. 1413). В то же время Конвенция UPOV в редакции 1991 г. (ст. 7) не расшифровывает понятие "отличимость", она упоминает только частный случай общеизвестности, предусмотренный Кодексом (абз. 3 п. 4 ст. 1413), включая, в отличие от ГК, и тот его вариант, когда государство - участник Конвенции требует официальной регистрации любых сортов, не только патентуемых, и заявка подается на включение неохраняемого сорта в соответствующий реестр. В данном случае текст нормы в абз. 2 п. 4 ст. 1413 Кодекса, скорее, опирается на положение Конвенции в предыдущей редакции - 1978 г. (подп. "а" п. 1 ст. 6): "Известность может быть доказана... например ссылками на уже выращиваемую или продаваемую культуру, запись полученных или уже выращиваемых сортов в официальном реестре, наличие их в фонде коллекций или точное описание в публикации". Однако и этот перечень, как видно из приведенного текста, принципиально открыт. Объяснение его закрытия в ГК, вероятно, следует искать в развитии информационных технологий, почти безгранично расширивших за время, прошедшее с 1978 г., объем понятия "публикация".

10. Толкование и применение критериев однородности и стабильности (п. 5 и 6 ст. 1413 ГК), как представляется, не требуют дополнительного комментария. По сути это установление той же самой отличимости (в данном случае, скорее, отсутствия отличимости). Для целей применения этих критериев селекционное достижение сравнивается не с другими сортами или породами, а с самим собой - в пространстве (для однородности) или во времени (для стабильности).

11. Что же касается второго условия охраноспособности, названного в п. 1 ст. 1413 ГК, - устанавливаемого Минсельхозом России перечня ботанических и зоологических родов и видов, "членство" в котором необходимо для правовой охраны селекционного достижения, то Конвенция UPOV предусматривает, что каждая страна-участница, присоединившаяся к Конвенции в редакции 1991 г. (т.е. в том числе и Российская Федерация), приняла на себя обязательство применять ее положения "по крайней мере" к пятнадцати родам и видам, а самое позднее по истечении десяти лет с даты присоединения - ко всем родам и видам растений (п. 2 ст. 3). В настоящее время в России фактическая ситуация такова: далеко не все достижения отечественной селекции охраноспособны изначально. Для того чтобы сорт растения мог охраняться на территории Российской Федерации, ботанический род или вид, к которому принадлежит этот сорт, должен быть включен в Перечень родов и видов, селекционные достижения которых подлежат охране в Российской Федерации <1> (п. 1 ст. 1413). В 90-х годах прошлого века Перечень неоднократно пополнялся, сегодня в нем более ста родов и видов культурных растений. И естественно, на практике многократно возникала ситуация, когда селекционер

реально создавал новый сорт, но на получение патента претендовать не мог в связи с тем, что соответствующий род или вид в тот период не был включен в Перечень и ни один сорт растений такого рода или вида не охранялся. Сорт вносился в Государственный реестр селекционных достижений, допущенных к использованию, его семена поступали на рынок, сорт использовался несколько лет или даже несколько десятилетий - и в какой-то момент ботанический таксон наконец включался в Перечень. Новизна сорта к этому моменту, бесспорно, была утрачена. Однако Закон о селекционных достижениях (п. 3 ст. 4) оставлял "лазейку": если "на дату включения соответствующих родов и видов в перечень охраняемых селекционных достижений" сорт был зарегистрирован в Государственном реестре селекционных достижений, допущенных к использованию, он мог быть признан охраноспособным без предъявления требования новизны. В том же режиме могло осуществляться и патентование сортов и пород, созданных еще в советскую эпоху <2>.

<1> Кодексом точное наименование Перечня не определено. Названием, приведенным выше, его именует Государственная комиссия РФ по испытанию и охране селекционных достижений, которая сегодня ведет и дополняет Перечень. Закон о селекционных достижениях (п. 3 ст. 4) называл его "перечнем охраняемых селекционных достижений".

<2> Например, арбуз "Астраханский", томат "Москвич", знаменитый огурец "Зозуля" ко дню подачи заявки на выдачу патента выращивались, продавались и использовались почти тридцать лет.

Казалось бы, налицо торжество справедливости. Тем более что и Конвенция UPOV (подп. 2 п. 1 ст. 3) предоставила государствам - участникам Международного союза по охране новых сортов растений возможность не предъявлять требование новизны к сортам, относящимся к тем родам или видам растений, на которые правовая охрана ранее не распространялась. Правда, Конвенция предусмотрела это только в отношении "недавно выведенных сортов", однако Закон о селекционных достижениях этой оговорки не учитывал. В результате в условиях рыночной экономики селекционер, патентуя "старый" сорт, получал не только исключительное право на селекционное достижение, но и возможность фактически присвоить результаты маркетинговой деятельности десятков хозяйствующих субъектов, использовавших сорт до того, как он смог получить статус охраняемого. Ведь нельзя не учитывать, что селекционер в свое время работал над выведением сорта, прекрасно зная о его непатентоспособности; им сознательно создавался не охраняемый объект интеллектуальных прав, а продукт для свободного пользования.

В рамках авторского права сама возможность "внезапного" возникновения авторских прав *post factum* исключена. Патентное законодательство для разрешения обсуждаемой проблемы ввело понятие "право преждепользования" <1>. Любой, кто до даты приоритета изобретения (т.е. до подачи заявки) добросовестно использовал аналогичное техническое решение, сохраняет право на его использование, хотя и "без расширения объема" (см. ст. 1361 ГК). Конечно, для изобретений в Законе указано, что имеется в виду лицо, которое использовало тождественное техническое решение, "созданное независимо от автора", тогда как для селекционного достижения подобная ситуация практически невозможна. Однако ведь и требование к новизне, предъявляемое к изобретениям, является абсолютным; сама возможность какого-либо исключения этого требования в рамках патентного права немыслима.

<1> Статья 12 Патентного закона РФ от 23 сентября 1992 г. N 3517-1 (в редакции от 2 февраля 2006 г.).

Для Российской Федерации десятилетний срок, предоставленный Конвенцией по охране новых сортов растений, истекает 24 апреля 2008 г.; таким образом, после вступления в силу части четвертой Гражданского кодекса, пусть чуть более ста дней, его нормы будут действовать в условиях, когда существование российского Перечня в отношении ботанических родов и видов еще допускается международным правом. Кроме того, наша страна не принимала на себя аналогичных обязательств в отношении зоологических таксонов, для них подобный Перечень может существовать и далее. Однако Кодекс, в отличие от Закона 1993 г., от оговорки Конвенции о "недавно созданных сортах" отказался полностью.

Авторство. Права автора и патентообладателя.

Переход прав к другому лицу
(статьи 1410, 1411, 1418 - 1420, 1423 - 1429)

12. Автором селекционного достижения может быть признан только гражданин, творческим трудом которого "создано, выведено или выявлено" селекционное достижение (ст. 1410 ГК). Что должно означать в этом контексте слово "выявлен"? Очевидно, что здесь не может иметься в виду ситуация, когда кто-то просто обнаружил неизвестную ранее разновидность биологического объекта и пытается закрепить за собой исключительное право на нее или путем индивидуального отбора "выявил" в группе исходных растений экземпляр-мутант и заявляет, что именно этим растением "представлен" отныне новый охраноспособный сорт. Здесь, к сожалению, снова налицо образчик не вполне аутентичной переработки Конвенции; эта неточность "унаследована" Кодексом от Закона о селекционных достижениях. "Лицо, которое создало, выявило или вывело сорт" - именно так был переведен на русский язык и затем включен в текст Закона о селекционных достижениях речевой оборот, который во всех языках предполагает не только обнаружение биологического объекта, чем-то отличающегося от своих собратьев, но и - обязательно! - последующую его творческую разработку <1>.

<1> И английское *discovered and developed*, и немецкое *entdeckt und entwickelt hat* в тексте Конвенции означают: "открыл, обнаружил" и затем "разработал, развил, усовершенствовал"; смысл же французского выражения *a decouvert et mis au point* точнее всего может быть передан так: "открыл" и "довел до ума".

Лицо, указанное в качестве автора в заявке, считается таковым, если не доказано иное (ст. 1410 ГК). Применительно к селекционным достижениям это положение появилось в законе впервые. Споры о "полном" авторстве селекционных достижений весьма редки. Гораздо чаще, вероятно, будут возникать споры об авторстве частичном, о соавторстве. Для селекционных достижений институт соавторства в явном виде также предусмотрен Кодексом впервые (ст. 1411); на основании Закона о селекционных достижениях оно могло только подразумеваться по аналогии с законодательством об изобретениях. Соответственно и понимание соавторства в этой области сформировалось под влиянием изобретательского права. "Общий принцип, из которого исходит действующее законодательство, заключается в том, что соавторами признаются все лица, принявшие творческое участие в селекционной работе. Соавторство возникает независимо от степени и времени участия в совместном творческом процессе. Например, соавтором должен быть признан любой специалист, привлеченный к работе по выведению нового сорта, если им творчески решена конкретная задача, без которой был бы невозможен конкретный результат. Напротив, техническая помощь в выведении нового сорта, сколь бы важной она ни была, к соавторству не приводит" <1>. Между тем именно в сфере селекции, где тщательная, часто многолетняя, техническая работа оказывается едва ли не главной составной частью творческого процесса, провести такое разделение особенно

трудно. Чудесные гладиолусы и астры, новую породу хомячков или аквариумных рыбок способен вывести селекционер-любитель, "одиночка", над сортом пшеницы десятилетиями могут работать целые институты <2>.

<1> Сергеев А.П. Указ. соч. С. 655.

<2> Неудивительно, что в этих институтах десятилетиями зреет мысль о том, что автором селекционного достижения во многих случаях было бы правильным признавать юридическое лицо. Как некое условное объединение соавторов, своего рода авторский коллектив a priori. Эта позиция основывается, как правило, на полном игнорировании различия личных и исключительных прав, на фатальном непонимании такого различия.

Гражданский кодекс последовательно исходит из того, что право признаваться автором, будучи личным правом, может возникать только у реальных личностей, у гражданина или группы граждан. Право авторства неотчуждаемо и непередаваемо, отказ от этого права ничтожен (ст. 1418). Быть автором творческого произведения - способность, неотъемлемое свойство разумного существа.

13. Исключительное право на селекционное достижение первоначально также возникает у автора. Оно может быть передано по договору либо перейти к другим лицам по основаниям, установленным законом (п. 3 ст. 1228 ГК). И важнейшим из таких оснований закон считает создание селекционного достижения во исполнение обязательства, принятого на себя по трудовому или гражданско-правовому договору.

Кодекс устанавливает, что договор об отчуждении права на получение патента на селекционное достижение должен быть заключен в письменной форме (п. 3 ст. 1420), несоблюдение письменной формы договора влечет его недействительность. Поскольку право на получение патента может перейти к работодателю на основании трудового договора, на первый взгляд может показаться, что отсутствие оформленного в надлежащей форме трудового договора хотя и не повлечет признание его незаключенным (ст. 67 Трудового кодекса РФ), однако уже не позволит работодателю подать заявку на получение патента. Казалось бы, создается парадоксальная ситуация, когда один и тот же трудовой договор с точки зрения трудового права заключен и вполне действителен, хотя и не оформлен, с точки же зрения права гражданского - недействителен. Однако это впечатление ошибочно. В данном случае исключительные права не передаются работодателю по договору, а переходят к нему по предусмотренному законом основанию - в связи с получением автором творческого результата в ходе выполнения служебного задания (п. 3 ст. 1430 ГК). Логическая цепочка "договор - передача права" несоблюдением письменной формы этого договора была бы разорвана; для цепочки же "трудовой договор - трудовые отношения - служебное задание - переход права" дефект формы в ее первом звене действительности последнего звена не затрагивает.

Понятие служебного селекционного достижения было хорошо известно Закону 1993 г. (ч. 2 ст. 5). Кодекс лишь исправил не вполне точную формулировку, установив, что работодателю "по умолчанию" принадлежит не просто право на получение патента, а непосредственно исключительное право (п. 3 ст. 1430), хотя и являющееся в данном случае не первоначальным, а производным от права автора. Руководство организации-работодателя должно быть уведомлено автором (п. 4 ст. 1430) и располагает четырехмесячным сроком для принятия решения о способе реализации возникших прав: подать заявку на выдачу патента от имени организации, передать право на подачу заявки другому лицу, принять решение о сохранении полученного результата в тайне или воздержаться от всех этих действий, сохранив за собой право использования селекционного достижения "в собственном производстве" на условиях простой (неисключительной) лицензии.

Если соглашением работника и работодателя предусмотрено, что исключительное право на селекционное достижение сохраняется за работником, тот даже не обязан

извещать работодателя о получении охраноспособного творческого результата, т.е. о создании селекционного достижения (см. п. 4 и 3 ст. 1430 ГК). Если это прямо не предусмотрено упомянутым выше соглашением, работодатель не вправе требовать и предоставления ему простой лицензии - ни безвозмездной, как в случае, если селекционное достижение выведено работником "не в порядке выполнения своих трудовых обязанностей или конкретного задания работодателя" (п. 6 ст. 1430), ни даже возмездной (п. 4). В подобных случаях автору следует быть готовым к тому, что работодателю может оказаться выгодным (поскольку в этом случае работодатель гарантирует себе безвозмездную лицензию) неожиданно заявить и, возможно, возбудить спор о том, что выведенное работником селекционное достижение, хотя и было получено автором "с использованием денежных, технических или иных материальных средств работодателя", не является служебным.

14. Гражданский кодекс фактически разделяет права, принадлежащие автору селекционного достижения, на две категории. Первая из них (п. 1 ст. 1408), объединяющая исключительное право и право авторства, может считаться "безусловной". Вторая, в которую наряду с правом на наименование и правом на вознаграждение включено (п. 2) и право на получение патента <1>, принадлежат автору "в случаях, предусмотренных настоящим Кодексом", т.е. в других случаях, вообще говоря, могут и не принадлежать ему - не принадлежать никому или, вероятно, принадлежать кому-то другому. И напротив, возможна ситуация, когда селекционное достижение не патентуется вовсе, исключительное право просто не возникает и соответственно не признается (ст. 1409) и не охраняется (ст. 1414). В этом случае могут использоваться иные, альтернативные способы охраны результатов интеллектуальной деятельности, допускаемые действующим законодательством. Например, гетерозисные растительные гибриды F1 создаются и обновляются непрерывно; для некоторых родов и видов срок "коммерческой жизни" гибрида не превышает одного-двух сезонов. Воспроизвести гибриды генеративным путем (семенами) с сохранением критериев DUS невозможно из-за менделевского расщепления признаков уже в поколении F2; вегетативное размножение в коммерческих объемах бессмысленно из-за его технической сложности и дороговизны. Патентовать многие гибриды на три десятилетия не имеет ни малейшего смысла, их гораздо проще (и дешевле) охранять в рамках института коммерческой тайны, сохраняя контроль за производством семян и удерживая в секрете комбинацию скрещивания исходных родительских форм - видов, сортов или линий. Именно подобную ситуацию в первую очередь предполагает Кодекс, когда применительно к служебному селекционному достижению говорит о "сохранении информации о соответствующем результате в тайне" (п. 4 ст. 1430): результат селекции полностью патентоспособен, но работодатель автора совершенно сознательно отказывается от получения патента, предпочитая использовать полученный результат в режиме ноу-хау.

<1> О котором прямо сказано, что оно принадлежит автору "первоначально" (п. 1 ст. 1420).

15. Право на получение патента на селекционное достижение, первоначально принадлежащее автору (п. 1 ст. 1420 ГК), может перейти к другому лицу или быть ему передано в случаях и по основаниям, которые установлены законом (п. 2).

Во-первых, перечень "случаев и оснований", даваемый Кодексом, не должен трактоваться как исчерпывающий.

Во-вторых, в связи с осуществлением автором своего права распоряжения правом на получение патента (п. 3 ст. 1411 ГК) возникает существенная сложность, поскольку соавторами распоряжение правом на получение патента на селекционное достижение осуществляется совместно. Это право не зарегистрировано, и приобретатель права вынужден верить автору на слово, что соавторы, которые могли бы заявить протест

против распоряжения этим правом, в данном случае отсутствуют. Этот риск не имеет ни малейшего отношения к "риску непатентоспособности", который по умолчанию также ложится на приобретателя.

Кодекс устанавливает, что заявка на выдачу патента подается заявителем "с указанием автора селекционного достижения и лица, на имя которого испрашивается патент" (подп. 1 п. 2 ст. 1433), но без каких-либо указаний на то, какой именно из возможных "случаев и оснований" позволил заявителю в данном случае испрашивать патент на свое имя, а не на имя автора. Если впоследствии окажется, что "лицо, указанное в патенте в качестве патентообладателя, не имело законных оснований для получения патента", то выданный патент может быть признан недействительным (подп. 3 п. 1 ст. 1441). Однако на стадии испрашивания правовой охраны это обстоятельство не проверяется и основанием для отказа в выдаче патента не является.

Добровольное отчуждение исключительного права на селекционное достижение возможно на любой стадии: после получения патента - в виде отчуждения патента; до получения патента (в том числе и до подачи заявки на получение патента) - в виде отчуждения права на получение патента. Поскольку в период временной правовой охраны, т.е. во временной промежуток между подачей заявки и получением патента, заявителю разрешена передача семян или племенного материала, связанная с отчуждением права на получение патента (п. 3 ст. 1436), разрешено, следовательно, и такое отчуждение. Таким образом, Кодекс допускает замену лица и на этой стадии; возможна ситуация, когда заявку подает одно лицо, а патент получит другое. Правилами, которые предстоит устанавливать федеральному органу исполнительной власти, осуществляющему нормативно-правовое регулирование в сфере сельского хозяйства (п. 3 ст. 1433 и др.), и сама возможность такой замены, и механизм ее технического осуществления должны быть предусмотрены.

16. Публичное предложение о заключении договора об отчуждении патента на селекционное достижение (ст. 1427 ГК) является одной из своеобразных форм публичной оферты (ст. 437 ГК). Во-первых, это классический случай единичной оферты. Как и на любую публичную оферту, на публикацию о предлагаемом отчуждении патента возможно поступление неопределенного множества акцептов, однако первым же акцептом оферта будет исчерпана. Во-вторых, в данном случае Кодексом прямо предусмотрено право патентообладателя отозвать свое публичное предложение. Общие положения Гражданского кодекса о договорах (ст. 436) не предполагают возможности существования оферты, в том числе публичной, право отозвать которую существовало бы непосредственно в силу закона. Возможность отзыва может быть лишь непосредственно указана в самой оферте или вытекать "из существа предложения или обстановки, в которой оно было сделано": отзывность как свойство оферты связана в общих положениях гражданского законодательства не с законом, но лишь с волеизъявлением оферента, прямым или косвенным. Налицо, таким образом, важное и неочевидное исключение из общего правила.

Представляет интерес и вопрос о существенных условиях предлагаемого договора, которые, как известно, в оферте должны быть указаны в явном виде. В данном случае существенным условием договора об отчуждении патента является только его предмет, поскольку все прочие условия этого договора в силу императивного требования Кодекса подлежат эксплицированию из "установившейся практики". Здесь понятие "практика" используется Кодексом несколько иначе, чем в случае истребования принудительной лицензии. Поскольку заявка на получение патента только подается, лицензионная практика по данному селекционному достижению просто не могла сформироваться. Очевидно, будет использоваться "суммарная" сложившаяся практика по сходным, подобным, близким предложениям. Следует учитывать и то обстоятельство, что у самого заявителя, становящегося патентообладателем (поскольку заявка подана в установленном порядке, хотя патентные пошлины и не уплачивались; п. 1 ст. 1427), есть два года, чтобы

эту практику "установить", так как до поступления акцепта его право выступать в качестве лицензиара ничем не ограничено. В результате лицо, изъявившее впоследствии желание заключить договор на основании опубликованного предложения, рискует "унаследовать" вместе с патентом и несколько лицензионных договоров, уже заключенных прежним патентообладателем.

17. Одной из особенностей исключительного права является то, что право патентообладателя запрещать какие-либо действия серьезно ограничено институтом принудительной лицензии, положения о которой применительно к селекционным достижениям раскрываются в ст. 1423 ГК.

Соискатель лицензии, желающий использовать чужое селекционное достижение, вынужден фактически обращаться к патентообладателю с предложением направить оферту. Выставить оферту сам он не в состоянии, поскольку не имеет информации о "сложившейся практике" и, следовательно, его предложение, направляемое патентообладателю, не может содержать всех существенных условий (п. 1 ст. 435 ГК). Однако и последний в этих условиях не может отвергнуть предложение просто на том основании, что оно не соответствует сложившейся практике. Патентообладатель вынужден либо "рассекретить" эти условия (и затем отказать соискателю, принявшему их, или доказывать в суде действительность этих условий, если соискатель, заподозривший, что планка предлагаемых условий искусственно завышена, будет оспаривать их "соответствие практике"), либо отказать соискателю без детального обоснования. И тот и другой случаи ведут в суд.

Если практика, которой должны соответствовать предложенные условия договора, еще не "сложилась", поскольку лицензии не выдавались, суд будет рассматривать условия, предложенные соискателем принудительной лицензии. Если же патентообладатель уже выдавал лицензии, определенная практика подобных договоров должна была сложиться; установленный в п. 1 ст. 1423 трехлетний срок дан Кодексом именно для этого. Обязанность доказывания наличия "установившейся практики" (и несоответствия ей предложения соискателя) фактически возложена Кодексом на патентообладателя, как и обязанность доказывания наличия любых других уважительных причин отказа в предоставлении заявителю лицензии (абз. 2 п. 1 ст. 1423).

Реальное положение вещей может оказаться иным, если "сведения о заключенных лицензионных договорах", вносимые в Государственный реестр охраняемых селекционных достижений (подп. 8 п. 2 ст. 1439 ГК), будут достаточно полными для того, чтобы можно было установить сложившуюся практику, относящуюся к делу. Порядок ведения Государственного реестра определяется Министерством сельского хозяйства <1>, которое и должно дать толкование того, что именно следует понимать под "сведениями о заключенных лицензионных договорах". Представляется, что "другие сведения, касающиеся охраны селекционных достижений", публикуемые в официальном бюллетене федерального органа исполнительной власти (подп. 5 п. 1 ст. 1443 ГК), должны включать и существенные условия лицензионных договоров.

<1> Пункт 5.2.5 Положения о Министерстве сельского хозяйства РФ, утвержденного Постановлением Правительства РФ от 24 марта 2006 г. N 164.

Истечение трехлетнего срока, установленного Кодексом (п. 1 ст. 1423), в известной мере способно ослабить положение подп. "б" п. 1 ст. 14 Конвенции UPOV о праве патентообладателя обуславливать предоставление лицензии "определенными условиями и ограничениями", иными словами, выторговывать для себя выгодные условия лицензии. Такие условия и ограничения, предъявленные им соискателям в течение первых трех лет (в том числе и в режиме открытой лицензии), будут вполне правомерными и, естественно, войдут в состав "складывающейся практики". Будучи же предъявлены позднее, они способны побудить соискателя к отказу от переговоров о заключении договора и переходу

к истребованию принудительной лицензии с указанием на то обстоятельство, что уже сложившейся ранее практике новые "условия и ограничения", предложенные патентообладателем, противоречат. Без сомнения, они и в этом случае могут быть учтены судом, однако уже только в составе "уважительных причин", предусмотренных абз. 2 п. 1 ст. 1423 ГК. Следовательно, отказ соискателя лицензии от таких условий может привести к отказу в выдаче лицензии; однако одновременно принять решение о выдаче принудительной лицензии и о включении в нее вопреки позиции соискателя лицензии новых условий, выдвинутых патентообладателем и не соответствующих "установившейся практике", суд не вправе.

18. Положения об открытой лицензии на селекционное достижение (ст. 1429 ГК) не содержат ничего принципиально нового. Следует лишь обратить внимание на то, что, в отличие от договора об отчуждении патента и от принудительной лицензии, для случая открытой лицензии условия ее предоставления определяются патентообладателем, а положения об "установившейся практике" не применяются (абз. 3 п. 1 ст. 1429).

По истечении трех лет со дня выдачи патента, вероятно, возможна конкуренция двух правовых режимов: открытой лицензии, где условия устанавливаются патентообладателем, и принудительной лицензии, условия которой устанавливаются судом. Поводом для обращения в суд как раз и может послужить то обстоятельство, что условия открытой лицензии противоречат "установившейся практике" (правда, теперь уже доказывать это обстоятельство вынужден будет соискатель лицензии), а заключить лицензионный договор на условиях, этой практике соответствующих, патентообладатель, судя по всему, отказывается.

19. Закон о селекционных достижениях предусматривал включение данных о лицензиях - исключительных, открытых и принудительных - в Государственный реестр охраняемых селекционных достижений (ст. 11). Гражданский же кодекс (подп. 8 п. 2 ст. 1439) предусматривает включение в этот Реестр "сведений о заключенных лицензионных договорах". Представляется, что упоминание только о "заключенных договорах" не должно оставить за пределами Реестра законные лицензии, т.е. случаи приобретения права использования селекционного достижения работодателем или заказчиком автора в силу прямого указания закона (п. 4 ст. 1430, п. 3 ст. 1431) на основании трудового или иного договора, который по общему правилу федеральным органом исполнительной власти по селекционным достижениям не регистрируется. В противном случае при отчуждении права на получение патента в случае отчуждения патента или выдачи исключительной лицензии селекционер-правообладатель должен будет нести ответственность за убытки, причиненные новому правообладателю или лицензиату, поскольку тот не знал и не мог знать об обременении приобретаемого права.

20. Истечение срока правовой охраны означает переход селекционного достижения в общественное достояние. Статья 1425 - новелла Кодекса. Ранее положения о переходе в общественное достояние если и могли применяться к селекционным достижениям, то только по аналогии; Закон 1993 г. о порядке и условиях использования сортов и пород, срок правовой охраны которых истек, умалчивал <1>.

<1> В этих условиях Постановление Правительства РФ от 12 августа 1994 г. N 918 "О мерах по реализации Закона Российской Федерации "О селекционных достижениях" предприняло попытку регулирования даже "имущественных прав" авторов неохранных результатов селекции, устанавливая, что "лица, использующие семена сортов растений и племенной материал пород животных, не охраняемых патентом на селекционное достижение, с целью их репродукции до истечения 20-летнего срока с года допуска сорта, породы к использованию, обязаны заключить с учреждением-оригинатором (автором) соглашение о вознаграждении за использование сорта, породы" (п. 3).

21. Последний из рассматриваемых вопросов, связанных с возникновением прав автора, касается приоритета. Положения о приоритете, естественные и традиционные практически для любого вида исключительных прав, применительно к селекционным достижениям требуют комментария.

Для селекционных достижений право приоритета практически означает следующее: во-первых, в течение одного года после подачи заявки на патентование сорта в иностранном государстве, с которым Россия заключила договор об охране селекционных достижений (п. 3 ст. 1434 ГК), в том числе в одной из стран - членов Международного союза по охране новых сортов растений (п. 1 ст. 11 Конвенции UPOV), заявку на получение патента в отношении этого селекционного достижения вправе подать в Российской Федерации только одно-единственное, вполне конкретное лицо - автор (или группа соавторов), а точнее, заявитель первой заявки. Во-вторых, возможна и обратная ситуация - когда первая заявка подана в Российской Федерации; следовательно, для того, чтобы воспользоваться за рубежом приоритетом, возникшим в связи с подачей заявки в России, необходим национальный механизм установления приоритета. Его и предусматривает норма в п. 1 ст. 1434 Кодекса: приоритет устанавливается по дате поступления заявки.

Казалось бы, норма в п. 2 той же статьи призвана разрешить вполне реальную коллизию: как быть, если две заявки будут поданы в один день? Тем более что эта норма практически дословно дублирует положение Закона о селекционных достижениях (ч. 2 ст. 7), в свою очередь, воспроизводившее Патентный закон РФ в его первоначальной редакции (п. 6 ст. 19) <1>. В данном случае, к сожалению, налицо следы не вполне удачных попыток унификации законодательства об интеллектуальных правах, осуществлявшихся без должного учета особенностей охраняемых объектов. Само понятие приоритета основано на той исходной посылке, что на тот или иной объект интеллектуальных прав возможна подача двух или более независимых и равно легитимных заявок. В отличие от изобретения одно и то же селекционное достижение практически невозможно создать двум независимым селекционерам. Две заявки на одно и то же селекционное достижение могут - возможно, в один и тот же день - подать только "зависимые" заявители: либо соавторы, либо селекционер и его работодатель или заказчик. В данном случае вопрос о приоритете ставиться не может, поскольку возникает вопрос о правомерности одной из заявок, а то и обеих сразу. Налицо спор о праве, а не о факте.

<1> Со дня вступления в силу Федерального закона от 7 февраля 2003 г. N 22-ФЗ эта ситуация разрешалась Патентным законом (теперь п. 7 ст. 19) совершенно иначе: патент выдавался по одной из заявок, но соавторами должны были быть признаны все авторы из обеих заявок. Это, кстати, практически соответствовало п. 7 ст. 14 Закона СССР от 31 мая 1991 г. N 2213-1 "Об изобретениях в СССР", согласно которому "если в процессе экспертизы установлено, что тождественные изобретения имеют одну и ту же дату приоритета, то с согласия заявителей им выдается один патент".

Право на наименование селекционного достижения (статья 1419)

22. В российском законодательстве категория права на наименование селекционного достижения предусмотрена Кодексом (ст. 1419) впервые. У автора сорта или породы есть две возможности: или назвать свое селекционное достижение самому, или согласиться с тем названием, которое предложено заявителем, в том числе работодателем или заказчиком. У заявителя нет ни права, ни возможности оспорить название, данное автором, следовательно, и навязать автору свое название сорта или породы.

Название селекционного достижения должно удовлетворить не только его автора, но и федеральный орган исполнительной власти, возможности "словотворчества" в данном случае существенно ограничены требованиями и условиями, предусмотренными Кодексом (п. 2 и 3 ст. 1419). Право на наименование в этом случае может быть защищено и в судебном порядке, поскольку отказ в регистрации предложенного наименования мало того что допускается только по мотивам несоответствия требованиям, предъявляемым Кодексом, но и может быть обжалован.

Следует учитывать два важных обстоятельства.

Во-первых, наименование охраняемого сорта или породы или обозначение, сходное с таким наименованием до степени смешения, может быть зарегистрировано и как товарный знак, причем в отношении "однородных товаров" - только самим патентообладателем (п. 8 ст. 1483 ГК). Однако для сортов растений верно и обратное. Если "в отношении однородных товаров" ранее зарегистрирован "чужой" товарный знак, попытка обозначить сорт аналогичным или сходным наименованием не может увенчаться успехом. Поскольку регистрацией названия охраняемого сорта не могут затрагиваться ранее приобретенные права третьих лиц, то в ситуации, когда "в силу ранее приобретенного права" (в первую очередь в связи с ранее состоявшейся регистрацией этого наименования в качестве товарного знака для семян, живых растений или иных однородных товаров) для любого иного лица использование предложенного автором наименования сорта оказывается невозможным, федеральный орган исполнительной власти по селекционным достижениям обязан будет потребовать от заявителя представить другое наименование для заявленного сорта (п. 4 ст. 20 Конвенции UPOV).

Во-вторых, Российская Федерация как страна - член Международного союза по охране новых сортов растений приняла на себя обязательство не только информировать компетентные органы других стран-членов о представлении, регистрации и отмене наименований охраняемых сортов растений, о любых иных вопросах, связанных с их наименованиями, но и принимать - и, следовательно, учитывать - ответные замечания (п. 6 ст. 20 Конвенции). Таким образом, необходимо считаться и с такой, вполне реальной, возможностью, когда окажется, что предложенное селекционером название не удовлетворило компетентный орган не своего, а иного государства.

Конвенция UPOV в редакции 1978 г. запрещала правообладателю давать сорту название, ранее уже зарегистрированное им как товарный знак, или же требовала отказаться от прав на такой знак после регистрации наименования сорта (п. 3 ст. 13). В редакции Женевского акта 1991 г. это требование устранено, что представляется вполне логичным. Если семена или племенной материал приобретены без нарушения исключительных прав, то дальнейшее использование наименования сорта или породы как в связи с таким материалом, так и в связи с животными или растениями, для выращивания которых они применялись в полном соответствии с законом и, следовательно, с согласия патентообладателя, правами на товарный знак ограничено быть не может в связи с их исчерпанием (ст. 1487 ГК). Если же материал для воспроизводства сорта или породы контрафактен, то регистрация товарного знака просто предоставляет правообладателю дополнительные возможности для защиты своих прав.

23. Исключительное право на служебное селекционное достижение, хотя и является производным от первоначального права автора (п. 3 ст. 1228 ГК), принадлежит работодателю с момента создания сорта или породы (п. 3 ст. 1430 ГК). Однако личные права остаются за автором. В число таких прав входит не только право авторства, но и право на наименование, а следствием последнего оказывается невозможность подачи заявки на выдачу патента иным лицом, в том числе работодателем, без представления доказательств того, что предлагаемое название селекционного достижения согласовано с автором (п. 3 ст. 1419 ГК). Возникающая здесь возможность злоупотреблений, в частности произвольного затягивания такого согласования, способного привести к просрочке

установленного в п. 4 ст. 1430 четырехмесячного срока для подачи заявки, может быть нейтрализована только в рамках категории злоупотребления правом (п. 1 и 2 ст. 10 ГК).

24. Необходимо обратить внимание на то, что нарушением прав патентообладателя признается Кодексом присвоение иного наименования только семенам или племенному материалу зарегистрированного селекционного достижения (п. 2 ст. 1446). Любое лицо, выставляющее на продажу посадочный материал охраняемого сорта, обязано использовать наименование этого сорта даже после истечения срока действия исключительного права; и ничто не должно препятствовать такому использованию (п. 7 ст. 20 Конвенции UPOV). Конвенция везде явным образом разделяет, а в данном случае, следовательно, противопоставляет "посадочный" материал "плодовому", т.е. материал "исходный", размножаемый (в первую очередь семена), материалу "итоговому", продукции собранного урожая. Точно так же Кодекс (в ст. 1412) явно противопоставляет племенной материал представляющей породу "мужской или женской особи". Следовательно, в пункте 2 статьи 1446 ГК действительно имеется в виду любой материал для воспроизводства или вегетативного размножения, все то, что Кодекс понимает под терминами "семена" для растений (п. 2 ст. 1421) и "племенной материал" для животных (п. 3 ст. 1412).

Таким образом, буквальное толкование нормы подп. 2 ст. 1446 ГК приводит к неожиданному на первый взгляд выводу: переименование растительного материала или товарного животного, т.е. биологического объекта, уже имеющего развитый фенотип, для установления несоответствия которого признакам сорта или породы, как правило, не требуется проведение специального исследования, может быть (разумеется, в зависимости от обстоятельств) квалифицировано как административное правонарушение в сфере законодательства о семеноводстве или племенном животноводстве, как обман потребителей или даже как мошенничество, однако оно не составляет нарушения интеллектуальных прав - ни исключительного права патентообладателя, ни личного неимущественного права автора на наименование селекционного достижения. Такое толкование целиком лежит в русле общей философии Гражданского кодекса, который по общему правилу не распространяет категорию интеллектуальных прав на объекты, не предназначенные для воспроизводства сорта или породы.

25. Наконец, в отношении права на наименование необходимо отметить еще одну важную особенность. Это право, являясь личным неимущественным, возникает в момент создания сорта или породы, однако защищается только в отношении "селекционных достижений", т.е. сортов и пород, претендующих на правовую охрану, охраняемых или ранее охранявшихся и перешедших в общественное достояние в связи с истечением срока патента. Право на наименование неохраняемого сорта, неохраняемой породы может, разумеется, защищаться, но другими способами - например, путем регистрации товарного знака (арсенал гражданского права достаточно богат) - не в рамках настоящей главы Гражданского кодекса.

Обязанности обладателя патента на селекционное достижение (статьи 1440 - 1442)

26. У критериев охраноспособности селекционного достижения разная судьба. Два из них - новизна и отличимость - имеют значение на стадии выдачи патента, на момент подачи заявки или на дату приоритета (подп. 2 п. 1 ст. 1441 ГК), два других - однородность и стабильность - должны соблюдаться в течение всего срока правовой охраны селекционного достижения (п. 1 ст. 1442 ГК).

В отличие от объектов интеллектуальных прав любого другого вида селекционное достижение требует постоянных усилий, целенаправленной деятельности по поддержанию охраняемого сорта или породы. Обязанность такого поддержания возложена Кодексом на патентообладателя (п. 1 ст. 1440). Федеральный закон "О

семеноводстве", вынужденный оперировать всеми, а не только охраняемыми сортами растений, вводит в этих целях специальную фигуру "оригинатора" сорта (ст. 6), предусматривая в числе прочего и необходимость специальной государственной регистрации такого лица вне зависимости от охраноспособности сорта <1>. Будучи зарегистрирован, оригинатор "поддерживает (сохраняет) сорт" <2>. С момента вступления части четвертой Гражданского кодекса РФ в силу регистрация оригинаторов сортов сельскохозяйственных растений оказывается излишней, поскольку все патентообладатели (и все необходимые сведения о лицензиатах, на которых обязанность поддержания сорта может быть возложена договором) должны вноситься в Государственный реестр охраняемых селекционных достижений, а регистрация неохраняемых сортов и пород, как и допуск их к использованию и соответственно Государственный реестр селекционных достижений, допущенных к использованию, Кодексом, в отличие от Закона о селекционных достижениях, не предусмотрены.

<1> См.: Положение о регистрации оригинатора сорта растения, утвержденное Приказом Минсельхозпрода России от 10 февраля 1999 г. N 50 (в редакции Приказа Минсельхоза России от 29 сентября 2003 г. N 1329).

<2> Соответственно п. 2 Правил составления и подачи заявки на допуск селекционного достижения к использованию, утвержденных Председателем Государственной комиссии РФ по испытанию и охране селекционных достижений 14 октября 1994 г. N 2-01/4, и п. 7 Положения о регистрации оригинатора сорта растения.

Поскольку Гражданский кодекс требует поддержания сорта или породы в течение всего срока правовой охраны, он допускает и возможность периодической проверки того, осуществляется ли такое поддержание ("контрольные испытания" или "инспекция на месте"; п. 2 ст. 1440). И если селекционное достижение более не соответствует критериям однородности и стабильности, действие патента прекращается досрочно (подп. 1 ст. 1442 ГК). В силу ст. 22 Конвенции UPOV удостоверенное патентом право может быть аннулировано, если доказано, что условия, связанные с однородностью и стабильностью, более не выполняются. Таким образом, в данном случае соответствие указанным критериям охраноспособности презюмируется, а факт несоответствия подлежит не просто исследованию, испытанию в техническом смысле, но именно доказыванию ("установлению") в смысле юридическом.

Ситуация, когда компетентный орган совершенно не в состоянии доказать что-либо без содействия оригинатора, а отмеченная выше презумпция тем не менее "работает" в пользу последнего, может повлечь злоупотребление правом. Поэтому вторым основанием досрочного прекращения действия патента закономерно оказывается отказ патентообладателя от сотрудничества с федеральным органом исполнительной власти по селекционным достижениям, непредставление этому органу возможности провести контрольные мероприятия в течение года с момента получения запроса (подп. 2 ст. 1442 ГК). У федерального органа есть две возможности проверить сохранность сорта или породы: запросить семена или племенной материал для проведения контрольных испытаний или же провести инспекционную проверку на месте. Патентообладатель обязан оказывать ему содействие в обоих случаях (п. 2 ст. 1440 ГК). Казалось бы, федеральный орган исполнительной власти вправе сам выбрать, какой из способов контроля предпочесть, а действие патента может быть прекращено, если патентообладатель не выполнил любую из указанных обязанностей - "или" не представил семена, племенной материал, необходимые документы и информацию, "или" не представил возможность провести инспекцию на месте (п. 2 ст. 1442 ГК). Для охраняемых пород животных такое буквальное толкование представляется вполне допустимым. Однако в отношении сортов растений следует учитывать изменения, внесенные в текст Конвенции UPOV Женевским актом 1991 г. Положение, аналогичное норме Кодекса, о

последствиях того, что правообладатель "не представил возможность провести инспекцию селекционного достижения на месте", в современном тексте Конвенции не просто отсутствует, оно из этого текста удалено, сознательно изъято. Последняя редакция Конвенции предполагает, что действие патента может быть прекращено, если по просьбе компетентного органа и в течение предписанного срока патентообладатель не представит компетентному органу информацию, документы или материал, которые считаются необходимыми для проверки "современного состояния" сорта (подп. "b" п. 1 ст. 22 Конвенции). Упоминание же о том, что правообладатель может быть лишен патента, если он не позволяет проверить меры, принятые для сохранения сорта (подп. "a" п. 3 ст. 10 Конвенции в редакции 1978 г.), из текста 1991 г. исключено.

Таким образом, патент на сорт растений не может быть аннулирован, пока федеральным органом не исчерпаны имеющиеся у него возможности для исследования сохранности сорта или породы. Если патентообладатель не желает допускать на свой опытно-производственный участок, в питомник или на ферму какую-либо инспекцию, однако готов выслать любые необходимые материалы и любую информацию, требования Конвенции соблюдены. Верно и обратное: если патентообладатель не может (или не хочет) направлять информацию или материалы, но предлагает в любое время "приехать и убедиться в сохранности сорта", он также ничего не нарушает и ему не может быть отказано в правовой охране селекционного достижения.

Использование селекционных достижений (статья 1444)

27. Помимо описания и анализа того, что сохранил Гражданский кодекс из числа ранее действовавших норм отечественного законодательства о селекции, а также что нового он привнес в эту сферу в сравнении с Законом о селекционных достижениях, немалый интерес - и теоретический, и в огромной степени практический - представляет исследование вопроса о том, что в гражданском законодательстве Российской Федерации сохранено не было, от чего именно Кодекс счел необходимым или возможным отказаться.

До вступления в силу части четвертой Гражданского кодекса практически все полномочия в сфере как правовой охраны селекционных достижений, так и использования неохраемых результатов селекции были возложены на Государственную комиссию РФ по испытанию и охране селекционных достижений <1>. Компетенция Госкомиссии была установлена как непосредственно Законом о селекционных достижениях (ст. 3, 4, 16, 20, 26, 28, 30, 32, 33), так и Положением о Государственной комиссии РФ по испытанию и охране селекционных достижений, утвержденным Постановлением Правительства РФ от 23 апреля 1994 г. N 390. С учетом того обстоятельства, что осуществление соответствующих функций в отношении всех иных, без каких-либо изъятий, видов объектов интеллектуальных прав поручалось Кодексом федеральным органам исполнительной власти в области патентов и товарных знаков, недопустимость возложения аналогичных функций в отношении селекционных достижений на федеральное государственное учреждение (пусть даже "специально уполномоченное", как предполагала первая редакция законопроекта) представлялась очевидной. Гражданским кодексом издание нормативных правовых актов в целях регулирования отношений, связанных с правовой охраной селекционных достижений, возложено на "уполномоченный федеральный орган исполнительной власти, осуществляющий нормативно-правовое регулирование в сфере сельского хозяйства", т.е. на Министерство сельского хозяйства Российской Федерации (п. 2 и 4 ст. 1246), которое исполняет сегодня функции по нормативно-правовому регулированию "в сфере агропромышленного комплекса" <2>. В то же время совершение юридически значимых действий, связанных с государственной регистрацией и правовой охраной селекционных достижений, отнесено Кодексом к компетенции "федерального органа исполнительной власти по селекционным

достижениям". И независимо от того, станет ли таким органом тот же Минсельхоз России (что представляется наиболее вероятным) или Федеральная служба по ветеринарному и фитосанитарному надзору (Россельхознадзор), совершенно очевидно, что сам перечень этих действий изменится, и прежде всего существенно сузится. Об основном отличии главы 73 Гражданского кодекса от Закона о селекционных достижениях уже говорилось: вслед за Основами гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г. Кодекс регулирует отношения по поводу не "сортов и пород" как таковых, но лишь по поводу вновь созданных и именно в силу этого патентоспособных результатов селекции. От воспроизведения любых правовых норм, регулирующих вопросы, не связанные с сортами растений или породами животных, которые охраняются патентом на селекционное достижение либо претендуют на правовую охрану, Гражданский кодекс принципиально отказался.

<1> Госсорткомиссия была учреждена при Министерстве сельского хозяйства РФ в 1994 г. на базе Всероссийской государственной комиссии по сортоиспытанию сельскохозяйственных культур, ее организаций, учреждений и предприятий и позднее преобразована в федеральное государственное учреждение (см. Постановления Правительства РФ от 23 апреля 1994 г. N 390, от 25 августа 1999 г. N 942).

<2> Пункт 1 Положения о Министерстве сельского хозяйства Российской Федерации, утвержденного Постановлением Правительства РФ от 24 марта 2006 г. N 164.

Первым и главным результатом этого стало переосмысление Кодексом норм, касающихся использования селекционных достижений (ст. 1444). Дело в том, что в статье 32 Закона о селекционных достижениях вопросам использования охраняемых селекционных достижений был посвящен только один абзац из семи. Прочие же нормы упомянутой статьи, посвященные Государственному реестру селекционных достижений, допущенных к использованию, и процедуре государственных испытаний, послужили основанием для распространения на семена любых сортов и племенной материал пород животных как видов объектов гражданских прав правового режима "вещей, ограниченных в обороте". То, что ранее действовавшее законодательство о селекционных достижениях именovalo внесением в Государственный реестр или допуском к использованию, по своей гражданско-правовой природе вынужденно было ничем иным как специальным разрешением, необходимым для самой возможности нахождения такого товара в гражданском обороте (п. 2 ст. 129 ГК РФ). Ни Закон РФ о селекционных достижениях, ни Федеральный закон о семеноводстве не содержат правовой нормы, прямо запрещающей оборот семян незарегистрированных сортов <1>. Более того, Гражданский кодекс РФ недвусмысленно требует: "Виды объектов гражданских прав... нахождение которых в обороте допускается по специальному разрешению (объекты, ограниченно оборотоспособные), определяются в порядке, установленном законом" (абз. 2 п. 2 ст. 129). А именно такого "порядка" федеральные законы как раз и не устанавливают. Фактический запрет, введенный Постановлением Правительства о мерах по реализации Закона о селекционных достижениях <2>, из самого текста Закона, вообще говоря, не следовал. Более того, сегодня положения Закона, "мерам по реализации" которых Постановление было посвящено, частью четвертой Гражданского кодекса РФ дезавуированы. Кодекс не предусматривает более ни разрешительного порядка допуска селекционных достижений к использованию в Российской Федерации или в отдельных ее регионах, ни проведения испытаний на хозяйственную полезность как обязательного условия возможности такого допуска.

<1> Обратим также внимание на то обстоятельство, что ни оборот, ни использование (в том числе употребление в пищу) растительного материала сортов, не включенных в

Государственный реестр селекционных достижений, допущенных к использованию, никогда и никак не ограничивались.

<2> "Министерству сельского хозяйства и продовольствия Российской Федерации совместно с другими заинтересованными федеральными органами исполнительной власти принять меры по предотвращению распространения не прошедших государственное испытание и производственную проверку сортов растений и пород животных" (п. 2 Постановления Правительства РФ от 12 августа 1994 г. N 918).

Добавим к сказанному: Кодекс признает за работодателем автора право сохранить результат селекции в тайне (п. 4 ст. 1430). В условиях существования процедуры допуска к использованию это практически невозможно, поскольку и описание селекционного достижения, и, следовательно, его анкета, прилагаемая к заявке на допуск, в обязательном порядке должны содержать "историю и метод выведения, создания, выявления селекционного достижения", а также указание исходных (родительских) форм, что немедленно "рассекречивает" растительные гибриды <1>.

<1> См.: Правила составления и подачи заявки на допуск селекционного достижения к использованию, утвержденные Госсорткомиссией России 14 октября 1994 г. N 2-01/4.

Один из основных аргументов, приводимых в защиту Государственного реестра селекционных достижений, допущенных к использованию, таков: только официальная регистрация всех используемых сортов, в том числе и не претендующих на правовую охрану, может позволить точно устанавливать само понятие соответствующего сорта и фиксировать его сортообразующие признаки, только такие реестры могут дать необходимый исходный материал для оценки селекционных достижений на новизну и отличимость; должен существовать некий банк данных, аккумулирующий описания признаков сортов и гибридов, сравнение с которыми только и может позволить установить, отличается ли какой-либо сорт "одним или несколькими признаками" от других сортов. Как вести эту работу, если не будет Госреестра? Ответ на этот вопрос можно найти в законодательном определении признака отличимости. Гражданский кодекс (п. 4 ст. 1413), как и ранее Закон о селекционных достижениях (подп. "б" п. 2 ст. 4), требует, чтобы конкретный сорт отличался от всех сортов, для которых такое отличие может быть установлено, - как от любых сортов, находящихся в официальных каталогах или в справочном фонде, так и от таких сортов, для которых где-либо опубликовано "точное описание", т.е. не опирается в этом вопросе ни на Государственный реестр селекционных достижений, допущенных к использованию, ни вообще на какие бы то ни было государственные реестры <1>. Искомый банк данных, возможно, и должен существовать, скорее всего, рано или поздно он будет создан - в нормально функционирующей рыночной экономике все, что ей необходимо, создается с неизбежностью, - однако его государственный статус совершенно излишен. Такова официальная позиция, занятая в ходе административной реформы Правительством Российской Федерации; соответствующие функции федеральных органов исполнительной власти неоднократно признавались излишними и подлежащими упразднению <2>. И формулировки Гражданского кодекса основываются в числе прочего и на этой ясно выраженной позиции.

<1> Конвенция UPOV в редакции 1978 г., устанавливая понятие известности сорта, поступала совершенно аналогичным образом: "...известность может быть доказана различными источниками, например ссылками на уже выращиваемую или продаваемую культуру, запись полученных или уже выращиваемых сортов в официальном реестре, наличие их в фонде коллекций или точное описание в публикации" (§ 1 ст. 6). Конвенция в редакции 1991 г. вообще не дает расшифровки понятия "отличимость" (ст. 7).

<2> См.: п. 2 Постановления Правительства РФ от 30 июня 2004 г. N 327, а также п. 2 Постановления Правительства РФ от 24 марта 2006 г. N 164.

28. Потеряли свою законодательную опору и некоторые иные функции государственного управления, предусмотренные другими федеральными законами, однако смысловой своей основой имевшие Закон о селекционных достижениях, в первую очередь функции, связанные с осуществлением сортового и семенного контроля как составной части процесса сертификации в семеноводстве и бонитировки племенной продукции <1> в животноводстве (эти функции были признаны Правительством РФ избыточными), а также с контролем внешнеторговых операций.

<1> Оценка племенных и продуктивных качеств племенной продукции (материала) в целях дальнейшего использования (ст. 2, 25 Федерального закона от 3 августа 1995 г. N 123-ФЗ "О племенном животноводстве"). Для семян растений практически аналогичную функцию выполняет так называемый сортовой и семенной контроль (ст. 1, 26, 27, 35 Федерального закона от 17 декабря 1997 г. N 149-ФЗ "О семеноводстве").

Закон о селекционных достижениях упоминал сертификаты, которыми должны сопровождаться "полученные на законных основаниях" семена или племенной материал, "реализуемые в соответствующем регионе Российской Федерации", в котором они допущены к использованию, призванные удостоверить их сортовую (породную) принадлежность, происхождение и качество (ч. 3 и 5 ст. 32). Использование Законом самого термина "сертификат", слова многозначного, обозначающего в зависимости от контекста документ, удостоверяющий либо фактические характеристики товара, либо соответствие этих характеристик обязательным требованиям или добровольно применяемым стандартам, либо же безопасность товара, следует признать крайне неудачным. Вывод о том, что семена или племенной материал являются товаром, для которого законом предусмотрено обязательное подтверждение соответствия (т.е. обязательная сертификация в том смысле, в каком это понятие используется законодательством о техническом регулировании), из анализа этой правовой нормы не следовал. Тем не менее построение системы сертификации семян началось с декабря 1993 г. <1> "в целях реализации" в числе прочего и Закона о селекционных достижениях. Правовая природа и смысл бонитировки племенной продукции <2> были практически аналогичными.

<1> Приказ Госстандарта России и Минсельхоза России от 21 декабря 1993 г. N 236/308 "О введении системы сертификации семенного и посадочного материала".

<2> Здесь следует принять во внимание, что и полномочие по выдаче сертификатов на племенную продукцию, осуществлявшейся Федеральным агентством по сельскому хозяйству до его упразднения, также было признано избыточным (п. 2 Постановления Правительства РФ от 30 июня 2004 г. N 328).

Гражданский кодекс устанавливает отныне лишь то, что реализуемые в Российской Федерации селекционные достижения должны сопровождаться документом, удостоверяющим сортовую или породную принадлежность и происхождение (п. 1 ст. 1444). Семена и племенной материал в большинстве случаев - еще не растение и не животное; их фенотипические характеристики, как правило, либо вовсе не развиты, либо еще не проявились до степени, позволяющей контрагенту уверенно идентифицировать сорт или породу. Поэтому покупатель нуждается, во-первых, в информации о сортовой или породной принадлежности, во-вторых, в идентификации лица, которое является источником этой информации и должно нести гражданско-правовую ответственность за ее соответствие действительности. При этом Кодекс подчеркнул, что в отношении

охраняемых селекционных достижений таким источником информации вправе выступать только лицо, являющееся "источником", легальным производителем реализуемого материала, происхождение которого в этом случае удостоверяется, - сам патентообладатель или обладатель лицензии (п. 2 ст. 1444). Семена ранее охранявшихся сортов, племенной материал пород животных, для которых было зарегистрировано и наименование, в отношении которого продолжают действовать личные права автора, и официальное описание, также должны сопровождаться указанным документом, позволяющим идентифицировать и само селекционное достижение, и лицо, вводящее товар в гражданский оборот и несущее ответственность за его соответствие заявленным сортовым (породным) характеристикам. Неохраняемые же результаты селекции, напомним, не охватываются предметом правового регулирования главы 73 Кодекса.

29. Что же касается контроля внешнеторговых операций, то Закон о селекционных достижениях (п. 1 ст. 13) содержал правовые нормы, регулирующие порядок ввоза на территорию Российской Федерации только семян сортов растений, охраняемых в Российской Федерации патентами на селекционные достижения и включенных соответственно в Государственный реестр охраняемых селекционных достижений. Через год после вступления Закона в силу Правительство РФ приняло Постановление N 918 о мерах по его реализации, в котором, как уже упоминалось, предложило Минсельхозпроду России "принять меры к предотвращению распространения" сортов и пород, не прошедших государственное испытание и производственную проверку, "имея в виду", что ввоз на территорию Российской Федерации семян сортов растений и племенного материала пород животных, не включенных в Государственный реестр селекционных достижений, допущенных к использованию, запрещен. Иметь в виду этот запрет до принятия Постановления Правительства Минсельхозпроду было сложно, поскольку до этого момента его просто не существовало, запрет фактически был введен именно этим Постановлением, а для племенного материала разрешительный порядок экспорта и импорта позднее был прямо предусмотрен Федеральным законом о племенном животноводстве <1>. В отношении же семян формулировка Постановления через некоторое время была дословно воспроизведена Инструкцией о ввозе семян (далее - Инструкция) <2>, разработанной именно "во исполнение п. 2 Постановления"; три года спустя аналогичная правовая норма была санкционирована Федеральным законом о семеноводстве <3>.

<1> Статья 11 Федерального закона о племенном животноводстве.

<2> Инструкция о ввозе на территорию Российской Федерации и вывозе с территории Российской Федерации семян сортов растений и племенного материала пород животных, утвержденная Минсельхозпродом России и ГТК России 8 мая 1997 г. N 12-04/5, 01-23/8667.

<3> Абзац второй статьи 33 Федерального закона о семеноводстве.

Федеральный закон не установил, каким образом может быть доказано, что тот или иной сорт включен в Государственный реестр. Казалось бы, для этого достаточно предъявить таможенному органу экземпляр Реестра, официально изданного Госкомиссией <1>. Но Инструкция требует: для представления таможенным органам на каждую партию семян Минсельхозпродом России (за подписью заместителя Министра) должна оформляться "выписка из Государственного реестра селекционных достижений, допущенных к использованию, по ввозимым семенам сортов растений, племенному материалу пород животных" <2>. Правовая природа выписки как способа удостоверения факта, способа, как это теперь очевидно, не вполне законного, оказалась к настоящему времени прочно забыта. Министерство сельского хозяйства РФ трактует выдачу выписки из Государственного реестра селекционных достижений, допущенных к использованию, как "разрешение на ввоз семян", аналогичное разрешению на ввоз племенного материала

(для которого в отличие от семян это, напомним, прямо предусмотрено специальным Федеральным законом). Подобная трактовка категорически противоречит действующему законодательству. Для ввоза партий семян в Российскую Федерацию не требуется каких-либо специальных разрешений публично-правового характера. Однако, к сожалению, несмотря на все, что было сказано выше о Госреестре, представление импортером доказательств того факта, что неохраняемый сорт растения, семена которого ввозятся в Российскую Федерацию, включен в Государственный реестр селекционных достижений, допущенных к использованию, и поныне является необходимым условием их ввоза на таможенную территорию страны и будет сохраняться в силе, пока не будет упразднен сам Реестр.

<1> Закон РФ о селекционных достижениях не содержал норм, обязывающих Госкомиссию публиковать официальный текст какого-либо реестра (Комиссия "ведет" реестры, а публикует только "официальные сведения, касающиеся охраны селекционных достижений"; ст. 3); однако издание государственных реестров отнесено к числу основных функций Госкомиссии п. 5 Положения о Государственной комиссии по испытанию и охране селекционных достижений, утвержденного Постановлением Правительства РФ от 23 апреля 1994 г. N 390.

<2> Пункт 2.4 Инструкции. См. также п. 3 и 4 Приказа Минсельхозпрода России от 1 июля 1997 г. N 306. Приказом Минсельхоза России от 23 ноября 2001 г. N 1054 был отменен Приказ N 306, однако ранее утвержденная Инструкция сохраняет свою силу в части, не противоречащей нормативным актам большей юридической силы.

В отношении же охраняемых селекционных достижений в семеноводстве изменения, как представляется, должны начаться уже сегодня. В утвержденную Инструкцией форму выписки из Государственного реестра селекционных достижений, допущенных к использованию (именно в форму выписки, а не в текст самой Инструкции), была включена строчка такого содержания: "по ввозимым сортам растений, породам животных соблюдены требования по охране прав патентообладателей". Позднее не вполне удачная формулировка Федерального закона о семеноводстве <1> привела к тому, что представление доказательств "соблюдения гражданского законодательства" стало обязательным условием получения искомой выписки, публично-правового документа.

<1> "Запрещены ввоз в Российскую Федерацию и вывоз из Российской Федерации партий семян охраняемых государством сортов растений в случае несоблюдения гражданского законодательства" (абз. 4 ст. 33 Федерального закона о семеноводстве).

После вступления в силу части четвертой Гражданского кодекса каждая партия семян, как и племенной материал охраняемого селекционного достижения, будет сопровождаться документом, выданным патентообладателем или лицензиатом. Ввоз и вывоз семян охраняемого селекционного достижения, как и ранее (подп. "д" и "е" ч. 1 ст. 13 Закона о селекционных достижениях), признаются использованием селекционного достижения и требуют согласия патентообладателя (подп. 5 и 6 п. 3 ст. 1421 КГ), однако в новых условиях ему могут быть созданы все необходимые условия для самозащиты своих прав - например, в рамках действующего механизма, основанного на использовании "реестра объектов интеллектуальной собственности", предусмотренного ст. 395 Таможенного кодекса РФ.

Глава 74. ПРАВО НА ТОПОЛОГИИ ИНТЕГРАЛЬНЫХ МИКРОСХЕМ

Комментарий к главе 74

Сложную современную технику трудно представить без интегральных микросхем. Интегральные микросхемы применяются как в промышленной, так и в бытовой технике, и сама широта их использования требует введения особых правил, которые, с одной стороны, обеспечили бы защиту интересов разработчика и производителя подобных микросхем, а с другой - не создали бы существенных сложностей для изготовителей электронных устройств, включающих такие топологии, и неудобств пользователям соответствующей техники.

Первый закон, посвященный охране топологий интегральных микросхем, был принят в 1984 г. в США, и с тех пор законы в этой области появились в большинстве развитых стран мира. В 1992 г. был принят специальный закон и в Российской Федерации - Закон РФ от 23 сентября 1992 г. N 3526-1 "О правовой охране топологий интегральных микросхем" (далее - Закон о правовой охране топологий). Теперь его положения вошли с некоторыми изменениями в часть четвертую ГК.

Специфика правового регулирования в этой области определена особенностями самого объекта. Интегральные микросхемы могут включать в себя многие тысячи и даже миллионы элементов, разработка таких микросхем зачастую весьма дорога, а срок коммерческого использования невелик. При этом стоимость тиражирования микросхемы (при больших объемах) может быть многократно ниже стоимости ее разработки. В таких условиях защита интересов производителей интегральных микросхем оказывается весьма важной, но непростой задачей. Несмотря на то, что по своему типу интегральная микросхема может быть определена как устройство, правовой механизм, созданный для подобных объектов (патентное право), плохо подходит к охране интересов производителя топологии, прежде всего в связи с длительностью и значительной стоимостью процесса патентования. Правовая охрана по модели авторского права по своему существу плохо приспособлена для признания и защиты прав на технические объекты. В этой связи популярным в мировой практике вариантом стало создание специального правового режима для топологий интегральных микросхем, такой вариант реализован и в Гражданском кодексе РФ.

Объект охраны прав на топологию интегральной микросхемы (статья 1448)

Интегральная микросхема (далее - ИМС) определена в ГК как микроэлектронное изделие окончательной или промежуточной формы, предназначенное для выполнения функций электронной схемы, элементы и связи которого нераздельно сформированы в объеме и (или) на поверхности материала, на основе которого изготовлено такое изделие (п. 1 ст. 1448).

Следует заметить, что в этом определении практически дана только функциональная характеристика ИМС (указание на выполнение функции электронной схемы). Технические же характеристики очерчены предельно широко, позволяя включать в понятие ИМС самые разные электронные изделия. Соответственно, ни вид обрабатываемой информации (в зависимости от него можно выделять, например, цифровые или аналоговые ИМС), ни размер или сложность (малые, средние, большие и сверхбольшие ИМС, количество слоев на них и т.д.), ни материал или технология изготовления ИМС значения не имеют. Охраняться будет даже топология сравнительно простой ИМС, если сама топология отвечает установленным законом требованиям. Указание в пункте 1 статьи 1448 ГК на "промежуточные" формы означает, что для признания изделия интегральной микросхемой для целей ГК не требуется фактическое выполнение ИМС указанной выше функции (ведь это может быть еще не окончательная форма ИМС), главное, чтобы этот объект был предназначен для выполнения такой функции. В частности, под определение ИМС будет подпадать базовый матричный кристалл.

ИМС состоит из ряда элементов, организованных определенным образом. Вот эта их организация, своего рода "чертеж" микросхемы, и может охраняться в качестве топологии. В то же время использование в п. 1 ст. 1448 ГК в определении топологии выражения "пространственно-геометрическое расположение" говорит о том, что имеется в виду трехмерное расположение элементов микросхемы.

Согласно пункту 1 статьи 1448 ГК топологией ИМС является зафиксированное на материальном носителе пространственно-геометрическое расположение совокупности элементов интегральной микросхемы и связей между ними. Важно заметить, что охраняется не конкретная микросхема, а определенное решение, реализованное в ней. При этом должны быть приняты во внимание не только элементы ИМС, но и связи между ними. Но как эти элементы, так и связи между ними должны быть объединены в единое целое, причем нераздельно (соответственно, о топологии нельзя говорить в случае объединения нескольких электронных компонентов при возможности их разъединения, даже если функционально такие компоненты тесно связаны).

Для целей правовой охраны топологий имеет значение только пространственно-геометрическое расположение элементов ИМС. В этой связи любые технические решения, реализованные в ИМС, будут охраняться в рамках права на топологию лишь постольку, поскольку они выражены в пространственно-геометрическом расположении элементов ИМС. Это позволяет разграничить право на топологию ИМС с правом на объекты патентного права, избежав двойной охраны одних и тех же объектов. Для производителя ИМС это означает, что правовая охрана его разработок должна строиться на использовании комплекса мер и ему не следует ограничивать свое внимание только обеспечением права на топологию, поскольку это право не защищает многие иные технические решения, которые также могут быть реализованы в ИМС.

Условием охраноспособности топологии согласно ГК является ее оригинальность (п. 2 ст. 1448). Оригинальность в данном контексте понимается в ГК в смысле творческой самостоятельности автора, создавшего топологию, а не объективной новизны, своеобразности и тому подобных характеристик использованного технического решения. Главное, чтобы автор разработал данную топологию ИМС сам, а не заимствовал ее у другого лица; сами по себе совпадение или схожесть с другой топологией значения не имеют. Устанавливая такое правило, законодатель исходит из возможности независимого создания одной и той же топологии ИМС различными лицами. Здесь заметно существенное различие с авторским правом, где не признается возможность повторного независимого создания объекта.

Указанное правило позволяет обеспечить защиту интересов разработчиков топологий ИМС, например, в тех случаях, когда несколько лиц параллельно работают в одном направлении и, соответственно, существует возможность создания одинаковых топологий.

В то же время критерий творческой самостоятельности автора (субъективный критерий) дополнен специальным ограничением: топология должна быть неизвестна автору и (или) специалистам в области разработки топологий интегральных микросхем на дату ее создания. В этой связи оригинальной может быть признана топология ИМС, ранее созданная другим лицом, только в случае, если автор и другие специалисты ничего не знали о таком предшествующем объекте.

Кодекс, как и прежний Закон о правовой охране топологий, не поясняет, насколько широко должна быть известна топология ИМС другим специалистам, чтобы исключалось приобретение прав на топологию лицом, независимо разработавшим ее. Конечно, не требуется, чтобы о топологии знали специалисты во всем мире. Но если топология известна только небольшому числу специалистов (например, консультировавших одного из изготовителей топологии), то и это не должно приниматься во внимание. Известность должна быть достаточно широкой, только в этом случае можно говорить о том, что существует общая известность топологии специалистам. В этой связи ознакомление с

топологией ИМС привлекаемых экспертов, сотрудников изготовителя ИМС и других подобных лиц не приведет к невозможности приобретения прав на разработанную топологию.

Еще один важный момент - специалисты, о которых идет речь в п. 2 ст. 1448, должны фактически владеть знаниями о данной топологии ИМС, а не только иметь теоретическую возможность получить к ней доступ. Поэтому даже в случае, если подробная информация об определенной топологии была опубликована в новом журнале, который еще не стал известен специалистам, такую топологию без дополнительных доказательств нельзя считать известной специалистам.

Немаловажно и то, в какой момент соответствующая информация стала известна специалистам. Поскольку основным является вопрос о самостоятельности создания топологии автором, то известность топологии автору и другим специалистам должна проверяться на момент создания топологии. Если топология ИМС стала широко известной позднее, пусть даже и до начала коммерческого использования ИМС, в которой реализована данная топология, это уже не может оказать влияния на возникновение прав на топологию. Теоретически возможна ситуация, когда лицо выходит на рынок с топологией ИМС, уже давно хорошо известной специалистам, но если это лицо может доказать, что на момент создания им топологии она не была известна и ряду других специалистов, такое лицо может претендовать на получение права на данную топологию ИМС.

Практическим следствием сказанного является важность фиксации момента создания топологии ИМС и закрепления доказательств ее создания на определенную дату.

Таким образом, с одной стороны, допускается ситуация, когда будет признана оригинальной (и, соответственно, охраняемой) топология, объективно не являющаяся новой (правда, вероятность этого не слишком высока в силу сложности создания топологии), а с другой - при независимом повторном создании топологии она может быть не признана оригинальной даже в случае очевидной творческой самостоятельности ее автора. Это наличие объективного элемента (известности топологии специалистам) в составе субъективного критерия (оригинальности топологии) всегда должно приниматься во внимание.

Доказывать оригинальность топологии не требуется - в силу прямого указания Кодекса (п. 2 ст. 1448) она признается оригинальной, пока не доказано обратное. Соответственно, бремя доказывания того, что топология не является оригинальной, возлагается на того, кто оспаривает право другого лица на топологию. Использование данного критерия позволяет обойтись без длительной и дорогостоящей экспертизы заявленного решения.

Требование оригинальности топологии не означает, что оригинальность должна проявляться в каждом ее элементе. В действительности при создании топологии ИМС, скорее всего, будут использоваться уже известные элементы - в условиях современного производства такой подход практически неизбежен. Однако это не является препятствием для признания топологии оригинальной, если топология в целом как совокупность соответствующих элементов в их взаимосвязи может рассматриваться как оригинальная. Таким образом, автор должен проявить творческую самостоятельность прежде всего в отношении общей организации элементов топологии.

Элементы, использованные при создании топологии, могут содержать другие объекты исключительных прав, например устройства, охраняемые патентами. Права на такие объекты могут принадлежать иным лицам - получение прав на топологию в целом не дает прав на охраняемые элементы, использованные в топологии, а ее использование должно осуществляться с соблюдением прав таких лиц. В то же время автор топологии при ее создании может сам создать различные иные результаты творческой деятельности - определенные технологии производства ИМС и т.д., и эти результаты не будут включаться в понятие топологии. Пункт 3 статьи 1448 ГК устанавливает, что правовая

охрана, предоставляемая Кодексом, не распространяется на идеи, способы, системы, технологию или закодированную информацию, которые могут быть воплощены в топологии ИМС. Тот же подход был закреплен и в Законе о правовой охране топологий.

Топология ИМС представляет собой определенное техническое решение, особый нематериальный объект (закрепленный на материальном носителе). Для приобретения права на топологию ИМС не требуется, чтобы она обязательно была реализована в готовой ИМС. Такое решение может быть выражено в чертеже, фотошаблоне и т.д., при этом материал и технология изготовления таких объектов значения не имеют. Иначе говоря, топология ИМС может быть выражена в любой объективной форме.

Субъект прав на топологию интегральной микросхемы (статьи 1450, 1451)

Права на топологию ИМС всегда первоначально возникают у ее автора. Автором топологии признается гражданин, творческим трудом которого создана такая топология (ст. 1450 ГК). Поскольку юридическое лицо неспособно к творческой деятельности, оно может иметь только производное право на топологию ИМС.

Лицо становится автором топологии в силу ее создания. Для признания лица автором не требуется ни совершение каких-либо формальностей, ни регистрация топологии, ни ее реализация в виде микросхемы. Но, исходя из практических соображений, автору топологии стоит позаботиться о доказательствах своего авторства на случай возможных споров.

Кодекс не требует, чтобы лицо, желающее зарегистрировать топологию, доказывало свой творческий вклад в ее создание. Более того, в силу статьи 1450 ГК лицо, указанное в качестве автора в заявке на выдачу свидетельства о государственной регистрации топологии ИМС, считается автором этой топологии. Однако эта презумпция опровержима, заинтересованное лицо всегда может попытаться доказать, что лицо, указанное в заявке, в действительности не является настоящим автором данной топологии ИМС. Кроме того, на практике при желании зарегистрировать топологию представить определенную информацию о своем творческом вкладе все же придется: согласно действующим правилам в заявке должно быть указано краткое описание творческого вклада при создании заявленной топологии <1>.

<1> Подпункт "з" пункта 14 Правил составления, подачи и рассмотрения заявки на официальную регистрацию топологии интегральной микросхемы, утвержденных Приказом Роспатента от 25 февраля 2003 г. N 26.

Формально Кодекс не ограничивает возраст, в котором лицо может стать автором топологии ИМС. Согласно статье 18 ГК возможность быть автором охраняемых результатов интеллектуальной деятельности входит в понятие правоспособности гражданина, но в силу специфики объекта вероятность создания несовершеннолетним оригинальной топологии ИМС невысока. Тем не менее, если несовершеннолетний создаст оригинальную топологию ИМС, он будет признан ее автором. Но распоряжение исключительным правом на топологию в этом случае будет для него ограничено: распоряжение этим правом должно осуществляться в соответствии с правилами, установленными в ст. 26, 28 и 29 ГК.

В разработке топологии ИМС может участвовать группа лиц. Как и в отношении иных результатов творческой деятельности, одного лишь организационного, технического и подобного содействия в создании топологии, оказания помощи в ее регистрации и т.д. недостаточно для того, чтобы быть признанным соавтором топологии (п. 1 ст. 1228 ГК). Для того, чтобы стать соавтором, лицо должно осуществить определенный творческий вклад в создание топологии ИМС, а в целом у соавторов должен существовать некоторый

общий творческий замысел, объединяющий их усилия. Точно так же не будут соавторами топологии лица, творческим трудом которых созданы отдельные элементы, включенные в топологию, если только эти лица не приняли творческого участия в создании топологии в целом.

Соавторы могут заключить договор, определяющий условия использования топологии и распоряжения исключительным правом на топологию, правила распределения доходов от использования топологии и т.д. Однако если вопрос распределения доходов решен в этом договоре не будет либо соавторы вообще не станут заключать такой договор, то в соответствии с п. 3 ст. 1229 ГК доходы будут распределены между правообладателями поровну.

Если соавторы не договорятся об ином, то каждый из них сможет использовать топологию по своему усмотрению. Но распоряжаться исключительным правом на топологию ИМС, включая предоставление права на использование топологии по лицензионному договору, в этом случае они смогут только совместно. Особое правило существует в отношении распоряжения правом на получение свидетельства о государственной регистрации топологии ИМС: распоряжение этим правом во всех случаях (а не только при отсутствии специального положения в договоре соавторов) должно осуществляться правообладателями совместно (п. 3 ст. 1451 ГК); это правило нельзя изменить договором.

Важной особенностью правового режима топологий ИМС, как уже отмечалось выше, является возможность существования авторов, независимо друг от друга создавших топологию. Такая ситуация не возникает в авторском праве в силу того, что повторное создание того же произведения считается невозможным; в патентном праве независимое создание одного и того же объекта возможно, но исключительное право получает только тот, кто подал раньше заявку (или иным образом получил приоритет). Здесь же каждое лицо, независимо создавшее топологию, получает самостоятельное исключительное право на нее, даже если существует значительный разрыв во времени между созданиями идентичных топологий (п. 3 ст. 1454 ГК). Эти авторы не становятся соавторами и на них не распространяются указанные выше правила о соавторах, каждый из них является самостоятельным автором топологии ИМС и может использовать топологию ИМС и распоряжаться правом на нее без согласия и ведома других авторов. Но такая самостоятельность тоже не является абсолютной - исключительные права указанных лиц будут иметь общий срок действия (п. 3 ст. 1457 ГК).

Правопреемником автора в отношении исключительного права на топологию может быть любое лицо - как физическое, так и юридическое.

Гражданский кодекс не вводит каких-либо ограничений ни для иностранных лиц, ни для лиц без гражданства. Следует помнить, что в силу пункта 1 статьи 2 ГК правила, установленные гражданским законодательством, в равной мере применяются к отношениям с участием иностранных граждан, лиц без гражданства и иностранных юридических лиц (принцип национального режима), если иное не предусмотрено федеральным законом. В данном случае такие ограничения отсутствуют. В этой части ГК значительно усиливает защиту иностранных лиц: согласно прежнему Закону о правовой охране топологий иностранные физические и юридические лица пользуются правами, предусмотренными этим Законом, наравне с физическими и юридическими лицами Российской Федерации в силу международных договоров Российской Федерации или на основе принципа взаимности (ст. 13). Международные договоры о правовой охране топологий, включающие большое число участников, в настоящее время отсутствуют <1>. Поэтому в действительности права иностранных лиц защищались только на основе принципа взаимности. Теперь это ограничение снято.

<1> Вашингтонский договор об интеллектуальной собственности в отношении интегральных микросхем 1989 г. пока можно не принимать во внимание. Этот договор так

и не вступил в силу, Россия к нему не присоединилась. Вместе с тем следует иметь в виду, что Соглашение ТРИПС (ст. 35) требует от стран - членов ВТО предоставлять охрану топологиям интегральных микросхем в соответствии с рядом статей Вашингтонского договора.

Право авторства на топологию интегральной микросхемы (статьи 1449, 1453)

Гражданский кодекс в пункте 1 статьи 1449 прямо указывает на два права, принадлежащих автору топологии ИМС: право авторства и исключительное право на топологию ИМС (подробнее о последнем см. ниже).

Право авторства на топологию ИМС возникает в силу создания топологии, по своему содержанию соответствует аналогичному праву авторов иных результатов интеллектуальной деятельности и заключается в праве признаваться автором топологии (ст. 1453 ГК). Практическая реализация этого права обычно выражается в возможности требовать указания своего имени при использовании объекта правовой охраны, в данном случае - топологии. Использование топологии ИМС нельзя смешивать с использованием самой ИМС, изготовленной на основе данной топологии: так, автор может требовать указания своего имени (например, на изготавливаемой микросхеме или в соответствующей документации), но не при последующем использовании самой ИМС.

Право авторства важно для автора топологии ИМС, поскольку его известность в качестве автора топологии распространенной ИМС дает ему возможность рассчитывать на выгодные предложения в будущем. Но не менее важно оно и для производителя ИМС, так как существование исключительного права на топологию ИМС в конечном итоге зависит от права авторства: если право авторства автора топологии будет оспорено (например, будет заявлено, что настоящим автором данной топологии является иное лицо), то под угрозой окажется и исключительное право на топологию.

Право авторства является неотчуждаемым (ст. 1453 ГК). Любое положение договора с автором топологии, предусматривающее переход права авторства к другому лицу или отказ автора от этого права, будет ничтожным.

Стоит рассмотреть вопрос и о возможности существования права автора топологии ИМС на имя, а также права на название топологии ИМС.

Имя автора должно быть указано в заявке на регистрацию топологии ИМС, оно приводится и в свидетельстве об официальной регистрации топологии интегральной микросхемы. При этом автор имеет возможность отказаться от указания своего имени в регистрационных документах в качестве автора, т.е. возникает ситуация, сходная с анонимностью в авторском праве. Однако подобное право в отношении топологии в ГК не указано. Не предусмотрена и возможность использования псевдонима - автор должен указать свое подлинное имя или не указывать никакого.

Не упомянуто в ГК и право на название топологии ИМС, хотя действующие Правила составления, подачи и рассмотрения заявки на официальную регистрацию топологии интегральной микросхемы предусматривают возможность автора указать в заявке название ИМС. Однако фактически на данный момент выбор автором названия топологии не влечет никаких правовых последствий - обязанность использовать топологию ИМС только под выбранным автором названием закон не устанавливает. Нет у автора топологии ИМС и права запретить другим лицам использовать то же самое обозначение для своей продукции. В случае, если такая потребность возникнет, целесообразно зарегистрировать соответствующий товарный знак или приобрести права на иное средство индивидуализации.

Учитывая, что в соответствии с пунктом 2 статьи 1449 ГК автору топологии ИМС могут принадлежать иные права (помимо исключительного права и права авторства), но только в случаях, предусмотренных Кодексом, следует признать, что указанных прав как

самостоятельных субъективных прав автора топологии ИМС в настоящее время не существует.

Исключительное право на топологию интегральной микросхемы
(статьи 1454 - 1456)

Исключительное право на топологию ИМС заключается в праве использовать ее любым не противоречащим закону способом (п. 1 ст. 1229, п. 1 ст. 1454 ГК). Однако пункт 2 статьи 1454 ГК содержит важное ограничение: использованием топологии признаются действия, направленные на извлечение прибыли. Таким образом, некоммерческое использование топологий ИМС не признается их использованием, основанным на исключительном праве и вследствие этого попадающим в сферу контроля правообладателя.

В статье 1454 ГК названы два из возможных способа использования топологии ИМС. Первый из них - это воспроизведение топологии в целом или частично путем включения ее в ИМС либо иным образом. Здесь важно отметить три момента:

во-первых, воспроизведением топологии ИМС будет считаться и воспроизведение ее части;

во-вторых, таким "контролируемым" воспроизведением не будет считаться воспроизведение только той части топологии, которая не является оригинальной, т.е. любую неоригинальную часть топологии можно воспроизводить без ограничений. Из этого следует, что часть топологии ИМС охраняется до тех пор, пока сохраняет оригинальность;

в-третьих, закон говорит о копировании именно топологии ИМС (т.е. определенной схемы), а не изделия, содержащего топологию. Поэтому воспроизведением (копированием) топологии будет, например, даже изготовление чертежа на основе имеющейся микросхемы.

Другой способ использования топологии ИМС, предусмотренный в подп. 2 п. 2 ст. 1454, это ввоз на территорию Российской Федерации, продажа и иное введение в гражданский оборот топологии ИМС, или ИМС, в которую включена эта топология, или изделия, включающего в себя ИМС. Таким образом, правообладатель может осуществлять контроль за использованием топологии на двух уровнях: на уровне использования топологии как нематериального объекта и на уровне использования объектов, в которых реализована топология. Следует заметить, что продажа и в этих случаях может осуществляться с помощью Интернета, поэтому топология может использоваться и в Интернете.

Пользуясь исключительным правом на топологию, правообладатель может запретить введение в гражданский оборот на территории Российской Федерации любого изделия, содержащего ИМС с его топологией, причем не имеет значения, насколько важна эта микросхема для данного изделия в целом. Поэтому в рамках договоров, предусматривающих поставку электронной техники в Российскую Федерацию, нужно уделять внимание формулировкам положений о гарантиях поставщика, касающихся прав третьих лиц на комплектующие, использованные в такой продукции.

С другой стороны, в статье 1454 ГК упомянут и ввоз топологии, а не только изделий, содержащих топологию. Соответственно, ввоз в Российскую Федерацию чертежей топологии (включая их пересылку по электронной почте) также является ее использованием и требует согласия правообладателя.

Правообладатель может контролировать использование топологии и другими способами: перечень возможных способов использования топологии, предоставленных обладателю исключительного права на нее, в п. 2 ст. 1454 является открытым. Это довольно широкий вариант правовой охраны, поскольку в ряде стран топология ИМС охраняется только против копирования.

В то же время в ГК предусматриваются и определенные ограничения исключительного права на топологию ИМС. Согласно статье 1456 ГК не является нарушением исключительного права на топологию:

1) осуществление действий, указанных в п. 2 ст. 1454 ГК, в отношении ИМС, в которую включена незаконно воспроизведенная топология, а также в отношении любого включающего в себя такую ИМС изделия в случае, если лицо, совершающее такие действия, не знало и не должно было знать, что в ИМС включена незаконно воспроизведенная топология.

Это правило позволяет добросовестному приобретателю техники, содержащей ИМС (а скоро будет сложно найти современную технику без микросхем), получить защиту против претензий обладателя исключительного права на топологию ИМС, использованную в изделии. Сложность анализа ИМС с точки зрения оценки использованных топологий, с одной стороны, и необходимость защитить оборот - с другой, обусловили введение в закон такого широкого ограничения исключительного права на топологию, подобное которому отсутствует даже в патентном праве.

Но это не значит, что приобретатель изделий, содержащих ИМС, может совсем не беспокоиться о том, не включены ли в приобретаемые им изделия контрафактные объекты. У него есть возможность избежать ответственности за использование топологии ИМС лишь до момента получения уведомления о незаконном воспроизведении топологии. Но начиная с этого момента приобретатель сможет использовать только имеющийся у него наличный запас изделий, содержащих в себе ИМС, в которую включена незаконно воспроизведенная топология, и такие же изделия, заказанные до этого момента, и то лишь при условии выплаты специальной компенсации правообладателю. Эта компенсация должна быть соразмерна тому вознаграждению, которое могло бы быть выплачено при сравнимых обстоятельствах за аналогичную топологию. В случае, если стороны не смогут установить размер компенсации, этот вопрос может быть разрешен судом. В связи с этим приобретатель изделий, содержащих ИМС, должен позаботиться о том, чтобы подобная ситуация была предусмотрена договором с поставщиком этих изделий;

2) использование топологии ИМС в личных целях, не преследующих получение прибыли, а также в целях оценки, анализа, исследования или обучения.

Данное ограничение указано в подп. 2 ст. 1456 ГК лишь в целях ясности, поскольку, как было отмечено выше, в любом случае исключительное право на топологию ИМС охватывает лишь действия, направленные на извлечение прибыли;

3) распространение ИМС с топологией, ранее введенных в гражданский оборот лицом, обладающим исключительным правом на топологию, или иным лицом с разрешения правообладателя (т.е. введенных в гражданский оборот правомерно <1>).

<1> Закон о правовой охране топологий говорил лишь о распространении ИМС с охраняемой топологией, введенных в оборот законным путем. Гражданский кодекс раскрывает это условие, что очень важно для приобретателя соответствующего изделия - ведь теперь ему нужно оценивать законность ввода изделия в оборот только с точки зрения наличия согласия правообладателя.

Это правило касается случая исчерпания права и обеспечивает возможность приобретателю интегральной микросхемы (или изделия, содержащего такую микросхему) далее свободно распоряжаться ею. Для того, чтобы воспользоваться этим правилом, необходимо выполнение определенного условия: конкретный экземпляр ИМС должен уже быть введен в гражданский оборот. Необходимо также, чтобы такое введение было осуществлено законно - правообладателем или с его согласия. В отношении топологий Кодекс не ограничивает территорию, применительно к которой должно быть осуществлено введение в оборот (как это сделано, например, для товарных знаков, в

отношении которых ст. 1487 ГК предусматривает, что товар должен быть введен в гражданский оборот именно на территории Российской Федерации). Таким образом, в данном случае применяется принцип "мирового исчерпания прав": микросхема может быть введена в оборот в любой стране для того, чтобы можно было применять указанное правило и осуществлять дальнейшее распространение соответствующей ИМС без согласия правообладателя.

Кроме того, исключительное право на топологию ИМС ограничивается и в силу возможности существования аналогичных прав иных лиц, независимо создавших такую же топологию.

В целом перечень ограничений исключительного права на топологию сравнительно невелик <1>. Такова общая тенденция в мире: большинство стран не считают целесообразным ограничивать права крупных компаний, производящих электронику. Попытка, предпринятая в 1989 г., заключить международное соглашение о топологиях ИМС - Вашингтонский договор об интеллектуальной собственности в отношении интегральных микросхем, - предусматривающее среди прочего возможность выдачи принудительных лицензий, окончилась неудачей: ведущие технологические страны (прежде всего, США) отказались в нем участвовать <2>, и Договор так и не вступил в силу. По состоянию на середину 2007 г. этот Договор подписали лишь девять стран, и только одна страна (Египет) ратифицировала его.

<1> Таков же он был и в Законе о правовой охране топологий.

<2> Для вступления Вашингтонского договора в силу его участниками должны стать пять государств (п. 1 ст. 16 Договора).

Права на топологию возникают в силу ее создания автором и не требуют выполнения каких-либо формальностей. Не нужно даже реализовывать топологию в определенном продукте - достаточно, чтобы сама схема была где-то зафиксирована (например, в виде чертежа).

В частности, для приобретения исключительного права и оповещения о нем не требуется проставление на топологии ИМС каких-либо обозначений. Однако ГК предусматривает (ст. 1455) возможность использования специального знака охраны топологии ИМС. Этот знак должен состоять из выделенной прописной буквы "Т" ("Т", [Т], "Т" в окружности, Т* или "Т" в квадрате), даты начала срока действия исключительного права на топологию и информации, позволяющей идентифицировать правообладателя. Проставление или отсутствие такого знака охраны не влияет на приобретение исключительного права на топологию ИМС и обладание им, а служит лишь средством оповещения третьих лиц об этом праве. Это может пригодиться, например, в случае спора, поскольку данный знак будет дополнительным доказательством того, что нарушитель знал о том, что данная топология является охраняемой. Информация, проставляемая на топологии, должна быть достоверной.

Указанный знак можно проставлять на любом носителе топологии - чертеже, микросхеме и т.д. Закон не устанавливает обязанности пользователя топологии ИМС при изготовлении содержащих ее изделий проставлять указанный знак охраны топологии ИМС, однако такая обязанность может быть предусмотрена правообладателем с лицензиатом в лицензионном договоре (для правообладателя проставление подобного обозначения, как правило, достаточно важно).

Не является обязательной и государственная регистрация топологии ИМС. Гражданский кодекс предусматривает право на получение свидетельства о государственной регистрации топологии ИМС (п. 3 ст. 1451), но не делает такую регистрацию обязательной. Указанное право имеет определенное функциональное сходство с правом автора произведения литературы, науки и искусства на обнародование: автору дается возможность подтвердить готовность к раскрытию обществу результата его

творческой деятельности. Другая сторона этого права - возможность требовать от Роспатента (далее - патентное ведомство) совершения установленных законодательством действий, связанных с выдачей свидетельства. Наконец, немаловажным аспектом этого права является и возможность возражать против притязаний в отношении права на топологию третьих лиц, недобросовестно завладевших информацией о топологии и заявляющих о своем авторстве.

Государственная регистрация топологии ИМС позволяет правообладателю приобрести дополнительные средства защиты своих прав, в частности получить доказательство принадлежности прав на топологию. Регистрация осуществляется в федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности (патентном ведомстве). Зарегистрировать при желании можно любую топологию - запрет установлен только для регистрации топологии, содержащей сведения, составляющие государственную тайну (п. 1 ст. 1452 ГК). При этом ответственность за разглашение таких сведений несет заявитель, регистратор проверку заявки в этом отношении не осуществляет.

Особое место занимает право на вознаграждение. Это право возникает у автора в следующих случаях:

- если исключительное право на топологию ИМС принадлежит работодателю или передано им третьему лицу (п. 4 ст. 1461 ГК). Важно заметить, что право на топологию ИМС может не принадлежать работодателю, если он уступил его, но и в этом случае у работника будет право требовать от своего работодателя выплаты ему вознаграждения. Размер вознаграждения, условия и порядок его выплаты определяются договором между работником и работодателем, а в случае спора - судом;

- автор топологии ИМС, которому не принадлежит исключительное право на топологию, созданную по гражданско-правовому договору (как в случае, когда создание топологии было предметом договора, так и в случае, когда топология была создана при выполнении договора подряда либо договора на выполнение научно-исследовательских, опытно-конструкторских или технологических работ, которые прямо не предусматривали ее создание), также имеет право на вознаграждение, как предусмотрено п. 4 ст. 1461 ГК (п. 3 ст. 1462, п. 4 ст. 1463 ГК). Это вознаграждение должно быть выплачено работнику его работодателем. В этом отношении по сравнению с Законом о правовой охране топологий подход несколько изменился - согласно п. 4 ст. 7 этого Закона вознаграждение такому автору должно было выплачиваться лицом, получившим исключительное право на топологию, кроме того, автору требовалось заключить с таким лицом договор, который бы определил порядок выплаты и размер вознаграждения. Практика показала, что такое правило создает для авторов существенные неудобства, так как им приходится искать правообладателя и заставлять его заключить с ними договор. Получить указанное вознаграждение с работодателя обычно удобнее.

Возникновение и прекращение исключительного права на топологию интегральной микросхемы (статья 1457)

Исключительное право на топологию возникает только с момента, когда топология ИМС становится доступной обществу. Гражданский кодекс предусматривает два варианта установления даты возникновения этого исключительного права:

- день первого использования топологии или
- день регистрации топологии.

Исключительное право возникает с более ранней из этих дат (п. 2 ст. 1457).

Под днем первого использования топологии ИМС подразумевается наиболее ранняя документально зафиксированная дата введения в гражданский оборот в Российской Федерации или любом иностранном государстве этой топологии ИМС или интегральной

микросхемы, в которую включена данная топология, или изделия, включающего в себя такую интегральную микросхему. Важно в связи с этим иметь в виду следующие моменты:

- в расчет принимается только документально зафиксированная дата. Она может отличаться от даты реального введения топологии в оборот. Если дата фактического введения топологии в оборот не была документально зафиксирована, то это не лишает автора возможности получить исключительное право на топологию, но смещает момент начала действия этого права до даты, которая получит такую фиксацию;
- понятие использования топологии ограничено для целей начала отсчета срока действия исключительного права случаями введения топологии в гражданский оборот;
- топология может быть введена в оборот в любой стране мира;
- вводиться в оборот может как сама топология, так и изделия, изготовленные на ее основе.

Определить день регистрации топологии ИМС проще - это дата, указанная в Реестре топологий интегральных микросхем, она также приведена и в соответствующем свидетельстве об официальной регистрации топологии интегральной микросхемы. В отличие от патентного права, в отношении топологий не принимается во внимание приоритет, поэтому для начала отсчета срока действия исключительного права на топологию важна дата ее регистрации, а не дата подачи заявки, не имеющая в этой сфере практического значения.

Срок действия исключительного права на топологию ИМС ограничен десятью годами, исчисляемыми с одной из указанных дат (п. 3 ст. 1457 ГК). Выбор законодателем такой продолжительности срока правовой охраны топологий отражает объективно существующее положение - продолжительность коммерческого использования топологий невелик. В связи с этим отсутствует потребность в продолжительных сроках охраны топологий, а с другой стороны, длительный срок мог бы создать сложности для технического прогресса в этой области.

В случае, когда идентичные оригинальные топологии ИМС независимо созданы разными лицами, то, несмотря на наличие у таких лиц самостоятельных прав на эти топологии, в отношении их будет применяться общий срок действия исключительных прав на топологии (п. 3 ст. 1457 ГК). Это означает, что если лицо независимо разработало топологию ИМС и начало ее использовать, но ранее эту топологию уже создал кто-то другой (и ввел ее в гражданский оборот или зарегистрировал), то первое лицо может неожиданно для себя обнаружить, что срок его права на топологию будет не десять лет, а короче - в зависимости от того, насколько раньше начало действовать исключительное право другого лица.

Таким образом, возникает любопытная ситуация, требующая от автора или изготовителя топологии ИМС внимательно подойти к выбору стратегии поведения с учетом следующих обстоятельств:

- с момента создания топологии ИМС возникает право авторства на топологию;
- с этого же момента возникает право на получение свидетельства о государственной регистрации топологии ИМС. Но создав топологию ИМС, лицо может уже более не беспокоиться о возможности приобретения исключительного права на нее, поскольку известность топологии проверяется на момент ее создания;
- до возникновения исключительного права на топологию ИМС топология не охраняется;
- начав использовать топологию или зарегистрировав ее, лицо может тем самым самостоятельно определить момент начала отсчета срока действия исключительного права на топологию ИМС, однако другое лицо, ранее независимо разработавшее идентичную топологию, может повлиять на продолжительность этого срока.

С одной стороны, разработчик топологии ИМС заинтересован в том, чтобы отодвинуть дату, с которой исчисляется срок действия его исключительного права, как

можно дальше вперед. Поэтому если он не собирается в ближайшее время начинать коммерческое использование топологии ИМС, то может не регистрировать топологию, чтобы срок не начал отсчитываться раньше времени.

С другой стороны, возможности защиты интересов разработчика топологии ИМС до начала действия исключительного права на эту топологию ограничены: он может использовать механизмы защиты от недобросовестной конкуренции либо охранять созданную топологию в режиме секрета производства (ноу-хау). Однако режим секрета производства сам по себе имеет определенные ограничения (см. гл. 75 ГК), а кроме того, если соответствующая информация станет публично доступной, то дальнейшая защита решений, реализованных в топологии, в режиме ноу-хау станет невозможной <1>.

<1> В любом случае появление в ГК специальной главы, посвященной ноу-хау, расширяет возможности защиты интересов разработчика топологии ИМС.

Таким образом, в ряде ситуаций для разработчика топологии ИМС может оказаться более выгодным зарегистрировать топологию еще до начала ее коммерческого использования.

Исключительное право на топологию прекращается с истечением срока его действия. С этого момента топология переходит в общественное достояние, т.е. может свободно использоваться любым лицом без чьего-либо согласия или разрешения и без выплаты вознаграждения за использование.

Государственная регистрация топологии интегральной микросхемы (статья 1452)

Как сказано выше, правообладатель может по своему желанию зарегистрировать топологию ИМС в патентном ведомстве. Это право может быть осуществлено как до начала использования топологии, т.е. тогда, когда срок действия исключительного права на нее течь не начал, так и после того, как ее использование началось и этот срок в соответствии с п. 2 ст. 1457 ГК уже начал течь. Но с начала первого использования топологии у правообладателя будет только два года для подачи заявки на регистрацию (п. 2 ст. 1452 ГК).

Кодекс устанавливает определенные требования к заявке на выдачу свидетельства о государственной регистрации топологии (заявке на регистрацию). В соответствии со ст. 1452 заявка на регистрацию должна относиться к одной топологии и содержать:

- 1) заявление о государственной регистрации топологии с указанием лица, на имя которого испрашивается государственная регистрация, а также автора, если он не отказался быть упомянутым в качестве такового, места жительства или места нахождения каждого из них, даты первого использования топологии, если оно имело место;
- 2) депонируемые материалы, идентифицирующие топологию, включая реферат;
- 3) документ, подтверждающий уплату пошлины в установленном размере либо основания для освобождения от уплаты пошлины, или для уменьшения ее размера, или для отсрочки ее уплаты.

Дополнительные требования к заявке, содержащие правила ее оформления, устанавливаются в настоящее время Министерством образования и науки РФ (п. 4 ст. 1452 ГК). В настоящее время действуют Правила составления, подачи и рассмотрения заявки на официальную регистрацию топологии интегральной микросхемы <1>, утвержденные Приказом Роспатента от 25 февраля 2003 г. N 26 (далее - Правила). Форма заявления также утверждена Роспатентом (приложение 1 к Правилам).

<1> Российская газета. 2003. 19 марта.

В целях идентификации топологии, использованной в целях получения прибыли до даты подачи заявки на регистрацию, Роспатент требует, чтобы в депонируемые материалы заявки на регистрацию были включены образцы ИМС, включающие данную топологию, в том виде, в котором она была использована в целях получения прибыли, в количестве четырех штук.

Согласно указанным Правилам (п. 16) в депонируемые материалы нужно включить:

1) полный комплект одного из следующих видов визуально воспринимаемых материалов, отображающих каждый слой топологии:

- а) фотографии или копии (на бумажных носителях) фотошаблонов;
- б) сборочный топологический чертеж с соответствующей спецификацией;
- в) послойные топологические чертежи;
- г) фотографии каждого слоя топологии, зафиксированной в ИМС;

2) реферат, содержащий следующие сведения, предназначенные для публикации в официальном бюллетене:

а) фамилию, имя и отчество (если оно имеется) каждого автора в последовательности, указанной в заявлении и дополнении к нему, если автор не отказался быть упомянутым в качестве такового;

б) фамилию, имя и отчество (если оно имеется) или наименование правообладателя. Если в качестве правообладателя выступают два и более лица, приводится фамилия и инициалы или наименование каждого из них в последовательности, указанной в заявлении и дополнении к нему;

в) наименование ИМС (так, как оно указано в заявлении);

г) аннотацию, в которой раскрываются область применения, назначение или функции ИМС и вид применяемой для изготовления ИМС технологии;

д) сведения о дате первого использования топологии в целях получения прибыли и об основных технических характеристиках образца ИМС (если таковое имело место).

Размер пошлин за регистрацию топологий установлен Постановлением Правительства РФ от 12 августа 1993 г. N 793 "Об утверждении 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 и Положения о регистрационных сборах за официальную регистрацию программ для электронных вычислительных машин, баз данных и топологий интегральных микросхем" <1>.

<1> САПП РФ. 1993. N 34. Ст. 3182. В последующие годы в это Постановление был внесен ряд изменений.

Заявку на регистрацию может подать как сам правообладатель, так и его представитель. При этом заявку можно подать в патентное ведомство непосредственно, но можно послать по почте и даже по факсу (в последнем случае в течение месяца придется представить в патентное ведомство и оригинал заявки).

После получения заявки патентное ведомство осуществляет проверку представленных документов и при положительном результате проверки регистрирует топологию в Реестре топологий интегральных микросхем, выдает заявителю свидетельство о государственной регистрации топологии интегральной микросхемы и публикует сведения о зарегистрированной топологии в официальном бюллетене (п. 5 ст. 1452 ГК).

Кодекс не устанавливает каких-либо сроков для осуществления указанной проверки. Согласно Правилам рассмотрение заявки на регистрацию в целях проверки наличия необходимых документов и их соответствия установленным требованиям осуществляется

в двухмесячный срок с даты поступления надлежаще оформленной заявки (п. 44). Следует иметь в виду, что патентное ведомство может направлять заявителю запросы о предоставлении отсутствующих или исправленных материалов заявки и о сообщении требующейся информации. Заявитель в течение двух месяцев с даты получения запроса должен подготовить и представить в патентное ведомство запрошенные материалы. Если заявитель не направит в патентное ведомство ответ на соответствующий запрос в установленный срок либо не обратится с просьбой о продлении этого срока, заявка на регистрацию топологии считается отозванной.

Информация, содержащаяся в Реестре топологий интегральных микросхем, признается достоверной, если не доказано иное (п. 8 ст. 1452 ГК). Таким образом, любое лицо может полагаться на информацию, полученную из Реестра. В частности, если в последующем будет установлено, что лицо, указанное в Реестре в качестве правообладателя, в действительности таковым не является, пользователь топологии не будет нести ответственность перед настоящим правообладателем, если он получил разрешение на использование топологии от лица, указанного в Реестре в качестве правообладателя (если только не будет доказано, что пользователь знал о недостоверности такой информации). Также достоверной считается и контактная информация правообладателя, указанная в Реестре.

Недостоверность информации, содержащейся в Реестре топологий интегральных микросхем, способна стать причиной убытков третьих лиц. Например, заключение договора с лицом, не имеющим в действительности права на топологию, будет означать, что у пользователя не возникнет прав на ее использование, а между тем его расходы на подготовку к такому использованию могут быть достаточно велики. В связи с этим возникает вопрос о возложении на заявителя ответственности за достоверность данных, предоставленных для регистрации топологий. Согласно пункту 8 статьи 1452 ГК заявитель несет ответственность за достоверность представленных для регистрации сведений. Это, однако, не означает, что он автоматически отвечает за достоверность сведений в Реестре, поскольку ошибки могут быть допущены при внесении информации в Реестр и дальнейшем функционировании Реестра. Поэтому, если установлено, что ошибка допущена сотрудниками патентного ведомства (либо произошла в результате технического сбоя оборудования, используемого при ведении Реестра), заявитель к ответственности привлечен быть не может.

Переход к другим лицам исключительного права на топологию интегральной микросхемы (статьи 1458 - 1460)

Обладатель исключительного права на топологию может распорядиться этим правом любым не противоречащим закону и существу такого исключительного права способом.

Основной формой распоряжения исключительным правом на топологию является договор.

Исключительное право на топологию может быть передано только в полном объеме, соответственно, отчуждение этого права по частям (например, по территории действия права) здесь невозможно. Любые ограничения правомочий другой стороны допускаются только в лицензионном договоре. Поэтому отсутствие в договоре указания на то, что исключительное право передается в полном объеме (а тем более включение в договор любых ограничений, касающихся передаваемого права), влечет в соответствии с п. 3 ст. 1233 ГК признание такого договора лицензионным, а не договором об отчуждении исключительного права. Единственное исключение - это договор, заключаемый в отношении права использования топологии ИМС, специально созданной или создаваемой для включения в сложный объект (например, в рамках единой технологии). В этом случае даже при отсутствии указания в договоре на отчуждение права в полном объеме он будет

считаться договором об отчуждении исключительного права лицу, организовавшему создание сложного объекта, если иное не определено соглашением сторон (п. 1 ст. 1240 ГК).

По договору об отчуждении исключительного права на топологию момент перехода этого права стороны могут определить самостоятельно - им может быть как момент заключения договора, так и иной момент. Если стороны не определяют в договоре этот момент, то им будет считаться момент заключения договора. Но в случае, когда сама топология ИМС была ранее зарегистрирована, действует иное правило: исключительное право на топологию перейдет лишь в момент государственной регистрации договора об отчуждении права на топологию ИМС.

К существенным условиям договора об отчуждении исключительного права на топологию относится определение его предмета (топология должна быть определена в договоре таким образом, чтобы она была идентифицируема) и размера вознаграждения (либо порядка его определения). При этом закон не допускает возможности определить цену на основании данных о ценах, устанавливаемых при сравнимых обстоятельствах, - в силу того, что ценность топологии зависит от множества обстоятельств. Если размер вознаграждения не определен в договоре, то такой договор не считается заключенным.

Другой формой договора, посредством которого может осуществляться распоряжение исключительным правом на топологию ИМС, является лицензионный договор. По такому договору обладатель исключительного права на топологию (лицензиар) предоставляет или обязуется предоставить другой стороне (лицензиату) право использования этой топологии в установленных договором пределах (ст. 1459 ГК).

Существенными условиями лицензионного договора являются предмет договора, вознаграждение (здесь действуют те же правила, что указаны выше в отношении договора об отчуждении исключительного права на топологию ИМС) и объем предоставляемых лицензиату прав. Последнее означает, что в договоре необходимо определить способы использования топологии, разрешенные пользователю. При этом если тот или иной способ не будет прямо указан в договоре, то право на соответствующее использование будет считаться не предоставленным лицензиату. Кроме того, лицензионный договор должен устанавливать срок, на который лицензиату предоставляется право использовать топологию. Однако если этот срок не определен в договоре, то это не ведет к недействительности договора, а влечет применение специального правила, установленного в п. 4 ст. 1235 ГК: если срок в лицензионном договоре не определен, то договор считается заключенным на пять лет.

Как и лицензионные договоры о предоставлении права использования других результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации, лицензионный договор в отношении топологии ИМС может предусматривать предоставление лицензиату простой (неисключительной) лицензии (в этом случае у лицензиара сохраняется право выдачи лицензий другим лицам) либо исключительной лицензии (когда такое право у лицензиара отсутствует). Если из договора невозможно определить вид лицензии, то она считается простой. В связи с этим позаботиться о точном указании в договоре вида лицензии нужно прежде всего лицензиату. Существование каких-либо принудительных лицензий в отношении топологий ИМС в ГК не предусмотрено.

Распоряжение исключительным правом на топологию наряду с указанными формами договора может осуществляться и в иных договорных формах - например, исключительное право на топологию ИМС может использоваться в качестве обеспечения по договору залога.

Договор об отчуждении исключительного права на топологию ИМС, лицензионный договор, договор залога исключительного права на топологию должны быть заключены в письменной форме. Несоблюдение этого требования влечет недействительность договора.

Вопрос об обязательности государственной регистрации соответствующего договора и последствиях неосуществления такой регистрации решается по-разному в зависимости

от того, была ли зарегистрирована данная топология ИМС. Регистрация договора требуется только для случаев, когда эта топология была зарегистрирована в патентном ведомстве, и в таких случаях незарегистрированный договор будет недействительным. В этом отношении ГК несколько ужесточил подход, ранее закрепленный в российском законодательстве: согласно Закону об охране топологий (п. 5 ст. 9) регистрация лицензионных договоров была добровольной. Однако необязательный характер регистрации значительно снижал ее ценность: информация в Реестре топологий интегральных микросхем не могла подтвердить, что иных лицензионных договоров не существует. Теперь же на данные Реестра можно полагаться - если там нет информации о регистрации лицензионных договоров, значит, таких договоров на данный момент не существует.

Согласно пункту 7 статьи 1452 ГК сведения об изменении правообладателя и обременении исключительного права на топологию вносятся в Реестр топологий интегральных микросхем на основании зарегистрированного договора или иного правоустанавливающего документа и публикуются в официальном бюллетене.

Изложенные выше правила о лицензионных договорах будут применяться и к сублицензионным договорам, по которым лицензиат предоставляет право использования топологии ИМС своим лицензиатам (сублицензиатам). При этом следует учитывать, что как объем прав, предоставляемых по сублицензионному договору, так и срок его действия не должны выходить за пределы объема прав и срока, которые определены в лицензионном договоре. Кроме того, заключение сублицензионного договора возможно только в случае, когда на это получено согласие лицензиара. Такое согласие может быть дано в лицензионном договоре или в отдельном документе (ином договоре, письме и т.д.).

Топологии интегральных микросхем, созданные в рамках служебных отношений или по договору (статьи 1461 - 1464)

В отличие от ранее действовавшего Закона об охране топологий ГК содержит ряд специальных правил, определяющих права и обязанности сторон в случаях создания топологий ИМС в рамках служебных отношений или по договору.

Если топология ИМС создается работником в связи с выполнением им своих трудовых обязанностей или конкретного задания работодателя, такая топология считается служебной топологией (ст. 1461 ГК). Поскольку в этом определении есть указание и на служебные отношения, и на конкретное задание работодателя, служебной топологией может быть и тогда, когда работник создал ее за рамками своих служебных обязанностей, но по специальному заданию работодателя. Признание топологии служебной влечет закрепление исключительного права на топологию за работодателем, если в договоре между работником и работодателем не предусмотрено иное (п. 3 ст. 1461 ГК). В любом случае право авторства на служебную топологию сохраняется за автором.

В случаях, когда исключительное право на топологию принадлежит работодателю, у работника есть право на получение от него вознаграждения. Как установлено в пункте 4 статьи 1461 ГК, размер вознаграждения, условия и порядок его выплаты определяются договором между работником и работодателем. Представляется, что таким договором может быть и трудовой договор.

На практике в трудовые договоры иногда включают условия о том, что если работник создал топологию не в связи с выполнением своих трудовых обязанностей или конкретного задания работодателя, но с использованием тех или иных ресурсов работодателя (денежных, технических или иных материальных средств работодателя), то такая топология также должна признаваться служебной. Гражданский кодекс теперь прямо исключает возможность таких условий (п. 5 ст. 1461). Кодекс устанавливает, что в указанных случаях топология не может рассматриваться как служебная, а исключительное

право на топологию принадлежит работнику. Работодатель получает лишь право требовать по своему выбору возмещения расходов, понесенных им в связи с созданием топологии (ведь работник использовал ресурсы работодателя в своих интересах), либо предоставления ему лицензии на использование созданной топологии. Во втором случае лицензия должна отвечать определенным условиям, она будет: 1) неисключительной; 2) предусматривать использование топологии лишь для собственных нужд работодателя (такое использование охватывает и возможное расширение производства работодателя); 3) сохранять действие в течение всего срока действия исключительного права и 4) безвозмездной. Указанные условия не могут быть изменены сторонами в договоре. Выбор же между возмещением расходов и лицензией остается за работодателем.

Для тех случаев, когда топология ИМС создается по договору, ГК закрепляет следующую принципиальную конструкцию: исключительное право на топологию ИМС принадлежит одной стороне, а другая сторона получает ограниченное право на использование топологии на условиях простой (неисключительной) лицензии, причем такое распределение прав может быть изменено в договоре. Конкретная же реализация этого принципа будет зависеть от того, являлось ли создание данной топологии предметом рассматриваемого договора или нет.

Если предметом договора было создание определенной топологии ИМС (ст. 1463 ГК), то исключительное право на нее принадлежит заказчику (либо указанному им третьему лицу). В этом случае, если договором не предусмотрено иное, подрядчик (исполнитель) будет иметь право использовать данную топологию для собственных нужд на условиях безвозмездной простой (неисключительной) лицензии в течение всего срока действия исключительного права. В тех же случаях, когда согласно договору исключительное право на топологию будет принадлежать подрядчику (исполнителю), заказчик получит указанное выше ограниченное право на использование топологии на условиях безвозмездной неисключительной лицензии.

Если же топология ИМС создана не во исполнение условий договора, а при выполнении договора - договора подряда либо договора на выполнение научно-исследовательских, опытно-конструкторских или технологических работ, которые прямо не предусматривали ее создание (ст. 1462 ГК), исключительное право на такую топологию принадлежит подрядчику (исполнителю), если договором между ним и заказчиком не предусмотрено иное. И в этом случае заказчику будет принадлежать ограниченное право на использование топологии на условиях простой (неисключительной) лицензии в течение всего срока действия исключительного права без выплаты за это использование дополнительного вознаграждения, но на использование уже не для собственных нужд (как в предыдущем случае), а в целях, для достижения которых был заключен соответствующий договор. В результате объем прав, полученных заказчиком по лицензии в этом случае, может оказаться как меньше, так и больше (что более вероятно), чем в предыдущем случае, - в зависимости от того, как определены эти цели в договоре. Введение такого особого правила объясняется разумным желанием защитить интересы заказчика, не предвидевшего возможность создания топологии, которая может потребоваться для реализации договора. Передача подрядчиком (исполнителем) исключительного права на топологию другому лицу не повлияет на это ограниченное право заказчика. А вот если по условиям данного договора исключительное право на топологию ИМС будет принадлежать заказчику или будет передано указанному им третьему лицу, то ограниченное право подрядчика (исполнителя) использовать топологию будет опять-таки охватывать только использование топологии ИМС для собственных нужд.

Представляется, что для возникновения указанного ограниченного права не требуется заключение самостоятельного лицензионного договора - оно возникает автоматически, а ссылка "на условиях простой (неисключительной) лицензии" лишь устанавливает механизм определения пределов действия такого права.

Возможность выдачи sublicензии в подобных случаях ограничена не только необходимостью получения согласия правообладателя на заключение sublicензионных договоров, но и целями, для которых использование разрешено: если лицензиат имеет право использовать топологию ИМС только для собственных нужд, то и выданная им sublicензия также должна находиться в этих пределах.

В обоих рассмотренных выше случаях автор топологии, не являющийся правообладателем, будет иметь право на получение от работодателя вознаграждения по правилам, рассмотренным выше (п. 4 ст. 1461 ГК).

Если топология ИМС была создана при выполнении работ по государственному или муниципальному контракту, то в силу ст. 1464 ГК права на такую топологию будут распределяться по тем же правилам, что установлены для произведений литературы, науки или искусства (ст. 1298 ГК). В частности, если стороны не договорятся об ином, исключительное право на использование топологии будет принадлежать исполнителю. В этом случае Российской Федерации, субъекту Российской Федерации или указанным ими лицам может принадлежать право использования топологии на условиях простой (неисключительной) лицензии для государственных или муниципальных нужд, однако такое право возникнет не автоматически (как в рассмотренных выше случаях), а в результате заключения отдельного договора, который правообладатель будет обязан заключить по требованию государственного или муниципального заказчика. Если исключительное право на топологию ИМС, созданную по государственному или муниципальному контракту для государственных или муниципальных нужд, принадлежит совместно исполнителю и Российской Федерации, исполнителю и субъекту Российской Федерации или исполнителю и муниципальному образованию, то государственный или муниципальный заказчик будет вправе предоставить безвозмездную простую (неисключительную) лицензию на использование такой топологии для государственных или муниципальных нужд, уведомив об этом исполнителя.

Глава 75. ПРАВО НА СЕКРЕТ ПРОИЗВОДСТВА (НОУ-ХАУ)

Комментарий к главе 75

Режим охраны объектов патентного права (гл. 72 ГК) дает правообладателю мощные средства защиты его интересов, однако не во всех случаях он эффективен. Получение патента требует времени, материальных затрат, да и далеко не каждое техническое решение может быть запатентовано. Немаловажно, что патентование ведет к раскрытию сущности решения, а это не всегда целесообразно. Нельзя не учитывать и ограниченный срок действия патента, после истечения которого соответствующее техническое решение переходит в общественное достояние и может свободно использоваться без чьего-либо согласия или разрешения и без выплаты вознаграждения за использование. Все это может сделать для разработчика (или для его работодателя - см. ст. 1370 ГК) в ряде случаев предпочтительным использование иного режима охраны - режима права на секрет производства (ноу-хау).

Термин "ноу-хау" появился в начале XX в. и довольно быстро получил широкое распространение. Употреблялся он и в советском законодательстве. Особо следует отметить Основы гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г., в которых ноу-хау была посвящена отдельная статья (ст. 151). Новый российский Гражданский кодекс первоначально не использовал термин "ноу-хау", употребляя вместо него выражение "служебная и коммерческая тайна", хотя в действительности служебная и коммерческая тайна и ноу-хау неравноценны. С принятием части четвертой ГК эта неточность устранена. В ней как равноценные используются термины "секрет производства" и "ноу-хау". Но еще важнее то, что широкое использование секретов

производства на практике потребовало развития правового регулирования в этой области, и в части четвертой ГК этому объекту посвящен ряд специальных норм в отдельной главе.

Секрет производства как объект правовой охраны (статья 1465)

Исходя из определения секрета производства (ноу-хау), содержащегося в ст. 1465 ГК, можно выделить следующие признаки охраняемого объекта:

- секрет производства - это определенная информация. Важно подчеркнуть, что когда речь идет о секрете производства как результате интеллектуальной деятельности, право на секрет производства касается содержания этого результата, а не формы его выражения;

- характер информации, составляющей содержание секрета производства, правового значения не имеет. Как указано в ГК, это могут быть производственные, технические, экономические, организационные и другие сведения, в том числе о результатах интеллектуальной деятельности в научно-технической сфере, а также сведения о способах осуществления профессиональной деятельности. Из этого следует, что к секретам производства (ноу-хау), строго говоря, могут быть отнесены не только сведения о результатах интеллектуальной деятельности, но и иные сведения, если они отвечают требованиям, определенным в ст. 1465 ГК;

- в отличие от патентного права, в отношении секретов производства отсутствует требование новизны. Самостоятельное исключительное право на секрет производства можно получить даже в отношении решения, уже найденного и используемого другим лицом, если только соответствующие сведения сохраняются в тайне. Даже в случае перехода сведений в категорию общеизвестных не исключен их последующий возврат к статусу секретов производства - при утрате ими общеизвестности. Например, если некогда хорошо известный кулинарный рецепт со временем забывается, то у лица, вновь приобретшего такие сведения, появляется возможность стать обладателем исключительного права на такой рецепт;

- сведения, составляющие секрет производства, имеют действительную или потенциальную коммерческую ценность. Указание в законе на возможность наличия лишь "потенциальной коммерческой ценности" означает, что не требуется доказывать существующую востребованность данной информации на рынке. В частности, если речь идет о принципиально новой разработке, то вполне понятно, что уже сложившегося спроса на такую разработку на момент выхода с ней на рынок может и не быть. Важно лишь, чтобы данные сведения в принципе могли кого-то заинтересовать. При этом в расчет должны приниматься только коммерческая ценность сведений и их использование в коммерческой сфере, а не научная, социальная и тому подобная ценность. Следует также заметить, что коммерческая ценность объекта не обязательно отражает достоинства результата интеллектуальной деятельности, и поэтому реальная эффективность, прогрессивность и тому подобные характеристики найденного решения не имеют значения для возникновения права на него как на секрет производства;

- сведения, являющиеся секретом производства, должны быть неизвестны третьим лицам. Это не означает, что такая неизвестность должна быть абсолютной, когда информацией владеет лишь одно лицо. Более того, ГК прямо предусматривает ситуацию, когда разные лица независимо обладают одними и теми же сведениями, составляющими содержание охраняемого секрета производства (п. 2 ст. 1466), и такое положение не приводит к прекращению права каждого из этих лиц на секрет производства. При использовании секрета производства также может потребоваться предоставление доступа к соответствующим сведениям другим лицам (консультантам, работникам и т.д.), и если они будут сохранять информацию в тайне, то право на секрет производства не прекратится (в связи с этим важно позаботиться о том, чтобы с такими лицами были

заключены соглашения о конфиденциальности). Главное, чтобы соответствующие сведения не стали общедоступными;

- к сведениям, составляющим секрет производства, у третьих лиц нет свободного доступа на законном основании. Здесь в статье 1465 имеется в виду именно общий доступ к соответствующим сведениям. Предоставление доступа к информации ограниченному кругу лиц (коллегам, сотрудникам, привлеченным консультантам, проверяющим органам и т.д.) не влияет на действительность исключительного права на секрет производства. Кроме того, приниматься во внимание должны только законные основания получения доступа;

- сведения могут составлять секрет производства, если обладатель таких сведений ввел в отношении их режим коммерческой тайны. Согласно пункту 1 статьи 3 Федерального закона от 29 июля 2004 г. N 98-ФЗ "О коммерческой тайне" (далее - Закон о коммерческой тайне) коммерческая тайна - это режим конфиденциальности информации, позволяющий ее обладателю при существующих или возможных обстоятельствах увеличить доход, избежать неоправданных расходов, сохранить положение на рынке товаров, работ, услуг или получить иную коммерческую выгоду. Это определение позволяет разграничить секрет производства (ноу-хау) и коммерческую тайну. Секрет производства - это сведения, отвечающие указанным выше требованиям; коммерческая тайна - это совокупность различных мер, обеспечивающих конфиденциальность соответствующей информации.

Режим коммерческой тайны в отношении секрета производства (статьи 1465 - 1467, 1472)

Меры, образующие в совокупности режим коммерческой тайны, должны предотвратить распространение информации, составляющей секрет производства. Конечно, от обладателя права на секрет производства нельзя требовать принятия каких-то чрезвычайных мер; абсолютно надежных средств защиты информации не бывает, а чрезмерные расходы на обеспечение конфиденциальности могут лишить смысла приобретение или разработку таких секретов производства.

Меры по обеспечению конфиденциальности информации могут иметь разный характер. Это могут быть правовые меры (принятие различного рода документов, определяющих порядок работы с соответствующими сведениями и устанавливающих обязательства по сохранению информации в тайне), организационные (организация хранения информации и доступа к ней), технические (использование разного рода технических средств защиты информации) и др.

В любом случае на основании Закона о коммерческой тайне (ст. 10) должны быть предприняты как минимум следующие меры:

- 1) определение перечня информации, составляющей коммерческую тайну;
- 2) ограничение доступа к информации, составляющей коммерческую тайну, путем установления порядка обращения с этой информацией и контроля за соблюдением такого порядка;
- 3) учет лиц, получивших доступ к информации, составляющей коммерческую тайну, и (или) лиц, которым такая информация была предоставлена или передана;
- 4) регулирование отношений по использованию информации, составляющей коммерческую тайну, работниками на основании трудовых договоров и контрагентами на основании гражданско-правовых договоров;
- 5) нанесение на материальные носители (документы), содержащие информацию, составляющую коммерческую тайну, грифа "Коммерческая тайна" с указанием обладателя этой информации (для юридических лиц - полное наименование и место нахождения, для индивидуальных предпринимателей - фамилия, имя, отчество гражданина, являющегося индивидуальным предпринимателем, и место жительства).

Наряду с этими мерами (выполнение которых обязательно, если лицо хочет приобрести и сохранить право на секрет производства) могут быть приняты и любые иные меры для обеспечения конфиденциальности соответствующей информации. Объем принимаемых мер должен быть адекватен ценности информации.

Гражданский кодекс, как уже отмечено выше, не содержит специальных ограничений в отношении информации, которая может составлять содержание секрета производства. Однако такие ограничения все же существуют. Законодательство о коммерческой тайне содержит запрет устанавливать режим коммерческой тайны в отношении некоторых сведений. Соответственно такие сведения не могут рассматриваться и как секрет производства.

Согласно статье 5 Закона о коммерческой тайне режим коммерческой тайны не может быть установлен лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность, в отношении следующих сведений:

1) содержащихся в учредительных документах юридического лица, документах, подтверждающих факт внесения записей о юридических лицах и об индивидуальных предпринимателях в соответствующие государственные реестры;

2) содержащихся в документах, дающих право на осуществление предпринимательской деятельности;

3) о составе имущества государственного или муниципального унитарного предприятия, государственного учреждения и об использовании ими средств соответствующих бюджетов;

4) о загрязнении окружающей среды, состоянии противопожарной безопасности, о санитарно-эпидемиологической и радиационной обстановке, безопасности пищевых продуктов и других факторах, оказывающих негативное воздействие на обеспечение безопасного функционирования производственных объектов, безопасности каждого гражданина и безопасности населения в целом;

5) о численности и о составе работников, о системе оплаты труда, об условиях труда, в том числе об охране труда, о показателях производственного травматизма и профессиональной заболеваемости и о наличии свободных рабочих мест;

6) о задолженности работодателей по выплате заработной платы и по иным социальным выплатам;

7) о нарушениях законодательства Российской Федерации и фактах привлечения к ответственности за совершение этих нарушений;

8) об условиях конкурсов или аукционов по приватизации объектов государственной или муниципальной собственности;

9) о размерах и структуре доходов некоммерческих организаций, о размерах и составе их имущества, об их расходах, о численности и об оплате труда их работников, об использовании безвозмездного труда граждан в деятельности некоммерческой организации;

10) о перечне лиц, имеющих право действовать без доверенности от имени юридического лица;

11) обязательность раскрытия которых или недопустимость ограничения доступа к которым установлена иными федеральными законами.

В качестве примеров обязательного раскрытия иной информации можно назвать раскрытие информации о товаре, подлежащей предоставлению потребителям (ст. 10 Закона РФ от 7 февраля 1992 г. N 2300-1 "О защите прав потребителей"), информации, подлежащей раскрытию организатором торговли на рынке ценных бумаг (ст. 9 Федерального закона от 22 апреля 1996 г. N 39-ФЗ "О рынке ценных бумаг"), и т.д. Важно, что согласно п. 11 ст. 5 Закона о коммерческой тайне указанная обязанность раскрыть информацию может быть установлена только федеральным законом <1>.

<1> В этой связи более не должны применяться иные нормативные акты, определяющие случаи обязательного раскрытия информации, составляющей коммерческую тайну, либо запрещающие устанавливать этот режим в отношении определенных сведений. Сюда можно отнести, например, известное Постановление Правительства РСФСР от 5 декабря 1991 г. N 35 "О перечне сведений, которые не могут составлять коммерческую тайну".

Это позволяет обеспечить стабильность указанных ограничений, что очень важно в плане защиты интересов обладателя права на секрет производства. Ведь если то или иное ведомство могло бы в любой момент вводить свои перечни случаев, когда в отношении определенных сведений не должен вводиться режим коммерческой тайны, то субъективное гражданское право на секрет производства находилось бы под постоянной угрозой прекращения в административном порядке.

Субъект исключительного права на секрет производства (статья 1466)

В главе 75 ГК нет каких-либо ограничений в отношении субъектов права на секрет производства. Однако установленная в ст. 1465 ГК обязательность введения в отношении соответствующих сведений режима коммерческой тайны вызывает необходимость уточнить круг возможных правообладателей.

Представляется, что само определение режима коммерческой тайны ориентирует на применение правил о ноу-хау в сфере коммерческой деятельности ("режим... позволяющий... увеличить доходы, избежать неоправданных расходов, сохранить положение на рынке товаров, работ, услуг или получить иную коммерческую выгоду" - п. 1 ст. 3 Закона о коммерческой тайне, в редакции Федерального закона от 18 декабря 2006 г. N 231-ФЗ). Об этом говорит и название объекта охраны ("секрет производства"). В связи с этим следует, по-видимому, признать, что рассматриваемое право должно по общим правилам иметь субъектами лиц, занимающихся предпринимательской деятельностью. При этом извлечение прибыли не обязательно будет основной целью деятельности лица; как известно, предпринимательской деятельностью могут заниматься и некоммерческие организации - постольку, поскольку это служит достижению целей, ради которых они созданы, и соответствует этим целям (п. 3 ст. 50 ГК). Может обладать правом на секрет производства и физическое лицо, являющееся индивидуальным предпринимателем.

В то же время физическое лицо, не являющееся индивидуальным предпринимателем, может приобрести право использования секрета производства по лицензионному договору. Это связано с тем, что сведения, составляющие содержание секрета производства, могут использоваться и вне сферы предпринимательской деятельности. Такое лицо может применять данные сведения в быту, на садовом участке и т.д.

Российское законодательство не содержит запретов или ограничений для иностранных юридических и физических лиц применительно к обладанию правом на секрет производства. К таким лицам будут применяться те же правила, что и к субъектам российского права (п. 1 ст. 2 ГК).

Содержание исключительного права на секрет производства (статья 1466)

Согласно пункту 1 статьи 1466 ГК обладателю секрета производства принадлежит исключительное право использования его любым не противоречащим закону способом (исключительное право на секрет производства), в том числе при изготовлении изделий и реализации экономических и организационных решений. Однако это право не дает правообладателю возможность установить полную монополию на определенную

информацию. Важной особенностью права на секрет производства является возможность одновременной принадлежности прав на секрет производства разным лицам (п. 2 ст. 1466). Обязательным условием такого одновременного обладания одинаковыми исключительными правами является лишь добросовестное и независимое от других правообладателей приобретение сведений, составляющих содержание секрета производства. Стоит заметить, что в данном случае требуется даже не повторное создание того же результата интеллектуальной деятельности (как, например, в случае с топологиями интегральных микросхем, где возможны самостоятельные исключительные права на объект правовой охраны нескольких лиц), а лишь получение одних и тех же сведений. Таким образом, независимо от того, из какого источника и каким образом сведения получены (если, конечно, каждый обладатель получил их добросовестно и независимо от другого обладателя), получатель таких сведений приобретет самостоятельное исключительное право на секрет производства. Это произойдет даже в случае, когда сведения получены вследствие того, что разглашены лицом, недобросовестно завладевшим такой информацией. Таким образом, введение исключительного права на секрет производства не означает введения исключительного права на использование информации как таковой.

Исключительное право на секрет производства охватывает как действия со сведениями, составляющими содержание секрета производства (например, распространение таких сведений), так и их практическую реализацию (в частности, изготовление продукции с применением данного технического решения). Правообладатель может также осуществлять использование соответствующих сведений самостоятельно.

Фактически исключительное право на секрет производства реализуется в определении условий доступа к определенной информации и в запрете другим лицам нарушать их. Любые лица, приобретшие сведения, составляющие содержание охраняемого секрета производства на условиях, определенных правообладателем, должны их соблюдать. С другой стороны, запрещается завладевать данной информацией с нарушением указанных условий. Гражданско-правовые последствия такого нарушения предусмотрены в ст. 1472 ГК.

Глава 75 ГК предусматривает особые правила, относящиеся к защите исключительного права на секрет производства. В частности, разъясняется, что к нарушениям права на секрет производства относится как неправомерное получение сведений, составляющих содержание секрета производства, так и разглашение, а также использование (иначе говоря, практическое применение) указанных сведений. На случай, если иная ответственность не предусмотрена законом или договором, ГК устанавливает обязанность нарушителя исключительного права на секрет производства, а также бывшего обладателя исключительного права на секрет производства, лицензиара или лицензиата, работника, нарушившего такое исключительное право, возместить убытки правообладателя. Однако если лицо, использовавшее секрет производства, не знало и не должно было знать о незаконности такого использования, то ответственность такого лица за использование секрета производства исключается (п. 2 ст. 1472).

Разработка стратегии защиты секретов производства является одной из важнейших забот любого лица, вовлеченного в коммерческую деятельность. Свое значение защита секретов производства сохраняет даже при активной патентной политике - ведь до раскрытия информации о созданном объекте промышленной собственности его приходится охранять именно в режиме секрета производства. Нормы Кодекса позволяют облегчить такую защиту, но ее успешность зависит в первую очередь от самого правообладателя.

Следует иметь в виду, что нарушение права на секрет производства может рассматриваться и как одна из форм недобросовестной конкуренции (подп. 5 п. 1 ст. 14 Федерального закона от 26 июля 2006 г. N 135-ФЗ "О защите конкуренции"; далее - Закон

о защите конкуренции), если такие действия допускаются конкурирующим субъектом. Незаконное получение и разглашение сведений, составляющих коммерческую тайну, могут также рассматриваться как уголовное преступление (ст. 183 Уголовного кодекса РФ).

Объекты, в которых незаконно реализованы соответствующие секреты производства, считаются контрафактными.

В отношении секретов производства закон не предусматривает существование каких-либо личных неимущественных прав. Личные неимущественные права всегда так или иначе связаны с общественным признанием определенного лица в качестве автора данного результата интеллектуальной деятельности. Без публичного раскрытия содержания объекта в той мере, в какой это позволяет его идентифицировать, автор не может осуществить какие-либо личные неимущественные права. Поэтому в случае, когда объект сохраняется в тайне, о таком признании говорить невозможно. Но если на соответствующее решение, составляющее секрет производства, подается заявка на изобретение, селекционное достижение и т.п., появляется и возможность существования личных неимущественных прав автора.

Возникновение и прекращение исключительного права на секрет производства (статьи 1465, 1467)

Право на секрет производства отражает наличие у лица определенной фактической монополии на имеющиеся у него сведения. Признание этого субъективного исключительного права означает, что законодатель предоставляет такому лицу правовые средства защиты его фактической монополии. Именно поэтому закон не связывает возникновение права на секрет производства с какой-либо творческой деятельностью правообладателя, важны лишь фактическое приобретение соответствующей информации и выполнение указанных в законе (ст. 1465 ГК) условий. С момента, когда все упомянутые условия выполнены, возникает исключительное право на секрет производства.

Срок действия права на секрет производства не установлен. Теоретически такое право может существовать неограниченно долго. По этой причине выбор правового режима секрета производства для охраны результатов интеллектуальной деятельности может оказаться предпочтительнее, чем патентование соответствующих решений (с прекращением права по общему правилу через двадцать лет), если повторное получение таких же сведений другими лицами представляется маловероятным.

Но, с другой стороны, исключительное право на секрет производства подвержено ряду опасностей.

Право на секрет производства может прекратиться в случае утраты конфиденциальности сведений, составляющих содержание секрета производства. А это может произойти в результате независимого получения тех же сведений третьими лицами и раскрытия ими такой информации, в результате недобросовестности лиц, получивших сведения от правообладателя и нарушивших взятые на себя обязательства о конфиденциальности, в результате хищения информации, ее случайного раскрытия (например, в результате утери документа) и т.д. Прекратиться право на секрет производства может и по воле правообладателя, если он раскроет соответствующие сведения.

Наконец, возможно прекращение исключительного права на секрет производства, если сведения об этом секрете будут включены в соответствии с действующим законодательством в круг сведений, которые не могут составлять коммерческую тайну.

Считается, что утрата права на секрет производства необратима: если информация стала общедоступной, то вернуться в прежнее состояние невозможно. В большинстве

случаев это действительно так, но не исключены, как мы уже отмечали выше, и ситуации, когда общество утрачивает доступ к разглашенной информации: информация забывается, экземпляры содержащего ее издания могут погибнуть и т.д. В этом случае право на секрет производства может возникнуть вновь, поскольку для режима коммерческой тайны важна не объективная новизна информации, а ее недоступность обществу.

Еще одной важной особенностью права на секрет производства является то, что, несмотря на самостоятельность прав каждого лица, независимо ставшего обладателем одного и того же секрета производства (возникающих в разное время для каждого из этих лиц), их исключительные права на секрет производства будут прекращаться одновременно для всех таких лиц (ст. 1467 ГК). Таким образом, действия любого из правообладателей (например, раскрытие им информации) могут оказать влияние не только на его права, но и на права лиц, о существовании которых он может даже и не знать.

Переход исключительного права на секрет производства (статьи 1468, 1469)

Основными формами предусмотренного в п. 1 ст. 1466 ГК распоряжения исключительным правом на секрет производства являются договор об отчуждении исключительного права на секрет производства и лицензионный договор о предоставлении права использования секрета производства.

По договору об отчуждении исключительного права на секрет производства правообладатель передает или обязуется передать принадлежащее ему исключительное право на секрет производства в полном объеме приобретателю исключительного права на этот секрет производства (п. 1 ст. 1468 ГК). По своей сути такой договор аналогичен договорам об отчуждении исключительных прав, рассмотренным выше применительно к иным результатам интеллектуальной деятельности. Однако есть у данного вида договоров применительно к ноу-хау и важные особенности, которые должны быть приняты во внимание при подготовке договора.

Во-первых, могут возникнуть сложности с определением предмета договора. Согласно статье 432 ГК условие о предмете договора является существенным. Соответственно отсутствие согласия между сторонами по этому условию означает, что договор не заключен. В отличие от иных результатов интеллектуальной деятельности объект данного исключительного права заведомо неизвестен обществу, и следовательно, недостаточно лишь назвать его в договоре. Приобретатель должен позаботиться о том, чтобы в договоре секрет производства был описан с достаточной степенью подробности, позволяющей его идентифицировать. С другой стороны, лицо, отчуждающее право на секрет производства, не заинтересовано раскрывать сущность секрета производства до заключения договора и поэтому будет стремиться включить минимум подробностей на этот счет в текст договора. Возможным вариантом может быть, например, раскрытие секрета производства в приложении к договору, предоставляемому приобретателю в полном объеме лишь непосредственно при заключении договора. Вопрос определения секрета производства в договоре всегда требует к себе внимательного отношения, о чем, к сожалению, иногда забывают на практике.

Во-вторых, при отчуждении секрета производства важен вопрос соблюдения конфиденциальности прежним правообладателем этого секрета. Так как право на секрет производства основано на фактической монополии одного лица на определенные сведения, то отчуждение исключительного права на этот объект будет иметь смысл только в том случае, если указанная монополия сохранится. Но отчуждая право на секрет производства, прежний правообладатель не обязательно лишается информации, составляющей содержание этого секрета производства, в конце концов он может сохранить данные сведения в своей памяти. В результате существование исключительного

права приобретателя оказывается в зависимости от поведения прежнего правообладателя, ведь если он умышленно или по недосмотру раскроет соответствующую информацию, то право приобретателя прекратится. Именно поэтому ГК прямо устанавливает (ст. 1468) обязанность лица, распорядившегося своим правом, сохранять конфиденциальность секрета производства до прекращения действия исключительного права на этот объект, сколь долго бы это ни продолжалось.

В-третьих, приобретателю исключительного права на ноу-хау нужно помнить, что наличие у него права еще не означает существования фактической возможности реализовать этот секрет производства на практике. Если приобретатель хочет иметь гарантии реализуемости секрета производства в конкретных условиях, достижимости определенных производственных показателей и т.п., он должен оговорить это в договоре. Возможно, прежде чем воплощать тот или иной секрет производства, потребуются проведение дополнительных исследований, приобретение специального оборудования и т.п. Секрет производства может вообще оказаться с экономической точки зрения неэффективным, поэтому все подобные технические вопросы должны быть учтены приобретателем заранее и при необходимости отражены в договоре. В противном случае приобретатель не сможет предъявлять претензии к прежнему правообладателю, если при реализации секрета производства он столкнется с трудностями. С этим же связаны описание в договоре объема и характера представляемой приобретателю документации, оказание прежним правообладателем технической помощи и т.д.

Следует подчеркнуть, что отчуждаются права на секрет производства, а не сам секрет. В частности, в Постановлении Пленума Верховного Суда и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 1 июля 1996 г. N 6/8 "О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации" <1> было указано, что ноу-хау не может быть внесено в качестве вклада в имущество хозяйственного товарищества или общества.

<1> Вестник ВАС РФ. 1996. N 9.

Исключительное право на секрет производства может отчуждаться только в полном объеме, его нельзя делить (например, по территории). В то же время при использовании лицензионного договора стороны имеют большую свободу определения условий договора. По лицензионному договору обладатель исключительного права на секрет производства (лицензиар) предоставляет или обязуется предоставить другой стороне (лицензиату) право использования соответствующего секрета производства в установленных договором пределах (п. 1 ст. 1469 ГК). Здесь могут быть определены территория использования секрета производства, формы использования и т.д. В лицензионном договоре может быть установлен и срок, на который предоставляется право. Если срок действия лицензионного договора не указан в договоре, любая из сторон вправе в любое время отказаться от договора, предупредив об этом другую сторону не позднее чем за шесть месяцев, если договором не предусмотрен более длительный срок (п. 2 ст. 1469 ГК).

Как и в случаях с другими результатами интеллектуальной деятельности, лицензионный договор об использовании секрета производства может предусматривать предоставление лицензиату исключительной или неисключительной (простой) лицензии. Во втором случае лицензиар сохраняет право выдачи лицензий другим лицам, в первом - он этого права не имеет. Если вид лицензии прямо не определен в договоре, она предполагается неисключительной (п. 2 ст. 1236 ГК).

Стороны могут согласовать в лицензионном договоре условия, относящиеся к совершенствованию соответствующего результата интеллектуальной деятельности, в частности определить, обязаны ли они уведомлять друг друга о сделанных улучшениях, на каких условиях будут лицензироваться эти улучшения и т.д.

Для обеих сторон лицензионного договора большое значение имеет обеспечение сохранения соответствующей информации в тайне. Для лицензиара разглашение этой информации будет означать прекращение его исключительного права, для лицензиата - невозможность воспользоваться конкурентными преимуществами, появляющимися у него в результате использования секрета производства, неизвестного его конкурентам. В связи с этим обе стороны обычно заинтересованы во включении в договор положений, обеспечивающих сохранение соответствующих сведений в тайне. Более того, пункт 3 статьи 1469 ГК прямо возлагает на лицензиара обязанность сохранять конфиденциальность секрета производства в течение всего срока действия лицензионного договора. Для лицензиата аналогичная обязанность должна быть шире - ведь по прекращении лицензионного договора его интерес в сохранении конфиденциальности исчезает, чего нельзя сказать о лицензиаре. По этой причине ГК обязывает лицензиата сохранять конфиденциальность секрета производства до прекращения действия исключительного права на секрет производства.

Однако в силу специфики объекта охраны обеспечить конфиденциальность информации, полученной по лицензионному договору, не всегда легко. Даже если лицензиат сам принимает все необходимые меры для обеспечения конфиденциальности полученной информации, она часто становится доступной и его работникам. Информация сохраняется в памяти людей, и предотвратить ее последующее использование не всегда возможно. Приобретенный опыт становится частью квалификации работника, а запрет работнику использовать его профессиональные знания и навыки во многих случаях означал бы запрет трудиться по своей профессии. В то же время применение такими лицами знаний, приобретенных ими в результате ознакомления с чужим секретом производства, не только ослабляет конкурентные преимущества правообладателя за счет получения доступа к информации третьих лиц (например, работники, владеющие такой информацией, могут перейти от лицензиата к другим конкурентам лицензиара), но и увеличивает риск раскрытия секрета производства. Данная проблема хорошо известна за рубежом (существует даже специальный термин для таких знаний, остающихся в памяти работников, - residuals). Универсального средства решения этой проблемы пока нет, но значительно снизить риски можно, приняв комплекс мер, включая принятие внутренних документов на предприятии, определяющих порядок работы с соответствующей информацией, организацию доступа к информации, включение необходимых положений в трудовые договоры и т.д. <1>. Этими вопросами пренебрегать не стоит.

<1> Подробнее см.: Калятин В.О. Мои года - мое богатство. А знания? // Патенты и лицензии. 2006. N 3. С. 16 - 23.

В ряде случаев лицензиат обязан раскрывать информацию государственным органам, имеющим в силу закона право требовать представления такой информации. Запретить это лицензиату, конечно, нельзя. Однако можно и нужно предусмотреть в договоре специальные правила, призванные обеспечить защиту интересов лицензиара. В частности, стоит установить обязанность лицензиата немедленно и предварительно уведомлять лицензиара о поступившем требовании раскрыть информацию, с тем чтобы лицензиар мог попытаться добиться отмены этого требования, обязанность лицензиата сотрудничать с лицензиаром при представлении информации, обязанность ограничивать раскрываемую информацию только тем объемом, в каком он должен представить ее государственным органам в соответствии с действующим законодательством, и т.д.

Предоставление лицензиатом права использования секрета производства третьим лицам по сублицензионным договорам возможно только при письменном согласии лицензиара (п. 1 ст. 1238 ГК), которое может быть выражено как непосредственно в лицензионном договоре, так и в ином документе.

Одной из характерных особенностей лицензионных договоров в отношении секретов производства является наличие в таких договорах разного рода ограничительных положений (касающихся территории использования, объемов производства, сотрудничества с третьими лицами, ограничения возможности приобретения определенных комплектующих у третьих лиц и т.д.). Подобные положения, вообще часто встречающиеся в договорах в сфере интеллектуальной собственности, для секретов производства имеют особое значение в силу особенностей объекта охраны. Однако к формулированию таких ограничительных положений нужно подходить осторожно, поскольку существует риск обвинения в ограничении конкуренции. Следует учитывать, в частности, что во многих странах существуют достаточно жесткие запреты на использование определенных ограничений. В частности, Положение Европейской комиссии "О применении ст. 81 (3) Договора <1> к отдельным категориям соглашений о передаче технологий" <2> может применяться не только тогда, когда одной стороной договора является компания, расположенная в ЕС, но и в случае, если договор может воздействовать на торговлю между странами ЕС, а также если предметом договора является интеллектуальная собственность, существующая на территории ЕС. В частности, даже если стороны договора не являются конкурентами, запрещенными ограничениями, например, будут ограничения возможности стороны определять цены при продаже продуктов третьим лицам (кроме случаев установления максимальных или рекомендованных цен продажи при условии, что они не достигают фиксированных или минимальных цен продажи как результат давления или результат предложения любой из сторон), ограничение групп клиентов или территории, на которой лицензиат может пассивно продавать продукты, предусмотренные договором (с некоторыми изъятиями), и т.д. <3>.

<1> Договор об учреждении ЕС.

<2> Comission Regulation (EC) N 772/2004 от 27 апреля 2004 г.

<3> Подробнее см.: Калятин В.О. Соглашения о передаче технологий: новое в европейском законодательстве // Патенты и лицензии. 2005. N 3. С. 33 - 38.

Действие лицензионного договора может прекратиться в случаях, предусмотренных договором, а также при прекращении самого исключительного права на секрет производства (п. 4 ст. 1235 ГК).

В отличие от лицензионных договоров в отношении запатентованных объектов для договоров на секреты производства не существует обязанности регистрировать договор.

Секреты производства, созданные в рамках служебных
отношений или при выполнении договора
(статьи 1470, 1471)

Исключительное право на секрет производства, созданный работником в связи с выполнением своих трудовых обязанностей или конкретного задания работодателя (служебный секрет производства), принадлежит работодателю (п. 1 ст. 1470 ГК). В целом это правило не отличается от предусмотренных ГК в отношении иных результатов интеллектуальной деятельности. Но есть и важная особенность: на работника возлагается обязанность сохранять конфиденциальность полученных сведений до прекращения действия исключительного права на секрет производства независимо от того, создал ли такой работник результат интеллектуальной деятельности или соответствующие сведения стали известны работнику лишь в связи с выполнением своих служебных обязанностей.

Если секрет производства получен при выполнении договора подряда, договора на выполнение научно-исследовательских, опытно-конструкторских или технологических работ либо по государственному или муниципальному контракту для государственных

или муниципальных нужд, то в соответствии со ст. 1471 ГК исключительное право на такой секрет производства принадлежит подрядчику (исполнителю). Не имеет значения, являлась ли работа, при выполнении которой получен секрет производства, основным предметом договора или нет. Указанное распределение прав на секрет производства может быть изменено договором.

Дополнительное уточнение сделано в законе для случаев, когда секрет производства получен при выполнении работ по договору, заключаемому главным распорядителем или распорядителем бюджетных средств с федеральными государственными учреждениями. Понятия "главный распорядитель бюджетных средств" и "распорядитель бюджетных средств" определены в Бюджетном кодексе РФ. Исходя из статьи 158 этого Кодекса, главным распорядителем бюджетных средств следует считать соответствующий орган государственной власти или местного самоуправления, имеющий право распределять средства соответствующего бюджета по подведомственным распорядителям и получателям бюджетных средств, а также наиболее значимое бюджетное учреждение науки, образования, культуры, здравоохранения и средств массовой информации. Распорядитель бюджетных средств - это орган государственной власти или орган местного самоуправления, имеющие право распределять бюджетные средства по подведомственным получателям бюджетных средств (ст. 159 Бюджетного кодекса). В отличие от описанных выше случаев (где договором можно предусмотреть любой вариант распределения прав) здесь возможны только два варианта: либо по общему правилу исключительное право на такой секрет производства будет принадлежать подрядчику (исполнителю), либо в договоре можно установить принадлежность права Российской Федерации.

Глава 76. ПРАВА НА СРЕДСТВА ИНДИВИДУАЛИЗАЦИИ ЮРИДИЧЕСКИХ ЛИЦ, ТОВАРОВ, РАБОТ, УСЛУГ И ПРЕДПРИЯТИЙ

Комментарий к главе 76

Основная задача разработки части четвертой ГК состояла в кодификации действующего законодательства об интеллектуальной собственности путем систематизации и упорядочения норм, содержащихся ныне в законах об отдельных объектах интеллектуальных прав. Однако эта задача не была единственной. Разработка части четвертой Гражданского кодекса - это хороший повод также и для устранения пробелов в законодательстве об интеллектуальной собственности.

Часть четвертая ГК содержит положения о пяти институтах, которые в прежнем законодательстве либо вовсе никак не урегулированы, либо урегулированы явно недостаточно. Это смежное право изготовителя базы данных (§ 5 гл. 71), смежное право публикатора произведения науки, литературы или искусства (§ 6 гл. 71), право на секреты производства, или ноу-хау (гл. 75), право на фирменное наименование (§ 1 гл. 76), право на коммерческое обозначение (§ 4 гл. 76).

Три из перечисленных институтов не являются абсолютно новыми для российского права. Исключительное право на фирменное наименование коммерческой организации уже было признано статьей 54 ГК, которая содержит также основанные принципы защиты этого права. Исключительное право на коммерческое обозначение ранее в Кодексе прямо не было закреплено, хотя и неоднократно упоминается по тексту главы 54, посвященной договору коммерческой концессии <1>.

<1> Секреты производства (ноу-хау) также не являлись по прежнему российскому законодательству объектами исключительных прав, но пользовались правовой охраной в качестве сведений, составляющих коммерческую тайну (в соответствии со ст. 139 ГК РФ, Федеральными законами "О коммерческой тайне", "Об информации, информатизации и

защите информации", ст. 10 Закона РСФСР "О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках", а впоследствии - ст. 14 Федерального закона "О защите конкуренции").

Рассматривая положения части четвертой ГК о фирменных наименованиях и коммерческих обозначениях, следует особо обратить внимание на ст. 1476 и 1541, решающие очень важную практическую проблему коллизии права на фирменное наименование, коммерческое обозначение и товарный знак в тех случаях, когда эти средства индивидуализации полностью или частично совпадают, а исключительные права на них принадлежат разным лицам. Согласно указанным нормам тот правообладатель, чье исключительное право возникло раньше, может при возникновении подобных коллизий требовать в судебном порядке запрета на использование другим лицом, осуществляющим аналогичную деятельность, своего фирменного наименования или коммерческого обозначения либо отдельных их элементов в составе соответствующего средства индивидуализации, используемого другим лицом.

§ 1. Право на фирменное наименование (статьи 1473 - 1476)

Несмотря на то что исключительное право на фирменное наименование было закреплено еще в части первой Гражданского кодекса, правовое регулирование отношений, связанных с использованием и защитой фирменных наименований, в российском законодательстве практически отсутствовало, если не считать отдельных положений ГК о договорах продажи предприятия и коммерческой концессии, а также формально сохранявшего свое действие Положения о фирме, утвержденного Постановлением ЦИК и СНК СССР от 22 июня 1927 г., которое давно уже совершенно не соответствовало современным правовым и экономическим реалиям.

Гражданский кодекс в части четвертой исходит из того, что Кодексом должны быть установлены основные требования к содержанию фирменного наименования, которые могут конкретизироваться в специальных законах об отдельных видах коммерческих организаций ("О банках и банковской деятельности", "О производственных кооперативах", "О сельскохозяйственной кооперации" и т.д.). При этом Вводным законом предусмотрены положения, унифицирующие нормы о фирменном наименовании, которые в настоящее время содержатся в этих и других федеральных законах ("Об акционерных обществах", "Об обществах с ограниченной ответственностью", "О государственных и муниципальных унитарных предприятиях"), а также гармонизирующие их с нормами ГК.

В отношении требований, предъявляемых к содержанию фирменного наименования, часть четвертая ГК решает три важные проблемы:

- язык, на котором выражено фирменное наименование. Кодекс позволяет коммерческим организациям иметь как полные, так и сокращенные фирменные наименования на языках народов Российской Федерации и иностранных языках при том, что наличие полного фирменного наименования на русском языке является обязательным;
- условия использования иностранных заимствований в фирменном наименовании, выраженном на русском языке или на языке народа Российской Федерации;
- недопустимость включения в фирменное наименование определенных элементов - элементов, способных создать впечатление о принадлежности коммерческой организации к публичным образованиям, международным организациям и общественным объединениям либо противоречащих общественным интересам, а также принципам гуманности и морали.

С учетом действующего порядка государственной регистрации юридических лиц, не предусматривающего такого основания для отказа в регистрации, как несоответствие фирменного наименования установленным требованиям, Гражданский кодекс

предоставляет регистрирующему органу право на предъявление в суд иска о понуждении коммерческой организации к изменению фирменного наименования, не соответствующего требованиям закона.

Кодекс не содержит абсолютного запрета на использование коммерческой организацией фирменного наименования, идентичного ранее зарегистрированному фирменному наименованию другой коммерческой организации или сходного с ним до степени смешения. Использование такого фирменного наименования может быть признано нарушением исключительного права на ранее зарегистрированное фирменное наименование только в том случае, если оба правообладателя осуществляют аналогичную деятельность. Таким образом, Гражданский кодекс допускает сосуществование нескольких самостоятельных исключительных прав на идентичные фирменные наименования, если несовпадение осуществляемой правообладателями деятельности позволяет избежать их смешения несмотря на тождество фирменных наименований.

В части четвертой ГК в полной мере воспринято превалирующее в последнее время в отечественной доктрине представление о невозможности распоряжения исключительным правом на фирменное наименование в силу того, что фирменное наименование является средством индивидуализации юридического лица как субъекта гражданских прав и, следовательно, неразрывно связано с этим субъектом. Норма, запрещающая распоряжение исключительным правом на фирменное наименование, предусмотрена п. 2 ст. 1474 ГК, а в ее развитие Вводный закон предусматривает внесение соответствующих изменений в целый ряд положений первых двух частей ГК (статьи 132, 559, 1027 и др.), которые в той или иной форме допускают возможность распоряжения исключительным правом на фирменное наименование.

§ 2. Право на товарный знак и право на знак обслуживания (статьи 1477 - 1515)

Содержание предусмотренного ГК правового регулирования отношений, связанных с приобретением, использованием, защитой исключительного права на товарные знаки и знаки обслуживания и распоряжением этим правом, основывается на прежнем российском законодательстве (Закон РФ от 23 сентября 1992 г. "О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров"), а также на международных соглашениях, в которых участвует Российская Федерация (Парижская конвенция по охране промышленной собственности 1883 г., Мадридское соглашение о международной регистрации знаков 1891 г., Ниццкое соглашение о международной классификации товаров и услуг для регистрации знаков 1957 г., Договор о законах по товарным знакам 1994 г., подготовленный в рамках ВОИС (далее - Договор ВОИС), Минское соглашение о мерах по предупреждению и пресечению использования ложных товарных знаков и географических указаний 1999 г.), и на тех международных соглашениях, к которым она намеревается присоединиться (Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности 1994 г. (далее - Соглашение ТРИПС)).

Активное использование товарных знаков в гражданском обороте <1> привело к интенсивному развитию судебной практики, которая также оказала определенное влияние на содержание закрепленного в Кодексе правового регулирования отношений, связанных с этими средствами индивидуализации <2>.

<1> Количество подаваемых в Роспатент заявок ежегодно увеличивается и в 2005 г. составило 47087; за последние восемь лет практически удвоилось общее число зарегистрированных товарных знаков (здесь и далее статистические сведения приводятся по данным Роспатента, размещенным на сайте www.fips.ru).

<2> Разъяснению спорных вопросов посвящен Обзор практики разрешения споров, связанных с защитой прав на товарный знак, утвержденный информационным письмом Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 29 июля 1997 г. N 19.

Основные положения
(статьи 1477 - 1484)

Нормы, содержащиеся в комментируемом параграфе ГК, определяют правовой режим различных обозначений, используемых в гражданском обороте для отличия товаров, работ и услуг одних лиц от однородных товаров, работ и услуг других лиц <1>. В отношении товаров такие обозначения называются товарными знаками (п. 1 ст. 1477), а в отношении работ и услуг - знаками обслуживания (п. 2 ст. 1477). Ввиду совпадения правового режима товарных знаков и знаков обслуживания соответствующие правила сформулированы в Кодексе применительно к товарным знакам и в силу прямого указания закона подлежат применению к знакам обслуживания (п. 2 ст. 1477). Применение к знакам обслуживания правил о товарных знаках предусматривается также ст. 2 Договора ВОИС.

<1> В отличие от прежнего законодательства (ст. 1 Закона о товарных знаках) легальное определение товарного знака и знака обслуживания (п. 1 и 2 ст. 1477 ГК), как и других средств индивидуализации, регламентированных в гл. 76 Кодекса, сформулировано применительно к правам на соответствующие объекты. При этом отсутствие в определении указания на применение товарного знака и знака обслуживания для "отличия" товаров, работ и услуг одних лиц от "однородных" товаров, работ и услуг других лиц вовсе не означает отказа законодателя от требования однородности соответствующих товаров как важнейшего элемента правового режима товарного знака (ст. 1483, 1499, 1502, 1505, 1508).

Индивидуализация товаров, работ и услуг в гражданском обороте обеспечивается путем закрепления за правообладателем исключительного права использования товарного знака (п. 1 ст. 1477, ст. 1484). Как и Закон о товарных знаках (п. 3 ст. 2), Кодекс ограничивает круг обладателей исключительного права на товарный знак юридическими лицами и индивидуальными предпринимателями (ст. 1478), поскольку само использование товарного знака связано с предпринимательской деятельностью.

Предоставление иностранным гражданам и юридическим лицам предусмотренного ст. 2 Парижской конвенции национального режима обеспечивается общим правилом абз. 4 п. 1 ст. 2 ГК, исключения из которого нормами комментируемого параграфа не предусмотрены.

Кодекс сохранил закрепленную в прежнем законодательстве (п. 1 ст. 2 Закона о товарных знаках) "регистрационную систему" в качестве основания возникновения прав на товарный знак: установленный законом правовой режим распространяется на товарные знаки, зарегистрированные федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности (ст. 1232, 1477, 1479, 1480). В то же время на территории Российской Федерации признаются права на товарный знак, охраняемый в соответствии с международным договором (ст. 1479 ГК). К таким международным договорам относятся Парижская конвенция, предусматривающая предоставление правовой охраны без регистрации общеизвестным знакам (ст. 6.bis), и Мадридское соглашение о международной регистрации знаков 1891 г., в котором Российская Федерация участвует с 1976 г. <1>. В последнем случае заявка на международную регистрацию товарного знака подлежит подаче через федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности (п. 2 ст. 1507 ГК). Важное значение для международной регистрации товарных знаков имеет Международная классификация товаров и услуг (МКТУ),

установленная Ницким соглашением о международной классификации товаров и услуг для регистрации знаков (1957 г.), в котором Российская Федерация участвует с 1971 г.

<1> В 2005 г. из 33565 международных заявок, поданных в рамках Мадридской системы международной регистрации, на долю России приходилось 604 заявки.

Характерной особенностью правового режима товарного знака, который, как и другие средства индивидуализации, не относится к результатам творчества, является отсутствие у правообладателя каких-либо личных неимущественных прав (ст. 1226 ГК).

Виды товарных знаков. Товарные знаки различаются по виду обозначения, степени известности, составу правообладателей.

В зависимости от вида обозначения ГК, как и Закон о товарных знаках (ст. 5), допускает регистрацию в качестве товарного знака словесных, изобразительных, объемных и других обозначений или их комбинаций. При этом товарный знак может быть зарегистрирован в любом цвете или цветовом сочетании (ст. 1482).

Словесный товарный знак может состоять из отдельных слов, в том числе оригинальных (неологизмы, аббревиатуры), или из их сочетания (так называемые девизы). Словесные товарные знаки получили наибольшее распространение в гражданском обороте и составляют до 80% используемых для индивидуализации товаров обозначений <1>, что объясняется их хорошей запоминаемостью и высокой степенью различимости, необходимой для использования в рекламе. Кодекс не исключает использование в качестве товарного знака имен собственных. Такая возможность, кроме того, прямо предусмотрена п. 1 ст. 15 Соглашения ТРИПС. Однако для включения в товарный знак обозначения, тождественного с именем, псевдонимом или производным от них обозначением лица, известного в Российской Федерации на дату подачи заявки, необходимо согласие этого лица или его наследников (подп. 2 п. 9 ст. 1483 ГК).

<1> См.: Веркман К.Дж. Товарные знаки: создание, психология, восприятие. М., 1987. С. 178.

Изобразительный товарный знак представляет собой значки, рисунки, орнаменты, виньетки, изображения птиц, животных, памятников истории и культуры, архитектурных сооружений, географических объектов и других предметов, в том числе обозначаемых товаров, а также любые сочетания и композиции цветов, линий и фигур на плоскости. Кодекс не запрещает использование в качестве товарного знака изображения конкретного физического лица, однако портрет известного в Российской Федерации на дату подачи заявки лица не может быть включен в товарный знак без согласия этого лица или его наследников (подп. 2 п. 9 ст. 1483). Кроме того, указанное условие должно быть распространено на любых физических лиц, так как в соответствии со ст. 152.1 ГК для использования соответствующего изображения необходимо получение согласия изображаемого лица или иных указанных в законе лиц.

Объемный товарный знак представляет собой трехмерное (по длине, высоте и ширине) изображение, в качестве которого наиболее часто используется оригинальная форма товара или его упаковки. Кодекс не исключает одновременной правовой охраны объемного изображения товара и в качестве товарного знака, и в качестве промышленного образца (в соответствии с подп. 3 п. 9 ст. 1483 запрещается лишь регистрация в качестве товарного знака изображений, тождественных промышленному образцу, права на который возникли у других лиц ранее даты приоритета товарного знака). Однако не допускается государственная регистрация в качестве товарного знака обозначения, представляющего собой форму товара, которая определяется исключительно или главным образом свойством или назначением товара (подп. 4 п. 1 ст. 1483).

Комбинированный товарный знак состоит из различных элементов перечисленных выше знаков - рисунков, изображений, цифр, слов и словосочетаний, как правило, взаимно дополняющих и поясняющих друг друга. Наиболее распространены такие виды комбинированных знаков, как этикетки, метки, ярлыки.

Открытый перечень возможных видов товарных знаков в п. 1 ст. 1482 Кодекса допускает использование для индивидуализации товаров в качестве товарных знаков и иных обозначений. Все большее распространение на практике получают звуковые (мелодии, позывные радио- или телевизионной станции), световые, обонятельные (запах товара или его упаковки), движущиеся обозначения.

По степени известности товарные знаки делятся на обычные и общеизвестные. Правовой режим общеизвестного товарного знака основывается на ст. 6.bis Парижской конвенции, запрещающей регистрацию товарного знака, представляющего собой воспроизведение, имитацию или перевод другого знака, способное вызвать смешение со знаком, который является в этой стране общеизвестным. В 2000 г. Роспатентом были утверждены Правила признания товарного знака общеизвестным в Российской Федерации <1>.

<1> Приказ Роспатента от 17 марта 2000 г. N 38 // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2000. 5 июня. N 23.

Кодексом сохранены особенности правовой охраны общеизвестного товарного знака (подпараграф 4 § 2 гл. 76), введенные в Закон о товарных знаках (ст. 19.1 и 19.2) в 2002 г. Понятие общеизвестного товарного знака как знака, ставшего в результате интенсивного использования широко известным в Российской Федерации среди соответствующих потребителей в отношении товаров заявителя (п. 1 ст. 1508), сформулировано с учетом положений п. 2 ст. 16 Соглашения ТРИПС. В 2001 г. Роспатентом были утверждены Рекомендации по проведению опроса потребителей по вопросу общеизвестности товарного знака в Российской Федерации <1>.

<1> Приказ Роспатента от 1 июня 2001 г. N 74 // Патенты и лицензии. 2001. N 7.

Правовая охрана общеизвестному товарному знаку предоставляется по решению федерального органа исполнительной власти по интеллектуальной собственности (п. 1 ст. 1508, п. 1 ст. 1509 ГК), который вносит этот знак в Перечень общеизвестных товарных знаков (п. 2 ст. 1509 ГК) <1>. Признание общеизвестным соответствующего обозначения "компетентным органом страны регистрации" прямо предусмотрено ст. 6.bis Парижской конвенции. Признание общеизвестности, несмотря на целый ряд характерных для государственной регистрации черт (решение патентного ведомства, наличие Реестра и т.п.), вовсе не означает государственную регистрацию соответствующего обозначения, так как быть признано общеизвестным и, следовательно, получить предусмотренную законом охрану может не только обозначение, отвечающее требованиям охраноспособности товарного знака, но и не охраняемое в качестве товарного знака обозначение. Отсутствие в ГК прямого указания на неприменимость в отношении общеизвестных товарных знаков положений п. 2 ст. 1477 Кодекса исключает какие-либо сомнения о распространении режима общеизвестного товарного знака на знаки обслуживания. Указание на бессрочность действия правовой охраны общеизвестного товарного знака (п. 2 ст. 1508) следует понимать как исключение из правила о необходимости продления срока правовой охраны, установленного для обычных товарных знаков (п. 2 ст. 1491).

<1> В 2005 г. Роспатентом было рассмотрено 12 заявлений о признании общеизвестности, из которых было удовлетворено девять заявлений.

В соответствии с требованием п. 3 ст. 16 Соглашения ТРИПС правовая охрана общеизвестного товарного знака распространена Кодексом не только на однородные товары, но и на неоднородные товары, если использование этого товарного знака другим лицом в отношении таких неоднородных товаров будет ассоциироваться у потребителей с обладателем права на общеизвестный товарный знак и может ущемить законные интересы такого обладателя (п. 3 ст. 1508). На общеизвестный товарный знак не распространяется принцип старшинства, так что обозначение, тождественное или сходное до степени смешения с общеизвестным товарным знаком, не подлежит регистрации в качестве товарного знака независимо от даты приоритета общеизвестного товарного знака (подп. 3 п. 6 ст. 1483). При этом, однако, не может быть признан общеизвестным товарный знак, ставший широко известным после даты приоритета тождественного или сходного с ним до степени смешения товарного знака другого лица, предназначенного для использования в отношении однородных товаров (п. 1 ст. 1508).

Особенности правового режима общеизвестного товарного знака предопределили и необходимость некоторых специальных правил, связанных с прекращением правовой охраны общеизвестного товарного знака (подп. 4 п. 2 ст. 1512, п. 2 ст. 1514 ГК).

В зависимости от состава правообладателей различают индивидуальные товарные знаки, предназначенные для индивидуализации товаров одного лица, и коллективные знаки, обозначающие товары, производимые или реализуемые объединением лиц и обладающие едиными характеристиками качества или иными общими характеристиками. Кодекс сохранил правовой режим коллективного товарного знака, предусмотренный прежним законодательством (ст. 20 - 21 Закона о товарных знаках), установив в соответствии со ст. 7.bis Парижской конвенции, что правообладателем в этом случае может быть объединение лиц, создание и деятельность которого не противоречит законодательству государства, в котором оно создано (п. 1 ст. 1510). Законодательное закрепление получило признаваемое доктриной ^{<1>} положение о праве каждого из входящих в объединение лиц использовать коллективный знак (п. 1 ст. 1510). Допустимость использования указанными лицами своих товарных знаков наряду с коллективным знаком (п. 3 ст. 1510) вытекает из положений ст. 20 Соглашения ТРИПС. Сохранил Кодекс и указание о возможности преобразования коллективного знака в индивидуальный товарный знак и наоборот (п. 4 ст. 1511).

^{<1>} См.: Сергеев А.П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации: Учебник. М., 2000. С. 614; Петров И.А. Охрана товарных знаков в Российской Федерации. М., 2002. С. 27.

Охраноспособность обозначений в качестве товарного знака (статья 1483)

Правовой режим товарного знака обуславливается прежде всего критериями его охраноспособности ^{<1>}, которые в Кодексе, как и в прежнем законодательстве (ст. 6 и 7 Закона о товарных знаках), определяются путем установления оснований для отказа в государственной регистрации товарного знака (ст. 1483). Подобный подход продиктован главным образом содержанием соответствующих норм международных договоров (ст. 6.ter и 6.quinquies Парижской конвенции), предусматривающих запрет использования некоторых изображений в качестве товарных знаков. Объединив все возможные основания для отказа в государственной регистрации товарного знака в одной статье, законодатель отказался от их классификации под определенными названиями, имея в виду, что абсолютный или относительный характер этих оснований определяется исключительно содержанием соответствующих норм и установленных в них условий, а вовсе не заголовком статьи, в которой они перечислены (в Законе о товарных знаках одни названы абсолютными, другие - иными). Не воспринял Кодекс и широко

распространенную в литературе и основанную на разд. "В" ст. 6. *quinquies* Парижской конвенции классификацию оснований отказа в регистрации обозначения в качестве товарного знака в зависимости от наличия различительной способности, а также нарушения прав третьих лиц либо норм морали или публичного порядка <2>. Проведение такой классификации в законе представляется малоэффективным, поскольку одно и то же основание может одновременно затрагивать и публичные интересы, и субъективные права третьих лиц, противоречить требованиям морали и не отличаться различительной способностью.

<1> В отличие, например, от критериев охраноспособности изобретения, полезной модели или промышленного образца, которые сформулированы в ГК в качестве позитивных требований к соответствующим объектам.

<2> См.: Сергеев А.П. Указ. соч. С. 617 - 622.

В соответствии с пунктом 1 статьи 1483 ГК (воспроизводящим п. 1 ст. 6 Закона о товарных знаках) не допускается государственная регистрация в качестве товарных знаков обозначений, не обладающих различительной способностью, т.е. таких обозначений, которые не могут служить для идентификации товаров, а следовательно, и быть товарными знаками. В данной норме перечислены и элементы обозначения, не обладающие различительной способностью (подп. 1 - 4 п. 1 ст. 1483), которые, однако, могут быть включены в товарный знак в качестве неохраняемых элементов, если только они не занимают в обозначении доминирующего положения. В соответствии с пунктом 1 статьи 15 Соглашения ТРИПС из указанного правила сделано исключение, допускающее регистрацию обозначений, которые приобрели различительную способность в результате их использования.

Пункт 2 статьи 1483 ГК (воспроизводящий п. 2 ст. 6 Закона о товарных знаках) не допускает государственную регистрацию в качестве товарных знаков обозначений, состоящих исключительно из элементов, представляющих собой различные государственные символы и знаки, символы и знаки международных и межправительственных организаций, официальные клейма, печати, награды и другие знаки отличия, а равно из сходных с ними до степени смешения элементов. Подобные элементы могут быть включены в товарный знак в качестве неохраняемых только с согласия соответствующего компетентного органа. Целью введения подобных ограничений, как следует из п. 1 (с) ст. 6. *ter* Парижской конвенции, является предотвращение введения потребителей соответствующих товаров в заблуждение относительно их происхождения или связи с государством или организацией.

Аналогичные цели преследуются и п. 3 ст. 1483 ГК (воспроизводящим п. 3 ст. 6 Закона о товарных знаках), в соответствии с которым не допускается государственная регистрация в качестве товарных знаков обозначений, представляющих собой или содержащих элементы, являющиеся ложными или способными ввести в заблуждение потребителя относительно товара либо его изготовителя либо противоречащие общественным интересам, принципам гуманности и морали.

Помимо защиты интересов потребителей обеспечивают защиту и публичных интересов положения п. 4 ст. 1483 ГК (воспроизводящего п. 4 ст. 6 Закона о товарных знаках), не допускающие государственную регистрацию в качестве товарных знаков обозначений, тождественных или сходных до степени смешения с официальными наименованиями и изображениями особо ценных объектов культурного наследия народов Российской Федерации либо объектов всемирного культурного или природного наследия, а также с изображениями культурных ценностей, хранящихся в коллекциях, собраниях и фондах, если регистрация испрашивается на имя лиц, не являющихся их собственниками, без согласия собственников или лиц, уполномоченных собственниками, на регистрацию таких обозначений в качестве товарных знаков.

Пункт 5 статьи 1483 ГК (воспроизводящий п. 5 ст. 6 Закона о товарных знаках) в соответствии с п. 2 ст. 23 Соглашения ТРИПС и ст. 8 Минского соглашения предоставляет дополнительную защиту географическим указаниям для вин и спиртных напитков. Для этих целей в соответствии с международным договором Российской Федерации не допускается государственная регистрация в качестве товарных знаков обозначений, представляющих собой или содержащих элементы, которые охраняются в одном из государств - участников этого международного договора в качестве обозначений, позволяющих идентифицировать вина или спиртные напитки как происходящие с его территории (производимые в границах географического объекта этого государства) и имеющие особое качество, репутацию или другие характеристики, которые главным образом определяются их происхождением, если товарный знак предназначен для обозначения вин или спиртных напитков, не происходящих с территории данного географического объекта.

Пункт 6 статьи 1483 ГК (воспроизводящий с некоторыми юридико-техническими уточнениями п. 1 ст. 7 Закона о товарных знаках) направлен на обеспечение требования новизны товарного знака. В этих целях запрещается регистрация в качестве товарных знаков в отношении однородных товаров обозначений, тождественных или сходных до степени смешения с имеющими более ранний приоритет товарными знаками других лиц, заявленными на регистрацию или охраняемыми в Российской Федерации (в том числе в соответствии с международным договором Российской Федерации), а также обозначений, тождественных или сходных до степени смешения с товарными знаками других лиц, признанными общеизвестными в Российской Федерации товарными знаками, независимо от их приоритета. Данное основание имеет относительный характер, и указанные обозначения могут быть беспрепятственно зарегистрированы в качестве товарных знаков в отношении неоднородных товаров, а с согласия правообладателя могут быть зарегистрированы в качестве товарных знаков в отношении однородных товаров и обозначения, сходные до степени смешения с любым из перечисленных обозначений.

Пункт 7 статьи 1483 ГК (воспроизводящий с некоторыми юридико-техническими уточнениями п. 2 ст. 7 Закона о товарных знаках) в соответствии с п. 3 ст. 22 Соглашения ТРИПС обеспечивает защиту прав и интересов обладателей исключительного права на наименование места происхождения товара. В этих целях не допускается государственная регистрация в качестве товарных знаков в отношении любых товаров обозначения, тождественного или сходного до степени смешения с охраняемым наименованием места происхождения товаров, за исключением случая, когда такое обозначение включено как неохраняемый элемент в товарный знак, регистрируемый на имя лица, имеющего исключительное право на указанное наименование, если регистрация товарного знака осуществляется в отношении тех же товаров, для индивидуализации которых зарегистрировано наименование места происхождения товара.

Пункты 8 и 9 статьи 1483 ГК обеспечивают защиту прав и законных интересов обладателей исключительных прав на другие результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации, устанавливая абсолютные запреты или определяя условия включения в товарный знак обозначений, тождественных или сходных до степени смешения с соответствующими результатами или средствами.

В соответствии с п. 8 статьи 1483 ГК не допускается государственная регистрация в качестве товарных знаков в отношении однородных товаров обозначений, тождественных или сходных до степени смешения с охраняемыми фирменным наименованием или коммерческим обозначением (отдельными элементами такого наименования или обозначения) либо с охраняемым наименованием селекционного достижения, права на которые в Российской Федерации возникли у иных лиц ранее даты приоритета регистрируемого товарного знака. Таким образом, применительно к товарному знаку проявляется общий принцип старшинства средств индивидуализации, в соответствии с которым преимущественная защита предоставляется тому из тождественных или сходных

до степени смешения средств индивидуализации, исключительное право на которое возникло ранее (п. 6 ст. 1252 ГК). Прежнее законодательство предусматривает принцип старшинства только в отношении фирменного наименования, тождественного обозначению, заявляемому в качестве товарного знака (п. 3 ст. 7 Закона о товарных знаках).

В соответствии с подпунктом 3 пункта 9 статьи 1483 ГК не допускается регистрация в качестве товарного знака обозначения, тождественного промышленному образцу, знаку соответствия, доменному имени, права на которые возникли ранее даты приоритета регистрируемого товарного знака. Отсутствие соответствующей оговорки не должно вводить в заблуждение относительно того, что в данной норме речь идет о правах на указанные объекты, возникших у иных лиц, так как другое толкование означало бы по существу дополнительное ограничение исключительных прав патентообладателя, исчерпывающий перечень которых подобного ограничения не содержит. В Законе о товарных знаках (п. 3 ст. 7) список тождественных обозначений, регистрация которых в качестве товарных знаков подчиняется принципу старшинства, не включает доменное имя.

Подпункт 1 пункта 9 статьи 1483 ГК (воспроизводящий с некоторыми юридико-техническими уточнениями положения п. 3 ст. 7 Закона о товарных знаках) на основании принципа старшинства обеспечивает защиту прав авторов произведений науки, литературы и искусства. В этих целях не допускается регистрация в качестве товарных знаков обозначений, тождественных названию известного в Российской Федерации на дату подачи заявки произведения науки, литературы или искусства, персонажу или цитате из такого произведения, произведению искусства или его фрагменту, если права на соответствующее произведение возникли ранее даты приоритета регистрируемого товарного знака. Указанный запрет имеет относительный характер, и с согласия правообладателя перечисленные обозначения могут быть беспрепятственно зарегистрированы в качестве товарного знака.

Также относительный характер имеет и предусмотренный подп. 2 п. 9 ст. 1483 ГК (воспроизводящий с некоторыми юридико-техническими уточнениями положения п. 3 ст. 7 Закона о товарных знаках) запрет регистрации в качестве товарных знаков обозначений, тождественных имени (ст. 19 ГК), псевдониму (п. 1 ст. 1265 ГК) или производному от них обозначению, портрету или факсимиле лица, известного в Российской Федерации на дату подачи заявки. Поскольку данный запрет обеспечивает защиту личных неимущественных прав, то при наличии согласия соответствующего лица или его наследника нет препятствий для включения указанных обозначений в товарный знак.

Исключительное право на товарный знак (статьи 1484 - 1487, 1491)

Сопоставление положений подпараграфа 2 параграфа 2 главы 76 ГК с соответствующими положениями прежнего законодательства (ст. 4, 16, 22 - 29 Закона о товарных знаках) свидетельствует о значительном числе различий в правовом регулировании этими законами исключительного права на товарный знак. Однако, оценивая соответствующие отличия норм ГК, следует иметь в виду, что большая их часть касается внешней формы отношений, складывающихся по поводу использования товарного знака в гражданском обороте, не затрагивая существа этих отношений. К числу немногих принципиальных изменений следует отнести изменение значения срока, в течение которого действует предоставляемая законом правовая охрана товарного знака.

Корректировка терминологического аппарата вызвана необходимостью согласования правового режима товарного знака не только с общими положениями о правах на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации (гл. 69 ГК), но и с распространяющимися на все гражданско-правовые отношения положениями об

объектах гражданских прав (гл. 6 ГК), о сделках (гл. 9 ГК), с общими положениями об обязательствах (гл. 21 - 26 ГК). Такое терминологическое и институциональное согласование позволило значительно полнее урегулировать в Кодексе все гражданско-правовые вопросы, касающиеся товарных знаков.

С учетом сказанного, при рассмотрении содержания исключительного права на товарный знак следует руководствоваться не только положениями подпараграфа 2 и другими нормами комментируемого параграфа гл. 76 ГК, но и положениями гл. 69 ГК, которые распространяются на товарные знаки, если только их применение прямо не исключено Кодексом.

Правовое регулирование исключительных прав на охраняемые результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации предполагает решение вопросов о содержании исключительного права, сроке его действия, распоряжении исключительным правом, об основаниях прекращения исключительного права, о защите исключительного права и об ответственности за его нарушение. Обратимся к рассмотрению указанных вопросов применительно к товарному знаку.

Лицу, на имя которого зарегистрирован товарный знак (правообладателю), принадлежит исключительное право использования товарного знака по своему усмотрению любым не противоречащим закону способом, в том числе способами, перечисленными в законе. Правообладатель может распоряжаться исключительным правом на товарный знак, он может по своему усмотрению разрешать или запрещать другим лицам использование товарного знака. Никто не вправе использовать без разрешения правообладателя сходные с его товарным знаком обозначения в отношении товаров, для индивидуализации которых товарный знак зарегистрирован, или однородных товаров, если в результате такого использования возникнет вероятность смешения. Использование товарного знака (в том числе способами, предусмотренными законом), если такое использование осуществляется без согласия правообладателя, является незаконным и влечет установленную законом ответственность, за исключением случаев, когда законом допускается использование товарного знака без согласия правообладателя (п. 1 ст. 1229, п. 1 и 3 ст. 1484 ГК). Приведенные положения представляют собой развернутое и юридически более точное воспроизведение положений прежнего законодательства об исключительном праве на товарный знак (ст. 4 и 22 Закона о товарных знаках), дополненное с учетом п. 1 ст. 16 Соглашения ТРИПС.

Кодекс, как и Закон о товарных знаках (п. 2 ст. 4, п. 1 ст. 22), содержит неисчерпывающий перечень способов осуществления исключительного права на товарный знак и знак обслуживания для индивидуализации товаров, работ или услуг, в отношении которых эти знаки зарегистрированы (п. 2 ст. 1484 ГК). Нормативное значение этого перечня для определения правомочий правообладателя невелико, особенно с учетом общего указания о допустимости использования им товарного знака "по своему усмотрению любым не противоречащим закону способом" (п. 1 ст. 1229, п. 1 ст. 1484 ГК). Однако этот перечень позволяет достаточно полно определить круг действий по использованию товарного знака, совершение которых другими лицами без разрешения правообладателя означает нарушение исключительного права последнего и влечет установленную законом ответственность (именно в этом контексте соответствующие способы использования перечислены в п. 2 ст. 4 Закона о товарных знаках).

Характерной особенностью правового режима использования товарного знака является почти полное отсутствие ограничений исключительного права правообладателя <1>. Единственным таким ограничением, предусмотренным как прежним законодательством (ст. 23 Закона о товарных знаках), так и комментируемым параграфом ГК, является указание об исчерпании исключительного права (ст. 1487), в соответствии с которым не является нарушением исключительного права на товарный знак использование этого знака другими лицами в отношении товаров, которые были введены

в гражданский оборот на территории Российской Федерации непосредственно правообладателем или с его согласия.

<1> Такие ограничения в соответствии с п. 5 ст. 1229 ГК должны быть прямо предусмотрены Гражданским кодексом.

Кодекс сохранил за правообладателем предусмотренную Законом о товарных знаках (ст. 24) возможность для оповещения о своем исключительном праве использовать знак охраны, помещаемый рядом с товарным знаком и состоящий из латинской буквы "R" или латинской буквы "R" в окружности либо словесного обозначения "товарный знак" или "зарегистрированный товарный знак" (ст. 1485). При этом в соответствии с разд. "D" ст. 5 Парижской конвенции использование соответствующего указания не является обязательным для признания исключительного права на товарный знак. Однако лицо, проставляющее знак охраны и производящее иную маркировку по отношению к не зарегистрированному в Российской Федерации товарному знаку, несет ответственность <1> в порядке, предусмотренном законодательством Российской Федерации (п. 5 ст. 1515 ГК). Отказ от традиционного названия ("предупредительная маркировка") вызван использованием в Кодексе термина "знак охраны" (ст. 1271, 1305, 1455 ГК) для наименования аналогичных обозначений применительно к иным результатам интеллектуальной деятельности.

<1> В соответствии со ст. 180 УК за незаконное использование предупредительной маркировки в отношении незарегистрированного товарного знака предусмотрена уголовная ответственность в виде штрафа, обязательных работ, исправительных работ, лишения свободы.

Еще одной отличительной особенностью правового режима исключительного права на товарный знак является то, что использование товарного знака различными не противоречащими закону способами является не только правом, но и обязанностью правообладателя. Обязанность эта в Кодексе, как и в прежнем законодательстве (п. 3 ст. 22 Закона о товарных знаках), сформулирована не непосредственно, а путем установления возможности досрочного прекращения по требованию заинтересованного лица <1> исключительного права на товарный знак в отношении всех или части товаров, для индивидуализации которых он зарегистрирован, при неиспользовании товарного знака непрерывно в течение любых трех лет после его государственной регистрации (п. 1 и 4 ст. 1486). Установление срока, в течение которого допускается возможность не использовать товарный знак, предусмотрена разд. "C" ст. 5 Парижской конвенции, а его продолжительность соответствует п. 1 ст. 19 Соглашения ТРИПС. Поскольку указанные нормы призваны стимулировать активное использование товарного знака в гражданском обороте, Кодекс на основании положений п. 2 ст. 19 и ст. 20 Соглашения ТРИПС расширяет понятие использования, включая в него использование товарного знака не только самим правообладателем, но и под его контролем, лишь бы такое использование было непосредственно связано с введением товара в гражданский оборот, а также использование товарного знака с изменением его отдельных элементов, не влияющим на его различительную способность и не ограничивающим охрану, предоставленную товарному знаку (п. 2 ст. 1486). Последнее правило значительно детальнее и конкретнее установленного прежним законодательством положения о признании использованием товарного знака его использования "с изменением отдельных элементов" знака (п. 3 ст. 22 Закона о товарных знаках). Кодекс не воспроизводит дословно допускаемую прежним законодательством возможность использования посредниками своего товарного знака наряду с товарным знаком производителя (п. 2 ст. 22 Закона о товарных знаках), поскольку теперь такая возможность охватывается более общим дозволением

использования товарного знака другими лицами под контролем правообладателя (п. 2 ст. 1486).

<1> Из 726 заявлений, поданных в 2005 г. в Палату по патентным спорам в связи с неиспользованием товарных знаков, полностью или частично было удовлетворено 489 заявлений (при общем количестве зарегистрированных товарных знаков 186352).

Кодекс допускает возможность не использовать товарный знак без досрочного прекращения исключительного права на него, если такое неиспользование имело место по не зависящим от правообладателя обстоятельствам (п. 3 ст. 1486). Указанная льгота, как и в прежнем законодательстве, сформулирована в виде императивного правила, что соответствует п. 1 ст. 19 Соглашения ТРИПС.

Срок действия исключительного права. Для товарного знака, как и для других средств индивидуализации, характерно отсутствие предельного срока действия исключительного права, что свойственно большинству результатов интеллектуальной деятельности. Особенностью правового режима товарного знака является установление первоначального срока охраны с возможностью его продления неограниченное число раз (п. 1 и 2 ст. 1491 ГК). Кодекс сохранил десятилетнюю продолжительность срока первоначальной охраны товарного знака <1>, а также условия, порядок и последствия продления этого срока, которые установлены прежним законодательством (ст. 16 Закона о товарных знаках), назвав его при этом юридически более точно - сроком действия исключительного права на товарный знак. Отказ от прежде использовавшегося термина ("срок действия регистрации") вызван необходимостью не только терминологического согласования норм о товарных знаках с положениями ГК об охране иных результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации, но и обеспечения адекватного отражения в названии срока сущности правового механизма охраны товарных знаков. Поскольку такая охрана заключается в предоставлении правообладателю исключительного права использования товарного знака, то и срок ее действия следует связывать с исключительным правом, а не с регистрацией как процедурой, обеспечивающей закрепление исключительного права за правообладателем. Более детально процедура продления срока охраны товарного знака регулируется утвержденными Роспатентом в 2003 г. Правилами продления срока действия регистрации товарного знака и знака обслуживания и внесения в нее изменений <2>.

<1> В статье 18 Соглашения ТРИПС предусматривается, что первоначальный срок действия охраны товарного знака и срок каждого продления должен составлять не менее семи лет. В пункте 7 статьи 13 Договора ВОИС продолжительность указанных сроков установлена в десять лет и не сопровождается оговоркой о возможности отступления от этого срока.

<2> Приказ Роспатента от 3 марта 2003 г. N 27 // Российская газета. N 65. 2003. 5 апреля.

Распоряжение исключительным правом на товарный знак (статьи 1488 - 1490)

В отличие от прежнего законодательства (п. 1 ст. 4 Закона о товарных знаках) Кодекс прямо называет распоряжение исключительным правом на товарный знак в числе важнейших правомочий правообладателя (п. 1 ст. 1484). При этом Кодекс не только более четко определяет и различает способы распоряжения исключительным правом (ст. 1233), но и значительно более подробно регулирует содержание соответствующих отношений (ст. 1234 - 1238, 1488 - 1490). Как и статья 21 Соглашения ТРИПС, Кодекс не устанавливает исчерпывающего перечня способов распоряжения исключительным правом

на товарный знак, перечисляя лишь наиболее востребованные из них. Правообладатель может распорядиться исключительным правом на товарный знак, в частности, путем его отчуждения по договору другому лицу (договор об отчуждении исключительного права на товарный знак), путем предоставления другому лицу права использования товарного знака в установленных договором пределах (лицензионный договор), а также путем заключения договора о залоге исключительного права на товарный знак. Распоряжение правом на товарный знак может, кроме того, входить в содержание правоотношений по договору продажи предприятия (§ 8 гл. 30 ГК), договору аренды предприятия (§ 5 гл. 34 ГК), договору коммерческой концессии (гл. 54 ГК). Кодекс исходит из того, что распоряжение товарным знаком в этих случаях будет происходить либо в форме отчуждения исключительного права (продажа предприятия), либо в форме предоставления права использования товарного знака (аренда предприятия, коммерческая концессия).

К договорам о распоряжении исключительным правом на товарный знак в силу прямого указания п. 2 ст. 1233 ГК подлежат применению общие положения об обязательствах (ст. 307 - 419 ГК) и о договоре (ст. 420 - 453 ГК). Договоры об отчуждении исключительного права на товарный знак, лицензионные договоры, договоры о залоге исключительного права на товарный знак, а также иные договоры, посредством которых осуществляется распоряжение исключительным правом на товарный знак, должны быть заключены в письменной форме и подлежат государственной регистрации в федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности. Несоблюдение письменной формы или требования государственной регистрации влечет недействительность указанных договоров полностью или в соответствующей части (п. 2 ст. 1232, п. 2 ст. 1234, п. 2 ст. 1235, п. 1 ст. 1490 ГК). Закон о товарных знаках решает только вопрос о государственной регистрации договоров о передаче товарного знака (ст. 27), оставляя без внимания вопросы, связанные с формой названных договоров, моментом перехода исключительного права к приобретателю и др.

Субъектный состав контрагентов правообладателя при распоряжении исключительным правом на товарный знак ограничивается лицами, которые могут быть обладателями такого исключительного права, т.е. юридическими лицами и индивидуальными предпринимателями (ст. 1478 ГК). В случае, если правовая охрана была предоставлена товарному знаку с нарушением указанного требования, государственная регистрация соответствующего договора может быть признана недействительной по иску любого заинтересованного лица в течение всего срока действия исключительного права на товарный знак (подп. 3 п. 2 ст. 1512 ГК).

Другое ограничение касается случая, когда товарный знак включает в качестве неохраняемого элемента наименование места происхождения товара, которому на территории Российской Федерации предоставлена правовая охрана (п. 7 ст. 1483 ГК). В этом случае отчуждение исключительного права, а также предоставление права использования товарного знака допускаются только при наличии соответственно у приобретателя или лицензиата исключительного права на это наименование (п. 3 ст. 1488, п. 3 ст. 1489 ГК).

По договору об отчуждении исключительного права на товарный знак одна сторона (правообладатель) передает или обязуется передать в полном объеме принадлежащее ей исключительное право на соответствующий товарный знак в отношении всех товаров или в отношении части товаров, для индивидуализации которых он зарегистрирован, другой стороне - приобретателю исключительного права (п. 1 ст. 1488 ГК). Прообразом указанного договора в действующем законодательстве является договор о передаче исключительного права на товарный знак (договор об уступке товарного знака; ст. 25 Закона о товарных знаках), причем до 2002 г. термин "договор об уступке товарного знака" был единственным, использовавшимся в законодательстве для обозначения рассматриваемого договора. Окончательный отказ законодателя от приведенной

терминологии вызван не только необходимостью унификации в Кодексе всех возможных форм распоряжения исключительными правами на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации (т.е. задачей чисто формальной), но и рядом соображений, относящихся к содержанию соответствующего договора. Так, заключая подобный "договор об уступке товарного знака", правообладатель в действительности распоряжался вовсе не товарным знаком (как обозначением, предназначенным для индивидуализации товаров), как это вытекало из названия договора <1>, а именно исключительным правом использования этого знака в гражданском обороте. Сохраняя традиционную терминологию, этот договор следовало бы назвать договором об уступке права. Однако и этот вариант не мог быть принят ввиду наличия в ГК института с аналогичным названием, обозначающим гораздо более общую правовую категорию (гл. 24).

<1> На некорректность этого названия неоднократно указывалось в литературе (см., например: Петров И.А. Указ. соч. С. 44).

К числу важных признаков, характеризующих договор об отчуждении исключительного права на товарный знак, следует отнести указание на то, что по этому договору исключительное право подлежит передаче "в полном объеме". Отсутствие аналогичного указания в прежнем законодательстве создавало видимость делимости исключительного права: "уступив товарный знак" в отношении части товаров, для индивидуализации которых он был зарегистрирован, правообладатель "сохранял за собой" исключительное право использования товарного знака в отношении оставшихся товаров. Кодекс исходит из неделимости исключительного права на товарный знак.

Как и прежнее законодательство (ч. 2 ст. 25 Закона о товарных знаках), ГК запрещает отчуждение исключительного права на товарный знак по договору, если такое отчуждение может явиться причиной введения потребителя в заблуждение относительно товара или его изготовителя (п. 2 ст. 1488). Указанное требование корреспондирует с общим правилом, исключающим государственную регистрацию товарного знака, содержащего элементы, способные ввести в заблуждение потребителя относительно товара или его изготовителя (п. 3 ст. 1483). Воспроизведение этого правила применительно к случаю отчуждения исключительного права вызвано тем обстоятельством, что именно в случае замены одного правообладателя другим (производящим хотя и однородные товары, но, например, не столь продолжительно, как его правопреемник, или в другом регионе и т.д.) отдельные элементы товарного знака могут оказаться ложными и тем самым вводить в заблуждение относительно изготовителя товара <1>.

<1> В законодательстве Евросоюза к вводящей в заблуждение коммерческой практике, с которой страны - члены ЕС обязаны бороться, отнесена, в частности, практика, которая, затрагивая товарные знаки и знаки отличия, используемые конкурентом, влияет на принятие потребителем решения о совершении сделки (см. п. 2 ст. 6 Директивы Европейского Парламента и Совета 2005/29/ЕС от 11 мая 2005 г.).

Договор об отчуждении исключительного права на товарный знак является возмездным, если соглашением сторон не предусмотрено иное. При отсутствии в возмездном договоре условия о размере вознаграждения или порядке его определения договор считается незаключенным, а правила определения цены, предусмотренные п. 3 ст. 424 ГК, не применяются (п. 3 ст. 1234 ГК). При существенном нарушении приобретателем обязанности выплатить правообладателю в установленный договором срок вознаграждение за приобретение исключительного права на товарный знак (подп. 1 п. 2 ст. 450 ГК) прежний правообладатель вправе требовать в судебном порядке перевода на себя прав приобретателя исключительного права и возмещения убытков, если

исключительное право перешло к его приобретателю. Если же исключительное право не перешло к приобретателю, то при нарушении им указанной обязанности правообладатель может отказаться от договора в одностороннем порядке и потребовать возмещения убытков, причиненных расторжением договора (п. 5 ст. 1234 ГК).

Исключительное право на товарный знак переходит от правообладателя к приобретателю в момент государственной регистрации договора об отчуждении исключительного права на товарный знак (п. 4 ст. 1234 ГК).

По лицензионному договору одна сторона - обладатель исключительного права на товарный знак (лицензиар) предоставляет или обязуется предоставить другой стороне (лицензиату) право использования товарного знака в определенных договором пределах с указанием или без указания территории, на которой допускается использование, применительно к определенной сфере предпринимательской деятельности (п. 1 ст. 1235, п. 1 ст. 1489 ГК). Лицензиат вправе использовать товарный знак только в пределах тех прав и теми способами, которые предусмотрены лицензионным договором. Право использования, прямо не указанное в лицензионном договоре, не считается предоставленным лицензиату (п. 1 ст. 1235 ГК). В течение всего срока действия лицензионного договора лицензиар обязан воздерживаться от каких-либо действий, способных затруднить осуществление лицензиатом предоставленного ему права использования товарного знака в установленных договором пределах (п. 2 ст. 1237 ГК). По данным Роспатента, лицензионные договоры в настоящее время являются наиболее распространенной формой распоряжения исключительным правом на товарный знак. Так, из 5806 договоров, которые были зарегистрированы в 2005 г., лицензионные договоры составляют 51,5% (2991 договор).

Как и прежнее законодательство (ч. 2 ст. 26 Закона о товарных знаках), ГК возлагает на лицензиата обязанность обеспечить соответствие качества производимых или реализуемых им товаров, на которых он помещает лицензионный товарный знак, требованиям к качеству, устанавливаемым лицензиаром. При этом лицензиар вправе осуществлять контроль за соблюдением этого условия (п. 2 ст. 1489). Установленная Кодексом солидарная ответственность лицензиата и лицензиара по требованиям, предъявляемым к лицензиату как изготовителю товаров (п. 2 ст. 1489), прежним законодательством не предусматривалась. Введение такой ответственности призвано не только затруднить деятельность недобросовестных лицензиатов, но и обеспечить защиту прав и законных интересов потребителей соответствующих товаров.

В целом необходимо отметить крайнюю скудость действующего законодательного регулирования лицензионных договоров о предоставлении права использования товарного знака. Целый ряд существенных для рассматриваемых отношений вопросов решается в настоящее время в подзаконных актах, в частности утвержденными Роспатентом в 2003 г. Правилами 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 <1>. Этими Правилами среди прочего установлены существенные условия соответствующих договоров. Кодекс исходит из необходимости закрепления в законе всех положений, определяющих гражданско-правовой режим обращения результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации, включая существенные условия соответствующих договоров.

<1> Приказ Роспатента от 29 апреля 2003 г. N 64 // Российская газета. N 106. 2003. 3 июня.

К числу принципиальных положений, определяющих содержание лицензионного договора, следует отнести положение абз. 2 п. 1 ст. 1233 ГК о том, что заключение

лицензионного договора не влечет переход исключительного права к лицензиату. Отсутствие аналогичной нормы в действующем законодательстве дает основания для предположения о том, что лицензионный договор вполне допускает переход исключительного права к лицензиату <1>.

<1> См.: Сергеев А.П. Указ. соч. С. 641.

К числу существенных условий лицензионного договора Кодекс относит условие о территории, на которой допускается использование товарного знака (п. 3 ст. 1235), а также прямое указание на товарный знак, право использования которого предоставляется по договору, и определение способов его использования (п. 6 ст. 1235). Лицензионный договор может предусматривать обязанность лицензиата представлять лицензиару отчеты об использовании товарного знака (п. 1 ст. 1237). Использование товарного знака способом, не предусмотренным лицензионным договором, либо по прекращении действия такого договора, либо иным образом за пределами прав, предоставленных лицензиату по договору, влечет применение установленной законом или договором ответственности за нарушение исключительного права (п. 3 ст. 1237).

Срок, на который заключается лицензионный договор, не может превышать срока действия исключительного права на товарный знак, а в случае, когда в договоре срок его действия не определен, он считается заключенным на пять лет. При этом в случае прекращения исключительного права до истечения этого срока лицензионный договор также прекращается (п. 4 ст. 1235).

Лицензионный договор является возмездным, если договором не предусмотрено иное. При отсутствии в возмездном лицензионном договоре условия о размере вознаграждения или порядке его определения договор считается незаключенным. При этом правила определения цены, предусмотренные п. 3 ст. 424 ГК, не применяются (п. 5 ст. 1235).

На обеспечение стабильности прав лицензиата направлено правило, не допускающее изменение или расторжение лицензионного договора, заключенного прежним правообладателем, в случае перехода исключительного права на товарный знак к новому правообладателю (п. 7 ст. 1235). Аналогичную цель имеет и прямое указание Кодекса о допустимости использования лицензиатом, получившим право использования товарного знака на условиях исключительной лицензии, для защиты своих прав от нарушений со стороны третьих лиц тех же способов защиты, которые установлены для правообладателя (ст. 1254).

Кодекс предусматривает различные виды лицензионных договоров (ст. 1236) в зависимости от того, остается ли у лицензиара право выдачи лицензий другим лицам (простая (неисключительная) лицензия) или такое право за ним не сохраняется (исключительная лицензия). Заключение лицензиатом сублицензионного договора, по которому право использования товарного знака предоставляется другому лицу, допускается только с письменного согласия лицензиара (п. 1 ст. 1238).

По договору о залоге исключительного права на товарный знак залогодатель вправе в течение всего срока действия этого договора использовать товарный знак и распоряжаться исключительным правом на него без согласия залогодержателя, если договором не предусмотрено иное (п. 5 ст. 1233). Поскольку в главе 69 ГК и комментируемом параграфе главы 76 ГК не содержится подробной регламентации договора о залоге, подобно тому как это сделано применительно к другим договорам о распоряжении исключительным правом, условия и порядок заключения договора о залоге исключительного права на товарный знак должны определяться в соответствии с § 3 гл. 23 ГК с учетом п. 2 ст. 1233 ГК.

В отечественном правопорядке регистрация товарного знака имеет правоустанавливающий характер. Лишь в силу государственной регистрации возникает исключительное право использования товарного знака (п. 1 ст. 1232 ГК), которое обеспечивает выполнение основной функции товарного знака - индивидуализацию товаров разных производителей в гражданском обороте. Именно правоустанавливающий характер этой процедуры потребовал урегулирования всех основных положений о государственной регистрации на уровне закона (гл. 2 Закона о товарных знаках). На этом же принципиальном подходе основывается регулирование государственной регистрации товарного знака и в ГК (подпараграф 3 § 2 гл. 76). Определив основные положения о регистрации товарного знака, к числу которых относятся состав необходимых для ее проведения документов, последовательность, сроки и последствия их рассмотрения, Кодекс относит регулирование деталей этой процедуры к компетенции федерального органа исполнительной власти, осуществляющего нормативно-правовое регулирование в сфере интеллектуальной собственности (п. 7 ст. 1492, п. 2 ст. 1493, п. 2 ст. 1504). В настоящее время действуют утвержденные Роспатентом в 2003 г. Правила составления, подачи и рассмотрения заявки на регистрацию товарного знака и знака обслуживания <1>.

<1> Приказ Роспатента от 5 марта 2003 г. N 32 // Российская газета. N 63. 2003. 3 апреля.

Правовое регулирование в ГК государственной регистрации товарного знака не содержит сколько-нибудь существенных отличий от прежнего законодательства, претерпев лишь некоторые юридико-технические изменения, отражающие изменившийся подход к обозначению в законе наименований федеральных органов исполнительной власти и их функций, а также изменения, необходимые для увязки этой процедуры с другими положениями Кодекса.

Процесс регистрации начинается с подачи заинтересованным юридическим лицом или индивидуальным предпринимателем (далее - заявитель) заявки на государственную регистрацию товарного знака (далее - заявка на товарный знак) в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности (далее - патентное ведомство). Заявка на товарный знак может быть подана как самим заявителем, так и через патентного поверенного (ст. 1247) или иного представителя заявителя.

Заявка на товарный знак должна относиться к одному товарному знаку (п. 2 ст. 1492). Как и прежнее законодательство, Кодекс в соответствии со статьей 6 Договора ВОИС не содержит каких-либо ограничений на включение в одну заявку перечней товаров, относящихся к нескольким классам МКТУ. Кодекс устанавливает исчерпывающий перечень документов, которые должны содержаться в самой заявке (п. 3 ст. 1492) и прилагаться к ней (п. 5 ст. 1492), а также требования к языку, на котором должны быть представлены эти документы (п. 6 ст. 1492). Состав и содержание документов заявки соответствуют требованиям, предусмотренным Договором ВОИС (ст. 3). После подачи заявки на товарный знак любое лицо вправе не только ознакомиться с ними, но и получить копию указанных документов (п. 1 и 2 ст. 1493). Датой подачи заявки считается дата поступления в патентное ведомство документов, которые должны содержаться в заявке (п. 8 ст. 1492).

По дате подачи заявки на товарный знак устанавливается приоритет товарного знака (п. 1 ст. 1494). Кроме того, Кодекс определяет порядок установления приоритета по выделенной заявке (п. 2 ст. 1494), конвенционного и выставочного приоритета (п. 1 - 3 ст. 1495), допускает установление приоритета по дате международной регистрации товарного знака в соответствии с международными договорами Российской Федерации <1> (п. 4 ст. 1495), а также предусматривает последствия совпадения дат приоритета тождественных

товарных знаков (ст. 1496). Установление приоритета необходимо для решения вопроса о том, отвечает ли заявленное обозначение требованию новизны по отношению к обозначениям, зарегистрированным на имя других лиц в качестве товарных знаков (п. 6 ст. 1483), коммерческих обозначений или наименований охраняемых селекционных достижений (п. 8 ст. 1483), а также по отношению к названиям произведений науки, литературы или искусства, их персонажам, цитатам и фрагментам (подп. 1 п. 9 ст. 1483) или к промышленным образцам, знакам соответствия и доменным именам (подп. 3 п. 9 ст. 1483). От решения этих вопросов в конечном счете зависят и охраноспособность заявленного обозначения, и решение о его регистрации в качестве товарного знака (подп. 1 и 3 п. 4 ст. 1499). Будучи важнейшим для правового режима товарного знака фактическим обстоятельством, имеющим правовое значение, дата приоритета вносится в Государственный реестр товарных знаков (п. 1 ст. 1503) и указывается в свидетельстве на товарный знак (ст. 1481).

<1> В настоящее время Российская Федерация является участником Мадридского соглашения о международной регистрации знаков 1891 г.

По заявке на товарный знак патентное ведомство проводит экспертизу, которая включает формальную экспертизу и экспертизу обозначения, заявленного в качестве товарного знака. Кодекс предоставляет заявителю право по своей инициативе в период проведения экспертизы <1> дополнять, уточнять или исправлять материалы заявки, в том числе путем подачи дополнительных материалов (п. 2 и 3 ст. 1497) или выделенной заявки (п. 2 ст. 1502), а патентному ведомству - право запрашивать у заявителя дополнительные материалы, без которых проведение экспертизы невозможно (п. 4 ст. 1497). В последнем случае Кодекс предусматривает, что, если в установленный срок заявитель не представит запрашиваемые материалы, заявка признается отозванной.

<1> Аналогичные материалы заявитель вправе представлять и в ходе рассмотрения палатой по патентным спорам оспоренных им решений патентного ведомства по заявке на товарный знак (п. 2 ст. 1500).

Заявитель вправе отозвать заявку на товарный знак в любое время, но не позднее даты государственной регистрации товарного знака (п. 1 ст. 1502).

Формальная экспертиза проводится в течение месяца со дня подачи заявки на товарный знак. В ходе формальной экспертизы проверяется наличие необходимых документов заявки и их соответствие установленным требованиям. По результатам экспертизы принимается решение об отказе в принятии заявки на товарный знак к рассмотрению либо о принятии ее к рассмотрению (ст. 1498). В последнем случае заявителю сообщается дата поступления заявки в патентное ведомство.

Экспертиза заявленного обозначения проводится по заявке, принятой к рассмотрению. В ходе экспертизы проверяется соответствие заявленного обозначения требованиям, предъявляемым к товарным знакам (ст. 1477, п. 1 - 7 ст. 1483), и устанавливается приоритет товарного знака. По результатам проверки соответствия заявленного обозначения указанным требованиям патентное ведомство может уведомить заявителя, предложив ему представить относительно изложенных в уведомлении мотивов свои доводы, которые учитываются при принятии окончательного решения (п. 3 ст. 1499). Допустимость замечаний заявителя в случае предполагаемого отказа в регистрации товарного знака предусматривается ст. 14 Договора ВОИС.

По результатам экспертизы патентное ведомство принимает решение о государственной регистрации товарного знака или об отказе в его регистрации (п. 1 и 2 ст. 1499). Кодекс содержит исчерпывающий перечень оснований, по которым решение о государственной регистрации может быть пересмотрено патентным ведомством до

регистрации товарного знака (п. 4 ст. 1499). Эти основания связаны с поступлением в этот период заявки, имеющей более ранний приоритет; государственной регистрацией наименования места происхождения товара, тождественного или сходного до степени смешения с заявленным обозначением; выявлением охраняемого тождественного товарного знака в отношении совпадающего перечня товаров или заявки, содержащей такой перечень, с тем же или более ранним приоритетом, а также с изменением заявителя, которое может привести к введению потребителя в заблуждение относительно товара или его изготовителя.

Кодекс сохранил предусмотренный прежним законодательством (п. 1 ст. 13 Закона о товарных знаках) трехмесячный срок для оспаривания в административном порядке (п. 2 ст. 11) решений патентного ведомства, принятых по заявке на товарный знак (п. 1 ст. 1500). Однако в отличие от того, как это предусмотрено Законом о товарных знаках (п. 1 и 2 ст. 13), решение по существу соответствующего возражения, хотя и подаваемого в палату по патентным спорам, образуемую при федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности, принимается самим этим федеральным органом (п. 2 ст. 1248 ГК). Указанные решения вступают в силу со дня принятия и могут быть оспорены в суде в установленном законом порядке.

В статье 1501 ГК определяются порядок и условия восстановления патентным ведомством пропущенных заявителем сроков представления дополнительных материалов (п. 4 ст. 1497 ГК) и сроков оспаривания решений по заявке на товарный знак (п. 1 ст. 1500 ГК).

На основании решения о государственной регистрации товарного знака патентное ведомство осуществляет государственную регистрацию товарного знака в Государственном реестре товарных знаков и знаков обслуживания Российской Федерации в течение месяца со дня получения документа <1> об уплате установленных пошлин. Как и прежнее законодательство (ст. 14 Закона о товарных знаках), Кодекс содержит неисчерпывающий перечень сведений, подлежащих включению в Государственный реестр товарных знаков, называя в их числе лишь товарный знак, сведения о правообладателе, дату приоритета товарного знака, перечень товаров, для индивидуализации которых зарегистрирован товарный знак, дату его государственной регистрации (п. 1 ст. 1503). Предусматривается также неисчерпывающий перечень сведений, изменение которых также подлежит включению в Государственный реестр (п. 1 ст. 1503, п. 1 и 4 ст. 1505). Указания на необходимость внесения в Реестр соответствующих сведений предусмотрены Договором ВОИС (ст. 10 - 11). Кодекс допускает отсутствующую в прежнем законодательстве, но предусмотренную п. 2 ст. 7 Договора ВОИС возможность выделения из государственной регистрации, действующей в отношении нескольких товаров, отдельной регистрации того же товарного знака в отношении части из этих товаров, неоднородных с остающимися в первоначальной регистрации товарами. Такое выделение допускается по заявлению правообладателя в случае оспаривания правовой охраны, предоставленной товарному знаку (п. 2 ст. 1505). В 2004 г. Роспатентом утвержден Порядок ведения Государственного реестра товарных знаков и знаков обслуживания Российской Федерации <2>.

<1> При непредставлении указанного документа об уплате пошлины Кодекс запрещает осуществлять государственную регистрацию товарного знака, а соответствующую заявку на товарный знак признает отозванной (п. 2 ст. 1503).

<2> Приказ Роспатента от 5 марта 2004 г. N 31 // Российская газета. N 59. 2004. 24 марта.

Внесенные в Государственный реестр сведения, относящиеся к государственной регистрации товарного знака, подлежат опубликованию патентным ведомством в официальном бюллетене незамедлительно после осуществления регистрации товарного

знака или после внесения в Государственный реестр соответствующих изменений (ст. 1506). При этом публикация сведений о каждом товарном знаке немедленно после осуществления его регистрации предусматривается п. 5 ст. 15 Соглашения ТРИПС.

Свидетельство на товарный знак (ст. 1481 ГК) выдается патентным ведомством в течение месяца со дня осуществления государственной регистрации товарного знака (п. 1 ст. 1504 ГК). Прямое указание в Кодексе срока выдачи свидетельства на товарный знак направлено на обеспечение интересов правообладателей, обоснованно стремящихся оперативно получить официальное подтверждение закрепленных за ними исключительных прав на использование товарных знаков.

Прекращение исключительного права на товарный знак (статьи 1512 - 1514)

Как и прежнее законодательство (ст. 29 Закона о товарных знаках), Кодекс предусматривает исчерпывающий перечень оснований прекращения исключительного права на товарный знак (п. 1 - 3 ст. 1514). Часть этих оснований носит объективный характер, и прекращение исключительного права по этим основаниям не зависит от усмотрения правообладателя или иных заинтересованных лиц. К ним относятся: истечение срока действия исключительного права на товарный знак; использование коллективного знака на товарах, не обладающих общими характеристиками; неиспользование товарного знака в течение установленного законом срока; прекращение юридического лица - правообладателя или прекращение предпринимательской деятельности индивидуального предпринимателя - правообладателя. В 2003 г. Роспатентом утверждены Правила принятия решения о досрочном прекращении правовой охраны товарного знака и знака обслуживания в случае ликвидации юридического лица - обладателя исключительного права на товарный знак или прекращении предпринимательской деятельности физического лица - обладателя исключительного права на товарный знак <1>.

<1> Приказ Роспатента от 3 марта 2003 г. N 28 // Российская газета. N 63. 2003. 3 апреля.

Применение других оснований прекращения исключительного права на товарный знак отнесено Кодексом на усмотрение заинтересованных лиц. Речь идет прежде всего об отказе правообладателя от права на товарный знак (подп. 5 п. 1 ст. 1514). Правовая охрана товарного знака, превратившегося в обозначение, вошедшее во всеобщее употребление как обозначение товаров определенного вида, может быть прекращена по заявлению заинтересованного лица (подп. 6 п. 1 ст. 1514) <1>. Для прекращения правовой охраны товарного знака, исключительное право на который перешло к другим лицам без заключения договора с правообладателем (наследование, реорганизация юридического лица, обращение взыскания на имущество правообладателя), заинтересованное лицо обязано доказать, что указанный переход вводит потребителей в заблуждение относительно товара или его изготовителя (п. 3 ст. 1514). Указанное основание прекращения исключительного права на товарный знак прежним законодательством не предусматривалось.

<1> По данным Роспатента, в 2004 - 2005 гг. не было рассмотрено ни одного подобного заявления.

Наиболее подробно урегулированы в Кодексе основания и порядок оспаривания заинтересованными лицами и признания недействительным предоставления правовой охраны товарному знаку (ст. 1512, 1513). Как и в Законе о товарных знаках (ст. 29),

признание недействительным решения о государственной регистрации товарного знака прямо не включено Кодексом в перечень оснований прекращения исключительного права на товарный знак (п. 1 ст. 1514), однако соответствующие последствия вытекают как из места ст. 1512 и 1513 в ГК (они помещены в подпараграф 6, посвященный прекращению исключительного права), так и из указания п. 1 ст. 1512 на то, что признание недействительной правовой охраны влечет отмену решения о государственной регистрации товарного знака.

К числу принципиальных новелл относится предусмотренное п. 6 ст. 1513 ГК правило о том, что лицензионные договоры, заключенные до принятия решения о признании недействительным предоставления правовой охраны товарному знаку, сохраняют свое действие в той мере, в какой они были исполнены к моменту принятия решения. Указанное правило обеспечивает разумный баланс интересов лицензиатов, правомерно использовавших товарный знак до момента прекращения его правовой охраны, с одной стороны, и интересов третьих лиц, прежде всего потребителей, которые не должны вводиться в заблуждение относительно товара или его изготовителя после прекращения охраны соответствующего товарного знака, - с другой.

Содержание оснований оспаривания определяется прежде всего указанием на нарушение требований ст. 1483 ГК о порядке и условиях государственной регистрации товарного знака (подп. 1 - 4 п. 2, п. 3 ст. 1512). Два основания (подп. 5 и 6 п. 2 ст. 1512) определяются требованиями ст. 6.septies и 10.bis Парижской конвенции. Соглашение ТРИПС требует лишь предоставления "достаточной возможности для подачи заявлений об аннулировании регистрации" и оставляет на усмотрение государств-участников предоставление "возможности возражать против регистрации товарного знака" (п. 5 ст. 15).

Кроме того, Кодекс устанавливает сроки и объем оспаривания государственной регистрации товарного знака. В течение всего срока действия правовой охраны государственная регистрация может быть оспорена в случае нарушения требований ст. 1478, п. 1 - 5, 8 и 9 ст. 1483, п. 1 ст. 1508 ГК, требований Парижской конвенции о предоставлении правовой охраны товарному знаку на имя представителя лица, которое является обладателем исключительного права на товарный знак в одном из государств - участников Конвенции (подп. 5 п. 2 ст. 1512 ГК), а также в случае, если связанные с государственной регистрацией действия правообладателя признаны в установленном порядке злоупотреблением правом либо недобросовестной конкуренцией (подп. 6 п. 2 ст. 1512 ГК).

В течение пяти лет со дня публикации сведений о государственной регистрации (ст. 1506) предоставление правовой охраны может быть оспорено в случае нарушения требований п. 6 и 7 ст. 1483 ГК, т.е. требований в отношении новизны заявленного обозначения и соблюдения старшинства по отношению к наименованию места происхождения товара, тождественному или сходному до степени смешения с заявленным обозначением. При этом правовая охрана товарного знака с более поздним приоритетом по отношению к признанному общеизвестным зарегистрированному товарному знаку, которому предоставляется охрана и в отношении неоднородных товаров, может быть признана недействительной в течение всего срока действия охраны (подп. 4 п. 2 ст. 1512).

Государственная регистрация товарного знака может быть оспорена только полностью, т.е. в отношении всех товаров, для индивидуализации которых он зарегистрирован, в случае:

- нарушения требований к обладателю исключительного права (ст. 1478);
- предоставления правовой охраны товарному знаку с более поздним приоритетом по отношению к признанному общеизвестным зарегистрированному товарному знаку, которому предоставляется охрана и в отношении неоднородных товаров (подп. 4 п. 2 ст. 1512);

- нарушения требований Парижской конвенции о предоставлении правовой охраны товарному знаку на имя представителя лица, которое является обладателем исключительного права на товарный знак в одном из государств - участников Конвенции (подп. 5 п. 2 ст. 1512).

По остальным основаниям (подп. 1, 2, 6 п. 2 и п. 3 ст. 1512) правовая охрана может быть оспорена как полностью, так и частично. При признании предоставления правовой охраны товарному знаку недействительным полностью свидетельство на товарный знак и запись в Государственном реестре товарных знаков аннулируются, а при признании предоставления правовой охраны частично недействительным выдается новое свидетельство на товарный знак и вносятся соответствующие изменения в Государственный реестр товарных знаков (п. 5 ст. 1513).

По сравнению с прежним законодательством (п. 3 и 4 ст. 28 Закона о товарных знаках) претерпел заметные изменения административный порядок признания недействительным предоставления товарному знаку правовой охраны. Заинтересованные лица по основаниям и в сроки, предусмотренные ст. 1512 ГК, могут оспорить государственную регистрацию товарного знака путем подачи возражения в палату по патентным спорам при федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности (п. 1, 2, абз. 1 п. 3 ст. 1513). Непосредственно в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности подается возражение в случае признания связанных с государственной регистрацией действий правообладателя злоупотреблением правом или недобросовестной конкуренцией (абз. 2 п. 3 ст. 1513). При этом решения о признании недействительным предоставления правовой охраны товарному знаку или об отказе в таком признании принимаются непосредственно федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности. Указанные решения вступают в силу со дня принятия и могут быть оспорены в суде (п. 2 ст. 1248, п. 4 ст. 1513).

Защита исключительного права на товарный знак (статья 1515)

Как и прежнее законодательство (п. 2 ст. 4, п. 1 ст. 46 Закона о товарных знаках), ГК предусматривает ответственность за незаконное использование товарного знака (ст. 1515). Кодекс признает контрафактными товары, этикетки, упаковки товаров, на которых незаконно размещены товарный знак или сходное с ним до степени смешения обозначение (п. 1 ст. 1515). При определении законности размещения товарного знака должны учитываться не только способы использования товарного знака, но и цель такого использования - введение в гражданский оборот соответствующих товаров (п. 2 ст. 1484). Закон о товарных знаках (п. 1, 2 и 4 ст. 46) крайне фрагментарно регулирует вопросы ответственности за незаконное использование товарного знака, упоминая лишь о существовании уголовной и административной ответственности и перечисляя пять способов гражданско-правовой защиты соответствующих прав. Кодекс также допускает установление другими законами <1> ответственности за незаконное использование товарного знака (п. 1 ст. 1229), однако более подробно регулирует гражданско-правовую ответственность за указанные нарушения. Минское соглашение содержит указания на такие меры защиты, как возмещение убытков (ст. 14, 15, 17), устранение товаров из торгового оборота (ст. 16), удаление незаконно прикрепленного товарного знака (ст. 16), предупреждение поступления товаров в торговый оборот (ст. 18), приостановление выпуска товаров в свободный оборот таможенными органами (ст. 22). Предусмотренные Кодексом условия применения гражданско-правовых мер ответственности отвечают и требованиям Соглашения ТРИПС (ст. 45 и 46), в котором упоминается о возмещении убытков, удалении неправомерно используемого товарного знака с товаров, а также об изъятии товаров, материалов и оборудования из торговой сети.

<1> Речь идет прежде всего об уголовном законодательстве и законодательстве об административных правонарушениях. В соответствии со ст. 180 УК за незаконное использование товарного знака предусмотрена уголовная ответственность в виде штрафа, обязательных работ, исправительных работ, лишения свободы. Административная ответственность за незаконное использование товарного знака предусмотрена в виде наложения административного штрафа на граждан, должностных лиц и юридических лиц с конфискацией предметов, содержащих незаконное воспроизведение товарного знака (ст. 14.10 КоАП). В силу статьи 23 Минского соглашения Российская Федерация приняла на себя обязательство установить в национальном законодательстве уголовную и административную ответственность в случае намеренного использования ложных товарных знаков.

Кроме того, в случаях, когда нарушение исключительного права на товарный знак признано в установленном порядке недобросовестной конкуренцией, защита нарушенного исключительного права может осуществляться в соответствии с антимонопольным законодательством (п. 7 ст. 1252 ГК).

Правообладатель вправе предъявить требование о признании исключительного права на товарный знак к лицу, которое отрицает или иным образом не признает это право, нарушая тем самым интересы правообладателя (подп. 1 п. 1 ст. 1252 ГК).

Правообладатель может заявить требование о пресечении действий, нарушающих исключительное право на товарный знак или создающих угрозу его нарушения, к лицу, совершающему такие действия или осуществляющему необходимые приготовления к ним (подп. 2 п. 1 ст. 1252). При этом такое пресечение осуществляется независимо от вины нарушителя и за его счет (п. 3 ст. 1250).

Правообладатель вправе потребовать возмещения убытков, возникших в результате неправомерного использования другим лицом товарного знака без заключения соглашения с правообладателем либо в результате иных нарушений, причинивших ущерб правообладателю (подп. 3 п. 1 ст. 1252).

Правообладатель вправе вместо возмещения убытков потребовать от нарушителя выплаты компенсации. Компенсация подлежит взысканию при доказанности факта правонарушения. При этом правообладатель, обратившийся за защитой права, освобождается от обязанности доказывания размера причиненных ему убытков. Правообладатель вправе по своему выбору потребовать компенсации в размере от 10 тыс. до 5 млн. руб., определяемом по усмотрению суда исходя из характера нарушения и иных обстоятельств дела с учетом требований разумности и справедливости, либо в двукратном размере стоимости товаров, на которых незаконно размещен товарный знак, или в двукратном размере стоимости права использования товарного знака, определяемой исходя из цены, которая при сравнимых обстоятельствах обычно взимается за правомерное использование товарного знака. Правообладатель вправе требовать от нарушителя выплаты компенсации за каждый случай неправомерного использования результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации либо за допущенное правонарушение в целом (п. 3 ст. 1252, п. 4 ст. 1515).

Правообладатель вправе потребовать изъятия из оборота и уничтожения за счет нарушителя без какой бы то ни было компенсации контрафактных товаров, этикеток, упаковок товаров, на которых размещены незаконно используемый товарный знак или сходное с ним до степени смешения обозначение (п. 4 ст. 1252, п. 2 ст. 1515). Отсутствие в действующем законодательстве соответствующего указания нередко приводило на практике к отказу в удовлетворении предъявляемых правообладателями исков об уничтожении контрафактных товаров <1>. Правда, в тех случаях, когда введение таких товаров в оборот необходимо в общественных интересах, правообладатель вправе требовать лишь удаления за счет нарушителя с контрафактных товаров, этикеток,

упаковок товаров незаконно используемого товарного знака или сходного с ним до степени смешения обозначения (п. 2 ст. 1515).

<1> См.: Сергеев А.П. Указ. соч. С. 646.

Оборудование, прочие устройства и материалы, главным образом используемые или предназначенные для совершения нарушения исключительного права на товарный знак, по решению суда подлежат изъятию из оборота и уничтожению за счет нарушителя (п. 5 ст. 1252). Требования об изъятии материального носителя могут быть предъявлены правообладателем к соответствующему изготовителю, импортеру, хранителю, перевозчику, продавцу, иному распространителю или недобросовестному приобретателю (подп. 4 п. 1 ст. 1252). Лицо, нарушившее исключительное право на товарный знак при выполнении работ или оказании услуг, обязано удалить товарный знак или сходное с ним до степени смешения обозначение с материалов, которыми сопровождается выполнение таких работ или оказание услуг, в том числе с документации, рекламы, вывесок (п. 3 ст. 1515).

К материальным носителям, оборудованию и материалам, в отношении которых выдвинуто предположение о нарушении исключительного права на товарный знак, могут быть в порядке обеспечения иска по делам о нарушении исключительных прав приняты меры, установленные процессуальным законодательством, в том числе наложение ареста на материальные носители, оборудование и материалы (п. 2 ст. 1252).

Правообладатель может предъявить к нарушителю исключительного права требование о публикации решения суда о допущенном нарушении с указанием действительного правообладателя (подп. 5 п. 1 ст. 1252). При этом такая публикация осуществляется независимо от вины нарушителя и за его счет (п. 3 ст. 1250).

Особая мера ответственности предусматривается Кодексом для случаев неоднократного или грубого нарушения исключительного права на товарный знак. В этих случаях суд может принять решение о ликвидации соответствующего юридического лица по требованию прокурора либо о прекращении деятельности соответствующего гражданина в качестве индивидуального предпринимателя (п. 2 ст. 61, ст. 1253).

§ 3. Право на наименование места происхождения товара (статьи 1516 - 1537)

Содержание предусмотренного ГК правового регулирования отношений, связанных с приобретением, использованием и защитой исключительного права на наименование места происхождения товара, основывается на прежнем российском законодательстве (Закон РФ от 23 сентября 1992 г. "О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров"), а также на международных соглашениях, в которых участвует Российская Федерация (Парижская конвенция по охране промышленной собственности 1883 г., Минское соглашение о мерах по предупреждению и пресечению использования ложных товарных знаков и географических указаний 1999 г.) и к которым она присоединится в случае вступления во Всемирную торговую организацию (Соглашение ТРИПС 1994 г.). Несомненное влияние на целый ряд норм Кодекса оказали Мадридское соглашение о санкциях за ложные и неправильные обозначения происхождения изделий 1891 г. и Лиссабонское соглашение о защите указаний места происхождения изделий и их международной регистрации 1958 г., в которых Российская Федерация не участвует.

Как по выполняемым функциям, так и по форме выражения наименование места происхождения товара из всех регулируемых Кодексом средств индивидуализации наиболее близко к товарным знакам. При этом имеется и целый ряд отличий. Как и товарный знак, наименование места происхождения товара призвано

индивидуализировать товары в гражданском обороте, однако если товарный знак служит для обозначения связи товара с определенным производителем, то наименование - для характеристики свойств товара, связанных с его происхождением из определенной местности. Указанными отличиями в конечном счете предопределяются и все особенности, характеризующие правовой режим наименования места происхождения товара, - потенциально неограниченный круг субъектов исключительного права на наименование, отсутствие требования новизны при его регистрации, неотчуждаемость и непередаваемость этого исключительного права и др. Наличие этих особенностей предопределило обособление в международных договорах и в национальном законодательстве, в том числе в ГК РФ, соответствующих норм от норм, регулирующих отношения, связанные с товарными знаками.

Для определения правового режима наименования места происхождения товара в контексте международных обязательств Российской Федерации важно также определить его соотношение с таким средством индивидуализации товара, как указание происхождения, упоминаемым в ряде международных соглашений, относящихся к сфере промышленной собственности. Упоминаемое в ст. 10 Парижской конвенции указание происхождения в отечественной литературе традиционно рассматривается как более общее понятие, охватывающее не только географическое происхождение товара, но и личность его производителя или продавца <1>. Поэтому предусмотренные Парижской конвенцией меры защиты против ложных указаний (ст. 9, 10.тер) в отечественном правовом порядке традиционно включаются соответственно в таможенное, уголовное и антимонопольное законодательство. Поскольку Кодекс исходит из того, что наименование места происхождения товара является частным случаем указания происхождения, указанные меры защиты упомянуты в п. 2 и 7 ст. 1252 ГК, которые распространяются и на отношения, регулируемые комментируемыми нормами ГК.

<1> См.: Калятин В.О. Интеллектуальная собственность (Исключительные права): Учебник для вузов. М., 2000. С. 351; Сергеев А.П. Указ. соч. С. 608 - 609.

Существующее в отечественном правовом порядке с 1992 г. понятие наименования места происхождения товара в наибольшей степени соответствует закрепленному в ст. 2 Лиссабонского соглашения определению указания места происхождения изделий, под которым понимается "географическое название страны, района или местности, используемое для обозначения происходящего оттуда изделия, качества и свойства которого определяются исключительно или в существенной мере географической средой, включая сюда природные и этнографические факторы".

Разделом 3 части II Соглашения ТРИПС предусматривается охрана географических указаний, обозначающих происходящий с территории страны, региона или местности на этой территории товар, особые качества, репутация или другие характеристики которого главным образом определяются его географическим происхождением (п. 1 ст. 22). Аналогичное содержание "географическому указанию" придает и Минское соглашение (ст. 1). Таким образом, "географическое указание" охватывает понятие "наименование места происхождения товара", как оно определено в Законе о товарных знаках (п. 1 ст. 30). Этот же подход заложен и в ГК РФ, в котором правовой режим наименования места происхождения товара установлен с учетом обязательных для стран - участниц ВТО положений Соглашения ТРИПС о географических указаниях.

Основные положения (статьи 1516 - 1518)

Понятие наименования места происхождения товара сформулировано в ГК РФ (ст. 1516) на основе прежнего законодательства (п. 1 ст. 30 Закона о товарных знаках) и

содержит требования как к данному виду обозначения, так и к свойствам товара, для индивидуализации которых это наименование может применяться. Определяющим для правового режима данного средства индивидуализации является требование о том, что особые свойства соответствующего товара исключительно или главным образом должны определяться характерными для данного географического объекта природными условиями и (или) людскими факторами (ст. 1516 ГК). Как уже отмечалось, влияние географической среды на свойство товара было в 1992 г. сформулировано под несомненным влиянием Лиссабонского соглашения, так как отечественному правопорядку и юридической лексике неизвестно сколько-нибудь определенное содержание понятия "людские факторы". Хотя в действующих международных обязательствах, а равно и договорах, к которым Российская Федерация намеревается присоединиться, не ставится акцент на этнографической составляющей географической среды происхождения товара, законодатель сохранил в Кодексе ссылку на "людские факторы", имея в виду, что это выражение за последние годы вошло в научный и профессиональный оборот и прочно связано с рассматриваемым средством индивидуализации. В литературе влияние людских факторов на свойства товара раскрывается, как правило, путем указания на профессиональный опыт, традиции, секреты и культуру производства, сохраняемые в данной местности и передаваемые проживающими здесь людьми из поколения в поколение <1>.

<1> См.: Калятин В.О. Указ. соч. С. 350; Павлова Е.А. Средства индивидуализации юридических лиц, товаров, работ и услуг (гл. 57) // Гражданское право Российской Федерации: Учебник / Под ред. О.Н. Садикова. Т. 2. М., 2007. С. 583.

Индивидуализация товаров обеспечивается путем закрепления за производителем товара исключительного права использования наименования места его происхождения (п. 1 ст. 1516, ст. 1519). Как и Закон о товарных знаках (п. 3 ст. 31), Кодекс не требует от правообладателей обязательного занятия предпринимательской деятельностью. Необходимо лишь, чтобы такие правообладатели - граждане или юридические лица производили в границах того же географического объекта товар с характерными для данного географического объекта особыми свойствами (п. 2 ст. 1518).

Кодекс сохранил закрепленную в Законе о товарных знаках (п. 1 ст. 31) регистрационную систему в качестве основания возникновения прав на наименование места происхождения товара. Это исключительное право признается и охраняется при условии государственной регистрации соответствующего наименования федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности (п. 1 ст. 1517, п. 1 ст. 1518). На территории Российской Федерации признаются и права на наименование места происхождения товара, охраняемого в соответствии с международным договором Российской Федерации (п. 1 ст. 1517). Таким договором могло бы быть Лиссабонское соглашение о защите указаний места происхождения изделий и их международной регистрации (1958 г.), однако Российская Федерация в нем не участвует <1>. Зарегистрировать наименование места происхождения товара в иностранном государстве российские граждане и юридические лица вправе только после государственной регистрации соответствующего наименования в Российской Федерации (ст. 1534 ГК).

<1> Лиссабонское соглашение, в котором в настоящее время участвует 24 государства, предусматривает для наименований мест происхождения товара режим международной регистрации, во многом аналогичный режиму, установленному для товарных знаков Мадридским соглашением о международной регистрации знаков (1891 г.).

В соответствии с пунктом 9 статьи 24 Соглашения ТРИПС Кодекс предусматривает условия предоставления правовой охраны в Российской Федерации наименованию места происхождения товара, находящемуся в иностранном государстве (п. 2 ст. 1517). В отличие от Закона о товарных знаках (ч. 2 ст. 47), предоставляющего право регистрации в Российской Федерации наименований мест происхождения товаров иностранным гражданам и юридическим лицам только на основе принципа взаимности, Кодекс не обуславливает права указанных лиц на регистрацию предоставлением аналогичных прав российским гражданам и юридическим лицам в соответствующем иностранном государстве <1>.

<1> По данным Роспатента, за последние пять лет в Российской Федерации иностранными заявителями не было подано ни одной заявки на наименование места происхождения товара.

Помимо предусмотренного Законом о товарных знаках (п. 1 ст. 30) использования современного или исторического наименования географического объекта Кодекс упоминает в качестве видов наименований мест происхождения товаров также официальные и неофициальные, полные и сокращенные обозначения соответствующего объекта (п. 1 ст. 1516). Таким образом, наименование места происхождения товара охраняется только в словесной форме, в которой должно содержаться указание о том, что товар происходит с данной территории.

Единственным требованием к содержанию обозначения, обуславливающим его охраноспособность в качестве наименования места происхождения товара, как и в прежнем законодательстве, является требование различимости, в соответствии с которым правовая охрана не предоставляется наименованиям, вошедшим в Российской Федерации во всеобщее употребление как обозначение товара определенного вида, не связанное с местом его производства (п. 2 ст. 1516). В то же время использование наименования места происхождения товара не должно вводить в заблуждение относительно товара или его изготовителя в связи наличием товарного знака, имеющего более ранний приоритет (п. 2 ст. 1535).

Исключительное право на наименование места происхождения товара (статьи 1519 - 1521)

Наиболее заметные изменения внесены Кодексом в правовой режим использования наименования места происхождения товара.

Закон о товарных знаках (п. 3 ст. 31, п. 1 ст. 32, п. 2 ст. 35, ст. 38) закрепляет за всеми лицами, зарегистрировавшими наименование места происхождения товара, право пользования этим наименованием. В этой связи в отечественной литературе наибольшее распространение получила концепция, основывающаяся на отрицании исключительного характера указанного права <1>. В обоснование этой концепции обычно приводятся ссылки на несовместимость с исключительным характером права множественность субъектов, отсутствие права распоряжения им, а также на международные акты и мировой опыт.

<1> См.: Сергеев А.П. Указ. соч. С. 634 - 635; Городов О.А. О проекте части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации // Правоведение. 2006. N 6. С. 48 - 49.

Сохранив предусмотренные действующим законодательством ограничения, Кодекс признает исключительное право использования наименования места происхождения

товара (п. 1 ст. 1516, ст. 1519). При этом законодатель исходит из того, что множественность субъектов исключительного права, даже не будучи характерной для большинства результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации, тем не менее вполне совместима с режимом исключительного права. Достаточно упомянуть о коллективном знаке, исключительный характер права на который никем не отрицается. Подобно тому, как круг субъектов права на коллективный знак ограничен входящими в состав соответствующего объединения лицами, круг субъектов права на наименование места происхождения товара ограничивается требованием нахождения производителей товара в определенной местности и производства товара, особые свойства которого исключительно или главным образом определяются характерными для этой местности факторами.

Не препятствует в данном случае признанию исключительного права и отсутствие правомочия по распоряжению им. Соответствующее ограничение присуще правовому режиму тех же коллективных знаков (п. 2 ст. 20 Закон о товарных знаках). Следует упомянуть и о том, что монопольные права обладателя исключительного права на товарный знак вполне легально ограничиваются однородными товарами, так что в отношении товара из другого класса МКТУ в качестве товарного знака вполне может быть зарегистрировано тождественное обозначение.

Наконец, при закреплении исключительного права на наименование места происхождения товара учитывался и характер защиты, предоставляемой соответствующим правообладателям в соответствии с международными договорами. И Парижская конвенция (ст. 9, 10, 10.bis и 10.ter), и Соглашение ТРИПС (ст. 22 и 23), не называя права на географические указания (указания происхождения) исключительными, предоставляют им правовую охрану, аналогичную правовой охране других объектов исключительных прав. Учитывался российским законодателем также и новейший иностранный опыт правового регулирования: в Законе Республики Казахстан от 26 июля 1999 г. "О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров" прямо закреплён исключительный характер права пользования наименованием места происхождения товара (ст. 37).

Таким образом, признание исключительного права на наименование места происхождения товара лишь расширяет круг объектов, в отношении которых исключительное право не носит абсолютного характера <1>.

<1> Квазиабсолютный характер исключительного права в отношении средств индивидуализации объяснен и научно обоснован в трудах проф. В.А. Дозорцева, одного из главных идеологов новейшей кодификации российского законодательства об исключительных правах (см.: Дозорцев В.А. Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации. М., 2003. С. 64 - 65, 118 - 119, 378).

Лицам, зарегистрировавшим наименование места происхождения товара, принадлежит удостоверенное свидетельством исключительное право его использования по своему усмотрению любым не противоречащим закону способом (п. 1 ст. 1229, п. 2 ст. 1518, п. 1 ст. 1519). Множественность правообладателей означает прежде всего возможность осуществления основанных на исключительном праве правомочий любым лицом, имеющим соответствующее свидетельство. Поскольку наименование места происхождения товара призвано индивидуализировать товар, особые свойства которого исключительно или главным образом определяются характерными для данного географического объекта природными условиями и (или) людскими факторами, исключительное право его использования может быть предоставлено любому лицу, которое в границах того же географического объекта производит товар, обладающий теми же особыми свойствами (п. 2 ст. 1518).

Исключительный характер права на наименование места происхождения товара подчеркивается запретом использовать зарегистрированное наименование лицам, не имеющим соответствующего свидетельства, даже если при этом указывается подлинное место происхождения товара или наименование используется в переводе либо в сочетании с такими словами, как "род", "тип", "имитация" и т.п., а также использовать сходное обозначение для любых товаров, способное ввести потребителей в заблуждение относительно места происхождения и особых свойств товара (п. 3 ст. 1519). Данный запрет в соответствии с п. 2 и 4 ст. 22, ст. 23 Соглашения ТРИПС призван исключить введение потребителя в заблуждение даже такими способами, которые, строго говоря, прямо не нарушают исключительное право на наименование места происхождения товара. Нарушение этих условий также признается Кодексом незаконным использованием наименования места происхождения товара (п. 3 ст. 1519), дополняя общее для всех средств индивидуализации понятие нарушения исключительного права (п. 1 ст. 1229).

В отличие от прежнего законодательства (п. 1 ст. 40 Закона о товарных знаках), содержащего исчерпывающий перечень способов использования наименования места происхождения товара, Кодекс не только делает этот перечень открытым, относя к использованию наименования его размещение на производимых, продаваемых и иными способами вводимых в гражданский оборот товарах, а также размещение наименования в сети Интернет, в том числе в доменном имени и при других способах адресации (п. 2 ст. 1519). Расширение указанного перечня за счет включения в него способов использования, предусмотренных для товарного знака (см. п. 2 ст. 1484), вызвано прежде всего совпадением функций этих средств индивидуализации, а также необходимостью более полного определения тем самым в законе круга действий, совершение которых другими лицами означает нарушение исключительного права правообладателя и влечет установленную законом ответственность.

Защиту интересов правообладателя призваны обеспечить и нормы, допускающие отчуждение исключительного права на товарный знак, включающий в качестве неохраняемого элемента зарегистрированное наименование места происхождения товара, а также предоставление исключительного права использования такого товарного знака только при наличии соответственно у приобретателя или лицензиата исключительного права на такое наименование (п. 3 ст. 1488, п. 3 ст. 1489). Эти нормы являются необходимым дополнением общего правила о допустимости включения в качестве неохраняемого элемента товарного знака обозначения, тождественного или сходного до степени смешения с зарегистрированным наименованием места происхождения товара, только при условии, что товарный знак регистрируется на имя лица, имеющего исключительное право на такое наименование, и в отношении тех же товаров, для индивидуализации которых зарегистрировано наименование места происхождения товара (п. 7 ст. 1483).

Кодекс сохранил за правообладателем предусмотренную прежним законодательством (ст. 41 Закона о товарных знаках) возможность для оповещения о своем исключительном праве помещать рядом с наименованием места происхождения товара знак охраны в виде словесного обозначения "зарегистрированное наименование места происхождения товара" или "зарегистрированное НМПТ". Такой знак охраны указывает на то, что применяемое обозначение является наименованием места происхождения товара, зарегистрированным в Российской Федерации (ст. 1520). При этом лицо, проставляющее знак охраны и производящее иную маркировку по отношению к не зарегистрированному в Российской Федерации наименованию места происхождения товара, несет ответственность в порядке, предусмотренном законодательством Российской Федерации (п. 3 ст. 1537). Отказ в нормах ГК от используемого прежним законодательством названия "предупредительная маркировка" вызван необходимостью унификации терминологии, используемой в Кодексе для наименования аналогичных обозначений применительно к иным охраняемым объектам (ст. 1271, 1305, 1455).

Срок действия исключительного права использования наименования места происхождения товара определен в Кодексе путем установления продолжительности правовой охраны соответствующего наименования. Как и прежние законодательство, Кодекс не ограничивает эту продолжительность каким-либо формально определенным сроком. Правда, в отличие от нечеткого указания "действует бессрочно" (п. 4 ст. 31 Закона о товарных знаках) Кодекс допускает сохранение режима исключительного права в течение всего времени существования возможности производить товар, особые свойства которого исключительно или главным образом определяются характерными для соответствующего географического объекта природными условиями и (или) людскими факторами (ст. 1521) <1>.

<1> Закон о товарных знаках не вполне последователен, с одной стороны, провозглашая "бессрочность" действия правовой охраны (п. 4 ст. 31), а с другой - устанавливая объективные основания для ее прекращения (п. 1 ст. 42.1).

Как и применительно к товарному знаку, в отношении наименования места происхождения товара в ГК устанавливается первоначальный срок охраны продолжительностью 10 лет с возможностью его продления каждый раз на 10 лет (п. 1 и 2 ст. 1531). При этом число продлений, очевидно, ограничивается сохранением возможности производить товар с указанными особыми свойствами. Кодекс сохранил предусмотренные Законом о товарных знаках (ст. 36) условия, порядок и последствия продления срока правовой охраны, отказавшись при этом от термина "срок действия свидетельства", неосновательно акцентировавшего внимание на формальной процедуре, обеспечивающей закрепление исключительного права за правообладателем, а не на существе и последствиях такого закрепления. В настоящее время действуют утвержденные Роспатентом в 2003 г. Правила продления срока действия свидетельства на право пользования наименованием места происхождения товара и внесения изменений в регистрацию и свидетельство <1>.

<1> Приказ Роспатента от 25 февраля 2003 г. N 23 // Российская газета. N 71. 2003. 12 апреля.

Государственная регистрация наименования места происхождения товара (статьи 1522 - 1534)

В отечественном правопорядке регистрация наименования места происхождения товара носит правоустанавливающий характер. Только на основании государственной регистрации как одного из предусмотренных законом оснований возникновения гражданских прав и обязанностей (подп. 2 п. 1 ст. 8 ГК) возникает исключительное право использования наименования места происхождения товара, обеспечивающее функцию индивидуализации товара, особые свойства которого исключительно или главным образом определяются характерными для данного географического объекта природными условиями и (или) людскими факторами. Правоустанавливающий характер этой процедуры потребовал законодательного урегулирования основных положений о государственной регистрации (гл. 8 Закона о товарных знаках). На этом же принципиальном подходе основывается регулирование государственной регистрации наименования места происхождения товара и в Кодексе (подпараграф 3 § 3 гл. 76). В Гражданском кодексе определены состав необходимых для проведения регистрации документов, последовательность, сроки и последствия их рассмотрения. Регулирование деталей этой процедуры Кодекс относит к компетенции федерального органа

исполнительной власти, осуществляющего нормативно-правовое регулирование в сфере интеллектуальной собственности (п. 7 ст. 1522, п. 2 ст. 1530).

По своему содержанию правовое регулирование в Кодексе государственной регистрации наименования места происхождения товара не содержит сколько-нибудь существенных отличий от действующего законодательства, претерпев лишь некоторые юридико-технические и редакционные изменения, отражающие изменившийся подход к обозначению в законе наименований федеральных органов исполнительной власти и их функций, а также необходимые для увязки этой процедуры с другими положениями Кодекса.

Процедура государственной регистрации наименования места происхождения товара практически совпадает с аналогичной процедурой, установленной для товарного знака, отличаясь от последней набором сведений, включаемых в документы заявки и соответственно подлежащих проверке в ходе проведения экспертизы, а также сроками проведения такой проверки. Кроме того, следует отметить, что, хотя предоставление исключительного права на ранее зарегистрированное наименование места происхождения товара не предполагает осуществление повторной регистрации самого наименования (что нашло отражение в ГК в различном наименовании соответствующих заявок), Кодекс, как и прежнее законодательство, предусматривает аналогичные процедуры предоставления исключительного права как на наименование места происхождения товара, правовая охрана которого испрашивается впервые, так и на зарегистрированное ранее наименование. Отличие заключается только в составе данных, проверяемых в ходе проведения экспертизы заявленного обозначения.

Процесс регистрации начинается с подачи заинтересованным лицом (далее - заявитель) заявки на государственную регистрацию наименования места происхождения товара и на предоставление исключительного права на такое наименование либо заявки на предоставление исключительного права на ранее зарегистрированное наименование места происхождения товара (далее - заявка на наименование места происхождения товара) в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности (далее - патентное ведомство) <1>. Заявка может быть подана как самим заявителем, так и через патентного поверенного (ст. 1247) или иного представителя заявителя. В настоящее время действуют утвержденные Роспатентом в 2003 г. Правила составления, подачи и рассмотрения заявки на регистрацию и предоставление права пользования наименованием места происхождения товара и заявки на предоставление права пользования уже зарегистрированным наименованием места происхождения товара <2>.

<1> По данным Роспатента, общее число заявок на наименование места происхождения товаров в течение 2001 - 2005 гг. колеблется от 28 до 62 в год. При этом за этот же период было зарегистрировано от одного (в 2001 г.) до 23 (2005 г.) наименований мест происхождения товаров.

<2> Приказ Роспатента от 25 февраля 2003 г. N 24 // Российская газета. N 63. 2003. 3 апреля.

Заявка на наименование места происхождения товара должна относиться к одному наименованию (п. 2 ст. 1522). Кодекс устанавливает исчерпывающий перечень документов, которые должны содержаться в самой заявке (п. 3 ст. 1522) и прилагаться к ней (п. 5 ст. 1522), а также требования к языку, на котором должны быть представлены эти документы (п. 6 ст. 1522).

В отличие от прежнего законодательства (п. 4 ст. 32 Закона о товарных знаках), не устанавливавшего никаких различий в определении органа, который компетентен дать заключение о том, что заявитель производит товар, особые свойства которого исключительно или главным образом определяются характерными для данного географического объекта природными условиями и (или) людскими факторами, Кодекс

предусматривает, что в отношении впервые испрашиваемой регистрации такой орган уполномочивается непосредственно Правительством РФ (абз. 1 п. 5 ст. 1522), а в отношении ранее зарегистрированного наименования - в порядке, установленном Правительством РФ (абз. 2 п. 5 ст. 1522). Такое различие объясняется тем обстоятельством, что во втором случае требуется только подтверждение соответствия товара, производимого заявителем, свойствам, указанным в Государственном реестре наименований мест происхождения товаров Российской Федерации (далее - Государственный реестр наименований), тогда как в первом случае необходимо удостоверение зависимости свойств товара от природных условий и (или) людских факторов. В настоящее время в соответствии с Постановлением Правительства РФ от 17 сентября 2004 г. N 481 заключения о том, что в границах географического объекта заявитель производит товар, особые свойства которого определяются характерными для данного географического объекта природными условиями и (или) людскими факторами, компетентны давать Минздравсоцразвития, Минпромэнерго и Минсельхоз <1>.

<1> СЗ РФ. 2004. N 38. Ст. 3806.

Датой подачи заявки считается дата поступления в патентное ведомство документов, которые должны содержаться в заявке (п. 8 ст. 1522). Хотя, как уже отмечалось, правовой режим наименования места происхождения товара не предусматривает требования новизны заявляемого обозначения, а следовательно, и установления приоритета такого обозначения, как это имеет место для товарного знака (п. 1 ст. 1494), установление своеобразного приоритета по дате поступления заявки необходимо для решения вопроса о соотношении прав на различные средства индивидуализации, тождественные или сходные до степени смешения, защиту которых Кодекс ставит в зависимость от их старшинства: преимущество отдается тому из средств индивидуализации, исключительное право на которое возникло ранее. Обладатель такого исключительного права может потребовать признания недействительным предоставления правовой охраны товарному знаку либо полного или частичного запрета на использование фирменного наименования или коммерческого обозначения (п. 6 ст. 1252). Соответственно может быть оспорено и предоставление правовой охраны наименованию места происхождения товара (п. 2 ст. 1535). Ввиду важнейшего значения для правового режима наименования места происхождения товара дата подачи заявки должна вноситься в Государственный реестр наименований мест происхождения товаров Российской Федерации (п. 2 ст. 1529) и указываться в свидетельстве об исключительном праве на соответствующее наименование (п. 2 ст. 1530) в числе сведений, относящихся к государственной регистрации.

По заявке на наименование места происхождения товара патентное ведомство проводит экспертизу, которая включает формальную экспертизу и экспертизу обозначения, заявленного в качестве наименования места происхождения товара. Кодекс предоставляет заявителю право по своей инициативе в период проведения экспертизы дополнять, уточнять или исправлять материалы заявки (п. 2 ст. 1523), а патентному ведомству - право запрашивать у заявителя дополнительные материалы, без которых проведение экспертизы невозможно (п. 3 ст. 1523). В последнем случае Кодекс предусматривает, что, если в установленный срок заявитель не представит запрашиваемые материалы, заявка признается отозванной. Заявитель вправе отозвать заявку на любом этапе ее рассмотрения, но не позднее внесения соответствующих сведений в Государственный реестр наименований (ст. 1527).

Формальная экспертиза проводится в течение двух месяцев со дня подачи заявки на наименование места происхождения товара. В ходе формальной экспертизы проверяется наличие необходимых документов заявки и их соответствие установленным требованиям. По результатам экспертизы принимается решение об отказе в принятии заявки к

рассмотрению либо о принятии ее к рассмотрению (ст. 1524). В последнем случае заявителю сообщается дата поступления заявки в патентное ведомство.

Экспертиза заявленного обозначения проводится по заявке, принятой к рассмотрению <1>. В ходе экспертизы проверяется соответствие заявленного обозначения требованиям, предъявляемым к наименованию места происхождения товара (ст. 1516, п. 5 ст. 1522). По результатам проверки соответствия заявленного обозначения указанным требованиям патентное ведомство в случае предполагаемого отказа в государственной регистрации наименования места происхождения товара и (или) в предоставлении исключительного права на такое наименование может уведомить заявителя, предложив ему представить относительно изложенных в уведомлении мотивов свои доводы, которые учитываются при принятии окончательного решения (ст. 1525).

<1> Название это весьма условно и, как и в прежнем законодательстве, аналогично названию соответствующей процедуры в отношении товарного знака. Однако в ходе экспертизы заявленного обозначения применительно к наименованию проверяется не только его соответствие наименованию, но прежде всего зависимость свойств производимого заявителем товара от характерных для данного географического объекта природных условий и (или) людских факторов.

По результатам экспертизы патентное ведомство принимает решение о государственной регистрации наименования места происхождения товара и (или) о предоставлении исключительного права на такое наименование либо об отказе в государственной регистрации наименования места происхождения товара и (или) в предоставлении исключительного права на такое наименование (ст. 1526). При этом Кодекс более полно и четко, чем это сделано в прежнем законодательстве (п. 6 ст. 33 Закона о товарных знаках), перечисляет возможные решения патентного ведомства в зависимости от того, испрашивалось ли исключительное право на впервые регистрируемое наименование или на зарегистрированное ранее наименование (ч. 2 ст. 1526).

Кодекс сохранил предусмотренный Законом о товарных знаках (п. 1 ст. 34) трехмесячный срок для оспаривания в административном порядке (п. 2 ст. 11 ГК) решений патентного ведомства, принятых по заявке на наименование места происхождения товара (п. 1 ст. 1528). Однако в отличие от прежнего законодательства решение по существу соответствующего возражения (подаваемого, как и прежде, в палату по патентным спорам, образуемую при федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности) принимается самим патентным ведомством - федеральным органом (п. 2 ст. 1248). Указанные решения вступают в силу со дня их принятия и могут быть оспорены в суде в установленном законом порядке. В п. 2 ст. 1528 ГК определяются порядок и условия восстановления патентным ведомством пропущенных заявителем сроков представления дополнительных материалов (п. 3 ст. 1523) и сроков оспаривания решений по заявке на наименование места происхождения товара (п. 1 ст. 1528).

На основании решения, принятого по результатам экспертизы заявленного обозначения, патентное ведомство осуществляет государственную регистрацию наименования в Государственном реестре наименований мест происхождения товаров Российской Федерации (п. 1 ст. 1529). В 2004 г. Роспатентом утвержден Порядок ведения Государственного реестра наименований мест происхождения товаров Российской Федерации <1>. В отличие от процедуры государственной регистрации товарного знака (ст. 14 Закона о товарных знаках, п. 1 ст. 1503 ГК) Кодекс, как и прежнее законодательство (п. 1 ст. 35 Закона о товарных знаках), не устанавливает срока осуществления государственной регистрации наименования места происхождения товара

(п. 1 ст. 1529). Кодекс содержит исчерпывающий перечень сведений, подлежащих включению в Государственный реестр наименований (п. 2 ст. 1529, ст. 1532).

<1> Приказ Роспатента от 5 марта 2004 г. N 32 // Российская газета. N 59. 2004. 24 марта.

Сведения, относящиеся к государственной регистрации наименования места происхождения товара, подлежат опубликованию патентным ведомством в официальном бюллетене незамедлительно после внесения их в Государственный реестр наименований (ст. 1533).

Свидетельство об исключительном праве на наименование места происхождения товара выдается патентным ведомством в течение месяца со дня получения документа об уплате пошлины за выдачу свидетельства (п. 1 ст. 1530).

Прекращение правовой охраны наименования места происхождения товара (статьи 1535, 1536)

Возможность предоставления исключительного права на зарегистрированное наименование места происхождения товара неограниченному кругу лиц, которые в границах того же географического объекта производят товар, обладающий теми же особыми свойствами (п. 2 ст. 1518), предопределяет необходимость раздельного регулирования оснований прекращения государственной регистрации наименования места происхождения товара и оснований прекращения исключительного права использования ранее зарегистрированного наименования.

Кодекс, как и прежнее законодательство, исходит из того, что прекращение исключительного права на наименование места происхождения товара само по себе не влияет на действительность государственной регистрации соответствующего наименования, тогда как признание недействительной государственной регистрации влечет отмену решения о предоставлении исключительного права на такое наименование (п. 1 ст. 1535). При этом Кодекс более четко и последовательно регулирует основания и последствия оспаривания и признания недействительной правовой охраны наименования места происхождения товара в зависимости от того, оспаривается ли правовая охрана наименования места происхождения товара в целом или только предоставление права использования ранее зарегистрированного наименования (п. 1 ст. 1535). Аналогичные нормы в прежнем законодательстве отсутствуют.

Как и Закон о товарных знаках (п. 1 ст. 42), Кодекс допускает оспаривание и признание недействительным предоставления правовой охраны наименованию места происхождения товара в случае, когда соответствующая охрана была предоставлена с нарушением установленных требований (п. 2 ст. 1535). При этом оспаривание государственной регистрации наименования места происхождения товара допускается в течение всего срока охраны, т.е. всего времени существования возможности производить товар, особые свойства которого исключительно или главным образом определяются характерными для соответствующего географического объекта природными условиями и (или) людскими факторами (ст. 1521), тогда как оспаривание предоставления исключительного права на ранее зарегистрированное наименование - в течение срока действия свидетельства об исключительном праве на наименование (ст. 1531).

Оспаривание предоставления правовой охраны наименованию места происхождения товара, использование которого способно ввести в заблуждение относительно товара или его изготовителя в связи с наличием товарного знака, имеющего более ранний приоритет, допускается в течение пяти лет с даты публикации сведений о государственной регистрации наименования места происхождения товара в официальном бюллетене (п. 2

ст. 1535). Таким образом, устанавливая запрет регистрации в качестве товарного знака обозначения, тождественного или сходного до степени смешения с зарегистрированным наименованием места происхождения товара (п. 7 ст. 1483, подп. 2 п. 2 ст. 1512), т.е. с наименованием, охраняемым на дату приоритета товарного знака, Кодекс обеспечивает в то же время и защиту товарного знака с более ранним приоритетом, что отражает общий принцип старшинства, установленный для тождественных или сходных до степени смешения средств индивидуализации (п. 6 ст. 1252).

Помимо прекращения правовой охраны в связи нарушениями, допущенными при ее предоставлении (ст. 42 Закона о товарных знаках, ст. 1535 ГК), Кодекс, как и прежнее законодательство (ст. 42.1 Закона о товарных знаках), устанавливает исчерпывающий перечень оснований прекращения правовой охраны, не связанных с подобными нарушениями (ст. 1536). Государственная регистрация наименования места происхождения товара прекращается по заявлению любого заинтересованного лица в случае исчезновения характерных для данного географического объекта условий и невозможности производить товар, обладающий особыми свойствами, а также в случае утраты иностранным юридическим лицом, иностранным гражданином или лицом без гражданства права на данное наименование места происхождения товара в стране происхождения товара (п. 1 и 3 ст. 1536).

Помимо предусмотренных и прежним законодательством оснований прекращения действия свидетельства об исключительном праве (п. 2 ст. 42.1 Закона о товарных знаках), с которым связывается и прекращение самого исключительного права, Кодекс прямо упоминает об истечении срока действия свидетельства, а также о прекращении предпринимательской деятельности индивидуального предпринимателя, на имя которого выдано свидетельство (п. 2 ст. 1536). При этом прекращение исключительного права осуществляется по заявлению любого лица, кроме случаев истечения срока действия свидетельства и прекращения исключительного права по заявлению правообладателя (п. 3 ст. 1536). В 2003 г. Роспатентом утверждены Правила принятия решения о досрочном прекращении действия свидетельства на право пользования наименованием места происхождения товара при ликвидации юридического лица - обладателя свидетельства <1>.

<1> Приказ Роспатента от 3 марта 2003 г. N 29 // Российская газета. N 63. 2003. 3 апреля.

В отличие от прежнего законодательства, допускающего прекращение правовой охраны наименования места происхождения товара по решению палаты по патентным спорам (п. 3 ст. 42, п. 4 ст. 42.1 Закона о товарных знаках), Кодекс, сохраняя административный порядок прекращения правовой охраны (п. 2 ст. 11), исходит из того, что решение по заявлениям или возражениям, связанным с прекращением правовой охраны наименования места происхождения товара, принимается федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности (п. 2 ст. 1248, п. 3 ст. 1535, п. 3 ст. 1536). Указанное решение вступает в силу со дня принятия и может быть оспорено в суде в установленном законом порядке.

Защита исключительного права на наименование места происхождения товара (статья 1537)

Как и прежнее законодательство (п. 1, 3 и 4 ст. 46 Закона о товарных знаках), Кодекс предусматривает ответственность за незаконное использование наименования места происхождения товара (ст. 1537). Кодекс признает контрафактными товары, этикетки, упаковки товаров, на которых незаконно использованы наименования мест

происхождения товаров или сходные с ними до степени смешения обозначения (п. 3 ст. 1519).

Действующее законодательство упоминает о существовании уголовной и административной ответственности за нарушения прав на наименование места происхождения товара и перечисляет четыре способа гражданско-правовой защиты соответствующих прав. Кодекс также допускает установление другими законами <1> ответственности за незаконное использование наименования места происхождения товара (п. 1 ст. 1229), однако более подробно и четко регулирует гражданско-правовую ответственность за указанные нарушения. Предусмотренные Кодексом условия применения гражданско-правовых мер ответственности соответствуют требованиям Минского соглашения (ст. 11 - 22) и Соглашения ТРИПС (ст. 45 и 46).

<1> В соответствии со статьей 180 УК за незаконное использование чужого наименования места происхождения товара предусмотрена уголовная ответственность в виде штрафа, обязательных работ, исправительных работ, лишения свободы. В соответствии со ст. 14.10 КоАП за незаконное использование наименования места происхождения товара предусмотрена административная ответственность в виде административного штрафа с конфискацией предметов, содержащих незаконное воспроизведение наименования места происхождения товара. В силу статьи 23 Минского соглашения Российская Федерация приняла на себя обязательство установить в национальном законодательстве уголовную и административную ответственность в случае намеренного использования ложных географических указаний.

Кроме того, в случаях, когда нарушение исключительного права на наименование места происхождения товара признано в установленном порядке недобросовестной конкуренцией, защита нарушенного исключительного права может осуществляться в соответствии с антимонопольным законодательством (п. 7 ст. 1252 ГК).

Правообладатель вправе предъявить требование о признании исключительного права на наименование места происхождения товара к лицу, которое отрицает или иным образом не признает это право, нарушая тем самым интересы правообладателя (подп. 1 п. 1 ст. 1252).

Правообладатель может заявить требование о пресечении действий, нарушающих исключительное право на наименование места происхождения товара или создающих угрозу его нарушения, к лицу, совершающему такие действия или осуществляющему необходимые приготовления к ним (подп. 2 п. 1 ст. 1252). При этом такое пресечение осуществляется независимо от вины нарушителя и за его счет (п. 3 ст. 1250).

Правообладатель вправе потребовать возмещения убытков, возникших в результате неправомерного использования наименования места происхождения товара лицом, не имеющим соответствующего свидетельства, либо в результате иных нарушений, причинивших ущерб правообладателю (подп. 3 п. 1 ст. 1252).

Правообладатель вправе вместо возмещения убытков потребовать от нарушителя выплаты компенсации. Компенсация подлежит взысканию при доказанности факта правонарушения. При этом правообладатель, обратившийся за защитой права, освобождается от обязанности доказывания размера причиненных ему убытков. Правообладатель вправе по своему выбору потребовать компенсации в размере от 10 тыс. до 5 млн. руб., определяемом по усмотрению суда, исходя из характера нарушения, либо в двукратном размере стоимости товаров, на которых незаконно размещено наименование места происхождения товара. Правообладатель вправе требовать от нарушителя выплаты компенсации за каждый случай неправомерного использования результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации либо за допущенное правонарушение в целом (п. 3 ст. 1252, п. 2 ст. 1537).

Правообладатель вправе потребовать изъятия из оборота и уничтожения за счет нарушителя без какой бы то ни было компенсации контрафактных товаров, этикеток, упаковок товаров, на которых размещено незаконно используемое наименование места происхождения товара или сходное с ним до степени смешения обозначение (п. 4 ст. 1252, п. 1 ст. 1537). В тех случаях, когда, несмотря на допущенное нарушение, сохраняется необходимость введения таких товаров в оборот в общественных интересах, правообладатель вправе требовать лишь удаления за счет нарушителя с контрафактных товаров, этикеток, упаковок товаров незаконно используемого наименования места происхождения товара или сходного с ним до степени смешения обозначения (п. 1 ст. 1537).

Оборудование, прочие устройства и материалы, главным образом используемые или предназначенные для совершения нарушения исключительных прав на наименование места происхождения товара, по решению суда подлежат изъятию из оборота и уничтожению за счет нарушителя (п. 5 ст. 1252). Требования об изъятии материального носителя могут быть предъявлены правообладателем к соответствующему изготовителю, импортеру, хранителю, перевозчику, продавцу, иному распространителю или недобросовестному приобретателю (подп. 4 п. 1 ст. 1252).

К материальным носителям, оборудованию и материалам, в отношении которых выдвинуто предположение о нарушении исключительного права на наименование места происхождения товара, могут быть в порядке обеспечения иска по делам о нарушении исключительных прав приняты меры, установленные процессуальным законодательством, в том числе путем наложения ареста на материальные носители, оборудование и материалы (п. 2 ст. 1252).

Правообладатель может предъявить к нарушителю исключительного права требование о публикации решения суда о допущенном нарушении с указанием действительного правообладателя (подп. 5 п. 1 ст. 1252). При этом такая публикация осуществляется независимо от вины нарушителя и за его счет (п. 3 ст. 1250).

Особая мера ответственности предусматривается Кодексом для случаев неоднократного или грубого нарушения исключительного права на наименование места происхождения товара. В этих случаях суд может принять решение о ликвидации соответствующего юридического лица либо о прекращении деятельности соответствующего гражданина в качестве индивидуального предпринимателя (п. 2 ст. 61, ст. 1253).

§ 4. Право на коммерческое обозначение (статьи 1538 - 1541)

В отличие от фирменного наименования коммерческое обозначение представляет собой средство индивидуализации не субъекта, а объекта гражданских прав - торгового, промышленного или иного предприятия (магазина, ресторана, предприятия бытового обслуживания и т.д.).

Исключительное право на коммерческое обозначение может принадлежать юридическим лицам, осуществляющим предпринимательскую деятельность, а также индивидуальным предпринимателям. Право на коммерческое обозначение - это своего рода аналог известного в мировой практике "права на вывеску". Такое право возникает в силу самого использования обозначения и не подлежит обязательной государственной регистрации.

Вместе с тем исключительное право возникает не на любое обозначение, а лишь на такое, которое обладает достаточными различительными признаками и отвечает критерию известности, означающему, что употребление указанного обозначения правообладателем для индивидуализации принадлежащего ему предприятия должно быть известным в пределах определенной территории.

Очевидно, что указанные требования имеют оценочный характер. Поэтому можно полагать, что на практике исключительное право на то или иное коммерческое обозначение может объективно проявляться в двух случаях:

- во-первых, когда возникает спор о праве на то или иное коммерческое обозначение и в результате такого спора исключительное право на коммерческое обозначение признается судом за определенным лицом и,

- во-вторых, когда имущественная ценность коммерческого обозначения признается контрагентом правообладателя при заключении гражданско-правовых договоров.

Коммерческое обозначение в принципе является отчуждаемым объектом гражданских прав. Однако забота об интересах потребителей, в сознании которых каждое отдельное предприятие, а зачастую и состоящая из многих однотипных предприятий торговая сеть естественным образом ассоциируются с определенной вывеской, диктует необходимость установления ограничений как на способы распоряжения исключительным правом на коммерческое обозначение, так и на переход коммерческого обозначения от правообладателя к другим лицам по иным основаниям. Гражданский кодекс предусматривает два вида таких ограничений.

Во-первых, переход исключительного права на коммерческое обозначение как по договору, так и по любым другим основаниям (от наследования по закону до обращения взыскания на имущество должника) допускается только в составе того предприятия, для индивидуализации которого такое обозначение используется. При этом, если коммерческое обозначение используется для индивидуализации нескольких предприятий, переход исключительного права на коммерческое обозначение к другому лицу в составе одного из предприятий лишает правообладателя возможности использовать это коммерческое обозначение для индивидуализации всех остальных его предприятий.

Во-вторых, ограничивается возможность выдачи лицензий на использование коммерческого обозначения. Правообладатель может предоставить другому лицу право использования своего коммерческого обозначения исключительно в порядке и на условиях, которые предусмотрены договорами аренды предприятия и коммерческой концессии.

Глава 77. ПРАВО ИСПОЛЬЗОВАНИЯ РЕЗУЛЬТАТОВ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ В СОСТАВЕ ЕДИНОЙ ТЕХНОЛОГИИ

Комментарий к главе 77

Право на единую технологию как право на сложный объект
(статьи 1240, 1542 - 1544)

1. Праву на использование разных результатов интеллектуальной деятельности в составе единой технологии (праву на единую технологию или просто праву на технологию) в ГК, в отличие от других видов подобных прав на использование таких результатов, посвящена отдельная глава 77, содержащая десять подробных статей.

Тем не менее само право на единую технологию как одна из разновидностей более широкой категории - особого права на сложный объект установлено не в главе 77 ГК, а в общих положениях раздела VII ГК - в статье 1240, и основывается прежде всего на принципиальных нормах этой статьи. Правила же главы 77 ГК регулируют главным образом отношения, связанные с такими едиными технологиями, которые создаются за счет или с привлечением государственных средств. Со сказанным связаны три важных вывода.

Во-первых, правила главы 77 ГК соотносятся с нормами, установленными в ст. 1240 ГК, как специальные правила с общими. Это положение прямо зафиксировано в п. 5 ст. 1240 в отношении единых технологий, созданных на средства федерального бюджета, и

нет оснований не применять его по аналогии к праву использования результатов интеллектуальной деятельности в составе единой технологии, созданной за счет или с привлечением средств бюджета субъекта Российской Федерации.

Во-вторых, право на единую технологию существует и в тех случаях, когда такая технология создается за счет средств, не имеющих отношения к бюджету, либо даже за счет или с привлечением бюджетных средств, но предоставляемых в качестве кредита (см. ч. 2 ст. 1543 ГК). Отношения, связанные с использованием результатов интеллектуальной деятельности в составе таких единых технологий, регулируются прежде всего нормами, содержащимися в ст. 1240 ГК, а не специальными правилами главы 77 ГК.

В-третьих, с учетом того, что правила в статье 1240 ГК предназначены для регулирования отношений, связанных со всеми видами сложных объектов, названных в этой статье, и потому неизбежно носят общий характер, а нормы гл. 77 ГК установлены для того, чтобы регулировать отношения в связи именно с едиными технологиями (хотя и с одной лишь их разновидностью), при толковании ст. 1240 ГК и ее применении к использованию результатов интеллектуальной деятельности в составе единых технологий, созданных без участия в этом бюджетных средств, целесообразно принимать во внимание те правила гл. 77 ГК, которые не имеют прямого отношения к источникам финансирования работ по созданию единой технологии.

2. Фактическим основанием возникновения права на единую технологию или на иной сложный объект из числа названных в п. 1 ст. 1240 ГК является создание такого сложного объекта.

В тех целях, в которых понятие "сложный объект" используется в ГК, оно означает объект, который "включает" несколько разных результатов интеллектуальной деятельности (п. 1 ст. 1240) "в том или ином сочетании" (п. 1 ст. 1542). Эти результаты "входят в состав" сложного объекта в качестве его компонентов. При этом, очевидно, имеется в виду не просто механическое составление такого объекта, а определенное, как правило, творческое объединение, соединение в нем разных результатов интеллектуальной деятельности, поскольку сложный объект всегда создается с определенной целью и имеет определенное назначение (см. ч. 1 ст. 1543 ГК). Это соединение результатов интеллектуальной деятельности в составе сложного объекта придает ему самостоятельную ценность, отличную от ценности каждого из его компонентов, и тем самым превращает его в предмет самостоятельного использования именно как сложного целого. При этом по сравнению с образующими его объектами исключительных прав сложный объект может представлять как значительно большую, так и меньшую ценность. С правовой точки зрения имеет значение лишь то, что сложный объект представляет именно в этом качестве интерес для участия в гражданском обороте.

Правовой институт сложного объекта, сформированный рядом норм ГК (ст. 1240, 1263, ч. 2 ст. 1269, п. 2 ст. 1289, ст. 1542, 1544, 1545 и др.) и имеющий своим прообразом нормы из п. 2 - 4 ст. 13 Закона об авторском праве, преследует двоякую цель. Во-первых, он вводит самостоятельное право на сложный объект лица, организовавшего его создание (продюсера). Во-вторых, этот институт призван устранить те препятствия для использования сложного объекта как единого целого в гражданском обороте, которые могут возникнуть из-за того, что исключительные права на отдельные компоненты в его составе и даже на весь объект в целом (например, на аудиовизуальное произведение - см. п. 2 ст. 1263 ГК) принадлежат другим лицам. Цель правил ГК о сложном объекте состоит главным образом (хотя не только) в том, чтобы урегулировать отношения между этими правообладателями, с одной стороны, и лицом, организовавшим создание сложного объекта, - с другой.

Это означает, что, если по каким-либо причинам правами на составные части сложного объекта - исключительными правами или правами, полученными по лицензии, другие лица не обладают, подавляющее большинство норм о сложном объекте оказываются ненужными и бездействующими. К такому результату могут привести

разные ситуации. Например, сложный объект может состоять из компонентов, перешедших в общественное достояние либо даже находящихся в общественном достоянии в силу того, что правовая охрана им ранее не предоставлялась. Возможна иная ситуация: исключительные права на все составные части сложного объекта изначально возникли у лица, организовавшего его создание; для единой технологии такая ситуация не является лишь теоретически мыслимой: в состав единой технологии могут входить охраняемые результаты интеллектуальной деятельности, созданные самим лицом, организовавшим ее создание (п. 3 ст. 1542 ГК). Такой сложный объект утрачивает свойства, необходимые для применения к нему правил ГК о сложном объекте (или не приобретает их), но подлежит соответствующей правовой охране, если отвечает требованиям, предъявляемым Кодексом к какому-либо из охраняемых результатов интеллектуальной деятельности, названных в ст. 1225 ГК.

Вместе с тем объект, на входящие в состав которого результаты интеллектуальной деятельности не имеют никаких прав другие лица, иные, чем тот, кто организовал создание этого объекта, может затем стать сложным объектом в смысле ст. 1240 ГК. В большинстве случаев ничто формально не препятствует такому организатору создания сложного объекта тем или иным способом передать или предоставить принадлежащее ему исключительное право на один из этих результатов другому лицу.

3. Наряду с созданием сложного объекта как фактическим основанием возможного возникновения особого права на этот объект у лица, организовавшего его создание, следует различать юридические основания возникновения этого права, а также юридические основания использования сложного объекта, которые могут отличаться от оснований возникновения этого права.

Два вида юридических оснований возникновения права на сложный объект названы в п. 1 ст. 1240 ГК.

Одно из них это договор об отчуждении исключительного права на результат интеллектуальной деятельности, входящий в состав сложного объекта (абз. 2 п. 1 ст. 1240). Ограничение прав лица, обязавшегося создать соответствующий интеллектуальный продукт или предоставляющего право использовать уже существующий результат интеллектуальной деятельности, в данном случае заключается в том, что при отсутствии прямого иного условия в договоре с ним этот договор "считается" договором об отчуждении исключительного права на такой продукт или результат. Эта специальная презумпция прямо противоположна той, которая в виде общего правила установлена в п. 3 ст. 1233 ГК. Кроме того, она практически неопровержима: не имеет значения доказывание того, что стороны в действительности имели в виду, заключая договор, важно, что в нем прямо не указано иное.

Другим правовым основанием возникновения права на сложный объект у того, кто организовал его создание, является лицензионный договор с обладателем исключительного права на создаваемый или созданный результат интеллектуальной деятельности, который должен войти в состав сложного объекта (абз. 3 п. 1 ст. 1240). Для этого случая закон вводит два существенных ограничения прав лицензиара по сравнению с тем, как эти права очерчены в ст. 1235 - 1237 ГК.

Во-первых, такой лицензионный договор презюмируется заключенным на весь срок и в отношении всей территории действия соответствующего исключительного права, если только в нем прямо не предусмотрено иное.

Во-вторых, условия такого договора, относящиеся к предоставляемому лицензиаром использованию исключительного права, не могут ограничивать использование сложного объекта, в состав которого входит соответствующий результат интеллектуальной деятельности (п. 2 ст. 1240 ГК). Эта норма практически означает, что для случаев использования по лицензии результата интеллектуальной деятельности в составе сложного объекта сфера действия правил, установленных в абз. 2 п. 1 ст. 1235 и в п. 3 ст. 1237 ГК, серьезно сужается: допускаемые способы использования соответствующего

результата в составе сложного объекта зависят не от условий лицензионного договора, а от допускаемых законом способов использования самого сложного объекта, т.е. от их правомерности.

Не исключено (хотя и не предусмотрено прямо ГК) предоставление лицу, организовавшему создание сложного объекта, права использовать в его составе результат интеллектуальной деятельности по сублицензионному договору (ст. 1238 ГК). В этом случае правила, установленные в ст. 1240 ГК, сохраняют свое действие, но, разумеется, только с соблюдением принципиально важной нормы, предусмотренной в п. 2 ст. 1238 ГК.

4. Необходимо подчеркнуть, что сказанное выше об особом праве лица, организовавшего создание сложного объекта, на использование этого объекта и о соотношении этого права с исключительными или лицензионными правами других лиц на входящие в состав этого объекта результаты интеллектуальной деятельности относится только к сложным объектам, прямо названным в п. 1 ст. 1240 ГК. Помимо единой технологии это еще три вида объектов:

- аудиовизуальные произведения, среди которых закон специально выделяет такой во всех отношениях важный объект, как кинофильм;
- театральные зрелищные представления и
- мультимедийные продукты.

Ограничение в законе круга сложных объектов этим исчерпывающим перечнем имеет не принципиальные, а сугубо практические причины. По существу речь идет о постепенном создании нового правового института и появлении на свет нового вида смежных прав (условно его можно назвать исключительным "правом продюсера"). Оснований для этого шага есть немало, как отдаленных (право изготовителя фонограммы, право вещательной организации), так и непосредственных (право изготовителя аудиовизуального произведения), притом не только в национальном, но и в международном частном праве. Однако два обстоятельства заставляют делать этот шаг с известной осторожностью: введение "права продюсера", как правило, влечет известные ограничения прав других лиц на составляющие сложный объект компоненты, а границы возможного применения этого института еще недостаточно ясны. Скорее всего, те границы применения права на сложный объект, которые установлены ГК, будут со временем расширены.

5. Как и другие сложные объекты, названные в п. 1 ст. 1240 ГК, единая технология является самостоятельным результатом интеллектуальной деятельности, образуя вместе с производными и составными продуктами такой деятельности особую категорию вторичных объектов интеллектуальных прав.

От других сложных объектов, названных в п. 1 ст. 1240 ГК, единую технологию отличают, во-первых, специфический состав образующих ее компонентов и, во-вторых, особое назначение.

В состав единой технологии входят главным образом результаты научно-технического творчества - изобретения, полезные модели, промышленные образцы, программы для ЭВМ. Помимо этих продуктов, названных в п. 1 ст. 1542 ГК, в состав единой технологии могут входить и "другие результаты интеллектуальной деятельности, подлежащие правовой охране", - базы данных, топологии интегральных микросхем, секреты производства и др. При необходимости в единую технологию могут быть включены и объекты авторских прав.

Объединяющим началом, превращающим сумму этих компонентов из конгломерата различных научно-технических достижений в единую технологию, является возможность использовать сложный объект, созданный путем творческого объединения таких компонентов, в качестве "технологической основы определенной практической деятельности" (п. 1 ст. 1542 ГК).

При этом для признания созданного сложного продукта единой технологией не имеет значения, в какой именно области практической деятельности единая технология будет использоваться. Кодекс упоминает о возможности ее использования как в гражданской, так и в военной сфере (п. 1 ст. 1542) и далее уточняет, что правила гл. 77 распространяются на технологии "гражданского, военного, специального или двойного назначения" (ст. 1543). Таким образом, в ГК сферы практической деятельности, для использования в которых в качестве "технологической основы" могут создаваться единые технологии, по сути дела никак не ограничиваются.

В то же время особенности правового режима единой технологии могут зависеть от того, для какой области практической деятельности она предназначена.

6. По общему правилу обладателем права на единую технологию, т.е. права использовать в качестве и в составе единой технологии образующие ее результаты интеллектуальной деятельности, является лицо, организовавшее создание единой технологии - "исполнитель" (п. 3 ст. 1542, п. 1 ст. 1544 ГК). Заимствуя удачное определение изготовителя фонограммы (ст. 1322 ГК), можно сказать, что лицо, организовавшее создание единой технологии, это, как правило, тот, кто "взял на себя инициативу и ответственность" за создание единой технологии. Во многих случаях эта инициатива может предопределяться государственными заданиями, но ответственность за создание единой технологии во всех случаях несет исполнитель.

Положение может измениться в тех случаях, когда единая технология создается за счет или с привлечением средств государственного бюджета: в этих случаях право на единую технологию в определенных случаях принадлежит не исполнителю, а Российской Федерации или ее субъекту (подробнее см. п. 3 следующего раздела комментария).

Особенности правового режима единой технологии, созданной
за счет или с привлечением средств государственного бюджета
(статьи 1544 - 1551)

1. Особенности того правового режима единых технологий, создаваемых за счет или с привлечением средств государственного бюджета, который установлен в ст. 1544 - 1551 ГК, предопределены не столько созданием их на государственные деньги, сколько причинами, вызывающими особую заинтересованность Российской Федерации (в соответствующих случаях - ее субъекта) в такой технологии. Причины эти, как правило, могут быть отнесены к одной из двух категорий. В одних случаях - это высокая степень важности интереса в обеспечении безопасности и обороны страны, исключающая создание и, вероятно, использование соответствующей технологии на обычных началах предпринимательской деятельности. В других - очевидная необходимость развития таких направлений науки и техники, которые вследствие их затратности или убыточности не могут, по крайней мере на первых этапах, привлечь частных инвесторов.

Из этих причин проистекают две основные особенности правового режима единых технологий, создаваемых за счет или с привлечением средств государственного бюджета.

Первая особенность касается единых технологий, непосредственно связанных с обеспечением обороны и безопасности Российской Федерации. Право на такую технологию принадлежит Российской Федерации (подп. 1 п. 1 ст. 1546 ГК) и не может быть отчуждено кому-либо до тех пор, пока у Российской Федерации есть необходимость сохранения этого права за собой (абз. 2 п. 1 ст. 1547 ГК). Участие этого права в гражданском обороте до такого отчуждения (очевидно, весьма ограниченное) должно регулироваться федеральным законом о передаче технологий, издание которого предусмотрено рядом статей гл. 77 ГК. После отчуждения этого права в соответствии с п. 1 ст. 1547 ГК его участие в гражданском обороте должно подчиняться общим правилам, установленным в ст. 1550 ГК.

Вторая, более общая, особенность правового режима единых технологий, создаваемых за государственный счет, заключается в обязанности обладателя права на такую технологию "осуществлять ее практическое применение (внедрение)". Сформулированная в статье 1545 ГК как обязанность правообладателя, она в действительности предопределяет и обязанности исполнителя, предшествующие возникновению права на единую технологию (см. ниже п. 2 настоящего комментария). Необходимость внедрения единой технологии и заинтересованность в этом государства - Российской Федерации или, в соответствующих случаях, ее субъекта - предопределяют и случаи принадлежности им этого права (п. 1, 2 ст. 1546 ГК), и порядок передачи ими этого права другим лицам (ст. 1547 ГК), и условия такой передачи (см. ниже п. 3 настоящего комментария).

Обязанность практического применения (внедрения) единой технологии является обязанностью правообладателя перед государством - перед Российской Федерацией или перед соответствующим субъектом Федерации в зависимости от того, за счет чьего бюджета создана технология. Таким характером этой обязанности объясняется присвоенное ей законом свойство следования - переход к тому лицу, к которому в соответствии с правилами ГК переходит право на единую технологию (абз. 2 п. 1 ст. 1545). С точки зрения гражданского права - это публично-правовое обременение права на единую технологию.

2. По общему правилу, установленному в пункте 1 статьи 1544 ГК, право на единую технологию должно принадлежать лицу, организовавшему ее создание, - исполнителю, причем это право предоставляется ему безвозмездно (п. 1 ст. 1548 ГК). Но для того, чтобы это право возникло и реально существовало, это лицо должно еще "до или в процессе создания технологии" принять все меры, которые в силу законодательства необходимы, "для признания за ним и получения прав на результаты интеллектуальной деятельности, входящие в состав единой технологии". Эти меры подробно перечислены в п. 2 ст. 1544 ГК, но перечень этот не является исчерпывающим. Если права на результаты интеллектуальной деятельности, входящие в состав единой технологии, не были получены исполнителем до завершения работы над ее созданием, он обязан сделать это "незамедлительно" после того, как работа окончена.

Такая обязанность лежит на исполнителе и в тех случаях, когда право на единую технологию в соответствии с подп. 1 или 2 п. 1 либо подп. 1 п. 2 ст. 1546 ГК принадлежит соответственно Российской Федерации или ее субъекту. В этих случаях, получив права на составляющие единую технологию результаты интеллектуальной деятельности, исполнитель должен передать эти права правообладателю (п. 3 ст. 1546 ГК).

Более того, тогда, когда исполнитель сам должен был бы стать обладателем права на единую технологию, но не принял предписанных в п. 2 ст. 1544 ГК мер по признанию за ним и получению прав на образующие технологию результаты интеллектуальной деятельности, это может повлечь неблагоприятные для него последствия. Если в течение шести месяцев после окончания работ по созданию единой технологии он не обеспечил осуществление всех таких необходимых мер и действий, право на единую технологию получает соответственно Российская Федерация или ее субъект, финансировавший работы (подп. 3 п. 1 и подп. 2 п. 2 ст. 1546). При этом исполнитель не освобождается от того, чтобы осуществить и завершить приобретение необходимых прав и передать их Федерации или соответственно ее субъекту (п. 3 ст. 1546 ГК).

Обязанность исполнителя обеспечить получение прав на результаты интеллектуальной деятельности, составляющие единую технологию, и таким образом как бы "собрать" право на нее, направлена на то, чтобы сделать это право коммерчески привлекательным и тем способствовать распространению и применению единой технологии. Хотя эта обязанность и предусмотрена законом и подробно им очерчена, возникает она не из закона, а из тех же оснований, из которых исполнитель получает право на ее создание - из государственного заказа или иных договоров.

3. Из текста ГК и из сказанного выше в настоящем комментарии видно, что за исключением случая, предусмотренного в подп. 1 п. 1 ст. 1546, приобретение Российской Федерацией или ее субъектом права на единую технологию не имеет целью ее коммерческое использование. В статье 1547 ГК предусмотрен жесткий механизм отчуждения или передачи этого права "лицу, заинтересованному во внедрении технологии и обладающему реальными возможностями для ее внедрения" (абз. 1 п. 1). Для этого установлен короткий срок (шесть месяцев со дня получения прав на входящие в состав технологии компоненты) и определены формы отчуждения (конкурс или аукцион). Допустима и передача права на единую технологию без проведения конкурса или аукциона, но лишь в случаях, определенных федеральным законом о передаче технологий (п. 2 ст. 1547 ГК).

Весьма примечательно и существенно для понимания существа института права на единую технологию то обстоятельство, что, хотя по общему правилу это право отчуждается Российской Федерацией или ее субъектом возмездно (п. 2 ст. 1547 ГК), закон делает из этого правила значительные изъятия. Речь идет о "случаях, когда внедрение технологии имеет важное социально-экономическое значение либо важное значение для обороны Российской Федерации, а размер затрат на ее внедрение делает экономически неэффективным возмездное приобретение права на технологию...". В этих случаях передача такого права осуществляется безвозмездно (п. 3 ст. 1548 ГК). Точно так же для случаев, когда складываются подобные условия, решен в ГК и вопрос о передаче права на единую технологию лицом, которое само получило это право безвозмездно. Точное определение всех этих случаев безвозмездной передачи права на единую технологию должно быть установлено Правительством Российской Федерации.

4. В отличие от прав на другие сложные объекты участие в обороте права на единую технологию подвергается многочисленным ограничениям. Лицо, обладающее таким правом, в принципе может "по своему усмотрению распоряжаться этим правом", но только "если иное не предусмотрено настоящим Кодексом или другим законом" (ч. 1 ст. 1550 ГК).

Ограничения, установленные Гражданским кодексом, содержатся в ст. 1547 и в п. 3 ст. 1548. О них уже говорилось выше (см. п. 3 настоящего комментария). Кроме того, в статье 1551 ГК установлены ограничения в отношении экспорта единой технологии.

Гражданский кодекс предполагает и возможность ограничений оборотоспособности права на технологию в других законах. В федеральном законе о передаче технологий могут быть предусмотрены "особенности распоряжения правом на технологию, принадлежащим Российской Федерации" (п. 5 ст. 1546), и случаи передачи этого права "без проведения конкурса или аукциона" (п. 2 ст. 1547).

За рамками таких ограничений право на единую технологию участвует в гражданском обороте на общих основаниях. Оно может быть полностью отчуждено правообладателем другому лицу по договору об отчуждении исключительного права (см. ст. 1234 ГК). Правообладатель может предоставить другому лицу право использовать единую технологию в обусловленных лицензионным договором пределах (см. ст. 1235 ГК и др.).

Положения статьи 1550 ГК могут иметь определенное значение и для понимания права на сложный объект вообще. В главной для этого права статье ГК - статье 1240 говорится лишь о сделках, с использованием которых образуется, "составляется" право на сложный объект, но ничего не сказано о договорах, опосредующих участие этого права в обороте. Из статьи 1550 ГК хорошо видно не только то, что такие права участвуют в гражданском обороте по общим правилам, установленным для договоров с исключительными правами (ст. 1233 - 1238 ГК), но и то, что сделка в отношении права на сложный объект может быть частью смешанного договора (ч. 1 ст. 1550, ср. с п. 3 ст. 421 ГК), и то, что право на сложный объект, как правило, выступает в обороте как единое целое (ч. 2 ст. 1550).

К договорам в отношении права на единую технологию, как и вообще к договорам в отношении прав на сложные объекты, применяются общие положения о договорах (ст. 420 - 453 ГК) и в соответствии с п. 3 ст. 420 ГК общие положения об обязательствах (ст. 307 - 419 ГК).

18 декабря 2006 года

N 231-ФЗ

РОССИЙСКАЯ ФЕДЕРАЦИЯ
ФЕДЕРАЛЬНЫЙ ЗАКОН
О ВВЕДЕНИИ В ДЕЙСТВИЕ
ЧАСТИ ЧЕТВЕРТОЙ ГРАЖДАНСКОГО КОДЕКСА
РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ <1>

<1> Не приводится.
