

Корчагина Н.П., Моргунова Е.А., Погуляев В.В. Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации. Постатейный. Под ред. В.В.Погуляева. Юстицинформ, 2008.

КОММЕНТАРИЙ К ЧАСТИ ЧЕТВЕРТОЙ ГРАЖДАНСКОГО КОДЕКСА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

(Постатейный)

Н.П. КОРЧАГИНА, Е.А. МОРГУНОВА, В.В. ПОГУЛЯЕВ

**Под общей редакцией
В.В. ПОГУЛЯЕВА**

Корчагина Надежда Павловна - ст. ст. 1241, 1245, 1319, гл. 70, ст. ст. 1350, 1356 - 1359, 1366, 1375, 1384 - 1387, 1389, 1392, 1401 - 1407, гл. 73, 77.

Моргунова Елена Алексеевна - ст. ст. 1225 - 1237, 1242 (совместно с В.В. Погуляевым), парагр. 2 (кроме ст. 1319), 4, 6 гл. 71, ст. ст. 1303 - 1307, 1352 - 1355, 1365, 1367 - 1370, 1372 - 1374, 1377, 1378, 1380 - 1383, 1391, 1396 - 1397, гл. 74, парагр. 1, 2 гл. 76.

Погуляев Владимир Владимирович - ст. ст. 1238 - 1240, 1242 - 1244, 1246 - 1254, парагр. 3, 5 гл. 71, ст. ст. 1308 - 1312, 1322 - 1328, 1333 - 1336, 1345 - 1349, 1351, 1360 - 1364, 1371, 1376, 1379, 1388, 1390, 1393 - 1395, 1398 - 1400, гл. 75, парагр. 3, 4 гл. 76.

Ответственный редактор издания В.В. Погуляев.

ВВЕДЕНИЕ

В Российской Федерации завершилась кодификация гражданского законодательства.

С 1 января 2008 г. вступает в силу часть четвертая Гражданского кодекса, посвященная правам на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации (Федеральный закон от 18 декабря 2006 г. N 231-ФЗ "О введении в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации"), которую по праву можно назвать кодексом интеллектуальной собственности.

Часть четвертая Гражданского кодекса представляет собой консолидацию норм следующих Законов, действовавших до его введения в действие на территории России:

"Об авторском праве и смежных правах" от 9 июля 1993 г. N 5351-1;

"О правовой охране программ для электронных вычислительных машин и баз данных" от 23 сентября 1992 г. N 3523-1;

Патентный закон Российской Федерации от 23 сентября 1992 г. N 3517-1;

"О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товара" от 23 сентября 1992 г. N 3520-1;

"О селекционных достижениях" от 6 августа 1993 г. N 5605-1;

"О правовой охране топологий интегральных микросхем" от 23 сентября 1992 г. N 3526-1.

Идея кодификации законодательства в данной сфере вынашивалась почти десять лет, однако до недавнего времени не претворялась в жизнь в связи с доктринальными разногласиями между авторами различных проектов Кодекса.

Отметим, что в большинстве стран мира правовое регулирование интеллектуальной собственности осуществляется с помощью специальных законов. Кодифицированные акты об интеллектуальной собственности приняты, например, во Франции (Кодекс интеллектуальной собственности от 1 июля 1992 г.), в Португалии, в развивающихся

странах. В некоторых странах гражданские и торговые кодексы содержат нормы-принципы (нормы-декларации), касающиеся интеллектуальной собственности, однако детальное правовое регулирование осуществляется при помощи специальных законов.

В части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации предпринята попытка дать системное изложение вопросов правовой охраны интеллектуальной собственности.

Часть четвертая Кодекса структурирована по главам, которые, в свою очередь, подразделяются на параграфы.

Глава 69 Кодекса посвящена общим положениям в сфере интеллектуальной собственности; в ней раскрыто понятие интеллектуальной собственности, приведен перечень результатов интеллектуальной деятельности, определены права на результаты интеллектуальной деятельности, установлено, кто является автором результата интеллектуальной деятельности, установлен порядок и способы распоряжения исключительными правами, предоставления прав в пользование.

Последующие главы сформированы по видам результатов интеллектуальной деятельности: авторское право, права, смежные с авторскими, патентное право, права на селекционное достижение, на топологии интегральных микросхем, на секрет производства (ноу-хау), на средства индивидуализации юридических лиц, товаров, работ, услуг и предприятий, право на использование результатов интеллектуальной деятельности в составе единой технологии.

Несмотря на то что комментируемая часть четвертая Гражданского кодекса является объединением ранее действовавших нормативных актов, в ней закреплён ряд новаций - положений, которые не свойственны действующему законодательству.

Существенным шагом в развитии законодательства стало обобщение и развитие положений, касающихся отдельных видов средств индивидуализации - фирменных наименований и коммерческих обозначений.

Появились и новые права на результаты интеллектуальной деятельности (интеллектуальные права), ранее не предусматривавшиеся законодательством России, - право публикатора и право изготовителя базы данных.

Кроме того, определяя перечень результатов интеллектуальной деятельности, которым предоставляется правовая охрана, законодатель ввёл новый вид результата интеллектуальной деятельности - ноу-хау, определил особенности использования сложных объектов.

Особого внимания заслуживает специальная глава Кодекса, посвящённая вопросам создания и использования такого сложного объекта, как единая технология. Спецификой данного объекта является то, что сам он не относится к результатам интеллектуальной деятельности, однако состоит из них, что и обуславливает размещение его в разделе, посвящённом результатам интеллектуальной деятельности и правам на них.

В первоначальных редакциях Кодекса присутствовал раздел, посвящённый правовому положению такого специфического объекта, как доменное имя, однако впоследствии он был исключён ввиду множества спорных вопросов, связанных с регулированием возникающих по поводу него общественных отношений.

Законодатель пошёл по пути соблюдения принципа единообразия и установил единые виды договоров, которые заключаются в случаях отчуждения или предоставления в пользование исключительного права на результаты интеллектуальной деятельности вне зависимости от его вида.

Настоящий комментарий направлен на освещение основных вопросов правового регулирования интеллектуальной собственности, на выявление новелл законодательства, недостатков и противоречий, нашедших место в Гражданском кодексе, на их влияние на применение положений Кодекса и возможные последствия для участников гражданских правоотношений.

В комментарии авторами сформулированы и предложены к использованию определения юридических терминов, которые не были раскрыты законодателем, изложена точка зрения на коллизионные нормы, включенные законодателем в Кодекс.

Комментарий подготовлен с учетом положений международных договоров России и конвенций, участницей которых является Российская Федерация.

Список принятых сокращений

ГК РФ - Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая от 30 ноября 1994 г. N 51-ФЗ, часть вторая от 26 января 1996 г. N 14-ФЗ, часть третья от 26 ноября 2001 г. N 146-ФЗ);

Кодекс - часть четвертая Гражданского кодекса Российской Федерации (в ред. от 18 декабря 2006 г. N 230-ФЗ);

ЗоАП - Закон Российской Федерации от 9 июля 1993 г. N 5351-1 "Об авторском праве и смежных правах";

Закон о ТЗ - Закон Российской Федерации от 23 сентября 1992 г. N 3520-1 "О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товара";

Патентный закон - Патентный закон Российской Федерации от 23 сентября 1992 г. N 3517-1.

18 декабря 2006 года

N 230-ФЗ

ГРАЖДАНСКИЙ КОДЕКС РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

ЧАСТЬ ЧЕТВЕРТАЯ

Раздел VII. ПРАВА НА РЕЗУЛЬТАТЫ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ И СРЕДСТВА ИНДИВИДУАЛИЗАЦИИ

Глава 69. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ

Статья 1225. Охраняемые результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации

Комментарий к статье 1225

1. Законодатель все результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации юридических лиц, товаров, работ, услуг и предприятий, обозначенные в п. 1 ст. 1225 Кодекса, именует интеллектуальной собственностью. Вместе с тем в соответствии с п. VIII ст. 2 Конвенции, учреждающей ВОИС, понятие "интеллектуальная собственность" включает в себя права, относящиеся к литературным, художественным и научным произведениям, исполнительской деятельности артистов и т.д. Таким образом, понятие "интеллектуальная собственность", закрепленное в части четвертой Гражданского кодекса РФ, отличается от понятия "интеллектуальная собственность", предусмотренного в международном договоре. Необходимо отметить, что интеллектуальная собственность до принятия части четвертой Кодекса рассматривалась в российском законодательстве и юридической науке в значении правового режима охраны результатов интеллектуальной деятельности и приравненных к ним средств индивидуализации, подобно режиму собственности применительно к вещам. Кодекс

рассматривает понятие "интеллектуальная собственность" в значении объектов, охраняемых законом. Сам же режим с учетом положений ст. 1226 Кодекса можно назвать режимом "интеллектуальных прав". Необходимо отметить, что национальным законодательством может охраняться не любой результат интеллектуальной деятельности, а лишь тот, который прямо предусмотрен законом. Результаты интеллектуальной деятельности, которые не предусмотрены законом в качестве охраняемых, естественно, не охраняются. Например, методика изучения иностранного языка является результатом интеллектуальной деятельности, однако не подходит ни под один из перечисленных в п. 1 комментируемой статьи объектов, а следовательно, не охраняется. Частью четвертой Гражданского кодекса расширен перечень охраняемых объектов, в частности, в режиме смежного права стали охраняться необнародованные произведения науки, литературы и искусства, находящиеся в общественном достоянии. Представляется сомнительным предоставление правовой охраны секретам производства (ноу-хау) режима интеллектуальных прав, так как в отношении ноу-хау может быть установлен только режим фактической монополии.

2. Вызывает большие сомнения правильность положений п. 2 ст. 1225 Кодекса, поскольку если интеллектуальная собственность есть объекты, природа которых не материальна, то на интеллектуальную собственность как на совокупность нематериальных объектов нельзя посягнуть, можно посягнуть на права на них, а следовательно, должны охраняться права на результаты интеллектуальной деятельности, но не сами результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации. Результаты интеллектуальной деятельности предусмотрены в подп. 1 - 12, средства индивидуализации - в подп. 13 - 16 п. 1 ст. 1225 Кодекса. В соответствии с частью четвертой ГК РФ фирменное наименование есть средство индивидуализации юридического лица; товарные знаки, знаки обслуживания и наименования мест происхождения товаров - средство индивидуализации товаров, работ и услуг; а коммерческое обозначение - средство индивидуализации предприятия как объекта гражданского права.

Статья 1226. Интеллектуальные права

Комментарий к статье 1226

1. Результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации охраняются в режиме интеллектуальных прав. К последним относятся три вида прав:

исключительное право, являющееся имущественным правом. Оно существует в отношении всех объектов интеллектуальных прав;

личные неимущественные права (в отношении не всех объектов интеллектуальных прав);

иные права (в отношении не всех объектов интеллектуальных прав).

Классификация данных прав проводится не по одному основанию, так как иными правами являются и имущественные, и неимущественные права, например, право следования является имущественным правом, а право доступа - неимущественным. Представляется, что под "иными правами" понимаются права, не включающие в себя монополизм, некое господство над результатом интеллектуальной деятельности. Примечательно также то, что законодатель признал исключительный характер только за имущественным правом.

2. Содержание исключительного права раскрывается в ст. 1229 Кодекса.

Статья 1227. Интеллектуальные права и право собственности

Комментарий к статье 1227

Законодатель подчеркивает, что режим интеллектуальных прав и режим собственности - это разные режимы, различия в которых обусловлены их объектами: объектом режима интеллектуальных прав являются результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации, а объектом права собственности - вещи. Результат интеллектуальной собственности нематериален, вещи, в которых он воплощается, представляют собой лишь материальную форму существования результата интеллектуальной деятельности. Обладание правом собственности на материальный носитель результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации не означает обладания интеллектуальными правами на результат интеллектуальной деятельности или приравненное к ним средство индивидуализации. Приобретение права собственности на материальный носитель результата интеллектуальной деятельности не означает приобретения интеллектуальных прав на результат интеллектуальной деятельности. Исключение составляет случай, предусмотренный в п. 2 ст. 1291 Кодекса, согласно которому при отчуждении оригинала произведения его собственником, обладающим исключительным правом на произведение, но не являющимся автором произведения, исключительное право на произведение переходит к приобретателю оригинала произведения, если договором не предусмотрено иное.

Статья 1228. Автор результата интеллектуальной деятельности

Комментарий к статье 1228

1. Понятие "автор" используется только применительно к результату интеллектуальной деятельности. В качестве автора может выступать лишь физическое лицо. Вместе с тем действовавшее до 3 августа 1992 г. законодательство об авторском праве предусматривало возможность возникновения авторского права как совокупности имущественных и неимущественных прав и за юридическими лицами, чем приравнивало юридических лиц к авторам. В соответствии со ст. 6 Федерального закона от 18 декабря 2006 г. N 231-ФЗ к правоотношениям с участием таких юридических лиц применяются правила части четвертой Гражданского кодекса. Для целей их применения такие юридические лица считаются авторами произведений.

Кроме того, необходимо обратить внимание, что авторами являются физические лица, которые внесли творческий вклад в результат интеллектуальной деятельности. В комментируемой статье прямо указывается, какие именно лица не могут быть отнесены к авторам, поскольку не вносят творческий вклад в результат интеллектуальной деятельности.

2. За всеми авторами независимо от вида результата интеллектуальной деятельности признается право авторства. Права на имя и иные личные неимущественные права могут признаваться лишь в отношении тех результатов интеллектуальной деятельности, в отношении которых это прямо предусмотрено Гражданским кодексом. К иным личным неимущественным правам можно отнести права на обнародование и на неприкосновенность объектов авторского права. Неимущественные права не имеют экономического содержания и являются неотчуждаемыми и непередаваемыми. Так как эти права неотчуждаемы, они не могут перейти по наследству. Однако после смерти автора его авторство и иные нематериальные блага могут защищаться любым заинтересованным лицом; исключение составляют объекты авторского права и исполнения, в отношении которых п. 2 ст. 1267 и п. 2 ст. 1316 Кодекса предусмотрено, что автор или исполнитель могут в порядке, предусмотренном для назначения исполнителя завещания, указать лицо, на которое возлагается охрана авторства, имени автора, неприкосновенности произведения после своей смерти. Заинтересованные лица могут осуществлять защиту нематериальных благ автора или исполнителя лишь в случае, если

автор или исполнитель не оставил указаний, а также если от исполнения указаний отказалось указанное ими лицо.

3. Первоначально исключительное право на результат интеллектуальной деятельности возникает у автора. К другим лицам оно переходит на основании договора либо в силу иных юридических фактов, указанных в законе. Например, исключительное право на служебное произведение возникает в силу сложного юридического состава: наличие трудового договора автора-работника с работодателем, создание автором произведения в рамках служебного задания, предоставление произведения автором работодателю.

4. В случае создания результата интеллектуальной деятельности совместным творческим трудом двух или более граждан имеет место институт соавторства. Соавторам права на результаты интеллектуальной деятельности принадлежат совместно. Порядок осуществления исключительного права, принадлежащего нескольким соавторам, предусмотрен в ст. 1229 Кодекса. Порядок распоряжения исключительным правом на результат интеллектуальной деятельности, принадлежащий совместно соавторам, предусмотрен в ст. 1233 Кодекса.

Статья 1229. Исключительное право

Комментарий к статье 1229

1. Исключительное право на результат интеллектуальной собственности и средство индивидуализации носит имущественный характер, содержание которого составляет возможность правообладателя по своему усмотрению использовать результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации.

Правообладатель может распорядиться своим исключительным правом, т.е. может изменить судьбу своего права, например, обременить свое право, заключив лицензионный договор, или уступить свое право, заключив договор об отчуждении исключительного права, завещать свое право, если правообладателем выступает гражданин. Другие лица могут использовать результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации лишь с согласия правообладателя, за исключением случаев, когда Гражданский кодекс предусматривает возможность использования таких объектов исключительного права без согласия правообладателя.

2. Исключительное право на результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации может принадлежать как одному лицу, так и нескольким лицам, за исключением фирменного наименования. Невозможность принадлежности исключительного права на фирменное наименование нескольким лицам обусловлена природой данного средства индивидуализации: оно призвано индивидуализировать коммерческую организацию (юридическое лицо). Если исключительное право на фирменное наименование будет принадлежать нескольким лицам, то им может пользоваться любое из этих лиц в качестве своего средства индивидуализации, - в таком случае фирменное наименование не сможет выполнять свою различительную функцию, поэтому исключительное право на фирменное наименование может принадлежать только одному лицу. Не нужно путать принадлежность одного исключительного права нескольким лицам с несколькими самостоятельными исключительными правами на один объект. Принадлежность права нескольким лицам может появиться в результате совместного творческого труда, приобретения права несколькими лицами, наследования права несколькими лицами и т.п.

3. Законодатель закрепляет презумпцию: если исключительное право на результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации принадлежит нескольким лицам, то эти лица вправе использовать данный объект интеллектуальных прав по своему усмотрению самостоятельно, если иное не предусмотрено Кодексом или

соглашением сторон. Исключения из этого правила установлены, в частности, в отношении объектов авторского права: осуществлять права на произведения науки, литературы и искусства обладатели исключительного права должны совместно.

От использования объекта интеллектуальных прав необходимо отличать распоряжение исключительным правом на объект интеллектуальных прав. Использование объекта представляет совершение действий в отношении объекта самим правообладателем, юридическая судьба объекта не изменяется. Распоряжение правами на объект осуществляется совместно, если иное не предусмотрено Кодексом или соглашением сторон.

4. По общему правилу в отношении одного результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации может существовать только одно исключительное право. Однако из этого правила есть исключения: несколько самостоятельных исключительных прав могут существовать в отношении топологии интегральной микросхемы (п. 3 ст. 1454), секретов производства (п. 2 ст. 1466), коллективного знака, т.е. товарного знака, предназначенного для обозначения товаров, производимых или реализуемых входящими в данное объединение лицами и обладающих едиными характеристиками их качества или иными общими характеристиками (п. 1 ст. 1510), наименования места происхождения товара (п. 1 ст. 1519).

5. Законодатель предусматривает возможность ограничения исключительного права только Кодексом и только при условии, что такие ограничения не наносят неоправданный ущерб обычному использованию объектов интеллектуальных прав и не ущемляют необоснованным образом законные интересы правообладателей.

Статья 1230. Срок действия исключительных прав

Комментарий к статье 1230

1. Срок действия авторского права установлен в ст. 1281 Кодекса, срок действия исключительного права на исполнение - в ст. 1318, на фонограмму - в ст. 1327, на сообщение радио- или телепередачи - в ст. 1331, срок действия исключительного права изготовителя базы данных - в ст. 1335, публикатора на произведение - в ст. 1340, сроки действия исключительных прав на изобретение, полезную модель, промышленный образец - в ст. 1363, срок действия исключительного права на селекционное достижение - в ст. 1424, на топологию - в ст. 1457, на товарный знак - в ст. 1491, срок действия свидетельства об исключительном праве на наименование места происхождения товара - в ст. 1531 Кодекса.

В отношении секретов производства не установлен срок действия исключительного права. Согласно ст. 1467 Кодекса исключительное право на секрет производства действует до тех пор, пока сохраняется конфиденциальность сведений, составляющих его содержание. С момента утраты конфиденциальности сведений исключительное право на секрет производства прекращается у всех правообладателей.

В отношении фирменных наименований также не установлен срок действия исключительного права. Согласно п. 2 ст. 1475 Кодекса исключительное право на фирменное наименование прекращается в момент исключения фирменного наименования из единого государственного реестра юридических лиц в связи с прекращением юридического лица либо изменением его фирменного наименования.

В отношении коммерческого обозначения установлен не срок действия исключительного права, а пресекательный срок. Согласно п. 2 ст. 1540 Кодекса исключительное право на коммерческое обозначение прекращается, если правообладатель не использует его непрерывно в течение года.

2. В отношении результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации установлены разный порядок исчисления срока действия исключительного права и разная продолжительность срока.

В части четвертой Гражданского кодекса предусмотрена возможность продления срока действия исключительного права в отношении изобретений, полезных моделей, промышленных образцов, товарных знаков (знаков обслуживания), наименований мест происхождения товара.

В отношении некоторых результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации законодатель предусмотрел возможность досрочного прекращения исключительного права до истечения срока действия этого права. Такая возможность установлена в отношении:

обнародованных произведений, права на которые принадлежат публикатору (ст. 1342);

изобретений, полезных моделей и промышленных образцов (ст. 1399);

селекционных достижений (ст. 1442);

товарных знаков (ст. 1514, за исключением подп. 1 п. 1 ст. 1514);

наименования места происхождения товара (п. 2 ст. 1536, за исключением подп. 4 п. 2 ст. 1536).

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

Комментарий к статье 1231

1. Российская Федерация участвует в следующих основных международных договорах в области интеллектуальной собственности:

Название	Дата принятия	Участие России
Парижская конвенция по охране промышленной собственности	20 марта 1883 г.	С 1 июля 1965 г.
(Конвенция, учреждающая Всемирную организацию интеллектуальной собственности)	14 июля 1967 г.	С 26 апреля 1970 г.
Ниццкое соглашение об учреждении международной классификации товаров и услуг для регистрации знаков	15 июня 1957 г.	С 26 июля 1971 г.
Локарнское соглашение об учреждении международной классификации промышленных образцов	8 октября 1968 г.	С 15 декабря 1972 г.
Мадридское соглашение о международной регистрации знаков	14 апреля 1891 г.	С 1 июля 1976 г. и Протокол к нему от 10 июня 1997 г.

Страсбургское соглашение о международной патентной классификации	24 марта 1971 г.	С 3 октября 1976 г.
Договор о патентной кооперации (РСТ)	19 июня 1970 г.	С 29 марта 1978 г.
Будапештский договор о международном признании депонирования микроорганизмов для целей патентной процедуры	28 апреля 1977 г.	С 22 апреля 1981 г.
Найробский договор об охране олимпийского символа	26 сентября 1981 г.	С 17 апреля 1986 г.
Договор о патентном праве (PLT)	2 июня 2000 г.	С 2 июня 2000 г.
Брюссельская конвенция о распространении несущих программы сигналов, передаваемых через спутник	21 мая 1974 г.	С 20 января 1989 г.
Бернская конвенция об охране литературных и художественных произведений	9 сентября 1886 г.	С 13 марта 1995 г.
Женевская конвенция об охране интересов производителей фонограмм от незаконного воспроизводства их фонограмм (английский текст на сайте ВОИС)	29 октября 1971 г.	С 13 марта 1995 г.
Договор о законах по товарным знакам	27 октября 1994 г.	С 11 мая 1998 г.
Международная конвенция об охране прав исполнителей, изготовителей фонограмм и вещательных организаций	26 октября 1961 г.	С 26 мая 2003 г.
Международная конвенция по охране новых сортов растений	2 декабря 1961 г.	С 24 апреля 1998 г.

Личные неимущественные и иные интеллектуальные права признаются за иностранными гражданами, лицами без гражданства и иностранными юридическими лицами, если иное не предусмотрено федеральным законом.

2. Особенностью исключительного права на результаты и интеллектуальной деятельности, и средства индивидуализации является то, что оно носит территориальный характер, т.е. по общему правилу правовая охрана предоставляется по месту происхождения того или иного результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации. Для того чтобы результату интеллектуальной деятельности или средству индивидуализации предоставлялась правовая охрана на территории других государств, необходимо, чтобы страна происхождения объекта интеллектуальных прав участвовала в международном договоре, в котором участвует государство, где испрашивается охрана. Таким образом, исключительные права на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации могут признаваться в силу

национального законодательства или международного договора. В комментируемой статье отмечается, что даже если исключительное право признается в силу международного договора, то на территории Российской Федерации содержание права, его действие, ограничения, порядок осуществления и защиты определяются Гражданским кодексом, если иное не предусмотрено международным договором или данным Кодексом.

Статья 1232. Государственная регистрация результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации

Комментарий к статье 1232

1. Результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации, несмотря на то что имеют нематериальную природу, неоднородны. В отношении одних объектов исключительное право возникает в силу создания данного результата, например, для возникновения исключительного права на объекты авторского и смежного прав не требуется регистрации результата интеллектуальной деятельности. В отношении других объектов, напротив, возникновение исключительного права Гражданский кодекс связывает с регистрацией данных объектов, так, например, для возникновения исключительного права на изобретения, полезные модели, промышленные образцы, селекционные достижения, в некоторых случаях топологии интегральных микросхем, товарные знаки, наименования мест происхождения товара необходима государственная регистрация перечисленных объектов.

2. В связи с тем что исключительное право на ряд объектов интеллектуальных прав возникает в связи с регистрацией и сведения о регистрации становятся доступными третьим лицам, необходимо обеспечить публичную достоверность этих сведений, а для этого необходимо, чтобы все распорядительные акты в отношении результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации становились доступными третьим лицам, в противном случае информация будет недостоверной. В связи с изложенным законодатель предусматривает, что в отношении результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации, подлежащих государственной регистрации, государственной регистрации подлежат также отчуждение исключительного права на такой результат или на такое средство индивидуализации по договору, залог этого права и предоставление права использования такого результата или такого средства индивидуализации по договору, а равно и переход исключительного права на такой результат или на такое средство индивидуализации без договора. Порядок государственной регистрации изменения юридической судьбы исключительного права в отношении зарегистрированных результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации должен быть предусмотрен в постановлении Правительства Российской Федерации.

3. В зависимости от того, в силу какого юридического факта изменяется юридическая судьба исключительного права на результат интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации, различают разные основания осуществления регистрации изменения юридической судьбы исключительного права.

Если исключительное право отчуждается, предоставляется или обременяется залогом на основании договора, то основанием для такой регистрации служит договор, именно он должен быть зарегистрирован: посредством регистрации договора регистрируется факт изменения юридической судьбы исключительного права.

4. Если право использования результата интеллектуальной деятельности предоставляется на основании решения суда (принудительная лицензия), то основанием для регистрации изменения юридической судьбы исключительного права становится решение суда.

5. Если основанием изменения юридической судьбы исключительного права является наследование данного права, то основанием для регистрации изменения юридической судьбы исключительного права служит свидетельство о праве на наследство. Если наследство разделено между несколькими наследниками, то регистрация не может быть осуществлена на основании свидетельства о праве на наследство. Вместе с тем в комментируемой статье не указывается, какие документы в этом случае являются основанием для осуществления государственной регистрации; представляется, что в этом случае основанием для регистрации является помимо свидетельства о праве на наследство соглашение о разделе наследства, заключенное между наследниками.

6. Законодатель предусматривает правовые последствия отсутствия государственной регистрации договора или перехода прав без договора. В этом случае договор является недействительным, т.е. ничтожным, а переход прав считается несостоявшимся.

7. Помимо обязательной регистрации законодатель предусматривает возможность осуществления факультативной регистрации, т.е. регистрация результата интеллектуальной деятельности может быть проведена по усмотрению правообладателя. Такая регистрация не носит правоустанавливающего характера, она предусмотрена в отношении программ для ЭВМ и баз данных. Вместе с тем необходимо отметить, что если правообладатель зарегистрировал результат интеллектуальной деятельности, то юридические факты изменения юридической судьбы исключительного права на данные результаты подлежат регистрации, а при несоблюдении этого требования договоры признаются недействительными, а переход несостоявшимся, если Гражданским кодексом не предусмотрено иное.

Статья 1233. Распоряжение исключительным правом

Комментарий к статье 1233

1. Законодатель предусматривает возможность правообладателя распорядиться исключительным правом на результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации любым не противоречащим закону и существу такого исключительного права способом, в том числе путем его отчуждения по договору другому лицу (договор об отчуждении исключительного права) или предоставления другому лицу права использования результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации (лицензионный договор). Распоряжение исключительным правом недопустимо в отношении фирменных наименований (п. 2 ст. 1474 ГК РФ), наименований мест происхождения товара (п. 4 ст. 1519 ГК РФ). Суть распоряжения исключительным правом заключается в возможности правообладателя изменить судьбу этого права либо путем отчуждения его третьему лицу, либо путем его обременения. Законодатель в комментируемой статье упоминает о двух возможных обременениях права: предоставление другому лицу права использования по лицензионному договору и заключение договора о залоге исключительного права. Однако этим обременения права не ограничиваются: обременение исключительного права может возникнуть в силу договора коммерческой концессии, в силу юридических фактов, указанных в Кодексе, так называемых законных лицензий. Отчуждение права может быть осуществлено не только в силу договора об отчуждении исключительного права, но и в силу договора о продаже предприятия, универсального правопреемства или юридических фактов, указанных в Кодексе, т.е. перехода исключительного права в силу закона. В отношении ряда средств индивидуализации законодатель вводит некоторые ограничения распоряжения исключительным правом: коммерческого обозначения (п. 4 ст. 1539), товарного знака (п. 2 ст. 1488). Согласно п. 4 ст. 1539 исключительное право на коммерческое обозначение может перейти к другому лицу (в том числе по договору, в порядке универсального правопреемства и по иным основаниям, установленным законом) только в составе

предприятия, для индивидуализации которого такое обозначение используется. Согласно п. 2 ст. 1488 отчуждение исключительного права на товарный знак по договору не допускается, если оно может стать причиной введения потребителя в заблуждение относительно товара или его изготовителя.

2. Договор об отчуждении исключительного права и лицензионный договор порождают обязательственные правоотношения, за исключением безвозмездного договора об отчуждении исключительного права, поэтому к ним соответственно применяются общие положения Гражданского кодекса об обязательствах и о договоре, содержащиеся в части первой Кодекса. Вместе с тем, поскольку специальные нормы имеют приоритет перед общими нормами, общие положения об обязательствах и о договоре, содержащиеся в части первой Гражданского кодекса, применяются постольку, поскольку иное не установлено главой 69 Кодекса и не вытекает из содержания или характера исключительного права.

3. Важно обратить внимание и на то, что законодатель использует принцип ограничительного толкования договора. Согласно п. 3 ст. 1233 ГК РФ, если в договоре прямо не указано, что исключительное право на произведение передается в полном объеме, данный договор считается лицензионным, а не договором об отчуждении исключительного права, однако это правило не распространяется на использование результатов интеллектуальной деятельности, специально создаваемых или созданных в составе сложного объекта. В соответствии с абз. 2 п. 1 ст. 1240 ГК РФ, когда лицо, организовавшее создание сложного объекта, приобретает право использования результата интеллектуальной деятельности, специально созданного или создаваемого для включения в такой сложный объект, соответствующий договор считается договором об отчуждении исключительного права, если иное не предусмотрено соглашением сторон (о понятии "сложный объект" см. комментарий к ст. 1240).

4. Также нужно отметить, что, основываясь на закрепленном в ст. 44 Конституции России принципе свободы творчества, законодатель в п. 4 комментируемой статьи прямо указывает, что условия как договора об отчуждении исключительного права, так и лицензионного договора, ограничивающие право гражданина создавать результаты интеллектуальной собственности определенного рода и в определенной области интеллектуальной деятельности либо отчуждать исключительное право на такие результаты другим лицам, ничтожны.

5. Вопрос о возможности залога исключительного права до принятия части четвертой Гражданского кодекса был спорным. Как известно, залог является способом обеспечения обязательства и представляет собой правоотношение, в силу которого кредитор при неисполнении или ненадлежащем исполнении обеспеченного залогом обязательства имеет право получить удовлетворение из стоимости заложенного имущества преимущественно перед другими кредиторами. В случае залога исключительного права перехода исключительного права к залогодержателю не происходит. Кроме того, не может быть заложено исключительное право на произведение, принадлежащее автору, исполнителю, его наследникам, их наследникам, поскольку согласно п. 1 ст. 1284, п. 1 ст. 1319 ГК РФ на исключительное право на произведение, исполнение, принадлежащее данным лицам, не может быть обращено взыскание. Посредством обращения взыскания на предмет залога осуществляется удовлетворение залогодержателя, если должник не исполнил обязательство или исполнил ненадлежащим образом. Кроме того, залогодатель в течение действия договора о залоге может осуществлять свое исключительное право, т.е. использовать результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации, и помимо этого может распоряжаться своим исключительным правом, т.е. может заключить как лицензионный договор, так и договор об отчуждении исключительного права, а также осуществить последующий залог данного права, если иное не предусмотрено в договоре о залоге.

Статья 1234. Договор об отчуждении исключительного права

Комментарий к статье 1234

1. Законодатель вводит единый тип договора для большинства объектов интеллектуальных прав - договор об отчуждении исключительного права, который неприменим к фирменным наименованиям, наименованиям мест происхождения товара, коммерческим обозначениям.

2. Выделим квалифицирующие признаки договора об отчуждении исключительного права.

Данный договор является консенсуальным. Консенсуальный договор считается заключенным, если между сторонами в требуемой в подлежащих случаях форме достигнуто соглашение по всем существенным условиям договора. Реальный договор считается заключенным с момента передачи имущества, если в соответствии с законом для заключения договора необходима передача имущества. В определении договора слова о том, что правообладатель передает или обязуется передать, могут ввести в заблуждение, на их основании может быть сделан вывод, что данный договор может быть и реальным, и консенсуальным. Однако это не так. Права нематериальны, поэтому их нельзя физически передать, а следовательно, передача права не есть какое-либо действие, которое является либо моментом вступления в силу договора, либо действием по исполнению договора. Данный договор вступает в силу с момента его заключения. Законодатель использовал слова "передает или обязуется передать" не для того, чтобы, как это принято в юридической технике, показать момент вступления договора в силу, а чтобы показать, что права от правообладателя к приобретателю могут переходить в момент заключения договора об отчуждении исключительного права, а могут и в иной срок, который должен быть указан в договоре. Если договор подлежит государственной регистрации, то исключительное право к приобретателю переходит в момент государственной регистрации этого договора. Государственной регистрации подлежат договоры об отчуждении исключительного права на изобретения, полезные модели, промышленные образцы, селекционные достижения, зарегистрированные топологии интегральных микросхем, зарегистрированные программы для ЭВМ и базы данных, товарные знаки.

Договор, как правило, возмездный. Однако стороны могут предусмотреть, что данный договор является безвозмездным. В соответствии со ст. 423 ГК РФ договор, по которому сторона должна получить плату или иное встречное предоставление за исполнение своих обязанностей, возмездный. Безвозмездным признается договор, по которому одна сторона обязуется предоставить что-либо другой стороне без получения от нее платы или иного встречного предоставления. Таким образом, договор является возмездным, если за исполнение обязанностей следует не только плата, но и любое иное встречное предоставление, например оказание услуг, выполнение работ, передача вещи. В связи с этим возникает вопрос: может ли в возмездном договоре об отчуждении исключительного права плата выражаться не только в денежном выражении, но и в другой форме? Представляется, что контекст п. 3 ст. 1234 ГК РФ не позволяет сделать вывод о том, что встречное предоставление может иметь иные формы помимо денежной. В связи с изложенным можно сделать вывод о том, что вознаграждение в договоре должно быть выражено в денежной форме.

Возмездный договор является двусторонним, а безвозмездный - односторонним.

Вместе с тем необходимо отметить, что безвозмездный договор об отчуждении исключительного права не порождает обязательства, так как в силу него происходит только переход права от одного лица к другому. На возможность существования договоров, которые не порождают обязательство, обращал внимание Г.Ф. Шершеневич. Он писал: "В громадном большинстве случаев договор направлен к установлению обязательственного отношения, так что договор и обязательство чаще всего находятся в

связи как причина и следствие. Однако область договора выходит за пределы обязательственных отношений, как, в свою очередь, и обязательства могут иметь в своем основании не договор, а другой юридический факт, правонарушение, неосновательное обогащение. Договор имеет место, не создавая обязательственного права, в сфере брака, договором переносится с одного лица на другое вещное право или исключительное право, без права требования" <1>.

<1> Шершеневич Г.Ф. Курс гражданского права. Тула: Автограф, 2001. С. 396.

3. Содержание договора составляют его условия, которые принято делить на существенные, обычные и случайные. Существенные условия - это условия, необходимые и достаточные для заключения договора. Если соглашение по существенным условиям договора не достигнуто, договор считается незаключенным.

Существенным условием данного договора, как и любого другого договора, является его предмет. В данном типе договора предметом выступает исключительное право, не могут быть предметом другие имущественные и тем более неимущественные права. Предмет договора должен быть максимально определен путем указания на объект права. Если объект права не будет конкретизирован, то не будет конкретизирован и предмет договора.

Если договор является возмездным, а он таким является, если в самом договоре не указано, что он безвозмездный, то существенным условием договора об отчуждении исключительного права выступает размер вознаграждения, который должен быть определенным или определяемым. Согласно ч. 2 п. 3 ст. 1234 ГК РФ при отсутствии в возмездном договоре об отчуждении исключительного права условия о размере вознаграждения или порядке его определения договор считается незаключенным. При этом правила определения цены, предусмотренные п. 3 ст. 424 Кодекса, не применяются.

4. Форма договора. Договор об отчуждении исключительного права должен быть заключен в письменной форме. Если заключается договор об отчуждении исключительного права на изобретения, полезные модели, промышленные образцы, селекционные достижения, зарегистрированные топологии интегральных микросхем, зарегистрированные программы для ЭВМ и базы данных, товарные знаки, то договор подлежит государственной регистрации. Правовым последствием несоблюдения письменной формы договора и требования о государственной регистрации является недействительность договора.

5. Кроме того, исключительное право может быть обременено, правообладатель может предоставить право на использование третьим лицам, т.е. заключить лицензионные договоры либо заключить договор о залоге исключительного права. Такое обремененное исключительное право может выступать в качестве предмета договора об отчуждении исключительного права. Исключение составляет только оговорка в договоре о залоге исключительного права о том, что данное право не может быть отчуждено. Если, несмотря на такую оговорку в договоре залога, правообладатель заключит договор об отчуждении этого права, то договор об отчуждении на основании ст. 168 ГК РФ должен быть признан недействительным и соответственно применены последствия недействительности договора. Представляется, что установление в лицензионных договорах условия о невозможности отчуждения исключительного права будет ничтожным в соответствии с п. 3 ст. 22 ГК РФ. Согласно п. 3 ст. 22 ГК РФ полный или частичный отказ гражданина от правоспособности или дееспособности и другие сделки, направленные на ограничение правоспособности или дееспособности, ничтожны, за исключением случаев, когда такие сделки допускаются законом. При переходе права по договору об отчуждении исключительного права лицензионные договоры сохраняют силу (п. 7 ст. 1235). При этом в случае заключения договора об отчуждении исключительного права, обремененного лицензионным договором, согласия лицензиата не требуется. В

соответствии с п. 7 ст. 1235 переход исключительного права не является основанием для изменения или расторжения лицензионного договора, заключенного предшествующим правообладателем. Однако обладатель должен уведомить лицензиата об отчуждении права, в противном случае согласно п. 3 ст. 382 ГК РФ, если должник, в нашем случае - лицензиат, не был письменно уведомлен о состоявшемся переходе прав кредитора к другому лицу, новый кредитор несет риск вызванных для него неблагоприятных последствий. В этом случае исполнение обязательств прежнему правообладателю будет признано исполнением надлежащему кредитору.

6. Сторонами договора являются правообладатель и приобретатель. В качестве правообладателя выступает лицо, обладающее исключительным правом. Первоначально данное право возникает у автора, однако оно может в силу закона или договоров перейти к другим лицам. Необходимо обратить внимание, что обладать исключительным правом на результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации могут несколько лиц, при заключении договора в отношении такого объекта образуется множественность лиц на стороне правообладателя.

7. В пункте 5 ст. 1234 Кодекса предусмотрены два вида последствий нарушения приобретателем обязанности выплатить вознаграждение в зависимости от того, перешло исключительное право к приобретателю или нет, и от характера нарушения права. Если право перешло к приобретателю по договору, прежний правообладатель имеет право при существенном нарушении его права на вознаграждение в судебном порядке потребовать перевода прав приобретателя на себя и возмещения убытков. Это может иметь место в случае, как если право перешло в момент заключения договора, так и если право перешло позднее к приобретателю, но до вынесения решения судом. При решении вопроса о том, какое нарушение следует рассматривать как существенное нарушение, необходимо учитывать положения п. 2 ст. 450 ГК РФ, согласно которым существенным признается нарушение договора одной из сторон, которое влечет для другой стороны такой ущерб, что она в значительной степени лишается того, на что была вправе рассчитывать при заключении договора. Если нарушение не является существенным, а понятие "существенное" в любом случае носит оценочный характер, правообладатель может требовать возмещения убытков в полном размере. В соответствии с п. 2 ст. 15 ГК РФ под убытками понимаются расходы, которые лицо, чье право нарушено, произвело или должно будет произвести для восстановления нарушенного права, утрата или повреждение имущества (реальный ущерб), а также неполученные доходы, которые это лицо получило бы при обычных условиях гражданского оборота, если бы право не было нарушено (упущенная выгода). Порой доказать наличие упущенной выгоды очень сложно, поэтому вместо возмещения упущенной выгоды можно потребовать выплаты процентов, начисленных на невыплаченную сумму вознаграждения.

Если исключительное право не перешло к приобретателю, то при простом нарушении им обязанности выплатить в установленный договором срок вознаграждение за приобретение исключительного права правообладатель может отказаться от договора в одностороннем порядке и потребовать возмещения убытков, причиненных расторжением договора.

Статья 1235. Лицензионный договор

Комментарий к статье 1235

1. Природу лицензионного договора можно охарактеризовать словами Г.Ф. Шершеневича, высказанными им в отношении издательского договора: "Передача права издания по издательскому договору по существу глубоко отличается от передачи самого авторского права. Передавая издателю право печатания и распространения сочинения, автор сохраняет за собою авторское право... Авторское право на время действия

издательского договора не прекращается в лице его субъекта, но только стесняется, подобно тому, как право собственности на недвижимое имущество стесняется в своем осуществлении при существовании арендного договора" <1>. С.А. Чернышева отмечала, что особенностью лицензионного договора является его срочный и территориальный характер <2>.

<1> Шершеневич Г.Ф. Авторское право на литературные произведения. Казань, 1891. С. 248, 249.

<2> Чернышева С.А. Правоотношения в сфере художественного творчества. М.: Наука, 1979. С. 126.

2. Конституирующими признаками лицензионного договора являются следующие:

предметом договора, в отличие от договора об отчуждении исключительного права, выступает право использования, которое носит обязательственный характер;

лицензионный договор является консенсуальным, т.е. он вступает в силу с момента его заключения либо регистрации. Использование в определении договора слов "передает или обязуется передать" указывает на то, с какого момента лицензиат может начать использовать произведение - с момента заключения договора или иного срока, обозначенного в договоре;

договор является возмездным, если его безвозмездность не установлена договором;

если договор возмездный, то он двусторонний, а если безвозмездный, то он односторонний;

договор является срочным, право использования предоставляется лишь на определенный срок;

предоставленное по договору право ограничено определенной территорией;

без согласия лицензиара лицензиат не может предоставить полученное право использования третьим лицам.

Все эти признаки указывают на отличия лицензионного договора от договора об отчуждении исключительного права, по которому переходит абсолютное право в полном объеме на весь срок его действия на территории всех государств, где результату интеллектуальной деятельности или средству индивидуализации, на которое переходит право, предоставляется правовая охрана, кроме того, к приобретателю переходит и возможность распоряжаться этим правом по своему усмотрению.

3. Содержание лицензионного договора как сделки составляют условия. К существенным условиям возмездного лицензионного договора относятся:

предмет договора;

способы использования произведения;

цена.

К существенным условиям безвозмездного лицензионного договора относятся:

предмет договора;

способы использования произведения.

Предмет лицензионного договора определяется путем указания на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации, право использования которых предоставляется по договору, с указанием в соответствующих случаях номера и даты выдачи документа, удостоверяющего исключительное право на такой результат или на такое средство индивидуализации (патент, свидетельство).

Необходимо также отметить, что в силу ограничительного толкования договора право использования, прямо не указанное в лицензионном договоре, не считается предоставленным лицензиату. Право использования соответствует способу использования, поэтому если в договоре прямо не указан тот или иной способ использования, то лицензиат не вправе использовать результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации этим прямо не указанным способом.

Территория, на которую предоставляется право использования, и срок, на который предоставляется право использования, не относятся к существенным условиям лицензионного договора. Например, если территория, на которой допускается использование, в договоре не указана, лицензиат вправе осуществлять право использования на всей территории Российской Федерации (п. 3 ст. 1235 ГК РФ). Срок, на который заключается лицензионный договор, не может превышать срока действия исключительного права на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации. Когда в лицензионном договоре срок его действия не определен, договор считается заключенным на пять лет, за исключением лицензионного договора, заключаемого на использование произведения в составе аудиовизуального или иного сложного произведения. Последний лицензионный договор, если договором не указан срок его действия, в соответствии с абз. 3 п. 1 ст. 1240 ГК РФ считается заключенным на весь срок и в отношении всей территории действия соответствующего исключительного права.

4. Лицензионный договор заключается в письменной форме, если Кодексом не предусмотрено иное. Несоблюдение письменной формы влечет за собой недействительность лицензионного договора.

Так, иная форма лицензионного договора предусмотрена в отношении права использования произведения в периодическом печатном издании. В этом случае лицензионный договор может быть заключен в устной форме.

Особая форма договора предусмотрена относительно программ для ЭВМ и баз данных. Согласно п. 3 ст. 1286 ГК РФ заключение лицензионных договоров о предоставлении права использования программы для ЭВМ или базы данных допускается путем заключения каждым пользователем с правообладателем договора присоединения, условия которого изложены на приобретаемом экземпляре таких программы или базы данных либо на упаковке этого экземпляра. Начало использования таких программы или базы данных пользователем, как оно определяется этими условиями, означает его согласие на заключение договора. В данном случае имеет место заключение договора посредством конклюдентных действий.

Если лицензионный договор заключается в отношении зарегистрированных в соответствии со ст. 1232 результатов интеллектуальной деятельности или средств индивидуализации, то лицензионный договор подлежит государственной регистрации. Несоблюдение требования о государственной регистрации влечет за собой недействительность договора.

5. Сторонами лицензионного договора выступают лицензиар и лицензиат. Лицензиар - это лицо, которое предоставляет право использования, а лицензиат - лицо, которому предоставляется право использования. Так как предоставление права использования представляет собой один из способов распоряжения исключительным правом, то в качестве лицензиара может выступать только обладатель исключительного права. В том случае, когда заключается сублицензионный договор, в качестве лицензиара выступает лицензиат по лицензионному договору, при этом им может быть лицензиат как по исключительной, так и по неисключительной лицензии.

Статья 1236. Виды лицензионных договоров

Комментарий к статье 1236

1. В зависимости от того, вправе ли лицензиар использовать или разрешать использовать в течение действия лицензионного договора теми же способами и на той же территории, которые оговорены лицензионным договором, законодатель выделяет простую неисключительную лицензию и исключительную лицензию. Согласно подп. 1 п. 1 ст. 1236 ГК РФ в силу простой неисключительной лицензии лицензиату предоставлено

право использования с сохранением за лицензиаром права выдачи лицензий другим лицам. Таким образом, лицензиат может заключить лицензионный договор с третьими лицами о том же способе использования в отношении той же территории, которые предусмотрены в договоре с лицензиаром. В силу исключительной лицензии лицензиату предоставлено право использования без сохранения за лицензиаром права выдачи лицензий другим лицам (подп. 2 п. 1 ст. 1236).

2. Необходимо обратить внимание, что законодатель, основываясь на принципе ограничительного толкования договора, предусматривает, что, если лицензионным договором не предусмотрено иное, лицензия предполагается простой (неисключительной). Вместе с тем это не означает, что в лицензионном договоре должно быть указано, что данная лицензия является исключительной: для определения вида лицензии необходимо проанализировать сами условия договора. Если в договоре предусмотрено, что лицензиар не вправе разрешать использование обусловленными лицензией способами третьим лицам, это указывает на то, что данная лицензия является исключительной.

3. Согласно п. 3 ст. 1236 ГК РФ, в одном лицензионном договоре в отношении различных способов использования результата интеллектуальной деятельности могут содержаться условия для лицензионных договоров разных видов. Законодатель позволяет лицензиату по исключительной лицензии при наличии определенных условий пользоваться способами защиты, которые предусмотрены для защиты интеллектуальных прав, в том числе исключительного права. В соответствии со ст. 1254, если нарушение третьими лицами исключительного права на результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации, на использование которого выдана исключительная лицензия, затрагивает права лицензиата, полученные им на основании лицензионного договора, лицензиат может наряду с другими способами защиты защищать свои права способами, предусмотренными ст. ст. 1250, 1252 и 1253 ГК РФ. Таким образом, мы наблюдаем элементы абсолютного права в обязательственном праве лицензиата, но эти элементы не делают право лицензиата абсолютным, оно относительное и носит обязательственный характер. Характер защиты не указывает еще на природу прав, которая не обусловлена характером ее защиты. Возможность применения способов защиты интеллектуальных прав к нарушенному праву по исключительной лицензии обусловлена только наличием положений ст. 1254; если бы не было этих положений, применение к обязательственному праву способов защиты, присущих абсолютным правам, было бы невозможно. Вместе с тем следует обратить внимание, что обязанность лицензиара по исключительной лицензии не выдавать лицензии третьим лицам не ограничивает его исключительное право на результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации; данное право носит обязательственный характер. Выдать лицензию лицензиар третьим лицам может, и новый лицензионный договор будет действительным, но в этом случае он нарушит свое обязательство перед первым лицензиатом и за такое нарушение может нести ответственность, предусмотренную за нарушение обязательств в Гражданском кодексе и заключенном в соответствии с ним договоре.

Статья 1237. Исполнение лицензионного договора

Комментарий к статье 1237

1. В целях обеспечения права лицензиара на получение вознаграждения, причитающегося ему по лицензионному договору, законодатель возлагает на лицензиата обязанность представлять отчеты об использовании результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации. Однако договором лицензиат может быть освобожден от этой обязанности.

2. Согласно п. 2 ст. 1237 ГК РФ в течение срока действия лицензионного договора лицензиар должен воздерживаться от каких-либо действий, способных затруднить осуществление лицензиатом предоставленного ему права использования в установленных договором пределах.

3. Использование результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации за пределами прав, предоставленных по лицензионному договору, рассматривается как нарушение исключительного права. Так, издание книги тиражом большим, чем оговорено законом, следует в отношении превышающего тиража рассматривать как нарушение исключительного права.

4. Общегражданские правовые последствия неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства, предусмотренные гл. 25 ГК РФ, применяются к отношениям в связи с неисполнением или ненадлежащим исполнением лицензионного договора с учетом специальных норм, предусмотренных четвертой частью ГК РФ. Специальные правовые последствия законодатель предусмотрел в случае неисполнения лицензиатом обязанности по выплате вознаграждения. Так, в соответствии с п. 4 ст. 1237 при нарушении лицензиатом обязанности уплатить лицензиару в установленный лицензионным договором срок вознаграждение за предоставление права использования произведения науки, литературы, искусства либо объектов смежных прав лицензиар может в одностороннем порядке отказаться от лицензионного договора и потребовать возмещения убытков, причиненных расторжением такого договора. В договоре можно предусмотреть возможность лицензиата в одностороннем порядке отказаться от исполнения договора в случае непредставления произведения лицензиаром, нарушения обязанности лицензиаром не разрешать другим лицам использовать произведение в течение действия заключенного между ними договора.

Статья 1238. Сублицензионный договор

Комментарий к статье 1238

"Сублицензионный договор" - термин, давно используемый в деловой практике по отношению к договорам об использовании результатов интеллектуальной деятельности. Его правовой основой является предусмотренное Кодексом (а до его введения в действие - специальными законами) право пользователя передавать полученные от правообладателя права (полностью или частично) третьим лицам при условии письменного разрешения правообладателя. Иными словами, это договор о переуступке прав. Нередко такие договоры включают элементы договоров агентирования, поручения и иных гражданско-правовых сделок.

Комментируемая статья устанавливает императивные и диспозитивные нормы, относящиеся к сублицензионному договору:

по сублицензионному договору не может передаваться больший объем прав, нежели полученный лицензиатом от лицензиара (правообладателя);

если сублицензионный договор заключен на срок, превышающий срок действия лицензионного договора, то он считается заключенным на срок действия лицензионного договора;

если лицензионным договором не предусмотрено иное, ответственность перед лицензиаром за действия сублицензиата несет лицензиат.

Статья 1239. Принудительная лицензия

Комментарий к статье 1239

В соответствии с комментируемой статьей принудительная лицензия - особый вид разрешения на использование результата интеллектуальной деятельности, который предоставляется пользователю независимо, точнее, против воли правообладателя.

Основанием возникновения соответствующих прав у пользователя в данном случае являются не договор с правообладателем и не юридические факты, о которых говорится в ст. 1241 Кодекса (универсальное правопреемство и т.д.), а судебное решение. Такое решение выносится по требованию заинтересованного лица (вероятнее всего, им является пользователь объекта интеллектуальной собственности) и предусматривает условия использования результата интеллектуальной деятельности, исключительное право на который принадлежит другому лицу.

Комментируемая норма, появившись в первоначальном проекте Кодекса, наделала много шума: крупные правообладатели, особенно авторских и смежных прав, всерьез обеспокоились тем, что больше не смогут монопольно распоряжаться своими правами, определять ценовую политику и условия использования объектов интеллектуальной собственности, а главное - принимать сугубо единолично решение относительно того, кому предоставлять права на использование, а кому нет.

Однако такие беспокойства оказались напрасными, так как, несмотря на то что норма о принудительной лицензии содержится в гл. 69 "Общие положения", она не относится ко всем регулируемым Кодексом объектам интеллектуальной собственности. Комментируемая статья прямо указывает: принудительная лицензия "выдается" только в случаях, прямо установленных Кодексом. Единственный такой случай установлен ст. 1362 и касается принудительной лицензии на использование объектов так называемой промышленной собственности.

Статья 1240. Использование результата интеллектуальной деятельности в составе сложного объекта

Комментарий к статье 1240

1. В соответствии с п. 1 комментируемой статьи под "сложным объектом" понимается результат интеллектуальной деятельности, который включает в себя другие охраняемые результаты интеллектуальной деятельности. В качестве примеров сложных объектов статья называет кинофильм и иные аудиовизуальные произведения, театрально-зрелищные представления, мультимедийные продукты, единую технологию.

Составными элементами сложного объекта могут быть и неохраноспособные результаты интеллектуальной деятельности или те, которые перестали охранять. Однако законодатель определяет сложный объект не с точки зрения сложности процесса создания этого объекта (творчества), а исходя из его юридической сложности, указывая на то, что он включает в себя именно результаты интеллектуальной деятельности, охраняемые законодательством.

2. Права лица, организовавшего создание сложного объекта и заинтересованного в его использовании, зависят от прав лиц, являющихся авторами и иными правообладателями на охраняемые результаты интеллектуальной деятельности, включенные в данный сложный объект. В связи с этим из п. 1 комментируемой статьи следует, что указанное лицо должно заключить с правообладателями в отношении использования включенных в сложный объект результатов договоры об отчуждении исключительного права или лицензионные договоры.

Отметим, что статья не предусматривает каких-либо требований к лицу, организовавшему создание сложного объекта, в том числе того, что оно должно быть зарегистрировано в качестве хозяйствующего субъекта. Таким образом, в качестве такового может выступать любое физическое или юридическое лицо.

Не определено в комментируемой статье и то, что собственно понимается под "организацией создания сложного объекта". Решение данного вопроса играет принципиальную роль, так как процесс указанной организации может складываться из множества составляющих, таких как управление процессом создания сложного объекта, его финансирование, организационно-техническое обеспечение, а также, что немаловажно, юридическое сопровождение, заключающееся в налаживании договоренностей со всеми авторами и иными правообладателями на результаты интеллектуальной деятельности, как вошедшие составной частью в сложный объект, так и специально созданные для него. В связи со сказанным, а также с учетом противоречивости российской судебной практики, думается, необходимо внести в комментируемую статью Кодекса дополнения.

3. Статья также предусматривает диспозитивную норму, схожую по смыслу с п. 2 ст. 13 ЗоАП: если организовавшее создание сложного объекта лицо приобретает у другого лица право использования результата интеллектуальной деятельности, специально созданного или создаваемого для включения в такой сложный объект (например, сценарий или музыка для фильма), то заключаемый между ними договор считается договором об отчуждении исключительного права, если соглашением сторон не предусмотрено иное.

4. Другой диспозитивной нормой, имеющей явную направленность на защиту интересов лиц, организовавших создание сложных объектов, является предписание статьи о том, что если лицензионным договором об использовании результата интеллектуальной деятельности в составе сложного объекта не предусмотрено иное, то он заключается на весь срок и в отношении всей территории действия соответствующего исключительного права.

5. В соответствии с п. 2 комментируемой статьи условия лицензионного договора, ограничивающие использование результата интеллектуальной деятельности в составе сложного объекта, недействительны.

Однако, поскольку, несмотря на передачу исключительных прав на использование результата интеллектуальной деятельности в составе сложного объекта, за его автором в полном объеме сохраняются личные неимущественные права на такой результат (п. 3 ст. 1240), в исключение из общего предписания п. 2 допускается включение в лицензионный договор условий, направленных, в частности, на недопущение извращения, искажения или иного изменения произведения в составе сложного объекта, порочащего честь, достоинство или деловую репутацию автора (ст. 1266).

Что касается действия личных неимущественных прав, необходимо добавить, что в отношении произведений, вошедших с согласия автора составной частью в сложный объект, не применяются положения ст. 1269 Кодекса о праве на отзыв.

6. Равно как и в отношении аудиовизуальных (ст. 1263) и служебных произведений (ст. 1295), Кодекс устанавливает право лица, организовавшего создание сложного объекта, указывать свое имя или наименование либо требовать такого указания при использовании результата интеллектуальной деятельности в составе такого объекта (п. 4).

Представляется, что норма сформулирована не совсем корректно. Видимо, законодатель все же имел в виду, что лицо, организовавшее создание сложного объекта, вправе указывать свое имя (наименование) при использовании данного объекта (в целом); в то время как авторы результатов интеллектуальной деятельности должны быть (в силу закона) указаны при их использовании в составе сложного объекта, если в соответствии со ст. 1265 Кодекса они не дали разрешения на осуществление такого использования анонимно, т.е. без указания имени автора.

7. В соответствии с п. 5 нормы, предусмотренные комментируемой статьей, в случае неурегулированности вопросов гл. 77 Кодекса подлежат применению к праву использования результатов интеллектуальной деятельности в составе единой технологии, созданной за счет или с привлечением средств федерального бюджета.

Статья 1241. Переход исключительного права к другим лицам без договора

Комментарий к статье 1241

Комментируемая статья устанавливает основания, по которым исключительные права переходят к третьим лицам без договора, и предусматривает автоматический переход прав от одного лица к другому, более того, при этом "переходе" не учитывается волеизъявление правообладателя. Кроме того, данный автоматический переход прав не подразумевает в дальнейшем выплату авторского вознаграждения прежнему правообладателю.

К таким основаниям относятся:

а) универсальное правопреемство - наследование и реорганизация юридического лица. Реорганизация юридического лица в соответствии со ст. 57 ГК РФ осуществляется в форме слияния, присоединения, разделения, выделения, преобразования.

Согласно ст. 58 ГК РФ при слиянии, присоединении юридических лиц права и обязанности переходят к вновь возникшему юридическому лицу в соответствии с передаточным актом. При разделении и выделении юридического лица его права и обязанности переходят в соответствии с разделительным балансом.

При преобразовании юридического лица одного вида в юридическое лицо другого вида (изменении организационно-правовой формы) к вновь возникшему юридическому лицу переходят права и обязанности реорганизованного юридического лица в соответствии с передаточным актом;

б) обращение взыскания на имущество правообладателя. Обращение взыскания на имущество правообладателя осуществляется в соответствии с требованиями Федерального закона от 21 июля 1997 г. N 119-ФЗ "Об исполнительном производстве" (далее - Закон об исполнительном производстве). В соответствии со ст. 46 данного Закона обращение взыскания на имущество должника состоит из его ареста (описи), изъятия и принудительной реализации. В зависимости от должника, т.е. юридического или физического лица, различается порядок совершения исполнительных действий.

Возможность обращения взыскания на исключительные права напрямую зависит от вида результата интеллектуальной деятельности. Следует обратить внимание, что в комментируемой статье не установлены виды результатов интеллектуальной деятельности, исключительные права на использование которых не могут быть предметом взыскания.

В главах комментируемого раздела Кодекса содержится ряд недоработок, что вызывает двойное толкование положений комментируемого раздела. В частности, урегулированы вопросы обращения взыскания на права, связанные с использованием объектов авторского права и смежных прав. В отношении секретных изобретений (ст. 1405 ГК РФ) предусмотрено, что на исключительные права на использование секретного изобретения обращение взыскания не допускается.

Однако законодатель проигнорировал такие результаты интеллектуальной деятельности, как объекты патентного права, ноу-хау, средства индивидуализации, селекционные достижения, что, думается, неправильно и вызовет на практике, при осуществлении судебными приставами-исполнителями мер государственного принуждения, ненужные споры о незаконности действий должностных лиц и предъявление исков о возмещении вреда, причиненного незаконными действиями должностных лиц.

В связи с этим необходимо исходить из того, что возможность обращения взыскания на имущество непосредственно зависит от того, является ли это имущество ограниченным или изъятым из оборота. Виды имущества, которое ограничено или изъято из оборота, устанавливаются федеральным законом. Как следует из комментируемого раздела,

единственным видом результата интеллектуальной деятельности, права на который не могут быть предметом взыскания, является секретное изобретение, в отношении же иных результатов интеллектуальной деятельности таких изъятий не предусмотрено. Следовательно, исключительные права на использование объектов патентного права, селекционных достижений, средств индивидуализации могут быть также подвергнуты аресту и дальнейшей реализации в принудительном порядке.

Вместе с тем в целях предотвращения ненужных судебных споров необходимо, чтобы законодатель сформировал четкую позицию по данному вопросу посредством внесения изменений и дополнений в Кодекс.

Иные случаи и основания, когда допускается переход исключительных прав без договора, устанавливаются законом (например, норма ст. 1547 ГК РФ о передаче технологий).

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

Комментарий к статье 1242

1. Российское законодательство об авторском праве и смежных правах, основным источником которого до введения в действие комментируемого Кодекса был Закон РФ "Об авторском праве и смежных правах" (ЗоАП), в совокупности с нормами Конституции России, а также частями первой и второй Гражданского кодекса, предоставляет обладателю исключительного права на произведение и субъекту смежных прав возможность осуществлять свое исключительное право различными способами. Например, правообладатель может лично взаимодействовать с пользователями, обсуждать условия использования и выдавать им разрешения (передавать права) на использование объекта своего права; действовать через так называемого творческого агента или иного уполномоченного представителя (как правило, такую функцию способен выполнять юрист соответствующей квалификации или человек со связями); передать права экономически сильному субъекту, способному диктовать условия на рынке (устанавливать ставки и типовые условия использования объектов интеллектуальной собственности из своего каталога <1>), - музыкальному издательству или рекорд-компании <2>; распоряжаться правами иным образом.

<1> Каталогом музыкального издательства или звукозаписывающей компании в российской и мировой деловой практике принято именовать образованный в результате систематизации договорной базы перечень объектов авторского права и/или смежных прав, в отношении которых издатель (рекорд-компания) обладает исключительными правами или правом на получение вознаграждения за их использование в случаях, когда законодательство допускает возможность использования данных объектов без заключения договора.

<2> Отметим, что в данном случае, как правило, правообладателем и выгодоприобретателем по сделкам с пользователями становится музыкальный издатель, так как почти все издательские договоры предусматривают уступку исключительных прав. Практика показала, что действовать на иных условиях, когда издатель реально не обладает исключительными правами, экономически не выгодно, так как постоянно существует риск того, что автор или артист-исполнитель самостоятельно найдут более выгодное применение своему творческому труду, нарушив договоренности между пользователями и издателем и нанеся последнему убытки. Поэтому при данной схеме отношений исключительные права осуществляет музыкальный издатель, а творец получает оговоренное роялти от реализации прав.

Безусловно, правообладатель сам решает, какой из перечисленных способов осуществления прав ему наиболее выгоден и удобен.

Однако развитие науки и технологии приводит к тому, что правообладатель лишается возможности обеспечить свой монополизм, ибо не может проконтролировать использование своих прав; с другой стороны, в ряде случаев пользователи (как правило, в силу специфики своей деятельности) лишены возможности в индивидуальном порядке заключать прямые договоры с правообладателями, равно как и последним тоже в этих случаях затруднительно заключать договоры с пользователями <1>. Речь идет о так называемом массовом использовании интеллектуальной собственности, что обусловлено необходимостью участников общества иметь провозглашенный Конституцией РФ беспрепятственный доступ к культурным ценностям и информации в объеме, самостоятельно определяемом для себя каждым индивидуумом.

<1> Моргунова Е.А., Рузакова О.А. Авторское право: комментарий законодательства. Образцы документов. Вопросы и ответы. М., 2004. С. 151.

Поскольку в данных обстоятельствах частные интересы каждого правообладателя противопоставляются интересам общества в целом (или большей части потребительской аудитории), то стандартная для использования интеллектуальной собственности юридическая схема "не можешь заключить договор об использовании - не используй" представляется не вполне обоснованной.

Правоведы справедливо указывают, что общество, защищая свои интересы, может посредством государства лишить авторов в этих затруднительных случаях исключительных прав, заменив их правами на получение вознаграждения, однако это ведет к искажению природы авторского права <1>. Именно такая схема отношений между создателем произведения, пользователем и государством была реализована институтом авторского права советского периода, а именно в Гражданском кодексе РСФСР 1964 г. в отношении отдельных видов использования произведений.

<1> Там же.

Однако, приводя российское законодательство в соответствие с международными стандартами охраны интеллектуальной собственности, российский законодатель нашел решение, альтернативное государственному регулированию данной сферы отношений, - создание обществ по управлению правами на коллективной основе.

2. В соответствии с п. 1 комментируемой статьи обладатели авторских и смежных прав могут создавать организации по управлению их правами на коллективной основе.

Подчеркнем - создавать указанные организации вправе сами правообладатели.

Создание указанных организаций допускается в одном из двух случаев:

когда осуществление прав в индивидуальном порядке затруднительно для правообладателей;

когда Кодексом допускается использование объектов авторских и смежных прав без согласия обладателей соответствующих прав, но с выплатой им вознаграждения.

В качестве примеров того, когда правообладателю трудно осуществлять свои права в индивидуальном порядке, ст. 44 ЗоАП называла:

публичное исполнение, в том числе на радио и телевидении;

воспроизведение произведения путем механической, магнитной и иной записи;

репродуцирование (репрографическое воспроизведение).

Перечисляя конкретные виды использования, разработчики ЗоАП, по сути, установили своего рода презумпцию "затруднительности". Однако указанный перечень не являлся исчерпывающим и заканчивался словами "и другие случаи". Это говорит о том,

что законодатель предвидел возможность появления и других аналогичных способов использования.

Вместе с тем нельзя не отметить, что ввиду развития в России и во всем мире системы реализации исключительных прав через музыкальные издательства не все из перечисленных в ст. 44 ЗоАП способов использования представляют трудность для заключения договоров в индивидуальном порядке, в особенности это касается тиражирования носителей механической, магнитной и теперь уже цифровой записи, так как основная деятельность указанных субъектов рынка заключается в систематической выдаче разрешений пользователям на использование относящихся к каталогу издателя объектов интеллектуальной собственности, обеспечивая свои материальные потребности и справедливое вознаграждение авторов (иных субъектов, передавших права в распоряжение издателя).

Но технический прогресс не стоит на месте, и возникновение новых способов использования не заставило себя долго ждать. Появились другие виды использования прав на объекты авторского права и смежных прав, заключать индивидуальные договоры при которых стало затруднительно не только отдельно взятым авторам и исполнителям, но и музыкальным издательствам и другим крупным субъектам рынка, управляющим большими каталогами прав.

Один из таких способов - использование объектов интеллектуальной собственности в компьютерных сетях, в том числе в глобальной сети Интернет и локальных сетях.

До принятия летом 2004 г. последней редакции ЗоАП, которой в ст. 16 "Имущественные права" ЗоАП было введено Интернет-право - право на доведение до всеобщего сведения, ни у кого не вызывало сомнения то, что использование результатов творческой деятельности в сети Интернет и иных компьютерных сетях должно осуществляться на основании разрешения, полученного от правообладателей (за исключением случаев, предусмотренных законом), с выплатой вознаграждения за такое использование. На это прямо указывает и п. 25 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 19 июня 2006 г. N 15 "О вопросах, возникших у судов при рассмотрении гражданских дел, связанных с применением законодательства об авторском праве и смежных правах": "Размещение объектов авторского права и (или) смежных прав в телекоммуникационных сетях, в частности в сети Интернет, является использованием данных объектов в соответствии с пунктом 2 статьи 16 указанного выше Закона".

Еще в 1990 г. ВОИС высказалось по этому поводу следующим образом: "Данная новая форма использования охраняемых произведений, когда машиночитаемый материал распространяется через информационные и телекоммуникационные системы и когда экземпляр произведения может быть воспроизведен соответствующим терминалом, очень сложна и находится еще в стадии развития. Представляется, однако, что необходимость существования в этой области соответствующей системы коллективного управления даже более настоятельна, чем в области фотокопирования" <1>.

<1> Коллективное управление авторским правом и смежными правами. Исследования и рекомендации по созданию и деятельности организаций по коллективному управлению правами. ВОИС, Женева, 1990. С. 48.

Вопросы использования объектов интеллектуальной собственности в сети Интернет до сих пор рождают множество споров и противоречий как доктринальных, так и практического свойства. Проблема заключается в том, что существует великое множество разновидностей интернет-пользователей, и объективно определить, в каком использовании осуществление авторских и смежных прав в индивидуальном порядке затруднительно (и, следовательно, в данном случае допускается управление правами на коллективной основе), а в каком - нет, не всегда можно. Представляется, что в данном

вопросе необходимо исходить из специфики деятельности самого пользователя и ее экономического содержания.

Так, многие интернет-сайты не получают прямых доходов от того, что предоставляют конечным потребителям <1> доступ к охраняемым законодательством произведениям и объектам смежных прав, а зарабатывают на баннерной рекламе и системе переадресации на другие (платные) ресурсы сети. Данная категория сайтов наиболее проблемная с точки зрения взимания с них вознаграждения за использование объектов интеллектуальной собственности, так как последние служат лишь для привлечения внимания посетителей к такому сайту и каждое размещенное на нем произведение или фонограмма не представляют для сайта коммерческой ценности. Поэтому основная масса подобных ресурсов, действующих сегодня в сети Интернет, - "пираты". Уже известна практика, когда правообладатели, создавшие организацию по управлению правами на коллективной основе, решением коллегиального органа (авторского совета) запрещают такой организации выдачу лицензий пользователям на бесплатную загрузку <2> произведений <3>.

<1> Конечный потребитель (end user) - физическое лицо, осуществляющее загрузку контента в память личного персонального компьютера/корпоративного компьютера/персонального аудиоустройства либо прослушивание контента путем подключения к сайту, осуществляющего аудиовещание, исключительно в целях личного использования, которое не включает в себя последующего распространения/записи полученной информации на цифровой носитель и иных видов коммерческого использования // <http://www.fairlaw.ru/index.php?frame=docs/terminj.htm>.

<2> Запись в память компьютера или иного воспроизводящего устройства.

<3> http://fairlaw.ru/index.php?frame=polzovatel/zm/kto_polzovatel-zm.htm

Другая разновидность сайтов - специализированные (тематические) ресурсы, например, посвященные творчеству отдельного автора (исполнителя), направлению (стилю) музыки. Деятельность такого сайта нетрудно проконтролировать. Поэтому он, как правило, встает перед альтернативой: либо на общих основаниях получить лицензию общества на управление правами на коллективной основе, либо непосредственно обратиться за разрешением к правообладателю. Однако если сайт имеет цель знакомить интернет-сообщество с творчеством африканских исполнителей, которое выходит в свет небольшими тиражами на местных полуподпольных студиях, то в этом случае поиск реального правообладателя также значительно затруднен.

Но есть сайты, основным источником дохода которых является коммерческая реализация контента, состоящего в большей степени из охраняемых законом объектов интеллектуальной собственности, посредством сети Интернет. Это сайты, которые в силу специфики своей деятельности (необходимости представления конечным потребителям широкого ассортимента музыкальных произведений или иного контента, реализацией которого занимается сайт) физически не в состоянии разыскивать каждого правообладателя и тем более договариваться с ним об использовании на индивидуальных условиях. Данная разновидность пользователей не может функционировать легально, кроме как на основании лицензии соответствующей организации по управлению правами на коллективной основе, устанавливающей единые формы регистрации объектов интеллектуальной собственности, единые формы отчетности, единые ставки вознаграждения для всех правообладателей.

Кодекс также допускает создание организаций по управлению правами на коллективной основе для сбора, распределения и выплаты вознаграждения за использование объектов авторских и смежных прав, которое в силу отдельных норм Кодекса допускается без согласия обладателей соответствующих прав, но с выплатой им вознаграждения.

В любом случае, как уже отмечалось, создавать организации по управлению правами на коллективной основе могут обладатели авторских или смежных прав. Следовательно, вопрос о том, затруднительно ли осуществление тех или иных прав в индивидуальном порядке, решают сами правообладатели.

3. Организации по управлению правами на коллективной основе могут создаваться в форме некоммерческих организаций.

Согласно ст. 50 ГК РФ некоммерческими организациями являются юридические лица, не имеющие извлечение прибыли в качестве такой цели и не распределяющие полученную прибыль между участниками. При этом указано, что некоммерческие организации могут вести предпринимательскую деятельность лишь постольку, поскольку это служит достижению целей, ради которых они созданы, и соответствует этим целям. Может ли организация по управлению правами на коллективной основе осуществлять предпринимательскую деятельность - вопрос актуальный с момента введения в действие ЗоАП и по сей день.

В соответствии со ст. 24 Федерального закона от 12 января 1996 г. N 7-ФЗ "О некоммерческих организациях" некоммерческая организация может осуществлять один вид или несколько видов деятельности, не запрещенных законодательством Российской Федерации и соответствующих целям деятельности некоммерческой организации, которые предусмотрены ее учредительными документами. Некоммерческая организация может осуществлять предпринимательскую деятельность лишь постольку, поскольку это служит достижению целей, ради которых она создана. Такой деятельностью признаются приносящее прибыль производство товаров и услуг, отвечающих целям создания некоммерческой организации, а также приобретение и реализация ценных бумаг, имущественных и неимущественных прав, участие в хозяйственных обществах и в товариществах на вере в качестве вкладчика. Некоммерческая организация ведет учет доходов и расходов предпринимательской деятельности. В интересах достижения целей, предусмотренных уставом, некоммерческая организация может создавать другие некоммерческие организации и вступать в ассоциации и союзы.

Вместе с тем ст. 24 названного выше Федерального закона указывает на следующие обстоятельства:

законодательством Российской Федерации могут устанавливаться ограничения видов деятельности, которыми вправе заниматься некоторые некоммерческие организации;

отдельные виды деятельности могут осуществляться некоммерческими организациями только на основании специальных разрешений (лицензий). Перечень этих видов деятельности определяется законом;

законодательством Российской Федерации могут устанавливаться ограничения на предпринимательскую деятельность некоммерческих организаций отдельных видов.

ЗоАП не предусматривает ограничений на осуществление организациями по коллективному управлению конкретных видов деятельности, а также не говорит о необходимости получения лицензий на какие-либо из них. Однако в ЗоАП было установлено, что "организация, управляющая имущественными правами на коллективной основе, не вправе заниматься коммерческой деятельностью". Итак, речь в данном случае идет о коммерческой деятельности как таковой.

Вместе с тем представляется, что в предписании ст. 24 Федерального закона "О некоммерческих организациях" о возможности установления ограничений на предпринимательскую деятельность отдельных видов некоммерческих организаций говорится, что под "отдельными видами" понимаются "формы" некоммерческих организаций, предусмотренные указанным Федеральным законом (некоммерческие партнерства, ассоциации и т.д.). Организация же по коллективному управлению правами является скорее одним из видов некоммерческих организаций. Кроме того, начало предложения п. 1 ст. 45 ЗоАП, предусматривающего указанное ограничение, звучало так:

"В соответствии с настоящим Законом...". Обычно законодатель не пользуется подобной техникой при нормотворчестве, поскольку и без того понятно, о каком законе идет речь. Таким образом, можно сделать вывод о том, что законодатель пытался предусмотреть в ЗоАП запрет на извлечение организацией по управлению правами на коллективной основе прибыли от той основной деятельности, для которой она создается <1>.

<1> Погуляев В.В., Вайпан В.А., Любимов А.П. Комментарий к Закону РФ "Об авторском праве и смежных правах" (постатейный). М.: Юстицинформ, 2006. С. 123.

Комментируемый же Кодекс не предусматривает аналогичной ЗоАП ограничительной нормы, давая лишь отсылку к специальному законодательству о некоммерческих организациях (п. 6 комментируемой статьи), видимо полностью оставляя поиск решения данного вопроса судебной практике.

4. Создаваемая некоммерческая организация по управлению правами на коллективной основе должна быть основана на членстве. Из этого следует, что такая организация не может создаваться в форме, не предполагающей членства (например, автономная некоммерческая организация).

5. Как специально оговорено в абз. 2 комментируемого пункта статьи, создание организаций по управлению правами на коллективной основе не препятствует осуществлению представительства обладателей авторских и смежных прав другими юридическими лицами и гражданами. Другими словами, права и законные интересы от имени автора или иного правообладателя могут осуществляться иными уполномоченными им лицами (агентами, музыкальными издателями и др.).

6. Допускается создание организаций по управлению правами на коллективной основе, т.е. управляющими:

правами, относящимися к одному или нескольким видам объектов авторских и смежных прав;

одним или несколькими видами указанных прав в отношении определенных способов использования соответствующих объектов;

любыми авторскими и (или) смежными правами.

Норма, аналогичная установленной в п. 2 комментируемой статьи Кодекса, содержалась и в ЗоАП (п. 2 ст. 44). В соответствии в ней допускалось создание либо отдельных организаций по различным правам и различным категориям обладателей прав, либо организаций, управляющих разными правами в интересах разных категорий обладателей прав, либо одной организации, одновременно управляющей авторскими и смежными правами.

Критерии разграничения, перечисленные в ЗоАП, не четкие, и их толкование вызывало противоречия, однако представляется, что сформулированы они более корректно, нежели в Кодексе.

Кроме того, ни ЗоАП, ни Кодекс, к сожалению, не предусматривают специального порядка урегулирования споров между организациями по управлению правами на коллективной основе, из чего следует, что конфликты между ними (как между юридическими лицами) разрешаются в общем, установленном процессуальным законодательством порядке.

Сегодня в России действует несколько организаций по управлению правами на коллективной основе. Самой крупной, опытной и авторитетной из них является общественная организация "Российское авторское общество" (РАО), действующая с осени 1993 г. и объединяющая более 18 тысяч российских авторов и их правопреемников; более 70 тысяч российских ученых, чьи интересы РАО представляет при переводе и издании их статей в зарубежных научных журналах; около 1 миллиона иностранных авторов и их правопреемников, чьи интересы РАО представляет на территории России в соответствии с соглашениями о взаимном представительстве интересов с зарубежными авторско-

правовыми обществами. РАО имеет 12 региональных филиалов. Количество заключенных лицензионных договоров РАО с пользователями превышает 17 тысяч <1>.

<1> Информация с официального сайта РАО в сети Интернет:
<http://rao.ru/orao/history>.

Создаются и специализированные организации, занимающиеся управлением правами отдельных категорий (при отдельных видах использования объектов интеллектуальной собственности), например: некоммерческое партнерство "Федерация правообладателей по коллективному управлению авторскими правами при использовании произведений в интерактивном режиме" (далее - НП "ФАИР") <1>, некоммерческое партнерство "Российское общество по управлению правами исполнителей" (РОУПИ) <2>, некоммерческое партнерство "Российское общество по смежным правам" (РОСП) <3>.

<1> Официальный сайт: <http://fairlaw.ru>.

<2> Официальный сайт: <http://roupi.ru>.

<3> Официальный сайт: <http://rosp-fonogram.ru>.

В настоящее время в России действуют 13 организаций по управлению правами на коллективной основе различной направленности.

Существуют и международные организации, призванные объединять общества по управлению правами разных стран, решать текущие задачи, вырабатывать единые рекомендации: Международная конфедерация обществ авторов и композиторов (CISAC - СИЗАК), созданная в 1926 г., Совет обществ по коллективному управлению правами исполнителей (SCAPR - СКАПР), основанный в 1986 г.

7. Организации по управлению правами на коллективной основе действуют в соответствии с полномочиями, предоставленными им правообладателями.

В соответствии с п. 3 комментируемой статьи основанием таких полномочий служит договор о передаче полномочий на управление правами, заключаемый между организацией и правообладателем. Случай исключения, когда заключение договора с правообладателем не обязательно, предусмотрен абз. 1 п. 3 ст. 1244 Кодекса.

Договор о передаче полномочий на управление правами заключается в письменной форме.

При этом Кодекс, как и ЗоАП, не указывает на то, что условия данного договора должны быть типовыми для всех правообладателей, желающих передать свои права в управление организации. Это означает, что условия договора могут обсуждаться его сторонами и организация, в данном случае безусловно, должна принимать во внимание и уважать интересы правообладателя.

К договорам о передаче полномочий на управление правами применяются общие положения Гражданского кодекса Российской Федерации об обязательствах (ст. ст. 307 - 419) и о договоре (ст. ст. 420 - 453), поскольку иное не вытекает из содержания или характера права, переданного в управление.

Исследователи и практики спорят о юридической природе таких договоров. Безусловно, это договоры гражданско-правового характера. Однако до сих пор нет четкого представления о том, являются ли они разновидностью агентских договоров, договоров поручения, доверительного управления либо представляют собой особый вид сделок, так как эти договоры могут включать в себя существенные условия перечисленных видов гражданско-правовых договоров, но в то же время ни одному из этих видов не соответствуют полностью.

В ЗоАП на этот счет было лишь указано, что такие договоры не авторские. Безусловно, они не являются и договорами о передаче исключительного права на объекты смежных прав.

Кодекс содержит похожее указание: правила настоящего раздела о договорах об отчуждении исключительных прав и о лицензионных договорах к указанным договорам не применяются.

8. Договор о передаче полномочий на управление правами может быть заключен с правообладателями, являющимися членами такой организации, и с правообладателями, не являющимися ее членами.

9. Организация не вправе отказать правообладателям, обратившимся в организацию, в управлении их правами, если управление той или иной категорией прав относится к ее уставной деятельности.

В качестве другого основания для управления правами на коллективной основе Кодекс (как и ЗоАП) называет договор с аналогичной иностранной организацией. Заключение таких договоров является устоявшейся во всем мире практикой, когда одна организация, действующая на одной территории, представляет интересы правообладателей, управлением правами которых занимается соответствующая зарубежная организация.

Представляется, что данная схема отношений в определенных случаях может быть применена и к деятельности двух организаций, действующих на одной территории, когда одна организация поручает (делегирует полномочия) другой осуществлять сбор вознаграждения, причитающегося ее членам.

10. Комментируемая статья воспроизводит положение ЗоАП о невозможности использования организацией по управлению правами объектов интеллектуальной собственности, исключительное право на которые передано им в управление.

11. Пункт 5 устанавливает право организации по управлению правами предъявлять требования в суде как от своего имени, так и от имени правообладателей, а также совершать иные юридические действия, необходимые для защиты прав, переданных им в управление на коллективной основе.

Организация по управлению правами на коллективной основе, получившая государственную аккредитацию в соответствии со ст. 1244, также вправе предъявлять соответствующие требования в суде от имени неопределенного круга правообладателей.

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

Комментарий к статье 1243

1. Управление правами на коллективной основе осуществляется созданными правообладателями организациями посредством предоставления разрешений (заключения лицензионных договоров) пользователям на те или иные способы использования произведений и/или объектов смежных прав. Основаниями для заключения лицензионных договоров служат:

договоры с правообладателями, другими организациями об управлении правами на коллективной основе;

установленное законом право предоставления так называемой бланкетной лицензии, предоставляемой в отношении всего международного репертуара - от имени всех правообладателей и в отношении всех объектов авторского права и/или смежных прав.

По лицензионному договору, заключаемому между организацией по управлению правами на коллективной основе и пользователем, последнему предоставляются права, управлением которыми занимается данная организация, на условиях простой (не исключительной) лицензии.

Неотъемлемым условием таких договоров должна быть обязанность пользователя выплачивать вознаграждение за способы использования объектов авторских и/или

смежных прав правообладателям в организацию по управлению правами на коллективной основе, предоставившую разрешение на такое использование.

В тех случаях, когда использование объектов авторских и смежных прав допускается Кодексом без согласия правообладателя, но с выплатой ему вознаграждения, между организацией по управлению правами на коллективной основе и пользователями заключаются договоры о выплате вознаграждения.

2. Как и ЗоАП, комментируемая статья Кодекса содержит условие, согласно которому организации по управлению правами на коллективной основе не вправе отказывать пользователям в заключении лицензионного договора без достаточных оснований. Данное предписание более чем оправданно, поскольку в соответствии с ним организация, управляющая правами на коллективной основе, не может отказать пользователю без всякой причины. Думается, к деятельности данных организаций могут быть применимы по аналогии нормы Гражданского кодекса Российской Федерации о публичном договоре (прямое действие данные нормы имеют в отношении коммерческих организаций).

Представляется также, что пользователь, которому отказано в выдаче лицензии, вправе требовать от организации, управляющей правами на коллективной основе, мотивировки данного отказа, выраженной в письменной форме, чтобы иметь возможность обжаловать такой отказ через суд.

Сегодня практика взаимоотношений между организациями по управлению правами на коллективной основе и пользователями исходит из того, что причинами отказа организации в заключении лицензионного договора могут быть:

- наличие претензий правообладателей к деятельности пользователя в связи с нарушением им авторских и/или смежных прав, которые предшествовали его обращению в организацию за заключением лицензионного договора;

- наличие серьезных спорных моментов в учредительных и иных руководящих документах пользователя (нелегитимная смена руководителя и т.д.);

- неспособность пользователя выполнять типовые условия лицензионного договора (предоставлять отчетную документацию в установленном организацией виде, выплачивать вознаграждение в установленной сумме, использовать систему контроля над использованием произведений и/или объектов смежных прав и т.д.);

- ранее расторгнутый с данным пользователем лицензионный договор по причине систематического нарушения пользователем его условий.

3. Пункт 3 ст. 45 ЗоАП устанавливал, что условия лицензий, выдаваемых пользователям организациями по управлению правами на коллективной основе, должны быть одинаковыми для всех пользователей одной категории. Кодекс не содержит аналогичного предписания, что видится не совсем логичным, особенно применительно к деятельности организаций, управляющих правами на коллективной основе от имени всех правообладателей соответствующей категории - предоставляющих пользователям бланкетную лицензию.

4. Из содержания п. 2 следует, что стороны лицензионного договора - правообладатель и пользователь - могут предусмотреть в нем условие, согласно которому вознаграждение за использование объектов авторского права или смежных прав будет выплачиваться правообладателю через организацию по управлению правами на коллективной основе.

5. По требованию организации по управлению правами на коллективной основе пользователи обязаны представлять ей сведения и документы, необходимые для сбора и распределения вознаграждения, в том числе отчеты об использовании произведений (и/или объектов смежных прав). Порядок и сроки их предоставления устанавливаются договором, заключаемым организацией по управлению правами и пользователем. Данным договором согласно сложившейся практике должны быть установлены также формы указанных отчетов и иных документов, представляемых пользователем, либо договор

должен содержать ссылки на документы, утвержденные организацией по управлению правами, которыми данные формы установлены и с которыми пользователь ознакомлен и согласен.

6. Пункт 4 устанавливает некоторые требования относительно порядка распределения и выплаты правообладателям вознаграждения, собранного организацией по управлению правами с пользователей - лицензиатов.

Кодекс, сохраняя традиции ЗоАП, предусматривает право организации по управлению правами на коллективной основе удерживать из собранного вознаграждения следующие суммы:

на покрытие своих расходов по сбору, распределению и выплате такого вознаграждения (при этом разработчики Кодекса предусмотрели данное право в отношении "необходимых расходов", в то время как ЗоАП - в отношении "фактических");

направляемые в специальные фонды, создаваемые этой организацией с согласия и в интересах представляемых ею правообладателей. Размер и порядок данного вида отчислений должен быть предусмотрен уставом организации.

7. Кодекс обязывает организации по управлению правами на коллективной основе регулярно распределять и выплачивать вознаграждение правообладателя. Одновременно с этим в п. 4 указано, что сроки распределения и выплаты вознаграждения должны быть предусмотрены уставом (а не иным руководящим документом) организации по управлению правами. Таким образом, комментируемая статья устанавливает одно из требований к уставу рассматриваемых организаций.

8. Распределение и выплата вознаграждения должны осуществляться пропорционально фактическому использованию объектов авторских и смежных прав, которое определяется организацией по управлению правами на основе:

полученных от пользователей, лицензиатов, информации и документов;

других данных об использовании объектов авторских и смежных прав, в том числе сведений статистического характера. Такие сведения могут быть получены в том числе посредством программно-технических средств так называемой on-line статистики пользователя <1>, используемой в своей деятельности НП "ФАИР".

<1> <http://stats.fairlaw.ru/login.aspx>

9. Кодекс предусматривает также требование о подотчетности организации, управляющей авторскими и/или смежными правами на коллективной основе, перед правообладателями, получающими от нее вознаграждение.

В соответствии с комментируемой статьей отчет указанной организации должен обязательно содержать следующие сведения:

об использовании прав конкретного лица (правообладателя);

о размере собранного вознаграждения;

об удержанных из вознаграждения суммах.

Отчет может содержать и иные сведения, определенные уставом организации по управлению правами или иными руководящими документами, а также договором, заключенным с правообладателем, об управлении правами.

Указанный отчет представляется правообладателю организацией по управлению правами одновременно с выплатой ему вознаграждения.

10. Согласно п. 5 комментируемой статьи организация по управлению правами на коллективной основе обязана формировать и вести реестры правообладателей, прав, которые переданы в управление данной организации, а также объектов авторских и смежных прав.

Содержащуюся в перечисленных реестрах информацию Кодекс относит к общедоступной, кроме тех сведений, которые в силу прямого указания закона не могут быть разглашены без согласия правообладателя (персональные данные и др.). Это ведет к

возникновению права любого заинтересованного лица требовать от организации предоставления такой информации.

Вместе с тем организация вправе установить определенный порядок предоставления такой информации. В связи с этим интересным представляется вопрос о возможности взимания платы за предоставление информации (услуг) в свете не до конца разрешенной ситуации относительно права рассматриваемых организаций осуществлять коммерческую деятельность.

11. Статья обязывает организации по управлению правами на коллективной основе размещать в общедоступной информационной системе информацию о правах, переданных в управление данной организации, включая наименование объекта авторских или смежных прав, имя автора или иного правообладателя.

Из данного предписания следует прежде всего то, что организация по управлению правами обязана разработать указанную информационную систему. А поскольку речь идет о некоммерческих организациях специфического вида, источником инвестиций в данном случае может служить вознаграждение, собранное для распределения и выплаты правообладателем, из которого будут вычтены суммы на разработку, отладку и обслуживание указанной информационной системы в порядке покрытия необходимых расходов организации (см. п. 4 и комментарий к нему).

Следует отметить, что требование Кодекса о размещении в общедоступной информационной системе информации о правах, переданных в управление организации, не содержит изъятий. Иными словами, оно относится и к организациям, действующим от имени всех правообладателей и предоставляющих "бланкетную" лицензию на весь мировой репертуар, что представляется абсурдным.

Статья 1244. Государственная аккредитация организаций по управлению правами на коллективной основе

Комментарий к статье 1244

1. В целях установления государственного контроля над функционированием организаций, уставной деятельностью которых является управление исключительными правами на коллективной основе, разработчики Кодекса предусмотрели нормы о государственной аккредитации таких организаций.

В соответствии с п. 1 комментируемой статьи организация по управлению правами на коллективной основе может получить государственную аккредитацию на осуществление деятельности в сферах коллективного управления, предусмотренных данным пунктом статьи. Всего установлено шесть таких сфер.

Из правовой конструкции данной нормы следует, что получение государственной аккредитации - не обязанность, а право организации по коллективному управлению, о чем также свидетельствует норма, установленная в абз. 2 п. 3 ст. 1244.

2. Установление порядка проведения государственной аккредитации отнесено Кодексом к компетенции Правительства России.

Вместе с тем указывается, что государственная аккредитация должна осуществляться на основе принципов открытости процедуры и учета мнения заинтересованных лиц, включая правообладателей. Каким образом заинтересованные лица будут выражать свое мнение, видимо, также будет определено в постановлении Правительства России.

3. Пункт 2 говорит о том, что на осуществление деятельности в каждой из шести сфер управления правами на коллективной основе, которые перечислены в п. 1 комментируемой статьи, получить государственную аккредитацию может только одна организация по управлению правами, что, следовательно, исключает возможность других организаций быть аккредитованными в уже "занятых" сферах.

При этом статья не накладывает ограничения на организации по коллективному управлению, аккредитованные для занятия деятельностью в одной сфере, по получению государственной аккредитации в другой сфере коллективного управления. Наоборот, законодатель прямо указывает, что одна организация может получить аккредитацию на осуществление своей профессиональной деятельности в нескольких сферах коллективного управления.

Кроме того, из используемого законодателем в комментируемой статье выражения "одной, двух или более" можно сделать следующий вывод: Кодекс допускает возможность функционирования одной организации, аккредитованной во всех предусмотренных Кодексом сферах управления правами на коллективной основе.

4. Аналогично ЗоАП, Кодекс указывает на неприменимость ограничений, установленных антимонопольным законодательством, к деятельности организаций по управлению правами на коллективной основе, однако, в отличие от ЗоАП, только тех, которые прошли государственную аккредитацию.

5. Пункт 3 предусматривает возможность аккредитованных организаций осуществлять управление имущественными правами не только своих непосредственных членов (правообладателей, уполномочивших организацию на управление их правами в соответствии с п. 3 ст. 1242 Кодекса), но и правообладателей, с которыми у нее договоры о передаче прав в управление правами на коллективной основе не заключены.

Из абзаца 2 п. 3 следует, что наличие аккредитованной организации не препятствует созданию других организаций, в том числе предназначенных для управления правами в сферах, где предусмотрена государственная аккредитация. Однако такие неаккредитованные организации вправе заключать лицензионные договоры с пользователями только в интересах правообладателей, предоставивших этой организации полномочия на управление правами в порядке, предусмотренном п. 3 ст. 1242 Кодекса, т.е. заключивших с такой организацией прямой договор о передаче полномочий на управление правами. Следовательно, выдавать бланкетную лицензию указанные организации не вправе.

Следует особо отметить, что законодатель предусматривает возможность создания организаций по коллективному управлению правами и в иных сферах, для которых государственная аккредитация не предусмотрена. Нормы ст. ст. 1242 - 1244 ГК РФ не предусматривают прямого запрета организациям, созданным для управления правами на коллективной основе в таких сферах, предоставлять пользователям бланкетную лицензию. Однако из системного толкования норм, содержащихся в указанных статьях, следует, что логика законодателя очевидна - наделить правом выдачи бланкетной лицензии только организации, аккредитованные в указанных выше шести сферах коллективного управления.

Научно-технический прогресс рождает как новые формы произведений и иных объектов интеллектуальной деятельности, так и способы их использования, предвидеть которые невозможно. В связи с этим, если предположить, что бланкетную лицензию могут выдавать только аккредитованные организации, безусловным пробелом новелл гражданского законодательства можно считать установление закрытого перечня сфер коллективного управления правами, в отношении которых может быть получена государственная аккредитация, особенно на уровне кодифицированного закона.

Вместе с тем использование объектов авторского права и смежных прав (в частности, фонограмм и записанных на них исполнений), например, в сети Интернет по своей юридической сути идентично использованию указанных объектов на радио и телевидении, т.е. в сферах, где осуществление прав в индивидуальном порядке затруднительно для авторов, исполнителей и иных правообладателей, а для пользователей, следовательно, согласование условий и заключение договора о таком использовании непосредственно с каждым правообладателем невозможны.

Система коллективного управления до введения в действие комментируемой части Гражданского кодекса уже была достаточно развита в России и полностью соответствовала заключенным международным договорам и указаниям (рекомендациям) межправительственных организаций, в том числе Всемирной организации интеллектуальной собственности (ВОИС), которые Россия должна учитывать в силу присоединения к Конвенции об учреждении Всемирной организации интеллектуальной собственности (ВОИС).

Как, в частности, указали эксперты ВОИС в своих рекомендациях относительно вопросов коллективного управления правами, "действие бланкетной лицензии, предоставляемой... организацией по коллективному управлению, должно усиливаться содержащейся в законодательстве презумпцией того, что такая организация имеет право разрешать использование всех произведений... и представлять всех правообладателей..." <1>. Пункт 259 данных рекомендаций гласит, что "система коллективного управления будет подорвана, если организациям по коллективному управлению не будет предоставлено право выдавать бланкетные (всеобъемлющие) лицензии". К этому справедливому замечанию следует добавить, что к подрыву системы коллективного управления также приведет необходимость организаций по управлению правами подтверждать весь свой репертуар и доказывать каждому правообладателю правовые основания своей деятельности <2>.

<1> Коллективное управление авторским правом и смежными правами. Исследования и рекомендации по созданию и деятельности организаций по коллективному управлению правами. Женева, 1990. Издано на русском языке. М., 1999. С. 100.

<2> Туркин А., Максимова Л. Разрешите не согласиться // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2000. N 1. С. 51.

Норма, о которой говорится в приведенных выше рекомендациях ВОИС, существовала в российском праве - в абз. 2 п. 3 ст. 45 ЗоАП, которая была специальной по отношению к общей норме, установленной ст. 138 ГК РФ, так как определяла для пользователя альтернативу получения разрешения от правообладателя путем обращения непосредственно к правообладателю (если это не затруднительно в силу специфики использования произведений) либо получения лицензии организации по коллективному управлению правами, действующей от имени и в интересах правообладателей - бенефициаров.

В связи с изложенным представляется, что законодатель вряд ли стремился ухудшить правовое положение правообладателей и иных субъектов рассматриваемых отношений по сравнению с действовавшим до введения в действие Кодекса специальным законом - ЗоАП (напомним: ЗоАП предусматривал общее требование о предоставлении бланкетной лицензии ко всем организациям по управлению правами на коллективной основе; при этом такая организация была не вправе отказать пользователю в предоставлении подобной лицензии без веских оснований, на что было особо обращено внимание в п. 5 письма Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 19 октября 1993 г. N С-13/ОСЗ-317 "Об авторском праве и смежных правах"), так как это запрещает основной закон государства - Конституция. Однако, поскольку на практике возможны случаи различного толкования данной нормы судами и иными правоприменительными органами, что может пагубно сказаться на устоявшихся рыночных отношениях и затруднить процедуры восстановления (защиты) прав и законных интересов, в первую очередь авторов, артистов-исполнителей и иных правообладателей, представляется, что абз. 2 п. 3 ст. 1244 Кодекса нуждается в корректировке.

6. Пункт 4 комментируемой статьи устанавливает норму, схожую по содержанию с п. 2 ст. 47 ЗоАП об исключении объектов авторского права или смежных прав из коллективного управления и лицензий, выдаваемых управляющей организацией.

В соответствии с ней правообладатель, который не заключал с аккредитованной организацией прямого договора о передаче полномочий на управление правами, в любой момент вправе полностью или частично отказаться от управления этой организацией его правами.

О своем решении правообладатель должен уведомить аккредитованную организацию в письменной форме.

Пункт 4 также гласит, что если правообладатель намерен отказаться от управления аккредитованной организацией только частью своих прав, то он обязан представить данной организации перечень таких исключаемых прав и/или объектов. Однако исключение из коллективного управления всего репертуара данного правообладателя также видится маловероятным без предоставления указанного перечня, так как управляющей организации не может быть известно в том числе о всех созданных и обнародованных им в данный момент объектах интеллектуальной собственности (применительно к автору), а также на использование которых он обладает исключительными правами.

Аккредитованная организация обязана произвести исключение указанных прав и/или объектов по истечении трех месяцев со дня получения от правообладателя уведомления правообладателя, а также выплатить правообладателю вознаграждение, собранное для него с пользователей (за вычетом необходимых расходов), и предоставить ему отчет об использовании объектов его исключительных прав.

7. Пункт 5 обязывает аккредитованные организации принимать по установлению правообладателей, имеющих право на получение вознаграждения в соответствии с заключенными этой организацией лицензионными договорами и договорами о выплате вознаграждения.

Такие меры должны быть разумными (поскольку организация по управлению правами на коллективной основе, будучи некоммерческой, "живет" на средства правообладателей и все юридические действия осуществляет за их счет), но достаточными. Обычно в качестве таковых используются общедоступные информационные ресурсы, такие как сайт управляющей организации в сети Интернет <1>, а также направление письменных обращений в адрес всех крупных правообладателей. Представляется, что по согласованию с правообладателями организация по управлению правами может использовать и другие более затратные средства розыска авторов и иных правообладателей, например размещение объявлений в СМИ.

<1> См., например: <http://rao.ru/orao/avtorpoisk.htm>.

8. Статья предусматривает схожую с ЗоАП норму о невозможности отказа в приеме в члены организации по управлению правами на коллективной основе лица, от чьего имени данная организация собирает вознаграждение с пользователей.

9. Контроль над деятельностью аккредитованных организаций ведет специально уполномоченный федеральный орган исполнительной власти.

В соответствии с п. 6 аккредитованные организации ежегодно отчитываются перед данным федеральным органом о своей деятельности по установленной им форме. Кроме того, организации по управлению правами на коллективной основе обязаны публиковать такой отчет в общероссийском средстве массовой информации.

10. Итак, организация по управлению правами на коллективной основе, в том числе и аккредитованная организация, может быть создана не иначе как в одной из форм некоммерческих организаций (п. 1 ст. 1242 Кодекса). Получить же аккредитацию, как следует из системного анализа норм Кодекса, может одна из уже зарегистрированных в

установленном законом порядке организаций "на основе принципов открытости процедуры и учета мнения заинтересованных лиц, включая правообладателей" (п. 1 ст. 1244). Вместе с этим п. 7 ст. 1244 устанавливает, что типовой устав аккредитованной организации утверждается в определяемом Правительством Российской Федерации порядке, что, думается, противоречит как иным перечисленным выше нормам Кодекса, так и Федеральному закону "О некоммерческих организациях".

Статья 1245. Вознаграждение за свободное воспроизведение фонограмм и аудиовизуальных произведений в личных целях

Комментарий к статье 1245

Как произведения науки, литературы и искусства объекты смежных прав могут свободно использоваться в предусмотренных законом случаях. Однако в случаях свободного использования (воспроизведения) фонограмм и аудиовизуальных произведений в личных целях авторам, исполнителям, изготовителям должно быть выплачено вознаграждение.

Последнее, в отличие от вознаграждения, выплачиваемого за осуществление исключительных прав, носит компенсационный характер.

Источником выплаты вознаграждения служат средства, которые уплачивают изготовители и импортеры оборудования и материальных носителей, используемых для такого воспроизведения.

К компетенции Правительства Российской Федерации отнесено право определять перечень оборудования и материальных носителей, а также размер и порядок сбора средств. В настоящее время к числу таких объектов можно отнести аудио- и видеомagnetофоны, иное оборудование, лазерные и компакт-диски.

В соответствии с п. 2 комментируемой статьи право сбора таких средств предоставлено аккредитованной организации (см. комментарий к ст. 1244 Кодекса).

В пункте 3 комментируемой статьи установлен порядок распределения вознаграждения за свободное использование (воспроизведение), который выглядит следующим образом:

- 40% - авторам,
- 30% - исполнителям,
- 30% - производителям фонограмм.

В пункте 4 комментируемой статьи предусмотрено исключение из круга объектов, облагаемых сбором. Если оборудование (магнитофоны и т.п.) и материальные носители (пленки, кассеты, диски и т.п.) производятся сугубо для экспорта или имеют профессиональный характер, т.е. не предназначены для использования в домашних условиях, то вознаграждение не выплачивается.

Статья 1246. Государственное регулирование отношений в сфере интеллектуальной собственности

Комментарий к статье 1246

1. Настоящая статья определяет в качестве сфер государственного регулирования отношений в сфере интеллектуальной собственности издание нормативных правовых актов и осуществление юридически значимых действий.

Издание нормативных правовых актов осуществляется:

в целях регулирования отношений, связанных с объектами авторских и смежных прав, - уполномоченным федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим нормативно-правовое регулирование в сфере авторского права и смежных прав (п. 1);

в целях регулирования отношений, связанных с объектами промышленной собственности и средствами индивидуализации, - уполномоченным федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим нормативно-правовое регулирование в сфере интеллектуальной собственности (п. 2);

в целях регулирования отношений, связанных с селекционными достижениями, - уполномоченным федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим нормативно-правовое регулирование в сфере сельского хозяйства.

Совершение юридически значимых действий по государственной регистрации объектов интеллектуальной деятельности, а также иных предусмотренных законодательством действий по их правовой охране отнесено к компетенции федерального органа исполнительной власти по интеллектуальной собственности. Данные функции, связанные с регистрацией и охраной секретных изобретений, могут также осуществляться иными федеральными органами исполнительной власти, которые уполномочены Правительством России. Что касается селекционных достижений, то указанные функции осуществляет федеральный орган исполнительной власти по селекционным достижениям.

2. Отметим, что законодатель в комментируемой статье не указал такую сферу государственного регулирования, как государственная аккредитация организаций по управлению правами на коллективной основе, а также контроль над их деятельностью (ст. 1244).

Статья 1247. Патентные поверенные

Комментарий к статье 1247

Статья устанавливает право заинтересованного лица вести свои дела с федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности как самостоятельно, так и через представителя, в том числе патентного поверенного. В статье установлены основные требования к процедуре такого представительства, а также к самому патентному поверенному. Более подробные требования к патентному поверенному, включая права, связанные с представительством интересов других лиц в федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности, регулируются специальным нормативным правовым актом.

Статья 1248. Споры, связанные с защитой интеллектуальных прав

Комментарий к статье 1248

1. Пункт 1 статьи устанавливает общее правило, согласно которому рассмотрение споров о защите нарушенных или оспоренных интеллектуальных прав осуществляется в судебном порядке.

Возможность судебной защиты гражданских прав служит одной из гарантий их осуществления <1>.

КонсультантПлюс: примечание.

Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (части первой) (под ред. О.Н. Садикова) включен в информационный банк согласно публикации - КОНТРАКТ, ИНФРА-М, 2005 (издание третье, исправленное, дополненное и переработанное).

<1> Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный). Изд. 2-е, испр. и доп., с использованием судебной-арбитражной практики / Рук. авт. коллектива и ответ. ред. докт. юрид. наук, профессор О.Н. Садилов. М., 2002. С. 36.

В соответствии с п. 1 ст. 11 ГК РФ защиту нарушенных или оспоренных прав осуществляет в соответствии с подведомственностью дел, установленной процессуальным законодательством, суд, арбитражный суд или третейский суд.

Порядок гражданского судопроизводства в федеральных судах общей юрисдикции определяется Конституцией России, Федеральным конституционным законом от 31 декабря 1996 г. N 1-ФКЗ "О судебной системе Российской Федерации", Гражданским процессуальным кодексом Российской Федерации (принят Государственной Думой 23 октября 2002 г.; вступил в силу 1 февраля 2003 г.) <1> и принимаемыми в соответствии с ними другими федеральными законами.

<1> СЗ РФ. 2002. N 46. Ст. 4532.

В соответствии со ст. 22 Гражданского процессуального кодекса (ГПК РФ) судам общей юрисдикции подведомственны следующие категории гражданских дел:

исковые дела с участием граждан, организаций, органов государственной власти, органов местного самоуправления о защите нарушенных или оспариваемых прав, свобод и законных интересов, по спорам, возникающим из гражданских, семейных, трудовых, жилищных, земельных, экологических и иных правоотношений;

дела, разрешаемые в порядке вынесения судебного приказа, по требованиям, перечисленным в ст. 122 ГПК РФ;

дела, возникающие из публичных правоотношений и указанные в ст. 245 ГПК РФ;

дела особого производства, указанные в ст. 262 ГПК РФ;

дела об оспаривании решений третейских судов и о выдаче исполнительных листов на принудительное исполнение решений третейских судов;

дела о признании и приведении в исполнение решений иностранных судов и иностранных арбитражных решений.

Перечисленные дела рассматриваются и разрешаются судами общей юрисдикции, за исключением экономических споров и других дел, отнесенных федеральным конституционным законом и федеральным законом к ведению арбитражных судов.

В соответствии с п. 4 ст. 22 ГПК РФ, если при обращении в суд с заявлением, содержащим несколько связанных между собой требований, из которых одни подведомственны суду общей юрисдикции, а другие - арбитражному суду, разделение требований невозможно, дело подлежит рассмотрению и разрешению в суде общей юрисдикции. Если же разделение требований возможно, судья выносит определение о принятии требований, подведомственных суду общей юрисдикции, и об отказе в принятии требований, подведомственных арбитражному суду.

Порядок гражданского судопроизводства у мирового судьи также определяется Федеральным законом от 17 декабря 1998 г. N 188-ФЗ "О мировых судьях в Российской Федерации".

Если международным договором, стороной которого является Российская Федерация, установлены иные правила гражданского судопроизводства, чем те, которые предусмотрены законодательством России, применяются правила международного договора.

Правосудие в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности осуществляется арбитражными судами, образованными в соответствии с Конституцией России и федеральным конституционным законом, путем разрешения экономических споров и рассмотрения иных дел, отнесенных к их компетенции Арбитражным

процессуальным кодексом Российской Федерации (принят Государственной Думой 14 июня 2002 г.; вступил в силу 1 сентября 2002 г., за исключением положений, для которых Федеральным законом от 24 июля 2002 г. N 96-ФЗ "О введении в действие Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации" установлены иные сроки и порядок введения в действие) и другими федеральными законами, по правилам, установленным законодательством о судопроизводстве в арбитражных судах (ст. 1 АПК РФ).

В соответствии со ст. 27 АПК РФ арбитражному суду подведомственны дела по экономическим спорам и другие дела, связанные с осуществлением предпринимательской и иной экономической деятельности. Поскольку Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации не перечисляет иных форм экономической деятельности, кроме предпринимательской, при определении понятия "экономический спор" следует прежде всего исходить из того, что это спор, вытекающий именно из предпринимательской деятельности, под которой согласно абз. 3 п. 1 ст. 2 ГК РФ понимается "самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг лицами, зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке".

Арбитражные суды разрешают экономические споры и рассматривают иные дела с участием организаций, являющихся юридическими лицами, граждан, осуществляющих предпринимательскую деятельность без образования юридического лица и имеющих статус индивидуального предпринимателя, приобретенный в установленном законом порядке (далее - индивидуальные предприниматели), а в случаях, предусмотренных настоящим Кодексом и иными федеральными законами, с участием Российской Федерации, ее субъектов, муниципальных образований, государственных органов, органов местного самоуправления, иных органов, должностных лиц, образований, не имеющих статуса юридического лица, и граждан, не имеющих статуса индивидуального предпринимателя. К подведомственности арбитражных судов федеральным законом могут быть отнесены и иные дела.

В пункте 3 информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 28 сентября 1999 г. N 47 "Обзор практики рассмотрения споров, связанных с применением Закона Российской Федерации "Об авторском праве и смежных правах" указано, что арбитражному суду не подведомственны споры по искам авторов произведений о защите авторских прав от несанкционированного использования произведений. При этом в указанном письме приводится случай из практики, когда индивидуальный предприниматель обратился в арбитражный суд с иском к акционерному обществу о защите авторских прав на выполненные им эскизные проекты фасада реставрируемого здания путем взыскания компенсации. Арбитражный суд правомерно прекратил производство по делу, поскольку истец обращался в арбитражный суд за защитой прав как автор графического произведения, т.е. как физическое лицо, следовательно, такой спор не подлежит рассмотрению в арбитражном суде.

Порядок создания и деятельность третейских судов в Российской Федерации регламентируются Федеральным законом от 24 июля 2002 г. N 102-ФЗ "О третейских судах в Российской Федерации" <1>.

<1> Российская газета. 2002. 27 июля.

В соответствии с Федеральным законом "О третейских судах в Российской Федерации" постоянно действующие третейские суды образуются торговыми палатами, биржами, общественными объединениями предпринимателей и потребителей, иными организациями - юридическими лицами, созданными в соответствии с законодательством России, и их объединениями (ассоциациями, союзами), и действуют при этих организациях - юридических лицах. Постоянно действующие третейские суды не могут быть образованы при федеральных органах государственной власти, органах

государственной власти субъектов Российской Федерации и органах местного самоуправления.

Постоянно действующий третейский суд считается образованным, когда организация - юридическое лицо:

приняла решение об образовании постоянно действующего третейского суда;

утвердила положение о постоянно действующем третейском суде;

утвердила список третейских судей, который может иметь обязательный или рекомендательный характер для сторон.

Копии указанных документов (решение, положение и список третейских судей) направляются организацией - юридическим лицом, образовавшим постоянно действующий третейский суд, в компетентный суд, осуществляющий судебную власть на той территории, где расположен постоянно действующий третейский суд.

Порядок образования третейского суда для разрешения конкретного спора определяется по соглашению сторон, которое не может противоречить положениям Федерального закона "О третейских судах в Российской Федерации". Правила третейского разбирательства определяются в соответствии со ст. 19 названного Федерального закона.

2. Наряду с судебным порядком рассмотрения и разрешения споров Гражданский кодекс также предусматривает административный порядок (п. 2 ст. 11 ГК РФ).

Защита гражданских прав в административном порядке осуществляется только в случаях, прямо предусмотренных законом. При этом решение, принятое в административном порядке, может быть обжаловано в суд.

Часть четвертая Кодекса предусматривает случаи, когда защита гражданских прав в отношениях, перечисленных в п. 2 комментируемой статьи, осуществляется в административном порядке федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности (образованной при нем патентной палатой) и федеральным органом исполнительной власти по селекционным достижениям, а в случаях, связанных с секретными изобретениями, - федеральным органом исполнительной власти, уполномоченным Правительством России. Решения этих органов вступают в силу со дня принятия и могут быть оспорены в судебном порядке.

Правила рассмотрения и разрешения споров в данном порядке устанавливаются соответствующим федеральным органом исполнительной власти.

Статья 1249. Патентные и иные пошлины

Комментарий к статье 1249

В статье содержится отсылка к законодательству о налогах и сборах, нормы которого подлежат применению при решении вопросов, связанных с патентными и иными пошлинами за совершение различных юридически значимых действий.

Статья также наделяет Правительство России полномочиями на определение иных юридически значимых действий, не предусмотренных законодательством о налогах и сборах, за совершение которых взимаются патентные и иные пошлины, а также на установление размеров таких пошлин, порядка и сроков их уплаты, оснований для освобождения от уплаты, уменьшения их размеров, отсрочки их уплаты или возврата.

Статья 1250. Защита интеллектуальных прав

Комментарий к статье 1250

1. Статья носит декларативный характер. В ней провозглашены основные и единые для всех разделов комментируемого Кодекса, регулирующих вопросы, связанные с

отдельными объектами интеллектуальной деятельности, принципы защиты интеллектуальных прав.

Пункт 1 устанавливает, что защита интеллектуальных прав может осуществляться предусмотренными настоящим Кодексом способами (как общими, предусмотренными ст. 12 части первой ГК РФ, так и специальными - установленными соответствующими разделами комментируемого Кодекса). Выбор способа (способов) защиты нарушенного интеллектуального права определяется исходя из существа нарушенного права и последствий его нарушения.

2. Пункт 2 перечисляет лиц, по требованию которых могут применяться способы защиты интеллектуальных прав по отношению к их нарушителю:

правообладатели (авторы и их наследники, иные физические и юридические лица, обладающие интеллектуальными правами в силу закона или договора);

организации по управлению правами на коллективной основе;

иные лица, установленные законом (например, лицензиаты, получившие право использования объекта интеллектуальной деятельности на основании исключительной лицензии, - ст. 1254, а также прокурор - ст. 1253).

3. Пункт 3 указывает на то, что отсутствие вины нарушителя не освобождает его от обязанности прекратить нарушение интеллектуальных прав, а также не исключает возможность применения в отношении его предусмотренных Кодексом мер, направленных на защиту данных прав.

Статья 1251. Защита личных неимущественных прав

Комментарий к статье 1251

1. Нормы данной статьи также носят чисто декларативный характер. В пункте 1 приводится неисчерпывающий перечень мер, направленных на защиту личных неимущественных прав автора в случае их нарушения.

Перечисленные меры, а также иные меры защиты личных неимущественных прав, предусмотренные Кодексом, могут также применяться при защите следующих прав:

права лица, организовавшего создание сложного объекта, на указание (требование об указании) своего имени (наименования) при использовании результата интеллектуальной деятельности в составе такого сложного объекта (п. 4 ст. 1240);

права издателя энциклопедий, энциклопедических словарей, периодических и продолжающихся сборников научных трудов, газет, журналов и других периодических изданий на указание (требование об указании) своего наименования при использовании таких изданий (п. 7 ст. 1260);

аналогичного права изготовителя аудиовизуального произведения (п. 4 ст. 1263);

аналогичного права работодателя в отношении служебных произведений (п. 3 ст. 1295);

прав изготовителя фонограммы, перечисленных в п. 1 ст. 1323;

прав изготовителя базы данных, перечисленных в п. 2 ст. 1333;

права публикатора 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).

2. Пункт 3 содержит отсылочную норму на ст. 152 ГК РФ, правила которой подлежат применению при защите чести, достоинства и деловой репутации автора. Данное предписание корреспондирует с п. 2 ст. 1266 ГК РФ, в соответствии с которым автор (или иное заинтересованное лицо после смерти автора) вправе требовать защиты его чести, достоинства или деловой репутации в соответствии со ст. 152 ГК РФ при извращении, искажении или ином изменении произведения, порочащем честь, достоинство или деловую репутацию автора, равно как и за посягательство на такие действия.

Статья 1252. Защита исключительных прав

Комментарий к статье 1252

1. В пункте 1 перечислены некоторые способы защиты исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации (требования, направленные на защиту этих прав), а также субъектов, к которым данные меры могут применяться.

Первое требование - о признании права, являющееся также первым из общих способов защиты гражданских прав, установленных ст. 12 ГК РФ, может предъявляться правообладателем или иным заинтересованным лицом, предусмотренным Кодексом, по отношению к лицу, отрицающему или иным образом не признающему исключительное право, нарушая тем самым интересы правообладателя.

Второй способ защиты исключительного права - о пресечении действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения, также содержится в ст. 12 ГК РФ и является составной частью восстановления положения, существовавшего до нарушения права. Такое требование предъявляется лицу, совершающему указанные действия или осуществляющему необходимые приготовления к ним.

Следующий способ - возмещение убытков. Под убытками согласно п. 2 ст. 15 ГК РФ понимаются расходы, которые лицо, чье право нарушено, произвело или должно будет произвести для восстановления нарушенного права, утрата или повреждение его имущества (реальный ущерб), а также неполученные доходы, которые это лицо получило бы при обычных условиях гражданского оборота, если бы его право не было нарушено (упущенная выгода). Если лицо, нарушившее право, получило вследствие этого доходы, то лицо, чье право нарушено, вправе требовать возмещения наряду с другими убытками упущенной выгоды в размере не меньшем, чем такие доходы.

В Постановлении Пленума Верховного Суда и Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 1 июля 1996 г. N 6/8 "О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации" указано, что при разрешении споров, связанных с возмещением убытков, причиненных гражданам и юридическим лицам нарушением их прав, необходимо иметь в виду, что в состав реального ущерба входят не только фактически понесенные соответствующим лицом расходы, но и расходы, которые это лицо должно будет произвести для восстановления нарушенного права. Необходимость таких расходов и их предполагаемый размер должны быть подтверждены обоснованным расчетом, доказательствами, в качестве которых могут быть представлены смета (калькуляция) затрат на устранение недостатков товаров, работ, услуг; договор, определяющий размер ответственности за нарушение обязательств, и т.п. Размер неполученного дохода (упущенной выгоды) должен определяться с учетом разумных затрат, которые кредитор должен был понести, если бы обязательство было исполнено. В частности, по требованию о возмещении убытков в виде неполученного дохода, причиненных недопоставкой сырья или комплектующих изделий, размер такого дохода должен определяться исходя из цены реализации готовых товаров, предусмотренной договорами, заключенными с покупателями этих товаров, за вычетом стоимости недопоставленного сырья или комплектующих изделий, транспортно-заготовительских расходов и других затрат, связанных с производством готовых товаров.

Согласно п. 1 ст. 15 ГК РФ лицо, чье право нарушено, может требовать полного возмещения причиненных ему убытков, если законом или договором не предусмотрено возмещение убытков в меньшем размере. Вместе с этим комментируемая статья Кодекса указывает на то, что требование о возмещении убытков может быть предъявлено лицу, нарушившему исключительное право и причинившему правообладателю ущерб.

Таким образом, возникает справедливый вопрос: допущена ли при разработке данной нормы техническая ошибка или законодатель сознательно ограничил право заинтересованных лиц требовать от нарушителя исключительного права только реального ущерба, вместо убытков в полном объеме? Данный вопрос предстоит решить судебной практике.

Четвертое требование - об изъятии материального носителя, которое может быть предъявлено его изготовителю, импортеру, хранителю, перевозчику, продавцу, иному распространителю, недобросовестному приобретателю. Кто является недобросовестным приобретателем в смысле данной нормы, Кодекс не поясняет. Представляется, что упоминание такого субъекта в перечне возможных нарушителей исключительного права может привести на практике к коллизии прав на результаты интеллектуальной деятельности (средства индивидуализации) с правом собственности на содержащие их материальные носители.

Не совсем понятна и правовая природа данного требования: то ли целью законодателя было установить дополнительный особый способ защиты гражданских прав, то ли она стала следствием редакции нормы административно-правового характера о конфискации контрафактных экземпляров и оборудования, посредством которого они произведены, содержащейся в специальных законах (действующих до введения Кодекса в действие) и подкрепленной положениями Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях. Отметим, что суд принимает решение о конфискации контрафактных экземпляров произведений независимо от наличия ходатайства об этом со стороны истца. На это было обращено внимание в информационном письме Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 28 сентября 1999 г. N 47 "Обзор практики рассмотрения споров, связанных с применением Закона Российской Федерации "Об авторском праве и смежных правах".

Пятое, и последнее, упомянутое в комментируемой статье требование - публикация судебного решения о допущенном нарушении с указанием действительного правообладателя. Данное требование правообладатель вправе предъявить к нарушителю своего исключительного права.

2. Пункт 2 статьи содержит отсылку к процессуальному законодательству относительно принятия обеспечительных мер по искам о нарушении исключительных прав.

Так, в соответствии с п. 1 ст. 90 АПК РФ арбитражный суд по заявлению лица, участвующего в деле, а в случаях, предусмотренных Арбитражным процессуальным кодексом, и иного лица может принять срочные временные меры, направленные на обеспечение иска или имущественных интересов заявителя (обеспечительные меры). Обеспечительные меры допускаются на любой стадии арбитражного процесса, если непринятие этих мер может затруднить или сделать невозможным исполнение судебного акта, в том числе если исполнение судебного акта предполагается за пределами Российской Федерации, а также в целях предотвращения причинения значительного ущерба заявителю.

Обеспечительными мерами согласно ст. 91 АПК РФ могут быть:

наложение ареста на денежные средства или иное имущество, принадлежащие ответчику и находящиеся у него или других лиц (в том числе на материальные носители, оборудование и материалы, в отношении которых выдвинуто предположение о нарушении исключительного права на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации);

запрещение ответчику и другим лицам совершать определенные действия, касающиеся предмета спора (например, использовать объекты интеллектуальной деятельности, в отношении которых заявлен иск);

возложение на ответчика обязанности совершить определенные действия в целях предотвращения порчи, ухудшения состояния спорного имущества;

передача спорного имущества на хранение истцу или другому лицу;
приостановление взыскания по оспариваемому истцом исполнительному или иному документу, взыскание по которому производится в бесспорном (безакцептном) порядке;
приостановление реализации имущества в случае предъявления иска об освобождении имущества от ареста.

Арбитражным судом могут быть приняты иные обеспечительные меры, а также одновременно может быть принято несколько обеспечительных мер.

Важным условием принятия той или иной обеспечительной меры является ее соразмерность заявленному требованию.

Кроме того, арбитражный суд, допуская обеспечение иска, по ходатайству ответчика может потребовать от обратившегося с заявлением об обеспечении иска лица или предложить ему по собственной инициативе предоставить обеспечение возмещения возможных для ответчика убытков (встречное обеспечение). Встречное обеспечение осуществляется путем внесения на депозитный счет суда денежных средств в размере, предложенном судом, либо предоставления банковской гарантии, поручительства или иного финансового обеспечения на ту же сумму. Размер встречного обеспечения может быть установлен в пределах имущественных требований истца, указанных в его заявлении, а также суммы процентов от этих требований, однако он не может быть менее половины размера имущественных требований.

Встречное обеспечение также может быть предоставлено ответчиком взамен обеспечения иска о взыскании денежной суммы путем внесения на депозитный счет арбитражного суда денежных средств в размере требований истца.

3. Для исключительных прав на отдельные виды результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации Кодекс, не ломая традиции специальных законов, утрачивающих силу с его введением в действие, устанавливает специальный способ защиты - право требовать от нарушителя выплаты компенсации в установленных Кодексом пределах вместо возмещения убытков. Особенностью данного способа является то, что компенсация подлежит взысканию в судебном порядке при доказанности только факта совершенного правонарушения, но не убытков (их размера).

4. Пункты 4 и 5 носят административно-правовой характер и устанавливают порядок и основания для признания материальных носителей, содержащих объекты интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации, контрафактными, их изъятия, а также изъятия оборудования, прочих устройств и материалов, главным образом используемых или предназначенных для совершения нарушения исключительных прав, из гражданского оборота, а затем уничтожения.

Кодекс наконец-то устранил противоречие, возникшее в теории и практике применения специальных законов (главным образом, ЗоАП) относительно установления контрафактности материальных носителей, содержащих объекты интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации, - данный факт подлежит установлению в судебном порядке.

Более того, понятие контрафактности экземпляров - юридическое. Поэтому вопрос о контрафактности не может ставиться судом перед экспертами. На это было особо обращено внимание Пленумом Верховного Суда Российской Федерации в Постановлении от 19 июня 2006 г. N 15 "О вопросах, возникших у судов при рассмотрении гражданских дел, связанных с применением законодательства об авторском праве и смежных правах" (п. 15).

Изъятие и уничтожение контрафактных носителей производятся без какой-либо материальной компенсации их бывшему владельцу.

В отношении оборудования, прочих устройств и материалов, используемых или предназначенных для совершения нарушения исключительных прав, установлено, что они изымаются из оборота и уничтожаются за счет нарушителя, если законом не предусмотрено их обращение в доход Российской Федерации. Данное предписание,

видимо, означает, что нарушитель должен за свой счет оплатить расходы компетентных органов на осуществление указанных действий. Однако не совсем понятно, по какой методике такие расходы будут определяться (и кем).

Немаловажна и система (критерии) установления того, что те или иные технические средства (оборудование, устройства) и материалы используются для нарушения исключительных прав, а тем более специально предназначены для совершения подобных нарушений. Безусловно, таковыми можно назвать программные и технические средства, позволяющие использовать программы для ЭВМ и базы данных способами, не предусмотренными лицензией производителя (иного правообладателя), т.е. специально разработанные для "взлома" программного обеспечения, обхода средств его защиты, получения доступа к коду и т.д. Однако попадают ли под такую категорию производственные мощности издательства (типографии, завода по производству компакт-, dvd- или иных дисков), с использованием которых был выпущен только один тираж контрафактных экземпляров объектов интеллектуальной деятельности? Данный вопрос предстоит решать судебной практике. Представляется, что в указанном случае необходимо доказать, что такая незаконная деятельность осуществляется систематически и что нарушитель осознавал противоправность своих действий (т.е. предпринимал их с прямым умыслом), а не выполнял обязательства перед другим лицом по гражданско-правовому договору. Как указал Пленум ВС РФ в названном выше Постановлении от 19 июня 2006 г. N 15 (п. 13), надлежащим ответчиком по делу о защите авторского права и (или) смежных прав является лицо, осуществившее действие по использованию объектов авторского права или смежных прав. Например, занимающаяся издательской деятельностью организация, предоставившая в типографию оригинал-макет произведения для печатания книги, будет надлежащим ответчиком в случае нарушения прав автора произведения. Типография в данном случае осуществляет только техническое содействие при издании книги. Однако если типография по своей инициативе превысит заказанный тираж произведения, то она будет нести ответственность за нарушение авторского права.

6. Пункт 6 устанавливает приоритет в отношении права использования средств индивидуализации, оказавшихся тождественными или сходными до степени смешения, в результате чего существует вероятность введения в заблуждение потребителей и (или) контрагентов лица, использующего такие средства, - им пользуется то средство индивидуализации, исключительное право на которое возникло ранее.

Лицо, которое приобрело исключительное право на средство индивидуализации ранее другого лица, использующего тождественное или сходное до степени смешения обозначение, вправе требовать:

в отношении товарного знака (знака обслуживания) - признания недействительным предоставления правовой охраны;

в отношении фирменного наименования или коммерческого обозначения - полного или частичного запрета на использование.

Частичный запрет означает невозможность использования фирменного наименования в определенных видах деятельности. В отношении коммерческого обозначения могут быть наложены как указанный запрет, так и запрет на использование коммерческого обозначения в пределах определенной территории либо могут быть применены оба названных вида запрета.

7. Пункт 7 содержит декларативную норму, согласно которой, если нарушение исключительного права на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации было в установленном порядке признано актом недобросовестной конкуренции, защита нарушенного исключительного права может осуществляться способами, как предусмотренными Гражданским кодексом (общими, содержащимися в ст. 12 части первой, и специальными, предусмотренными комментируемым Кодексом), так и установленными антимонопольным законодательством.

Статья 1253. Ответственность юридических лиц и индивидуальных предпринимателей за нарушения исключительных прав

Комментарий к статье 1253

1. В соответствии с п. 2 ст. 61 ГК РФ юридическое лицо может быть ликвидировано не только по решению его учредителей (участников либо уполномоченного органа юридического лица - правления и др.). Основанием для ликвидации также служит решение суда, которое может быть вынесено в связи с ведением данным юридическим лицом деятельности без разрешения (лицензии), деятельности, либо запрещенной законом, либо с иными неоднократными или грубыми нарушениями закона или иных правовых актов, а также в иных установленных Гражданским кодексом случаях.

Комментируемая статья содержит норму, отсылающую к п. 2 ст. 61, и устанавливает, что ее положения могут быть применены в случае неоднократного или грубого нарушения юридическим лицом исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации.

Основанием для вынесения судом решения о ликвидации юридического лица служит требование прокурора.

Ликвидация юридического лица влечет за собой его прекращение без перехода прав и обязанностей в порядке правопреемства к другим лицам.

2. Если же указанные в статье нарушения совершает гражданин, зарегистрированный в качестве индивидуального предпринимателя, то его хозяйственная деятельность в качестве такового индивидуального предпринимателя может быть прекращена по судебному решению или приговору.

Статья 1254. Особенности защиты прав лицензиата

Комментарий к статье 1254

Статья устанавливает право лица, получившего права на использование результата интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации на основе исключительной лицензии, защищать свои интересы, затронутые при нарушении третьими лицами исключительных прав, способами, предусмотренными ст. ст. 1250, 1252 и 1253 Кодекса, наряду с иными способами защиты, предусмотренными, в частности, ст. 12 части первой ГК РФ.

Напомним, что исключительная лицензия представляет собой предоставление лицензиату права использовать результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации без сохранения за лицензиаром права выдачи лицензий другим лицам (см. ст. 1236 и комментарий к ней). Вместе с тем обладатель исключительной лицензии не приобретает исключительных прав, т.е. не становится правопреемником лицензиара.

Глава 70. АВТОРСКОЕ ПРАВО

Статья 1255. Авторские права

Комментарий к статье 1255

1. Комментируемая статья, в отличие от ЗоАП, дает понятие авторских прав и вводит новый для российского законодательства термин "интеллектуальные права".

2. По сравнению с ЗоАП статья не предусматривает ярко выраженного деления авторских прав на личные неимущественные и исключительные права на использование произведения (имущественные права).

3. В пункте 3 комментируемой статьи введена отдельная группа прав, которые не подпадают под классификацию личных неимущественных и имущественных прав. К авторским правам относятся права:

- на вознаграждение за использование служебного произведения;
- на отзыв;
- следования;
- доступа к произведениям изобразительного искусства.

Статья 1256. Действие исключительного права на произведения науки, литературы и искусства на территории Российской Федерации

Комментарий к статье 1256

1. Комментируемая статья определяет действие исключительного права на произведения на территории Российской Федерации.

Действие исключительного права определяется в зависимости от территории обнародования произведения и гражданства автора.

Под гражданством в соответствии с Федеральным законом от 31 мая 2002 г. N 62-ФЗ "О гражданстве Российской Федерации" понимается устойчивая правовая связь лица с Российской Федерацией, выражающаяся в совокупности их взаимных прав и обязанностей.

Согласно комментируемой статье на основании гражданства выделяется три категории авторов, исключительное право на произведение которых охраняется на территории Российской Федерации:

- граждане Российской Федерации;
- граждане других государств, имеющих международные договоры с Российской Федерацией;
- лицо без гражданства (лицо, не являющееся гражданином России и не имеющее доказательства наличия гражданства иностранного государства).

Из этого следует, что произведениям, чьи авторы являются гражданами других государств, не имеющих с Российской Федерацией международных договоров, правовая охрана не предоставляется.

Российская Федерация имеет международные договоры с государствами стран бывшего СССР: Азербайджаном, Арменией, Белоруссией, Грузией, Казахстаном, Киргизией, Молдовой, Таджикистаном, Узбекистаном, Украиной (Соглашение о сотрудничестве в области охраны авторских прав и смежного права, 1993 г.).

Российская Федерация имеет двусторонние договоры о взаимной охране авторских прав с Австрией, Венгрией, Кубой, Чехией, Швецией, Болгарией.

Среди авторов произведений, граждан других государств, имеющих с Российской Федерацией международные договоры, выделяются авторы, граждане стран - участниц Всемирной конвенции об авторском праве и Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений.

2. По критерию обнародования различаются следующие виды произведений, на которые распространяется исключительное право:

- обнародованные на территории Российской Федерации;
- обнародованные на территории государства, с которым Российская Федерация имеет международные договоры.

Пункт 1 комментируемой статьи предоставляет охрану и необнародованным произведениям на основании признака их места нахождения.

Исключительное право на необнародованное произведение распространяется в случае его местонахождения на территории Российской Федерации или на территории государства, с которым Российская Федерация имеет международные договоры.

Из этого следует, что при отсутствии международного договора с Российской Федерацией правовая охрана не предоставляется.

В пункте 2 комментируемой статьи к обнародованным на территории Российской Федерации произведениям приравняются произведения, опубликованные на территории Российской Федерации в течение 30 дней с момента первого опубликования за пределами России.

Пункт 3 комментируемой статьи рассматривает правила определения автора или иного правообладателя, если автор или иной правообладатель не является гражданином Российской Федерации. Правовая охрана таким произведениям предоставляется в соответствии с международными договорами Российской Федерации.

По общему правилу автор или иной первоначальный правообладатель определяются по закону государства, на территории которого имел место юридический факт создания произведения. По российскому законодательству таким юридическим фактом является создание произведения, однако по зарубежному законодательству им могут быть и иные юридические факты.

В соответствии с п. 4 комментируемой статьи на территории Российской Федерации охрана произведениям в соответствии с международными договорами предоставляется при наличии совокупности условий:

произведение не должно перейти в общественное достояние в стране происхождения произведения вследствие истечения срока действия исключительного права, установленного в стране происхождения произведения;

произведение не должно перейти в общественное достояние в Российской Федерации вследствие истечения срока действия исключительного права, установленного российским законодательством, в частности ст. 1281 ГК РФ.

Статья 1257. Автор произведения

Комментарий к статье 1257

Настоящая статья определяет признаки, которые характеризуют понятие "автор произведения науки, литературы и искусства". К таким признакам следует отнести следующие положения:

автором может признаваться только гражданин. При этом в отличие от ЗоАП законодатель ушел от термина "физическое лицо" и ввел понятие "гражданин", что соответствует общим положениям Гражданского кодекса России. В частности, из ст. 2 ГК РФ следует, что лицами, являющимися участниками гражданских правоотношений, являются граждане и юридические лица;

автором признается только то лицо, чьим творческим трудом создано произведение науки, литературы и искусства.

Статья 1258. Соавторство

Комментарий к статье 1258

1. Комментируемая статья регулирует отношения лиц, совместно создавших результат интеллектуальной деятельности - соавторов.

Соавторами признаются лица, создавшие произведение совместным трудом, если лицо принимало участие в создании произведения, однако результаты его труда не были включены в произведение, то он не вправе претендовать на соавторство.

2. Произведение признается созданным в соавторстве в случаях, и когда оно образует неразрывное целое, и когда оно состоит из частей, каждое из которых имеет самостоятельное значение.

Если произведение состоит из частей, каждое из которых имеет самостоятельное значение, сложнее доказать факт создания произведения в соавторстве. В этой ситуации необходимо исходить из следующего: части произведения, которые могут быть использованы самостоятельно, в едином произведении должны быть связаны между собой так, чтобы дальнейшее изъятие или изменение вызвали невозможность использования произведения в целом.

3. Условием создания произведения в соавторстве является наличие соглашения между авторами о создании произведения. Данное соглашение может быть заключено в любой форме и на любой стадии создания произведения.

4. В соответствии с п. 2 комментируемой статьи соавторство подразделяется на делимое и неделимое. Последнее относится к случаям, когда в соавторстве создано произведение, образующее единое целое. В данных случаях ни один из авторов не вправе запрещать другому соавтору использовать произведение. Однако авторские права на права осуществляются совместно. На практике для избежания ненужных споров по поводу использования произведения, созданного в соавторстве, необходимо заключать договор со всеми соавторами.

К делимому соавторству относятся случаи, когда созданное в соавторстве произведение состоит из частей, имеющих самостоятельное значение. В этих случаях каждый автор вправе самостоятельно осуществлять права в отношении созданной им части произведения.

Вместе с тем соавторы вправе при заключении соглашения изменить данное установленное законом правило.

В соответствии с правилами п. 4 комментируемой статьи, если произведение образует неразрывное целое, каждый из соавторов вправе принимать меры к защите своих прав.

5. В пункте 3 комментируемой статьи установлен порядок распределения доходов между соавторами произведения и распоряжения исключительным правом на произведение. Данная норма носит отсылочный характер. В случаях создания произведения в соавторстве применяются положения п. 3 ст. 1229 ГК РФ.

Например, доходы от совместного использования произведения распределяются между правообладателями поровну, если соглашением между ними не предусмотрено иное.

Статья 1259. Объекты авторских прав

Комментарий к статье 1259

1. Пункт 1 комментируемой статьи приводит перечень объектов авторского права, а именно произведений, которые подлежат охране авторским правом. Данный перечень не является исчерпывающим, этот вывод подтверждается и формулировкой "другие произведения". Это объясняется тем, что произведения литературы, науки и искусства могут иметь различное выражение, и если они отвечают требованиям, предъявляемым нормами авторского права, то они получают безусловную охрану.

Указанный перечень и не может быть исчерпывающим, поскольку творческая деятельность, направленная на создание чего-то нового и отличного от ранее созданного, непредсказуема. В силу этого законодатель не может предусмотреть все формы, в которые могут быть облечены результаты творческого труда. Именно поэтому часть первая закрепляет примерный перечень, включающий в себя именно те объекты, которые наиболее распространены и значимы в настоящее время.

2. Произведение классифицируется как произведение литературы, науки и искусства в зависимости от формы выражения. Например, драматические, музыкально-драматические, сценарные произведения могут быть выражены письменно, в этом случае

они охраняются как литературные произведения. Однако при их сценическом воплощении они подлежат охране как драматические, музыкально-драматические, сценарные произведения.

Под наукой принято понимать систему знаний о закономерностях развития природы, общества и мышления <1>. Следовательно, произведениями науки можно считать любые произведения, основное содержание которых состоит в выработке и систематизации объективных знаний о действительности, включая произведения научной литературы <2>.

<1> Новый словарь русского языка. Толково-словообразовательный. М.: Рус. яз., 2000. Т. 1: А - О (Б-ка словарей рус. яз.).

<2> Сергеев А.П. Авторское право России. СПб., 1994. С. 53.

Под искусством понимаются творческая художественная деятельность <1>, творческое отражение, воспроизведение действительности в художественных образах <2>. Следовательно, можно говорить, что произведения искусства - все то творчество, что выражено не в письменной форме.

<1> Толковый словарь русского языка: 80000 слов и фразеологических выражений / Российская академия наук. Институт русского языка им. В.В. Виноградова. 4-е изд., дополненное. М.: ТЕМП, 2004.

<2> Новый словарь русского языка. Толково-словообразовательный. М.: Рус. яз., 2000. Т. 1: А - О (Б-ка словарей рус. яз.).

Литература понимается как вид словесного искусства, целью которого является изображение жизни, создание художественных образов при помощи слова.

Комментируемая статья приводит примерный перечень произведений науки, литературы и искусства.

Одним из основных объектов является литературное произведение, которое может включать не только литературно-художественные, но и научные, учебные, публицистические и иные работы. Литературное произведение может существовать в устной, письменной или иной объективной форме, допускающей возможность восприятия его третьими лицами.

К драматическим произведениям относятся произведения, построенные в форме диалога и предназначенные для исполнения на сцене. Драматические произведения являются одним из трех основных родов литературы наряду с эпосом и лирикой.

Хореографические произведения относятся к произведениям искусства, в частности искусства танца. Произведениями пантомимы признаются произведения в виде театральных представлений, когда действующие лица изъясняются мимикой, жестикуляцией и пластическими движениями.

Один из видов произведений - музыкальные произведения с текстом или без текста. В комментируемой статье не раскрывается понятие данного вида произведений.

Музыкальным можно считать такое произведение, когда действительность, определенные образы отражаются при помощи звуков. Музыкальные произведения воспринимаются на слух как при их исполнении, так и при помощи технических средств. Музыкальная форма состоит из нескольких компонентов, к которым относятся мелодия, фактура, полифония, гармония, ритм, композиция и др.

Определение аудиовизуального произведения раскрыто в ст. 1263 ГК РФ (см. комментарий к ст. 1263).

Следующим видом произведений являются произведения живописи, скульптуры, графики, дизайна, графические рассказы, комиксы и другие произведения изобразительного искусства. Особенность названных произведений состоит в том, что они неразрывно связаны с материальными носителями, на которых они выражены.

Произведения декоративно-прикладного искусства и дизайна представляют собой разновидность произведений изобразительного искусства. Отличительный признак данных произведений - их одновременное утилитарное и художественное использование, т.е. данные произведения одновременно решают практические и художественные задачи.

Под сценарием понимается литературно-драматическое произведение, написанное как основа для постановки, кино- или телефильма, балета, пьесы и т.д.

Виды и понятие произведений архитектуры, градостроительства и садово-паркового искусства, в том числе в виде проектов, чертежей, изображений и макетов, раскрыты в ст. 1294 Кодекса.

В комментируемой статье в качестве объекта авторского права указаны фотографические и иные произведения, полученные способами, аналогичными фотографии, например произведения голографии, слайды.

Среди объектов авторского права особое место занимают географические, геологические и другие карты, эскизы и пластические произведения, относящиеся к географии, топографии и к другим наукам. Проблемой данного вида объектов является то, что зачастую возникает вопрос: результат ли они творческой деятельности? Несмотря на то что в их основе лежит техническая деятельность, само создание карты требует творческого вклада составителя, составленные карты различаются не только степенью точности, но и внешним видом.

3. Пункт второй комментируемой статьи регулирует отношения, связанные с созданием производных и составных произведений. При рассмотрении вопросов о создании производных произведений следует помнить, что авторское право охраняет форму, а не содержание произведений.

Необходимо учитывать, что использование в содержании произведения элементов, частей содержания другого произведения не является созданием производного произведения.

4. Пункт 3 комментируемой статьи устанавливает, что охрана авторским правом предоставляется с момента, когда результат творческой деятельности гражданина (произведения) будет выражен в какой-либо объективной форме.

Объективная форма - это форма существования произведения во внешнем мире (материальная форма). Более того, для признания произведения, выраженного в объективной форме, объектом авторского права не имеет значения способ выражения.

Сам материальный объект, в котором произведение существует, охраняется правом собственности, а не авторским правом.

5. Из комментируемого пункта следует, что авторское право возникает не с момента обнародования или опубликования произведения, а с момента его создания, т.е. выражения в объективной форме. В силу ст. 8 ГК РФ создание произведения представляет собой юридический факт, который влечет возникновение авторских прав.

Комментируемое положение, как и ранее ЗоАП, исключает возможность того, что какая-либо организация, исполнительный или судебный орган потребуют от автора или иного правообладателя выполнения каких-либо формальностей, касающихся создания произведения. Перечень таких формальностей указан в п. 1 ст. III Всемирной конвенции об авторском праве.

К таким, в частности, относятся: депонирование экземпляров, регистрация, оговорка о сохранении авторского права, нотариальное удостоверение, уплата сборов, изготовление или выпуск в свет экземпляров произведения на территории данного государства. В пункте 4 ст. III Всемирной конвенции об авторском праве установлено, что не выпущенные в свет произведения также охраняются без каких-либо формальностей.

Вместе с тем, если автор или иной правообладатель намерены заранее обеспечить доказательства своего авторства или принадлежности ему исключительных прав на произведение, они могут обратиться к соответствующим юридическим лицам за регистрацией произведения, за получением сертификата соответствия, например,

выдаваемого по правилам системы добровольной сертификации, в частности СДС ОИС - государственный регистрационный номер N РОСС RU.Ж157.04АД00.

6. В пункте 5 данной статьи указаны случаи, когда не предоставляется охрана авторским правом. Данное ограничение авторского права обусловлено несколькими обстоятельствами. Как уже сказано, авторское право охраняет не содержание произведения, а его форму. Помимо этого, охрана идей, концепций, методов, способов не обеспечивается авторским правом, а может быть реализована посредством, например, патентного права, которое, в отличие от авторского права, предоставляет охрану содержанию.

7. Статья традиционно предусматривает круг произведений, которые не охраняются авторским правом, т.е. не являются объектами авторского права.

Данное положение - реализация российским законодателем ст. 2 Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений, устанавливающей, что страны - участницы Конвенции вправе своим национальным законодательством определять охрану, которая будет предоставляться официальным текстам законодательного, административного и юридического (судебного) характера, а также их официальным переводам.

В отличие от ЗоАП, в статье конкретно указано, что к официальным документам, не являющимся объектами авторского права, относятся официальные документы государственных органов власти, органов местного самоуправления муниципальных образований и международных организаций.

В соответствии со ст. 10 Конституции России государственная власть в Российской Федерации осуществляется на основе разделения на законодательную, исполнительную и судебную. Следовательно, официальные документы, изданные законодательными, исполнительными и судебными органами власти (в том числе законодательными и исполнительными органами субъектов Российской Федерации), не являются объектами авторского права. Помимо официальных документов не относятся к объектам авторского права любые материалы законодательного, административного и судебного характера, официальные переводы официальных документов.

Однако законодателем не решен вопрос о локальных нормативных актах. По всей видимости, подобный объект в силу присущих ему черт и значимости должен быть доступен всем, так как рассчитан на широкий круг лиц. В связи с этим издаваемые юридическими лицами официальные документы не могут охраняться авторским правом, которое предусматривает ограничения в пользовании произведением.

8. В пункте 7 комментируемой статьи содержится один из основных принципов авторского права: охране авторским правом подлежит не только само произведение в целом, но и любая его часть, которая, в свою очередь, может быть самостоятельным результатом творческой деятельности. При этом она охраняется как отдельное произведение. Некоторые специалисты указывают на то, что данные элементы должны носить оригинальный характер; подобной позиции придерживаются и суды при рассмотрении споров.

Статья 1260. Переводы, иные производные произведения. Составные произведения

Комментарий к статье 1260

1. Пункт 1 комментируемой статьи говорит о таких субъектах авторского права, как авторы, которые при создании своего произведения используют формы других произведений, - авторы производных произведений.

К производным произведениям относятся перевод, переработка, обработка, экранизация, аранжировка, инсценировка. Перечень производных произведений не носит закрытого характера.

Так как переводчик или иной автор производного произведения создает новую форму, а авторское право, как уже сказано, охраняет форму, а не содержание, в основе труда автора производного произведения лежит творческий характер данного труда и его произведение является оригинальным, то созданные производные произведения охраняются авторским правом как самостоятельные произведения.

2. В пункте 2 комментируемой статьи выделяется еще один вид зависимых произведений - составные произведения. Перечень составных произведений, указанных в статье, не является исчерпывающим и носит открытый характер.

Авторские права на составные произведения, так же как и на производные, возникают только при наличии такого обязательного признака, как творческий характер деятельности автора сборника, выразившегося в подборе (отборе) или расположении материалов, включенных в составное произведение.

В качестве особого вида составных произведений названа база данных. Под базой данных понимается объективная форма совокупности самостоятельных материалов (статей, расчетов, нормативных актов, судебных решений и иных подобных материалов), систематизированных таким образом, чтобы эти данные могли быть найдены и обработаны с помощью ЭВМ. Аналогичное определение содержится и в Директиве ЕС "О юридической охране баз данных" (принята 11 марта 1996 г.; Российская Федерация к Директиве не присоединилась; подробнее см. комментарий к ст. 1333), так, под базой данных понимается "сборник произведений, данных или иной независимой информации, расположенной в систематическом или методическом порядке и доступной в индивидуальном порядке через электронные или иные средства". Базы данных охраняются независимо от того, являются ли данные, на которых они основаны или которые они включают, объектами авторского права. Авторское право на базу данных, состоящую из материалов, не являющихся объектами авторского права, принадлежит лицам, создавшим эту базу данных.

3. В соответствии с п. 3 комментируемой статьи авторские права автора производного или составного произведения осуществляются при обязательном соблюдении прав авторов произведений, используемых для создания производного или составного произведения.

4. Согласно п. 4 комментируемой статьи авторские права (т.е. исключительное право, право авторства, право автора на имя, на неприкосновенность произведения, на обнародование) переводчиков, составителей или иных авторов производных или составных произведений охраняются как права на самостоятельные объекты.

5. Пунктом 5 комментируемой статьи регулируются отношения между автором произведения, помещенного в составное произведение, и создателем составного произведения по вопросу самостоятельного использования произведения, помещенного в составное произведение, т.е. независимо от составного произведения. По правилам комментируемого пункта данный вопрос должен быть урегулирован в договоре между автором и создателем составного произведения. При этом в договоре может быть предусмотрен запрет на самостоятельное использование автором произведения, вошедшего в составное произведение или, наоборот, разрешение такого использования.

6. В соответствии с п. 6 комментируемой статьи авторское право создателя составного произведения, автора производного произведения не служит препятствием для создания иными лицами на основе произведений, вошедших в составное (основное) произведение, новых составных произведений путем иного подбора или расположения тех же материалов.

7. В пункте 7 комментируемой статьи регулируется особое право издателя энциклопедий, энциклопедических словарей, периодических и продолжающихся сборников научных трудов, газет, журналов и других периодических изданий. Данное право выражается в предоставлении издателю права использования таких изданий.

Если в специальном законе, ЗоАП, прямо предусматривалось, что данное право издателя является исключительным, то в принятой редакции части четвертой Кодекса указание на характер принадлежащего издателю права использования отсутствует.

Данное право должно признаваться исключительным правом издателя, так как по своему составу издания имеют значительное сходство с составными произведениями и лицу, создавшему такой вид произведений, принадлежит исключительное право на его использование.

В комментируемом пункте предусматривается неимущественное право издателя: при любом использовании издания указывать свое наименование или требовать его указания.

Так же как и в отношении сборников и иных составных произведений, за авторами или иными обладателями исключительных прав на использование произведений, вошедших в такие издания, сохраняются исключительные права на их использование. Исключения из данного правила составляют случаи, когда исключительные права были переданы или перешли к издателю или иным лицам.

Статья 1261. Программы для ЭВМ

Комментарий к статье 1261

Комментируемая статья раскрывает понятие такого результата интеллектуальной деятельности, как программа для электронных вычислительных машин (ЭВМ), и определяет ее статус в системе результатов интеллектуальной деятельности.

Так, программа для ЭВМ относится к литературным произведениям. К программам для ЭВМ относятся операционные системы и программные комплексы.

К этой категории относятся операционные системы и программные комплексы, прямо указанные в комментируемой статье Кодекса.

Операционная система является основным видом программного обеспечения. В функции операционных систем входят управление аппаратными средствами компьютера пользователя, ввод, вывод, обработка данных, работа с файлами различных типов, базами данных, выполнение вспомогательных программ. Наибольшее распространение получили операционные системы Microsoft Windows и UNIX.

Программные комплексы состоят в основном из исполняемых модулей, динамических библиотек, системных динамических библиотек и файлов - настроек. Программные комплексы можно условно разделить на общие и специального назначения.

К программным комплексам специального назначения можно отнести так называемые автоматизированные банковские системы (АБС). Среди отечественных программных комплексов, используемых банками, можно указать ПК "Финансовый риск-менеджер", ПК "Менеджер - отчетности" (ПК "ОФО - Банк"; правообладатель вышеуказанных программных комплексов - ООО НВП "ИНЭК"), Автоматизированную банковскую систему (АБС) "ФОНД" <1>.

<1> <http://www.inversion.ru>

Программа для ЭВМ может быть выражена в различных формах, включая исходный текст и объектный код, на любом языке.

Под программой для ЭВМ, как следует из содержания комментируемой статьи, понимается представленная в объективной форме совокупность данных и команд, предназначенных для функционирования ЭВМ и других компьютерных устройств в целях получения определенного результата.

Для понимания сущности данного объекта авторского права - программ для ЭВМ - можно обратиться к ГОСТу 15971-90 "Системы обработки информации. Термины и определения", согласно которому вычислительная машина - это совокупность

технических средств, создающая возможность проведения обработки информации и получения результата в необходимой форме. Электронная вычислительная машина - это вычислительная машина, основные функциональные устройства которой выполнены на электронных компонентах.

Из нормативного определения программ для ЭВМ следует, что охраняемыми объектами являются не только программы для ЭВМ, но и аналогичные объекты, используемые для других компьютерных устройств.

К другим компьютерным устройствам можно отнести:

а) процессор (устройство обработки данных, обрабатывающее устройство) - основная часть вычислительной машины, включающая арифметическое устройство, устройство управления и оперативную память;

б) мультипроцессор - система автоматической обработки данных, которая попеременно выполняет команды, относящиеся к различным последовательностям, и за один шаг может выполнять не более одной команды;

в) периферийное оборудование - оборудование, осуществляющее ввод, вывод и хранение информации для процессора и находящееся с ним в функциональных отношениях, определяемых структурой вычислительной машины и системой управления;

г) технические средства (hardware) - физические устройства вычислительной машины;

д) математическое обеспечение (software) - совокупность программ, процедур и правил, обеспечивающих функционирование технических средств.

Выделяют следующие виды программ:

системная программа - программа, предназначенная для поддержания работоспособности системы обработки информации или повышения эффективности ее использования в процессе выполнения прикладных программ;

управляющая программа - системная программа, реализующая набор функций управления, в который включают управление ресурсами и взаимодействием с внешней средой системы обработки информации, восстановление работы системы после проявления неисправностей в технических средствах;

супервизор - часть управляющей программы, координирующая распределение ресурсов системы обработки информации;

прикладная программа - программа, предназначенная для оказания услуг общего характера пользователям и обслуживающему персоналу системы обработки информации;

программа обслуживания - программа, предназначенная для решения задачи или класса задач в определенной области применения системы обработки информации;

абсолютная программа - программа на машинном языке, выполнение которой зависит от ее местоположения в оперативной памяти;

переместимая программа - программа на машинном языке, выполнение которой не зависит от ее местоположения в оперативной памяти;

реентерабельная программа - программа, один и тот же экземпляр которой в оперативной памяти способен выполняться многократно, причем так, что каждое выполнение может начинаться в любой момент по отношению к другому выполнению;

мобильная программа - программа, которая написана для ЭВМ одной архитектуры, но может исполняться в системах обработки информации с другими архитектурами без доработки или при условии ее доработки, трудоемкость которой незначительна по сравнению с разработкой новой программы;

драйвер - программа, предназначенная для управления работой периферийных устройств, обычно в мини- и микроЭВМ;

подпрограмма - программа, являющаяся частью другой программы и удовлетворяющая требованиям языка программирования к структуре программы;

программный модуль - программа или функционально завершенный фрагмент программы, предназначенный для хранения, трансляции, объединения с другими программными модулями и загрузки в оперативную память;

исходный модуль - программный модуль на исходном языке, обрабатываемый транслятором и представляемый для него как целое, достаточное для проведения трансляции;

объектный модуль - программный модуль, получаемый в результате компиляции исходного модуля; объектный модуль обычно полностью готов к редактированию связей;

загрузочный модуль - программный модуль, представленный в форме, пригодной для загрузки в основную память для выполнения;

макроопределение - программа, под управлением которой макрогенератор порождает макрорасширения макрокоманд;

рекурсивная подпрограмма - подпрограмма, которая может обращаться к себе самой <1>.

<1> ГОСТ 19781-90 "Обеспечение систем обработки информации программное. Термины и определения".

Правовая охрана предоставляется для программ любого вида. Более того, комментируемая статья указывает, что охрана распространяется также на подготовительные материалы, полученные в ходе разработки программы для ЭВМ, и порождаемые ею аудиовизуальные отображения.

В комментируемой статье не содержится понятие "подготовительные материалы", из содержания статьи следует, что данное понятие подразумевает все те материалы, которые накапливаются у программиста на этапе разработки программы и отражают его рутинную работу.

Аудиовизуальные отображения, т.е. выводимые на экран монитора изображения и слышимые звуки, являются составной частью программы как объекта авторского права, если они порождаются программой.

Статья 1262. Государственная регистрация программ для ЭВМ и баз данных

Комментарий к статье 1262

1. Комментируемая статья посвящена вопросам государственной регистрации программ для ЭВМ и баз данных.

Право на государственную регистрацию предоставлено правообладателю. Срок, в течение которого это право может быть осуществлено, составляет срок действия авторского права.

Зарегистрированными могут быть не все программы для ЭВМ и базы данных; например, если они содержат сведения, составляющие государственную тайну, то такие программы государственной регистрации не подлежат.

2. В пункте 2 комментируемой статьи установлены требования к заявке, подаваемой для осуществления государственной регистрации. Из содержания статьи следует, что заявка - это совокупность документов, включающих заявление о государственной регистрации, депонируемые материалы, идентифицирующие программу для ЭВМ или базу данных, реферат, а также документы, подтверждающие уплату государственной пошлины.

3. Пункт 3 комментируемой статьи устанавливает, что основанием для принятия решения о государственной регистрации служит наличие всех документов и соответствие их установленным требованиям, следовательно, речь идет о государственной регистрации.

Правила комментируемой статьи позволяют сделать вывод о том, что государственная регистрация программ для ЭВМ или баз данных не является подтверждением того, что действительно создана программа для ЭВМ или база данных. Государственная регистрация носит добровольный характер, в связи с чем стороны вправе избрать любой не являющийся государственной регистрацией способ, направленный на подтверждение создания программы для ЭВМ или базы данных. Посредством государственной регистрации программ для ЭВМ регистрируется не само произведение, а дата его предъявления и сведения о лице, представившем это произведение.

Данное обстоятельство также подтверждает вывод о том, что факт регистрации программы для ЭВМ не носит правоустанавливающего характера, а что касается сведений, внесенных в Реестр программ для ЭВМ или Реестр баз данных, то они считаются достоверными до тех пор, пока не доказано обратное.

Наряду с государственной регистрацией существуют различные иные формы подтверждения, предлагаемые юридическими лицами: хранение обязательного экземпляра документов <1>, оценка соответствия, осуществляемая в форме добровольной сертификации <2>.

<1> См.: Федеральный закон от 29 декабря 1994 г. N 77-ФЗ "Об обязательном экземпляре документов" // СЗ РФ. 1995. N 1. Ст. 1.

<2> Более подробную информацию можно получить на сайте: www.wtos.ru.

4. Пункт 5 комментируемой статьи устанавливает требования к форме сделки, заключаемой по поводу использования зарегистрированной программы для ЭВМ.

Так, если предметом договора выступает отчуждение права на зарегистрированную программу для ЭВМ, то такой договор подлежит государственной регистрации и считается заключенным с момента государственной регистрации. Аналогичное правило действует и в отношении перехода исключительных прав в бездоговорном порядке.

5. В соответствии с п. 6 комментируемой статьи сведения Реестра считаются достоверными, пока не доказано иное. Правило данного пункта подтверждает вывод о том, что государственная регистрация программ для ЭВМ или баз данных не является гарантией защиты прав на программы для ЭВМ и базы данных.

Статья 1263. Аудиовизуальное произведение

Комментарий к статье 1263

1. Комментируемая статья дает определение аудиовизуального произведения. Из определения, приведенного в статье, следует, что аудиовизуальное произведение является сложным объектом. Оно может состоять из произведений как одного автора, так и нескольких авторов. При этом произведения, включенные в аудиовизуальное произведение, могут существовать независимо от него.

В отдельных случаях произведения, используемые в аудиовизуальном произведении, создаются лишь в процессе непосредственного создания аудиовизуального произведения, в связи с чем существуют неотделимо от аудиовизуального произведения.

Данные особенности позволяют отнести аудиовизуальное произведение к неделимым объектам.

2. В пункте 2 комментируемой статьи определены субъекты, которые признаются авторами аудиовизуального произведения. По сравнению с ЗоАП никаких изменений в субъектный состав не внесено.

Пункт 3 комментируемой статьи реализует ранее действовавшее положение ст. 13 ЗоАП.

Под публичным исполнением понимается то значение, которое указано в подп. 6 п. 2 ст. 1270 Кодекса, - представление произведения в месте, открытом для свободного посещения, или в месте, где присутствует значительное число лиц.

Под сообщением в эфир и по кабелю необходимо понимать значение, установленное в подп. 7 п. 2 и подп. 8 п. 2 ст. 1270 Кодекса. Сутью каждого из них является доведение аудиовизуального произведения до всеобщего сведения.

3. В пункте 4 комментируемой статьи урегулированы права изготовителя аудиовизуального произведения. Поскольку аудиовизуальное произведение является сложным объектом, то права изготовителя аудиовизуального произведения определяются как права лица, организовавшего изготовление сложного объекта (см. также комментарий к ст. 1240). При этом права на использование аудиовизуального произведения изготовителю могут принадлежать на основе и лицензионных договоров, и договоров об отчуждении исключительных прав.

Изготовителю принадлежит неимущественное право - при любом использовании издания указывать свое наименование или требовать его указания.

4. В пункте 5 комментируемой статьи урегулированы права авторов произведений, вошедших составной частью в аудиовизуальное произведение. Так же как и в отношении сборников и иных составных произведений, за авторами или иными обладателями исключительных прав на использование произведений, вошедших в аудиовизуальное произведение, сохраняются исключительные права на их использование. Исключения из данного правила составляют случаи, когда исключительные права были переданы или перешли к изготовителю или иным лицам.

Статья 1264. Проекты официальных документов, символов и знаков

Комментарий к статье 1264

1. Комментируемая статья детально регламентирует права авторства на проекты официальных документов, символов, знаков (далее - официальные документы), порядок их использования.

Данная статья является новеллой законодательства, ЗоАП не выделял в качестве самостоятельного вида произведений проекты официальных документов.

Официальными документами необходимо считать те документы, которые издаются от имени органов государственной власти. В соответствии с Конституцией России государственная власть подразделяется на законодательную, исполнительную и судебную, а следовательно, документы, издаваемые от имени законодательных, исполнительных и судебных органов, являются официальными.

К официальным необходимо относить и документы должностных лиц органов государственной власти, уполномоченных на принятие соответствующих документов.

Автор, создавший проект официального документа, именуется разработчиком.

Разработчику, т.е. автору, принадлежит право авторства - право признаваться автором произведения.

Из содержания комментируемой статьи следует, что проект официального документа может создаваться разработчиком как по собственной инициативе, так и по заказу государственного, муниципального органа или международной организации. В случае создания проекта официального документа по заказу заказчика предоставлено право запретить разработчику обнародовать проект официального документа.

В связи с тем что проект официального документа создается по заказу, к таким отношениям должны применяться положения статьи, посвященной авторскому договору заказа. В данном договоре необходимо урегулировать вопросы о возможности обнародования автором проекта официального документа, дальнейшего использования проекта официального документа или автором, или органом власти.

2. Пункт 2 комментируемой статьи устанавливает случаи, когда автор (разработчик) обнародовал или направил в тот или иной орган власти для исполнения проект официального документа. В подобных ситуациях государственный орган освобождается от обязанности истребовать согласие автора на использование данного объекта.

Государственному органу предоставлено право вносить в подготавливаемый текст официального документа необходимые дополнения и изменения. Сам же проект официального документа не изменяется и служит лишь основой для издаваемого официального документа.

Официальное принятие государственным органом к рассмотрению проекта официального документа становится основанием для использования его государственным органом без указания имени автора.

Статья 1265. Право авторства и право автора на имя

Комментарий к статье 1265

В пункте 1 комментируемой статьи дано определение права на имя и права авторства. Данная статья не относит вышеназванные права ни к одному из видов интеллектуальных прав, указанных в ст. 1226 ГК РФ.

Право на имя и право на авторство отнесены к личным неимущественным правам в соответствии со ст. 1228 ГК РФ.

Право авторства - это право признаваться автором произведения. Право авторства не совпадает с правом на имя; право авторства неотделимо от личности автора, действует в течение всей жизни автора и прекращается его смертью.

Право авторства является основанием для требований автора о защите своих интересов в случае присвоения авторства другим лицом (плагиат) или если авторство предписывается другому лицу.

Право на имя представляет собой право на способ указания имени автора при использовании произведения.

Право на имя также является личным неимущественным правом и действует в течение всей жизни автора.

Право на имя реализуется лишь при обнародовании произведения. До обнародования произведения право на имя существует лишь потенциально, так как третьим лицам оно недоступно и, следовательно, имя автора им неизвестно.

Законодатель, как и прежде, установил три способа использования произведения: под подлинным именем, под вымышленным именем (псевдонимом) и анонимно. При использовании произведения под псевдонимом или анонимно необходимо учитывать, что автор может в любой момент раскрыть или снять свой псевдоним (анонимность).

При создании произведения несколькими соавторами правом на указание своего имени пользуются все соавторы независимо от размера внесенного в произведение творческого вклада.

Статья 1266. Право на неприкосновенность произведения и защита произведения от искажений

Комментарий к статье 1266

1. Закрепленное в комментируемой статье право на неприкосновенность произведения и защиты от искажения является также личным неимущественным правом.

В Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений данное право именуется "правом на защиту репутации автора". Рассматриваемое право

направлено на защиту творческой деятельности автора, его интеллектуального вклада в созданное произведение.

С одной стороны, право на защиту репутации автора охватывает запрещение вносить в произведение любые изменения. Запрет на внесение изменений касается любых элементов произведения. С другой стороны, право на защиту репутации автора означает, что с автором согласуются любые изменения и дополнения созданного им произведения.

Право на защиту репутации автора имеет пределы, установленные законодательством, т.е. в законе установлены случаи, когда нарушение целостности произведения не нарушает его неприкосновенности. К таким случаям можно отнести цитирование в оригинале и в переводе в научно-исследовательских и информационных целях из правомерно обнародованных произведений в объемах, оправданных целью цитирования.

К случаям ненарушения прав на защиту репутации (неприкосновенность произведения и защиты от искажения) можно отнести и адаптацию программы для ЭВМ.

2. Пункт 2 комментируемой статьи отнес нарушения прав на неприкосновенность произведения и защиты от искажения к тем случаям, когда подлежат применению нормы Гражданского кодекса о защите чести, достоинства и деловой репутации.

Статья 1267. Охрана авторства, имени автора и неприкосновенности произведения после смерти автора

Комментарий к статье 1267

Право на авторство, право на имя и на неприкосновенность как личные неимущественные права охраняются бессрочно.

Данные права охраняются и после смерти автора наследниками, правопреемниками или специально назначенными лицами - исполнителями завещания.

Статья 1268. Право на обнародование произведения

Комментарий к статье 1268

1. Право на обнародование традиционно относится к личным неимущественным правам.

Право на обнародование подразумевает обеспечение автором доступа к его произведениям третьих лиц; реализуется одновременно с каким-либо другим правом. Обнародование может быть осуществлено посредством публичного показа, публичного исполнения и т.д. Более того, обнародовать произведение нельзя, не реализовав какое-либо иное право автора, например на опубликование.

Если произведение будет опубликовано, то с этого момента изменяется и правовой режим произведения, например произведение может без согласия автора и без выплаты авторского вознаграждения, но с обязательным указанием имени автора и источника заимствования репродуцироваться в единичных экземплярах библиотеками, архивами.

Право на обнародование находится в тесной связи с правом на распространение и воспроизведение.

2. В пункте 2 комментируемой статьи закреплён принцип, который раньше не имел места в ЗоАП.

Согласно данному принципу автор, передавший другому лицу по договору произведение для использования, считается согласившимся на обнародование произведения. При этом не имеет значения, по какому договору третье лицо получило произведение для использования - по договору отчуждения имущественных прав или по лицензионному договору.

До закрепления данного принципа перед правообладателем всегда стояла задача - доказать, что он получил от автора разрешение на обнародование произведения.

Статья 1269. Право на отзыв

Комментарий к статье 1269

В комментируемой статье урегулировано такое право автора, как право на отзыв; содержание его составляет право отказаться от ранее принятого решения обнародовать произведение.

Право на отзыв может быть реализовано в любое время после того, как автор дал разрешение на обнародование (или опубликование) своего произведения. Вместе с тем законодатель устанавливает случаи, когда право на отзыв не может быть реализовано автором: обнародование служебных произведений, программ для ЭВМ и произведений, вошедших в сложный объект.

Статья 1270. Исключительное право на произведение

Комментарий к статье 1270

1. Комментируемая статья раскрывает содержание такого вида интеллектуальных прав, как исключительное право на использование произведения.

Исключительное право на использование произведения является имущественным правом.

Право на использование - это, в сущности, право автора самостоятельно решать все вопросы, связанные с предоставлением третьим лицам доступа к произведениям и его использованием.

2. В пункте 2 комментируемой статьи определены способы использования объектов авторского права. Указанный перечень объектов авторского права носит закрытый характер и расширительному толкованию не подлежит.

Подпункт 1 п. 2 комментируемой статьи к ним относит воспроизведение.

Под воспроизведением понимается изготовление одного и более экземпляров произведения или его части в любой материальной форме.

По своей сути воспроизведение есть повторное придание произведению объективной формы, допускающей восприятие третьими лицами.

Следующий способ использования произведения - распространение последнего.

Законодатель не раскрывает понятие "распространение". Однако, безусловно, распространение связано только с теми произведениями, которые зафиксированы на материальном носителе, и их распространение предполагает наличие копий произведения, которые и пускаются в гражданский оборот.

Законодатель не устанавливает исчерпывающего перечня способов распространения экземпляров произведения. Распространение может осуществляться посредством продажи или иного отчуждения экземпляров произведения. К отчуждению можно отнести залог экземпляров произведения.

В качестве одного из способов использования произведения законодатель в подп. 3 п. 2 комментируемой статьи назвал публичный показ произведения.

Под показом произведения понимается демонстрация оригинала или экземпляра произведения, при этом показ подразумевает осуществление прямого контакта с аудиторией, без посредников.

Вместе с тем закон установил ограничения в отношении состава этой аудитории, так, данная аудитория должна состоять из лиц, не принадлежащих к обычному кругу семьи.

Подпункт 4 п. 2 комментируемой статьи определяет следующий способ использования произведения - импорт в целях распространения.

Под импортом следует понимать пересечение товарами (экземпляров произведения) государственной границы Российской Федерации.

Право импорта подразумевает ввоз (контроль над ввозом) на территорию действия авторских прав автора или иного правообладателя экземпляров созданного им произведения, которые изготовлены за границей.

Подпункт 5 п. 2 комментируемой статьи выделяет такой способ использования произведения, как его прокат (оригинала или экземпляра).

В ЗоАП данный способ использования в качестве самостоятельного не выделялся, а входил в состав такого способа использования, как распространение.

Сдача в прокат (наем) - это предоставление экземпляра произведения во временное пользование в целях извлечения коммерческой выгоды.

В отличие от ЗоАП в Гражданский кодекс Российской Федерации не включен принцип, согласно которому право на распространение экземпляров путем сдачи их в прокат принадлежит автору независимо от права собственности на эти экземпляры.

К способам использования отнесено, как и ранее в ЗоАП, публичное исполнение.

Под исполнением произведения понимается представление произведения в живом исполнении или с помощью технических средств. При исполнении в отличие от показа произведение доводится до сведения зрителей или слушателей путем активных действий. Данное действие опосредуется деятельностью исполнителя; третьим отличием является то, что при исполнении произведение может восприниматься как зрительно, так и на слух.

В пункте 2 закреплён и такой способ использования произведения, как сообщение в эфир.

Сообщение в эфир - это сообщение произведения для всеобщего сведения по радио или телевидению. Сообщение для всеобщего сведения включает в себя показ или исполнение.

Сообщение по кабелю (подп. 8 п. 2) - также один из способов использования произведения. Сообщение в эфир по кабелю - это также сообщение произведения для всеобщего сведения по радио или телевидению. От предыдущего способа отличается техническим методом доведения произведения до всеобщего сведения. Так как различается метод доведения до всеобщего сведения, следовательно, изменяется и потенциальный состав субъектов, воспринимающих произведение.

В подпункте 9 п. 2 комментируемой статьи указан в качестве самостоятельного способа использования произведения перевод или другая переработка произведения.

ЗоАП не раскрывал понятие "переработка произведения". В комментируемой статье законодатель раскрыл понятие термина "переработка", под которой понимается создание нового производного произведения. При этом право на переработку включает в себя возможность автора самостоятельно перерабатывать произведение в другой вид, форму или давать разрешение на переработку другим лицам.

В комментируемом пункте раскрывается понятие переработки в отношении такого объекта авторского права, как программа для ЭВМ. Во-первых, переработка в отношении программ для ЭВМ именуется модификацией. Во-вторых, поскольку по общему правилу в результате переработки должно появиться производное, т.е. новое произведение, то в результате модификации программы для ЭВМ должно также появиться новое произведение - новая программа для ЭВМ.

В подпункте 10 п. 2 комментируемой статьи раскрывается такой способ использования произведений, как практическая реализация архитектурного, дизайнерского, градостроительного и садово-паркового проекта.

Для раскрытия содержания данного способа использования необходимо обратиться к положениям ст. 1294 Кодекса и к специальному нормативному акту - Федеральному

закону от 17 ноября 1995 г. N 169-ФЗ "Об архитектурной деятельности в Российской Федерации".

Под проектом следует понимать рисунки, чертежи, макеты, а также прилагаемые к ним пояснения и описания.

Дизайнерский проект - это проект, относящийся к художественно-конструкторским работам, к внешнему оформлению промышленных изделий.

В подпункте 11 п. 2 комментируемой статьи определен такой способ использования произведения, как доведение до всеобщего сведения.

Практический пример реализации данного способа - размещение произведения в глобальной сети Интернет.

Закрепление данного способа использования произведения в российском законодательстве является реализацией положений договора ВОИС по авторскому праву (общепринятое условное сокращенное название - ДАП) и договора ВОИС по исполнениям и фонограммам (ДИФ). Так, в ДАП данное право сформулировано следующим образом: "...разрешать любое сообщение своих произведений для всеобщего сведения по проводам или средствам беспроводной связи, включая доведение своих произведений для всеобщего сведения таким образом, что представители публики могут осуществлять доступ к таким произведениям из любого места в любое время по их собственному выбору".

3. В пункте 3 комментируемой статьи установлены исключения, которые не являются реализацией исключительных прав на использование произведения, а следовательно, отсутствует нарушение имущественных прав автора или иного правообладателя.

Статья 1271. Знак охраны авторского права

Комментарий к статье 1271

1. Комментируемая статья предоставляет правообладателю возможность определенным способом оповещать третьих лиц о принадлежности ему исключительных прав на произведение.

При этом на стороне правообладателя может выступать и автор, если он является обладателем исключительных прав.

В качестве специального способа оповещения указано использование знака охраны авторского права, имеющего название "копирайт" (от английского *copyright* - авторское право). Знак оповещения состоит из трех основных элементов:

латинской буквы "С" в окружности;

имени (наименования) обладателя исключительных авторских прав;

года первого опубликования произведения.

2. При использовании знака охраны авторским правом следует учитывать, что данный знак не предоставляет охрану, а лишь информирует, оповещает третьих лиц о том, что лицо, поставившее данный знак, считает себя обладателем исключительных прав на данное произведение. Данный знак не служит доказательством наличия у лица, поставившего знак, исключительных прав на использование произведений; в определенных случаях надлежащим доказательством будет являться договор об отчуждении исключительных прав (ст. 1285 ГК РФ) или свидетельство о вступлении в наследство.

Статья 1272. Распространение оригинала или экземпляров опубликованного произведения

Комментарий к статье 1272

Комментируемая статья посвящена правилам свободного распространения оригинала или экземпляров произведений.

Условием для свободного распространения оригинала произведения или его экземпляров является правомерное опубликование произведения, т.е. без нарушения авторских прав автора или иного правообладателя. Оригинал произведения или экземпляры должны быть введены в гражданский оборот путем их продажи или иного отчуждения, экземпляры программы не должны быть контрафактными, т.е. изготовленными с нарушением прав автора или иного правообладателя. В этих случаях дальнейшее распространение оригинала произведения или его экземпляров допускается без согласия правообладателя.

Исключения из этого правила указаны в ст. 1293 Кодекса в отношении произведений изобразительного искусства.

Статья 1273. Свободное воспроизведение произведения в личных целях

Комментарий к статье 1273

Комментируемая статья предоставляет возможность свободного использования произведения без заключения с автором или иным правообладателем лицензионного договора или договора об отчуждении исключительных прав, без выплаты вознаграждения за использование произведения.

В отличие от ЗоАП не требуется получения согласия и выплаты вознаграждения не только автору, но и правообладателю.

Для решения вопроса о возможности свободного использования произведения в Кодексе установлены существенные условия, которые должны быть выполнены:

- произведение должно быть обнародованным;
- использование произведения должно осуществляться в личных целях;
- использование произведения может осуществляться только гражданином.

Необходимо отметить, что в отличие от ЗоАП в Гражданском кодексе прямо предусмотрено, что использовать в личных целях может только гражданин (физическое лицо). Следовательно, юридические лица такое использование осуществлять не могут.

Вместе с тем в комментируемой статье не учтены недостатки ЗоАП, касающиеся количества экземпляров воспроизводимого в личных целях произведения.

Воспроизведение, согласно ст. 1270 ГК РФ, предполагает изготовление одного или более экземпляра произведения, следовательно, без специально установленных законом ограничений возможного количества экземпляров, воспроизводимых в личных целях, гражданин вправе изготовить как один экземпляр произведения, так и более.

Статья 1274. Свободное использование произведения в информационных, научных, учебных или культурных целях

Комментарий к статье 1274

1. Комментируемая статья устанавливает случаи, когда допускается свободное использование произведений, т.е. без согласия автора или иного правообладателя и без выплаты ему вознаграждения.

К таким случаям относятся использование произведения в информационных, научных, учебных или культурных целях. Использование произведения в названных целях допускается при условии указания имени автора и источника заимствования.

Условием для свободного использования является то, что произведение должно быть правомерно обнародовано. Объем использования определяется целью такого использования.

К формам использования произведения в информационных, научных, учебных или культурных целях относятся:

- цитирование в оригинале и переводе в научных, полемических, критических или информационных целях, включая воспроизведение отрывков из газетных и журнальных статей в форме обзоров печати;

- использование произведения и отрывков из него в качестве иллюстраций в изданиях, радио- и телепередачах, звуко- и видеозаписях учебного характера;

- воспроизведение в прессе, сообщение в эфире или по кабелю статей по экономическим, политическим, социальным и религиозным темам;

- воспроизведение в прессе, сообщение в эфире или по кабелю публично произнесенных политических речей, обращений, докладов или иных аналогичных произведений. За авторами таких произведений сохраняется право на их опубликование в сборниках;

- воспроизведение или сообщение для всеобщего сведения в обзорах текущих событий средствами фотографии, кинематографии, путем сообщения в эфире или по кабелю произведений, которые становятся увиденными или услышанными в ходе таких событий;

- воспроизведение без извлечения прибыли рельефно-точечным шрифтом или другими специальными способами для слепых. Исключение составляют случаи, когда такие произведения специально созданы подобными способами.

2. В соответствии с п. 2 комментируемой статьи библиотекам дано право предоставлять во временное безвозмездное пользование экземпляры произведений. Для предоставления во временное пользование согласия автора или иного правообладателя, а также выплаты вознаграждения не требуется.

3. В пункте 3 комментируемой статьи урегулированы случаи, когда создается такой вид произведений, как произведения в жанре литературной, музыкальной или иной пародии либо в жанре карикатуры.

Данные произведения могут быть отнесены к производным произведениям. Созданные пародии или карикатуры используются без согласия автора или иного обладателя исключительных прав на оригинал произведения и без выплаты ему вознаграждения.

Статья 1275. Свободное использование произведения путем репродуцирования

Комментарий к статье 1275

Комментируемая статья регулирует еще один вид свободного использования произведения, который не требует получения от автора или иного правообладателя согласия и не обязывает к выплате вознаграждения за использование произведения.

Под репродуцированием понимается факсимильное воспроизведение произведения с помощью любых технических средств, осуществляемое не в целях издания.

Комментируемая статья устанавливает круг субъектов, которые вправе осуществлять такое свободное использование: библиотеки, архивы, образовательные учреждения.

Помимо субъектов, имеющих право на репродуцирование, Кодексом установлены случаи, когда названные выше субъекты могут реализовать принадлежащее им право, а именно:

- для восстановления, замены утраченных или испорченных экземпляров произведения;

- для предоставления экземпляров произведения другим библиотекам, утратившим свои экземпляры;

для аудиторных занятий;
для использования в научных или учебных целях, если поступили запросы физических лиц.

Статья 1276. Свободное использование произведения, постоянно находящегося в месте, открытом для свободного посещения

Комментарий к статье 1276

Комментируемая статья регулирует отношения по использованию произведения, постоянно находящегося в месте, предназначенном для свободного посещения.

Для применения комментируемой статьи необходима совокупность условий:

это должно быть место, открытое для свободного посещения;

произведение должно постоянно находиться в этом месте.

При этом под местом, открытым для свободного использования, следует понимать место, куда есть открытый доступ любых лиц. К ним следует относить сады, парки, здания, архитектурные ансамбли, музеи, выставки и т.д.

В комментируемой статье установлены два ограничения для свободного использования указанных в статье произведений.

Так, изображение произведения не должно быть основным объектом воспроизведения. Типичным примером является фотографирование гражданами произведения искусства на выставках, в музеях.

Второе ограничение, которое установлено Кодексом, - запрет использования произведения в коммерческих целях.

Статья 1277. Свободное публичное исполнение музыкального произведения

Комментарий к статье 1277

В комментируемой статье раскрывается содержание одного из способов свободного использования произведения.

Данная статья распространяет свое действие только на такую категорию произведений, как музыкальные произведения.

Поскольку музыкальные произведения могут состоять только из музыки, а также могут дополнительно содержать текстовое произведение, возникает закономерный вопрос о распространении норм комментируемой статьи на оба вида музыкальных произведений.

Представляется правильным применять данную норму ко всем видам музыкальных произведений, так как Кодекс не устанавливает обратное.

Статья 1278. Свободное воспроизведение произведения для целей правоприменения

Комментарий к статье 1278

Комментируемая статья определяет такой способ свободного использования, как воспроизведение для целей правоприменения. Данная статья, по сравнению с ЗоАП, значительно расширила перечень случаев, когда произведение может свободно использоваться. Ранее такое воспроизведение допускалось только для судебного производства.

Под правоприменением, исходя из содержания комментируемой статьи, необходимо понимать не только судопроизводство, но и административное судопроизводство, дознание и предварительное следствие.

Для целей правоприменения произведение может быть воспроизведено, показано, исполнено, переведено на другой язык и т.д.

Из общего смысла этой нормы следует, что она может относиться как к обнародованным, так и к необнародованным произведениям.

Статья 1279. Свободная запись произведения организацией эфирного вещания в целях краткосрочного пользования

Комментарий к статье 1279

В качестве одного из случаев свободного использования произведения Кодекс выделяет запись краткосрочного использования произведения. Данное право может быть реализовано при совокупности условий:

его (права) субъекты должны обладать правом на передачу произведения в эфир; запись должна осуществляться с помощью собственного оборудования и для собственных передач.

Производство такой записи рассматривается как технический прием, с одной стороны, обеспечивающий сохранность произведения, а с другой - облегчающий организациям эфирного вещания составление графика передач.

Максимальный срок ее хранения - шесть месяцев. Стороны вправе установить более продолжительный срок. По истечении установленного срока запись по общему правилу должна быть уничтожена либо, если она носит исключительно документальный характер, передана в государственный или муниципальный архив.

Статья 1280. Свободное воспроизведение программ для ЭВМ и баз данных. Декомпилирование программ для ЭВМ

Комментарий к статье 1280

Комментируемая статья устанавливает случаи свободного использования таких видов произведений, как программы для ЭВМ и базы данных.

Свободное использование подразумевает, что согласия автора или иного правообладателя, а также выплаты вознаграждения не требуется.

Право свободного использования программ для ЭВМ и базы данных предоставлено лицу, которое правомерно владеет экземпляром программы для ЭВМ или базы данных, - пользователю.

К формам свободного использования программ для ЭВМ и базы данных относятся:

а) внесение в программу для ЭВМ или базу данных изменений исключительно в целях ее функционирования на технических средствах пользователя и любые действия, необходимые для функционирования программы для ЭВМ или базы данных в соответствии с ее назначением, в том числе запись и хранение в памяти ЭВМ (одной ЭВМ или одного пользователя сети), а также исправление явных ошибок, если иное не предусмотрено договором, заключенным с правообладателем;

б) изготовление копии программы для ЭВМ или базы данных при условии, что эта копия предназначена только для архивных целей и для замены правомерно приобретенного экземпляра в случаях, когда оригинал программы для ЭВМ или базы данных утерян, уничтожен или стал непригоден для использования;

в) изучение, исследование или испытание функционирования программы для ЭВМ в целях определения идей и принципов, лежащих в основе любого элемента программы для ЭВМ, путем осуществления любых действий, предусмотренных комментируемой статьей;

г) воспроизведение и преобразование объектного кода в исходный текст (декомпилирование программы для ЭВМ) или поручение иным лицам осуществления

этих действий, если они необходимы для достижения способности к взаимодействию программы для ЭВМ, независимо разработанной этим лицом, с другими программами, которые могут взаимодействовать с декомпилируемой программой. Использование указанного способа возможно при соблюдении нескольких условий:

информация, необходимая для достижения способности к взаимодействию, ранее не была доступна этому лицу из других источников;

указанные действия осуществляются в отношении только тех частей декомпилируемой программы для ЭВМ, которые необходимы для достижения способности к взаимодействию;

информация, полученная в результате декомпилирования, может использоваться лишь для достижения способности к взаимодействию независимо разработанной программы для ЭВМ с другими программами, не может передаваться иным лицам, за исключением случаев, когда это необходимо для достижения способности к взаимодействию независимо разработанной программы для ЭВМ с другими программами, а также не может использоваться для разработки программы для ЭВМ, по своему виду существенно схожей с декомпилируемой программой для ЭВМ, или для осуществления любого другого действия, нарушающего исключительное право.

В пункте 4 комментируемой статьи установлены пределы осуществления права на свободное воспроизведение программ для ЭВМ и баз данных.

Статья 1281. Срок действия исключительного права на произведение

Комментарий к статье 1281

Комментируемая статья посвящена срокам действия исключительных прав и предоставления им правовой охраны.

В статье нашли свою реализацию нормы международного права, которые также устанавливают сроки охраны авторским правом (соглашение ТРИПС).

С 1 января 2008 г. общий срок действия исключительных прав (так же как и в ЗоАП) составляет 70 лет после смерти автора. Срок исчисляется по специальным правилам, установленным в комментируемой статье.

Срок исчисляется с 1 января года, следующего за годом смерти автора.

В комментируемой статье установлены исключения из правила исчисления сроков:

для обнародованных анонимно или под псевдонимом - с 1 января года, следующего за годом правомерного обнародования произведения;

для созданных в соавторстве - с 1 января года, следующего за годом смерти автора, пережившего других соавторов;

для обнародованных после смерти автора - с 1 января года, следующего за годом его обнародования;

для созданных авторами, которые были репрессированы и впоследствии реабилитированы, - с 1 января года, следующего за годом реабилитации;

для созданных авторами, работавшими во время Великой отечественной войны, общий срок (70 лет) увеличивается на четыре года.

Необходимо иметь в виду, что сроки, предусмотренные настоящей статьей, применяются во всех случаях, когда 50-летний срок действия авторского права не истек к 1 января 1993 г. (ст. 6 Федерального закона от 18 декабря 2006 г. N 231-ФЗ "О введении в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации").

Авторское право юридических лиц, возникшее до вступления в силу ЗоАП, прекращается по истечении 70 лет со дня правомерного обнародования произведения. Если же произведение не было обнародовано - со дня создания произведения (ст. 6 Федерального закона от 18 декабря 2006 г. N 231-ФЗ "О введении в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации").

Статья 1282. Переход произведения в общественное достояние

Комментарий к статье 1282

Истечение срока действия исключительных прав влечет за собой переход произведения в общественное достояние. Комментируемая статья распространяет свое действие как на обнародованные, так и на необнародованные произведения.

Кодекс не устанавливает каких-либо требований к формализации перехода произведения в общественное достояние, а следовательно, данный переход происходит автоматически.

Переход в общественное достояние подразумевает, что для использования произведения любым лицом и любым способом нет необходимости получать разрешение автора или иного правообладателя, а используя произведение, лицо не обязано выплачивать вознаграждение.

Статья 1283. Переход исключительного права на произведение по наследству

Комментарий к статье 1283

В связи с выделением в Кодексе понятия интеллектуальных прав и классификацией их на исключительные, личные неимущественные и иные права (см. комментарий к ст. 1226 Кодекса) изменилась норма о наследовании.

Согласно п. 1 комментируемой статьи, по наследству переходят исключительные права (а не авторские, как ранее). К порядку наследования исключительных прав применяются общие положения Кодекса, регулирующие вопросы наследственного права. Так, исключительные права могут перейти к наследникам как по завещанию, так и по закону (ст. 1111 Кодекса).

Следует учитывать, что подлежат применению и положения ст. 1112 Кодекса, согласно которой не входят в состав наследства личные неимущественные права.

Статья 1284. Обращение взыскания на исключительное право на произведение и на право использования произведения по лицензии

Комментарий к статье 1284

Комментируемая статья является новеллой законодательства и впервые напрямую регулирует вопросы принудительного изъятия исключительных прав на использование произведения, а также иных прав, возникающих в связи с использованием произведения.

Например, из комментируемой статьи следует, что объектом обращения взыскания является:

- исключительное право на использование произведения;
- право на использование произведения на условиях лицензионного договора;
- право требования автора к другим лицам по договорам об отчуждении исключительного права и по лицензионным договорам;
- доходы, полученные от использования произведения.

Статья устанавливает ограничения круга лиц, у которых может быть арестовано и изъято исключительное право на использование произведения. Например, в соответствии с п. 1 комментируемой статьи, если должником по исполнительному документу является гражданин - автор, то на принадлежащее ему исключительное право не может быть обращено взыскание.

Данное правило применяется и в отношении наследников автора.

Если же должником по исполнительному документу является лицо - не автор, то здесь Кодекс не устанавливает никаких изъятий.

Общие правила обращения взыскания на имущество и имущественные права установлены в Законе об исполнительном производстве: в зависимости от должника (физическое или юридическое лицо) применяются соответствующие положения названного Закона.

Если речь идет о должниках - юридических лицах, то применяются положения об очередности обращения взыскания (ст. 59 Закона об исполнительном производстве), положения о порядке обращения взыскания на отдельные объекты гражданских прав (ст. 58 Закона об исполнительном производстве).

Например, если исключительные права на произведения учитываются организацией как нематериальный актив, а нематериальный актив в силу своего определения относится к основным средствам организации, то исключительные права на произведения подлежат аресту и реализации только в третью очередь. Необходимо помнить, что арест имущества третьей очереди является предпосылкой для принятия федеральным органом исполнительной власти решения об обращении в суд с заявлением о признании должника банкротом.

Однако исключительные права на произведения могут и не относиться к нематериальным активам организации, и не учитываться в качестве основных средств организации; например, если организация не предполагает использовать объект интеллектуальной собственности в течение года или более 12 месяцев (ПБУ 14/2000 и ст. 257 Налогового кодекса РФ). В этом случае исходя из установленной ст. 59 Закона об исполнительном производстве очередности исключительные права на произведения могут быть арестованы в первую очередь.

Арест исключительных прав осуществляется согласно правилам, установленным в ст. 51 Закона об исполнительном производстве, в соответствии с которыми арест имущества должника состоит из описи имущества и объявления запрета распоряжаться им.

Комментируемая статья, определяя объекты, на которые может быть обращено взыскание, в качестве самостоятельного объекта выделяет доходы, полученные от использования произведения. Данные доходы не относятся к исключительным правам на использование произведения, однако поскольку они поступают к должнику за использование произведения, то данные объекты рассматриваются как предмет взыскания.

В комментируемой статье не указаны в качестве объектов обращения взыскания экземпляры произведения, однако это не основание для того, чтобы сделать вывод о невозможности обращения взыскания на данные объекты. Экземпляры произведения также являются объектом обращения взыскания, к порядку обращения взыскания на экземпляры произведения применяются положения Закона об исполнительном производстве.

Комментируемая статья в п. 2 устанавливает преимущественное право автора на приобретение отчуждаемого права лицензиата на использование произведений. Данное право предоставляется в случаях реализации права на публичных торгах.

Однако не вполне ясно представляется, как данная норма будет реализовываться на практике, так как в соответствии со ст. 447 Кодекса при проведении торгов договор заключается с лицом, выигравшим торги.

Статья 1285. Договор об отчуждении исключительного права на произведение

Комментарий к статье 1285

Комментируемая статья вводит новый для российского авторского права вид договора, на основании которого могут быть переданы исключительные права на использование произведения.

Так, если в ЗоАП было предусмотрено заключение авторских договоров (о передаче исключительных прав), то с 1 января 2008 г. для отчуждения прав стороны должны будут заключать договоры об отчуждении исключительных прав на использование результатов интеллектуальной деятельности.

При этом Кодекс не устанавливает требований к существенным условиям договора об отчуждении исключительных прав, за исключением тех, что указаны в ст. 432 Кодекса, а именно предмет договора.

Статья 1286. Лицензионный договор о предоставлении права использования произведения

Комментарий к статье 1286

В комментируемой статье установлен еще один вид договора, на основании которого третье лицо может получить право на использование произведения, - лицензионный договор.

Предметом лицензионного договора, в отличие от договора об отчуждении исключительных прав, является предоставление права использования произведения в установленных пределах.

Стороны в лицензионном договоре именуются "лицензиар" (им может быть автор или иной правообладатель) и "лицензиат" (пользователь) прав.

Основной отличительный признак состоит в том, что при заключении договора об отчуждении права использования происходит изменение правообладателя: исключительные права на использование произведения переходят от одного лица к другому, а при заключении лицензионного договора правообладатель остается прежним.

К форме заключаемого лицензионного договора установлены требования, несоблюдение которых влечет последствия, предусмотренные Кодексом.

По общему правилу лицензионный договор заключается в письменной форме. Однако из данного правила есть исключения:

для договоров, заключаемых с периодическими изданиями, разрешена устная форма;

для лицензионных договоров о предоставлении права использования программы для ЭВМ или базы данных предоставлена возможность заключения с каждым пользователем договора присоединения. Условия данного договора могут быть изложены на приобретаемом экземпляре таких программы или базы данных либо на упаковке этого экземпляра. Фактическое использование таких программ или баз данных является выражением согласия пользователя с условиями, изложенными в договоре.

Из смысла п. 4 комментируемой статьи следует, что лицензионный договор может быть как возмездным, так и безвозмездным. Если заключается возмездный лицензионный договор, то в нем должен быть предусмотрен размер выплачиваемого вознаграждения.

Однако следует учитывать, что Кодекс устанавливает в отношении отдельных субъектов ограничения на заключение безвозмездных договоров, например, безвозмездный лицензионный договор не может быть заключен между коммерческими юридическими лицами.

Статья 1287. Особые условия издательского лицензионного договора

Комментарий к статье 1287

Комментируемая статья регламентирует вопросы по заключению особого вида лицензионного договора - издательского лицензионного договора.

Основное отличие от лицензионного договора заключается в субъектном составе лиц, участвующих в заключении договора. Например, лицензиатом (лицом, которому предоставляется право) является издатель - лицо, обязанное издать произведение.

Кодекс не раскрывает понятие "издание произведений", в этой связи издание произведения может включать в себя воспроизведение и распространение экземпляров произведения или ограничиться только воспроизведением. Следовательно, предоставление прав и их объем по издательскому лицензионному договору обусловлены целью издательского лицензионного договора и объемом прав.

Невыполнение лицензиатом обязанности использовать произведение предоставляет лицензиару право отказаться от договора без возмещения убытков.

Более того, лицензиар сохраняет за собой право требовать выплаты вознаграждения.

Статья 1288. Договор авторского заказа

Комментарий к статье 1288

В комментируемой статье регулируются отношения, которые возникают при создании автором произведения по заказу другой стороны.

Отношения сторон, из которых вытекает обязательство автора создать произведение, оформляются таким видом договора, как авторский договор заказа (п. 1 комментируемой статьи).

По своей сути авторский договор заказа - это договор подряда, особенностью которого является выполнение особого вида работ - не материальных, а интеллектуальных, и получаемый результат данных работ - не вещь, а результат интеллектуальной деятельности - произведение.

Как указано в статье, произведение может быть в соответствии с условиями договора создано на материальном носителе, а может на таком носителе не создаваться.

Авторский договор заказа может быть заключен только физическим лицом - автором.

При заключении авторского договора заказа необходимо исходить из следующего: так как по договору создается конкретное, т.е. обусловленное произведение, то целесообразно указать в договоре жанр произведения, его наименование, тему, содержание и объем.

В отличие от ЗоАП в п. 2 комментируемой статьи урегулированы вопросы, связанные с имущественными правами на произведение, создаваемое по авторскому договору заказа. В зависимости от условий, закрепленных в договоре, применяются положения о договоре об отчуждении исключительных прав и о лицензионном договоре (п. п. 3 и 4 комментируемой статьи).

Статья 1289. Срок исполнения договора авторского заказа

Комментарий к статье 1289

В комментируемой статье установлено существенное условие авторского договора заказа - срок, в течение которого должно быть создано и передано заказчику произведение. Если договор не предусматривает этот срок, то договор авторского заказа считается незаключенным.

В пункте 2 комментируемой статьи автору предоставляется право на получение дополнительного льготного срока для создания произведения. Для получения льготного срока требуется совокупность двух условий: необходимость и уважительность причин для

завершения создания произведения. Данные категории очень субъективны и в каждом случае определяются заказчиком.

Льготный срок предоставляется продолжительностью 1/4 общего срока (п. 2 комментируемой статьи), однако стороны могут его изменить, но только в сторону увеличения.

Пункт 3 комментируемой статьи предоставляет заказчику право отказаться от договора авторского заказа. К случаям правомерного отказа заказчика от договора авторского заказа относятся:

истечение льготного срока;

нарушение основного срока договора авторского заказа и утрата в связи с этим интереса заказчика к исполнению данного договора.

Статья 1290. Ответственность по договорам, заключаемым автором произведения

Комментарий к статье 1290

В комментируемой статье предусмотрена ответственность автора по заключаемым договорам: договорам об отчуждении исключительного права, лицензионным договорам, авторским договорам заказа.

Ответственность автора в силу положений Кодекса ограничена, и ее размер составляет сумму реального ущерба, причиненного стороне. При этом в договоре об отчуждении исключительных прав и в лицензионном договоре стороны вправе уменьшить размер ответственности.

Если в авторском договоре заказа предусмотрена неустойка за неисполнение или ненадлежащее исполнение условий договора, то данная неустойка подлежит выплате, но не больше суммы реального ущерба.

Статья 1291. Отчуждение оригинала произведения и исключительное право на произведение

Комментарий к статье 1291

Кодекс предусмотрел возможность отчуждения оригинала произведения и установил правила, касающиеся распределения исключительного права на использование произведения.

Данная статья распространяется не только на произведение живописи и скульптуры, но и на литературные произведения, что является новшеством в российском законодательстве. Однако, устанавливая в комментируемой статье возможность отчуждения оригинала литературного произведения, было бы целесообразно дать определение, раскрыть, что понимается под оригиналом произведения.

В этой ситуации особую сложность представляют литературные произведения, ведь не исключено, что автор может подготовить несколько экземпляров рукописи. Поэтому важно ответить на вопрос, какую рукопись можно считать оригиналом, какими признаками она должна обладать, чтобы однозначно сделать вывод о том, что именно это оригинал произведения. Видимо, данные вопросы должны быть урегулированы в заключаемом сторонами договоре об отчуждении оригинала произведения.

По общему правилу при отчуждении оригинала произведения исключительное право на использование сохраняется за автором.

В статье установлены случаи свободного использования (т.е. без получения разрешения правообладателя и выплаты авторского вознаграждения) произведения:

демонстрация оригинала произведения;

воспроизведение в каталогах, выставках и изданиях;

передача другим лицам для демонстрации на выставках.

Данная позиция законодателя согласуется со ст. 1268 Кодекса, в соответствии с которой автор, передавший свое произведение другому лицу для использования, считается согласившимся на обнародование.

В пункте 3 комментируемой статьи установлены обратные правила для тех случаев, когда оригинал произведения отчуждает не автор. В этих случаях и при условии, что лицо, отчуждающее оригинал произведения, обладает и исключительными правами, исключительное право на использование произведения переходит к приобретателю оригинала произведения; вместе с тем данный принцип может быть изменен сторонами в договоре.

Статья 1292. Право доступа

Комментарий к статье 1292

В комментируемой статье рассматривается одно из прав, которое Кодексом не отнесено ни к личным неимущественным правам, ни к исключительным правам, а составляет отдельную группу интеллектуальных прав - "иные права" (см. комментарий ст. 1226 Кодекса).

Данное право именуется правом доступа. В соответствии с ним автор вправе требовать от собственника оригинала произведения предоставления возможности осуществить право на воспроизведение своего произведения. Право доступа распространяется только на произведения изобразительного искусства.

В пункте 2 комментируемой статьи, в отличие от ЗоАП, прямо предусмотрено, что автор вправе осуществлять фото- и видеосъемку произведения, если иное не установлено в договоре.

Комментируемая статья, несмотря на то что ее положения не новы для российского законодательства, на практике рождает вопросы, например: каким образом и в каком порядке автор может реализовать принадлежащее ему право, исчерпывается ли данное право однократным предоставлением автору доступа к произведению, или автор вправе требовать неоднократного доступа к произведению?

По-видимому, все процедурные вопросы, вопросы взаимодействия автора и собственника о порядке реализации принадлежащего автору права доступа должны быть урегулированы в договоре об отчуждении оригинала произведения (ст. 1291 Кодекса). Отсутствие такого урегулирования может привести к возникновению спора между автором и собственником оригинала произведения.

Статья 1293. Право следования

Комментарий к статье 1293

Комментируемая статья рассматривает еще одно право, входящее в группу иных интеллектуальных прав, которые также наряду с правом доступа могут принадлежать только автору.

Данное право именуется правом следования. Суть данного права сводится к тому, что в случае публичной перепродажи произведения изобразительного искусства, авторских рукописей литературных и музыкальных произведений автор имеет право на получение от продавца вознаграждения.

В отличие от ЗоАП право следования теперь также принадлежит авторам рукописей литературных и музыкальных произведений. Данное изменение субъектного состава лиц, обладающих правом следования, есть реализация в российском законодательстве положений Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений

о праве долевого участия: "В отношении оригиналов произведений искусства и оригиналов рукописей писателей и композиторов автор, а после его смерти лица или учреждения, уполномоченные национальным законодательством, пользуются неотчуждаемым правом долевого участия в каждой продаже произведения, следующей за первой его уступкой, совершенной автором произведения".

Кодекс не раскрывает понятие "оригинал произведения", что представляется не совсем правильным, особенно если речь идет о литературных произведениях. Кодекс также не указывает, какими признаками должен обладать объект, чтобы можно было сделать вывод о наличии оригинала. Не исключены ситуации, когда автор может выполнить несколько экземпляров рукописей, каждый из которых может считаться оригиналом произведения. В связи с этим при заключении договора продажи оригинала произведения необходимо истребовать от автора гарантии того, что автор отчуждает оригинал произведения, а также предусмотреть в договоре ответственность автора за нарушение данного обязательства.

В пункте 3 комментируемой статьи урегулированы вопросы наследования права следования. Предусмотрено, что право неотчуждаемо, однако оно не относится к личным неимущественным правам, следовательно, в соответствии со ст. 1112 Кодекса может переходить по наследству. Так как в Кодексе не предусмотрено каких-либо ограничений способа наследования права следования, то данное право может перейти к наследникам как по завещанию, так и по закону.

Статья 1294. Права автора произведения архитектуры, градостроительства или садово-паркового искусства

Комментарий к статье 1294

Комментируемая статья посвящена правам автора на особый вид объектов авторского права - произведения архитектуры, градостроительства или садово-паркового искусства.

Статья 1259 Кодекса определяет, что произведения архитектуры, градостроительства или садово-паркового искусства могут существовать в том числе в форме проектов, чертежей, изображений и макетов.

В рассматриваемой статье в качестве еще одной формы произведения архитектуры, градостроительства или садово-паркового искусства выделяется документация для строительства.

Определение архитектурной деятельности, архитектурного проекта, документации для строительства дано в Федеральном законе от 17 ноября 1995 г. N 169-ФЗ "Об архитектурной деятельности в Российской Федерации".

Согласно ст. 2 названного Закона архитектурная деятельность - это профессиональная деятельность граждан (архитекторов), имеющая целью создание архитектурного объекта и включающая в себя творческий процесс создания архитектурного проекта, координацию разработки всех разделов проектной документации для строительства или реконструкции, авторский надзор за строительством архитектурного объекта.

Документация для строительства - это проектная документация для строительства или реконструкции.

Архитектурный проект - архитектурная часть документации для строительства и градостроительной документации, содержащая архитектурные решения, которые комплексно учитывают социальные, экономические, функциональные, инженерные, технические, противопожарные, санитарно-гигиенические, экологические, архитектурно-художественные и иные требования, предъявляемые к объекту, в объеме, необходимом

для разработки документации для строительства объектов, в проектировании которых необходимо участие архитектора.

В пункте 1 комментируемой статьи раскрывается содержание исключительного права автора: право использования произведений данной категории включает не только способы, указанные в п. п. 2 и 3 ст. 1270 Кодекса, но и разработку документации для строительства.

В части 2 п. 1 комментируемой статьи установлены ограничения на использование архитектурного проекта. Данные ограничения установлены только для целей реализации проекта и выражены в количественном пределе использования архитектурного проекта для реализации. Такое использование допускается однократно.

Вместе с тем подобное ограничение применимо к тем архитектурным проектам, которые создавались по договору. Кроме этого, указанное ограничение применяется в отношении не автора, а лица, заказавшего данный архитектурный проект. Для повторного использования архитектурного проекта необходимо получить согласие автора.

В пункте 2 комментируемой статьи предусмотрены права, которые принадлежат только автору, - права авторского надзора и контроля. Содержание данных права и порядка их реализации устанавливается федеральным органом исполнительной власти по архитектуре и строительству.

Пункт 3 комментируемой статьи предоставляет автору право требовать предоставления ему права на участие в реализации авторского проекта. Такая конструкция статьи не позволяет сделать вывод о том, как данное право реализуется на практике, в каком порядке предъявляется данное требование - в простом или судебном.

Кодекс, в свою очередь, не закрепляет корреспондирующей с правом автору обязанности заказчика предоставить право на участие в реализации проекта.

Следовательно, комментируемая статья требует дальнейшей доработки.

Статья 1295. Служебное произведение

Комментарий к статье 1295

Комментируемая статья регулирует вопросы создания служебных произведений.

Служебным признается произведение, созданное автором в пределах исполнения своих трудовых обязанностей, иными словами, для признания произведения служебным необходимо наличие трудовых отношений. Более того, необходимо, чтобы создание произведений, творческая деятельность (например, программирование) были трудовыми обязанностями работника - автора.

Факт трудовых отношений подтверждается трудовым договором. Так, Трудовой кодекс определяет, что трудовой договор - это соглашение между работодателем и работником, в соответствии с которым работодатель обязуется предоставить работнику работу по обусловленной трудовой функции, обеспечить условия труда, своевременно и в полном размере выплачивать работнику заработную плату, а работник обязуется лично выполнять определенную этим соглашением трудовую функцию, соблюдать правила внутреннего трудового распорядка, действующие у данного работодателя.

По правилам комментируемой статьи авторское право принадлежит работнику. Следует учитывать, что в соответствии со ст. 1255 Кодекса авторским правом признается в том числе исключительное право, однако комментируемый пункт не содержит каких-либо изъятий из данного правила.

В пункте же 2 комментируемой статьи закреплено обратное положение, согласно которому исключительное право на служебное произведение принадлежит работодателю. Данное положение может быть изменено сторонами (работником-автором и работодателем) в договоре. В отличие от ЗоАП стороны вправе урегулировать вопрос о

принадлежности исключительного права на служебные произведения и в трудовом договоре.

Данное положение комментируемой статьи очень спорно: предметом трудового договора являются трудовые отношения, регулируемые трудовым законодательством, а согласно ст. 2 Гражданского кодекса основания возникновения и порядок осуществления права собственности и других вещных прав, исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности (интеллектуальной собственности) определяются гражданским законодательством.

Моментом, с которого работодатель вправе осуществлять принадлежащие ему права, является момент, когда служебное произведение было предоставлено в его распоряжение.

Действиями по использованию служебного произведения признаются в том числе такие действия работодателя: использование произведения, передача исключительных прав на него другому лицу или сохранение произведения в тайне.

Необходимо обратить внимание на следующее положение статьи: на работодателя возлагается обязанность выплачивать вознаграждение работнику и в случаях, когда исключительное право было им передано третьим лицам. Однако на каком основании работодатель будет выплачивать вознаграждение за использование права, которое ему не принадлежит?

Новеллой законодательства являются положения Кодекса (п. 3 комментируемой статьи), устанавливающие случаи, когда работодатель может лишиться принадлежащего ему исключительного права на служебное произведение и это исключительное право принадлежит автору. Это произойдет, если работодатель в течение трех лет не использует служебное произведение, предоставленное в его распоряжение, не передаст исключительное право на произведение другому лицу, не сообщит автору о сохранении произведения в тайне.

Так же как и в ЗоАП, работник наряду с заработной платой, выплачиваемой ему за выполнение трудовых обязанностей, а именно за создание служебных произведений, имеет право на получение вознаграждения за использование работодателем служебного произведения. Необходимо помнить, что выплачиваемое вознаграждение не является заработной платой работника.

Статья 1296. Программы для ЭВМ и базы данных, созданные по заказу

Комментарий к статье 1296

Комментируемая статья регулирует отношения, связанные с созданием программ для ЭВМ и баз данных по заказу.

Правила комментируемой статьи существенно отличаются от общих правил, предусмотренных для заключения авторского договора заказа, указанных в ст. 1288 Кодекса.

Существенным отличием этих двух договоров являются следующие признаки:

по договору, предусмотренному комментируемой статьей, на стороне исполнителя выступает не автор, а, как следует из содержания статьи, юридическое лицо;

исключительные права на использование созданной по заказу программы для ЭВМ принадлежат заказчику;

прямо не предусмотрено заключение договоров об отчуждении исключительных прав от подрядчика (исполнителя) заказчику.

Из пункта 2 комментируемой статьи следует, что если исключительное право на использование созданной по заказу программы для ЭВМ принадлежит заказчику, то подрядчику предоставлено право использовать для собственных нужд созданную программу для ЭВМ.

Использование осуществляется на условиях простой (неисключительной) лицензии. Простая (неисключительная) лицензия предоставляется в соответствии с правилами ст. ст. 1235, 1236 Кодекса на весь срок действия исключительного права.

В соответствии с п. 3 комментируемой статьи, если исключительное право на использование созданной по заказу программы для ЭВМ принадлежит исполнителю (подрядчику), заказчику предоставляется право использования для собственных нужд созданной программы для ЭВМ.

В пункте 4 комментируемой статьи содержатся гарантии, предоставляемые автору программы для ЭВМ, так, автору, создавшему программу для ЭВМ, принадлежит право на получение вознаграждения.

Статья 1297. Программы для ЭВМ и базы данных, созданные при выполнении работ по договору

Комментарий к статье 1297

Комментируемая статья регламентирует отношения по созданию конкретных объектов авторского права - программы для ЭВМ или базы данных - и направлена на урегулирование отношений, которые возникают при создании программ для ЭВМ и баз данных по договорам подряда или научно-исследовательских, опытно-конструкторских или технологических работ. При этом данные договоры не предусматривают, что цель их заключения - создание программ для ЭВМ или базы данных.

В отличие от случаев создания программ для ЭВМ или баз данных по заказу исключительные права при выполнении договоров, не предусматривающих создание названных выше объектов авторского права, принадлежат исполнителю.

Если стороны не изменили данное положение закона и исключительные права принадлежат исполнителю, то заказчик вправе использовать созданную для ЭВМ программу или базу данных на условиях простой неисключительной лицензии. Срок, на который предоставляется лицензия, составляет весь срок действия исключительного права. Дополнительное вознаграждение за использование программ для ЭВМ или баз данных не выплачивается, соответственно, лицензия предоставляется безвозмездно.

К порядку оформления простой неисключительной лицензии применяются положения ст. ст. 1235, 1236 Кодекса.

Право заказчика на получение простой неисключительной лицензии принадлежит ему, даже если исполнитель передал исключительное право на использование программы для ЭВМ или базы данных третьим лицам.

В пункте 2 комментируемой статьи урегулирована ситуация, когда исключительные права на использование программы для ЭВМ или базы данных передаются заказчику или указанному им третьему лицу.

Аналогично правилам, содержащимся в п. 1 комментируемой статьи, исполнитель вправе использовать такую программу на условиях простой неисключительной лицензии. Единственным отличием права пользования исполнителя является то, что его права пользования ограничены собственными нуждами.

Пункт 3 комментируемой статьи предоставляет автору (очевидно, речь идет о работнике исполнителя, создавшего программу для ЭВМ или базу данных) право на получение вознаграждения.

Вместе с тем не совсем понятно, почему законодатель ограничил применение данной статьи только отдельными видами объектов авторского права (программ для ЭВМ и базы данных): по договору подряда и по договорам научно-исследовательских, опытно-конструкторских или технологических работ могут быть созданы не только программы для ЭВМ и базы данных, но и иные объекты авторского права, например карты, учебные пособия.

Вероятно, если при выполнении договора подряда или договоров о проведении научно-исследовательских, опытно-конструкторских или технологических работ будут созданы иные объекты авторского права, к возникшим отношениям комментируемая статья может быть применена на основании ст. 6 Кодекса.

Статья 1298. Произведения науки, литературы и искусства, созданные по государственному или муниципальному контракту

Комментарий к статье 1298

Комментируемая статья регулирует отношения сторон, возникающих из исполнения государственных или муниципальных контрактов.

По общему правилу (т.е. если сторонами данное положение не изменено в договоре) исключительные права на использование принадлежат исполнителю (им может быть как сам автор, так и любое другое лицо, в том числе юридическое).

Вместе с тем стороны вправе предусмотреть в договоре, что исключительное право принадлежит заказчику (Российской Федерации, ее субъекту или муниципальному образованию).

Следовательно, при исполнении государственных или муниципальных контрактов могут возникнуть три ситуации - исключительное право принадлежит:

исполнителю;

заказчику;

исполнителю и заказчику совместно.

Когда исключительное право принадлежит заказчику (Российской Федерации, ее субъекту или муниципальному образованию), для реализации заказчиком принадлежащего ему права необходимо соблюдение формальностей.

Во-первых, исполнитель обязан заключить договоры о приобретении исключительных прав на произведение. Эта обязанность распространяется и на случаи, когда произведение создано работниками исполнителя.

Данное положение статьи противоречит положениям ст. 1295 Кодекса, где не предусмотрено заключение работодателем с работником договора об отчуждении исключительных прав.

Следующая формальность - исполнитель обязан передать исключительные права на созданное произведение заказчику (Российской Федерации, ее субъекту или муниципальному образованию). Так как права передаются от одного лица (правообладателя) другому, то между сторонами заключается договор об отчуждении исключительных прав. При этом заказчик обязан компенсировать исполнителю понесенные расходы. Компенсация понесенных расходов осуществляется в соответствии с бюджетным законодательством Российской Федерации.

Как следует из комментируемой статьи, законодатель, говоря о принадлежности заказчику исключительного права, не подразумевает одновременного возникновения у заказчика исключительного права.

По смыслу комментируемой статьи для возникновения права необходимо соблюдение процедуры перехода права от одного лица к другому. Таким образом, установленная законом принадлежность исключительного права есть своеобразное преимущественное право на заключение договора об отчуждении исключительных прав и запрет на совершение аналогичных сделок по отчуждению исключительных прав другим лицам.

Когда исключительное право принадлежит исполнителю, исполнитель по требованию заказчика обязан предоставить указанному заказчиком лицу простую неисключительную лицензию. Лицензия предоставляется безвозмездно, в порядке и по правилам, установленным ст. 1235 Кодекса.

Пункт 3 комментируемой статьи регламентирует ситуацию, когда исключительные права принадлежат исполнителю и заказчику совместно.

Положения п. 1 комментируемой статьи делают не вполне ясной процедуру приобретения исключительных прав заказчиком и дальнейшего их осуществления совместно с исполнителем. Если исполнитель для выполнения обязанности передать исключительное право заказчику обязан заключить со своими работниками договор, следовательно, для того чтобы заказчик получил статус правообладателя наряду с исполнителем, исполнитель также заключает со своими работниками договор о приобретении исключительных прав.

Однако, каким образом исполнитель обеспечивает заказчику его вступление в права правообладателя, из комментируемой статьи не следует. Более того, в этой ситуации невозможно заключение между заказчиком и исполнителем договора об отчуждении исключительного права или лицензионного договора.

Наряду с указанными проблемами не урегулирован вопрос о возможности предоставления исполнителем лицензий третьим лицам, в комментируемом пункте данное право предусмотрено в отношении заказчика. Однако исполнитель как правообладатель обладает правом на предоставление лицензий третьим лицам.

В связи с изложенным комментируемый пункт нуждается во внесении изменений и дополнений, в противном случае данная норма закона будет "мертвой" и применяться на практике не будет.

Пункт 5 комментируемой статьи предоставляет работнику, чье исключительное право перешло к исполнителю, право на вознаграждение.

Статья 1299. Технические средства защиты авторских прав

Комментарий к статье 1299

Комментируемая статья является реализацией положений международных договоров, в частности договора ВОИС по авторскому праву.

Под техническими средствами защиты, согласно установленному в статье определению, понимаются любые технологии, технические устройства или их компоненты. Данные технические средства должны выполнять следующие функции:

контролировать доступ к произведениям;

предотвращать или ограничивать действия, которые не разрешены автором или иным правообладателем.

По сравнению с ЗоАП в качестве технических средств защиты информации дополнительно введены технологии. В качестве таких технологий можно рассматривать и информационные технологии. Под информационными технологиями, согласно Федеральному закону от 27 июля 2006 г. N 149-ФЗ "Об информации, информационных технологиях и защите информации" (далее - Закон об информации), понимаются процессы, методы поиска, сбора, хранения, обработки, предоставления информации и способы осуществления таких процессов и методов.

В пункте 2 комментируемой статьи установлен запрет на совершение действий, которые могут нарушить применяемые технические средства защиты. К таким действиям отнесены:

действия, направленные на то, чтобы устранить ограничения использования произведения, установленные путем применения технических средств защиты авторских прав;

изготовление, распространение, сдача в прокат, предоставление во временное безвозмездное пользование, импорт, реклама любой технологии, любого технического устройства или их компонентов, использование таких технических средств в целях получения прибыли либо оказание соответствующих услуг, если в результате подобных

действий становится невозможным использование технических средств защиты авторских прав либо эти технические средства не смогут обеспечить надлежащую защиту указанных прав.

Статья 1300. Информация об авторском праве

Комментарий к статье 1300

Так же как и в отношении технических средств защиты информации, комментируемая статья является реализацией положений Договора ВОИС по авторскому праву.

Комментируемая статья регулирует вопросы информирования третьих лиц об авторах или иных правообладателях, а также об условиях использования произведения. К информации об авторском праве относится информация:

- идентифицирующая автора или иного правообладателя;
- об условиях использования произведения.

Вышеназванная информация может содержаться на оригинале или экземплярах произведения, может быть приложена к произведению (оригиналу или произведению), может появляться в связи с сообщением в эфир или по кабелю, в том числе может быть выражена в любых цифрах и кодах.

В пункте 2 комментируемой статьи перечислены действия, за которые лицо, их осуществившее, несет установленную законодательством ответственность (п. 3 комментируемой статьи). К таким действиям отнесено удаление или изменение информации, а также использование произведения, в отношении которого была удалена или изменена информация об авторском праве.

Статья 1301. Ответственность за нарушение исключительного права на произведение

Комментарий к статье 1301

Комментируемая статья устанавливает дополнительные виды и размеры ответственности, применяемые к нарушителю авторских прав.

К таким дополнительным мерам ответственности относится выплата компенсации. Порядок требования компенсации определяется в соответствии с п. 3 ст. 1252 Кодекса.

Компенсация подлежит взысканию при доказанности факта правонарушения.

Правообладателю предоставлено право требовать от нарушителя выплаты компенсации за каждый случай неправомерного использования произведения либо за допущенное правонарушение в целом.

Указанная компенсация бывает двух видов:

1) компенсация "по усмотрению суда", т.е. окончательный размер компенсации определяет суд, данный размер должен соответствовать максимальному и минимальному пределам, установленным Кодексом (от 10000 до 5000000 рублей). Для определения размера компенсации суд может использовать размер понесенных правообладателем расходов на восстановление права, наличие умысла со стороны нарушителя, соразмерность компенсации, требования разумности и справедливости;

2) компенсация "в двукратном размере стоимости". Двукратный размер определяется или от стоимости экземпляров произведений, или от стоимости права использования произведения. При этом стоимость права использования определяется исходя из цены, которая при сравнимых обстоятельствах обычно взимается за правомерное использование произведения.

Право выбора того или иного способа этой компенсации принадлежит истцу.

Статья 1302. Обеспечение иска по делам о нарушении авторских прав

Комментарий к статье 1302

Комментируемая статья устанавливает один из способов защиты авторских прав - обращение в суд с заявлением о принятии обеспечительных мер.

Под обеспечительными мерами (ст. 90 АПК РФ) необходимо понимать срочные временные меры, направленные на обеспечение иска или имущественных интересов заявителя (обеспечительные меры).

Обеспечительные меры принимаются судом в порядке, установленном Арбитражным процессуальным и Гражданским процессуальным кодексами в зависимости от подведомственности спора.

Требования к оформлению заявления о принятии обеспечительных мер, подаваемого в арбитражный суд, порядку его подачи и рассмотрения определены в ст. ст. 90 - 100 АПК РФ.

Так, по правилам ст. 92 АПК РФ заявление об обеспечении иска может быть подано в арбитражный суд одновременно с исковым заявлением или в процессе производства по делу до принятия судебного акта, которым заканчивается рассмотрение дела по существу. Ходатайство об обеспечении иска может быть изложено в искомом заявлении.

Заявление должно содержать:

- наименование арбитражного суда, в который подается заявление;
- наименования истца и ответчика, их место нахождения или место жительства;
- предмет спора;
- размер имущественных требований;
- обоснование причины обращения с заявлением об обеспечении иска;
- обеспечительная мера, которую просит принять истец;
- перечень прилагаемых документов.

Требования к порядку подачи заявления о принятии обеспечительных мер, подаваемого в суды общей юрисдикции, и его рассмотрения определены в ст. ст. 139 - 146 ГПК РФ.

Обеспечительные меры выражаются в запрете совершать определенные действия (изготовление, воспроизведение, продажу, сдачу в прокат, импорт, транспортировку, хранение, владение и иное использование) в целях введения в гражданский оборот экземпляров произведений, в отношении которых предполагается, что они являются контрафактными.

Обеспечительные меры принимаются в отношении лица, если есть основания полагать, что оно нарушило авторские права.

Арест может быть наложен на все экземпляры произведений, в отношении которых предполагается, что они являются контрафактными, а также на материалы и оборудование, используемые или предназначенные для их использования или изготовления.

По результатам рассмотрения заявления о принятии обеспечительных мер суд выносит определение и выдает на его основании исполнительный лист.

В соответствии с п. 2 комментируемой статьи обеспечительные меры принимаются в том числе органами дознания или следствия. Так, органы дознания или следствия обязаны принять меры к розыску и наложить арест на экземпляры произведений, в отношении которых предполагается, что они контрафактные.

Розыск и наложение ареста осуществляется в соответствии с уголовным процессуальным законодательством Российской Федерации.

Арест может быть наложен на материалы и оборудование, используемые или предназначенные для изготовления или воспроизведения данных экземпляров.

Обеспечительные меры, принимаемые органами дознания или следствия, включают изъятие и передачу на ответственное хранение указанных объектов.

Глава 71. ПРАВА, СМЕЖНЫЕ С АВТОРСКИМИ

§ 1. Общие положения

Статья 1303. Основные положения

Комментарий к статье 1303

1. Смежные права - значит сходные с авторскими, иными словами, правовой режим смежных прав сходен с правовым режимом авторского права. Следует отметить, что многие объекты смежных прав делают объекты авторского права доступными для восприятия третьими лицами, поэтому они, как правило, тесно связаны с авторскими правами, что обуславливает определение объема смежных прав с учетом объема авторских прав во избежание возможных коллизий прав. В литературе неоднократно отмечалось, что возникновению смежных прав в значительной степени способствовал технический прогресс, а именно: изобретение Эдисоном фонографа, братьями Люмьер - кинематографа, Герцем и Маркони - радио. Смежные права являются разновидностью интеллектуальных прав.

2. К смежным правам относится исключительное право, которое означает право лица, обладающего данным правом, использовать тот или иной объект смежного права по своему усмотрению любым не противоречащим закону способом. Кроме того, в отношении некоторых объектов смежных прав, например исполнения и фонограммы, законодатель устанавливает личные неимущественные права. Исполнитель помимо исключительного права на исполнение в соответствии со ст. 1315 ГК РФ обладает следующими неимущественными правами на исполнение: авторства, на имя, на неприкосновенность исполнения. Изготовитель фонограммы помимо исключительного права на фонограмму в соответствии со ст. 1323 ГК РФ обладает следующими личными неимущественными правами: на указание на экземплярах фонограммы и (или) их упаковке своего имени или наименования, на защиту фонограммы от искажения при ее использовании, на обнародование фонограммы.

Статья 1304. Объекты смежных прав

Комментарий к статье 1304

1. Часть четвертая Гражданского кодекса расширяет перечень объектов смежных прав по сравнению с ЗоАП, дополняя этот перечень базами данных в части их охраны от несанкционированного извлечения и повторного использования материалов, составляющих их содержание, произведениями науки, литературы и искусства, обнародованными после их перехода в общественное достояние, в части охраны прав публикатора таких произведений.

В ряде стран перечень объектов смежных прав шире. Так, в Германии к объектам смежных прав помимо перечисленных выше относятся видеозаписи кинематографических произведений, фотографии, которые не отвечают требованиям, предъявляемым к объектам авторского права. В иных странах объектом смежных прав являются графическое оформление печатных изданий (Великобритания, Австралия, Индия, Новая Зеландия, Сингапур и т.д.).

2. Для возникновения, осуществления и защиты смежных прав не требуется регистрации их объекта или соблюдения каких-либо формальностей.

3. На территории России охрана исполнения, фонограммам, сообщениям передач организаций эфирного или кабельного вещания может предоставляться в силу как национального законодательства, так и международного договора (более подробно это рассмотрено в комментариях к статьям, посвященным конкретным объектам смежного права).

Россия является участницей трех международных договоров в области смежного права:

1. Конвенции об охране интересов производителей фонограмм от незаконного воспроизводства их фонограмм от 29 октября 1971 г. - с 13 марта 1995 г. (Конвенция о фонограммах).

Россия присоединилась к этой Конвенции на основании Постановления 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". Представляется, что данная Конвенция носит публичный характер.

2. Международной конвенции об охране интересов артистов-исполнителей, производителей фонограмм и вещательных организаций от 26 октября 1961 г. - с 26 мая 2003 г. (далее - Римская конвенция).

Россия присоединилась к этой Конвенции на основании Постановления Правительства Российской Федерации от 20 декабря 2002 г. "О присоединении Российской Федерации к Международной конвенции об охране прав исполнителей, изготовителей фонограмм и вещательных организаций".

3. Конвенции о распространении несущих программы сигналов, передаваемых через спутники, от 21 мая 1974 г. (далее - Конвенция о спутниках), участницей которой является Российская Федерация как правопреемница СССР. СССР присоединился к этой Конвенции 20 января 1989 г. Наиболее подробно характеристику Конвенции о спутниках дают Д. Липчик <1> и Ю.Г. Матвеев (ученый в области международного авторского права, который работал в отделе авторского права ЮНЕСКО <2>), которые отмечают, что Конвенция о спутниках носит публичный характер и не признает каких-либо прав иностранцев, для того же, чтобы права возникли у иностранцев, необходимо признание этих прав в национальном законодательстве. Данная Конвенция лишь порождает обязанности у государств - ее участниц.

<1> Липчик Д. Авторское право и смежные права / Пер. с фр. Предисл. М.А. Федотова. ЮНЕСКО, русское издание 2002. С. 748 - 757.

<2> Матвеев Ю.Г. Международная охрана авторских прав. М.: Русский двор, 2000. С. 153 - 163.

Римская конвенция предоставляет охрану только передачам эфирного вещания.

Охраняемые на территории России в силу международного договора указанные выше объекты не могут охраняться дольше, чем в стране их происхождения. Поэтому истечение срока действия исключительного права на данные объекты в стране происхождения влечет за собой прекращение действия исключительного права на территории России, даже если российское законодательство предоставляет больший по сравнению со страной происхождения указанных объектов срок действия исключительного права. Кроме того, необходимо отметить, что если на территории России срок действия исключительного права на исполнения, фонограммы, сообщения организаций эфирного или кабельного вещания меньше, чем в стране их происхождения, то они будут охраняться в течение срока действия исключительного права, предусмотренного российским законодательством. Срок действия исключительного права

на исполнение предусмотрен в ст. 1318 ГК РФ, срок действия исключительного права на фонограмму - в ст. 1327 ГК РФ, срок действия исключительного права на сообщение радио- или телепередач - в ст. 1331 ГК РФ.

Статья 1305. Знак правовой охраны смежных прав

Комментарий к статье 1305

Законодатель предусматривает знак правовой охраны не для всех объектов смежных прав, а только для исполнений и фонограмм. Знак правовой охраны исполнений и фонограмм носит информационный, а не правоустанавливающий характер, т.е. он призван информировать третьих лиц об обладателях исключительного права на исполнение и фонограммы. Данный знак состоит из трех элементов:

- латинской буквы "P" в окружности;
- имени или наименования обладателя исключительного права;
- года первого опубликования фонограммы.

Знак правовой охраны смежных прав помещается на каждом оригинале или экземпляре фонограммы и (или) на каждом содержащем ее футляре.

Под экземпляром фонограммы понимается ее копия на любом материальном носителе, изготовленная непосредственно или косвенно с фонограммы и включающая все или некоторые звуки или их отображения, зафиксированные в этой фонограмме. Таким образом, экземпляр фонограммы будет иметь место в том случае, если копия:

1) записана с фонограммы, а не с какого-либо другого носителя, иными словами, законодатель не рассматривает в качестве копии фонограммы вторичную запись, т.е. запись на аудионосители звуков не с фонограммы, а с аудионосителей, записанных с фонограммы. Не следует путать вторичную и косвенную записи: косвенная запись - также запись с фонограммы, сделанная при помощи микрофона, установленного в помещении, где звучит фонограмма;

2) включает все или часть звуков фонограммы либо их отображения. Отображения звуков есть представление их в цифровой форме, для преобразования которой в форму, воспринимаемую слухом, требуется использование специальных технических средств.

Статья 1306. Использование объектов смежных прав без согласия правообладателя и без выплаты вознаграждения

Комментарий к статье 1306

Комментируемая статья касается случаев свободного использования объектов смежного права, т.е. когда лицу, их использующему, не требуется получать разрешение от обладателя исключительного права на тот или иной объект смежного права и выплачивать ему вознаграждение. Имеются в виду случаи:

- 1) когда допускается свободное использование произведений (ст. ст. 1273, 1274, 1277, 1278 и 1279 ГК РФ; см. комментарий к ним);
- 2) предусмотренные в гл. 71 ГК РФ (п. 3 ст. 1317, п. 4 ст. 1330).

Статья 1307. Договор об отчуждении исключительного права на объект смежных прав

Комментарий к статье 1307

Данный договор может быть заключен в отношении любого объекта смежного права. Этот договор направлен на переход исключительного права от одного лица (лиц) к другому лицу (лицам).

Данный договор является консенсуальным. Слова в определении договора о том, что правообладатель "передает или обязуется передать", могут ввести в заблуждение: на их основании можно сделать вывод, что данный договор может быть как реальным, так и консенсуальным. Однако это не так. Права не материальны, поэтому их нельзя физически передать, а следовательно, передача права не есть какое-либо действие, которое является либо моментом вступления в силу договора, либо действием по исполнению договора. Данный договор вступает в силу с момента его заключения.

Договор, как правило, является возмездным. Однако стороны могут предусмотреть, что данный договор безвозмездный.

Возмездный договор двусторонний, а безвозмездный односторонний.

Содержание договора составляют его условия.

Существенное условие данного договора, как и любого другого, составляет его предмет. В данном типе договора предметом выступает исключительное право; не могут быть предметом другие имущественные права, тем более неимущественные. Предмет договора должен быть определен путем указания на объект права. Если объект права не будет конкретизирован, то не будет конкретизирован и предмет договора.

Если договор возмездный, а он таким является, если в самом договоре не указано, что он безвозмездный, то существенным условием договора об отчуждении исключительного права является размер вознаграждения, который должен быть определенным или определяемым. Согласно ч. 2 п. 3 ст. 1234 ГК РФ при отсутствии в возмездном договоре об отчуждении исключительного права условия о размере вознаграждения или порядке его определения договор считается незаключенным. При этом правила определения цены, предусмотренные п. 3 ст. 424 ГК РФ, не применяются.

Форма договора. Договор об отчуждении исключительного права должен быть заключен в письменной форме. Правовым последствием несоблюдения письменной формы становится недействительность договора (более подробно об этом типе договора см. комментарий к ст. 1234 ГК РФ).

Статья 1308. Лицензионный договор о предоставлении права использования объекта смежных прав

Комментарий к статье 1308

В статье названы стороны и предмет лицензионного договора о предоставлении права использования объекта смежных прав.

Обладатель смежных прав, предоставляющий их другому лицу, именуется лицензиаром; лицо, получающее от правообладателя смежные права, - лицензиатом.

Предметом рассматриваемого лицензионного договора может быть предоставление или обязанность предоставления лицензиаром лицензиату права использовать объект смежных прав в пределах, установленных договором.

Статья 1309. Технические средства защиты смежных прав

Комментарий к статье 1309

1. Нормы о технических средствах защиты авторских и смежных прав относительно новые для российского законодательства, впервые они были введены в ЗоАП Федеральным законом от 20 июля 2004 г. N 72-ФЗ "О внесении изменений в Закон Российской Федерации "Об авторском праве и смежных правах".

При разработке положений настоящей статьи Кодекса, как и ст. 48.1 ЗоАП, законодатель учитывал положения ст. 18 Договора ВОИС по исполнениям и фонограммам.

Под техническими средствами защиты смежных прав понимаются любые технологии, технические устройства или их компоненты, контролирующие доступ к объекту смежных прав, предотвращающие либо ограничивающие совершение действий, которые не разрешены правообладателем в отношении такого объекта.

2. Комментируемая статья содержит отсылку к ст. 1299 ("Технические средства защиты авторских прав") и ст. 1311 Кодекса, положениями которых необходимо руководствоваться во всем, что не урегулировано ст. 1309.

Статья 1310. Информация о смежном праве

Комментарий к статье 1310

1. В соответствии со ст. 1310 к информации о смежном праве относится любая информация, которая:

- идентифицирует объект смежных прав;
- идентифицирует правообладателя;
- относится к условиям использования объекта смежных прав.

Указанная информация должна содержаться на материальном носителе объекта смежных прав, быть приложена к нему или появляться в связи с сообщением в эфир, по кабелю либо доведением этого объекта до всеобщего сведения или присутствовать в любых цифрах и кодах.

2. К информации о смежном праве применяются положения ст. 1300 "Информация об авторском праве" и ст. 1311 ГК РФ.

Статья 1311. Ответственность за нарушение исключительного права на объект смежных прав

Комментарий к статье 1311

1. Обладатель исключительного права на объект смежных прав вправе защищать свое нарушенное право любыми способами, предусмотренными комментируемым Кодексом, с учетом существа нарушенного права и последствий его нарушения, в том числе с использованием способов, установленных ст. ст. 1250, 1252 и 1253 Кодекса.

2. Комментируемая статья помимо вышеуказанного положения декларативного характера содержит уточняющую норму, согласно которой правообладатель вправе требовать по своему выбору от нарушителя вместо возмещения убытков выплаты компенсации в соответствии с п. 3 ст. 1252 Кодекса. Размер такой компенсации - от 10000 руб. до 5000000 руб. - может быть заявлен правообладателем, однако определяется по усмотрению суда: либо в двукратном размере стоимости экземпляров фонограммы, либо в двукратном размере стоимости права использования объекта смежных прав, определяемой исходя из цены, которая при сравнимых обстоятельствах обычно взимается за правомерное использование такого объекта.

Немаловажно, что такой способ защиты исключительного права, как компенсация, может использоваться "наряду с использованием других применимых способов", предусмотренных Гражданским кодексом Российской Федерации.

Статья 1312. Обеспечение иска по делам о нарушении смежных прав

Комментарий к статье 1312

К обеспечению иска по делам о нарушении смежных прав могут применяться меры, аналогичные тем, что применимы к обеспечению иска по делам о нарушении авторских прав, установленным ст. 1302 Кодекса.

§ 2. Права на исполнение

Статья 1313. Исполнитель

Комментарий к статье 1313

1. Законодатель выделяет три категории исполнителей: артист-исполнитель, режиссер-постановщик, дирижер.

2. К первой категории относятся не только те лица, которые исполняют произведения, но и те, которые выполняют артистическую работу. Однако сфера этой работы ограничена и связана с исполнением эстрадного, циркового или кукольного номера. Следовательно, акробаты, эквилибристы, клоуны, фокусники и др. являются исполнителями. Необходимо обратить внимание и на то, что законодатель относит к артистам-исполнителям не только лиц, которые исполняют объекты авторского права, но и произведения народного творчества. ЗоАП формально прямо не указывал, что к исполнителям относятся лица, которые исполняют произведения народного творчества. В Договоре ВОИС по исполнениям и фонограммам, к которому Россия намерена присоединиться, под исполнителем понимаются актеры, певцы, музыканты, танцоры и другие лица, которые играют, поют, читают, декламируют, играют на музыкальном инструменте или иным образом исполняют литературные или художественные произведения либо выражения фольклора. Обращает на себя внимание и характер труда исполнителя. В статье 1313 ГК РФ указано, что труд исполнителя должен быть творческий. Таким образом, если исполнение не носит творческого характера, ему не предоставляется правовая охрана. Указание на творческий характер исключает из понятия исполнителя статистов, лиц, которые играют второстепенные роли. На необходимость предоставлять охрану только творческим исполнениям неоднократно обращалось внимание в литературе. По пути предоставления правовой охраны только творческим исполнениям идет и зарубежное законодательство. Например, в ст. L-212-1 Закона Франции о Кодексе интеллектуальной собственности из категории исполнителей исключаются вспомогательные исполнители, признаваемые таковыми профессиональной практикой.

К вспомогательным исполнителям можно отнести лиц, которые аккомпанируют певцу, исполняющему произведение. В литературе существовала и существует точка зрения на то, что поскольку исполнения также должны представлять собой результат творческого труда, то их следует рассматривать как производные произведения, т.е. как объекты авторского права. Однако с этой позицией сложно согласиться, так как исполнитель не создает произведение. Произведение представляет собой выражение автором своей личности вовне, а при исполнении артист, наоборот, вживается в созданный автором образ, как бы вводит его в себя и выражает его посредством своих психических и физических способностей - голоса, тела, мимики, жестов и т.д., в отличие от автора, который созданный образ выражает посредством слова, звуков, глины, красок, гипса и т.д. Объект авторского права отделим от автора, а исполнение неотделимо от актера, оно, благодаря технике, может быть воспроизведено, но при этом от актера не отделится. В. де Санктис писал: "Может случиться так, что актер или исполнитель вообще создаст собственный специфический образ, свой стиль, который нельзя спутать с другим, даже создать какой-то персонаж. Однако содержание этой творческой работы не является сложным комплексом идей, чувств, факторов, которые могут послужить для третьих лиц

элементами для создания новых произведений" <1>. Кроме того, исполнение, главным образом, представляет собой интерпретацию произведения, исполнение же интерпретировать нельзя. Исполнение как объект смежного права возникает с момента окончания такого представления, во время представления происходит процесс возникновения этого объекта. Если одно произведение представляется посредством живого исполнения несколько раз, то имеет место использование одного произведения и возникновение стольких объектов смежного права - исполнений, сколько раз имели место представления, поскольку представление - это эфемерное действие. Следовательно, каждое последующее исполнение одного и того же произведения исполнителем будет новым и самостоятельным объектом смежного права, а это означает, что каждому исполнению предоставляется самостоятельная охрана. Отсюда вытекает, что последующие исполнения охраняются и используются независимо от охраны и состояния прав на предыдущие исполнения.

<1> Цит. по: Липчик Д. Авторское право и смежные права. М.: ЮНЕСКО, 2002. С. 323, 324.

3. Ко второй категории исполнителей относится режиссер-постановщик спектакля, т.е. лицо, осуществившее постановку театрального, циркового, кукольного, эстрадного или иного театрально-зрелищного представления. Нередко специалисты в данной сфере отмечают, что характер труда при создании театральной постановки схож с характером труда при создании постановки аудиовизуального произведения и, несмотря на такую схожесть, закон предусматривает для этих объектов разный правовой режим.

В работах также отмечается, что постановка спектакля есть театральное произведение и представляет собой объект авторского права. Думается, ответить на вопрос о том, следует ли постановку относить к объектам авторского права и смежных прав, должны специалисты в области театрального искусства и именно на основании их заключения законодатель должен определить правовой режим постановки. Поскольку законодатель не отнес постановку к объектам авторского права, следует понимать, что таким образом законодатель видит разную природу объекта авторского права и постановки, т.е. не считает, что постановка является произведением. Постановка отличается от сценических произведений тем, что творческий труд театрального режиссера неотделим от акта производства. Уже в советский период ставился вопрос о необходимости предоставления правовой охраны постановкам. При этом некоторые специалисты полагали, что постановки должны охраняться как объекты авторского права. Так, Б.С. Антимонов и Е.А. Флейшиц отмечали, что "широко практикуемая в последнее время репродукция театральных спектаклей звуковым кино, несомненно, так же выдвинет вопрос об авторском праве на постановку, как уже выдвинут развитием техники вопрос об авторском праве на продукт исполнительского труда" <1>. Вместе с тем существовало мнение о том, что постановка не может быть отнесена к объектам авторского права. В.И. Серебровский писал: "...признание хореографического произведения самостоятельным объектом авторского права не означает, что и сам балетный спектакль (а также любой иной театральный спектакль) тоже является объектом авторского права. В данном случае отсутствуют те основные признаки, которые должны быть присущи произведению как объекту авторского права - объективная форма и способность к воспроизведению. Театральная постановка не допускает возможности ее вполне тождественного воспроизведения даже в прежнем составе исполнителей, с прежними мизансценами и т.д." <2>. В.И. Серебровский отмечал, что даже запись на киноплёнку не воспроизводит постановку, а получившийся фильм-спектакль не тождествен театральному спектаклю.

<1> Антимонов Б.С., Флейшиц Е.А. Авторское право. М.: Госюриздат, 1957. С. 93.

<2> Серебровский В.И. Вопросы советского авторского права. М.: Изд-во Академии наук СССР, 1956. С. 54.

4. К третьей категории исполнителей относится дирижер - музыкант, управляющий оркестром или хором при исполнении музыкального произведения <1>.

<1> Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Толковый словарь. М.: Изд-во "Азъ", 1993. С. 168.

Статья 1314. Смежные права на совместное исполнение

Комментарий к статье 1314

1. Совместное исполнение напоминает институт соавторства. Необходимо обратить внимание на то, что соисполнительство будет иметь место только в том случае, если труд каждого исполнителя носит творческий характер. Например, не может появиться соавторства исполнителя главной роли и статиста. Подобно предложенному И.А. Грингольцем делению соавторства на раздельное и нераздельное, представляется возможным выделение соисполнительства раздельного и нераздельного. Если исполнение представляет собой неразрывное целое, то можно говорить о нераздельном соисполнительстве, если же исполнение состоит из элементов, каждый из которых имеет самостоятельное значение, - о раздельном соисполнительстве. Примерами нераздельного соисполнительства являются исполнение музыкального произведения оркестром, исполнение русского народного танца коллективом, выступления коллектива "Березка". Пример раздельного соавторства - балет, каждый акт которого исполняется разными исполнителями. Это не означает, что при нераздельном соисполнительстве исполнение не может состоять из элементов, оно может состоять из таковых, но каждый элемент исполняется совместно. Смежные права на исполнение в целом принадлежат соисполнителям независимо от того, имеет ли место раздельное или нераздельное соисполнительство. При раздельном соисполнительстве помимо смежных прав на исполнение в целом каждый соисполнитель обладает смежными правами на исполненный им элемент, если он имеет самостоятельное значение, т.е. может использоваться независимо от других элементов. При раздельном соисполнительстве исполнитель может по своему усмотрению использовать элемент своего исполнения, если соглашением не предусмотрено иное.

Представляется, что соисполнительство образуется независимо от того, однородны или разнородны элементы исполнения. Можно провести параллель с соавторством. О.С. Иоффе выделял два условия для признания соавторства: единство и целостность произведения и творческий характер. Единство и целостность, считал О.С. Иоффе, может быть как при однородном творческом труде, так и при разнородном. Целостность произведения при однородном труде имеет место при единстве содержания, а при разнородном творческом труде, как отмечал автор, "кроме единства содержания, требуется взаимозависимость выражающих форм" <1>. Представляется, что применительно к соисполнительству также можно выделить два условия - целостность и единство. В качестве примера соисполнительства при разнородных элементах можно привести исполнение оперы - исполнение оркестра и певца.

<1> Иоффе О.С. Основы авторского права. М.: Знание, 1969. С. 23.

2. В пункте 2 ст. 1314 ГК РФ предусматривается, что смежные права на совместное исполнение осуществляются руководителем коллектива исполнителей, а при его отсутствии - членами коллектива исполнителей совместно, если соглашением между ними не предусмотрено иное. Под словом "коллектив" понимается объединение людей, не

имеющее статуса юридического лица. Вместе с тем сам собой коллектив не является субъектом гражданского права, а следовательно, руководитель коллектива - законный представитель всех лиц, составляющих коллектив, и может от их имени заключать договоры о распоряжении исключительным правом на исполнение. При отсутствии руководителя члены коллектива осуществляют по общему правилу смежные права исполнителя совместно. Таким образом, один исполнитель не может предоставить возможность использования исполнения, возникшего при соисполнительстве. Вместе с тем, как было сказано выше, соглашением сторон может быть установлена возможность использования исполнения, созданного при соисполнительстве, не совместно, т.е. не всеми соисполнителями, а, например, только одним. Это не означает, что смежные права на коллективное исполнение могут принадлежать одному исполнителю. Соглашением исполнителей может изменяться только порядок осуществления исключительного права на коллективное исполнение, смежные права на коллективное исполнение могут принадлежать только всем соисполнителям, и данное положение не может быть изменено соглашением исполнителей.

Законодатель указывает, что, когда совместное исполнение образует неразрывное целое, ни один из членов коллектива не вправе без достаточных оснований запретить его использование.

3. Доходы от использования совместного исполнения распределяются между всеми членами коллектива поровну, если иное не предусмотрено соглашением сторон. Право на получение доходов от использования исполнения является не смежным правом, а составляющим элемент обязательства, возникшего либо в силу договора, заключенного между пользователем и исполнителями, либо в силу закона.

4. Согласно п. 4 ст. 1314 ГК РФ каждый член коллектива вправе самостоятельно принимать меры к защите своих прав, в том числе в случае, когда такое исполнение образует неразрывное целое, т.е. необязательно исковое заявление о нарушении прав на совместное исполнение должно быть подано всеми соисполнителями вместе.

Статья 1315. Права исполнителя

Комментарий к статье 1315

1. Согласно п. 1 ст. 1315 ГК РФ исполнителю принадлежат личные неимущественные права и имущественное право - исключительное право на исполнение. Характер и содержание исключительного права на исполнение раскрываются в ст. 1317 ГК РФ. К личным неимущественным правам исполнителя законодатель относит следующие права: авторства, на имя, на неприкосновенность исполнения. Названные права в соответствии с п. 2 ст. 1228 ГК РФ являются неотчуждаемыми и непередаваемыми. В ЗоАП предусматривалось только два неимущественных права исполнителя - право на имя и право на защиту исполнения. Кроме того, данный Закон не раскрывал содержание права на имя.

В силу подп. 2 п. 1 ст. 1315 ГК РФ право авторства - это право признаваться автором исполнения. Представляется, что данное законодателем определение и название права не совсем удачны, так как приводят к смешению с правами автора произведения. Право авторства может быть нарушено не только при использовании исполнения, но и при размещении информации об исполнении, в частности при указании на афишах имени не того лица, которое является исполнителем, а также при неправильном указании имени исполнителя в программе телепередач.

В статье 1315 ГК РФ раскрывается содержание права исполнителя на имя. Право на имя - это право на указание своего имени или псевдонима на экземплярах фонограммы и в иных случаях использования исполнения, а при совместном исполнении - право на указание наименования коллектива исполнителей. Таким образом, законодатель

ограничивает исполнителя двумя возможностями реализации своего права на имя: либо указать подлинное имя, либо псевдоним, т.е. вымышленное имя. При совместном исполнении исполнители указывают наименование коллектива. Вместе с тем законодатель устанавливает пределы этого права, т.е. предусматривает, когда имя исполнителя не указывается и разрешение у исполнителя на это не спрашивается - речь идет о случаях, когда характер использования произведения исключает возможность указания имени исполнителя или наименования коллектива исполнителей. Кроме того, исполнители не должны злоупотреблять своим правом на имя: они не могут избрать в качестве псевдонима фамилию известного исполнителя или придумать название коллектива, сходного с названием другого творческого коллектива. Право на имя может быть нарушено только при использовании исполнения.

Вместо предусмотренного в ЗоАП права на защиту репутации законодатель вводит понятие "право на неприкосновенность исполнения". По содержанию эти права сходны. Следует только отметить, что нарушение права на неприкосновенность, предусмотренного в части четвертой ГК РФ, в отличие от нарушения права на защиту репутации исполнителя, предусмотренного в ЗоАП, законодатель не связывает со способностью причинения ущерба чести и достоинству исполнителя. В части четвертой Гражданского кодекса нарушением права на неприкосновенность исполнения считается такое изменение исполнения, которое извращает смысл или нарушает целостность восприятия исполнения. Необходимо отметить, что под исполнением следует понимать не только деятельность артиста-исполнителя, но и результат деятельности режиссера-постановщика и дирижера. В суде рассматриваются дела, связанные с искажением исполнений, в том числе постановок. Так, при исполнении постановки одного известного режиссера-постановщика были добавлены световые эффекты, изменена декорация, чем было нарушено право режиссера на защиту репутации, а в соответствии с положениями ст. 1315 ГК РФ - право на неприкосновенность. Вместе с тем имели обращения в суд исполнителей, связанные с тем, что некоторые кафе были стилизованы под обстановку, изображенную в известных фильмах, и, кроме того, в кафе были развешаны фотографии актеров, которые играли тех или иных героев фильма. Некоторые исполнители сочли, что тем самым нарушается их смежное право на защиту репутации исполнения, а также используется без договора с ними исполнение. Однако в данном случае нет объекта - исполнения, а значит, нет посягательства на исполнение и нет его использования. В этом случае можно говорить о нарушении общегражданского личного неимущественного права на изображение и потребовать прекращения данного нарушения путем изъятия фотографий из кафе, а если данным действием были причинены нравственные страдания - потребовать возмещения морального вреда.

2. Исполнитель должен осуществлять свои права с соблюдением прав авторов исполняемых произведений. Если исполнение осуществляется по инициативе исполнителя, то он в случае публичного исполнения должен получить разрешение от обладателя исключительного права на произведение на такой способ использования. Если же исполнитель осуществляет публичное исполнение не по своей инициативе, а, например, в силу трудового договора или договора о возмездном оказании услуг, то разрешение у обладателя исключительного права на произведение должны получить работодатель, заказчик и иное лицо, по чьей инициативе публично исполняется произведение. При публичном исполнении должны быть соблюдены и неимущественные права автора произведения.

3. В пункте 3 ст. 1315 ГК РФ законодатель подчеркивает, что права исполнителя признаются и действуют независимо от наличия и действия авторских прав на исполняемое произведение. Таким образом, если произведение перешло в общественное достояние в связи с истечением срока действия исключительного права на произведение (срок действия исключительного права на произведение предусмотрен в ст. 1281 ГК РФ) или никогда не охранялось на территории России, то это не означает, что исполнение

данного произведения не будет охраняться: исполнение этого произведения охраняется так же, как и исполнение охраняемого произведения.

Статья 1316. Охрана авторства, имени исполнителя и неприкосновенности исполнения после смерти исполнителя

Комментарий к статье 1316

1. Право авторства тесно связано с личностью исполнителя, поэтому со смертью исполнителя оно прекращается, и после смерти исполнителя может лишь охраняться его авторство, но не право авторства.

2. В соответствии с п. 2 ст. 1316 ГК РФ исполнитель вправе в порядке, предусмотренном для назначения исполнителя завещания (ст. 1134), указать лицо, на которое он возлагает охрану авторства после своей смерти. Это лицо осуществляет свои полномочия пожизненно. Согласно ст. 1134 ГК РФ завещатель может поручить исполнение завещания указанному им в завещании гражданину - душеприказчику (исполнителю завещания) независимо от того, является ли этот гражданин наследником. В этом случае требуется согласие исполнителя, выраженное им его собственноручной подписью на самом завещании или в заявлении, приложенном к завещанию, поданном нотариусу в течение месяца со дня открытия наследства. При отсутствии таких указаний или в случае отказа назначенного исполнителем лица от исполнения полномочий, а также после смерти этого лица охрана авторства осуществляется наследниками исполнителя, их правопреемниками и другими заинтересованными лицами. Возникает вопрос: может ли лицо, на которое исполнитель возложил охрану права авторства и который дал на это согласие, впоследствии отказаться от защиты? Полагаем, что в данном случае можно на основании аналогии закона применять нормы, содержащиеся в п. 2 ст. 1134 ГК РФ. Согласно положениям данного пункта после открытия наследства суд может освободить исполнителя завещания от его обязанностей по просьбе как самого исполнителя завещания, так и наследников при наличии обстоятельств, препятствующих исполнению гражданином этих обязанностей. Не менее важна и материальная сторона данного вопроса, поскольку лицо, осуществляющее защиту авторства, может нести расходы, связанные с осуществлением защиты. Представляется, что данный вопрос должен решаться на основании аналогии закона путем применения положений ст. 1136 ГК РФ, иными словами, данное лицо имеет право на возмещение за счет наследства необходимых расходов, связанных с осуществлением защиты прав, а также на получение сверх расходов вознаграждения за счет наследства, если это предусмотрено завещанием.

3. Имя охраняется бессрочно в том же порядке, как и авторство. Могут ли лица, охраняющие имя автора, решать, как должно использоваться исполнение - под подлинным именем исполнителя или псевдонимом? Поскольку данные лица лишь охраняют имя, то представляется, что они не вправе решать, они лишь вправе охранять выбор автора. Отсюда следует, что они должны использовать или разрешать использовать исполнение в соответствии с волей умершего исполнителя, которая может быть выражена в завещании, письмах, дневниках и другими способами. Если выяснить волю исполнителя невозможно, то представляется, что необходимо указать подлинное имя исполнителя.

4. Относительно охраны неприкосновенности следует заметить, что, как представляется, после смерти исполнителя лицо, которое осуществляет охрану неприкосновенности, должно следить за тем, чтобы при внесении изменений в исполнение не извращался смысл исполнения и не нарушалась целостность исполнения.

Статья 1317. Исключительное право на исполнение

Комментарий к статье 1317

1. Исключительное право на исполнение означает в соответствии со ст. 1229 ГК РФ право использовать исполнение любым не противоречащим закону способом.

2. Примерный перечень способов использования предусмотрен в п. 2 ст. 1317 ГК РФ. Необходимо обратить внимание, что использованием исполнения считается и запись последнего.

3. В пункте 3 ст. 1317 ГК РФ установлены пределы исключительного права на исполнение; в нем предусмотрено, что исключительное право на исполнение не распространяется на воспроизведение, сообщение в эфир или по кабелю и публичное исполнение записи при наличии двух условий:

запись произведена с согласия исполнителя;

воспроизведение записи исполнения, сообщение в эфир или по кабелю, публичное исполнение осуществляются в тех же целях, для которых было получено согласие исполнителя при записи исполнения.

Ограничение исключительного права на исполнение установлено в ст. 1245 ГК РФ (см. комментарий к ней), каких-либо других ограничений Кодексом не установлено.

Обладатель исключительного права на исполнение может распорядиться этим правом, в частности он может предоставить возможность использования исполнения посредством лицензионного договора или уступить право посредством договора об отчуждении права.

4. Согласно п. 4 ст. 1317 ГК РФ исполнитель при заключении договора о создании аудиовизуального произведения, как предполагается, дает согласие на использование исполнения в составе аудиовизуального произведения. Однако изготовитель аудиовизуального произведения не приобретает право использовать звук или изображение, т.е. запись исполнения, зафиксированную в аудиовизуальном произведении, отдельно от аудиовизуального произведения, если это прямо не будет оговорено в договоре между изготовителем аудиовизуального произведения и исполнителем. Например, изготовитель аудиовизуального произведения не может передавать в эфир по радио исполнение песни из фильма, это право остается за исполнителем, если иное не предусмотрено в договоре, заключенном между изготовителем аудиовизуального произведения и исполнителем.

5. При использовании исполнения лицом, не являющимся его исполнителем, последний должен соблюдать права исполнителя, т.е. не нарушать его неимущественные права и получить разрешение на использование исполнения, если обладателем исключительного права на исполнение является исполнитель.

Статья 1318. Срок действия исключительного права на исполнение, переход этого права по наследству и переход исполнения в общественное достояние

Комментарий к статье 1318

1. Гражданский кодекс Российской Федерации существенно изменил срок действия исключительного права на исполнение по сравнению с ЗоАП. В статье 1318 ГК РФ устанавливается, что исключительное право на исполнение действует в течение всей жизни исполнителя, а следовательно, если исполнитель молод, то его исполнение может охраняться при условии, что жив исполнитель, в течение и 60, и 70, и более лет с 1 января года, следующего за годом, в котором осуществлены исполнение, либо запись исполнения, либо сообщение исполнения в эфир или по кабелю. Однако если автор умрет раньше, чем истечет 50 лет с момента, указанного выше, то исключительное право на исполнение действует 50 лет с момента исполнения, записи исполнения либо сообщения исполнения в эфир или по кабелю.

2. Если исполнитель был репрессирован, то в качестве основания для исчисления срока выступает год реабилитации исполнителя, а не год исполнения.

3. Срок действия исключительного права на исполнение увеличивается, если исполнитель работал во время Великой Отечественной войны или участвовал в ней.

В соответствии со ст. 6 Федерального закона "О введении в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации" указанный в ст. 1318 ГК РФ срок применяется в отношении исполнений, когда 50-летний срок действия смежных прав не истек к 1 января 1993 г., таким образом, установленный настоящей статьей срок применяется с обратной силой.

4. Исключительное право на исполнение переходит по наследству. В качестве наследников данного права могут оказаться не только наследники исполнителя, но и наследники лица, которое приобрело исключительное право у исполнителя по договору об отчуждении исключительного права. Если имеет место служебное исполнение, то исключительное право на исполнение по общему правилу принадлежит работодателю и после смерти исполнителя исключительное право на его служебные исполнения к наследникам перейти не может.

Если у исполнителя несколько наследников, то исключительное право на исполнение осуществляется в порядке, предусмотренном п. 3 ст. 1229 ГК РФ.

Законодатель не решает вопрос о том, как осуществляется исключительное право на совместное исполнение, если один из исполнителей умер.

5. По истечении срока действия исключительного права на исполнение может использоваться любым лицом без чьего-либо согласия.

Статья 1319. Обращение взыскания на исключительное право на исполнение и на право использования исполнения по лицензии

Комментарий к статье 1319

В комментируемой статье установлены правила обращения взыскания на права, связанные с использованием смежных прав.

В соответствии со ст. 1226 ГК РФ исключительные права относятся к имущественным правам.

Обращение взыскания на имущество правообладателя осуществляется в соответствии с требованиями Закона об исполнительном производстве. В соответствии со ст. 46 данного Закона обращение взыскания на имущество должника состоит из его ареста (описи), изъятия и принудительной реализации. В зависимости от должника, т.е. от того, юридическое это или физическое лицо, различается порядок совершения исполнительных действий.

По правилам комментируемой статьи, если должником по исполнительному документу является исполнитель, на принадлежащее ему исключительное право на исполнение обращение взыскания не допускается.

Обратить взыскание можно только на следующие объекты:

право требования к другим лицам по договорам об отчуждении права на исполнение и по лицензионному договору;

доходы, полученные от использования исполнения.

Если должником по исполнительному документу является не сам исполнитель, а другое лицо, которому принадлежит исключительное право или право пользования, то на данные права может быть обращено взыскание.

Реализация арестованных прав производится в порядке проведения публичных торгов.

В соответствии со ст. 63 Закона об исполнительном производстве торги проводятся в двухмесячный срок со дня получения специализированной организацией соответствующей заявки судебного пристава-исполнителя.

Статья 1320. Исполнение, созданное в порядке выполнения служебного задания

Комментарий к статье 1320

1. Служебное исполнение будет иметь место в том случае, если исполнение осуществлено в порядке выполнения служебного задания. Служебное задание есть задание, данное исполнителю в рамках трудового договора, который исполнение относит к трудовым обязанностям работника (исполнителя). Таким образом, исполнение должно входить в трудовые обязанности исполнителя, а следовательно, между исполнителем и работодателем должен существовать трудовой договор. На практике заключаются договоры, которые именуются трудовыми соглашениями, но по своей природе они являются гражданско-правовыми. Для определения характера договора необходимо правильно определить предмет договора. Предмет трудового договора - живой труд в общем процессе труда. Из этого следует, что трудовым договором регулируется, во-первых, труд, а не отношения по поводу результата труда, а во-вторых, труд в общем процессе труда. Таким образом, если заключен договор о конкретном исполнении, данный договор не может рассматриваться как трудовой договор, а является гражданско-правовым договором - договором возмездного оказания услуги; возникшее по этому договору исполнение не является служебным.

Для заключения трудового договора работник и работодатель должны обладать правосубъектностью. Согласно ст. 63 ТК РФ, по общему правилу заключение трудового договора допускается с лицами, достигшими возраста шестнадцати лет. Однако из этого правила есть исключения: предусматривается возможность с согласия одного из родителей (опекуна, попечителя) и органа опеки и попечительства заключать трудовой договор с учащимся, достигшим четырнадцати лет, для выполнения в свободное от учебы время легкого труда, не причиняющего вреда здоровью и не нарушающего процесса обучения. Для творческих людей сделано еще одно исключение из указанного выше исключения - в ч. 4 ст. 63 ТК РФ записано: "В организациях кинематографии, театрах, театральных и концертных организациях, цирках допускается с согласия одного из родителей (опекуна, попечителя) и органа опеки и попечительства заключение трудового договора с лицами, не достигшими возраста четырнадцать лет, для участия в создании и (или) исполнении произведения без ущерба здоровью и нравственному развитию". Таким образом, служебное исполнение может быть создано лицом, не достигшим четырнадцати лет.

2. Представляется, что исключительное право на служебное исполнение, которое закрепляется за работодателем, производно от права исполнителя, оно возникает у работодателя не только в силу создания исполнения, но и в силу того, что между исполнителем и работодателем заключен трудовой договор и есть служебное задание, данное работодателем исполнителю. Первоначальное исключительное право на исполнение возникает у исполнителя, которое он презюмирует, уступает в силу следующих юридических фактов: наличия трудового договора и служебного задания, создания исполнения, отсутствия договора между работодателем и исполнителем о том, что исключительное право на исполнение принадлежит исполнителю.

3. Исполнитель имеет право на вознаграждение как при использовании служебного исполнения, так и в случае передачи исключительного права работодателем третьим лицам. Если работодатель не начнет использование исполнения, не передаст исключительное право на него другому лицу, то по истечении трех лет с момента исполнения исключительное право на исполнение переходит к исполнителю.

4. Если исключительное право на исполнение принадлежит исполнителю, законодатель предоставляет законную лицензию работодателю, т.е. возможность использования исполнения способами, обусловленными целью служебного задания и в вытекающих из задания пределах. В этом случае право использования исполнения, принадлежащее работодателю, носит обязательственный характер.

Статья 1321. Действие исключительного права на исполнение на территории Российской Федерации

Комментарий к статье 1321

1. Охрана исполнению может быть предоставлена внутренним законодательством или международным договором. Внутренним законодательством охрана исполнению предоставляется при наличии хотя бы одного из следующих условий:

исполнитель является гражданином Российской Федерации;

исполнение впервые произошло на территории Российской Федерации;

исполнение зафиксировано в фонограмме, охраняемой в соответствии с положениями ст. 1328 ГК РФ;

исполнение, не зафиксированное в фонограмме, включено в сообщение в эфир или по кабелю, охраняемое в соответствии с положениями ст. 1332 ГК РФ.

Таким образом, вопрос об охраняемости исполнения зависит в некоторых случаях от охраняемости других объектов смежных прав, в которые они включены, что указывает на зависимость смежных прав на исполнение от смежных прав на другие объекты смежных прав.

2. Охрана исполнением может предоставляться в силу международных договоров. Российская Федерация с 26 мая 2003 г. является участницей Международной конвенции об охране интересов артистов-исполнителей, производителей фонограмм и вещательных организаций (далее - Римский договор). Присоединение к договору было в том числе оформлено внутригосударственным актом, в качестве которого стало принятое 20 декабря 2002 г. Постановление Правительства России о присоединении Российской Федерации к Международной конвенции об охране прав исполнителей, изготовителей фонограмм и вещательных организаций. Помимо выражения государственной воли о присоединении России к Римской конвенции в Постановлении содержалось поручение Министерству иностранных дел Российской Федерации оформить присоединение к Конвенции, уведомив при этом Генерального секретаря Организации Объединенных Наций о наличии заявления о применении определенных оговорок в отношении отдельных положений указанной Конвенции, иными словами, о подготовке международно-правового акта о присоединении. МИД России подготовил необходимые документы о присоединении и сдал на хранение Генеральному секретарю ООН. В соответствии с п. 2 ст. 25 Конвенции данная Конвенция вступает в силу для России по истечении трех месяцев с момента сдачи на хранение документа о присоединении. Данный трехмесячный срок истек 26 мая 2003 г., в связи с чем Организация Объединенных Наций направила в адрес МИД России декларацию с сообщением о вступлении в силу Римской конвенции для Российской Федерации 26 мая 2003 г.

Таким образом, на территории России с 26 мая 2003 г. признаются права иностранных исполнителей, но при наличии определенных условий, оговоренных в Декларации ООН. Римская конвенция не имеет обратной силы, так как согласно п. 2 ст. 20 Римской конвенции ни одно договаривающееся государство не обязано применять положения данной Конвенции к имевшим место исполнениям или передачам в эфир, к фонограммам, первая запись которых была осуществлена до даты вступления Конвенции в силу для данного государства.

Часть четвертая ГК РФ не предусматривает возможности предоставления иностранным исполнениям охраны с обратной силой, следовательно, с 1 января 2008 г. иностранные исполнения охраняются без обратной силы, т.е. охраняются лишь те исполнения, которые произошли после 26 мая 2003 г.

Критерии предоставления охраны исполнениям иностранных исполнителей на основании международного договора предусмотрены в ст. 4 Римской конвенции, в соответствии с которой каждое договаривающееся государство предоставляет национальный режим охраны артистам-исполнителям при соблюдении одного из следующих условий:

- а) исполнение имеет место в другом договаривающемся государстве;
- б) исполнение включено в фонограмму, охраняемую в соответствии со ст. 5 Римской конвенции;
- с) исполнение, не будучи записанным на фонограмму, распространяется путем передачи в эфир, охраняемой в соответствии со ст. 6 Римской конвенции.

§ 3. Право на фонограмму

Статья 1322. Изготовитель фонограммы

Комментарий к статье 1322

1. Поскольку юридическая техника, используемая при разработке кодифицированного закона, отличается от используемой при создании специальных нормативных правовых актов прежде всего отсутствием статьи "Основные понятия", авторы Кодекса вводят определения используемых терминов непосредственно в текст статей, а порой, как в случае с комментируемой нормой, посвящают конкретной дефиниции отдельную статью.

Предусмотренное в ст. 1322 определение понятия "изготовитель фонограммы" в целом заимствовано из ст. 4 ЗоАП. Указанным субъектом прав, смежных с авторскими, признается физическое или юридическое лицо (Гражданский кодекс, как и ЗоАП, не предусматривает каких-либо ограничений по субъектному признаку), взявшее на себя инициативу и ответственность за первую запись звуков исполнения или других звуков либо отображений этих звуков. Данная формулировка, по сути, объединила в себе определения двух терминов: изготовителя фонограммы и самой фонограммы, под которой в ЗоАП понималась "любая исключительно звуковая запись исполнений или иных звуков", а в п. 1 ст. 1304 Кодекса - "иных звуков либо их отображений".

Таким образом, в разных нормах Кодекса определения термина "фонограмма" сформулированы по-разному: в комментируемой статье это "запись звуков исполнения или других звуков либо отображений этих звуков", в п. 1 ст. 1304 - "любая исключительно звуковая запись исполнений или иных звуков либо их отображений".

2. Статья устанавливает презумпцию, согласно которой изготовителем фонограммы является лицо, указанное на экземпляре фонограммы и (или) его упаковке обычным образом, и признается таковым до того момента, пока не будет доказано иное. Однако указание изготовителем фонограммы своего имени (наименования) на экземпляре фонограммы и (или) его упаковке - право, а не обязанность данного субъекта (см. п. 1 ст. 1323 и комментарий к нему).

Статья 1323. Права изготовителя фонограммы

Комментарий к статье 1323

1. Комментируемая статья устанавливает виды прав на фонограмму (всего их четыре), принадлежащие ее изготовителю, а также порядок их действия.

Первым названо исключительное право на фонограмму, содержание которого раскрывается в ст. 1324.

Второе - право на указание на экземплярах фонограммы и (или) на их упаковке имени или наименования изготовителя фонограммы (порождающее, следовательно, право требования такого указания), реализация которого в значительной степени способствует установлению правообладателя на фонограмму (см. ст. 1322 и комментарий к ней).

Третье право изготовителя фонограммы - на защиту фонограммы от искажения при ее использовании. Данное право схоже с установленным в ст. 1266 Кодекса правом автора на неприкосновенность произведения, являющегося правом личного неимущественного характера. Однако система российского и международного права до сих пор не наделяла изготовителя фонограммы правомочиями такой категории. Из Кодекса также не вытекает, что положение вещей резко изменилось, когда создалось противоречие с международным правом, имеющим приоритет над национальными нормами. В связи с этим, если допустить, что рассматриваемое третье право имущественного характера, возникает вопрос о том, что является его содержанием и как осуществляется его защита. Представляется, что введение данного права имело цель установить частный случай, направленный на восстановление профессиональной репутации (ст. 152 ГК РФ) именно изготовителя фонограммы.

Указанные второе и третье правомочия действуют и охраняются в течение всей жизни гражданина либо до прекращения юридического лица, являющегося изготовителем фонограммы (п. 4).

Четвертое право заключается в том, что только изготовитель фонограммы может совершить (или разрешить) действие, которое впервые делает фонограмму доступной для всеобщего сведения каким-либо способом (например, обнародование). Данное правомочие по содержанию также схоже с правом автора на обнародование своего произведения. Частным случаем обнародования является опубликование (выпуском в свет) фонограммы - выпуск в обращение ее экземпляров с согласия изготовителя фонограммы в количестве, достаточном для удовлетворения разумных потребностей публики.

Безусловно, публика - это разнообразные потребительские группы и категории с присущими им потребностями. Вместе с тем под "количеством, достаточным для удовлетворения разумных потребностей публики", следует понимать такое количество, при выпуске которого в обращение изготовитель фонограммы уже не может проконтролировать место нахождения каждого экземпляра. Следовательно, выпуск нескольких экземпляров фонограммы и их дарение (или иное предоставление) строго определенным лицам - действия, не являющиеся обнародованием.

2. Пункт 3 устанавливает, что права изготовителя фонограммы признаются и действуют независимо от наличия и действия авторских прав и прав исполнителей. Однако фонограмма должна использоваться с соблюдением прав авторов произведений и исполнителей (п. 2). Это значит, что, несмотря на норму п. 3, фонографические права второстепенны и зависят от прав авторов и исполнителей, чей интеллектуальный труд был зафиксирован на фонограмме.

Статья 1324. Исключительное право на фонограмму

Комментарий к статье 1324

1. В соответствии с п. 1 комментируемой статьи содержание исключительного права на фонограмму составляет использование фонограммы ее изготовителем любыми способами, не противоречащими закону. Составной частью данного правомочия является

также право изготовителя фонограммы распоряжаться принадлежащим ему исключительным правом на основании тех или иных видов договоров.

Перечень действий, которые признаются использованием фонограммы, установлен в п. 2.

2. В пункте 3 содержится специальная норма, касающаяся переработки фонограммы. В соответствии с ней лицо, осуществившее переработку фонограммы с согласия правообладателя, приобретает самостоятельное смежное право на переработанную фонограмму.

3. Пункт 4 устанавливает, что требование соблюдать права авторов и исполнителей при использовании фонограммы должно выполняться как изготовителем фонограммы, так и иным лицом, использующим ее.

Статья 1325. Распространение оригинала или экземпляров опубликованной фонограммы

Комментарий к статье 1325

Статья содержит принцип "исчерпания" прав изготовителя фонограммы на ее распространение (аналогичный принципу исчерпания права на распространение, принадлежащего автору произведения науки, литературы и искусства), которое может осуществляться без согласия правообладателя и без выплаты ему вознаграждения.

Данный принцип действует только при соблюдении всех перечисленных в комментируемой норме условий в совокупности, а именно:

1) фонограмма должна быть правомерно опубликована (т.е. при ином виде обнародования фонограммы "исчерпания" прав изготовителя фонограммы не происходит);

2) оригинал или экземпляры данной фонограммы введены в гражданский оборот на территории Российской Федерации (аналогичная норма, содержащаяся в ЗоАП - п. 3 ст. 38, не содержала такого территориального ограничения, однако его установление представляется вполне логичным и обоснованным);

3) оригинал или экземпляры фонограммы введены в гражданский оборот посредством их продажи или иного отчуждения (п. 3 ст. 38 ЗоАП, напротив, не предусматривал иного способа введения экземпляров фонограммы в оборот, кроме их продажи; "иное отчуждение" значительно расширяет возможности, позволяя вводить оригинал или экземпляры фонограммы в оборот посредством мены, дарения, найма и иным способом).

Отличия комментируемой нормы от п. 3 ст. 38 ЗоАП заключаются и в отсутствии особого права на прокат экземпляров фонограммы, принадлежащего ее изготовителю, независимо от права собственности на эти экземпляры, и во введении в качестве основания рассматриваемого случая "исчерпания" исключительного права отчуждения оригинала фонограммы.

Статья 1326. Использование фонограммы, опубликованной в коммерческих целях

Комментарий к статье 1326

1. Пункт 1 содержит норму, аналогичную п. 1 ст. 39 ЗоАП, устанавливающую три случая, когда допускается использование фонограммы, опубликованной в коммерческих целях, без разрешения обладателей исключительных прав на эту фонограмму и зафиксированное на ней исполнение, но с выплатой им вознаграждения: при публичном исполнении такой фонограммы, при ее передаче в эфир и при сообщении для всеобщего сведения по кабелю.

2. Вознаграждение, указанное в п. 1 статьи, собирается с пользователей организациями по управлению правами на коллективной основе, получившими государственную аккредитацию в соответствии со ст. 1244, и распределяется между правообладателями исходя из следующих пропорций: 50% от сумм данного вознаграждения причитается исполнителям, 50% - изготовителям фонограмм.

При этом вознаграждение между конкретными исполнителями, изготовителями фонограмм должно распределяться пропорционально фактическому использованию фонограмм.

Отметим, что практика применения норм ЗоАП, связанных с управлением прав на коллективной основе, в том числе относительно сбора вознаграждения за использование фонограмм, опубликованных в коммерческих целях, исходила из того, что определение порядка сбора, распределения и выплаты вознаграждения - прерогатива организаций, управляющих соответствующими категориями прав (как правило, их коллегиальных органов, состоящих из правообладателей). Однако комментируемая статья значительно сужает полномочия указанных организаций, поскольку указывает на то, что определением порядка сбора, распределения и выплаты вознаграждения в этой сфере отныне занимается Правительство Российской Федерации.

3. В пункте 4 предусмотрена обязанность пользователей фонограмм представлять организации по управлению правами на коллективной основе отчеты об использовании фонограмм, а также иные сведения и документы, необходимые для сбора и правильного распределения вознаграждения. Требования, предъявляемые к организациям по управлению правами исполнителей на коллективной основе, выработанные Советом таких обществ (СКАПР), предусматривают необходимость наличия у организации автоматизированной системы распределения вознаграждения. В связи с этим организация по управлению правами вправе устанавливать форму отчетности для пользователя и требования к ней в зависимости от тех или иных программных и технических средств, задействованных в системе распределения.

Статья 1327. Срок действия исключительного права на фонограмму, переход этого права к правопреемникам и переход фонограммы в общественное достояние

Комментарий к статье 1327

1. Срок действия исключительного права на фонограмму составляет 50 лет, начиная с 1 января года, следующего за годом, в котором была сделана запись фонограммы, либо 50 лет с момента обнародования фонограммы (считая с 1 января года, следующего за годом обнародования), при условии что фонограмма обнародована в течение 50 лет с момента ее записи.

Переход исключительного права изготовителя фонограммы к другим лицам на основании договора или закона не продлевает указанных сроков (п. 2).

2. Истечение срока действия исключительного права на фонограмму означает ее переход в общественное достояние. Фонограмма, перешедшая в общественное достояние, может свободно использоваться любыми способами, без чье-либо разрешения и без выплаты вознаграждения.

Статья 1328. Действие исключительного права на фонограмму на территории Российской Федерации

Комментарий к статье 1328

Статья устанавливает три критерия охраноспособности фонограммы:

1) критерий гражданства (места нахождения) производителя фонограммы - фонограмма охраняется на территории Российской Федерации, если ее изготовитель является гражданином России или юридическим лицом, зарегистрированным и имеющим официальное местонахождение на территории Российской Федерации;

2) критерий места обнародования - фонограмма была обнародована или ее экземпляры впервые публично распространялись на территории Российской Федерации;

3) "конвенционный" критерий - исключительное право на фонограмму может действовать на территории России в иных случаях, установленных международным договором, участницей которого является Российская Федерация.

§ 4. Право организаций эфирного и кабельного вещания

Статья 1329. Организация эфирного или кабельного вещания

Комментарий к статье 1329

1. Специальный закон, ЗоАП, не содержал определения понятия "организация эфирного или кабельного вещания". Нет определения данного понятия и в Римской конвенции. Из данного в ст. 1329 определения можно вывести два признака, характеризующие организацию эфирного или кабельного вещания: организация должна иметь статус юридического лица; осуществлять сообщение в эфир или по кабелю радио- или телепередач.

Вместе с тем на заседаниях Постоянного комитета ВОИС по авторскому праву и смежным правам отмечалось, что не все, кто ведут передачу несущих программ сигналов, должны рассматриваться как организации эфирного или кабельного вещания. В ходе работы Комитета было предложено дать следующее определение организации эфирного вещания: юридическое лицо, которое берет на себя инициативу и несет ответственность за передачу, монтаж и время выхода в эфир передачи. В связи с изложенным полагаем, что определение, данное в ст. 1329, нуждается в доработке.

2. Определение субъекта исключительного права на сообщение передач невозможно понять без раскрытия содержания и признаков объекта данного права.

Вопрос о правильном определении признаков сообщения как объекта смежных прав имеет большое не только теоретическое, но и практическое значение главным образом для установления его отличия от аудиовизуального произведения, являющегося объектом авторского права. Под сообщением как объектом смежного права организации эфирного и кабельного вещания во многих странах и в международных договорах понимают совокупность сигналов, несущих программу и образующих передачу. Кроме того, сигналы должны быть адресованы публике. Охраняются именно сигналы, а не то, что составляет их содержание; сигналы охраняются независимо от того, охраняются ли программы, которые они несут. Определение сигнала, в частности, содержится в Конвенции о распространении несущих программы сигналов, передаваемых через спутники, подписанной в Брюсселе 21 мая 1974 г., согласно которой под сигналом понимается создаваемая с помощью электронных средств несущая частота, способная передавать программы. Вместе с тем в международных договорах, в частности в Римской конвенции, под передачей в эфир понимается передача беспроводными средствами звуков или изображений и звуков для приема публикой. Полагаем, что сама передача как определенное действие не может быть объектом интеллектуальной собственности, в том числе объектом смежного права, поскольку действие составляет объект обязательственного права, т.е. обуславливает иной правовой режим, направленный не на статику, а на динамику. Охраняться должны именно сигналы. Вместе с тем следует заметить, что охраняются не просто сигналы, а распространяющиеся сигналы, что приводит к мысли о некотором сходстве передачи с исполнением. С момента

распространения сигналов формируется передача как объект смежного права, так же как с момента начала выступления актера начинается формирование как объект смежного права; но артист, выступая, совершает действие, которое может быть услугой, и в ходе этого действия формируется новый объект. Подобным образом и организация вещания, начиная распространять сигналы, совершает действие, которое также может считаться услугой, но в ходе этого действия формируется передача. Данное действие именуют вещанием. Различают эфирное и кабельное вещание. Эфирное вещание - это вещание или передача сигналов средствами беспроводной связи, т.е. радиоволнами или волнами Герца, в том числе через спутник. Под кабельным вещанием понимают передачу по проводам. В настоящее время возникло так называемое сетевое вещание, под которым понимают вещание через компьютерную сеть, ведущееся и по проводам, и средствами беспроводной связи.

3. В рамках Постоянного комитета ВОИС по авторскому праву и смежным правам разрабатывается договор об охране прав организаций вещания, в частности решается вопрос о сфере действия данного договора, о том, какие передачи должен охватить данный договор - только ли передачи эфирного и кабельного вещания или и передачи сетевого вещания, как предложила делегация США. Многие страны третьего мира отказались от предложения США в силу отсутствия в этих странах подобного вещания. В ходе работы Постоянного комитета выдвигались предложения, которые можно назвать чем-то средним между позициями США и стран третьего мира: предлагалось охранять не всякое сетевое вещание, а лишь такое, которое осуществляют организации эфирного вещания одновременно с собственными передачами, идущими в эфир.

Цель предоставления правовой охраны сообщениям организаций эфирного и кабельного вещания - защита их интересов в связи с тем, что для сообщения необходимы значительные финансовые и организационно-технические затраты.

Статья 1330. Исключительное право на сообщение радио- или телепередач

Комментарий к статье 1330

1. Организации эфирного и кабельного вещания принадлежит исключительное право на сообщение, суть которого заключается в возможности использовать как текущее, так и прошедшее в эфир или по кабелю сообщение.

2. Примерные способы использования предусмотрены в п. 2 ст. 1330 ГК РФ. Часть четвертая Гражданского кодекса увеличила объем прав организаций вещания в отношении сообщения по сравнению с ЗоАП.

3. В пункте 3 комментируемой статьи раскрывается понятие использования сообщения радио- и телепередач организаций эфирного и кабельного вещания.

4. Необходимо обратить внимание, что законодатель устанавливает в п. 4 ст. 1330 ГК РФ пределы исключительного права на сообщение, предусматривая применение п. 3 ст. 1317 ГК РФ.

5. Осуществлять свое исключительное право организации эфирного и кабельного вещания могут только при условии, что они не нарушают не только авторские права, но и права исполнителей, производителей фонограмм и других организаций эфирного и кабельного вещания.

6. Правовая охрана предоставляется сообщениям независимо от того, охраняются ли материалы, которые несут сигналы, авторским правом и (или) смежными правами. В частности, правовая охрана будет предоставляться и тем сигналам, посредством которых транслируются спортивные состязания.

Статья 1331. Срок действия исключительного права на сообщение радио- или телепередачи, переход этого права к правопреемникам и переход сообщения радио- или телепередачи в общественное достояние

Комментарий к статье 1331

1. 50-летний срок исчисляется с 1 января года, следующего за годом, в котором состоялось сообщение в эфир, т.е. распространение сигналов, несущих передачи публике, сообщение программы по кабелю.

2. Исключительное право на сообщение переходит к правопреемникам. Правопреемство может быть как универсальным, так и сингулярным. Универсальное правопреемство будет иметь место в случае реорганизации организации эфирного или кабельного вещания. Переходящее от реорганизуемой организации исключительное право должно быть прямо отражено или в передаточном акте, или в разделительном балансе. Сингулярное правопреемство будет иметь место в случае заключения организацией эфирного или кабельного вещания договора об уступке исключительного права.

3. По истечении 50-летнего срока сообщения могут использоваться любым лицом свободно, т.е. без чьего-либо согласия.

Статья 1332. Действие исключительного права на сообщение радио- или телепередачи на территории Российской Федерации

Комментарий к статье 1332

1. В комментируемой статье определяются условия предоставления сообщениям охраны внутренним законодательством: охрана предоставляется сообщениям, если организация имеет официальное местонахождение на территории Российской Федерации и осуществляет сообщения с помощью передатчиков, расположенных на территории России.

2. Охрана сообщения может предоставляться на основании международных договоров.

Российская Федерация - участница двух международных договоров в области вещания:

Конвенции о распространении несущих программы сигналов, передаваемых через спутники, от 21 мая 1974 г. (далее - Конвенция о спутниках), участницей которой является Российская Федерация как правопреемница СССР. СССР присоединился к этой Конвенции 20 января 1989 г. Данная Конвенция носит публичный характер и не признает каких-либо прав иностранцев; для того чтобы права возникли у иностранцев, необходимо признание этих прав национальным законодательством. Конвенция лишь порождает обязанности у государств - участниц Конвенции. В пункте 1 ст. 2 Конвенции о спутниках говорится: "Каждое Договаривающееся Государство берет на себя обязательство принимать соответствующие меры по предотвращению распространения на своей или со своей территории любого несущего программы сигнала любым распространяющим органом, для которого сигнал, переданный на спутник или проходящий через него, не предназначается";

Римской конвенции, которая предоставляет охрану только передачам эфирного вещания.

В статье 6 Римской конвенции определены условия, при наличии которых предоставляется охрана иностранным организациям эфирного вещания. В соответствии с данной статьей каждое договаривающееся государство предоставляет вещательной организации национальный режим охраны при соблюдении любого из следующих условий:

штаб-квартира вещательной организации расположена в другом договариваемом государстве;

передача в эфир ведется с помощью передатчика, расположенного в другом договариваемом государстве. Вместе с тем п. 2 ст. 6 Римской конвенции позволяет любому договариваемому государству делать оговорки в отношении условий предоставления охраны. Россия воспользовалась данным правом и при присоединении к Римской конвенции сделала оговорку о том, что охрана передачи иностранного вещателя будет предоставляться при наличии указанных выше условий одновременно, а не при наличии любого из них.

Сообщение, передаваемое по кабелю, пока международными договорами не охраняется, и, таким образом, его охрана носит территориальный характер.

§ 5. Право изготовителя базы данных

Статья 1333. Изготовитель базы данных

Комментарий к статье 1333

1. Параграф 5 гл. 71 Кодекса в первоначальном варианте имел название "Право на содержание базы данных", что привело к многочисленным нареканиям со стороны как ученых, так и юристов-практиков, затем название было изменено на более корректное - "Право изготовителя базы данных".

Комментируемая статья дает определение новому субъекту прав, смежных с авторскими, который ранее не предусматривался специальным законом (ЗоАП), - изготовителю базы данных. Под таковым понимается лицо, организовавшее создание базы данных и работу по сбору, обработке и расположению составляющих ее материалов.

Как в отношении лица, организовавшего создание сложного объекта, ст. 1333 не приводит перечня действий, необходимых для создания базы данных (подробнее см. ст. 1240 и комментарий к ней).

Не содержит комментируемая статья и каких-либо ограничений видов субъектов, которые признаются изготовителями базы данных, в том числе того, что изготовитель должен быть зарегистрирован как хозяйствующий субъект. Таким образом, в качестве изготовителя базы данных может выступать любое физическое или юридическое лицо, в том числе авторы (составители) базы данных или их правопреемники. Однако на территории Российской Федерации признаются и охраняются права только тех изготовителей базы данных, которые указаны в ст. 1336.

2. Статья предусматривает возможность оповещения окружающих о том, кто является изготовителем базы данных - гражданин или юридическое лицо, чьи имя или наименование указаны обычным образом на экземпляре базы данных и (или) его упаковке.

Употребленное законодателем словосочетание "обычным образом" указывает на то, что изготовитель базы данных не обязан проставлять на экземпляре (упаковке) базы данных какой-либо особый охранной знак или аббревиатуру, год первого опубликования и т.д. (требования к знаку правовой охраны смежных прав, содержащиеся в ст. 1305 Кодекса, - наличие латинской буквы Р в окружности, имени или наименования обладателя исключительного права, указание года первого опубликования - относятся только к оповещению о принадлежности исключительного права на фонограмму или исполнение). Такое оповещение осуществляется в свободной форме и, подчеркнем, является правом, а не обязанностью изготовителя базы данных.

Вместе с тем статья устанавливает презумпцию, согласно которой изготовителем базы данных признается лицо, указанное на экземпляре (упаковке) базы данных. Следовательно, изготовитель базы данных должен позаботиться о том, чтобы указанная

им уведомительная информация идентифицировала его и не содержала связанных с этим противоречий, на случай возникновения возможных судебных и иных споров. Нетрудно предположить, что логотипы <1> и иная фирменная символика, даже коммерческие обозначения (см. ст. 1538 и комментарий к ней) далеко не всегда дают однозначное представление о том, какой субъект под ними скрывается. Поэтому в соответствии с комментируемой статьей такая информация должна содержать имя или наименование изготовителя базы данных.

<1> Логотип (от греч. logos - слово и typos - отпечаток) - оригинальное начертание, изображение полного или сокращенного наименования фирмы или товаров фирмы. Специально разрабатывается фирмой с целью привлечения внимания к ней и к ее товарам. См.: Райзберг Б.А., Лозовский Л.Ш., Стародубцева Е.Б. Современный экономический словарь. М.: ИНФРА-М, 2006.

Данная презумпция действует до того момента, пока не будет доказано иное. Так, заинтересованное лицо, располагающее доказательствами того, что субъект, указанный на экземплярах (упаковке) базы данных в качестве изготовителя базы данных, не является на самом деле таковым, вправе оспорить право данного лица (и, возможно, привлечь его к ответственности), обратившись в суд с заявлением в установленном процессуальным законодательством порядке.

К рассматриваемому уведомлению справедливо применить утверждение, высказанное в литературе относительно знака охраны авторского права <1>: оно носит лишь косвенный характер и свидетельствует о том, что лицо считает себя изготовителем базы данных и заявляет об этом. На практике часто знаки охраны права и иная уведомительная информация проставляются лицом, хоть и имеющим отношение к использованию объекта интеллектуальной деятельности, но не обладающим никакими правами на него (например, издатель, опубликовавший произведение за счет автора по договору подряда).

КонсультантПлюс: примечание.

Комментарий к Закону об авторском праве и смежных правах Э.П. Гаврилова включен в информационный банк согласно публикации - Экзамен, 2005 (издание четвертое, переработанное и дополненное).

<1> Гаврилов Э.П. Комментарий к Закону об авторском праве и смежных правах. Судебная практика. М.: Экзамен, 2002. С. 71.

3. Пункт 2 комментируемой статьи перечисляет права, принадлежащие изготовителю базы данных, - исключительное право и право на указание своего имени (наименования) на экземплярах (упаковках) базы данных.

Напомним, что исключительное право изготовителя базы данных согласно Кодексу принадлежит к категории смежных прав, т.е. оно приравнено к правам артистов-исполнителей, изготовителей фонограмм, вещательных организаций. Суть данного права раскрывается в ст. 1334.

Право на указание изготовителем базы данных своего имени (наименования) на экземплярах (упаковках) базы данных включает в себя право данного субъекта делать такое указание самостоятельно, а также требовать его от других лиц. По своему содержанию данное право весьма схоже с предусмотренными Кодексом личными неимущественными правами. В связи с этим защита данного правомочия осуществляется способами, предусмотренными для защиты личных неимущественных прав, в частности путем признания права, восстановления положения, существовавшего до нарушения

права, пресечения действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения, компенсации морального вреда, публикации решения суда о допущенном нарушении (подробнее см. ст. 1251 и комментарий к ней).

Статья 1334. Исключительное право изготовителя базы данных

Комментарий к статье 1334

1. Содержание исключительного права изготовителя базы данных, установленное комментируемой статьей, указывает на то, что разработчиками Кодекса предпринята попытка ввести в национальное законодательство России особое право, предусмотренное в Директиве Европейского союза от 11 марта 1996 г. "О юридической охране баз данных", именуемое *sui generis*. Суть данного права заключается в возможности производителя базы данных воспрепятствовать извлечению и/или повторному использованию всей или значительной (определяемой количественно или качественно) части ее содержания.

Указанная Директива ЕС исходит, в частности, из того, что:

авторское право представляет собой форму исключительных прав авторов баз данных;

необходимы дополнительные меры, направленные на исключение несанкционированного извлечения и/или повторного использования содержания базы данных в отсутствие унифицированного законодательства о недобросовестной конкуренции или судебной практики в данной области;

создание баз данных сопряжено с обязательным использованием значительных человеческих, технических и финансовых ресурсов, в то время как существует возможность их копирования или доступа к базам по цене, которая намного ниже затрат на самостоятельную разработку базы;

несанкционированное извлечение и/или повторное использование содержания базы данных - действия, которые могут иметь серьезные экономические и технические последствия;

базы данных являются ценным инструментом развития информационного рынка, который будет полезен и во многих других областях;

критерии, применяемые для того, чтобы определить, будет ли данная база данных охраняться авторским правом, должны ограничиваться тем, что выбор или компоновка содержания базы данных представляют собой творческий акт ее автора и данная охрана направлена на структуру базы;

никакой иной критерий, кроме творческого характера интеллектуальной деятельности автора, не должен применяться при решении вопроса о том, может ли эта база данных охраняться авторским правом, и, в частности, никакой оценки качества или эстетического значения базы данных не должно производиться.

Все приведенные критерии принципиальны. Кроме того, в Директиве прямо указано, что ее положения не ущемляют свободы авторов решать, позволяют ли они и каким образом включать их произведения в какую-либо базу данных, в частности, является ли данное разрешение исключительным; что охрана баз данных правом *sui generis* не исключает существующих прав на их содержание; в частности, когда автор или обладатель смежного права дает разрешение на включение некоторых из своих произведений или своих услуг в базу данных в рамках выполнения неисключительного лицензионного соглашения, третье лицо может использовать эти произведения или эти услуги через разрешение, испрашенное у автора или обладателя смежных прав, при этом ему не может быть противопоставлено право *sui generis* изготовителя баз данных при условии, что эти произведения или услуги не были извлечены из базы данных или повторно использованы на ее основе.

Для реализации права *sui generis* необходимо, чтобы получение, проверка или оформление содержания базы данных свидетельствовали о существенном инвестировании с точки зрения качества и количества. Таким образом, согласно Директиве рассматриваемое право не является ни авторским, ни смежным с авторским. Это право особого рода. Его цель - защита инвестиций, вложенных в создание базы данных, и существенное изменение ее содержания.

Отметим, лоббирование *sui generis* на международном уровне широкой поддержки не нашло. В 1996 г. на дипломатической конференции ВОИС по некоторым вопросам авторского права и смежных прав был предложен проект международного договора об интеллектуальной собственности, в преамбуле которого говорилось о базах данных как о жизненно важном инструменте экономического, культурного и технического развития. Было отмечено, что создание баз данных требует значительных инвестиций, которые не в состоянии покрыть даже платный доступ к ним. Однако этот договор не был принят.

2. В соответствии с п. 1 комментируемой статьи содержание исключительного права изготовителя базы данных составляет возможность извлечения из базы данных входящих в нее материалов и их последующее использование в любой форме и любым способом.

Никто не вправе извлекать из базы данных материалы и использовать их без разрешения правообладателя - изготовителя базы данных (данное предписание корреспондирует с общей нормой, относящейся ко всем объектам интеллектуальной деятельности и средствам индивидуализации, установленной в абз. 3 п. 1 ст. 1229 Кодекса). Это значит, что последний вправе разрешать (распоряжаться правом) и запрещать другим лицам указанные извлечение и использование. Случаи исключения из данного общего правила должны быть прямо установлены Кодексом (например, п. 3 комментируемой статьи).

Термин "извлечение материалов" означает перенос всего содержания базы данных или существенной части составляющих ее материалов на другой информационный носитель с использованием любых технических средств и в любой форме.

3. Рассматриваемое исключительное право признается в отношении базы данных, создание которой, включая обработку или представление материалов, требует существенных финансовых, материальных, организационных или иных затрат. Таковой признается база данных, содержащая не менее 10000 самостоятельных информационных элементов (материалов), составляющих содержание базы данных (статей, расчетов, нормативных актов, судебных решений и иных подобных материалов, систематизированных таким образом, чтобы они могли быть найдены и обработаны с помощью электронной вычислительной машины). Однако при этом законодатель указывает на то, что данный критерий применяется, если не доказано иное. Таким образом, изготовитель базы данных, содержащей менее 10000 материалов, представив (например, суду) необходимые документы, может обосновать, что произведенные им затраты были для него существенными. Следовательно, существенные затраты - категория оценочная (субъективная) и будет определяться судом или иным органом по собственному убеждению в каждом отдельном случае.

4. Говоря об установленной в настоящей статье возможности изготовителя базы данных распоряжаться своим исключительным правом, отметим, что статья не устанавливает каких-либо специальных правил, которые должны быть соблюдены при таком распоряжении. Следовательно, в данном случае должны применяться общие нормы, установленные в ст. 1233 "Распоряжение исключительным правом", ст. ст. 1234 - 1238, 1307 и 1308 Кодекса.

5. В соответствии с п. 2 исключительное право изготовителя базы данных, установленное комментируемой статьей, является самостоятельным правом, независимым от авторских и иных исключительных прав на материалы, составляющие базу данных, в том числе авторского права на саму базу данных в целом как составное произведение,

представляющие собой по подбору или расположению материалов результат творческого труда (п. 2 ст. 1259 Кодекса).

6. Пункт 3 комментируемой статьи устанавливает случай свободного извлечения и использования материалов из базы данных; имеется в виду ситуация, когда правообладателю не нужно получать на это разрешение, т.е. в личных, научных, образовательных и иных некоммерческих целях. При этом особо указывается, что объем таких извлечения и использования должен быть оправдан названными целями. Кроме того, подобные действия не должны нарушать авторские права изготовителя базы данных и других лиц.

Реализовывать право на указанное свободное извлечение и использование части содержания базы данных может только то лицо, которое правомерно пользуется базой данных, т.е. правомерно приобрело ее (или получило доступ к ней) и не нарушает ничьих прав на нее.

7. Как указано в абз. 2 п. 3 комментируемой статьи, при использовании извлеченных из базы данных материалов способом, при котором к данным материалам может получить доступ неограниченный круг лиц (публикация, размещение на сайте в сети Интернет и т.д.), необходимо давать ссылку на базу данных, из которой были извлечены материалы.

Устанавливая такую обязанность, Кодекс не определяет ни субъекта, к которому она относится, ни ответственность за ее неисполнение. Представляется, что положения ст. 1311 "Ответственность за нарушение исключительного права на объект смежных прав", а также ст. 1251, предусматривающей способы защиты личных неимущественных прав, в данном случае неприменимы. Неприменимы здесь и нормы об ответственности за нарушение авторских прав (напомним, что согласно п. 7 ст. 1259 Кодекса авторские права распространяются и на название произведения, в том числе составного, если по своему характеру оно может быть признано самостоятельным результатом творческого труда автора и отвечает требованиям, установленным п. 3 ст. 1259).

Изготовитель базы данных в подобной конфликтной ситуации вправе воспользоваться общими способами защиты гражданских прав, установленных ст. 12 ГК РФ, однако на его плечи ложится тяжелое бремя - обосновать, какое конкретно из принадлежащих ему гражданских прав было нарушено, а также доказать факт нарушения и его последствия (причинение убытков и т.д.).

Статья 1335. Срок действия исключительного права изготовителя базы данных

Комментарий к статье 1335

1. Пункт 1 данной статьи устанавливает момент возникновения и общий срок действия исключительного права изготовителя базы данных.

Рассматриваемое исключительное право начинает действовать с момента завершения процесса создания базы данных. Что считать моментом создания объекта интеллектуальной деятельности - вопрос, мучающий исследователей и юристов-практиков уже не первое десятилетие. Не углубляясь в теорию права, отметим, что таким в свете настоящего Кодекса, видимо, следует считать предоставление базы данных в распоряжение ее изготовителя (по аналогии с абз. 2 п. 2 ст. 1295).

Действует исключительное право изготовителя базы данных в течение 15 лет, начиная с 1 января года, следующего за годом ее изготовления. Законодатель устанавливает особое условие момента возникновения исключительного права изготовителя необнародованной базы данных: оно действует в течение 15 лет, считая с 1 января года, следующего за годом обнародования базы данных, если она была обнародована в течение общего срока действия права. Что происходит, если база данных не обнародована в течение 15 лет с момента ее создания, Кодекс не поясняет. Видимо, исключительного права изготовителя такой базы не возникает.

2. Пункт 2 устанавливает норму, не свойственную ни российской, ни международной концепциям права интеллектуальной собственности, а также выходящую за пределы логики норм упомянутой выше Директивы ЕС и самого Кодекса (комментируемого параграфа), однако имеющую принципиальное значение: предусмотренные в п. 1 статьи сроки действия исключительного права изготовителя базы данных возобновляются при каждом обновлении базы данных.

Для аналогичного продления сроков согласно Директиве ЕС "О юридической охране баз данных", как и вообще для возникновения права *sui generis*, необходимо установление факта значительного инвестирования в эту базу данных. Согласно же отечественной версии *sui generis*, содержащейся в комментируемой норме Кодекса, даже незначительное изменение содержания базы данных увеличивает срок ее охраны в части прав изготовителя еще на 15 лет.

Статья 1336. Действие исключительного права изготовителя базы данных на территории Российской Федерации

Комментарий к статье 1336

Статья называет субъектов, чье исключительное право изготовителя базы данных действует на территории Российской Федерации. Единственным критерием предоставления охраны в данном случае является критерий местонахождения.

Данное право, безусловно, признается за гражданином России и юридическим лицом, зарегистрированным на территории Российской Федерации в установленном порядке.

Исключительное право изготовителя базы данных, являющегося иностранным физическим или юридическим лицом, действует на территории России при условии предоставления аналогичной охраны исключительного права российского изготовителя базы данных в иностранном государстве.

В качестве критерия предоставления правовой охраны исключительному праву изготовителя базы данных апатридов п. 2 комментируемой статьи называет место жительства, в зависимости от которого применяется первое или второе из рассмотренных выше правил.

Правила относительно действия исключительного права изготовителя базы данных могут также предусматриваться международными договорами Российской Федерации. Однако, как уже отмечалось, Договор ВОИС, предусматривающий *sui generis*, принят не был, Директива ЕС "О юридической охране баз данных" также не имеет юридической силы на территории Российской Федерации, так как Россия не является членом Евросоюза.

§ 6. Право публикатора на произведение науки, литературы или искусства

Статья 1337. Публикатор

Комментарий к статье 1337

1. Российское законодательство впервые предоставляет правовую охрану произведениям науки, литературы и искусства, которые авторским правом не охраняются, но не потому, что они не соответствуют требованиям, предъявляемым к объектам авторского права, а потому, что в отношении них либо истек срок действия авторского права (срок действия авторского права установлен в ст. 1281 Кодекса и по общему

правилу составляет 70 лет, считая с 1 января года, следующего за годом смерти автора), либо они никогда не охранялись авторским правом, например былины XII в.

2. Смежным правом на эти произведения науки, литературы и искусства обладают только физические лица, которые правомерно обнародовали или организовали обнародование произведения науки, литературы или искусства. Представляется, что правомерное обнародование имеет место в том случае, если публикатор при обнародовании не нарушает волю автора относительно обнародования произведения. Если же автор определенно, в письменной форме выразил свою волю, запретив обнародовать произведение (например, в завещании, письмах, дневниках), то такое обнародование произведения будет считаться неправомерным и не возникнет смежного права публикатора на обнародованные им произведения.

Вопрос о предоставлении правовой охраны публикациям, на которые истек срок действия авторского права или которые никогда не охранялись, обсуждался уже давно, в частности Б.С. Антимоновым и Е.А. Флейшиц, которые отмечали, что, "поскольку в случаях публикаций дело идет о произведениях, не являющихся объектом авторского права, и автор публикации для ее создания должен выполнить работу по проверке, установлению публикуемого текста чужого произведения, иногда по сличению его с другими текстами и т.п. представляется правильным признать за ним авторское право редактора" <1>. Вместе с тем следует отметить, что публикатор не создает нового произведения, а следовательно, не может быть и установлено авторское право на публикацию. Представляется, что предоставление прав публикатору связано с защитой его интересов, поскольку он затрачивает свой труд, средства для обнародования. Такой объект смежного права признается в ряде стран, в частности в Германии.

<1> Антимонов Б.С., Флейшиц Е.А. Авторское право. М.: Госюриздат, 1957. С. 88.

3. К объектам права публикатора относятся любые произведения, не только литературные, но и произведения живописи, скульптуры и т.п.

Статья 1338. Права публикатора

Комментарий к статье 1338

1. Законодатель закрепляет три вида прав: исключительное право публикатора на обнародованное им произведение, содержание которого раскрывается в ст. 1339 Кодекса, право на указание своего имени на экземплярах произведения в случаях его использования и право на неприкосновенность.

2. Обнародовать произведение публикатор может лишь в том случае, если автор письменно не запретил этого делать.

3. Содержание права на неприкосновенность раскрывается в абзаце втором п. 1 ст. 1266 Кодекса, из содержания которого следует, что публикатор при использовании произведения вправе разрешить вносить в произведение изменения, делать сокращения или дополнения при условии, что этим не искажается замысел автора, не нарушается целостность восприятия произведения и это не противоречит воле автора, определенно выраженной им в завещании, письмах, дневниках или иной письменной форме. Таким же правом будет обладать лицо, к которому перейдет исключительное право публикатора как в порядке универсального, так и сингулярного правопреемства. Следует отметить, что само право на неприкосновенность является неотчуждаемым и непередаваемым. Оно возникает у правопреемника исключительного права публикатора не в силу перехода этого права от публикатора, а в силу сложного юридического состава: наличия исключительного права у публикатора; юридических фактов, с которыми связан переход исключительного права от публикатора к данному лицу (правопреемнику публикатора).

Статья 1339. Исключительное право публикатора на произведение

Комментарий к статье 1339

1. Исключительное право публикатора возникает с момента обнародования произведения. Публикатор может по своему усмотрению использовать произведение способами, предусмотренными для объектов авторского права. Однако в отличие от обладателя авторского права публикатор не может осуществлять перевод или другую переработку произведения, а также практическую реализацию архитектурного, дизайнерского, градостроительного или садово-паркового проекта.

2. При обнародовании публикатор может сделать переработку, в том числе перевод, после обнародования он эти действия совершить не может. Если публикатор переработает произведение, у него возникает не только право публикатора на обнародованное произведение, но и с момента переработки авторское право на осуществленную им переработку - производное произведение. Вместе с тем не обязательно, чтобы переработка была сделана самим публикатором, он может заказать ее третьему лицу, и в этом случае право публикатора на обнародованное произведение возникает у публикатора, а авторское право на переработку с момента переработки - у лица, осуществившего переработку.

Статья 1340. Срок действия исключительного права публикатора на произведение

Комментарий к статье 1340

Исключительное право публикатора начинает действовать с момента обнародования произведения. Понятие "обнародование" раскрывается в п. 1 ст. 1268 ГК РФ, из положений которого следует, что обнародование - это действия, посредством которых произведение впервые становится доступным для всеобщего сведения. Обнародование может осуществляться путем не только опубликования, но и публичного исполнения, передачи в эфир и другими способами использования, которые предусмотрены в ст. 1270 ГК РФ. Исключительное право публикатора действует с момента обнародования до 1 января следующего года и в течение следующих 25 лет с 1 января года, следующего за годом, в котором состоялось обнародование произведения.

Статья 1341. Действие исключительного права публикатора на произведение на территории Российской Федерации

Комментарий к статье 1341

1. Охрана права публикатора предоставляется в силу как внутреннего законодательства, так и международных договоров. По внутреннему законодательству охрана предоставляется на основании двух принципов: территориального (по месту обнародования независимо от гражданства) и принципа гражданства (российским гражданам - независимо от места обнародования).

2. Иностранным гражданам правовая охрана обнародованных произведений может предоставляться, не только если они обнародовали произведение на территории России, но и если законодательство их страны предусматривает охрану исключительного права публикатора, являющегося гражданином Российской Федерации.

Международных договоров о защите прав публикатора не существует.

Статья 1342. Досрочное прекращение исключительного права публикатора на произведение

Комментарий к статье 1342

До истечения 25 лет исключительное право может быть прекращено на основании решения суда, если заинтересованные лица докажут нарушение публикатором положений ст. ст. 1265, 1266, например если будет доказано, что публикатор не указывает, кто является автором произведения, вносит изменения в произведение, нарушающие его смысл и целостность. К заинтересованным лицам относятся лица, которые могут осуществлять охрану авторства, имени автора и неприкосновенность произведения после смерти автора; эти лица указаны в ст. 1267.

Статья 1343. Отчуждение оригинала произведения и исключительное право публикатора на произведение

Комментарий к статье 1343

1. Согласно комментируемой статье, если публикатор является одновременно собственником оригинала произведения, т.е. материальной формы выражения произведения, созданной автором, при отчуждении этой материальной формы выражения произведения путем продажи, дарения, мены и т.п. к приобретателю (покупателю, одаряемому) переходит исключительное право публикатора на произведение, выраженное в материальной форме (оригинале произведения).

2. Правило, предусмотренное в п. 1 комментируемой статьи, может быть изменено договором, заключенным между публикатором - отчуждателем оригинала произведения и приобретателем оригинала произведения. В последнем случае приобретатель оригинала произведения вправе без согласия публикатора и без выплаты ему вознаграждения демонстрировать приобретенный в собственность оригинал произведения и воспроизводить его в каталогах выставок и в изданиях, посвященных его коллекции, а также передавать оригинал этого произведения для демонстрации на выставках, организуемых другими лицами. Данное право приобретателя экземпляра произведения носит обязательственный характер; в этом случае можно сказать, что он имеет законную лицензию.

Статья 1344. Распространение оригинала или экземпляров произведения, охраняемого исключительным правом публикатора

Комментарий к статье 1344

В этой статье говорится о принципе исчерпания прав. Если оригинал или экземпляр произведения поступили в гражданский оборот, например были проданы, то последующая продажа и иные формы распространения данного экземпляра могут осуществляться свободно. Необходимо только обратить внимание, что в соответствии с подп. 2 п. 2 ст. 1270 под распространением следует понимать продажу или иное отчуждение оригинала или экземпляра произведения, т.е. переход экземпляра или оригинала произведения в собственность приобретателя. В отличие от ЗоАП Гражданский кодекс Российской Федерации сдачу произведения в прокат не относит к формам распространения произведения, а рассматривает ее как самостоятельный способ использования произведения.

Глава 72. ПАТЕНТНОЕ ПРАВО

§ 1. Основные положения

Статья 1345. Патентные права

Комментарий к статье 1345

1. Статья вводит понятие патентных прав - интеллектуальные права на изобретения, полезные модели и промышленные образцы. Международное законодательство и российский юридический лексикон именуют перечисленные виды объектов интеллектуальных прав объектами промышленной собственности.

2. Пункт 2 раскрывает содержание интеллектуальных прав на изобретение, полезную модель или промышленный образец. Их автору принадлежат:

исключительное право;

право авторства;

другие права, предусмотренные Кодексом, в том числе права на получение патента, на вознаграждение за использование служебного объекта промышленной собственности.

Статья 1346. Действие исключительных прав на изобретения, полезные модели и промышленные образцы на территории Российской Федерации

Комментарий к статье 1346

Статья устанавливает два критерия признания исключительных прав на объекты промышленной собственности в Российской Федерации:

национальный, или критерий места выдачи патента, в силу которого признаются исключительные права на изобретения, полезные модели и промышленные образцы, удостоверенные патентами, выданными федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности;

международный (конвенционный) - в отношении исключительных прав, удостоверенных патентами, имеющими силу на территории Российской Федерации в соответствии с международными договорами России.

Статья 1347. Автор изобретения, полезной модели или промышленного образца

Комментарий к статье 1347

В соответствии с комментируемой статьей автором объекта промышленной собственности признается гражданин, творческим трудом которого он был создан. Юридическое лицо не может быть признано автором изобретения, полезной модели или промышленного образца.

Статья устанавливает презумпцию, согласно которой автором, пока не доказано обратное, считается лицо, указанное в качестве такового в заявке на выдачу патента.

Статья 1348. Соавторы изобретения, полезной модели или промышленного образца

Комментарий к статье 1348

1. Аналогично созданию произведений - объектов авторского права, соавторами объекта промышленной собственности признаются физические лица, создавшие его совместным творческим трудом.

2. Согласно общему правилу, предусмотренному в п. 2, правом использования изобретения, полезной модели или промышленного образца, созданного в соавторстве,

пользуются в равной мере все соавторы по своему усмотрению. Однако соглашением, заключенным между ними, может быть предусмотрено иное.

3. Пункт 3 комментируемой статьи содержит отсылку к п. 3 ст. 1229 раздела 69 "Общие положения" Кодекса, положения которой применяются к отношениям соавторов по поводу распределения доходов от созданного совместным трудом объекта промышленной собственности и распоряжения исключительным правом на него.

4. Принимать меры защиты прав на объект промышленной собственности, созданный в соавторстве, может каждый соавтор самостоятельно. Соавторы также вправе уполномочить на совершение юридических действий от их имени на основании договора и/или доверенности кого-либо из участников авторского коллектива либо иное лицо по своему выбору.

Статья 1349. Объекты патентных прав

Комментарий к статье 1349

В соответствии с п. 1 комментируемой статьи объектами патентных прав выступают объекты, являющиеся результатами интеллектуальной деятельности:

в научно-технической сфере, отвечающие требованиям к изобретениям и полезным моделям, установленным Кодексом;

в сфере художественного конструирования, отвечающие требованиям Кодекса, предъявляемым к промышленным образцам.

Объектами патентных прав не являются:

изобретения, содержащие сведения, составляющие государственную тайну (секретные изобретения), в случаях, прямо предусмотренных специальными правилами ст. ст. 1401 - 1405 ГК РФ и изданными в соответствии с ними иными правовыми актами (п. 2);

полезные модели и промышленные образцы, содержащие сведения, составляющие государственную тайну (п. 3);

объекты, перечисленные в п. 4.

Статья 1350. Условия патентоспособности изобретения

Комментарий к статье 1350

В комментируемой статье дается определение изобретения, перечисляются условия его патентоспособности.

Под изобретением согласно п. 1 комментируемой статьи понимается техническое решение.

Статья не содержит определения термина "техническое решение". В связи с этим правильным представляется понимание термина "техническое решение" в широком смысле - способ, средство, прием, при помощи которых решаются производственные задачи, осуществляется производственный процесс, удовлетворяются потребности общества.

Изобретение как результат творческой деятельности не имеет материального выражения. Однако законодатель установил, что изобретение должно существовать во внешнем мире через определенные объекты. Данные объекты, аналогично положениям Патентного закона, подразделяются на две группы.

К первой группе относятся продукты - устройства, вещества, штаммы микроорганизмов, культуры клеток растений или животных.

Устройство - это совокупность элементов, частей, определенная конструкция, которая существует во внешнем мире в трех измерениях.

Веществом в смысле продукта необходимо считать любой материальный объект, обладающий определенными способами. Изобретениями признаются вещества, созданные как в результате химических реакций, так и иным путем, в частности физическим (перегонка, электролиз, прессование).

Штаммы микроорганизмов - это наследственные, новые среды микроорганизмов, используемых непосредственно или способствующих созданию полезных веществ. Штаммы применяются в лечебных, профилактических целях, в качестве стимулятора развития растений. Штаммы микроорганизмов используются в медицине, ветеринарии, сельском хозяйстве и в других сферах.

Штаммы микроорганизмов не относятся к объектам технического творчества, но в силу прямого указания закона подлежат правовой охране.

Отдельно законодатель выделил культуры клеток растений и животных, которые включают как культуры отдельных клеток (например, всем известные клоны животных и человека), так и консорциумы (соединения культур клеток растений и животных).

Ко второй группе относятся способы, которые как объекты изобретения включают процессы выполнения действий над материальными объектами с помощью материальных же объектов. "Способ - это совокупность приемов, выполняемых в определенной последовательности или с соблюдением определенных правил" <1>.

<1> Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации: Учеб. 2-е изд., перераб. и доп. М.: ТК Велби, Изд-во "Проспект", 2006.

Способы как процессы выполнения действий принято разделять на три основных вида.

К первому виду относятся способы, направленные на изготовление продуктов; ко второму - направленные на изменение состояния объектов, в результате которого не создается новый продукт; к третьему - способы, при помощи которых определяется состояние предметов материального мира.

В пункте 1 комментируемой статьи перечислены три признака, свидетельствующие о том, что заявленное техническое достижение может быть признано изобретением, - новизна, изобретательский уровень и промышленная применимость.

Согласно п. 2 комментируемой статьи новизна определяется как неизвестность из уровня техники.

Комментируемый пункт также раскрывает понятие уровня техники. Так, информация об уровне техники включает любые сведения, ставшие общедоступными до даты приоритета изобретения не только в Российской Федерации, но и за рубежом.

Общедоступными считаются любые сведения, содержащиеся в источнике информации, с которым любое лицо может ознакомиться само либо о содержании которого ему может быть законным образом сообщено. К таким источникам можно отнести:

опубликованные описания охранных документов, опубликованные заявки на изобретения;

российские и иные издания;

отчеты о научно-исследовательских работах, пояснительные записки к опытно-конструкторским работам и другая конструкторская, технологическая и проектная документация;

нормативно-техническая документация;

материалы и авторефераты диссертаций, изданные на правах рукописи;

экспонаты, помещенные на выставке;

устные доклады, лекции, выступления и др.

В уровень техники включаются при условии их более раннего приоритета все поданные в Российской Федерации другими лицами заявки на изобретения и полезные

модели (кроме отозванных), а также запатентованные в России изобретения и полезные модели. При этом любое лицо должно иметь право ознакомиться с документами заявки на изобретение.

В соответствии с п. 3 комментируемой статьи автору, заявителю предоставляется гарантия защиты их прав в случае раскрытия информации, относящейся к изобретению, в результате чего сведения о сущности изобретения стали общедоступными. Данная гарантия именуется "льгота по новизне" и, однако, действует при условии, что заявка на выдачу патента была подана в течение шести месяцев со дня раскрытия информации, а также что сложились обстоятельства, в силу которых раскрытие информации не препятствует признанию патентоспособности изобретения.

Порочит новизну и открытое применение - это такое использование изобретения, которое настолько известно неопределенному кругу лиц, что становится возможным воспроизведение его специалистами. Другими словами, оно дает возможность третьим лицам получить необходимые сведения о технической сущности новшества.

Новизна устанавливается на дату приоритета изобретения, который, в свою очередь, определяется по дате поступления заявки в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности. При установлении новизны обычно ищут наиболее близкие из известных технических решений, противопоставляемых заявке (прототип).

Неизвестность из уровня техники предполагает, что речь идет о мировой новизне. Требование мировой новизны характерно для законодательства всех развитых стран. Это обусловлено тем, что современные информационные технологии позволяют получить сведения об изобретениях, сделанных во всем мире. Для удобства нахождения в патентных библиотеках описаний изобретений в 1954 г. была принята Международная классификация изобретений (МКИ). В России она была введена в 1970 г.

Вторым критерием патентоспособности является изобретательский уровень. По смыслу комментируемой статьи изобретение имеет изобретательский уровень, если оно для специалиста явным образом не следует из уровня техники.

Проверка изобретательского уровня проводится в отношении изобретения, охарактеризованного в независимом пункте формулы, и включает следующие этапы:

определение наиболее близкого аналога;

выявление признаков, которыми отличается заявленное изобретение от наиболее близкого аналога;

выявление из уровня техники решений, имеющих признаки, совпадающие с отличительными признаками рассматриваемого изобретения.

Изобретательский уровень, как и новизна, устанавливается на дату приоритета изобретения.

Как сказано в комментируемом пункте, изобретение имеет изобретательский уровень, если оно для специалиста явным образом не следует из уровня техники, т.е. не может быть для специалистов очевидным. Следует отметить, что понятие "специалист" юридически неопределенно. На практике набор общих требований, предъявляемых к специалисту, включает наличие специального образования, опыт практической работы в данной области, знакомство с научной литературой, наличие собственных разработок в данной области.

Понятие "очевидность" раскрыто в Директиве по проведению экспертизы в Европейском патентном ведомстве: очевидное - не выходящее за пределы нормального прогресса в технологии, а само собой разумеющееся или логически вытекающее из уровня техники, а также не предполагающее использования изобретательского таланта, который выходил бы за пределы предполагаемого уровня специалиста в определенной области техники.

Изобретение не рассматривается как не соответствующее изобретательскому уровню из-за его кажущейся простоты.

В пункте 4 комментируемой статьи указан третий критерий патентоспособности изобретения - промышленная применимость.

Изобретение считается промышленно применимым, если оно может быть использовано не только в промышленности, но и в сельском хозяйстве, здравоохранении, других отраслях экономики или в социальной сфере.

Под промышленной применимостью понимается возможность использования технических решений в хозяйстве как в момент их создания, так и в будущем. В Кодексе не указано, в какой момент должна оцениваться промышленная применимость заявленного изобретения.

В отличие от признаков новизны и изобретательского уровня критерий промышленной применимости прямо не связывается с уровнем техники и датой приоритета.

При раскрытии сущности промышленной применимости важен вопрос о промышленной применимости так называемых перспективных изобретений, т.е. изобретений, которые не могут быть использованы в настоящее время, но целесообразность и возможность их использования в будущем не вызывает сомнения. Если заявитель доказал принципиальную возможность решения задачи и раскрыл конкретные средства ее решения, то созданное изобретение может быть признано охраноспособным, хотя бы в настоящее время отсутствовали материальные предпосылки для его реализации на практике.

В пункте 5 комментируемой статьи указаны те результаты интеллектуальной деятельности, которым не предоставляется правовая охрана в качестве изобретений.

Отказ в предоставлении правовой охраны открытиям патентное право обуславливает тем, что открытие, под которым понимается выявление закономерностей, свойств и явлений материального мира, не обладает таким признаком изобретения, как промышленная применимость. Вместе с тем открытия могут служить основой для создания различных изобретений.

Под научной теорией понимается система основных идей в той или иной отрасли знания, обобщающих опыт, практику и отражающих объективные закономерности природы, общества и человеческого мышления. Таким образом, научная теория не является техническим решением и, следовательно, не может охраняться в качестве изобретения.

К математическим методам необходимо относить совокупность приемов, способов и средств, используемых в такой научной области, как математика.

В связи с отсутствием основного критерия, а именно отсутствием в вышеназванных объектах технического решения, данные объекты не подпадают под понятие устройства, вещества, штамма, культуры клеток или способа, следовательно, можно сделать вывод о том, что научные теории, математические методы, а также правила и методы игр, интеллектуальной или хозяйственной деятельности не признаются в качестве изобретений.

К решениям, касающимся только внешнего вида изделий и направленным на удовлетворение эстетических потребностей, относятся в первую очередь промышленные образцы, которые охраняются Кодексом как таковые.

В комментируемом пункте и п. 6 комментируемой статьи говорится о решениях, которые исключены из числа изобретений в силу того, что они охраняются специальными нормами, либо в силу общественных интересов.

Таковыми являются:

сорта растений, породы животных и биологические способы их получения;

программы для ЭВМ;

топологии интегральных микросхем.

Указанные в п. 4 ст. 1349 объекты, которые не признаются объектами патентных прав, применяются и в отношении изобретений.

Статья 1351. Условия патентоспособности полезной модели

Комментарий к статье 1351

Техническое решение, относящееся к устройству, может получить правовую охрану в качестве полезной модели, если оно является:

новым, если совокупность его существенных признаков не известна из уровня техники, который включает опубликованные в мире сведения о средствах того же назначения, что и заявленная полезная модель, сведения об их применении в Российской Федерации (если такие сведения стали общедоступными до даты приоритета полезной модели), а также все поданные в России другими лицами заявки на выдачу патента на изобретения и полезные модели, с документами которых вправе ознакомиться любое лицо в соответствии с п. 2 ст. 1385 или п. 2 ст. 1394 ГК РФ (при условии их более раннего приоритета), а также запатентованные в России изобретения и полезные модели (п. 2 комментируемой статьи);

промышленно применимым, т.е. может быть запущено в серийное производство для его последующего использования в той или иной сфере промышленности, сельском хозяйстве, здравоохранении, других отраслях экономики или в социальной сфере (п. 4).

Правовая охрана в качестве полезной модели не может быть предоставлена решениям, касающимся только внешнего вида изделий и направленным на удовлетворение эстетических потребностей (объекты авторского права), и топологиям интегральных микросхем.

Статья 1352. Условия патентоспособности промышленного образца

Комментарий к статье 1352

1. Промышленный образец представляет собой не изделие, а художественно-конструкторское решение, которое применяется или воплощается в изделиях. Это решение формы, конфигурации, орнамента, которые применяются к изделию посредством ручных, механических, химических и тому подобных средств. Решения формы и конфигурации указывают на то, что оно (решение) относится к объему изделия, - такой промышленный образец условно можно назвать "объемным" промышленным образцом. Орнамент и сочетание цветов придают изделию декоративное оформление - такой промышленный образец условно можно назвать "плоскостный". Промышленный образец определяет внешний вид изделия, такого, в частности, как упаковка, этикетка, эмблема, шрифт. В ряде стран промышленный образец представляет собой решение только промышленного изделия. До недавнего времени (до вступления в силу Федерального закона от 7 февраля 2003 г. N 22-ФЗ "О внесении изменений и дополнений в Патентный закон Российской Федерации") по российскому законодательству охранялись в качестве промышленного образца только решения, относящиеся к промышленному образцу. В связи с этим одним из условий патентоспособности промышленного образца была промышленная применимость. Часть четвертая Гражданского кодекса к промышленному образцу относит художественно-конструкторское решение, под которым понимаются изделия промышленного и кустарно-ремесленного производств. Поэтому законодатель выделяет только два условия патентоспособности - новизну и оригинальность существенных признаков промышленного образца. К существенным признакам промышленного образца относятся признаки, определяющие эстетические (художественные) и эргономические (конструкторские) особенности внешнего вида изделия.

2. Условие патентоспособности промышленного образца - новизна - заключается в том, чтобы совокупность существенных признаков, нашедших отражение на изображениях изделия и приведенных в перечне существенных признаков, не была известна из сведений, ставших общедоступными в мире до даты приоритета промышленного образца, т.е. по общему правилу до даты подачи заявки на промышленный образец, охрана которого испрашивается. При решении вопроса о новизне проводится сравнение промышленных образцов и устанавливается, идентичны они или нет. Для решения вопроса о том, с какими промышленными образцами необходимо проводить сравнение, в административном регламенте федерального органа исполнительной власти по интеллектуальной собственности должен быть предусмотрен перечень источников информации с указанием даты, с которой содержащиеся в них сведения рассматриваются как общедоступные. В перечень сведений включаются не только запатентованные в Российской Федерации промышленные образцы, но и все поданные (но не отозванные) заявки на промышленные образцы, о выдаче патента на которые дана публикация в официальном бюллетене федерального органа исполнительной власти по интеллектуальной собственности "Промышленные образцы". Однако, после того как заявка на промышленный образец, имеющий более раннюю дату приоритета, будет опубликована, патент, полученный на идентичный промышленный образец с более поздней датой приоритета, может быть оспорен. Таким образом, промышленный образец должен обладать мировой или, иначе говоря, абсолютной новизной. Согласно действующим в момент написания настоящего комментария Правилам составления, подачи и рассмотрения заявки на выдачу патента на промышленный образец, утвержденным Приказом Роспатента от 6 июня 2003 г. N 84, зарегистрированным в Министерстве юстиции 20 июня 2003 г., рег. N 4813 (п. 19.5.2), промышленный образец признается соответствующим условию оригинальности, если:

хотя бы для одного из существенных отличительных признаков, включенных заявителем в перечень, не выявлены решения, которым присущ этот признак;

такие решения выявлены, однако этот признак обеспечивает наличие у рассматриваемого промышленного образца особенности, не присущей выявленным решениям.

Кроме того, в Правилах отмечается, что заявленный промышленный образец не может быть признан оригинальным, если он (подпункт 4 п. 19.5.2) имеет особенности, которые не позволяют зрительно отличить его от известного решения изделия (промышленный образец имеет сходство с известным решением изделия до степени смешения), или если этим особенностям не присущ творческий характер, когда особенности созданы за счет:

изменения только размеров всего изделия (масштаба изделия) с сохранением всех остальных его признаков (форм, пропорций составляющих частей и/или элементов, колористического решения и др.);

изменения только цвета всего изделия (но не колористического решения);

решения изделия только в виде простой геометрической фигуры или тела: круга, кольца, многоугольника, шара, конуса, пирамиды, призмы, параллелепипеда, тора, без внесения каких-либо изменений в эти геометрические фигуры или тела;

изменения только количества однотипных элементов (но без изменения структуры или системы их расположения) в решении изделия без влияния этого изменения на указанные заявителем особенности решения изделия;

только повторения формы, свойственной изделиям определенного назначения, но выполненным на другой технической основе (например, в изделии из полимерного материала, имитирующем изделие, традиционно выполняемое из дерева), т.е. без влияния этого изменения на указанные заявителем особенности решения изделия;

только заимствования внешнего вида изделия у известных объектов, которые имеют зрительно сходный внешний вид с внешним видом изделия, при условии известности хотя

бы двух таких объектов, имеющих различные назначения как с назначением изделия, так и между собой;

только составления набора (комплекта) из известных порознь изделий без изменения их внешнего вида.

При оценке творческого характера особенностей изделия принимается во внимание степень свободы дизайнера, разработавшего промышленный образец.

4. В пункте 4 комментируемой статьи установлена для заявителя льгота, заключающаяся в следующем. Если была раскрыта информация, относящаяся к промышленному образцу автором, заявителем или любым лицом, получившим от них прямо или косвенно информацию о промышленном образце, и в результате этого сведения о сущности промышленного образца стали общедоступными, то эти сведения не включаются в течение шести месяцев со дня раскрытия информации в перечень сведений, которые учитываются при проведении проверки промышленного образца на новизну и оригинальность. Бремя доказывания того, что данная информация стала общедоступной благодаря ее раскрытию автором, заявителем или лицом, которое получило от них информацию о сущности промышленного образца, лежит на заявителе.

5. В пункте 5 комментируемой статьи предусмотрены три вида решений, которым не может быть предоставлена правовая охрана в качестве промышленного образца.

К первому виду относятся решения, продиктованные исключительно техническими функциями изделия. Внешний вид многих изделий, например болтов, винтов, обусловлен лишь их функциями. Промышленный образец следует за функциональным назначением изделия, однако такая связь не должна иметь исключительный характер, внешний вид изделия не должен быть обусловлен функциями изделия. Если решение на данном этапе развития является единственным для предполагаемого функционального назначения изделия, то последнее не может быть зарегистрировано в качестве промышленного образца.

Вторым видом являются объекты архитектуры, промышленные, гидротехнические и другие стационарные сооружения.

Третий вид - объекты неустойчивой формы из жидких, газообразных, сыпучих и подобных им веществ. Данный объект исключен из правовой охраны в качестве промышленного образца в силу своей неустойчивой формы и, следовательно, невозможности обеспечения правовой охраны.

Статья 1353. Государственная регистрация изобретений, полезных моделей и промышленных образцов

Комментарий к статье 1353

Правовая охрана изобретениям, полезным моделям и промышленным образцам на территории России предоставляется на основании государственной регистрации, которую осуществляет федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности, выдающий патент на зарегистрированное изобретение, полезную модель и промышленный образец.

Статья 1354. Патент на изобретение, полезную модель или промышленный образец

Комментарий к статье 1354

1. Патент является правоустанавливающим документом. Он удостоверяет: приоритет изобретения, полезной модели и промышленного образца, т.е. момент, с которого предоставляется правовая охрана;

авторство, т.е. лицо (лица), чьим творческим трудом были созданы изобретение, полезная модель и промышленный образец;

исключительное право на изобретение, полезную модель и промышленный образец.

Исключительное право на изобретение действует двадцать лет, на полезные модели - десять лет, на промышленные образцы - пятнадцать лет с даты приоритета. Содержание исключительного права на изобретение, полезную модель и промышленный образец и его характер раскрываются в ст. 1358 ГК РФ.

2. Объем правовой охраны изобретения и полезной модели определяется формулой, содержащейся в патенте. Для толкования формулы используются описание и чертежи, которые составляют содержание заявки.

3. Объем правовой охраны промышленного образца определяется совокупностью его существенных признаков, которые изображены на изделии и приведены в перечне существенных признаков промышленного образца. Перечень существенных признаков и изображения изделия составляет содержание заявки.

Статья 1355. Государственное стимулирование создания и использования изобретений, полезных моделей и промышленных образцов

Комментарий к статье 1355

Согласно Стратегии Российской Федерации в области развития науки и инноваций на период до 2010 г. создание эффективной инновационной системы и использование интеллектуальной собственности рассматривается как одна из основных задач активизации инновационной деятельности, которая обеспечит технологическое и экономическое развитие России, повышение конкурентоспособности российского производства. Необходим переход России от государства "сырьевого" к "инновационному", для чего требуется, чтобы государство стимулировало создание и использование изобретений, полезных моделей и промышленных образцов. В этих целях государственные средства должны быть вложены в наиболее важные сферы, в производство наукоемких технологий, использование метода субсидий и грантов для проведения фундаментальных исследований. Необходимо также создавать благоприятные условия для частных инвестиций в сфере науки и технологий, ввести налоговые льготы организациям, занимающимся разработкой и внедрением в производство объектов патентного права, повысить заработную плату ученым. Нужно не только поддерживать развитие элементов инновационной системы, но и обеспечивать стимулирование устойчивых связей между элементами этой системы, интеграцию вузов, научных организаций, производства, бизнеса.

§ 2. Патентные права

Статья 1356. Право авторства на изобретение, полезную модель или промышленный образец

Комментарий к статье 1356

Комментируемая статья рассматривает один из видов личных неимущественных прав согласно ст. 1228 ГК РФ.

Право авторства - это право признаваться автором изобретений, полезной модели, промышленного образца. Право авторства не совпадает с правом на имя. Право авторства неотделимо от личности автора, действует в течение всей жизни автора и прекращается его смертью.

Право авторства служит основанием для требований автора о защите своих интересов в случае присвоения авторства другим лицом (плагиат) или если авторство приписывается другому лицу.

Статья 1357. Право на получение патента на изобретение, полезную модель или промышленный образец

Комментарий к статье 1357

Автору изобретения, полезной модели, промышленного образца принадлежит право на получение патента, которое не относится ни к личным неимущественным, ни к исключительным правам автора.

Право на получение патента составляет группу иных интеллектуальных прав, принадлежащих автору.

Содержанием данного права является то, что автор, создавший изобретение, полезную модель, промышленный образец, имеет право на истребование правовой охраны для своих интеллектуальных прав посредством получения патента.

Данное право изначально принадлежит автору. Однако оно может перейти к другому лицу или может быть передано другому лицу в порядке и случаях, установленных законом.

К случаям, когда право на получение патента переходит к другому лицу, относится универсальное правопреемство, например наследование.

К договорам, по которым право на получение патента может быть передано другим лицам, относятся трудовой договор и договор об отчуждении права на получение патента.

Передача права на получение патента по трудовому договору может быть осуществлена только при условии, что данное селекционное достижение создавалось в порядке исполнения служебных обязанностей.

Из содержания норм Кодекса следует, что передача права на получение патента означает передачу автором другому лицу возможности получить статус правообладателя, а следовательно, исключительные права на использование селекционного достижения. Фактически речь идет о передаче исключительных прав на селекционное достижение, в отношении которого не решен вопрос о предоставлении ему правовой охраны.

Поскольку осуществляется передача изобретения, которое не прошло регистрацию в федеральном органе исполнительной власти, т.е. в момент передачи прав в селекционном достижении не выявлены признаки, на основании которых предоставляется правовая охрана, то риск неохраноспособности несет правоприобретатель.

В этой ситуации приобретатель права заинтересован в получении каких-либо гарантий со стороны автора. Так, например, автор может предоставить сертификат соответствия, основанный на исходных документах автора и заключениях независимых экспертов о соответствии селекционного достижения установленным законом признакам <1>.

<1> Система добровольной сертификации, например СДС ОИС, государственный регистрационный номер РОСС RU.Ж157.04АД00.

Установлены требования к форме договоров об отчуждении права на получение патента. Так, договоры об отчуждении права на получения патента должны быть заключены в письменной форме.

Статья 1358. Исключительное право на изобретение, полезную модель или промышленный образец

Права, принадлежащие патентообладателю, являются исключительными в том смысле, что патентообладателю принадлежит исключительное право на использование охраняемого патентом изобретения, полезной модели, промышленного образца. Это право также включает право распоряжаться исключительным правом, в том числе заключать сделки по его отчуждению.

В пункте 2 комментируемой статьи перечисляются конкретные действия, которые являются способами использования изобретения, полезной модели, промышленного образца.

В соответствии с подп. 1 п. 2 комментируемой статьи один из способов - ввоз на территорию Российской Федерации, изготовление, применение, предложение о продаже, продажа, иное введение в гражданский оборот или хранение для этих целей продукта, в котором использованы изобретение, полезная модель или изделия, где использован промышленный образец.

Под ввозом понимается перемещение продукта через таможенную границу Российской Федерации. При этом целью такого ввоза должно быть введение продукта в хозяйственный оборот.

В комментируемой статье не содержится определения того, что следует считать изготовлением продукта. Очевидно, сюда относится законченный процесс создания, производства товара (продукта), даже если сам продукт временно не реализуется.

Применение продукта предполагает производственное использование в коммерческих целях.

Предложение продажи есть реклама продукта, которая может осуществляться в различных формах: в публичных офертах, в демонстрации в торговых залах, проспектах, каталогах.

Хранение продукта, в том числе его накапливание для последующего ввода в гражданский оборот, также рассматривается как использование запатентованного объекта.

Следует подчеркнуть, что простое хранение продуктов, в котором использованы запатентованные изобретения, полезные модели, промышленные образцы, не считается его использованием, в данном случае целью хранения является их дальнейшая продажа.

Понятие введения продукта в гражданский оборот охватывает все вышеперечисленные действия, но не исчерпывает всех случаев введения в хозяйственный оборот запатентованного продукта. Оно может выражаться и в ином использовании продукта, в частности в его техническом обслуживании, ремонте, заключении договоров аренды, лизинга, мены, залога.

Следующим способом, с помощью которого может осуществляться использование, является совершение перечисленных действий в отношении продукта, полученного запатентованным способом. Если продукт, полученный запатентованным способом, является новым, то идентичный продукт считается полученным путем использования запатентованного способа, поскольку не доказано иное.

Другие способы использования - совершение названных действий в отношении устройства, при функционировании (эксплуатации) которого в соответствии с его назначением автоматически осуществляется запатентованный способ.

В пункте 3 комментируемой статьи конкретизируется, что понимается под использованием запатентованного изобретения или полезной модели в продукте или способе, а промышленного образца - в изделии.

Изобретение или полезная модель признаются использованными в продукте или способе, если продукт содержит, а в способе использован каждый признак изобретения или полезной модели, приведенный в независимом пункте, содержащийся в патенте формулы изобретения или полезной модели, либо признак, эквивалентный ему и ставший

известным в качестве такового в данной области техники до совершения в отношении продукта или способа действий, указанных в п. 2 настоящей статьи.

Промышленный образец признается использованным в изделии, если такое изделие содержит все существенные признаки промышленного образца, изображенные на изделии и приведенные в перечне существенных признаков промышленного образца.

Если при использовании изобретения или полезной модели используются все признаки, приведенные в независимом пункте содержащейся в патенте формулы другого изобретения или другой полезной модели, а при использовании промышленного образца - все признаки, приведенные в перечне существенных признаков другого промышленного образца, то другие изобретение, полезная модель или промышленный образец также признаются использованными.

Статья 1359. Действия, не являющиеся нарушением исключительного права на изобретение, полезную модель или промышленный образец

Комментарий к статье 1359

В комментируемой статье определены условия свободного использования продуктов и изделий, содержащих запатентованные решения, третьими лицами, которые не подлежат расширительному толкованию. Не требуется разрешения патентообладателя и не выплачивается вознаграждение при использовании таких решений в следующих случаях:

а) применение продукта, в котором использованы изобретение или полезная модель, и изделия, в котором использован промышленный образец, в конструкции, во вспомогательном оборудовании либо при эксплуатации транспортных средств (водного, воздушного, автомобильного и железнодорожного транспорта) или космической техники иностранных государств при условии, что эти транспортные средства или эта космическая техника временно или случайно находятся на территории Российской Федерации и указанные продукт или изделие применяются исключительно для нужд транспортных средств или космической техники. Такое действие не признается нарушением исключительного права 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.

Данные нормы известны большинству государств и являются реализацией положений международного договора - статьи 5. ter Парижской конвенции об охране промышленной собственности, устанавливающей определенные ограничения патентных прав в интересах свободы транспортных сообщений.

Рассматриваемое исключение из сферы патентного права касается лишь использования запатентованных объектов непосредственно в конструкции при условии, что эти объекты применяются исключительно для нужд транспортного средства;

б) проведение научного исследования продукта или способа, в которых использованы изобретение или полезная модель, либо научного исследования изделия, в котором использован промышленный образец, либо проведения эксперимента над таким продуктом, способом или изделием. Разрешенным видом использования является лишь научное исследование самой разработки или эксперимент с ней;

в) использование запатентованного решения при применении изобретения, полезной модели или промышленного образца в чрезвычайных обстоятельствах (во время стихийных бедствий, катастроф, аварий) с уведомлением о таком использовании патентообладателя в кратчайший срок и с последующей выплатой ему соразмерной компенсации. 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;

г) использование изобретения, полезной модели или промышленного образца для удовлетворения личных, семейных, домашних или иных не связанных с предпринимательской деятельностью нужд, если целью такого использования не является получение прибыли или дохода. Данный способ использования претерпел существенные изменения, ранее по Патентному закону речь шла только о применении объектов патентного права;

д) разовое изготовление в аптеках по рецептам врачей лекарственных средств с использованием изобретения - данный вид использования предусмотрен патентным законодательством различных иностранных государств, им охватываются лишь единичные случаи приготовления лекарств;

е) ввоз на территорию Российской Федерации, применение, предложение о продаже, продажа, иное введение в гражданский оборот или хранение для этих целей продукта, в котором использованы изобретение или полезная модель, либо изделия, в котором использован промышленный образец, если этот продукт или это изделие ранее были введены в гражданский оборот на территории Российской Федерации патентообладателем или иным лицом с разрешения патентообладателя. Речь идет о случаях, когда патентные права признаются исчерпанными. В основе данного права лежит так называемая теория исчерпания прав патентообладателя, разработанная в патентных системах промышленно развитых стран.

В соответствии с принципом исчерпания прав права патентообладателя ограничиваются введением в хозяйственный оборот запатентованного средства. Дальнейшее изменение владельца указанного средства нарушения прав не образует. Изменяя владельцев запатентованного средства при условии, что запатентованное средство было правомерно введено в хозяйственный оборот, могут использовать его, не спрашивая дополнительного согласия правообладателя.

В мировой практике различаются международный принцип исчерпания прав и национальный принцип. Ранее предусматривался международный принцип: независимо от того, где впервые (в России или за рубежом) такой товар с санкции правообладателя был законно введен в оборот, права последнего признавались исчерпанными и он не мог препятствовать его дальнейшему обороту на мировом рынке. В статье 11 Патентного закона предусматривалось в качестве основания исчерпания исключительных прав введение в гражданский оборот продукта или изделия на территории Российской Федерации непосредственно патентообладателем или иным лицом с разрешения патентообладателя. Отсюда можно сделать вывод, что в России был введен национальный принцип исчерпания прав.

В комментируемом пункте также нашел отражение национальный принцип исчерпания прав. Во всех случаях несанкционированный ввоз продукта на территорию России, который патентообладателем был впервые введен в оборот за рубежом, будет признан нарушением патента, так как исчерпание права патентообладателя предполагается после введения продукта в оборот на территории России.

Статья 1360. Использование изобретения, полезной модели или промышленного образца в интересах национальной безопасности

Комментарий к статье 1360

В соответствии с комментируемой статьей объект промышленной собственности может быть использован без согласия правообладателя в интересах обороны и безопасности. Хотя статья не уточняет, какой именно безопасности, представляется, что законодатель в данном случае имел в виду Российскую Федерацию.

Правом разрешать такое использование наделено Правительство России.

Условия использования названных выше объектов - уведомление об этом правообладателя в кратчайший срок и выплата правообладателю соразмерной компенсации.

Статья 1361. Право преждепользования на изобретение, полезную модель или промышленный образец

Комментарий к статье 1361

1. Под правом преждепользования, установленным настоящей статьей, понимается право лица, которое до даты приоритета объекта промышленной собственности добросовестно использовало на территории России созданное независимо от автора тождественное решение или сделало необходимые к этому приготовления, на дальнейшее безвозмездное использование тождественного решения. Непременным условием такого использования является невозможность расширения его объема.

2. Пункт 2 устанавливает возможность передачи права преждепользования другим лицам. Однако данная передача возможна только совместно с передачей предприятия, на котором использовалось тождественное решение или были сделаны необходимые приготовления к этому.

Статья 1362. Принудительная лицензия на изобретение, полезную модель или промышленный образец

Комментарий к статье 1362

1. Статья устанавливает основания, порядок и условия предоставления двух видов принудительной лицензии на объект промышленной собственности.

В соответствии со ст. 1239 ГК РФ под принудительной лицензией понимается предоставление лицу права использования результата интеллектуальной деятельности, исключительное право на который принадлежит другому лицу. Такое право предоставляется на основании решения суда, в котором также должны быть названы условия использования.

В соответствии с п. 1 комментируемой статьи принудительная лицензия на объект промышленной собственности может быть выдана, если:

изобретение или промышленный образец не использовались (либо недостаточно использовались) патентообладателем в течение четырех лет со дня выдачи патента;

полезная модель не использовалась (либо недостаточно использовалась) в течение трех лет со дня выдачи патента.

Принудительная лицензия выдается, если перечисленные выше действия привели к недостатку предложения товаров, работ или услуг на рынке.

Основанием выдачи принудительной лицензии является исковое заявление любого лица, желающего и готового использовать указанные изобретение, полезную модель или промышленный образец, поданное в суд при отказе патентообладателя от заключения с ним лицензионного договора на условиях, соответствующих сложившейся на рынке практике, если патентообладатель не докажет, что неиспользование или недостаточное использование им объекта промышленной собственности обусловлено уважительными причинами.

В исковом требовании о предоставлении принудительной простой (неисключительной) лицензии на использование на территории Российской Федерации изобретения, полезной модели или промышленного образца заявитель должен указать, какие условия предлагаются им для предоставления ему указанной лицензии, в том числе

объем использования объекта интеллектуальной деятельности, размер, порядок и сроки платежей. В решении суда должен быть установлен суммарный размер платежей за такую лицензию - не ниже цены лицензии, определяемой при сравнимых обстоятельствах.

Правообладатель также вправе обратиться в суд с иском о прекращении действия принудительной простой (неисключительной) лицензии, если докажет, что обстоятельства, вызвавшие предоставление такой лицензии, перестали существовать и их возникновение вновь маловероятно.

2. В пункте 2 установлен второй вид принудительной лицензии, требовать ее предоставления вправе обладатель патента на изобретение, которое он в силу определенных причин не может использовать, не нарушая при этом исключительных прав обладателя другого патента, отказавшегося от заключения лицензионного договора на условиях, соответствующих установившейся практике.

При этом для принятия судом решения в пользу первого правообладателя, имеющего "зависимый" патент на изобретение, последний должен доказать, что данное изобретение представляет собой важное техническое достижение и имеет существенные экономические преимущества перед изобретением или полезной моделью обладателя более раннего патента.

3. В соответствии с п. 3 федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности производит государственную регистрацию принудительной простой (неисключительной) лицензии согласно решениям, принятым судом.

Статья 1363. Сроки действия исключительных прав на изобретение, полезную модель и промышленный образец

Комментарий к статье 1363

Комментируемая статья устанавливает общие сроки действия исключительных прав на объекты промышленной собственности, применяемые при условии соблюдения требований Кодекса: для изобретений - 20 лет, для полезных моделей - 10 лет, для промышленных образцов - 15 лет.

Указанные сроки исчисляются со дня подачи первоначальной заявки на выдачу патента в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности.

Пунктами 2 и 3 установлены основания и порядок продления названных сроков федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности.

Исключительное право на изобретение, полезную модель или промышленный образец и удостоверяющий это право патент могут быть признаны недействительными или их действие может быть прекращено досрочно по основаниям и в порядке, предусмотренным ст. ст. 1398 и 1399 ГК РФ.

Статья 1364. Переход изобретения, полезной модели или промышленного образца в общественное достояние

Комментарий к статье 1364

Статья устанавливает порядок перехода объектов промышленной собственности в общественное достояние. Единственным основанием для такого перехода является истечение срока действия исключительного права (ст. 1363). Переход в общественное достояние означает, что искомый объект может свободно использоваться любым лицом без получения чьего-либо согласия или разрешения, а также без выплаты вознаграждения.

§ 3. Распоряжение исключительным правом на изобретение,

полезную модель или промышленный образец

Статья 1365. Договор об отчуждении исключительного права на изобретение, полезную модель или промышленный образец

Комментарий к статье 1365

1. Договор об отчуждении исключительного права на изобретения, полезные модели и промышленные образцы законодатель именует как договор об отчуждении патента. Этот тип договора введен для многих объектов интеллектуальных прав, общее правовое регулирование которого предусмотрено в ст. 1234 ГК РФ, в связи с чем к договору об отчуждении патента применяются положения ст. 1234 ГК РФ. Кроме того, применяются общие положения Гражданского кодекса о договорах и об обязательстве.

2. Данный договор является консенсуальным, он вступает в силу с момента его государственной регистрации.

Договор, как правило, является возмездным. Однако стороны могут предусмотреть, что он безвозмездный.

Возмездный договор является двусторонним, а безвозмездный - односторонним.

3. Исключительное право на изобретение, полезную модель и промышленный образец может быть обременено, правообладатель может предоставить право на использование третьим лицам, т.е. заключить лицензионные договоры, либо заключить договор о залоге исключительного права. Такое обремененное исключительное право также может выступать в качестве предмета договора об отчуждении исключительного права. Исключение составляет только оговорка в договоре о залоге исключительного права о том, что данное право не может быть отчуждено.

Статья 1366. Публичное предложение заключить договор об отчуждении патента на изобретение

Комментарий к статье 1366

В комментируемой статье установлены случаи, когда на автора возложена обязанность заключить договор об отчуждении патента.

Данная обязанность предусмотрена только для авторов при наступлении одновременно нескольких условий:

- 1) автор должен обратиться с заявкой на выдачу патента на изобретение;
- 2) к данной заявке должно быть приложено заявление, содержащее обязательство о заключении договора с любым лицом;
- 3) от лица, изъявившего желание заключить с автором данный договор, должно поступить уведомление как в адрес автора, так и в федеральный орган исполнительной власти.

Подача автором такого заявления-обязательства служит основанием для освобождения заявителя от уплаты патентных пошлин.

В соответствии с п. 2 комментируемой статьи обязанность уплаты патентных пошлин возложена на то лицо, которое заключит с автором договор об отчуждении патента на изобретение.

Документ, подтверждающий уплату всех патентных пошлин, от уплаты которых был освобожден заявитель (патентообладатель), должен быть представлен для регистрации в федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности договора об отчуждении патента.

Пункт 3 комментируемой статьи устанавливает случаи, когда заявитель (патентообладатель) обязан заплатить патентные пошлины - если в течение двух лет в

федеральный орган исполнительной власти не поступило уведомление о желании заключить договор об отчуждении патента.

Наступление данного случая предоставляет патентообладателю право подать в указанный федеральный орган ходатайство об отзыве своего заявления. Федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности публикует в официальном бюллетене сведения об отзыве заявления.

Статья 1367. Лицензионный договор о предоставлении права использования изобретения, полезной модели или промышленного образца

Комментарий к статье 1367

Законодатель вводит единый тип договора для большинства объектов интеллектуальных прав - лицензионный договор. Общее правовое регулирование данного типа договора содержится в ст. ст. 1235 - 1239 ГК РФ. Положения данных статей применяются к лицензионному договору о предоставлении права использования изобретения, полезной модели или промышленного образца, за исключением тех, которые не соответствуют правовым нормам, содержащимся в гл. 72, и природе правовой охраны объектов патентного права. Например, представляется, что не может быть применено правило, предусмотренное в п. 4 ст. 1235 ГК РФ, согласно которому, если в лицензионном договоре срок его действия не определен, договор считается заключенным на пять лет. Кроме того, неприменимы правила о территории: действие патента ограничено территорией Российской Федерации.

Конституирующими признаками данного лицензионного договора являются следующие:

предмет договора, в отличие от договора об отчуждении исключительного права, составляет право использования, которое носит обязательственный характер;

лицензионный договор является консенсуальным, он вступает в силу с момента его регистрации;

договор считается возмездным, если его безвозмездность не установлена договором;

если договор является возмездным, то он двусторонний, а если безвозмездным, то он односторонний;

договор является срочным, право использования предоставляется лишь на определенный срок, который не может превышать оставшегося срока действия патента.

Более подробно о данном типе договора и его видах см. комментарий к ст. ст. 1235 - 1239 ГК РФ.

Статья 1368. Открытая лицензия на изобретение, полезную модель или промышленный образец

Комментарий к статье 1368

1. Открытая лицензия представляет собой заявление патентообладателя, поданное в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности, о желании предоставления любому лицу права использования объекта патентного права. В этом заявлении должны содержаться сведения об условиях лицензии. Данная лицензия является простой (см. комментарий к ст. 1236 ГК РФ). Федеральный орган публикует это заявление в официальном бюллетене "Изобретения", "Полезные модели", "Промышленные образцы". Особенностью данной лицензии является то, что патентообладатель обязан заключить лицензионный договор с лицом, которое изъявило желание заключить договор. Таким образом, заключение лицензионного договора обязательно для патентообладателя; принцип свободы договора в данном случае

ограничен. Заявление не следует рассматривать как оферту, представляется, что оно является приглашением делать оферту.

Законодатель поощряет подачу таких заявлений, уменьшая размер патентной пошлины за поддержание патента в силе на 50%. Такое уменьшение размера осуществляется с года, следующего за годом публикации федеральным органом сведений об открытой лицензии. Такие сведения публикуются на средства патентообладателя.

2. Если в течение двух лет не поступят письменные предложения о заключении договора на условиях, которые были опубликованы в официальном бюллетене, то открытая лицензия может быть отозвана патентообладателем до истечения действия патента. Отзыв открытой лицензии также подлежит опубликованию федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности в официальном бюллетене "Изобретения", "Полезные модели", "Промышленные образцы".

Если патентообладатель отзовет открытую лицензию, он должен не только в дальнейшем платить патентную пошлину за поддержание в силе патента в полном объеме, но и доплатить патентную пошлину за период, прошедший со дня публикации сведений об открытой лицензии в официальном бюллетене.

Статья 1369. Форма и государственная регистрация договоров о распоряжении исключительным правом на изобретение, полезную модель и промышленный образец

Комментарий к статье 1369

Договоры о распоряжении исключительным правом на изобретение, полезную модель и промышленный образец должны быть заключены в письменной форме. Поскольку они (договоры) подлежат обязательной государственной регистрации, то должны быть составлены в виде отдельного документа.

Если требование о государственной регистрации договора о распоряжении исключительным правом на изобретение, полезную модель и промышленный образец не будет выполнено, договор будет считаться ничтожным.

Исключительное право по договорам считается переданным, а право на использование - предоставленным с момента государственной регистрации договора. Регистрация договоров необходима для того, чтобы предоставлять достоверную информацию третьим лицам о состоянии правовой охраны объекта патентного права.

§ 4. Изобретение, полезная модель и промышленный образец, созданные в связи с выполнением служебного задания или при выполнении работ по договору

Статья 1370. Служебное изобретение, служебная полезная модель, служебный промышленный образец

Комментарий к статье 1370

1. В пункте 1 комментируемой статьи содержится определение понятий "служебное изобретение", "служебная модель", "служебный промышленный образец". Законодатель относит к служебным объектам патентного права созданные в силу выполнения трудовых обязанностей и в силу конкретного задания работодателя. Законодатель попытался расширить объем названных выше понятий, отнеся к служебным объектам патентного права не только те, которые созданы в силу трудовых обязанностей, но и те, которые созданы за пределами трудовой обязанности лицом, состоящим в трудовых отношениях с лицом, который дал ему задание на создание объекта патентного права. Вместе с тем представляется, что если речь идет о выполнении задания по созданию объекта

патентного права за рамками трудового договора, то объект патентного права не должен относиться к служебному, так как в этом случае лицо, дающее задание другому лицу, не может рассматриваться по отношению к последнему лицу в качестве работодателя. Таким образом, представляется, что необходимо изменить определения понятий "служебное изобретение", "служебная полезная модель", "служебный промышленный образец", данные в комментируемой статье, так как расширение объема этих понятий приводит к необоснованному ограничению прав авторов. Следует предусмотреть, что служебным изобретением, служебной полезной моделью, служебным промышленным образцом являются изобретения, полезные модели, промышленные образцы, которые созданы в силу обязанностей, обусловленных трудовым договором.

2. В пункте 2 ст. 1370 ГК РФ предусматривается, что право авторства принадлежит работнику. Согласно ст. 1356 ГК РФ право авторства - это право быть признанным автором изобретения, полезной модели или промышленного образца. Данное право неотчуждаемо и непередаваемо. Изобретения, полезные модели, промышленные образцы нередко создаются коллективами авторов, следовательно, право авторства принадлежит всем лицам, которые вложили творческий вклад в создание изобретения, полезной модели, промышленного образца.

3. Согласно п. 3 комментируемой статьи, право на получение патента и соответственно возникшее в связи с регистрацией объекта патентного права исключительное право принадлежат работодателю. Однако положения п. 3 комментируемой статьи носят диспозитивный характер и могут быть изменены трудовым или иным договором между работником и работодателем. Условия договора о распределении права между работником и работодателем имеют гражданско-правовой характер, их включение в трудовой договор как документ не превращает их в трудовые. Условия о распределении права между работником и работодателем может содержаться и в отдельном договоре, что представляется более целесообразным, так как дает возможность учитывать конкретные обстоятельства дела.

4. Если презумпция принадлежности права на получение патента работодателем не изменена договором между работником и работодателем, то работник обязан письменно уведомить работодателя о создании объекта, в отношении которого возможна правовая охрана.

Работодатель после получения такого уведомления может либо подать заявку на получение патента либо передать право на получение патента третьему лицу или обеспечить режим коммерческой тайны и информировать об этом работника. Если он не совершил какое-либо из действий в течение четырех месяцев, то право на получение патента по истечении данного срока будет принадлежать работнику. Для защиты интересов работодателя законодатель предоставляет ему право использовать объект патентного права в собственном производстве. Данное право носит обязательственный характер, возникает в силу юридических фактов, указанных в законе, и представляет собой законную лицензию, которая является неисключительной, т.е. предоставляет право работодателю использовать служебные объекты патентного права наряду с другими лицами. Данная лицензия носит возмездный характер, так как в п. 4 комментируемой статьи предусматривается необходимость выплаты патентообладателю компенсации. Необходимо отметить, что на стороне патентообладателя может выступать не только автор, но и лицо, которому автор может уступить право на получение патента. Таким образом, компенсация, если автор уступит право на получение патента третьему лицу и данное лицо получит патент, должна выплачиваться последнему лицу. Комментируемая статья предусматривает, что размер компенсации, условия и порядок ее выплаты должны определяться договором между работником и работодателем, а в случае спора - судом.

Автору служебных объектов патентного права принадлежит право на вознаграждение, если работодатель:

получит патент на служебные объекты патентного права;

примет решение о сохранении информации о служебных объектах патентного права в тайне и сообщит об этом работнику;
передаст право на получение патента третьему лицу;
не получит патент по поданной им заявке по зависящим от него причинам.

Представляется, что выплачивать вознаграждение в любом из этих случаев должен работодатель. Размер вознаграждения, условия и порядок его выплаты согласно п. 4 ст. 1370 ГК РФ должны быть определены договором между работодателем и работником. В сущности, между ними заключается не договор, а соглашение, так как последнее не порождает обязательство, а лишь конкретизирует его условия. Если не достигнуто согласие, размер, порядок и условия выплаты вознаграждения устанавливаются судом.

5. Положения п. 5 комментируемой статьи направлены на защиту интересов работодателя. В них предусматривается, что если объекты патентного права были созданы работником с использованием денежных, технических или иных материальных средств работодателя, но не в связи с выполнением своих трудовых обязанностей или конкретного задания работодателя, то такие объекты патентного права не являются служебными и право на получение патента принадлежит авторам этих объектов. Вместе с тем предусматривается, что работодатель может потребовать предоставления безвозмездной простой лицензии на использование созданного объекта патентного права для собственных нужд на весь срок действия исключительного права на объект патентного права или возмещения расходов, понесенных им в связи с созданием такого объекта. Таким образом, работодатель может требовать заключения лицензионного договора, который должен быть безвозмездным, неисключительным и касаться только таких способов использования объектов патентного права, которые необходимы работодателю в собственном производстве. Если работодатель хочет получить разрешение на другие способы использования, то положения п. 5 ст. 1370 не применяются, а применяются положения ст. ст. 1235 - 1237 и 1367 ГК РФ.

Статья 1371. Изобретение, полезная модель или промышленный образец, созданные при выполнении работ по договору

Комментарий к статье 1371

1. Пункт 1 устанавливает, что если объект промышленной собственности был создан по гражданскому договору, прямо не предусматривающему его создание исполнителем, то право на получение патента и исключительное право на такой объект принадлежат подрядчику (исполнителю), если данным договором не было предусмотрено иное.

Если же создание изобретения, полезной модели или промышленного образца было предметом договора или такая обязанность прямо предусматривалась иными его условиями, заказчик вправе использовать созданные таким образом объекты на условиях простой (неисключительной) лицензии в течение всего срока действия патента без выплаты за это использование дополнительного вознаграждения. Однако стороны могут в договоре определить иной порядок.

Вознаграждение подрядчику (исполнителю) - автору изобретения, полезной модели или промышленного образца, который не является обладателем патента, выплачивается согласно п. 4 ст. 1370 ГК РФ.

2. В соответствии с п. 2, если договором не предусмотрено иное, подрядчик (исполнитель) вправе использовать созданные им по гражданскому договору изобретение, полезную модель или промышленный образец, в отношении которых исполнитель передал заказчику или иному лицу право на получение патента или исключительные права.

Указанное использование допускается в строго определенном комментируемой нормой объеме: для собственных нужд исполнителя на условиях безвозмездной простой (неисключительной) лицензии, однако в течение всего срока действия патента.

Статья 1372. Промышленный образец, созданный по заказу

Комментарий к статье 1372

1. В отличие от ст. 1371, которая регулирует отношения, связанные с созданием объектов патентного права при выполнении работы по договору, предметом которых не является создание объектов патентного права, в том числе промышленного образца, ст. 1372 посвящена отношениям, которые возникают в связи с созданием промышленного образца по договору, являющегося предметом договора. В отношении созданных в соответствии с п. 1 ст. 1372 промышленных образцов устанавливается обратная презумпция распределения прав по сравнению с промышленными образцами, созданными в соответствии с п. 1 ст. 1371 Кодекса. Согласно п. 1 ст. 1372 ГК РФ право на получение патента и исключительное право на созданный промышленный образец принадлежат заказчику, если иное не предусмотрено договором между подрядчиком и заказчиком.

2. Согласно п. 2 комментируемой статьи в случае закрепления права за заказчиком подрядчик имеет право использовать промышленный образец для собственных нужд. Данное право носит обязательственный характер и представляет собой законную лицензию, безвозмездную и носящую неисключительный характер. Право использования промышленного образца действует в течение срока действия патента.

В пункте 2 ст. 1372 Кодекса, предусматривающей право подрядчика на использование промышленного образца, используется выражение "поскольку договором не предусмотрено иное". Оно делает не совсем ясным смысл данной нормы и расположение его в данном пункте не позволяет сделать однозначного вывода о том, к чему оно (выражение) относится, - к тому, что договором можно либо лишить подрядчика права использовать промышленный образец для собственных нужд, либо изменить условия лицензии, на которых закон предоставляет право использования промышленного образца подрядчику.

3. Если в соответствии с договором права на получение патента и исключительное на промышленный образец принадлежат подрядчику, то за заказчиком признается право безвозмездного использования промышленного образца для собственных нужд. Данное право носит обязательственный характер и представляет собой законную лицензию, носящую неисключительный характер и являющуюся безвозмездной. Данное право использования промышленного образца действует в течение срока действия патента.

4. Автору созданного по заказу промышленного образца, не являющемуся правообладателем, принадлежит право на вознаграждение, размер, порядок и условия выплаты которого устанавливаются в соответствии с нормами п. 4 ст. 1370, касающимися авторов служебных промышленных образцов.

Статья 1373. Изобретение, полезная модель, промышленный образец, созданные при выполнении работ по государственному или муниципальному контракту

Комментарий к статье 1373

1. Государственный или муниципальный контракт отличается от обычного договора особым субъектным составом тем, что работы выполняются для государственных или муниципальных нужд и финансируются соответственно за счет средств федерального бюджета, средств субъектов Российской Федерации или муниципальных образований.

Сторонами государственного контракта являются государственный или муниципальный заказчик и исполнитель. На стороне государственного или муниципального заказчика выступают Российская Федерация, ее субъект или муниципальное образование. Публично-правовые образования действуют как самостоятельные субъекты права наряду с физическими и юридическими лицами. Гражданско-правовой статус публично-правовых образований определяется гл. 5 ГК РФ. Согласно п. 2 ст. 124 ГК РФ к публично-правовым образованиям применяются нормы, определяющие участие юридических лиц в отношениях, регулируемых гражданским законодательством, если иное не вытекает из закона или особенностей данных субъектов. Следует отметить, что государство создается не для того, чтобы участвовать в гражданском обороте, а для выполнения публичных функций. В связи с этим участие государства в гражданском обороте носит вспомогательный характер, оно способствует осуществлению государством его функций. От имени публично-правовых образований действуют государственные или муниципальные органы в рамках их компетенции, установленной актами, определяющими статус этих органов, либо представители. В качестве представителей могут выступать государственные органы, органы местного самоуправления, юридические лица и граждане в случаях и в порядке, предусмотренных нормативными актами Российской Федерации, ее субъектов и муниципальных образований по их специальному поручению. Органы, выступающие от имени публично-правовых образований, необязательно должны иметь статус юридического лица, так как действия органа являются действиями государства, они не есть представители государства. Осуществление государственными органами полномочий есть выполнение ими публичных функций, поэтому насколько эффективно они заключают и исполняют государственные и муниципальные контракты, настолько эффективно они выполняют свои публичные функции. Следовательно, права и обязанности по государственному контракту возникают у публично-правовых образований, а не у органов, выступающих от их имени, и ответственность несет не орган, выступающий от имени публично-правовых образований, а само публично-правовое образование. На стороне исполнителя может выступать любое физическое или юридическое лицо.

В соответствии с п. 1 ст. 1373 ГК РФ по общему правилу право на получение патента и исключительное право на объекты патентного права, созданные по государственному контракту, принадлежат исполнителю. Однако это правило может быть изменено контрактом, и законодатель предусматривает два варианта распределения прав, на которые может быть изменена предложенная законодателем модель распределения права: в контракте может быть предусмотрено, что право принадлежит публично-правовому образованию или совместно исполнителю и публично-правовому образованию.

В Постановлении Правительства Российской Федерации от 17 ноября 2005 г. N 685 "О порядке распоряжения правами на результаты научно-технической деятельности", утвердившем Положение о закреплении и передаче хозяйствующим субъектам прав на результаты научно-технической деятельности, полученные за счет средств федерального бюджета (далее - Положение N 685), содержатся указания государственным заказчикам, в каких случаях должны закрепляться права за Российской Федерацией, а в каких - за исполнителями. Эти нормы носят публичный характер. Они регламентируют, как должны поступать государственные заказчики при заключении государственных контрактов. В большинстве случаев права должны закрепляться за исполнителем. В соответствии с п. 4 Положения N 685 государственные заказчики при заключении государственных контрактов включают в них условие о закреплении прав на результаты научно-технической деятельности:

за Российской Федерацией - если данные результаты в силу закона изъяты из оборота либо ограничены в обороте или финансирование работ по доведению этих результатов до стадии промышленного применения (включая изготовление опытной партии) берет на себя Российская Федерация;

за Российской Федерацией или по решению Государственного заказчика за Российской Федерацией и исполнителем совместно - если данные результаты необходимы для выполнения государственных функций, связанных с обеспечением обороны и безопасности государства, а также с защитой здоровья населения.

В иных случаях права на результаты научно-технической деятельности закрепляются за исполнителем на условиях, определяемых в государственных контрактах.

Согласно Положению о государственном учете результатов научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ гражданского назначения, выполняемых за счет средств федерального бюджета, утвержденному Постановлением Правительства Российской Федерации от 4 мая 2005 г. N 284 (далее - Положение N 284), государственные заказчики должны вести учет результатов научно-технической деятельности. В соответствии с п. 5 данного Положения объектами учета баз данных заказчиков являются конкретные результаты научно-технической деятельности, включающие в том числе описание индивидуальных особенностей объекта учета, позволяющих отличать его от других объектов учета. В базы данных заказчиков вносятся сведения:

- о результатах научно-технической деятельности - в месячный срок с даты подписания акта сдачи-приемки результатов научно-технической деятельности;

- о результатах научно-технической деятельности, способных к правовой охране в качестве объектов интеллектуальной собственности, - в месячный срок с даты уведомления заказчика исполнителем о достижении такого результата и подачи заявки в Федеральную службу по интеллектуальной собственности, патентам и товарным знакам на выдачу патента (п. 6 Положения N 284).

Постановление, утвердившее Положение N 284, вводит два порядка государственного учета результатов научно-технической деятельности: ведение баз данных заказчиков и единого реестра результатов научно-технической деятельности. Единый учет результатов научно-технической деятельности возложен на Федеральное агентство по науке и инновациям. Согласно п. 4 Постановления Правительства N 284 федеральные органы исполнительной власти, российские академии наук, имеющие государственный статус, иные организации, финансирующие научно-техническую деятельность, должны обеспечить государственный учет результатов научно-технической деятельности.

Роспатент проводит контроль в сфере правовой охраны и использования результатов научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ гражданского назначения, выполняемых за счет средств федерального бюджета, в соответствии с Постановлением Правительства Российской Федерации от 18 ноября 2006 г. N 696 "Об осуществлении контроля в сфере правовой охраны и использования результатов научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ гражданского назначения, выполняемых за счет средств федерального бюджета" и Административным регламентом Федеральной службы по интеллектуальной собственности, патентам и товарным знакам, утвержденным Приказом Минобрнауки России от 13 декабря 2006 г. N 313 (зарегистрирован Министерством юстиции Российской Федерации 19 января 2007 г.).

2. Если согласно государственному или муниципальному контракту право на получение патента принадлежит публично-правовому образованию, то оно должно осуществить свое право на получение патента в течение шести месяцев с момента уведомления исполнителем о получении результата, способного к патентной охране. Если оно не осуществит свое право в течение этого срока, то право перейдет к исполнителю.

3. В пункте 3 комментируемой статьи предусматривается, что, если в соответствии с государственным или муниципальным контрактом право на получение патента и исключительное право принадлежат Российской Федерации, ее субъекту или муниципальному образованию, исполнитель обязан путем заключения договоров со

своими работниками и третьими лицами приобрести все права или обеспечить их приобретение для передачи Российской Федерации, ее субъекту или муниципальному образованию. При этом исполнитель имеет право на возмещение затрат, понесенных им в связи с приобретением прав у третьих лиц. Представляется сомнительным правильность данных положений, так как они вступают в противоречие с положениями ст. 1370 ГК РФ, в которых говорится, что на служебные объекты патентного права право на получение патента и исключительное право по общему правилу принадлежат работодателю, а следовательно, не нужно от работников получать права. Кроме того, получается, что даже если в государственном контракте решен вопрос о принадлежности прав публично-правовому образованию, то создание результата и поступления его в распоряжение государственного заказчика еще не влекут за собой возникновения у него прав. Получается, что после поступления результата научно-технической деятельности должен заключаться договор о передаче права на получение патента.

4. В пункте 4 комментируемой статьи предусматривается обязанность патентообладателя, если патент принадлежит не публично-правовому образованию, заключить лицензионный договор с лицом, которое укажет публично-правовое образование. Данный лицензионный договор является неисключительным и безвозмездным.

5. В пункте 5 комментируемой статьи предусматривается право публично-правового образования, которому совместно с исполнителем принадлежит патент, предоставить безвозмездную простую лицензию на использование объектов патентного права в целях выполнения работ или осуществления поставок для государственных или муниципальных нужд. При этом исполнитель лишь уведомляется о выдаче лицензии.

6. Если патент принадлежит исполнителю и он хочет досрочно прекратить действие патента, он обязан уведомить государственного и муниципального заказчика, а последние вправе потребовать передачи патента на безвозмездной основе публично-правовому образованию. Таким образом, полагаем, что должен быть заключен безвозмездный договор об отчуждении исключительного права, при этом заключение подобного договора при наличии требования о передаче права со стороны государственного или муниципального заказчика является обязанностью исполнителя. Аналогичное правило о передаче патента только исполнителю предусматривается в случае, если патент принадлежит публично-правовому образованию.

7. Автору созданного изобретения, полезной модели, промышленного образца, не являющемуся правообладателем, принадлежит право на вознаграждение, размер, порядок и условия выплаты которого устанавливаются в соответствии с нормами п. 4 ст. 1370, касающимися авторов служебных объектов патентного права.

§ 5. Получение патента

1. Заявка на выдачу патента, ее изменение и отзыв

Статья 1374. Подача заявки на выдачу патента на изобретение, полезную модель или промышленный образец

Комментарий к статье 1374

1. Заявку на выдачу патента может подавать лицо, которое имеет право на получение патента. Это лицо именуется заявителем. Согласно п. 1 ст. 1357 ГК РФ право на получение патента на изобретение, полезную модель, промышленный образец первоначально принадлежит автору изобретения, полезной модели или промышленного образца. Однако это право может перейти к другому лицу или быть ему передано. Передача права на получение патента осуществляется на основании договора об

отчуждении данного права, который заключается в письменной форме. Право на получение патента может перейти в порядке универсального правопреемства и в силу иных юридических фактов, указанных в Гражданском кодексе. Например, названное право переходит к работодателю при создании служебного изобретения, полезной модели, промышленного образца (п. 4 ст. 1370 ГК РФ). Заявка - понятие собирательное и состоит из совокупности документов. Документы, входящие в состав заявки на выдачу патента на изобретение, предусмотрены в ст. 1375 ГК РФ; на выдачу патента на полезную модель - в ст. 1376 ГК РФ, на промышленный образец - в ст. 1377 ГК РФ. В пункте 2 комментируемой статьи предусматривается, что заявление должно быть составлено на русском языке, а остальные документы, входящие в состав заявки, могут быть составлены как на русском языке, так и на других языках, однако в последнем случае должен быть представлен перевод.

2. Заявка может быть подана как непосредственно заявителем, так и его представителем, в том числе патентным поверенным. Если заявку подает сам заявитель, то он подписывает заявление о выдаче патента, если через представителя, в том числе патентного поверенного, - то данный представитель. Последний действует от имени заявителя на основании доверенности.

3. Требования, предъявляемые к документам заявки, должны быть установлены административным регламентом, принятым федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим нормативно-правовое регулирование в сфере интеллектуальной собственности.

4. Документы, подтверждающие уплату патентной пошлины, основания освобождения от уплаты патентной пошлины, либо уменьшения ее размера, либо отсрочки ее уплаты, не входят в состав заявки. При подаче заявки данные документы должны прилагаться к заявке.

Статья 1375. Заявка на выдачу патента на изобретение

Комментарий к статье 1375

В комментируемой статье определены требования к порядку и форме обращения на выдачу патента. В пункте 1 комментируемой статьи установлен общий принцип единства изобретения, согласно которому если одна заявка подается на несколько изобретений (например, на способ и устройство для его осуществления), то они должны быть связаны настолько тесно, что образуют единый изобретательский замысел. Иными словами, они должны быть связаны так, что одно изобретение без другого не может быть получено или использовано.

Документ, который подается в федеральный орган исполнительной власти для выдачи патента, именуется заявкой.

Содержание заявки представляет собой совокупность документов. Комментируемая статья определяет только перечень документов, однако требования к их содержанию и порядку оформления устанавливаются на уровне подзаконного нормативного акта. Полномочия на установление требований к документам заявки на выдачу патента на изобретение, полезную модель или промышленный образец предоставляются федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим нормативно-правовое регулирование в сфере интеллектуальной собственности.

Заявку может подать только лицо, которому принадлежит право на получение патента. Таким лицом могут быть автор, а также лицо, получившее право на получение патента по договору.

Заявка на выдачу патента включает следующие документы:

1) заявление о выдаче патента с указанием автора изобретения и лица, на чье имя испрашивается патент, а также места жительства или места нахождения каждого из них;

2) описание изобретения, раскрывающее его с полнотой, достаточной для осуществления;

3) формулу изобретения, выражающую его сущность и полностью основанную на его описании;

4) чертежи и иные материалы, если они необходимы для понимания сущности изобретения;

5) реферат.

Датой подачи заявки на изобретение считается дата поступления в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности заявки, содержащей заявление о выдаче патента, описание изобретения и чертежи, если в их описании имеется ссылка, а если указанные документы представлены не одновременно - дата поступления последнего из документов.

Статья 1376. Заявка на выдачу патента на полезную модель

Комментарий к статье 1376

Статья устанавливает основные требования к заявке на выдачу патента на полезную модель. До введения Кодекса в действие данные требования подробно регламентировались Правилами составления, подачи и рассмотрения заявки на выдачу патента на полезную модель, утвержденными Приказом Роспатента от 6 июня 2003 г. N 83. Правила, отредактированные с учетом Гражданского кодекса, еще не приняты.

Статья 1377. Заявка на выдачу патента на промышленный образец

Комментарий к статье 1377

1. В пункте 1 комментируемой статьи раскрывается требование единства промышленного образца. Заявка может относиться как к одному промышленному образцу, так и к нескольким, связанным настолько, что они образуют единый творческий замысел. В качестве примера группы промышленных образцов можно назвать художественно-конструкторские решения, относящиеся к мебельному гарнитуру, сервису. Промышленный образец может касаться не только всего изделия, но и его частей (например, фары автомобиля).

2. В состав заявки обязательно входят:

заявление о выдаче патента;

комплект изображений изделия, дающих полное детальное представление о внешнем виде изделия;

описание промышленного образца;

перечень существенных признаков промышленного образца.

В состав заявки могут входить чертеж общего вида изделия, эргономическая схемы, конфекционная карта. Перечисленные документы включаются в состав заявки только в том случае, если они необходимы для раскрытия сущности промышленного образца.

3. Дата подачи заявки играет большую роль. По дате подачи заявки определяется приоритет, с нее исчисляется срок действия исключительного права. Датой подачи заявки на промышленный образец считается день поступления заявки в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности; при этом в состав заявки должны входить все обязательные документы, указанные в п. 2 комментария. Если документы, входящие в состав заявки, поданы не одновременно, датой подачи заявки считается день поступления последнего документа.

Статья 1378. Внесение изменений в документы заявки на изобретение, полезную модель или промышленный образец

Комментарий к статье 1378

1. Заявителю с момента подачи заявки до момента принятия решения о выдаче патента или об отказе в выдаче патента предоставлено право вносить в документы заявки исправления и уточнения, в том числе подавать дополнительные материалы. Однако речь идет не о любых исправлениях и уточнениях, а лишь о тех, которые не изменяют сущность изобретения, полезной модели и промышленного образца.

Как изменяющие сущность изобретения и полезной модели рассматриваются такие дополнительные материалы, которые содержат признаки изобретения и полезной модели, отсутствующие в формуле изобретения и полезной модели в поданных на дату приоритета документах заявки, а если на дату подачи заявки формула отсутствовала - в документах, раскрывающих сущность изобретения.

Как изменяющие сущность промышленного образца рассматриваются такие дополнительные материалы, которые содержат признаки, отсутствующие на дату подачи заявки на изображения изделия.

2. Второй вид изменений - это изменение заявителя, а также изменения, необходимые для исправления очевидных и технических ошибок. Изменения заявителя могут иметь место не только при уступке права на получение патента по договору или переходе его к другим лицам, в частности в порядке универсального правопреемства, но и при изменении имени или наименования заявителя. Данное право может быть реализовано до момента регистрации изобретения, полезной модели или промышленного образца.

3. Патентная плата за внесение изменений, сделанное по инициативе заявителя, не взимается, если изменения в документы внесены в течение двух месяцев со дня подачи заявки.

4. При публикации сведений о заявке изменения учитываются только в том случае, если они представлены в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности в течение 12 месяцев со дня подачи заявки.

Статья 1379. Преобразование заявки на изобретение или полезную модель

Комментарий к статье 1379

1. В связи с тем что изобретение и полезная модель по своему характеру являются довольно родственными объектами, патентное законодательство предоставляет заявителю возможность преобразования заявки на изобретение в заявку на полезную модель (п. 1 комментируемой статьи) и, наоборот, заявку на полезную модель в заявку на изобретение (п. 2) с сохранением приоритета и даты подачи заявки. Такая процедура может быть актуальна для заявителя по разным причинам, например из-за возможного отказа в выдаче патента. Один из случаев преобразования заявки установлен непосредственно комментируемым Кодексом - п. 5 ст. 1390.

2. Преобразование заявки на изобретение может быть осуществлено на основании ходатайства, поданного до публикации сведений о такой заявке, но не позднее даты принятия решения о выдаче патента федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности. Ходатайство о преобразовании заявки на полезную модель должно быть заявлено до даты принятия решения федеральным органом о выдаче патента, а в случае принятия решения об отказе в выдаче патента - до исчерпания возможности подачи возражений против этого решения.

3. За преобразование заявки взимается государственная пошлина.

Статья 1380. Отзыв заявки на изобретение, полезную модель или промышленный образец

Комментарий к статье 1380

Заявка может быть отозвана заявителем в любой момент после подачи заявки до момента регистрации изобретения, полезной модели или промышленного образца в соответствующем реестре.

2. Приоритет изобретения, полезной модели и промышленного образца

Статья 1381. Установление приоритета изобретения, полезной модели или промышленного образца

Комментарий к статье 1381

1. Приоритет устанавливает момент, с которого у заявителя исчисляется срок действия исключительного права на изобретение, полезную модель, промышленный образец. Приоритет играет большую роль в установлении факта новизны изобретения, полезной модели и промышленного образца.

Приоритет устанавливается по дате подачи заявки в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности.

2. Приоритет может быть установлен по дате поступления дополнительных материалов, если заявитель оформит их как самостоятельную заявку, однако только при наличии следующих условий:

дополнительные материалы поданы как самостоятельная заявка в течение трех месяцев со дня получения заявителем уведомления от федерального органа о том, что дополнительные материалы изменяют сущность заявленного решения и по этой причине не могут быть приняты во внимание;

на дату подачи самостоятельной заявки заявка, содержащая указанные дополнительные материалы, не отозвана и не признана отозванной.

3. Приоритет изобретения, полезной модели или промышленного образца может быть установлен по дате подачи тем же заявителем более ранней заявки при соблюдении следующих условий:

ранняя заявка раскрывает изобретение, полезную модель, промышленный образец;

ранняя заявка не отозвана и не признана отозванной на дату подачи заявки, по которой испрашивается приоритет по ранней заявке;

заявка, по которой испрашивается приоритет, подана в течение 12 месяцев со дня подачи более ранней заявки на изобретение и шести месяцев со дня подачи более ранней заявки на полезную модель или промышленный образец.

Если приоритет спрашивается по подаваемой заявке, то ранняя заявка считается отозванной. Таким образом, при подаче заявки необходимо сразу испрашивать приоритет по более ранней заявке.

4. Приоритет по выделенной заявке устанавливается по дате подачи первоначальной заявки при соблюдении следующих условий:

на дату подачи выделенной заявки первоначальная заявка не отозвана и не признана отозванной;

выделенная заявка подана до того, как исчерпана возможность подать возражение на решение об отказе в выдаче патента по первоначальной заявке, либо до даты регистрации

изобретения, полезной модели или промышленного образца, если по первоначальной заявке принято решение о выдаче патента.

5. В пункте 5 комментируемой статьи предусмотрена возможность установления приоритета на основании нескольких ранее поданных заявок или дополнительных материалов.

Статья 1382. Конвенционный приоритет изобретения, полезной модели и промышленного образца

Комментарий к статье 1382

1. Приоритет может быть установлен по дате подачи первой заявки на изобретение, полезную модель или промышленный образец в государстве - участнике Парижской конвенции при соблюдении следующих условий:

заявка в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности на изобретение или полезную модель подана в течение 12 месяцев с даты подачи первой заявки, на промышленный образец - в течение шести месяцев с даты подачи первой заявки;

заявитель сообщил о желании воспользоваться конвенционным приоритетом на полезную модель или промышленный образец до истечения двух месяцев с момента подачи заявки на полезную модель или промышленный образец в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности;

заявитель сообщил о желании воспользоваться конвенционным приоритетом на изобретение;

предоставлена заверенная копия первой заявки до истечения трех месяцев со дня подачи в указанный федеральный орган заявки на полезную модель или промышленный образец, по которой испрашивается конвенционный приоритет;

предоставлена заверенная копия первой заявки на изобретение в течение 16 месяцев со дня подачи ее в патентное ведомство государства - участника Парижской конвенции по охране промышленной собственности.

2. Федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности может признать право конвенционного приоритета, если не представлена заверенная копия первой заявки в указанный в п. 3 комментируемой статьи срок и если:

заявитель подал ходатайство об этом;

копия первой заявки запрошена заявителем в патентном ведомстве, в которое подана первая заявка, в течение 14 месяцев со дня подачи первой заявки;

копия первой заявки представлена заявителем в течение двух месяцев со дня ее получения заявителем.

Статья 1383. Последствия совпадения дат приоритета изобретения, полезной модели или промышленного образца

Комментарий к статье 1383

1. Комментируемая статья рассматривает последствия совпадения дат приоритета на идентичные изобретения, полезные модели или промышленные образцы, заявки на которые поданы как разными заявителями, так и одним заявителем.

В случае совпадения приоритета идентичных решений, поданных разными заявителями, федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности должен направить уведомление о данном обстоятельстве, а заявители в течение 12 месяцев с момента получения уведомления должны заключить соглашение, в котором определить, какая заявка должна быть сохранена, и сообщить об этом

соглашении в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности.

При этом при выдаче патента по одной из заявок все авторы, указанные в ней, признаются соавторами в отношении идентичных изобретений, полезных моделей и промышленных образцов.

Если заявки с одной датой приоритета поданы одним заявителем, федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности должен направить уведомление о данном обстоятельстве, а заявитель должен выбрать одну из заявок и сообщить об этом в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности в течение 12 месяцев с момента получения уведомления. Если в течение 12 месяцев в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности не поступит сообщение от заявителей или заявителя о принятом решении или ходатайство о продлении срока на принятие решения, заявки считаются отозванными.

2. В пункте 2 ст. 1383 ГК РФ рассматривается совпадение дат приоритета изобретения и идентичной ему полезной модели, заявки на которые поданы одним и тем же заявителем.

Если патент выдан по одной заявке, то по другой может быть выдан только в том случае, если патентообладатель подаст в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности заявление о прекращении действия этого патента (выданного по одной заявке). Действие ранее выданного патента прекратится с момента публикации сведений о выдаче патента по другой заявке.

3. Экспертиза заявки на выдачу патента.

Временная правовая охрана изобретения, полезной модели или промышленного образца

Статья 1384. Формальная экспертиза заявки на изобретение

Комментарий к статье 1384

Первым этапом рассмотрения заявки на выдачу патента является проверка соответствия их установленным требованиям, так называемая формальная экспертиза заявки. Конкретный срок, в течение которого должна быть осуществлена формальная экспертиза, не установлен, что следует признать упущением законодателя.

В ходе формальной экспертизы проводится проверка наличия всех документов, предусмотренных законом, их соответствие установленным требованиям, а также того, не изменена ли дополнительными материалами сущность заявленного изобретения.

Согласно п. 2 комментируемой статьи заявитель вправе дополнять, уточнять, исправлять направленные документы. При этом, если в заявке отсутствуют какие-либо документы, федеральный орган исполнительной власти вправе запросить отсутствующие или уточнить ранее направленные документы.

В соответствии с п. 3 комментируемой статьи в случае положительного результата формальной экспертизы федеральный орган исполнительной власти обязан незамедлительно уведомить об этом заявителя.

По правилам п. 4 комментируемой статьи, если заявка на изобретение не соответствует установленным требованиям к документам заявки, федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности направляет заявителю запрос с предложением в течение двух месяцев со дня получения запроса представить исправленные или недостающие документы.

Непредставление в установленный срок запрашиваемых документов или ходатайства о продлении этого срока является основанием для признания заявки отозванной. Этот

срок может быть продлен указанным федеральным органом исполнительной власти, но не более чем на 10 месяцев.

Аналогичные сроки установлены и при нарушении заявителем принципа единства изобретения. Так, заявителю предоставлено право в течение двух месяцев со дня получения им уведомления сообщить, какое из заявленных изобретений должно рассматриваться, и при необходимости внести изменения в документы заявки.

Другие заявленные в этой заявке изобретения могут быть оформлены выделенными заявками. Если заявитель в установленный срок не сообщит, какое из заявленных изобретений необходимо рассматривать, и не представит в случае необходимости документы, рассматривается изобретение, указанное в формуле изобретения первым.

Статья 1385. Публикация сведений о заявке на изобретение

Комментарий к статье 1385

Комментируемая статья устанавливает порядок и сроки опубликования сведений о заявке.

Органом, который осуществляет опубликование, является Федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности. Источник опубликования - официальный бюллетень федерального органа исполнительной власти по интеллектуальной собственности. Сведения о заявке должны быть опубликованы по истечении 18 месяцев со дня подачи заявки на изобретение, прошедшей формальную экспертизу с положительным результатом. Состав публикуемых сведений определяется федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим нормативно-правовое регулирование в сфере интеллектуальной собственности.

Автору предоставлено право отказаться от того, чтобы быть упомянутым в качестве такового в публикуемых сведениях о заявке на изобретение.

Сроки опубликования сведений о заявке могут быть сокращены, и в этих целях необходимо, чтобы от заявителя поступило соответствующее ходатайство, которое должно быть подано до истечения 12 месяцев со дня подачи заявки на изобретение.

Публикация не производится, если до истечения 12 месяцев со дня подачи заявки на изобретение она была отозвана или признана отозванной либо на ее основании состоялась регистрация изобретения.

По правилам п. 2 комментируемой статьи опубликование заявки служит основанием для любых лиц требовать права ознакомиться с документами заявки, если заявка не отозвана и не признана отозванной на дату публикации сведений о ней. Порядок ознакомления с документами заявки и выдачи копий таких документов устанавливается федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим нормативно-правовое регулирование в сфере интеллектуальной собственности.

Статья 1386. Экспертиза заявки на изобретение по существу

Комментарий к статье 1386

Патенты на изобретения выдаются лишь при завершении экспертизы заявок по существу. По правилам комментируемой статьи любому заинтересованному лицу предоставлено право требовать проведения экспертизы изобретения по существу.

Данное право может быть реализовано при подаче заявки на изобретение или в течение трех лет со дня подачи этой заявки и при условии завершения формальной экспертизы этой заявки с положительным результатом. Срок подачи ходатайства о проведении экспертизы заявки на изобретение по существу может быть продлен федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности по

ходатайству заявителя, поданному до истечения этого срока, но не более чем на два месяца при условии представления вместе с ходатайством документа, подтверждающего уплату патентной пошлины.

Основанием для проведения экспертизы по существу является подача ходатайства.

О поступивших ходатайствах третьих лиц федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности уведомляет заявителя.

Если ходатайство о проведении экспертизы заявки на изобретение по существу не подано в установленный срок, заявка признается отозванной.

Пункт 2 комментируемой статьи определяет содержание экспертизы заявки на изобретение по существу:

информационный поиск заявленного изобретения для определения уровня техники, по сравнению с которым будет проводиться оценка новизны и изобретательского уровня изобретения;

проверка соответствия заявленного изобретения условиям патентоспособности, предусмотренным Кодексом (новизна, изобретательский уровень и промышленная применимость).

Названный информационный поиск не проводится в отношении следующих объектов:

способов клонирования человека;

способов модификации генетической целостности клеток зародышевой линии человека;

использования человеческих эмбрионов в промышленных и коммерческих целях;

иных решений, противоречащих общественным интересам, принципам гуманности и морали;

открытий;

научных теорий и математических методов;

решений, касающихся только внешнего вида изделий и направленных на удовлетворение эстетических потребностей;

правил и методов игр, интеллектуальной или хозяйственной деятельности;

программ для ЭВМ;

решений, заключающихся только в представлении информации;

сортов растений, пород животных и биологических способов их получения, за исключением микробиологических способов и продуктов, полученных такими способами;

топологий интегральных микросхем.

Федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности уведомляет об этом заявителя до истечения шести месяцев со дня начала экспертизы заявки на изобретение по существу.

Порядок проведения информационного поиска и представления отчета о нем устанавливается федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим нормативно-правовое регулирование в сфере интеллектуальной собственности.

В пункте 3 комментируемой статьи установлена обязанность федерального органа исполнительной власти направить заявителю отчет об информационном поиске. Отчет направляется по истечении шести месяцев со дня начала экспертизы заявки на изобретение по существу, если по такой заявке не испрашивается приоритет более ранний, чем дата подачи заявки, и если ходатайство о проведении экспертизы заявки на изобретение по существу подано одновременно с заявкой.

Срок направления заявителю отчета об информационном поиске может быть продлен, если выявлена необходимость запроса в других организациях источника информации, отсутствующего в фондах указанного федерального органа, или заявленное изобретение охарактеризовано таким образом, что это делает невозможным проведение информационного поиска в установленном порядке. О продлении срока направления отчета об информационном поиске и о причинах его продления заявитель уведомляется.

В соответствии с п. 4 комментируемой статьи заявитель и третьи лица вправе ходатайствовать о проведении по заявке на изобретение, прошедшей формальную экспертизу с положительным результатом, информационного поиска для определения уровня техники, по сравнению с которым будет оцениваться новизна и изобретательский уровень заявленного изобретения.

Комментируемый пункт предоставляет федеральному органу исполнительной власти по интеллектуальной собственности право запросить у заявителя дополнительные материалы (в том числе измененную формулу изобретения), без которых проведение экспертизы невозможно.

Срок для предоставления запрашиваемых дополнительных материалов - два месяца со дня получения заявителем запроса или копий материалов, противопоставленных заявке при условии, что заявитель запросил указанные копии в течение месяца со дня получения им запроса федерального органа. Если заявитель в установленный срок не представит запрашиваемые материалы или не подаст ходатайство о продлении этого срока, заявка признается отозванной. Срок, установленный для представления заявителем запрашиваемых материалов, может быть продлен указанным федеральным органом не более чем на десять месяцев.

Статья 1387. Решение о выдаче патента на изобретение или об отказе в его выдаче

Комментарий к статье 1387

Комментируемая статья определяет основания для принятия решения о выдаче патента на изобретение.

В соответствии с п. 1 комментируемой статьи основанием для выдачи патента является соответствие его следующему требованию: если заявленное изобретение, выраженное формулой, предложенной заявителем, соответствует условиям патентоспособности, а именно новизне, наличию изобретательского уровня и промышленной применимости.

В принимаемом решении указывается дата приоритета изобретения.

Если не подтвердится, что названное выше требование выполнено, то федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности принимает решение об отказе в выдаче патента.

Промежуточным этапом перед принятием решения о выдаче патента или об отказе в его выдаче является направление федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности заявителю уведомления о результатах проверки патентоспособности заявленного изобретения с предложением представить свои доводы в пользу приведенных в уведомлении мотивов. Доводы заявителя учитываются при принятии решения, если они представлены в течение шести месяцев со дня получения им уведомления.

В соответствии с п. 3 комментируемой статьи федеральный орган исполнительной власти после рассмотрения заявки по существу может вынести следующие решения:

- об отказе в выдаче патента на изобретение;
- о выдаче патента на изобретение;
- о признании заявки на изобретение отозванной.

Все перечисленные решения могут быть оспорены заявителем путем подачи возражения в палату по патентным спорам в течение шести месяцев со дня получения им решения или запрошенных у указанного федерального органа копий материалов, противопоставленных заявке и названных в решении об отказе в выдаче патента, при условии, что заявитель запросил копии этих материалов в течение двух месяцев со дня получения решения, принятого по заявке на изобретение.

Статья 1388. Право заявителя знакомиться с патентными материалами

Комментарий к статье 1388

В соответствии с настоящей статьей заявителю предоставляется право знакомиться со всеми материалами, относящимися к его заявке, включая саму заявку, переписку с федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности, а также иные материалы, на которые сделана ссылка в запросах, отчетах, решениях, уведомлениях или иных документах, полученных заявителем из федерального органа исполнительной власти по интеллектуальной собственности.

Не очень понятна логика законодателя, установившего существенное ограничение действия комментируемой нормы по сравнению с соответствующими предписаниями законодательства, действовавшего до введения Кодекса в силу, - указанное право ознакомления с патентными документами применимо только к патентованию изобретений.

Заявитель может знакомиться с указанными материалами как непосредственно, согласовав предварительно дату и время ознакомления, так и путем запроса копий заявки, указанных материалов или их частей. Копии патентных документов, запрашиваемых заявителем в федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности, направляются ему в течение одного месяца со дня получения запроса указанным федеральным органом.

Право знакомиться с патентными материалами и запрашивать их копии может реализовывать также уполномоченный представитель заявителя.

Статья 1389. Восстановление пропущенных сроков, связанных с проведением экспертизы заявки на изобретение

Комментарий к статье 1389

В комментируемой статье говорится о возможности восстановления пропущенных сроков, установленных Гражданским кодексом.

При этом могут быть восстановлены как основной, так и дополнительные сроки.

К таким срокам, в частности, относятся сроки представления документов или дополнительных материалов по запросу федерального органа исполнительной власти по интеллектуальной собственности, подачи ходатайства о проведении экспертизы заявки на изобретение по существу и подачи возражения в палату по патентным спорам.

Основанием для восстановления сроков служат доказательства уважительности причин, по которым не был соблюден срок, и документ, подтверждающий уплату патентной пошлины.

По правилам, установленным в п. 2 комментируемой статьи, ходатайство о восстановлении пропущенного срока может быть подано заявителем в течение двенадцати месяцев со дня истечения установленного срока. Ходатайство подается в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности одновременно:

с документами или дополнительными материалами, для представления которых необходимо восстановление срока, либо с ходатайством о продлении срока представления этих документов или материалов;

с ходатайством о проведении экспертизы заявки на изобретение по существу;

с возражением, представленным в палату по патентным спорам.

Статья 1390. Экспертиза заявки на полезную модель

Комментарий к статье 1390

Статья устанавливает цели проведения экспертизы заявки на полезную модель, указывает на решения, принимаемые федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности в зависимости от тех или иных результатов экспертизы. Статьей предусмотрено, что к проведению указанной экспертизы применяются положения, установленные п. п. 2, 4 и 5 ст. 1384, п. п. 2 и 3 ст. 1387, ст. ст. 1388 и 1389 ГК РФ. Подзаконный акт, развивающий положения данной статьи и более подробно регламентирующий порядок экспертизы заявки на полезную модель, приводящий Приказ Федеральной службы по интеллектуальной собственности, патентам и товарным знакам от 31 марта 2004 г. N 43 "Об утверждении Рекомендаций по вопросам экспертизы заявок на изобретения и полезные модели" (с изменениями от 11 октября 2005 г.) в соответствии с Гражданским кодексом, не издан.

Статья 1391. Экспертиза заявки на промышленный образец

Комментарий к статье 1391

1. По заявке на промышленный образец проводится два вида экспертиз - формальная и по существу.

В ходе формальной экспертизы проверяется, все ли документы, входящие в состав заявки, поданы и соответствуют ли они требованиям, предъявляемым к документам заявки, которые должны быть установлены в административном регламенте федерального органа исполнительной власти, осуществляющего нормативно-правовое регулирование в сфере интеллектуальной деятельности. О положительном результате формальной экспертизы федеральный орган сообщает заявителю. После проведения формальной экспертизы, в отличие от формальной экспертизы изобретения, не проводится публикация заявок, а также не требуется подачи ходатайства о рассмотрении заявки по существу. При проведении экспертизы по существу проверяется, соответствует ли художественно-конструкторское решение изделия требованиям новизны и оригинальности.

2. К проведению экспертизы по промышленному образцу применяются положения о дополнительных материалах по заявке на изобретение, о последствиях несоответствия заявки требованиям, предъявляемым к документам заявки, о последствиях нарушения требования единства изобретения (п. п. 2 - 5 ст. 1384 ГК РФ), о праве федерального органа исполнительной власти по интеллектуальной собственности запрашивать дополнительные материалы и порядке их предоставления (п. 5 ст. 1386 ГК РФ), о том, какие решения федерального органа исполнительной власти по интеллектуальной собственности, связанные с проведением экспертизы, могут быть оспорены в Палате по патентным спорам, в какие сроки и при соблюдении каких условий (п. 3 ст. 1387 ГК РФ), о праве заявителя знакомиться с патентными материалами (ст. 1388 ГК РФ), о восстановлении пропущенных сроков, связанных с проведением экспертизы заявки на изобретение (ст. 1389 ГК РФ).

Статья 1392. Временная правовая охрана изобретения

Комментарий к статье 1392

Комментируемый пункт установил общее правило о введении временной охраны. Подача заявки является основанием для предоставления временной правовой охраны изобретению. Временная правовая охрана предоставляется в объеме опубликованной формулы изобретения со дня подачи заявки до даты выдачи патента. Однако объем опубликованной формулы не должен превышать объема, установленного в решении о выдаче патента на изобретение.

Суть временной правовой охраны состоит в том, что любое физическое или юридическое лицо имеет право использовать заявленное изобретение с даты публикации сведений о заявке до даты публикации сведений о выдаче патента. При этом он должен уплатить патентообладателю после получения патента на изобретение денежную компенсацию, размер которой определяется соглашением сторон. Соглашение о выплате денежной компенсации должно заключаться по форме, сходной с лицензионным соглашением. Но это не будет лицензионное соглашение в собственном смысле этого слова, поскольку, во-первых, заявитель еще не имеет исключительного права на использование изобретения и, во-вторых, такое соглашение не должно регистрироваться в федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности. В соглашении должно быть оговорено, что компенсация будет выплачиваться только после получения патента, как об этом сказано в комментируемой статье.

Если соглашение не достигнуто, спор разрешается судом.

Установленные в комментируемой статье правила временного предоставления правовой охраны применяются только в случае, если поданная заявка будет принята к рассмотрению или по ней не будет принято решение об отказе в выдаче патента.

В пункте 2 комментируемой статьи установлено правило, согласно которому временная правовая охрана считается ненаступившей, если заявка на изобретение была отозвана, признана отозванной, принято решение об отказе в выдаче патента и отсутствует возможность его пересмотра, предусмотренная Гражданским кодексом.

4. Регистрация изобретения, полезной модели, промышленного образца и выдача патента

Статья 1393. Порядок государственной регистрации изобретения, полезной модели, промышленного образца и выдача патента

Комментарий к статье 1393

Государственная регистрация изобретения, полезной модели и промышленного образца осуществляется на основании решения о выдаче патента путем внесения федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности в государственный реестр и выдачи патента.

Для каждого вида объектов патентных прав ведется отдельный государственный реестр: Государственный реестр изобретений, Государственный реестр полезных моделей и Государственный реестр промышленных образцов Российской Федерации.

Неотъемлемым условием государственной регистрации объекта промышленной собственности является уплата патентной пошлины, установленной законодательством о налогах и сборах. Если заявитель не представил документ, который подтверждает уплату патентной пошлины, регистрация и выдача патента не проводятся, а поданная данным лицом заявка считается отозванной.

Если заявка на получение патента подана несколькими лицами, им выдается один патент.

Статья 1394. Публикация сведений о выдаче патента на изобретение, полезную модель, промышленный образец

Комментарий к статье 1394

1. Сведения о выдаче патента в составе, определяемом федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим нормативно-правовое регулирование в сфере

интеллектуальной собственности, публикуются федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности в официальном бюллетене.

Общая норма, установленная комментируемой статьей, предусматривает необходимость опубликования следующей информации о выданном патенте на изобретение, полезную модель или промышленный образец:

имя автора (если он не отказался быть упомянутым в качестве такового);

имя (наименование) патентообладателя;

применительно к изобретению и полезной модели - их названия и формулу, применительно к промышленному образцу - перечень его существенных признаков и изображение.

2. Документы заявки на изобретение, полезную модель или промышленный образец и отчет об информационном поиске признаются общедоступной информацией после публикации сведений о выдаче патента. Это означает, что с ними вправе знакомиться любые лица. Ознакомление проводится в соответствии с порядком, установленным федеральным органом исполнительной власти, функцией которого является нормативно-правовое регулирование в сфере интеллектуальной собственности.

Статья 1395. Патентование изобретений или полезных моделей в иностранных государствах и в международных организациях

Комментарий к статье 1395

Статья предусматривает порядок патентования объектов промышленной собственности, созданных на территории Российской Федерации, за рубежом, а также в международных организациях. Оно может осуществляться как с предварительной подачей заявки в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности в качестве неотъемлемого условия такого патентования (в соответствии с п. 1), так и без такового - в силу международных соглашений, участницей которых является Российская Федерация, в порядке, предусмотренном в п. 2 комментируемой статьи, указанными международными соглашениями и подзаконными актами.

Статья 1396. Международные и евразийские заявки, имеющие силу заявок, предусмотренных настоящим Кодексом

Комментарий к статье 1396

1. Изобретения и полезные модели могут патентоваться по процедуре PCT, т.е. в соответствии с Договором о патентной кооперации (Patent Cooperation Treaty). Этим договором предусматриваются две фазы рассмотрения международных заявок - международная и национальная. Выдача патента осуществляется на национальной фазе. Согласно ст. 11 (3) Договора дата международной подачи международной заявки, содержащей указание Российской Федерации, считается датой подачи заявки. Рассмотрение международной заявки на национальной фазе начинается по истечении 31 месяца с даты испрашиваемого в международной заявке приоритета. По просьбе заявителя рассмотрение международной заявки может начаться раньше, если подано ходатайство о более раннем начале рассмотрения, при представлении одного из следующих документов:

1) заявления о выдаче патента Российской Федерации по этой международной заявке, поданного на русском языке;

2) перевода на русский язык заявления о выдаче патента, содержащегося в международной заявке, поданной на другом языке;

3) заявления о выдаче патента на русском языке вместо представления перевода заявления.

Если ни один из указанных документов не представлен в течение 31 месяца с даты приоритета международной заявки, действие международной заявки в отношении Российской Федерации прекращается (ст. ст. 24 (1) и 39 Договора о патентной кооперации).

2. Согласно статье 15 (1) Евразийской патентной конвенции евразийская заявка может быть подана в Евразийское ведомство; для заявителей договаривающегося государства евразийская заявка подается через национальное патентное ведомство данного государства, если это предусмотрено законодательством последнего.

Национальное ведомство проверяет соответствие этой заявки требованиям, установленным Евразийской патентной конвенцией и Патентной инструкцией для экспертизы евразийской заявки по формальным признакам, и, если сочтет, что заявка соответствует указанным требованиям, пересылает ее в Евразийское ведомство для ведения дальнейшего делопроизводства.

Согласно п. 2 комментируемой статьи рассмотрение евразийской заявки на изобретение осуществляется начиная со дня, когда федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности получена от Евразийского патентного ведомства заверенная копия евразийской заявки.

3. Согласно п. 3 комментируемой статьи публикация на русском языке международной заявки Международным бюро Всемирной организации интеллектуальной собственности и публикация евразийской заявки Евразийским патентным ведомством заменяет национальную публикацию сведений о заявке, которая предусмотрена ст. 1385 ГК РФ.

Статья 1397. Евразийский патент и патент Российской Федерации на идентичные изобретения

Комментарий к статье 1397

В пункте 1 комментируемой статьи предусматривается, что если евразийский патент и патент Российской Федерации на идентичные изобретения или идентичные изобретения и полезную модель имеют одну и ту же дату приоритета и принадлежат разным лицам, то объекты патентного права могут быть использованы только с соблюдением прав всех правообладателей. Таким образом, исключительные права на идентичные объекты патентного права могут принадлежать разным лицам, одно исключительное право основывается на евразийском патенте, другое - на национальном патенте.

В пункте 2 комментируемой статьи устанавливаются правовые последствия принадлежности одному лицу евразийского патента и патента Российской Федерации на идентичные изобретения или изобретения и полезную модель, имеющие одну дату приоритета. Законодатель предусматривает, что в этом случае патентообладатель может предоставлять третьим лицам возможность использования объекта патентного права путем заключения лицензионных договоров. Если патентообладатель уступит один патент третьему лицу, то возникнет ситуация, предусмотренная в п. 1 комментируемой статьи, и, следовательно, использование данных объектов патентного права можно осуществлять только в соответствии с требованиями п. 1 ст. 1397 ГК РФ.

§ 6. Прекращение и восстановление действия патента

Статья 1398. Признание недействительным патента на изобретение, полезную модель или промышленный образец

Комментарий к статье 1398

1. Пункт 1 перечисляет исчерпывающий перечень случаев (всего их установлено четыре), при которых патент на изобретение, полезную модель или промышленный образец может быть признан недействительным полностью или частично.

Патент признается недействительным в результате оспаривания выдачи патента, которое может осуществляться любым лицом путем обращения:

в палату по патентным спорам с возражениями, если лицу стало известно о нарушениях, указанных в подп. 1 - 3 п. 1 комментируемой статьи;

в суд с соответствующим заявлением, если лицо узнало о нарушении, предусмотренном подп. 4 п. 1.

2. Патент признается недействительным (полностью или частично) по решению палаты по патентным спорам либо решению суда, вступившему в законную силу.

В случае признания патента недействительным полностью он аннулируется со дня подачи заявки на патент, при признании его недействительным частично - выдается новый патент.

3. Последствием признания недействительным патента является прекращение лицензионных договоров, которые были заключены на основе патента. В соответствии с п. 4 такие договоры сохраняют свое действие лишь в той мере, в какой они были исполнены к моменту вынесения решения органа о недействительности патента.

Статья 1399. Досрочное прекращение действия патента на изобретение, полезную модель или промышленный образец

Комментарий к статье 1399

Статья предусматривает два основания досрочного прекращения действия патента на изобретение, полезную модель или промышленный образец: 1) заявления патентообладателя в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности (действие патента прекращается со дня поступления заявления); 2) неуплата патентной пошлины за поддержание патента в установленный срок (действие патента прекращается в день истечения установленного срока для уплаты патентной пошлины за поддержание патента в силе).

Статья 1400. Восстановление действия патента на изобретение, полезную модель или промышленный образец. Право послепользования

Комментарий к статье 1400

1. Пункт 1 предусматривает порядок восстановления действия патента, прекращенного по причине неуплаты в срок патентной пошлины за поддержание патента, федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности.

Основанием для восстановления является ходатайство патентообладателя, которое может быть подано в указанный федеральный орган в течение трех лет со дня истечения срока уплаты патентной пошлины, но не позднее истечения предусмотренного Гражданским кодексом срока действия патента.

Лицо, обратившееся с ходатайством о восстановлении действия патента, обязано приложить к нему документ, свидетельствующий об уплате пошлины за восстановление действия патента.

2. Информация о восстановлении действия патента публикуется в официальном бюллетене федерального органа исполнительной власти по интеллектуальной собственности.

3. Пунктом 3 установлено особое право, именуемое правом послепользования. Обладателем этого права может стать лицо, которое начало использовать объект патентных прав либо сделало необходимые приготовления к этому в период между датой прекращения действия патента на данный объект и датой публикации в официальном бюллетене сведений о его восстановлении. Такое лицо сохраняет право на дальнейшее безвозмездное использование указанного объекта патентных прав без расширения объема такого использования.

§ 7. Особенности правовой охраны и использования секретных изобретений

Статья 1401. Подача и рассмотрение заявки на выдачу патента на секретное изобретение

Комментарий к статье 1401

В комментируемой статье говорится о процедуре оформления патента на секретные изобретения. По установленным правилам при рассмотрении заявки должно применяться законодательство о государственной тайне.

Законодательство о государственной тайне состоит в первую очередь из Закона РФ от 21 июля 1993 г. N 5485-1 (ред. от 22 августа 2004 г.) "О государственной тайне". В соответствии со ст. 2 данного Закона под государственной тайной понимаются защищаемые государством сведения в области его военной, внешнеполитической, экономической, разведывательной, контрразведывательной и оперативно-розыскной деятельности, распространение которых может нанести ущерб безопасности Российской Федерации.

В соответствии со ст. 5 Закона РФ "О государственной тайне" государственную тайну составляют:

а) сведения в военной области:

о содержании стратегических и оперативных планов, документов боевого управления по подготовке и проведению операций, стратегическому, оперативному и мобилизационному развертыванию Вооруженных Сил Российской Федерации, других войск, воинских формирований и органов, предусмотренных Федеральным законом от 31 мая 1996 г. N 61-ФЗ "Об обороне", об их боевой и мобилизационной готовности, о создании и об использовании мобилизационных ресурсов;

о планах строительства Вооруженных Сил и других войск Российской Федерации, о направлениях развития вооружения и военной техники, о содержании и результатах выполнения целевых программ, научно-исследовательских и опытно-конструкторских работ по созданию и модернизации образцов вооружения и военной техники;

о разработке, технологии, производстве, об объемах производства, о хранении, об утилизации ядерных боеприпасов, их составных частей, делящихся ядерных материалов, используемых в ядерных боеприпасах, о технических средствах и (или) методах защиты ядерных боеприпасов от несанкционированного применения, а также о ядерных энергетических и специальных физических установках оборонного значения;

о тактико-технических характеристиках и возможностях боевого применения образцов вооружения и военной техники, о свойствах, рецептурах или технологиях производства новых видов ракетного топлива или взрывчатых веществ военного назначения;

о дислокации, назначении, степени готовности, защищенности режимных и особо важных объектов, об их проектировании, строительстве и эксплуатации, а также об отводе земель, недр и акваторий для этих объектов;

о дислокации, действительных наименованиях, об организационной структуре, о вооружении, численности войск и состоянии их боевого обеспечения, а также о военно-политической и (или) оперативной обстановке;

б) сведения в области экономики, науки и техники:

о содержании планов подготовки Российской Федерации и ее отдельных регионов к возможным военным действиям, о мобилизационных мощностях промышленности по изготовлению и ремонту вооружения и военной техники, об объемах производства, поставок, о запасах стратегических видов сырья и материалов, а также о размещении, фактических размерах и об использовании государственных материальных резервов;

об использовании инфраструктуры Российской Федерации в целях обеспечения обороноспособности и безопасности государства;

о силах и средствах гражданской обороны, о дислокации, предназначении и степени защищенности объектов административного управления, о степени обеспечения безопасности населения, функционировании транспорта и связи в Российской Федерации в целях обеспечения безопасности государства;

об объемах, о планах (заданиях) государственного оборонного заказа, о выпуске и поставках (в денежном или натуральном выражении) вооружения, военной техники и другой оборонной продукции, о наличии и наращивании мощностей по их выпуску, о связях предприятий по кооперации, о разработчиках или об изготовителях указанных вооружения, военной техники и другой оборонной продукции;

о достижениях науки и техники, о научно-исследовательских, об опытно-конструкторских, о проектных работах и технологиях, имеющих большое оборонное или экономическое значение, влияющих на безопасность государства;

о запасах платины, металлов платиновой группы, природных алмазов в Государственном фонде драгоценных металлов и драгоценных камней Российской Федерации, Центральном банке Российской Федерации, а также об объемах запасов в недрах, добычи, производства и потребления стратегических видов полезных ископаемых Российской Федерации (по списку, определяемому Правительством Российской Федерации);

в) сведения в области внешней политики и экономики:

о внешнеполитической, внешнеэкономической деятельности Российской Федерации, преждевременное распространение которых может нанести ущерб безопасности государства;

о финансовой политике в отношении иностранных государств (за исключением обобщенных показателей по внешней задолженности), а также о финансовой или денежно-кредитной деятельности, преждевременное распространение которых может нанести ущерб безопасности государства;

г) сведения в области разведывательной, контрразведывательной и оперативно-розыскной деятельности:

о силах, средствах, об источниках, о методах, планах и результатах разведывательной, контрразведывательной и оперативно-розыскной деятельности, а также данные о финансировании этой деятельности, если эти данные раскрывают перечисленные сведения;

о лицах, сотрудничающих или сотрудничавших на конфиденциальной основе с органами, осуществляющими разведывательную, контрразведывательную и оперативно-розыскную деятельность;

об организации, о силах, средствах и методах обеспечения безопасности объектов государственной охраны, а также данные о финансировании этой деятельности, если эти данные раскрывают перечисленные сведения;

о системе президентской, правительственной, шифрованной, в том числе кодированной и засекреченной, связи, о шифрах, разработке, об изготовлении шифров и обеспечении ими, о методах и средствах анализа шифровальных средств и средств

специальной защиты, об информационно-аналитических системах специального назначения;

о методах и средствах защиты секретной информации;

об организации и о фактическом состоянии защиты государственной тайны;

о защите Государственной границы, исключительной экономической зоны и континентального шельфа Российской Федерации;

о расходах федерального бюджета, связанных с обеспечением обороны, безопасности государства и правоохранительной деятельности в Российской Федерации;

о подготовке кадров, раскрывающие мероприятия, проводимые в целях обеспечения безопасности государства.

В соответствии с п. 2 комментируемой статьи в зависимости от степени секретности секретные изобретения подразделяются на изобретения "особой важности", на изобретения, на которые распространяется гриф "совершенно секретно", и на изобретения, для которых установлена степень секретности "секретно". К последним относятся изобретения, касающиеся средств вооружения и военной техники, а также средств и методов в области разведывательной, контрразведывательной и оперативно-розыскной деятельности.

К органам, уполномоченным рассматривать заявки на вышеназванные секретные изобретения, отнесены в зависимости от их тематической принадлежности уполномоченные Правительством Российской Федерации федеральные органы исполнительной власти (уполномоченные органы). Заявки на иные секретные изобретения подаются в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности.

В пункте 3 комментируемой статьи предусмотрены правила, которыми необходимо руководствоваться, если при рассмотрении федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности будет установлено, что содержащиеся в ней сведения составляют государственную тайну.

В этом случае заявка подвергается специальной процедуре засекречивания, порядок которой установлен законодательством о государственной тайне, и считается заявкой на секретное изобретение.

Общие принципы отнесения сведений к государственной тайне и их засекречивания установлены в ст. 6 Закона "О государственной тайне". Согласно указанной статье под отнесением сведений к государственной тайне и их засекречиванием понимается введение для сведений, составляющих государственную тайну, ограничений на их распространение и на доступ к их носителям.

Отнесение сведений к государственной тайне и их засекречивание осуществляются в соответствии с принципами законности, обоснованности и своевременности.

Законность отнесения сведений к государственной тайне и их засекречивания заключается в соответствии засекречиваемых сведений положениям ст. ст. 5 и 7 Закона РФ "О государственной тайне" и законодательству Российской Федерации о государственной тайне.

Обоснованность отнесения сведений к государственной тайне и их засекречивания заключается в установлении путем экспертной оценки целесообразности засекречивания конкретных сведений, вероятных экономических и иных последствий этого акта исходя из баланса жизненно важных интересов государства, общества и граждан.

Своевременность отнесения сведений к государственной тайне и их засекречивания заключается в установлении ограничений на распространение этих сведений с момента их получения (разработки) или заблаговременно.

В статье 7 Закона РФ "О государственной тайне" установлен перечень сведений, которые не подлежат отнесению к государственной тайне и засекречиванию. К ним, в частности, относятся сведения:

о чрезвычайных происшествиях и катастрофах, угрожающих безопасности и здоровью граждан, и их последствиях, а также о стихийных бедствиях, их официальных прогнозах и последствиях;

о состоянии экологии, здравоохранения, санитарии, демографии, образования, культуры, сельского хозяйства, а также о состоянии преступности;

о привилегиях, компенсациях и льготах, предоставляемых государством гражданам, должностным лицам, предприятиям, учреждениям и организациям;

о фактах нарушения прав и свобод человека и гражданина;

о размерах золотого запаса и государственных валютных резервах Российской Федерации;

о состоянии здоровья высших должностных лиц Российской Федерации;

о фактах нарушения законности органами государственной власти и их должностными лицами.

Комментируемый пункт содержит императивную норму о том, что засекречивание заявки, поданной иностранными гражданами или иностранными юридическими лицами, не допускается.

Под гражданами Российской Федерации в соответствии с Федеральным законом от 31 мая 2002 г. N 62-ФЗ "О гражданстве Российской Федерации" понимаются лица, имеющие гражданство Российской Федерации на день вступления в силу указанного Закона либо которые приобрели его в соответствии с ним. Согласно ст. 3 данного Закона иностранным гражданином признается лицо, не являющееся гражданином Российского государства и имеющее гражданство (подданство) иностранного государства, а лицами без гражданства - лица, не являющиеся гражданами Российской Федерации и не имеющие доказательства наличия гражданства иностранного государства.

Иностранными юридическими лицами признаются юридические лица, которые были учреждены за пределами Российской Федерации.

В пункте 4 комментируемой статьи предусмотрено, что процедура рассмотрения заявки на секретные изобретения осуществляется по общим правилам, предусмотренным ст. ст. 1384, 1386 - 1389 ГК РФ. Единственное отличие от общего порядка заключается в том, что в этом случае не публикуются сведения о заявке.

Поскольку условием патентоспособности секретного изобретения, как и любого другого изобретения, является новизна, то при определении уровня техники учитываются не только секретные изобретения, ранее запатентованные в Российской Федерации, но и секретные изобретения, на которые в период существования СССР выдавались не патенты, а авторские свидетельства. При этом степень секретности таких изобретений должна быть не выше, чем степень секретности изобретений, новизна которых устанавливается.

Правилами, закрепленными в п. 6 комментируемой статьи, предусмотрен поэтапный порядок обжалования решения, принятого по заявке на секретное изобретение. На первом этапе подается возражение на решение, принятое по заявке на секретное изобретение, на втором - обжалование решения по поданному возражению в суд.

В пункте 7 комментируемой статьи содержится императивное правило о том, что не допускается преобразование заявки на секретное изобретение в заявку на полезную модель.

Статья 1402. Государственная регистрация секретного изобретения и выдача патента на него. Распространение сведений о секретном изобретении

Комментарий к статье 1402

По правилам п. 1 комментируемой статьи для секретных изобретений, как и для всех изобретений, установлена обязательная процедура государственной регистрации.

В зависимости от вида секретного изобретения различаются и государственные органы власти, уполномоченные на совершение регистрационных действий.

Так, государственная регистрация секретного изобретения в Государственном реестре изобретений Российской Федерации и выдача патента на секретное изобретение осуществляются федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности или, если решение о выдаче патента на секретное изобретение принято уполномоченным органом, этим органом.

Уполномоченный орган, зарегистрировавший секретное изобретение и выдавший на него патент, уведомляет об этом федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности.

На этот же уполномоченный орган возложены функции по внесению изменений, связанных с исправлением очевидных и технических ошибок, в патент на секретное изобретение и (или) Государственный реестр изобретений Российской Федерации.

В пункте 2 комментируемой статьи установлено общее правило, согласно которому сведения, касающиеся заявок и патентов на секретные изобретения, а также относящиеся к секретным изобретениям изменений в реестрах, не публикуются. Любая передача информации о них должна осуществляться в соответствии с законодательством о государственной тайне.

Статья 1403. Изменение степени секретности и рассекречивание изобретений

Комментарий к статье 1403

По правилам, установленным п. 1 комментируемой статьи, изменение степени секретности и рассекречивание изобретений, а также изменение и снятие грифов секретности с документов заявки и с патента на секретное изобретение осуществляются в порядке, установленном законодательством о государственной тайне.

В соответствии со ст. 8 Закона РФ "О государственной тайне" степень секретности сведений, составляющих государственную тайну, должна соответствовать степени тяжести ущерба, который может быть нанесен безопасности Российской Федерации распространением указанных сведений.

Устанавливаются три степени секретности сведений, составляющих государственную тайну, и соответствующие этим степеням грифы секретности для носителей указанных сведений: "особой важности", "совершенно секретно" и "секретно".

Степень секретности изобретения под влиянием различных обстоятельств может измениться либо само изобретение может быть признано несекретным. В таких случаях в порядке, установленном законодательством о государственной тайне, должна быть изменена степень секретности, сняты грифы секретности с документов заявки либо рассекречены изобретения. Пункт 2 комментируемой статьи регулирует ситуации, когда произошло повышение или понижение степени секретности.

При повышении степени секретности изобретения федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности передает документы заявки на секретное изобретение в зависимости от их тематической принадлежности в соответствующий уполномоченный орган. Дальнейшее рассмотрение заявки, не завершённое указанным федеральным органом к моменту повышения степени секретности, осуществляется уполномоченным органом.

При понижении степени секретности изобретения дальнейшее рассмотрение заявки на секретное изобретение осуществляется тем же уполномоченным органом, который до этого рассматривал заявку.

Пункт 3 комментируемой статьи регулирует ситуации, когда происходит рассекречивание изобретения.

Согласно ст. 13 Закона РФ "О государственной тайне", под рассекречиванием сведений понимается снятие ранее введенных в предусмотренном данным Законом порядке ограничений на распространение сведений, составляющих государственную тайну, и на доступ к их носителям.

Основаниями для рассекречивания сведений являются:

взятие на себя Российской Федерацией международных обязательств по открытому обмену сведениями, составляющими в Российской Федерации государственную тайну;

изменение объективных обстоятельств, вследствие которого дальнейшая защита сведений, составляющих государственную тайну, нецелесообразна.

При рассекречивании изобретения уполномоченный орган передает имеющиеся у него рассекреченные документы заявки на изобретение в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности. Дальнейшее рассмотрение заявки, не завершённое к моменту рассекречивания уполномоченным органом, осуществляется указанным федеральным органом.

Статья 1404. Признание недействительным патента на секретное изобретение

Комментарий к статье 1404

Как и на любое другое изобретение, патент на секретное изобретение может быть признан недействительным по основаниям, предусмотренным в подп. 1 - 3 п. 1 ст. 1398 ГК РФ.

В данной статье говорится о признании патента недействительным в случаях:

1) несоответствия изобретения, полезной модели или промышленного образца условиям патентоспособности, установленным Кодексом;

2) наличия в формуле изобретения или полезной модели либо в перечне существенных признаков промышленного образца, которые содержатся в решении о выдаче патента, признаков, отсутствовавших на дату подачи заявки в описании изобретения или полезной модели и в формуле изобретения или полезной модели (если заявка на изобретение или полезную модель на дату ее подачи содержала такую формулу) либо на изображениях изделия;

3) выдачи патента при наличии нескольких заявок на идентичные изобретения, полезные модели или промышленные образцы, имеющих одну и ту же дату приоритета, с нарушением условий, предусмотренных ст. 1383 ГК РФ.

По правилам комментируемой статьи первоначально возражение подается в уполномоченный орган и рассматривается в установленном им порядке. Решение уполномоченного органа, принятое по возражению, утверждается руководителем этого органа, вступает в силу со дня его утверждения и может быть оспорено в суде.

Статья 1405. Исключительное право на секретное изобретение

Комментарий к статье 1405

Комментируемая статья устанавливает порядок осуществления исключительных прав на секретное изобретение.

По общему правилу использование секретного изобретения и распоряжение исключительным правом на него осуществляются с соблюдением законодательства о государственной тайне.

При использовании секретного изобретения необходимо учитывать, что взаимная передача сведений, составляющих государственную тайну, осуществляется органами государственной власти, предприятиями, учреждениями и организациями, не состоящими

в отношениях подчиненности и не выполняющими совместных работ, с санкции органа государственной власти, в распоряжении которого находятся эти сведения.

Органы государственной власти, предприятия, учреждения и организации, запрашивающие сведения, составляющие государственную тайну, обязаны создать условия, обеспечивающие защиту этих сведений. Их руководители несут персональную ответственность за несоблюдение установленных ограничений на ознакомление со сведениями, составляющими государственную тайну.

Согласно ст. 17 Закона РФ "О государственной тайне" передача сведений, составляющих государственную тайну, предприятиям, учреждениям, организациям или гражданам в связи с выполнением совместных и других работ осуществляется заказчиком этих работ с разрешения органа государственной власти, в распоряжении которого находятся сведения, и только в объеме, необходимом для выполнения этих работ. При этом до передачи сведений, составляющих государственную тайну, заказчик обязан убедиться в наличии у предприятия, учреждения или организации лицензии на проведение работ с использованием сведений той или иной степени секретности, а у граждан - соответствующего допуска.

В соответствии с п. 2 комментируемой статьи установлена обязательная форма заключаемым договорам об использовании секретного изобретения. Договор об отчуждении патента, а также лицензионный договор об использовании секретного изобретения подлежат регистрации в органе, выдавшем патент на секретное изобретение, или его правопреемнике, а при отсутствии правопреемника - в федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности.

По правилам п. 3 комментируемой статьи в отношении секретного изобретения не допускаются публичное предложение заключить договор об отчуждении патента и заявление об открытой лицензии.

В соответствии с п. 4 комментируемой статьи принудительная лицензия в отношении секретного изобретения не предоставляется.

В пункте 5 комментируемой статьи установлены случаи, которые не признаются нарушением исключительного права обладателя патента на секретное изобретение. К ним относятся:

действия, предусмотренные ст. 1359 ГК РФ (например, проведение научного исследования продукта или способа, в которых использованы изобретение или полезная модель, либо научного исследования изделия, в котором использован промышленный образец, либо проведение эксперимента над таким продуктом, способом или изделием);

использование секретного изобретения лицом, которое не знало и не могло на законных основаниях знать о наличии патента на данное изобретение. После рассекретивания изобретения или уведомления указанного лица патентообладателем о наличии патента на данное изобретение это лицо должно прекратить использование изобретения или заключить с патентообладателем лицензионный договор, кроме случая, когда имело место право преждепользования.

В пункте 6 комментируемой статьи урегулированы случаи, когда патентообладатель является должником по исполнительному документу, что в настоящее время не редкость. Например, если должником по исполнительному документу стало лицо, которому принадлежат исключительные права на секретное изобретение, то обращение взыскания на исключительное право на секретное изобретение не допускается.

§ 8. Защита прав авторов и патентообладателей

Статья 1406. Споры, связанные с защитой патентных прав

Комментарий к статье 1406

Комментируемая статья определяет орган, который уполномочен рассматривать споры, связанные с защитой патентных прав, а также устанавливает перечень споров, которые по смыслу комментируемой статьи признаются патентными.

К патентным относятся, в частности, споры:

об авторстве изобретения, полезной модели, промышленного образца;

об установлении патентообладателя;

о нарушении исключительного права на изобретение, полезную модель, промышленный образец;

о заключении, исполнении, изменении и прекращении договоров о передаче исключительного права (отчуждении патента) и лицензионных договоров об использовании изобретения, полезной модели, промышленного образца;

о праве преждепользования;

о праве послепользования;

о размере, сроке и порядке выплаты вознаграждения автору изобретения, полезной модели, промышленного образца;

о размере, сроке и порядке выплаты компенсаций.

Перечисленные выше споры подлежат рассмотрению в судебном порядке. Данная форма защиты права и законных интересов авторов и иных правообладателей является одним из видов юрисдикционной защиты.

Правила обращения в суд за защитой прав и законных интересов устанавливаются соответственно Арбитражным процессуальным и Гражданским процессуальным кодексами Российской Федерации. В соответствии с данными нормативными актами определяются подведомственность рассмотрения споров о защите патентных прав и требования, предъявляемые к форме и порядку обращения в суд за защитой патентных прав.

В пункте 2 комментируемой статьи предусмотрен второй вид юрисдикционной защиты - административный порядок.

Защита прав в административном порядке осуществляется только в случаях, прямо указанных в законе. К таким случаям относится обжалование решения, например:

об отказе в выдаче патента на изобретение, о выдаче патента на изобретение или о признании заявки на изобретение отозванной (ст. 1387 ГК РФ);

об отказе в выдаче патента на полезную модель, о выдаче патента на полезную модель (ст. 1390 ГК РФ);

о выдаче патента на изобретение, полезную модель, промышленный образец недействительным (ст. 1398 ГК РФ).

Административный порядок защиты прав и законных интересов авторов и иных правообладателей осуществляется в соответствии с правилами ст. 1248 ГК РФ. Споры рассматриваются федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности и образуемой при нем палатой по патентным спорам.

Правила рассмотрения и разрешения споров устанавливаются федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности.

Статья 1407. Публикация решения суда о нарушении патента

Комментарий к статье 1407

В качестве одного из способов защиты нарушенных прав комментируемая статья рассматривает публикацию решения суда о неправомерном использовании изобретения, промышленного образца, полезной модели или об ином нарушении его прав.

В соответствии с правилами комментируемой статьи решение суда о неправомерном использовании изобретения, промышленного образца, полезной модели или ином

нарушении прав публикуется в официальном бюллетене федерального органа исполнительной власти.

К правилам опубликования решения суда применяются положения п. 1 ст. 1252 ГК РФ (см. комментарий к статье).

Требования об опубликовании решения суда предъявляются к нарушителю права.

Глава 73. ПРАВО НА СЕЛЕКЦИОННОЕ ДОСТИЖЕНИЕ

§ 1. Основные положения

Статья 1408. Права на селекционные достижения

Комментарий к статье 1408

Комментируемая статья, в отличие от Закона РФ от 6 августа 1993 г. N 5605-1 "О селекционных достижениях", раскрывает содержание прав на селекционные достижения. Права на селекционные достижения именуются в соответствии с нормами части четвертой Гражданского кодекса интеллектуальными и подразделяются на следующие группы.

Первую группу составляют исключительные права, вторую - право авторства. При этом исключительные права относятся к имущественным правам, а право авторства - к личным неимущественным правам.

В качестве самостоятельной группы интеллектуальных прав, которые не относятся ни к личным неимущественным, ни к имущественным правам (п. 1 комментируемой статьи), выделены такие права, как на получение патента, на наименование селекционного достижения, на вознаграждение за использование служебного селекционного достижения.

Статья 1409. Действие исключительного права на селекционные достижения на территории Российской Федерации

Комментарий к статье 1409

Комментируемая статья посвящена вопросам действия исключительного права на использование селекционного достижения.

Исключительное право признается только за тем селекционным достижением, которое удостоверяется патентом, выданным федеральным органом исполнительной власти по селекционным достижениям и имеющим силу на территории России в соответствии с международными договорами Российской Федерации.

В настоящее время существует только Международная конвенция от 2 декабря 1961 г. "По охране селекционных достижений", пересмотренная в Женеве 10 ноября 1972 г., 23 октября 1978 г. и 19 марта 1991 г.

Статья 1410. Автор селекционного достижения

Комментарий к статье 1410

В комментируемой статье раскрыто понятие автора селекционного достижения: в отличие от Закона РФ "О селекционных достижениях" автором признается гражданин, а не физическое лицо - подобное изменение трактовки вызвано соблюдением принципа единообразия, теперь терминология норм, регулирующих интеллектуальную деятельность, приведена в соответствие с общими положениями Гражданского кодекса.

Автором может быть любой гражданин независимо от возраста и дееспособности.

Автором может признаваться только гражданин. При этом законодатель ввел понятие "гражданин", что соответствует общим положениям Гражданского кодекса Российской Федерации. В частности, из ст. 2 ГК РФ следует, что участниками гражданских правоотношений являются граждане и юридические лица.

Автором признается только то лицо, чьим творческим трудом создано селекционное достижение.

Статья 1411. Соавторы селекционного достижения

Комментарий к статье 1411

В комментируемой статье урегулированы вопросы создания селекционных достижений творческим трудом нескольких лиц.

По общему правилу (п. 1) соавторами признаются все лица, чьим творческим трудом создано селекционное достижение. Соавторами признаются лица, создавшие селекционное достижение совместным трудом; если лицо принимало участие в создании селекционного достижения, однако результаты его труда не были включены в данное достижение, то он не вправе претендовать на соавторство.

Селекционное достижение признается созданным в соавторстве и тогда, когда оно образует неразрывное целое или когда оно состоит из частей, каждое из которых имеет самостоятельное значение.

Каждый автор обладает равными правами на селекционное достижение, и на его использование, и на защиту.

Статья 1412. Объекты интеллектуальных прав на селекционные достижения

Комментарий к статье 1412

Комментируемая статья определяет объекты интеллектуальных прав, которым предоставляется правовая охрана как селекционным достижениям.

Селекционные достижения по своей сути близки к изобретениям, вместе с тем в отличие от изобретений, где решение задач достигается техническими средствами, в области селекции задачи выведения новых сортов растений и пород животных решаются биологическими средствами.

Объектами интеллектуальных прав на селекционные достижения выступают сорта растений и породы животных. Объективной формой существования селекционных достижений, как следует из содержания комментируемой главы, являются семена и племенной материал.

Под сортом растений понимается группа растений, которая определяется по признакам, характеризующим данный генотип или комбинацию генотипов, и отличается от других групп растений того же ботанического таксона одним или несколькими признаками.

При этом следует учитывать следующее.

Генотип - это генетическая (наследственная) конституция организма, совокупность всех его генов.

Ботанический таксон - это, в биологии, группа организмов, связанных той или иной степенью общности свойств и признаков, дающих основание для присвоения им определенной таксономической категории: подвид, вид, род, семейство и т.д.

В свою очередь, сорта растений подразделяются на следующие охраняемые категории: клон, линии, гибрид первого поколения и популяции.

Клонирование - это процесс, в ходе которого живое существо производится от единственной клетки, взятой от другого живого существа.

Популяция - это совокупность особей одного вида, более или менее длительно занимающая определенное пространство и воспроизводящая себя в течение большого числа поколений.

Следующим охраняемым объектом селекционных достижений является порода животных (п. 3 комментируемой статьи).

Породой животных признается группа животных, обладающих генетически обусловленными биологическими и морфологическими свойствами и признаками.

Данные признаки и свойства могут быть специфичны для данной группы и отличать ее от другой группы.

Порода животных может быть представлена мужской или женской линиями.

Охраняемыми категориями породы являются тип и кросс линий.

Тип линии - группа животных, которая при явном отличии от исходной породы или типа наследует наиболее существенные признаки исходной породы или типа, который сам наследует существенные признаки исходной породы, сохраняя при этом основные признаки, отражающие генотип или комбинацию генотипов исходной породы.

Кросс линий (гибрид) - группа животных, представляющая собой потомство от скрещивания линий (типов, кроссов линий), принадлежащих к одной или нескольким породам.

Линия - генетически однородная группа животных, происходящая от одного или нескольких родоначальников одной или нескольких пород.

Статья 1413. Условия охраноспособности селекционного достижения

Комментарий к статье 1413

В комментируемой статье раскрываются условия, при которых селекционным достижениям предоставляется охрана.

Особого внимания заслуживает положение статьи о том, что охрана предоставляется селекционным достижениям, относящимся к ботаническим и зоологическим родам и видам, перечень которых устанавливается федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим нормативно-правовое регулирование в сфере сельского хозяйства.

Для предоставления правовой охраны селекционным достижениям необходимо, чтобы они обладали дополнительными признаками. К таким признакам относятся новизна, отличительность, однородность и стабильность.

Новизна селекционного достижения определяется условием, при котором на дату подачи заявки на выдачу патента семена или племенной материал не продавались или не передавались иным образом другим лицам для использования.

В зависимости от территории (Российской Федерации или иностранного государства) и от вида растений определяется срок, в течение которого вышеперечисленные действия не совершались.

Отличительная черта селекционного достижения выражается в том, что селекционное достижение должно явно отличаться от любого другого общеизвестного селекционного достижения, т.е. селекционного достижения, данные о котором находятся в официальных каталогах или справочном фонде либо которое имеет точное описание в одной из публикаций.

По правилам Международной конвенции от 2 декабря 1961 г. "По охране селекционных достижений" подача заявки на предоставление права селекционера или на внесение другого сорта в официальный реестр новых сортов в любой стране делает сорт общеизвестным с даты подачи заявки при условии, что в результате подачи этой заявки было предоставлено право селекционера или сорт был включен в указанный реестр в зависимости от случая.

Стабильность селекционного достижения выражается в сохранности признаков селекционного достижения неизменными после неоднократного размножения.

Статья 1414. Государственная регистрация селекционного достижения

Комментарий к статье 1414

В данной статье закреплён принцип, предоставляющий правовую охрану исключительным правам на селекционные достижения при условии прохождения процедуры государственной регистрации селекционного достижения в государственном реестре охраняемых селекционных достижений.

Государственная регистрация - обязательное условие для предоставления правовой охраны.

На основании государственной регистрации федеральный орган исполнительной власти по селекционным достижениям выдает патент на селекционные достижения.

Статья 1415. Патент на селекционное достижение

Комментарий к статье 1415

В комментируемой статье установлен документ, наличие которого доказывает обладание поименованным в нём лицом следующими правами:

правом авторства;

исключительными правами на селекционные достижения.

Данный документ, именуемый патентом, удостоверяет приоритет селекционного достижения. Патент выдается федеральным органом исполнительной власти по селекционным достижениям.

Статья 1416. Авторское свидетельство

Комментарий к статье 1416

Одним из видов документов, который может подтвердить авторство, наряду с патентом является авторское свидетельство.

Авторское свидетельство, в отличие от патента, выдается только автору и удостоверяет только авторство. Авторское свидетельство также выдается федеральным органом исполнительной власти по селекционным достижениям.

Статья 1417. Государственное стимулирование создания и использования селекционных достижений

Комментарий к статье 1417

Предоставление льгот - одна из мер государственного стимулирования создания и использования селекционных достижений. Размер, порядок, объём и условия предоставления льгот определяются законодательством Российской Федерации.

§ 2. Интеллектуальные права на селекционные достижения

Статья 1418. Право авторства на селекционное достижение

Комментарий к статье 1418

Комментируемая статья раскрывает содержание права авторства. Право авторства - это право признаваться автором селекционного достижения; оно неотделимо от личности автора, действует в течение всей жизни автора и прекращается его смертью.

Право авторства служит основанием для требований автора о защите своих интересов в случае присвоения авторства другим лицом (плагиат) или если авторство приписывается другому лицу.

В случае создания селекционного достижения соавторами право авторства признается за каждым автором.

Статья 1419. Право на наименование селекционного достижения

Комментарий к статье 1419

Одним из прав, принадлежащих автору, является право на наименование селекционного достижения.

Не совсем ясна природа данного права: относится ли оно к личным неимущественным или к исключительным правам. По-видимому, из предложенной в ст. 1226 ГК РФ классификации следует, что право на наименование относится к категории иных интеллектуальных прав.

Право на наименование принадлежит только автору, который, однако, ограничен в свободе выбора наименования своего селекционного достижения. Данные ограничения выражаются в том, что наименование:

- должно идентифицировать селекционное достижение;

- должно быть кратким;

- должно отличаться от других наименований;

- не должно состоять из одних цифр;

- не должно вводить в заблуждение относительно свойств, происхождения, значения селекционного достижения, личности автора;

- не должно противоречить принципам гуманности и морали.

Если наименование не отвечает установленным требованиям, федеральный орган исполнительной власти имеет право отказать в одобрении предложенного наименования.

Данное право федерального органа исполнительной власти корреспондирует с правом автора изменить наименование или оспорить отказ в судебном порядке.

Если же автор не предложит новое наименование селекционного достижения или не оспорит отказ в судебном порядке, федеральный орган исполнительной власти вправе отказать в регистрации селекционного достижения.

Статья 1420. Право на получение патента на селекционное достижение

Комментарий к статье 1420

Автору селекционного достижения принадлежит также право на получение патента, которое не относится ни к личным неимущественным, ни к исключительным правам автора.

Право на получение патента составляет группу иных интеллектуальных прав, принадлежащих автору.

Содержание данного права составляет то, что автор, создавший селекционное достижение, имеет право на истребование правовой охраны для своего селекционного достижения посредством получения патента.

Данное право первоначально принадлежит автору. Однако оно может перейти к другому лицу или может быть передано другому лицу в порядке и случаях, которые установлены законом.

К случаям, когда право на получение патента переходит к другому лицу, относится универсальное правопреемство, например наследование.

К договорам, по которым право на получение патента может быть передано другим лицам, относятся трудовой договор и договор об отчуждении права на получение патента.

Возможность передачи права на получение патента по трудовому договору может быть осуществлена только при условии, что селекционное достижение создавалось в порядке исполнения служебных обязанностей.

Из содержания норм Гражданского кодекса следует, что передача права на получение патента означает передачу автором другому лицу возможности получить статус правообладателя, а следовательно, и исключительные права на использование селекционного достижения. Фактически речь идет о передаче исключительных прав на селекционное достижение, в отношении которого не решен вопрос о предоставлении ему правовой охраны.

Поскольку передача осуществляется в отношении селекционного достижения, которое не прошло регистрацию в федеральном органе исполнительной власти, т.е. в момент передачи прав в селекционном достижении не выявлены признаки, на основании которых предоставляется правовая охрана, то риск неохраноспособности несет правоприобретатель.

В этой ситуации приобретатель права заинтересован в получении каких-либо гарантий со стороны автора. Например, автор может предоставить сертификат соответствия, основанный на исходных документах автора и заключениях независимых экспертов о соответствии селекционного достижения признакам, установленным законом <1>.

<1> Система добровольной сертификации, например СДС ОИС - государственный регистрационный номер РОСС RU.Ж157.04АД00.

К договорам об отчуждении права на получение патента установлены требования, касающиеся формы заключения данных договоров. Так, договоры об отчуждении права на получение патента должны быть заключены в письменной форме.

Статья 1421. Исключительное право на селекционное достижение

Комментарий к статье 1421

В комментируемой статье раскрываются исключительные права, принадлежащие патентообладателю.

Исключительное право означает право осуществлять с семенами и племенным материалом действия, предусмотренные Гражданским кодексом.

Исключительное право на использование селекционных достижений отчуждаемо, т.е. может передаваться от патентообладателя другим лицам.

Исключительное право распространяется и на растение или его часть (растительный материал), и на животных, которые были получены из семян или от племенных животных, при условии, что такие семена или племенные животные были введены в гражданский оборот без разрешения правообладателя.

Условиями распространения исключительного права на такие растения или животных является то, что последние должны использоваться в целях, отличных от целей воспроизводства.

Использование семян и племенного материала осуществляется следующими способами:

производство и воспроизводство (подп. 1 п. 3 комментируемой статьи). Данные термины не раскрываются в Кодексе, поэтому поясним, что под производством и воспроизводством понимается повторное создание какого-либо объекта селекционных достижений;

доведение до посевных кондиций для последующего размножения;

предложение к продаже (подп. 3 п. 3 комментируемой статьи). В качестве таких предложений можно рассматривать направление оферты (ст. 432 ГК РФ) или рекламу (в порядке, установленном Федеральным законом от 13 марта 2006 г. N 38-ФЗ "О рекламе");

продажа или иные способы введения в гражданский оборот. Введение в гражданский оборот может также выражаться и в ином использовании продукта, в частности в заключении в договоров аренды, лизинга, мены, залога;

ввоз на территорию Российской Федерации (импорт) и вывоз с территории Российской Федерации (экспорт), т.е. пересечение товарами (семенами и племенными материалами) государственной границы России;

хранение семян и племенного материала в перечисленных выше целях.

В пункте 4 комментируемой статьи установлены дополнительные объекты, на которые также распространяется исключительное право, к ним относятся семена, племенной материал, которые:

существенным образом наследуют признаки других охраняемых (исходных) сортов растений или пород животных, если эти охраняемые сорта или породы сами не являются селекционными достижениями, существенным образом наследующими признаки других селекционных достижений;

не явно отличаются от охраняемых сортов растений или пород животных;

требуют неоднократного использования охраняемого сорта растений для производства семян.

Статья 1422. Действия, не являющиеся нарушением исключительного права на селекционное достижение

Комментарий к статье 1422

В комментируемой статье определены действия, совершение которых не приводит к нарушению исключительных прав патентообладателя на селекционные достижения.

Отсутствие факта нарушения исключительных прав патентообладателя напрямую зависит от цели использования селекционного достижения.

Например, не считается нарушением исключительного права, если селекционное достижение используется:

для удовлетворения личных, семейных, домашних или иных не связанных с предпринимательской деятельностью нужд, если целью таких действий не является получение прибыли или дохода;

в научно-исследовательских или экспериментальных целях;

в качестве исходного материала для создания других сортов растений и пород животных, а также действия в отношении этих созданных сортов и пород;

в отношении растительного материала, полученного в хозяйстве, в течение двух лет в качестве семян для выращивания на территории этого хозяйства сорта растений из числа растений, перечень родов и видов которых устанавливается Правительством Российской Федерации;

для воспроизводства товарных животных для их использования в данном хозяйстве;

для совершения любых действий с семенами, растительным материалом, племенным материалом и товарными животными, которые были введены в гражданский оборот патентообладателем или с его согласия другим лицом.

Статья 1423. Принудительная лицензия на селекционное достижение

Комментарий к статье 1423

В комментируемой статье установлен случай, когда договор с патентообладателем на использование селекционного достижения может быть заключен в принудительном порядке.

Случай, установленный в комментируемой статье, относится к основаниям, предусмотренным ст. 421 ГК РФ, дающим право требовать заключения договора в принудительном порядке.

Для реализации предоставленного комментируемой статьей права требовать от патентообладателя выдачи принудительной простой (неисключительной) лицензии необходима совокупность следующих условий:

должно истечь три года со дня выдачи патента;

лицо должно выразить свою волю и готовность использовать селекционное достижение. При этом выражение воли использовать селекционное достижение должно быть подтверждено, т.е. на практике это должно выражаться в письменном виде, готовность использования селекционного достижения также должна быть подтверждена;

должен иметь место отказ патентообладателя заключить лицензионный договор о производстве и реализации семян и племенного материала.

Требование выдачи принудительной простой (неисключительной) лицензии может быть предъявлено только в судебном порядке. В зависимости от лица (патентообладателя) и заявителя применяются установленные законодательством правила подведомственности рассмотрения споров.

Комментируемая статья содержит нормы процессуального характера, устанавливающие обязательные сведения, которые должны быть отражены в исковом заявлении: условия предоставления лицензии, объем использования селекционных достижений, размер, порядок и сроки платежей.

Статья 1424. Срок действия исключительного права на селекционное достижение

Комментарий к статье 1424

В комментируемой статье устанавливается общий срок действия исключительных прав на селекционное достижение и удостоверяющий данное право патент. Данный срок составляет 30 лет и исчисляется со дня государственной регистрации в государственном реестре охраняемых селекционных достижений.

Исключения из данного правила составляют случаи, когда речь идет о сортах винограда, древесных декоративных, плодовых культур и лесных пород, в том числе их подвоев. В этих случаях срок действия исключительных прав составляет 35 лет.

Статья 1425. Переход селекционного достижения в общественное достояние

Комментарий к статье 1425

Истечение срока действия исключительных прав влечет за собой переход селекционного достижения в общественное достояние.

Гражданский кодекс не устанавливает каких-либо требований к формализации перехода произведения в общественное достояние, следовательно, данный переход происходит автоматически.

Переход в общественное достояние подразумевает, что для использования селекционного достижения любым лицом и любым способом нет необходимости получать разрешение автора или иного правообладателя, а также, используя произведение, лицо не обязано выплачивать вознаграждение.

Если судом принято решение в пользу заявителя, то это решение служит основанием для государственной регистрации принудительной простой (неисключительной) лицензии.

Выданная лицензия может быть прекращена в судебном порядке по требованию патентообладателя.

§ 3. Распоряжение исключительным правом на селекционное достижение

Статья 1426. Договор об отчуждении исключительного права на селекционное достижение

Комментарий к статье 1426

Комментируемая статья вводит новый для российского права вид договора, на основании которого могут быть переданы исключительные права на использование селекционного достижения.

Если в Законе о селекционных достижениях было предусмотрено заключение только лицензионных договоров, то с 1 января 2008 г. для отчуждения прав стороны должны будут заключать договоры об отчуждении исключительных прав на использование результатов интеллектуальной деятельности.

При этом Кодекс не устанавливает требований к существенным условиям договора об отчуждении исключительных прав, за исключением указанного в ст. 432 ГК РФ предмета договора.

Статья 1427. Публичное предложение о заключении договора об отчуждении патента на селекционное достижение

Комментарий к статье 1427

В комментируемой статье установлены случаи, когда на автора возложена обязанность заключать договор об отчуждении патента.

Данная обязанность предусмотрена только для авторов при совокупности одновременно нескольких условий:

1) автор должен обратиться с заявкой на выдачу патента на селекционное достижение;

2) к данному заявлению должно быть приложено заявление, содержащее обязательство о заключении договора с любым лицом;

3) от лица, изъявившего желание заключить с автором данный договор, в адрес автора и в федеральный орган исполнительной власти должно поступить уведомление.

Подача автором заявления-обязательства служит основанием для освобождения заявителя от уплаты патентных пошлин.

В соответствии с п. 2 комментируемой статьи обязанность уплаты патентных пошлин возложена на то лицо, которое заключит с автором договор об отчуждении патента на селекционное достижение.

Из правила, предусмотренного п. 3 статьи, установлены исключения, например если в течение двух лет в федеральный орган исполнительной власти не поступает уведомление о желании заключить названный выше договор.

Статья 1428. Лицензионный договор о предоставлении права использования селекционного достижения

Комментарий к статье 1428

Комментируемая статья регулирует отношения по пользованию селекционным достижением.

Договор об использовании селекционного достижения именуется лицензионным договором. По лицензионному договору право использования селекционного достижения предоставляется в установленных пределах.

В соответствии с правилами данной статьи лицензионный договор может быть заключен только в отношении удостоверенного патентом селекционного достижения.

Кодексом не установлено специальных требований к содержанию лицензионного договора об использовании селекционного достижения, а значит, применяются правила, установленные в ст. 1235 ГК РФ, а также положения ст. ст. 432 - 449 ГК РФ.

Статья 1429. Открытая лицензия на селекционное достижение

Комментарий к статье 1429

В комментируемой статье предусмотрен случай, когда на патентообладателя возлагается обязанность заключать лицензионный договор в форме открытой лицензии.

Открытая лицензия подразумевает, что договор заключается с любым лицом, изъявившим желание его заключить.

Заявление о возможности предоставления любому лицу права использовать селекционное достижение патентообладатель подает в федеральный орган исполнительной власти и одновременно сообщает условия, на которых предоставляется право использования селекционного достижения.

Лицензионный договор заключается на условиях простой (неисключительной) лицензии.

Подача заявления о возможности предоставления открытой лицензии является основанием для уменьшения пошлины за поддержание патента.

В пункте 2 комментируемой статьи предусмотрена возможность отзыва поданного заявления. Право отзыва поданного заявления предоставлено патентообладателю по истечении двух лет со дня публикации.

§ 4. Селекционное достижение, созданное, выведенное
или выявленное в порядке выполнения служебного задания
или при выполнении работ по договору

Статья 1430. Служебное селекционное достижение

Комментарий к статье 1430

Комментируемая статья регулирует вопросы и правовые последствия создания служебных селекционных достижений.

Служебным селекционным достижением признается селекционное достижение, созданное, выведенное или выявленное работником в порядке выполнения его трудовых обязанностей или задания работодателя.

Как следует из нормативного определения, для признания селекционного достижения служебным необходимо наличие трудовых отношений между автором и работодателем. Трудовые отношения по общему правилу подтверждаются трудовым договором.

Создание селекционных достижений может стать трудовой функцией работника, а может создаваться по заданию работодателя.

В любом случае работодателю для предотвращения нарушения своих прав необходимо оформить документы, подтверждающие создание служебных селекционных достижений.

В отличие от положений Гражданского кодекса, регламентирующих отношения по созданию служебных произведений, где указано, что работнику принадлежат авторские права, при регламентировании отношений по созданию служебного селекционного достижения законодателем в п. 2 комментируемой статьи предусмотрено, что работнику (автору) принадлежит право авторства на служебное селекционное достижение.

Пункт 3 комментируемой статьи устанавливает принадлежность работодателю исключительного права на служебное селекционное достижение и право на получение патента. Стороны вправе при заключении трудового или иного договора изменить данное положение закона. К иным договорам можно отнести договор об отчуждении исключительного права.

Содержание п. 4 комментируемой статьи вызывает неоднозначное понимание вопроса о необходимости заключения договора между работником и работодателем, где стороны устанавливают правило о принадлежности исключительного права на служебное произведение.

По смыслу п. 4 комментируемой статьи данный договор является необходимым документом; по правилам рассматриваемого пункта на работника возлагается обязанность письменно уведомить работодателя о создании, выведении или выявлении в порядке выполнения своих трудовых обязанностей или конкретного задания работодателя результата, которому возможно предоставление правовой охраны как селекционному достижению. Закономерен вопрос: трудовой или гражданско-правовой является данная обязанность работника? Как уже неоднократно указывалось, основания возникновения и порядок осуществления права собственности и других вещных прав, исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности (интеллектуальной собственности) определяются гражданским законодательством, следовательно, предусмотренная статьей обязанность относится к гражданско-правовым обязанностям автора селекционного достижения.

Пункт 4 комментируемой статьи устанавливает сроки и основания, когда исключительное право на селекционное достижение принадлежит работнику, если:

в федеральный орган исполнительной власти по селекционным достижениям не подана заявка на выдачу патента на это селекционное достижение;

другому лицу не передано право на получение патента на служебное селекционное достижение;

работнику не сообщено, что информацию о достигнутом результате необходимо сохранять в тайне.

Срок, по истечении которого исключительное право принадлежит работнику, если работодателем не совершено ни одно из указанных действий, составляет четыре месяца.

В случае принадлежности исключительного права на служебное селекционное достижение работнику работодатель в течение срока действия патента имеет право на использование служебного селекционного достижения в собственном производстве на условиях простой (неисключительной) лицензии с выплатой патентообладателю

компенсации, размер, условия и порядок выплаты которой определяются договором, заключенным между работником и работодателем.

В пункте 5 комментируемой статьи закреплено право работника на получение от работодателя вознаграждения за использование созданного, выведенного или выявленного служебного селекционного достижения. Размер и условия выплачиваемого вознаграждения определяются соглашением между работником и работодателем. Минимальный размер такого вознаграждения составляет 2% от суммы ежегодного дохода от использования селекционного достижения, включая доход от предоставления лицензий.

В пункте 6 комментируемой статьи урегулированы спорные вопросы, когда селекционное достижение создано, выведено или выявлено работником с использованием денежных, технических или иных материальных средств работодателя, однако не в порядке исполнения своих трудовых функций или конкретного задания работодателя. В этом случае селекционное достижение не является служебным и исключительные права принадлежат работнику.

Статья 1431. Селекционные достижения, созданные, выведенные или выявленные по заказу

Комментарий к статье 1431

Комментируемая статья закрепляет принадлежность исключительного права на использование селекционного достижения, созданного по заказу, заказчику.

Данное правило не носит императивный характер, и стороны вправе изменить его. Принадлежность исключительного права на использование селекционных достижений дает право подрядчику использовать селекционное достижение на условиях безвозмездной простой (неисключительной) лицензии.

Использование селекционного достижения на условиях безвозмездной простой (неисключительной) лицензии ограничено в пределах, в качестве которых законодатель устанавливает собственные нужды работодателя, в том числе дальнейшие исследования в области селекции.

Статья 1432. Селекционные достижения, созданные, выведенные или выявленные при выполнении работ по государственному или муниципальному контракту

Комментарий к статье 1432

Комментируемая статья является отсылочной нормой и согласно установленным в ней положениям об отношениях по созданию селекционных достижений в порядке выполнения государственных и муниципальных контрактов применяются положения ст. 1373 ГК РФ, т.е. те же правила, которые регулируют создание полезных моделей, изобретений, промышленных образцов по государственным и муниципальным контрактам.

§ 5. Получение патента на селекционное достижение. Прекращение действия патента на селекционное достижение

Статья 1433. Заявка на выдачу патента на селекционное достижение

Комментарий к статье 1433

В комментируемой статье установлены требования к порядку и форме обращения на выдачу патента.

Документ, который подается в федеральный орган исполнительной власти для выдачи патента, именуется заявкой.

Содержание заявки представляет собой совокупность документов. Комментируемая статья определяет только перечень документов, однако требования к их содержанию и порядку оформления устанавливаются на уровне подзаконного нормативного акта. Полномочия на принятие данного акта предоставлены федеральному органу исполнительной власти, осуществляющему нормативно-правовое регулирование в сфере сельского хозяйства.

Заявку может подать только лицо, которому принадлежит право на получение патента. Таким лицом могут быть автор, а также лицо, имеющее право на получение патента по договору.

Статья 1434. Приоритет селекционного достижения

Комментарий к статье 1434

В статье установлены правила определения приоритета. Сущностью приоритета является то, что приоритет позволяет определить новизну селекционного достижения и закрепить его первенство.

По общему правилу приоритет селекционного достижения устанавливается по дате поступления заявки в федеральный орган исполнительной власти.

При определении даты приоритета особое значение приобретают специальные правила, регулирующие случаи, когда в федеральный орган исполнительной власти поступают две заявки и более на выдачу патента в отношении одного и того же селекционного достижения.

В данной ситуации приоритет устанавливается по дате отправки заявки на выдачу селекционного достижения.

В пункте 3 комментируемой статьи закреплено правило о конвенционном приоритете, аналогичное норме о конвенционном приоритете, применяемой в патентном праве.

Например, если заявке на выдачу патента предшествует заявка, поданная заявителем в иностранном государстве, заявитель пользуется приоритетом первой заявки в течение 12 месяцев.

Данное правило применимо в случае, если иностранное государство, где подана заявка, имеет с Российской Федерацией двусторонний договор об охране селекционных достижений.

Статья 1435. Предварительная экспертиза заявки на выдачу патента

Комментарий к статье 1435

Первым этапом рассмотрения заявки на выдачу патента является предварительная экспертиза.

В ходе проведения предварительной экспертизы, проводимой в течение одного месяца, устанавливается дата приоритета и проверяется наличие всех документов, предусмотренных законом.

Согласно п. 2 комментируемой статьи заявитель вправе дополнять, уточнять, исправлять направленные документы. При этом если в заявке отсутствуют какие-либо документы, то федеральный орган исполнительной власти вправе запросить отсутствующие или уточнить ранее направленные документы.

Если требуемые документы не представлены, заявка к рассмотрению не принимается.

В случае положительного результата федеральный орган исполнительной власти обязан незамедлительно уведомить об этом заявителя.

Сведения о принятии заявки публикуются в официальном бюллетене федерального органа исполнительной власти.

Статья 1436. Временная правовая охрана селекционного достижения

Комментарий к статье 1436

Подача заявки служит основанием для предоставления временной правовой охраны селекционного достижения.

Временная охрана предоставляется со дня подачи заявки до даты выдачи патента.

Если во время временной охраны селекционного достижения кто-либо совершил действия по использованию селекционного достижения, то после получения патента заявитель (на этот момент правообладатель) имеет право получить денежную компенсацию.

Установленные в комментируемой статье правила предоставления временной правовой охраны применяются только в случае, если поданная заявка будет принята к рассмотрению или по ней не будет принято решение об отказе в выдаче патента.

Статья 1437. Экспертиза селекционного достижения на новизну

Комментарий к статье 1437

По правилам комментируемой статьи любому заинтересованному лицу предоставлено право требовать проведения экспертизы селекционного достижения на новизну.

Данное право может быть реализовано в течение шести месяцев со дня публикации сведений о заявке на выдачу патента.

Согласно п. 1 комментируемой статьи это требование оформляется в виде ходатайства.

В абзаце 2 п. 1 комментируемой статьи на федеральный орган исполнительной власти возложена обязанность уведомить заявителя о поступлении такого ходатайства и его содержании. В свою очередь, заявитель заявки вправе в течение трех месяцев со дня получения уведомления представить в федеральный орган исполнительной власти свои возражения.

В соответствии с п. 2 комментируемой статьи новизна определяется на основе имеющихся материалов дела.

В случае несоответствия критерию новизны федеральный орган исполнительной власти принимает решение об отказе в выдаче патента.

Статья 1438. Испытания селекционного достижения на отличимость, однородность, стабильность

Комментарий к статье 1438

Комментируемая статья посвящена вопросам проведения испытаний селекционного достижения на отличимость, однородность и стабильность.

Методики и сроки, в которые проводятся испытания, устанавливаются федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим нормативно-правовое регулирование в сфере сельского хозяйства.

Для проведения испытаний заявитель обязан предоставить необходимое количество семян или племенного материала.

В пункте 2 комментируемой статьи отражено положение, согласно которому при проведении испытаний могут применяться результаты испытаний, проведенных компетентными органами других государств, с которыми Российская Федерация подписала договоры.

Статья 1439. Порядок государственной регистрации селекционного достижения и выдача патента

Комментарий к статье 1439

Комментируемая статья определяет основания и порядок проведения государственной регистрации селекционного достижения.

В соответствии с п. 1 комментируемой статьи основанием для принятия решения о государственной регистрации селекционного достижения является соответствие двум требованиям:

наличию у селекционного достижения новизны, отличимости, однородности и стабильности - критериев охраноспособности;

соответствию наименования селекционного достижения требованиям, установленным законодателем.

Наряду с принятием решения о Государственной регистрации федеральный орган исполнительной власти составляет описание селекционного достижения и вносит последнее в Государственный реестр охраняемых селекционных достижений.

В пункте 2 комментируемой статьи перечислены сведения, которые вносятся в Государственный реестр охраняемых селекционных достижений.

По правилам, установленным в п. 3 комментируемой статьи для выдачи патента, патент выдается заявителю.

При наличии в заявке нескольких заявителей патент выдается лицу, указанному первым. Использование патента несколькими заявителями осуществляется совместно, по соглашению между ними.

Статья 1440. Сохранение селекционного достижения

Комментарий к статье 1440

Выдача патента возлагает на патентообладателя обязанность сохранять признаки селекционного достижения. Данная обязанность действует в течение срока действия патента.

В соответствии с п. 2 комментируемой статьи федеральный орган исполнительной власти вправе требовать от патентообладателя семена или племенной материал для проведения контрольных испытаний.

По установленным правилам семена или племенной материал направляются в федеральный орган исполнительной власти за счет патентообладателя.

Статья 1441. Признание патента на селекционное достижение недействительным

Комментарий к статье 1441

В соответствии с комментируемой статьей в течение срока действия патента он (патент) может быть признан недействительным.

Перечень оснований, при наступлении которых патент может быть признан недействительным, носит исчерпывающий характер. Данный перечень оснований можно подразделить на две группы. К первой группе относится отсутствие критериев охраноспособности, ко второй группе - отсутствие полномочий.

Итак, первую группу составляют следующие основания, если:

патент выдан на основании неподтвердившихся данных об однородности и стабильности (абз. 1 п. 1 комментируемой статьи);

на дату выдачи патента селекционное достижение не соответствовало критериям новизны или отличимости (абз. 2 п. 1 комментируемой статьи).

Ко второй группе относится следующее основание: если лицо, указанное в качестве патентообладателя, не имело законных оснований для получения патента (абз. 3 п. 1 комментируемой статьи).

В соответствии с п. 2 комментируемой статьи право оспорить выдачу патента на селекционное достижение предоставлено любому лицу, которому стало известно о допущенных нарушениях.

Оспаривание выдачи патента на селекционное достижение осуществляется в форме подачи заявления в федеральный орган исполнительной власти.

Копия поступившего заявления направляется патентообладателю. Сроки направления этого документа Гражданским кодексом не установлены. Однако установлены сроки для направления патентообладателем своих мотивированных возражений - три месяца со дня направления ему копии заявления.

В комментируемой статье установлены сроки для принятия федеральным органом исполнительной власти решения по поступившему заявлению и в случаях, если не потребуется проведения дополнительных испытаний, - шесть месяцев. Вместе с тем срок, на который продлевается принятие решения, Кодексом не установлен, что, в свою очередь, может привести к нежелательным жалобам на действия должностных лиц со стороны граждан, направивших заявление об оспаривании выдачи патента.

По правилам п. 3 комментируемой статьи патент аннулируется со дня подачи заявки на выдачу патента.

Если патентообладателем были заключены лицензионные договоры, то они сохраняют свое действие в той мере, в какой они были исполнены ко дню признания патента недействительным.

Последствиями признания патента недействительным являются отмена решения о выдаче патента и аннулирование записи в Государственном реестре.

Статья 1442. Досрочное прекращение действия патента на селекционное достижение

Комментарий к статье 1442

В комментируемой статье установлены случаи, при наступлении которых действие патента прекращается досрочно.

Перечень случаев носит исчерпывающий характер. К ним относятся:

лишение критериев однородности и стабильности;

непредставление в течение 12 месяцев семян, племенного материала, документов, информации для проверки сохранности селекционного достижения или отсутствия возможности провести проверку селекционного достижения на месте;

подача заявления от патентообладателя о досрочном прекращении патента;

неуплата пошлин в установленные сроки за поддержание патента в силе.

Статья 1443. Публикация сведений о селекционных достижениях

Комментарий к статье 1443

В комментируемой статье установлены сведения, которые подлежат опубликованию. Данный перечень не носит исчерпывающего характера.

К сведениям, которые должны быть опубликованы, относятся:

сведения о поступивших заявках с указанием даты приоритета селекционного достижения, имени или наименования заявителя, наименования селекционного достижения, а также имени автора селекционного достижения;

сведения о решениях, принимаемых по заявке на выдачу патента;

сведения о признании патентов на селекционное достижение недействительными;

другие сведения, касающиеся охраны селекционного достижения.

Публикация названных сведений и информации о поступлении заявки становится основанием для предоставления любому лицу права ознакомиться с материалами заявки.

Статья 1444. Использование селекционных достижений

Комментарий к статье 1444

Комментируемая статья устанавливает правила участия в гражданском обороте семян или племенного материала.

Для участия в гражданском обороте необходимо наличие документов, удостоверяющих их сортовую, породную принадлежность и происхождение. Наименование и требования к оформлению такого документа в Кодексе отсутствуют.

Более того, согласно п. 2 комментируемой статьи правом на выдачу такого документа обладают только патентообладатель и лицензиат. Следовательно, в каждом конкретном случае указанный документ будет оформляться в соответствии с волей патентообладателя или лицензиата.

Статья 1445. Патентование селекционного достижения в иностранных государствах

Комментарий к статье 1445

Комментируемая статья регулирует вопросы выдачи патента в иностранном государстве.

По общему правилу все расходы, связанные с охраной селекционного достижения в иностранном государстве, несет заявитель.

§ 6. Защита прав авторов селекционных достижений и иных патентообладателей

Статья 1446. Нарушение прав автора селекционного достижения или иного патентообладателя

Комментарий к статье 1446

Комментируемая статья устанавливает перечень действий, совершение которых признается нарушением прав автора или иного правообладателя. Перечень носит исчерпывающий характер.

К таким действиям относятся:

использование селекционного достижения с нарушением требований п. 3 ст. 1421 ГК РФ;

присвоение произведенным и (или) продаваемым семенам, племенному материалу наименования, которое отличается от наименования соответствующего зарегистрированного селекционного достижения;

присвоение произведенным и (или) продаваемым семенам, племенному материалу наименования соответствующего зарегистрированного селекционного достижения, если они не являются семенами, племенным материалом этого селекционного достижения;

присвоение произведенным и (или) продаваемым семенам, племенному материалу наименования, сходного с наименованием зарегистрированного селекционного достижения до степени смешения.

Статья 1447. Публикация решения суда о нарушении исключительного права на селекционное достижение

Комментарий к статье 1447

В качестве одного из способов защиты нарушенных прав комментируемая статья рассматривает публикацию решения суда о неправомерном использовании селекционного достижения.

В соответствии с правилами комментируемой статьи решение суда о неправомерном использовании селекционного достижения публикуется в официальном бюллетене федерального органа исполнительной власти.

К правилам опубликования решения суда применяются положения пункта 1 ст. 1252 ГК РФ (см. комментарий к статье).

Требования об опубликовании решения суда предъявляются к нарушителю права.

Глава 74. ПРАВО НА ТОПОЛОГИИ ИНТЕГРАЛЬНЫХ МИКРОСХЕМ

Статья 1448. Топология интегральной микросхемы

Комментарий к статье 1448

1. Большое значение в микроэлектронике имеет интегральная микросхема, которая выполняет функции электронной схемы и посредством нее аналоговый сигнал преобразуется в цифровой. Интегральная микросхема представляет микроэлектронное изделие, изготовленное из минералов (кремний, германий), в которых перестраивают решетку кристалла. Элементы интегральной микросхемы определенным образом связаны между собой, образуя несколько слоев. Именно расположение этих элементов интегральной микросхемы в пространстве, связь между ними представляет собой топологию интегральной микросхемы. Данные результаты умственной деятельности не могут охраняться ни в режиме патентного права, ни в режиме авторского права. Правовая охрана топологии интегральной микросхемы не распространяется на идеи, способы, системы, технологию, закодированную информацию, которые могут быть воплощены в топологии интегральной микросхемы. Данные объекты могут охраняться при условии, если они соответствуют установленным в Гражданском кодексе требованиям, в режиме патентного или авторского права применительно к закодированной информации.

2. Правовая охрана топологии интегральной микросхемы предоставляется, если она соответствует следующим требованиям:

а) топология интегральной микросхемы должна быть оригинальной, т.е. создана творческой деятельностью автора и неизвестна ни автору, ни специалисту в области разработки топологий интегральных микросхем на дату ее создания. Если топология интегральной микросхемы состоит из элементов, которые известны специалистам в

области разработки топологий интегральных микросхем на дату ее создания, то совокупность элементов в целом должна быть оригинальной;

б) зафиксирована на материальном носителе - на бумаге, оптическом диске, кристалле и т.п.;

в) законодатель выделяет презумпцию оригинальности топологии интегральной микросхемы.

Впервые правовая охрана топологиям интегральных микросхем была предоставлена в США, которые в 1984 г. приняли Закон об охране полупроводниковой интегральной микросхемы <1>. Позднее, в 1985 г., аналогичный Закон был принят в Японии. В декабре 1986 г. страны - члены ЕЭС приняли Директиву Совета о правовой охране топологий (topographies) полупроводниковых изделий, призванную унифицировать основные положения национальных законодательств стран - членов ЕЭС по правовой охране данных объектов. Топология полупроводникового изделия в соответствии с указанной выше Директивой представляет собой серию взаимосвязанных изображений, каким-либо образом зафиксированных или закодированных, отражающих трехмерную структуру слоев, из которых состоит полупроводниковое изделие; причем в этой серии каждое изображение отражает рисунок или часть рисунка поверхности полупроводникового изделия на любой стадии его изготовления. В Директиве отмечается, что топологии полупроводникового изделия предоставляется правовая охрана при условии, если она является результатом умственной (интеллектуальной) деятельности ее разработчика и не стала общеизвестной в полупроводниковой промышленности. Если топология состоит из элементов, общеизвестных в полупроводниковой промышленности, ей предоставляется правовая охрана лишь в том случае, когда совокупность таких элементов в целом не является общеизвестной.

<1> Еременко В.И., Подшибихин Л.И. Комментарий к Закону Российской Федерации "О правовой охране топологий интегральных микросхем" // СПС "КонсультантПлюс".

Статья 1449. Права на топологию интегральной микросхемы

Комментарий к статье 1449

1. Согласно п. 1 комментируемой статьи за автором топологии признаются право авторства, содержание и природа которого раскрываются в ст. 1453 ГК РФ, и исключительное право, содержание которого раскрыто в ст. 1454 ГК РФ.

2. Кроме того, за автором признается право на вознаграждение в случаях создания служебной топологии (п. 4 ст. 1461 ГК РФ), создания топологии при выполнении работ по договору (п. 3 ст. 1462 ГК РФ), создания топологии по заказу (п. 4 ст. 1463 ГК РФ), по государственному или муниципальному контракту (ст. 1464 и п. 5 ст. 1298 ГК РФ).

Статья 1450. Автор топологии интегральной микросхемы

Комментарий к статье 1450

В данной статье отмечается, что автором может быть только физическое лицо, которое вложило творческий труд в создание топологии, т.е. в пространственно-геометрическое расположение совокупности элементов интегральной микросхемы и связей между ними. Лица, которые оказывали организационное или материальное содействие, контролировали выполнение работы, не могут быть в соответствии с п. 1 ст. 1228 ГК РФ признаны авторами топологии интегральной микросхемы.

Закреплена презумпция: автором является лицо, указанное в заявке на выдачу свидетельства о государственной регистрации топологии интегральной микросхемы. Эта презумпция может быть опровергнута.

Статья 1451. Соавторы топологии интегральной микросхемы

Комментарий к статье 1451

1. Топологии интегральной микросхемы, как и другие результаты интеллектуальной деятельности, могут быть созданы совместным творческим трудом двух и более лиц. При этом именно творческий труд должен быть вложен каждым соавтором, ведь если какое-либо лицо оказывало только организационное, техническое или материальное содействие, то оно не может быть признано соавтором.

2. Использовать топологию, т.е. осуществлять исключительное право на нее, каждый соавтор может самостоятельно, если они не заключат соглашение, в котором предусмотрят иное, в частности, что использование возможно только совместно соавторами.

3. В случае совместного использования соавторами топологии интегральной микросхемы доходы от такого использования распределяются между соавторами поровну, однако подобный порядок распределения может быть изменен в соглашении, заключенном между соавторами, например если творческий вклад кого-либо из соавторов был незначительным, то было бы справедливо соглашением изменить порядок распределения дохода.

Распорядиться исключительным правом на топологии интегральной микросхемы они могут только совместно, таким образом, заключение лицензионного договора, договора об отчуждении исключительного права возможно только совместно всеми авторами. В этом случае на стороне правообладателя или лицензиара образуется множественность лиц. Если лицензионный договор будет заключен только одним из авторов, то он не приведет к возникновению обязательства и, следовательно, у лицензиата не возникнет права использования топологии интегральной микросхемы. Если же договор об отчуждении исключительного права будет заключен лишь одним из соавторов, исключительное право на топологию не перейдет к правообладателю, так как никто не может передать больше прав, чем имеет сам.

Статья 1452. Государственная регистрация топологии интегральной микросхемы

Комментарий к статье 1452

1. Регистрация топологии интегральной микросхемы может носить как правоустанавливающий, так и неправоустанавливающий характер. Если топология не использовалась до момента ее регистрации, то исключительное право на топологию возникает со дня ее государственной регистрации, если топология использовалась до регистрации - со дня первого использования.

2. Право на государственную регистрацию может быть реализовано в течение 10 лет с момента его возникновения. Однако если топология интегральной микросхемы до подачи заявки на выдачу свидетельства использовалась, то право на получение свидетельства может быть осуществлено только в течение двух лет со дня первого использования топологии. Этот срок является пресекательным, он не может быть приостановлен, прерван, восстановлен.

Если топология содержит сведения, составляющие государственную тайну, то такая топология не может быть зарегистрирована.

3. Получение свидетельства о государственной регистрации топологии происходит на основании заявки на регистрацию. Заявка состоит из совокупности документов. Регистрация топологии осуществляется федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности, а правила оформления заявки на регистрацию устанавливаются федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим нормативно-правовое регулирование в сфере интеллектуальной собственности, т.е. министерством.

4. Федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности, в который поступила заявка, проводит формальную экспертизу, т.е. проверяет, все ли документы, входящие в состав заявки, поданы и соответствуют ли они требованиям, которые установил орган, осуществляющий нормативно-правовое регулирование в сфере интеллектуальной собственности. При положительном результате проверки регистрирующий орган вносит топологию в Реестр топологий интегральных микросхем, выдает заявителю свидетельство и публикует сведения в официальном бюллетене "Топологии интегральных микросхем". Объем публикуемых сведений, порядок регистрации, форма свидетельства определяются федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим нормативно-правовое регулирование в сфере интеллектуальной собственности.

Презюмируется достоверность сведений, содержащихся в Реестре.

5. Если топология зарегистрирована, все договоры, заключаемые в отношении нее, переход исключительного права без договора подлежат обязательной государственной регистрации тем органом, который осуществил регистрацию топологии интегральной микросхемы. Все сведения об изменении правообладателя, об обременениях исключительного прав вносятся в Реестр топологий, в противном случае в Реестре не содержались бы достоверные сведения.

Статья 1453. Право авторства на топологию интегральной микросхемы

Комментарий к статье 1453

Право авторства, т.е. право признаваться автором топологии, неотчуждаемо и непередаваемо, в том числе при передаче другому лицу или переходе к нему исключительного права на топологию и при предоставлении другому лицу права ее использования. Отказ от этого права ничтожен.

Статья 1454. Исключительное право на топологию

Комментарий к статье 1454

1. Обладатель исключительного права может использовать топологию, при этом под использованием понимаются только такие действия, которые связаны с извлечением прибыли; это значит, что если то или иное действие не направлено на извлечение прибыли, то его нельзя рассматривать как способ использования топологии интегральной микросхемы. Таким образом, если какое-либо лицо воспроизводит топологию не с целью извлечения прибыли, то не имеет место использование топологии, а следовательно, не нужно получать согласие у правообладателя.

2. В пункте 2 комментируемой статьи содержится лишь примерный перечень способов использования топологии. Нужно обратить внимание, что поскольку топология охраняется, в силу того что она оригинальна, то для предоставления охраны части топологии она также должна обладать свойством оригинальности, если же она таким свойством не обладает, то она не охраняется. В связи с изложенным законодатель предусматривает в подп. 1 п. 2 комментируемой статьи, что воспроизведение части

топологии, которая не является оригинальной, не рассматривается как способ использования интегральной микросхемы.

В подпункте 2 п. 2 комментируемой статьи говорится, что к способу использования интегральной микросхемы относятся ввоз, продажа и иное введение в гражданский оборот не только топологии, но и интегральной микросхемы, в которую включена топология, и изделие, в которую включена такая интегральная микросхема. Таким образом, перед продажей изделия с включенной в нее интегральной микросхемой, топология которой охраняется, продавец должен получить разрешение на использование топологии указанным способом. Если не будет заключен лицензионный договор пользователя с правообладателем, то будет нарушено исключительное право на топологию, за исключением случаев, предусмотренных в ст. 1456 ГК РФ.

3. Особенностью правовой охраны топологии интегральной микросхемы является то, что на одну и ту же топологию может существовать несколько самостоятельных исключительных прав. Данное обстоятельство обусловлено характером творческого труда при создании топологии. Тожественная топология может быть создана при параллельном творчестве в отличие от творческого труда при создании объекта авторского права.

Статья 1455. Знак охраны топологии интегральной микросхемы

Комментарий к статье 1455

Знак охраны топологии носит информационный характер. Этот знак может размещаться как на самой топологии, так и на изделии, содержащем топологию.

Как указано в комментируемой статье, знак охраны состоит из трех элементов:

знака "Т", который может быть выделен любым способом, предусмотренным в скобке;

даты первого использования или даты регистрации топологии интегральной микросхемы, в зависимости от того, какая дата была более ранняя;

информации, позволяющей идентифицировать правообладателя. Это могут быть наименование и место нахождения юридического лица, фамилия, имя, отчество физического лица. Законодатель не указывает конкретно, какие сведения могут выступать в качестве средства индивидуализации, оставляя этот вопрос на усмотрение правообладателя. Но необходимо отметить, что такие сведения должны быть характерны только для правообладателя и несвойственны другим лицам.

Статья 1456. Действия, не являющиеся нарушением исключительного права на топологию

Комментарий к статье 1456

1. В комментируемой статье предусматриваются три вида действий, не являющихся использованием топологии.

2. Первый вид действий - введение в гражданский оборот интегральной микросхемы, в которую включена незаконно воспроизведенная топология, или изделия, содержащего такую интегральную микросхему, при условии отсутствия вины лица, осуществляющего введение данных вещей в гражданский оборот. Таким образом, не может рассматриваться как ненарушение исключительного права введение в гражданский оборот незаконно воспроизведенной топологии интегральной микросхемы.

Лицо, осуществляющее введение в гражданский оборот, не должно знать и не могло знать о том, что топология интегральной микросхемы, которая включена в интегральную микросхему, воспроизведена незаконно, т.е. не самим правообладателем или без получения от него разрешения.

3. Второй вид действий - это любые действия, в том числе воспроизведение и распространение топологии:

в личных целях, т.е. использование физическим лицом для собственных нужд;

если не преследуется получение прибыли (данное положение вытекает из положений п. 2 ст. 1454 ГК РФ).

4. Третий род действий - распространение интегральной микросхемы с топологией, которая была введена в гражданский оборот либо правообладателем, либо с его разрешения другим лицом. В этом случае речь идет об исчерпании права. Необходимо отметить, что законодатель относит принцип исчерпания только к интегральным микросхемам.

Статья 1457. Срок действия исключительного права на топологию

Комментарий к статье 1457

1. В комментируемой статье установлен срок действия исключительного права - десять лет.

2. Исчислять этот срок можно либо с даты первого использования топологии, либо со дня регистрации топологии в федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности. При этом выбор начала срока законодатель не оставляет на усмотрение правообладателя: применяется в качестве начала отсчета то событие, которое наступило ранее. Если с начала использования прошло более двух лет, то топология интегральной микросхемы в соответствии с п. 2 ст. 1452 ГК РФ не может быть зарегистрирована.

В пункте 2 комментируемой статьи раскрывается понятие первого использования топологии интегральной микросхемы: наиболее ранняя документально зафиксированная дата введения в гражданский оборот в России или любом иностранном государстве и самой топологии, и интегральной микросхемы, в которую включена топология, и изделия, включающего такую интегральную микросхему. Следовательно, понятие "использование применительно к началу отсчета исчисления срока" не включает в себя воспроизведение топологии. Первое воспроизведение топологии не может рассматриваться как первое использование. Только способы введения в гражданский оборот топологии интегральной микросхемы, микросхемы или изделия с этой микросхемой могут быть рассмотрены как начало использования, при этом должно быть документально подтвержден один из способов введения в гражданский оборот, например ввоз. Если документального подтверждения нет, хотя и имело место первое введение в гражданский оборот топологии, микросхемы и изделия, то данные действия не рассматриваются в целях настоящей статьи как первое использование.

3. В соответствии с п. 3 ст. 1454 ГК РФ на топологию могут признаваться несколько самостоятельных исключительных прав в том случае, если она была создана при параллельном творчестве разными лицами. Срок действия этих исключительных прав исчисляется отлично от общего порядка. Согласно п. 3 комментируемой статьи исключительные права на обе топологии прекращаются по истечении 10 лет со дня возникновения исключительного права на первую из них.

4. По истечении срока действия исключительного права топология интегральной микросхемы может использоваться любым лицом свободно, так как в этом случае оно перейдет в общественное достояние.

Статья 1458. Договор об отчуждении исключительного права на топологию

Комментарий к статье 1458

1. Предметом данного договора является исключительное право на топологию. К данному договору применяются и положения ст. 1234 ГК РФ. Этот договор является консенсуальным. Комментируемая статья гласит, что правообладатель "передает или обязуется передать принадлежащее ей исключительное право на топологию в полном объеме другой стороне - приобретателю исключительного права на топологию"; однако это не указывает на то, что договор может быть и реальным, и консенсуальным. Права нематериальны, поэтому их нельзя физически передать, а следовательно, передача права не есть какое-либо действие, которое является либо моментом вступления в силу договора, либо действием по исполнению договора.

2. Договор должен быть заключен в письменной форме. Несоблюдение письменной формы в соответствии с п. 2 ст. 1234 ГК РФ влечет за собой недействительность договора. Кроме того, если топология была зарегистрирована, то договор об отчуждении исключительного права на такую топологию должен быть зарегистрирован в федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности. Отсутствие государственной регистрации означает его недействительность.

Если договор подлежит государственной регистрации, то исключительное право переходит к приобретателю в момент государственной регистрации этого договора. Если договор не подлежит государственной регистрации, то права переходят либо в момент заключения договора, либо в иной срок, предусмотренный договором. Договор считается возмездным, если его безвозмездность не предусмотрена договором. Существенными условиями возмездного договора являются предмет и цена, безвозмездного - предмет. Если топология была зарегистрирована, то в предмете договора указывается свидетельство о государственной регистрации топологии (более подробно о данном типе договора см. комментарий к ст. 1234 ГК РФ).

Статья 1459. Лицензионный договор о предоставлении права использования топологии интегральной микросхемы

Комментарий к статье 1459

1. Предмет лицензионного договора составляет право использования топологии, которое носит обязательственный характер. К данному договору применяются положения ст. ст. 1235 - 1237 ГК РФ. Данный договор является консенсуальным, возмездным, если его безвозмездность не установлена договором. Если договор возмездный, то он двусторонний, а если безвозмездный, то он односторонний. Кроме того, договор является срочным, право использования предоставляется лишь на определенный срок. Предоставленное по лицензионному договору право ограничено определенной территорией.

2. Содержание лицензионного договора как сделки составляют условия: предмет договора, способы использования произведения и цена.

К существенным условиям безвозмездного лицензионного договора относятся предмет договора и способы использования произведения.

Необходимо также отметить, что в силу ограничительного толкования договора право использования, прямо не указанное в лицензионном договоре, не считается предоставленным лицензиату. Право использования соответствует способу использования, поэтому если в договоре прямо не указан тот или иной способ использования, то лицензиат не вправе использовать топологию не указанным в договоре способом.

Территория, на которую распространяется право использования, и срок, на который предоставляется право использования, не относятся к существенным условиям лицензионного договора. Например, если территория, на которой допускается использование, в договоре не указана, лицензиат вправе осуществлять их использование

на всей территории Российской Федерации (п. 3 ст. 1235 ГК РФ). Срок, на который заключается лицензионный договор, не может превышать срока действия исключительного права на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации. Если в лицензионном договоре срок его действия не определен, договор считается заключенным на пять лет.

3. Можно выделить два вида лицензионного договора: простая (неисключительная) и исключительная лицензии (о данных видах лицензионных договоров см. комментарий к ст. 1236 ГК РФ).

Законодатель предусматривает в п. 5 ст. 1461 ГК РФ обязанность автора по требованию работодателя заключить с ним лицензионный договор о предоставлении права использования неслужебной топологии (созданной не в рамках трудовой обязанности или конкретного задания работодателя, а за счет его материальных средств) на безвозмездных началах и предоставить работодателю право использовать топологию для собственных нужд на весь срок действия исключительного права. Данное право носит неисключительный характер.

Статья 1460. Форма и государственная регистрация договора об отчуждении исключительного права на топологию и лицензионного договора

Комментарий к статье 1460

1. Пункт первый комментируемой статьи устанавливает, что, как и договор об отчуждении исключительного права на топологию, лицензионный договор заключается в письменной форме. Данное положение базируется на ст. ст. 1234 и 1235 ГК РФ. Несоблюдение письменной формы в соответствии с п. 2 ст. 1234 и п. 2 ст. 1235 ГК РФ влечет недействительность этих договоров.

2. Если топология зарегистрирована, то договоры подлежат государственной регистрации в федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности. В случае несоблюдения требования о государственной регистрации договор считается недействительным (п. п. 6 и 7 ст. 1232 ГК РФ).

Статья 1461. Служебная топология

Комментарий к статье 1461

1. В пункте 1 комментируемой статьи содержится определение "служебная топология". Законодатель относит к служебным топологиям, созданные в силу выполнения трудовых обязанностей и в силу конкретного задания работодателя. Законодатель попытался расширить объем понятия "служебная топология", отнеся к служебным топологиям не только те, которые созданы в силу трудовых обязанностей, но и те, которые созданы за пределами трудовой обязанности лицом, состоящим в трудовых отношениях с лицом, который дал ему задание на создание топологии. Вместе с тем представляется, что если речь идет о выполнении задания по созданию топологии за рамками трудового договора, то топология не должна относиться к служебной, так как в этом случае лицо, дающее задание другому лицу, не может рассматриваться в качестве работодателя последнего. Поэтому, думается, к служебной топологии должна относиться только такая топология, которая выполнена в рамках трудовых обязанностей. Таким образом, как представляется, необходимо изменить определение понятия "служебная топология", данное в комментируемой статье, так как расширение объема этого понятия приводит к необоснованному ограничению прав автора топологии. Следует предусмотреть, что служебной может считаться только такая топология, которая создана в силу обязанностей, обусловленных трудовым договором. Нередко на практике

заключаются договоры, именуемые трудовыми соглашениями, которые по своей природе являются гражданско-правовыми. Для определения характера договора необходимо правильно определить предмет договора. Предмет трудового договора составляет живой труд в общем процессе труда. Из этого следует, что трудовым договором, во-первых, регулируется труд, а не отношения по поводу результата труда, а во-вторых, труд в общем процессе труда. Таким образом, если заключен договор о создании топологии, то он не может рассматриваться как трудовой договор, а созданная топология не является служебной.

2. В пункте 2 ст. 1461 ГК РФ предусматривается, что право авторства принадлежит работнику.

Относительно исключительного права на служебную топологию необходимо отметить следующее. Представляется, что исключительное право на служебную топологию, которое закрепляется за работодателем, производно от права автора топологии, оно возникает у работодателя не только в силу создания топологии, но и в силу того, что между автором и работодателем есть трудовой договор. Первоначальное исключительное право на топологию возникает у автора, которое он презюмирует, уступая работодателю в силу следующих юридических фактов: наличия трудового договора, создания топологии, отсутствия договора между работодателем и исполнителем о том, что исключительное право на топологию принадлежит работодателю, и предоставления топологии в распоряжение работодателя.

3. Автор топологии имеет право на вознаграждение, если исключительное право принадлежит работодателю и если работодатель передал это право третьему лицу. Выплачивать вознаграждение в любом случае должен работодатель. Размер вознаграждения, условия и порядок его выплаты согласно п. 4 ст. 1461 ГК РФ должны быть определены договором, заключенным между работодателем и работником. В сущности, между ними заключается не договор, а соглашение, так как последнее не порождает обязательство, а лишь конкретизирует его условия. Если не достигнуто согласие, размер, порядок и условия выплаты вознаграждения устанавливаются судом.

В пункте 5 комментируемой статьи в целях защиты интересов работодателя предусматривается, что, если топология была создана работником с использованием денежных, технических или иных материальных средств работодателя, но не в связи с выполнением своих трудовых обязанностей или конкретного задания работодателя, она не является служебной. Однако предусматривается, что работодатель может потребовать предоставления безвозмездной простой лицензии на использование созданной топологии для собственных нужд на весь срок действия исключительного права на топологию или возмещения расходов, понесенных им в связи с созданием такой топологии. Однако исключительное право на топологию остается у автора.

Статья 1462. Топология, созданная при выполнении работ по договору

Комментарий к статье 1462

1. Комментируемая статья касается случаев создания топологии при выполнении договора подряда или договора о выполнении научно-исследовательских, опытно-конструкторских или технологических работ.

В соответствии с п. 1 ст. 702 ГК РФ по договору подряда одна сторона (подрядчик) обязуется выполнить по заданию другой стороны (заказчика) определенную работу и сдать ее результат заказчику, а заказчик обязуется принять результат работы и оплатить его. Предметом договора подряда является изготовление или переработка (обработка) вещи либо выполнение другой работы и передача результата работ.

В соответствии с п. 1 ст. 769 ГК РФ по договору подряда на выполнение научно-исследовательских работ исполнитель обязуется провести обусловленные техническим

заданием заказчика научные исследования, а по договору о выполнении опытно-конструкторских и технологических работ - разработать образец нового изделия, конструкторскую документацию на него или новую технологию, а заказчик обязуется принять работу и оплатить ее.

В соответствии с п. 1 ст. 1462 ГК РФ, если создание топологии не было прямо предусмотрено в договоре подряда или договоре о выполнении научно-исследовательских, опытно-конструкторских или технологических работ, исключительное право на такую топологию принадлежит подрядчику (исполнителю), если договором между ним и заказчиком не предусмотрено иное. Вместе с тем в силу закона у заказчика возникает право на использование топологии, которое имеет обязательственную природу, т.е. представляет собой законную лицензию, которая является неисключительной и безвозмездной. Обязательственное право на использование топологии действует в течение действия исключительного права на топологию. Данное право характеризует правом следования. Обязательственное право использования следует за исключительным правом. С изменением обладателя исключительного права на топологию право использования сохраняется.

2. Договором может быть изменена модель распределения исключительного права на топологию, закрепленная в диспозитивной норме п. 1 ст. 1462 ГК РФ, иными словами, в договоре может быть предусмотрено закрепление данного права за заказчиком или третьим лицом. Законодатель использует выражение "исключительное право передано по договору", в связи с этим необходимо сделать вывод о том, что если в договоре исключительное право закрепляется за заказчиком или третьим лицом, то данное право носит производный характер. Нужно понимать, что право возникает у подрядчика, но в силу условия договора об ином распределении права, в силу создания топологии и предоставления ее заказчику право переходит к заказчику или указанному им третьему лицу. В этом случае за исполнителем признается право использования топологии для собственных нужд, которое носит обязательственный характер, ограничено использованием топологии для собственных нужд и действует в течение срока действия исключительного права на топологию.

3. Согласно п. 3 комментируемой статьи автор топологии, который не является обладателем исключительного права на топологию, имеет право на вознаграждение. Размер вознаграждения, порядок и условия его выплаты определяются в соответствии с п. 4 ст. 1461 ГК РФ, т.е. так же, как в отношении автора служебной топологии (см. комментарий к ст. 1461 ГК РФ).

Статья 1463. Топология, созданная по заказу

Комментарий к статье 1463

1. В отличие от ст. 1462 ГК РФ, которая регулирует отношения, связанные с созданием топологии при выполнении работы по договору, но предметом которых не является создание топологии, ст. 1463 ГК РФ посвящена отношениям, которые возникают в связи с созданием топологии, которая была предметом договора. Что касается созданных в соответствии с п. 1 ст. 1463 ГК РФ топологий, устанавливается обратная презумпция распределения прав по сравнению с топологиями, созданными в соответствии с п. 1 ст. 1462 ГК РФ. Согласно п. 1 ст. 1463 ГК РФ исключительное право на созданную топологию принадлежит заказчику, если иное не предусмотрено договором между подрядчиком и заказчиком.

2. Согласно п. 2 комментируемой статьи в случае закрепления права за заказчиком или указанным им третьим лицом за подрядчиком признается право использования топологии для собственных нужд. Данное право носит обязательственный характер и

представляет собой законную лицензию неисключительного характера. Право использования топологии действует в течение срока действия исключительного права.

3. Если в соответствии с договором исключительное право принадлежит подрядчику, то за заказчиком признается право безвозмездного использования топологии для собственных нужд, которое имеет обязательственный характер и представляет собой законную лицензию, носящую неисключительный характер. Право использования топологии действует в течение срока действия исключительного права.

4. Автору созданной по заказу топологии, не являющемуся правообладателем, принадлежит право на вознаграждение, размер, порядок и условия выплаты которого устанавливаются в соответствии с нормами п. 4 ст. 1461 ГК РФ, касающимися авторов служебных топологий.

Статья 1464. Топология, созданная при выполнении работ по государственному или муниципальному контракту

Комментарий к статье 1464

Данная норма является отсылочной, она касается отношений, связанных с созданием топологий при выполнении работ по государственному или муниципальному контракту, когда применяются положения, регулирующие отношения, связанные с созданием произведений науки, литературы и искусства по государственным и муниципальным контрактам (см. комментарий к ст. 1298 ГК РФ).

Глава 75. ПРАВО НА СЕКРЕТ ПРОИЗВОДСТВА (НОУ-ХАУ)

Статья 1465. Секрет производства (ноу-хау)

Комментарий к статье 1465

Комментируемая глава Кодекса регулирует вопросы, связанные с правом на довольно новый и специфический для российского законодательства объект - секрет производства. Законодатель использует в качестве синонима этого термина слово иностранного происхождения - ноу-хау (от англ. know-how).

Важнейшим постулатом, закрепленным законодателем в ст. 1465, является то, что секрет производства (ноу-хау) составляют некие сведения, т.е. информация.

Прежде чем начать комментировать положения данной статьи Кодекса, хотелось бы остановиться на некоторых особенностях оборота информации и предпосылках возникновения ее особых разновидностей, в том числе ноу-хау.

Информация существовала всегда, так как она есть отражение объективной реальности. Однако пришло время, когда ее роль в обществе начала обретать коммерческое содержание. Насколько важна информация в нынешний век развития науки и техники, рыночных отношений? Достоверность и оперативное получение нужных сведений служат залогом правильности и своевременности принятия любого решения, предопределяют судьбу любого бизнеса. Перефразируя слова выдающегося российского ученого В.А. Дозорцева, появление системы коммерческого распространения сведений, опирающейся на появившуюся для удовлетворения общественных потребностей систему специализированных для этой деятельности организаций, которые образуют особую отрасль экономики (ее по праву можно назвать "информационной индустрией"), привело к появлению особой ветви общественных отношений, получившей название "информационные отношения" <1>.

<1> Дозорцев В.А. Интеллектуальные права. Понятие. Система. Задачи кодификации: Сборник статей / Исслед. центр частного права. М.: Статут, 2003. С. 231.

Объектом информационных отношений являются нематериальный результат труда, сведения, знания независимо от их использования <1>. При этом, как отмечал В.А. Дозорцев, потребность в получении информации существует в отношении не только конфиденциальных сведений, но и сведений общедоступных, доступ к которым затруднен в силу фактических обстоятельств <2>: обзоров рынка, новостей политики и экономики, прогнозов погоды, информации о пожарах, дорожно-транспортных и других происшествиях, различных статистических показателей и многого другого. Сегодня существует великое множество различных информационных продуктов и услуг. В сфере их создания (предоставления потребителям) заняты миллионы людей, основная цель деятельности которых - обеспечить потребителю информации комфорт при ее получении.

<1> Там же. С. 232.

<2> Там же. С. 128.

Процесс формирования новых общественных отношений зачастую связан с необходимостью переосмысления действующих юридических норм <1>. Это может привести к сужению или, наоборот, расширению сферы их применения, к возникновению новых правовых институтов. На определенной стадии развития общества сбор, обработка и предоставление информации становятся настолько важным элементом общественной жизни, что возникает необходимость предусмотреть специальные правовые меры, обеспечивающие интересы лиц, занятых в этой сфере <2>. Тем более что несоизмеримые объемы и разновидности потребляемой обществом информации обусловили не только возникновение новых видов деятельности и профессий, которые тесно связаны с поиском, сбором, обработкой и другими действиями в отношении информации. Постоянно растущая потребность общества в информации послужила причиной именовать современное общество информационным.

<1> Погуляев В. Копирайт на формулу, или Как улучшить благосостояние науки // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2003. N 3.

<2> Калятин В.О. Интеллектуальная собственность (Исключительные права): Учебник для вузов. М.: НОРМА, 2000. С. 393.

Основной принцип информационных отношений, провозглашенный Всеобщей декларацией прав человека от 10 декабря 1948 г., Европейской конвенцией о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 г., Международным пактом о гражданских и политических правах от 16 декабря 1966 г., а также конституциями некоторых стран мира (в том числе Швейцарии, Испании, России, Республики Беларусь), - свобода информации, все ограничения которой должны быть установлены законом и быть необходимыми для уважения прав и репутации других лиц или для охраны государственной безопасности, общественного порядка, здоровья и нравственности населения.

Информация представляет собой разнообразные сведения в широком смысле слова. Это могут быть сведения о лицах, предметах, фактах, событиях, явлениях, процессах. Основной особенностью информации как правовой категории является то, что образующие ее сведения не зависят от формы их представления (ст. 2 Закона об информации). Данное предписание в период действия специальных законов в области интеллектуальной собственности, в частности ЗоАП, подчеркивало разницу между предметами их регулирования и указанного Закона об информации, а именно по общему правилу правовой статус информации не зависит от правового статуса объектов

интеллектуальной собственности, в который она может быть заключена, кроме случаев, прямо указанных в Законе.

Информация в зависимости от категории доступа к ней подразделяется на общедоступную и на информацию, доступ к которой ограничен федеральными законами (информация ограниченного доступа) - конфиденциальную информацию. В зависимости от порядка предоставления или распространения информация делится:

- 1) на свободно распространяемую;
- 2) на предоставляемую по соглашению лиц, участвующих в тех или иных отношениях;
- 3) на в соответствии с федеральными законами подлежащую предоставлению или распространению;
- 4) на ограниченную или запрещенную к распространению в Российской Федерации.

Такое разграничение видов информации дает ст. 5 Закона об информации.

Секрет производства (ноу-хау), как представляется, относится к информации второй категории, что будет подробно обосновано ниже.

Термин "ноу-хау" как правовая категория предположительно возник в судебных актах США в 1916 г. В России же данный термин был впервые употреблен на законодательном уровне в Основах гражданского законодательства 1991 г.

Затем в законодательстве появились общее понятие служебной и коммерческой тайны, а также их критерии, под которые подпадало и ноу-хау, - ст. 139 ГК РФ, признанная утратившей силу с 1 января 2008 г. Федеральным законом "О введении в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации".

Вообще проблема сохранности информации существовала давно. В течение последнего десятилетия в России были приняты нормативные правовые акты различных уровней, всецело посвященные вопросам регулирования "информационных отношений" в обществе и затрагивающие эти отношения отдельно взятыми нормами. Однако законодательной базы для охраны коммерчески ценной информации, используемой в предпринимательской деятельности, а также для защиты "информационных" интересов субъектов бизнеса явно не хватало.

Значительным шагом в этом направлении стало принятие Федерального закона от 29 июля 2004 г. N 98-ФЗ "О коммерческой тайне" <1> (далее - Закон о коммерческой тайне).

<1> Российская газета. 2004. N 166; СЗ РФ. 2004. N 32. Ст. 3283.

Надо заметить, что проект данного Закона неоднократно и основательно перерабатывался. Разница между первоначальным текстом и тем, что в итоге подписал Президент России В.В. Путин, колоссальная. Судя по всему, законопроект на каком-то этапе вышел из-под контроля разработчиков, так как многие вопросы и положения, которым уделялось внимание в первой редакции законопроекта, не вошли в Закон или остались не проработанными <1>.

<1> Погуляев В.В. Плюсы и минусы Закона "О коммерческой тайне" // Новые законы и нормативные акты (приложение к "Российской газете"). 2005. N 36. С. 132.

Закон о коммерческой тайне прямо отнес секреты производства (ноу-хау) к разновидности информации, составляющей коммерческую тайну, и указал, что законодательство Российской Федерации о коммерческой тайне состоит из Гражданского кодекса, Закона о коммерческой тайне и других федеральных законов (ст. 2 указанного Закона).

В соответствии с п. 1 ст. 1 Закон о коммерческой тайне (в первоначальной редакции) регулирует отношения, связанные:

с отнесением информации к коммерческой тайне;

с передачей такой информации;
с охраной ее конфиденциальности.

Несмотря на некоторый терминологический сумбур, наблюдавшийся в формулировке целей и сферы применения названного Закона <1>, сфера регулирования Закона была понятна. Однако Федеральным законом "О введении в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации" содержание данной нормы подверглось принципиальному изменению: "1. Настоящий Федеральный закон регулирует отношения, связанные с установлением, изменением и прекращением режима коммерческой тайны в отношении информации, составляющей секрет производства (ноу-хау)".

<1> При исследовании определений основных понятий, используемых в Законе о коммерческой тайне, становится ясно, что первый вид регулируемых данным Законом отношений сформулирован некорректно, так как "коммерческая тайна" согласно ст. 3 названного Закона представляет собой не разновидность информации, а ее определенное состояние (правовой режим) - конфиденциальность. Повторим: речь в данном случае идет о тексте Федерального закона "О коммерческой тайне" в первоначальном виде, подписанном Президентом России 29 июля 2004 г.

Претерпел изменение и п. 2 ст. 3 Закона о коммерческой тайне:

"2) информация, составляющая коммерческую тайну (секрет производства), - сведения любого характера (производственные, технические, экономические, организационные и другие), в том числе о результатах интеллектуальной деятельности в научно-технической сфере, а также сведения о способах осуществления профессиональной деятельности, которые имеют действительную или потенциальную коммерческую ценность в силу неизвестности их третьим лицам, к которым у третьих лиц нет свободного доступа на законном основании и в отношении которых обладателем таких сведений введен режим коммерческой тайны..."

Каков же результат указанных изменений? Ответ прост: единственным видом, а следовательно, и синонимом понятия "информация, составляющая коммерческую тайну", с 1 января 2008 г. становится секрет производства (ноу-хау), в то время как сегодня ноу-хау лишь разновидность указанной информации. В связи с чем законодатель решил перестроить складывающуюся десятилетиями концепцию информационного права России подобным образом, не совсем понятно.

Коммерческая тайна согласно ст. 3 Закона о коммерческой тайне определенное состояние информации (правовой режим), конфиденциальность, которая при существующих или возможных обстоятельствах дает обладателю такой информации ряд преимуществ, в том числе позволяет:

- увеличить доходы;
- избежать неоправданных расходов;
- сохранить положение на рынке товаров, работ, услуг;
- получить иную коммерческую выгоду.

Следовательно, сведения, в отношении которых установлен режим коммерческой тайны, именуются не "коммерческой тайной", а "информацией, составляющей коммерческую тайну". Это различие очень важно.

При разработке указанных дефиниций законодатель избрал иной подход, нежели при определении термина "государственная тайна", содержащегося в Законе РФ от 21 июля 1993 г. N 5485-1 "О государственной тайне" (ред. от 29 июня 2004 г.). Согласно ст. 2 указанного Закона государственная тайна - это защищаемые государством сведения в области его военной, внешнеполитической, экономической, разведывательной, контрразведывательной и оперативно-розыскной деятельности, распространение которых может нанести ущерб безопасности Российской Федерации. Иными словами,

государственная тайна, в отличие от коммерческой, - это сами сведения, а не состояние их конфиденциальности. В этом видится некоторая непоследовательность законодателя. Однако представляется, что техника, использованная при разработке определений основных терминов Закона о коммерческой тайне, более совершенна по сравнению с той, что нашла отражение в нормах Закона РФ "О государственной тайне".

Отдельные вопросы обеспечения конфиденциальности информации, составляющей коммерческую тайну, содержатся и в других нормах Гражданского кодекса и федеральных законах. Права и обязанности участников хозяйственного товарищества или общества в отношении конфиденциальной информации о деятельности товарищества или общества, в том числе информации, составляющей коммерческую тайну, установлены ст. 67 ГК РФ и федеральными законами (см., например, ст. 9 Федерального закона от 8 февраля 1998 г. N 14-ФЗ "Об обществах с ограниченной ответственностью" <1> в редакции от 21 марта 2002 г.).

<1> СЗ РФ. 1998. N 7. Ст. 785; Российская газета. 1998. N 30.

Вопросам, связанным с обеспечением конфиденциальности информации в рамках отношений по договору подряда, посвящена ст. 727 ГК РФ. В соответствии с ней если сторона, благодаря исполнению своего обязательства по договору подряда, получила от другой стороны информацию о новых решениях и технических знаниях, в том числе не защищаемых законом, а также сведения, которые могут рассматриваться как коммерческая тайна, то сторона, получившая такую информацию, не вправе сообщать ее третьим лицам без согласия другой стороны. Порядок и условия пользования такой информацией определяются соглашением сторон.

Статьей 1032 гл. 54 части второй ГК РФ установлена обязанность пользователя не разглашать секреты производства (ноу-хау) <1> правообладателя и другую полученную от него конфиденциальную коммерческую информацию.

<1> Слово "ноу-хау" в скобках после слов "секреты производства" было добавлено в текст статьи Федеральным законом "О введении в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации".

Немаловажным нормативным правовым актом, регулирующим отношения по поводу информации, является Федеральный закон от 27 июля 2006 г. N 149-ФЗ "Об информации, информационных технологиях и о защите информации", заменивший Федеральный закон от 20 февраля 1995 г. N 24-ФЗ <1> "Об информации, информатизации и защите информации". Статья 1 (сфера применения) данного Закона указывает, что Закон регулирует три группы отношений, возникающих:

<1> СЗ РФ. 1995. N 8. Ст. 609.

- 1) при осуществлении права на поиск, получение, передачу, производство и распространение информации;
- 2) при применении информационных технологий;
- 3) при обеспечении защиты информации.

Однако, как особо отмечается в п. 2 указанной статьи, "положения настоящего Федерального закона не распространяются на отношения, возникающие при правовой охране результатов интеллектуальной деятельности и приравненных к ним средств индивидуализации".

В литературе было справедливо отмечено, что Закон об информации наряду с нормами прямого действия содержит системообразующие информационно-правовые нормы, подлежащие дальнейшему развитию в законодательных и иных нормативных

правовых актах отраслей информационного законодательства <1>. Со своей же стороны заметим, что нормы данного Закона в основном носят декларативный характер, что вызывает нарекания многих юристов.

<1> Кристальный Б.И., Нисневич Ю.А. Об основных положениях Федерального закона "Об информации, информатизации и защите информации" // Информационные ресурсы России. 1995. N 2.

Сохранность коммерчески ценных сведений в условиях тотальной конкурентной борьбы, обеспечение их безопасного хранения и использования во многом предопределяют успех деятельности хозяйствующего субъекта, его выживаемость на рынке. Поэтому в законодательство о коммерческой тайне входят положения законодательства о конкуренции. Его основным источником ранее был Закон РСФСР от 22 марта 1991 г. N 948-1 "О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках" <1>, признанный утратившим силу с 1 января 2008 г., а теперь - Федеральный закон от 26 июля 2006 г. N 135-ФЗ "О защите конкуренции" (далее - Закон о защите конкуренции). В соответствии с ним недобросовестная конкуренция - это любые действия хозяйствующих субъектов (группы лиц), которые направлены на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности, противоречат законодательству Российской Федерации, обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости и причинили или могут причинить убытки другим хозяйствующим субъектам, конкурентам либо нанесли или могут нанести вред их деловой репутации (ст. 4).

<1> Ведомости СНД и ВС РСФСР. 1991. N 16. Ст. 499; Бюллетень нормативных актов. 1992. N 2, 3.

Зафиксированные в этом определении требования добропорядочности, разумности и справедливости корреспондировали с общими нормами гражданского законодательства - презумпции разумности и добросовестности участников гражданских правоотношений, установленной п. 3 ст. 10 ГК РФ. Отметим, что указанные категории носят оценочный характер, что расширяет доказательственную базу в сфере пресечения недобросовестной конкуренции. Использование таких критериев для оценки добросовестности конкуренции связано с принципом "доброй совести", который происходит от римской формулы *bona fides* <1>.

<1> Тотьев К. Способы борьбы с недобросовестной конкуренцией // Закон. 1999. N 7. С. 17.

Незаконное получение, использование, разглашение информации, составляющей коммерческую, служебную и охраняемую законом тайну, является актом недобросовестной конкуренции (подп. 5 п. 1 ст. 14 Закона о защите конкуренции).

Коммерческая тайна также тесно связана с различными видами профессиональной и служебной тайн.

Так, в соответствии с п. 2 ст. 102 НК РФ налоговая тайна не подлежит разглашению налоговыми органами, органами внутренних дел, органами государственных внебюджетных фондов и таможенными органами, их должностными лицами и привлекаемыми специалистами, экспертами, за исключением случаев, предусмотренных федеральным законом.

Налоговую тайну составляют любые полученные налоговым органом, органами внутренних дел, органом государственного внебюджетного фонда и таможенным органом сведения о налогоплательщике, за исключением сведений:

1) разглашенных налогоплательщиком самостоятельно или с его согласия;
2) об идентификационном номере налогоплательщика;
3) о нарушениях законодательства о налогах и сборах и мерах ответственности за эти нарушения;

4) предоставляемых налоговым (таможенным) или правоохранительным органам других государств в соответствии с международными договорами (соглашениями), одной из сторон которых является Российская Федерация, о взаимном сотрудничестве между налоговыми (таможенными) или правоохранительными органами (в части сведений, предоставленных этим органам).

Таким образом, информация, составляющая коммерческую тайну налогоплательщика, которую налогоплательщик предоставил налоговым и иным указанным выше органам на основании законодательства, также не подлежит разглашению этими органами и составляет их служебную тайну.

Сведения, составляющие налоговую тайну, имеют специальный режим хранения и доступа и могут разглашаться только в случаях, прямо указанных в федеральном законе.

К разглашению налоговой тайны относится, в частности, использование или передача другому лицу производственной или коммерческой тайны налогоплательщика, ставшей известной должностному лицу налогового органа, органа внутренних дел, органа государственного внебюджетного фонда или таможенного органа, привлеченному специалисту или эксперту при исполнении ими своих обязанностей.

Таможенные органы, их должностные лица, получившие доступ к информации, не вправе разглашать, использовать в личных целях либо передавать третьим лицам, в том числе государственным органам, информацию, составляющую государственную, коммерческую, банковскую, налоговую или иную охраняемую законом тайну и другую конфиденциальную информацию, за исключением случаев, установленных Таможенным кодексом и иными федеральными законами (ст. 10 ТК РФ).

При проведении аудиторской проверки аудиторские организации и индивидуальные аудиторы обязаны в том числе обеспечивать сохранность документов, получаемых и составляемых в ходе аудиторской проверки, не разглашать их содержание без согласия проверяемого лица и (или) лица, заключившего договор оказания аудиторских услуг, за исключением случаев, предусмотренных законодательством Российской Федерации (п. 2 ст. 5 Федерального закона от 7 августа 2001 г. N 119-ФЗ "Об аудиторской деятельности" <1>).

<1> Российская газета. 2001. N 151, 152; СЗ РФ. 2001. N 33 (ч. I). Ст. 3422.

В соответствии со ст. 8 Федерального закона от 31 мая 2002 г. N 63-ФЗ "Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации" <1> адвокатской тайной являются любые сведения, связанные с оказанием адвокатом юридической помощи своему доверителю. К таким сведениям нужно относить и информацию, составляющую коммерческую тайну доверителя, ставшую известной адвокату в процессе оказания доверителю юридической помощи.

<1> Российская газета. 2002. N 100; СЗ РФ. 2002. N 23. Ст. 2102.

Статья 5 Основ законодательства Российской Федерации о нотариате от 11 февраля 1993 г. N 4462-1 <1> устанавливает: "Нотариусу при исполнении служебных обязанностей, а также лицам, работающим в нотариальной конторе, запрещается разглашать сведения, оглашать документы, которые стали им известны в связи с совершением нотариальных действий, в том числе и после сложения полномочий или увольнения, за исключением случаев, предусмотренных настоящими Основами".

<1> Ведомости СНД и ВС РФ. 1993. N 10; Российская газета. 1993. N 49.

Соотношение понятий "информация, составляющая коммерческую тайну" и "конфиденциальная информация" - немаловажный, но дискуссионный момент. Как отмечали ведущие эксперты в области информационного права, термин "конфиденциальность" встречается в 84 федеральных законах и 706 международных (в том числе межправительственных) соглашениях <1>. Однако ни в нормах Закона о коммерческой тайне, ни в Гражданском кодексе России, ни в иных федеральных законах не дано ответа на вопрос, каким образом информация, составляющая коммерческую тайну (в том числе ноу-хау), перекликается с конфиденциальной информацией. Единственным документом, который проливает свет на разрешение данной проблемы, является Перечень сведений конфиденциального характера, утвержденный Указом Президента России от 6 марта 1997 г. N 188, из которого следует, что информация, составляющая коммерческую тайну, не является синонимом конфиденциальной информации (хотя в определенных случаях она условно может быть использована в качестве такового), но представляет собой ее особую разновидность. Указанный Перечень относит к конфиденциальной информации помимо информации, составляющей коммерческую тайну, следующие сведения:

<1> Волчинская Е.К. Об информации, составляющей коммерческую тайну, в системе конфиденциальной информации // Материалы Всероссийской конференции "Информационная безопасность в условиях глобального информационного общества" - ИНФОФОРУМ // Бизнес и безопасность в России. 2004. Сентябрь.

о фактах, событиях и обстоятельствах частной жизни гражданина, позволяющие идентифицировать его личность (персональные данные), за исключением сведений, подлежащих распространению в средствах массовой информации в установленных федеральными законами случаях;

составляющие тайну следствия и судопроизводства;

доступ к которым ограничен органами государственной власти в соответствии с Гражданским кодексом Российской Федерации и федеральными законами (служебная тайна);

связанные с профессиональной деятельностью, доступ к которым ограничен в соответствии с Конституцией России и федеральными законами (например, врачебная, нотариальная, адвокатская тайна, тайна переписки, телефонных переговоров, почтовых отправлений, телеграфных или иных сообщений);

о сущности изобретения, полезной модели или промышленного образца до официальной публикации информации о них.

Принципиальное же отличие между коммерческой тайной и перечисленными выше видами тайн состоит в том, что коммерческая тайна - одна из "первичных" (естественных) тайн, которые непосредственно связаны с видом персонифицированного субъекта (наряду с личной тайной физического лица и государственной тайной органа государственной власти). Профессиональные тайны, которые составляет информация, передаваемая субъекту профессиональной деятельности в режиме личной тайны (врачебная тайна, тайна исповеди, тайна банковских вкладов, налоговая и др.), либо коммерческие тайны (налоговая, банковская, нотариальная и др.) являются тайнами "производными". И если в отношении "первичных" тайн у обладателя информации есть права на установление режима ограничения доступа (о чем будет подробно рассказано в настоящем комментарии), то в отношении "производных" тайн у лица, которому доверена такая информация, возникает обязанность устанавливать соответствующий режим <1>.

<1> Там же. С. 65, 66.

Вернемся к анализу дефиниции "секрет производства (ноу-хау)".

Как видно, законодатель рассматривает понятия "секрет производства" и "ноу-хау" как синонимы.

В литературе не раз отмечалось о расплывчатости обоих указанных понятий, так как в международной практике признанных определений не сложилось. Например, во Франции торговые секреты принято делить на промышленные и коммерческие; в Японии Актом о предотвращении недобросовестной конкуренции к торговым секретам отнесена любая информация, касающаяся методов производства, торговли, а также любая другая информация, затрагивающая вопросы технологии или бизнеса, которые неизвестны публике <1>.

<1> Белов В.В., Виталиев Г.В., Денисов Г.М. Интеллектуальная собственность. Законодательство и практика его применения: Учеб. пособие. М.: Юрист, 1999. С. 125, 126.

Как указано в комментируемой статье, ноу-хау могут составлять любые сведения, не обязательно связанные с производством чего-либо. Однако законодатель дает примерный неисчерпывающий перечень видов таких сведений: производственные, технические, экономические, организационные и другие, в том числе о результатах интеллектуальной деятельности в научно-технической сфере, а также сведения о способах осуществления профессиональной деятельности. Как справедливо отмечалось в юридической литературе, если приводимый в нормативном правовом акте перечень не закрыт, то зачем вообще нужен такой перечень?! С одной стороны, нельзя не согласиться с тем, что иногда подобные перечни служат хорошей шпаргалкой для правоприменителя. Однако в нашем случае существует риск того, что на практике суды будут признавать как ноу-хау только те сведения, которые прямо указаны в комментируемой статье, в то время как ноу-хау - это любые сведения, отвечающие трем требованиям (критериям):

наличие действительной или потенциальной коммерческой ценности ноу-хау в силу его неизвестности третьим лицам;

отсутствие у третьих лиц доступа к ноу-хау на законном основании;

обладателем ноу-хау в отношении него введен режим коммерческой тайны.

Однако и предусмотренный законодателем примерный перечень видов информации, которая может составлять секрет производства, и названные три критерия не могут дать четкого и исчерпывающего представления о конкретных объектах, участвующих в общественных отношениях, имеющих способность охраняться в качестве ноу-хау. Одним из таких спорных объектов является формула <1>.

<1> В Унифицированном акте торговых секретов США (Uniform Trade Secrets Act), разработанном National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, формула прямо указана в числе объектов коммерческой тайны, однако по российскому законодательству правовое положение данного объекта весьма спорно. Подробнее см.: Погуляев В. Копирайт на формулу, или Как улучшить благосостояние науки // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2003. N 3.

Рассмотрим названные критерии.

Первый из них - коммерческая ценность ноу-хау.

Ценность информации - комплексный показатель ее качества, мера пригодности для принятия решений в конкретной сфере <1>. Отсюда следует коммерческая ценность некой информации - показатель ее пригодности (полезности) для принятия решений в коммерческой деятельности. Данный показатель, основанный на деловой практике,

складывается из трех составляющих: достоверности информации, ее актуальности и полноты <2>.

<1> Гаврилов О.А. Курс правовой информатики: Учебник для вузов. М.: НОРМА (Издательская группа НОРМА-ИНФРА-М), 2000. С. 2.

<2> Зенин И., Моргунова Е., Погуляев В. Что такое информация и как ее защищать // Закон. 2002. N 12.

В литературе отмечается, что поскольку речь в данном случае идет именно о коммерческой ценности, то желание получить определенную информацию, имеющую для лица иную ценность (личную, научную и т.п.), во внимание приниматься не будет <1>. Однако следует учитывать, что законодатель в комментируемой статье говорит как о действительной, так и о потенциальной коммерческой ценности информации, т.е. о возможности заинтересованных в ее получении лиц извлечь коммерческую ценность из этой информации в будущем.

<1> Калятин В.О. Интеллектуальная собственность (Исключительные права): Учебник для вузов. М., 2000. С. 407.

Немаловажно то, что коммерческая ценность информации поставлена в зависимость от ее неизвестности третьим лицам. Обратим внимание: в комментируемой статье Гражданского кодекса упоминается только один субъект отношений - обладатель ноу-хау. С какой же целью разработчики Кодекса используют в своей законотворческой технике не общеупотребимое в большинстве нормативных правовых актов словосочетание "другие лица" (см., например, абз. 3 ч. 1 ст. 1229 ГК РФ: "Другие лица не могут использовать соответствующие результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации без согласия правообладателя..."), т.е. все, кроме непосредственного правообладателя, а именно третьи лица?

Представляется, что связано это может быть со следующим обстоятельством. В российской юридической науке долгое время шли дискуссии на тему того, объектом каких прав считать ноу-хау (более подробно об этом см. комментарий к ч. 1 ст. 1466). На уровне законодательства прослеживалась более или менее устойчивая тенденция, при которой ноу-хау по своему правовому статусу не выделялось из прочих видов информации, составляющей коммерческую тайну, а следовательно, о праве на ноу-хау можно было говорить не как об исключительном праве, аналогичном праву на результаты интеллектуальной деятельности (интеллектуальная собственность) или схожем с ним, а как о праве обладателя ноу-хау ограничивать общий доступ к нему. Именно поэтому и в ст. 139 части первой ГК РФ, и в Законе о коммерческой тайне говорилось о неизвестности информации, составляющей коммерческую тайну, третьим лицам - субъектам, не являющимся сторонами связанных с ней отношений (контрагенты, работодатель - работник, обладатель ноу-хау - органы государственной власти и местного самоуправления).

Таким образом, разработчики Кодекса, перенеяв былой законотворческий опыт вместе с его формулировками, воспроизвели в комментируемой статье ссылку на третьих лиц, изменив правовой статус самого объекта правового регулирования - приравняв его к результатам интеллектуальной деятельности и наделив его обладателя исключительными правами.

Второй неотъемлемый признак ноу-хау - его недоступность на законном основании.

Смысл данного критерия заключается в том, что лица, не связанные обязательствами (возникшими на основании договора или закона) с обладателем ноу-хау, - третьи лица могут получить ноу-хау только посредством осуществления несанкционированных действий либо в результате небрежности обладателя ноу-хау.

Однако некоторые разновидности информационных ресурсов, способные быть признанными ноу-хау, например клиентская база организации, почти не защищены от "независимых открытий" (подробнее см. комментарий к ч. 2 ст. 1466).

Последний признак ноу-хау - необходимость принятия превентивных мер, препятствующих общему доступу к нему, а именно введение особого режима. В Законе о коммерческой тайне он именовался "режимом коммерческой тайны". В результате редакции Федерального закона "О введении в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации" понятие "режим коммерческой тайны" утратило силу, так как вошло составной частью в понятие "коммерческая тайна", определяющееся как "режим конфиденциальности информации".

Необходимо учитывать, что само установление договорных обязательств и других превентивных мер, препятствующих общей доступности к информации, еще не говорит о том, что та или иная информация составляет коммерческую тайну. Введение режима конфиденциальности информации - замыкающий критерий правовых основ обеспечения интересов ее обладателя, не имеющий юридической силы вне связи с двумя другими рассмотренными выше критериями.

Итак, суть режима коммерческой тайны сводится к установлению превентивных мер, препятствующих общедоступности информации, переводя ее в разряд информации ограниченного доступа.

Иногда закон прямо указывает на те объекты, в отношении которых необходимо установить режим коммерческой тайны. Так, в ст. 771 части второй ГК РФ установлена обязанность обеспечения конфиденциальности сведений, связанных договорами о выполнении научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ (НИОКР). Заметим, что такое особое указание сделано законодателем, несмотря на наличие общей нормы ст. 139 ГК РФ, определяющей критерии информации, составляющей коммерческую тайну.

В качестве одной превентивной меры Закон о коммерческой тайне называет необходимость простановки на документах, содержащих информацию, составляющую коммерческую тайну, грифа "Коммерческая тайна". Данный гриф должен включать в себя сведения об обладателе информации, представляющей собой коммерческую тайну: полное наименование и место нахождения (если обладатель информации - юридическое лицо) либо фамилия, имя, отчество и место жительства гражданина (если обладатель информации является индивидуальным предпринимателем). При этом, как указано в ст. 16 Закона о коммерческой тайне, все грифы, нанесенные на материальные носители до вступления данного Закона в силу и указывающие на содержание в этих носителях информации, составляющей коммерческую тайну ("конфиденциально", "для ограниченного пользования" и др.), не имеют силы. Сохраняют свое действие лишь грифы, нанесенные на материальные носители информации, составляющие коммерческую тайну, обладатель которой принял меры к охране ее конфиденциальности в соответствии с требованиями Закона о коммерческой тайне.

Меры, которые обладатель ноу-хау обязан принять в рамках установления режима коммерческой тайны, принято делить на правовые, организационные и технические. Они тесно взаимосвязаны и принимаются, как правило, в совокупности. Более того, большинство превентивных мер, направленных на ограничение общего доступа к ноу-хау, являются комплексными, т.е. включают в себя и правовую, и организационную, и техническую составляющие. Именно поэтому выбор превентивных мер, обеспечивающих режим коммерческой тайны, и объединение их в четко работающую систему - процесс интеллектуальный и довольно трудоемкий.

Например, чтобы претворить в жизнь какое-либо техническое решение в области безопасности на предприятии (скажем, внедрить систему шифрования в корпоративную информационную сеть), необходимо:

- 1) дать юридическое обоснование планируемого мероприятия;

- 2) спланировать бюджет и найти источники поступления средств;
- 3) собрать необходимые разрешения на проведение работ, в том числе получить лицензии, если таковые необходимы по Федеральному закону "О лицензировании отдельных видов деятельности";
- 4) предусмотреть возможные последствия реализации такого решения (например, нарушение каким-либо образом прав сотрудников);
- 5) разработать внутрифирменные инструкции (положения, приказы) и провести полномасштабное обучение персонала компании по использованию внедренной системы;
- 6) разработать систему надзора за правильностью использования системы;
- 7) нанять персонал для исправления неполадок в работе системы.

Другими словами, во исполнение одной превентивной меры технического характера необходимо принять множество юридических, организационных и финансово-экономических мер. Точно так же во исполнение одной меры организационного плана, например усиления режима доступа на объект или организации системы фиксирования посещений этого объекта, необходимо внедрить технические (электронные) устройства, и это должно быть сделано грамотно не только технически, но и юридически.

Отметим, что с течением времени все большее значение приобретают именно технические меры предотвращения доступа к информации, составляющей коммерческую тайну (в том числе ноу-хау). Большинство организаций имеют доступ к сети Интернет, которая, будучи открытой информационной средой, предоставляет широкие возможности для различных злоумышленных действий в отношении информации.

Так называемые хакеры представляют сегодня, пожалуй, самую серьезную угрозу для компьютерных информационных ресурсов конфиденциального свойства. Деятельность хакеров принимает масштабы, поистине угрожающие безопасности не только отдельно взятых субъектов бизнеса, но и государства в целом. Например, в 2003 г. только на сайт Президента России было предпринято около 100000 компьютерных атак (приблизительно по 274 хакерские атаки в день, или 11 атак в час). Всего же число зарегистрированных атак на интернет-представительства органов государственной власти Российской Федерации в 2003 г. превысило 730000 <1>.

<1> Горбачев В.С. Концептуальные вопросы применения средств криптографической защиты информационных систем // Материалы Всероссийской конференции "Информационная безопасность в условиях глобального информационного общества - ИНФОФОРУМ" // Бизнес и безопасность в России. 2004. Сентябрь. С. 20.

Не будем углубляться в изучение технических средств обеспечения режима коммерческой тайны, отметим лишь, что для предотвращения несанкционированного доступа к конфиденциальным ресурсам Интернета обычно применяют так называемое защищенное подключение. Проводится разграничение "доверенной" (контролируемой) вычислительной сети от остального киберпространства, реализуемое при помощи межсетевых экранов. Большую роль также играет разграничение потоков информации между сегментами сети, которые соответствуют разным уровням конфиденциальности <1>.

<1> Погуляев В., Теренин А. Сохранность информации - залог здоровья бизнеса // Бизнес-адвокат. 2004. N 14.

Немаловажно и то, что превентивные меры, предпринимаемые обладателем ноу-хау в целях обеспечения его конфиденциальности, должны быть адекватны ценности информации. Обладатель информации должен не только осознавать риск потери своей монополии в отношении ноу-хау, но и прогнозировать, какие меры (средства) могут быть использованы третьими лицами для получения доступа к нему. Как указано в п. 2 ст. 39

Соглашения по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (ТРИПС) - современного международного стандарта охраны конфиденциальности информации, конкретизирующем и обеспечивающем выполнение статьи 10. bis Парижской конвенции (1967 г.), лицо может препятствовать раскрытию, получению или использованию правомерно находящейся под его контролем информации способом, противоречащим честной коммерческой практике, при условии, что такая информация в том числе является объектом надлежащих в данных обстоятельствах шагов, направленных на сохранение ее секретности, со стороны лица, правомерно контролирующего эту информацию. Безусловно, "надлежащие в данных обстоятельствах шаги" - категория оценочная. Однако при выборе тех или иных охранных мер следует исходить прежде всего из возможностей и компетенции специалистов, профессионально заинтересованных в получении той или иной конфиденциальной информации. Именно поэтому первым критерием оценки информации в качестве конфиденциальной ("закрытой") ТРИПС называет ее секретность в том смысле, что она в целом или в определенной конфигурации и подборе ее компонентов не относится к общеизвестной или легко доступной лицам в тех кругах, которые обычно имеют дело с подобной информацией. Комментируемая статья Кодекса, к сожалению, не содержит такого важного, на наш взгляд, уточнения. Отсюда следует, что и характер, и состав мер установления режима коммерческой тайны в отношении ноу-хау более чем не очевидны.

Отметим также, что законодатель перечислил виды сведений, которые не могут составлять коммерческую тайну, а соответственно, и ноу-хау. Среди них ст. 5 Закона о коммерческой тайне называет сведения:

1) содержащиеся в учредительных документах юридического лица, документах, подтверждающих факт внесения записей о юридических лицах и об индивидуальных предпринимателях в государственные реестры;

2) содержащиеся в документах, дающих право на ведение предпринимательской деятельности;

3) о составе имущества государственного или муниципального унитарного предприятия, государственного учреждения и об использовании ими средств бюджетов;

4) о загрязнении окружающей среды, состоянии противопожарной безопасности, санитарно-эпидемиологической и радиационной обстановке, безопасности пищевых продуктов и других факторах, оказывающих негативное воздействие на обеспечение безопасного функционирования производственных объектов, безопасности каждого гражданина и всего населения;

5) о численности, составе работников, 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 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, 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 отношении указанных сведений не может быть установлен режим коммерческой тайны.

До принятия Закона о коммерческой тайне большинство из перечисленных заведомо не конфиденциальных сведений уже содержалось в различных нормативных правовых актах, в том числе в Федеральном законе "Об информации, информатизации и защите информации" и Постановлении Правительства Российской Федерации от 5 декабря 1991 г. N 35 "О перечне сведений, которые не могут составлять коммерческую тайну" (с изменениями от 3 октября 2002 г.).

Как следует из этого перечня, федеральными законами могут быть предусмотрены и иные виды сведений, которые не могут быть отнесены к информации, составляющей коммерческую тайну, а соответственно, и ноу-хау. Такие сведения, в частности, указаны в Федеральном законе от 22 апреля 1996 г. N 39-ФЗ "О рынке ценных бумаг" <1> (ред. от 28 июля 2004 г.). Например, согласно ст. 9 указанного Федерального закона организатор торговли на рынке ценных бумаг (т.е. профессиональный участник рынка ценных бумаг, осуществляющий деятельность по организации торговли на данном рынке) обязан раскрыть любому заинтересованному лицу следующую информацию: правила допуска участника рынка ценных бумаг к торгам; правила допуска к торгам ценных бумаг; правила заключения и сверки сделок; правила регистрации сделок; порядок исполнения сделок; правила, ограничивающие манипулирование ценами; расписание предоставления услуг организатором торговли на рынке ценных бумаг; регламент внесения изменений и дополнений в вышеперечисленные позиции; список ценных бумаг, допущенных к торгам.

<1> СЗ РФ. 1996. N 17. Ст. 1918; Российская газета. 1996. N 79.

Интересно также вспомнить практику Верховного Суда Российской Федерации по вопросу отнесения сведений к информации, составляющей коммерческую тайну, а именно решение Верховного Суда РФ от 13 ноября 2003 г. N ГКПИ03-1188, вынесенное по заявлению Федерального государственного унитарного предприятия (ФГУП) "Кировторф" о признании недействующим и не подлежащим применению п. 2 Постановления Правительства России от 5 декабря 1991 г. N 35 "О Перечне сведений, которые не могут составлять коммерческую тайну" в том, что касается слов "до и".

Как было установлено Верховным Судом РФ в ходе рассмотрения данного дела, в п. 2 Постановления Правительства РСФСР "О Перечне сведений, которые не могут составлять коммерческую тайну" содержится запрет государственным и муниципальным предприятиям до и в процессе их приватизации относить к сведениям, составляющим коммерческую тайну, следующие данные: о размерах имущества предприятия и его денежных средствах; о вложении средств в доходные активы (ценные бумаги) других предприятий, в процентные облигации и займы, в уставные фонды совместных предприятий; о кредитных, торговых и иных обязательствах предприятия, вытекающих из законодательства РСФСР и заключенных им договоров; о договорах с кооперативами, иными негосударственными предприятиями, творческими и временными трудовыми коллективами, а также отдельными гражданами.

ФГУП "Кировторф" обратилось с заявлением, полагая нарушенными свои права оспариваемым нормативным правовым актом, установившим запрет на отнесение сведений к коммерческой тайне до приватизации, просило признать этот правовой акт недействующим из-за его противоречия ст. 8 Конституции России и п. 2 ст. 1 ГК РФ.

Как следует из представленных заявителем учредительных документов, ФГУП "Кировторф" является государственным унитарным предприятием. Заявитель полагает, что сообщение сведений о финансовом состоянии предприятия причинило ему существенный ущерб, и в связи с этим неоднократно обращался в различные судебные инстанции и правоохранительные органы. В удовлетворении заявлений было отказано со

ссылкой на оспариваемый нормативный правовой акт, поскольку указанные ФГУП "Кировторф" сведения не относятся к коммерческой тайне.

Полагая нарушенными свои права принятием Правительством РФ оспариваемого нормативного правового акта, ФГУП "Кировторф" просило признать этот акт недействующим.

Правительство страны осуществляет в Российской Федерации исполнительную власть, возложенную на него Конституцией РФ, федеральными конституционными законами, федеральными законами и указами Главы государства.

Согласно ст. 114 Конституции России, а также действующей в момент вынесения рассматриваемого решения Верховным Судом редакции ст. 14 Федерального конституционного закона от 17 декабря 1997 г. N 2-ФКЗ "О Правительстве Российской Федерации" <1> Правительство РФ управляет федеральной собственностью <2>.

<1> СЗ РФ. 1997. N 51. Ст. 5712; Российская газета. 1997. N 245.

<2> Отметим, что, согласно Федеральному конституционному закону от 19 июня 2004 г. N 4-ФКЗ "О внесении изменений в Федеральный конституционный закон "О Правительстве Российской Федерации", управление федеральной собственностью также относится к полномочиям Правительства России в сфере экономики.

Как счел Верховный Суд, из положений ст. 139 ГК РФ следует, что определение сведений, которые не могут составлять коммерческую тайну, в ходе деятельности государственных унитарных предприятий относится к компетенции Правительства России, наделенного правом принятия правовых актов.

Кроме того, указанные в оспариваемом Постановлении Правительства России сведения не могут составлять коммерческую тайну, так как согласно ст. 13 Федерального закона от 21 ноября 1996 г. N 129-ФЗ "О бухгалтерском учете" <1> и Положению по ведению бухгалтерского учета и бухгалтерской отчетности в Российской Федерации, утвержденному Приказом Министерства финансов РФ от 29 июля 1998 г. N 34н <2>, руководители федеральных государственных унитарных предприятий обязаны в порядке отчетности предоставлять эти сведения в Минимущество России и федеральные органы исполнительной власти, осуществляющие регулирование деятельности в той или иной отрасли, а поэтому третьи лица имеют к ним свободный доступ на законном основании.

<1> СЗ РФ. 1996. N 48. Ст. 5369; Российская газета. 1996. N 228. Последняя редакция внесена Федеральным законом от 30 июня 2003 г. N 86-ФЗ (с изменениями от 22 августа 2004 г.).

<2> Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 1998. N 23; Российская газета (Ведомственное приложение). 1998. N 208.

Таким образом, Правительство России при определении перечня сведений, которые не могут составлять коммерческую тайну, действовало как собственник имущества федеральных унитарных предприятий в пределах предоставленных ему вышеуказанными нормативными актами полномочий, а поэтому доводы заявителя о нарушении ст. 8 Конституции и ст. 1 ГК РФ о нарушении равенства участников гражданских правоотношений и ущемлении прав государственной собственности, находящейся у государственных унитарных предприятий, несостоятельны.

В связи с этим основания для удовлетворения заявления, по мнению Верховного Суда России, отсутствуют, поскольку оспариваемые положения нормативного правового акта приняты полномочным органом в полном соответствии с действующим законодательством и не противоречат указанным в заявлении нормам законодательства.

Итак, Верховный Суд РФ оставил заявление ФГУП "Кировторф" без удовлетворения.

Все изложенное выше показывает, насколько ценна информация в современном мире.

Вместе с тем довольно неоднозначным, более того, весьма странным представляется исключение информации из числа объектов гражданских прав, перечисленных в ст. 128 ГК РФ, Федеральным законом "О введении в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации". Видимо, законодатель исходил из того, что с введением в действие Кодекса информация станет составной частью другого объекта гражданских прав - интеллектуальной собственности. Однако разработчики Кодекса не учли, что в гражданском обороте участвует не только информация, составляющая коммерческую тайну (секрет производства - ноу-хау), но и разнообразные сведения, не обладающие всеми критериями таковой.

Статья 1466. Исключительное право на секрет производства

Комментарий к статье 1466

1. До принятия комментируемого Кодекса в научном сообществе не был найден компромисс в споре о том, объектом каких прав является секрет производства (ноу-хау). Однако представляется, что Гражданский кодекс (его некоторые нормы особенно) только подливает масла в огонь этих жарких дискуссий.

Одна точка зрения ученых заключается в том, что ноу-хау - объект интеллектуальной собственности, а следовательно, в отношении его действуют исключительные права (или права на результаты интеллектуальной деятельности в более широком смысле - интеллектуальные права; см. комментарий к ст. 1226).

В качестве обоснования данной позиции, которой, видимо, придерживаются разработчики комментируемого Кодекса, выступает издавна сложившееся и, можно сказать, уже обывательское понимание термина "ноу-хау" как незапатентованной информации. Однако помимо сущности объекта так называемой промышленной собственности (изобретения, промышленного образца и полезной модели) до его государственной регистрации, которая, безусловно, является конфиденциальной, к ноу-хау может быть отнесена и такая информация, которая вообще лишена способности быть запатентованной, но, несмотря на это, имеет коммерческую ценность в силу неизвестности ее третьим лицам (например, деловой опыт, бизнес-планы).

Кроме того, ноу-хау также может составлять добавочная информация, получаемая при использовании запатентованных технологий, которая, не будучи патентоспособной сама собой, позволяет более эффективно использовать запатентованное устройство или способ <1>.

<1> Белов В.В., Виталиев Г.В., Денисов Г.М. Интеллектуальная собственность. Законодательство и практика его применения: Учеб. пособие. М.: Юрист, 1999. С. 125.

На законодательном уровне данная точка зрения (о необходимости регулирования ноу-хау институтом исключительных прав - правом интеллектуальной собственности) подкреплялась положениями гл. 54 части второй ГК РФ, посвященными договору коммерческой концессии <1>. В соответствии со ст. 1027 ГК РФ (в редакции, действующей до 1 января 2008 г.) по договору коммерческой концессии одна сторона (правообладатель) обязуется предоставить другой стороне (пользователю) за вознаграждение на срок или без указания срока право использовать в предпринимательской деятельности пользователя комплекс исключительных прав, принадлежащих правообладателю, в том числе право на фирменное наименование и (или) коммерческое обозначение правообладателя, на охраняемую коммерческую информацию, а также на другие предусмотренные договором объекты исключительных прав - товарный

знак, знак обслуживания и т.д. Используемый в этой норме термин "охраняемая коммерческая информация" не слишком корректен. Однако нетрудно было понять, что под таковой подразумевалась информация, составлявшая коммерческую тайну, в том числе ноу-хау, которая прямо названа объектом исключительных прав. На это указывают и иные нормы гл. 54 ГК РФ, в частности упомянутое выше положение ст. 1032, согласно которому пользователь не вправе разглашать секреты производства правообладателя и другую полученную от него конфиденциальную коммерческую информацию.

<1> Термин "коммерческая концессия" - российский эквивалент таких понятий иностранного происхождения, как "франшиза" и "франчайзинг". В сфере маркетинга франчайзинг принято делить на два вида: франчайзинг "продукта и/или торгового имени" и франчайзинг "бизнес-формата".

Некоторые ученые употребляли вместо ноу-хау термин "квазиправо", которое сходно по содержанию с исключительными правами, но не является таковым.

Третья точка зрения, основанная на большинстве ранее принятых нормативных правовых актов, призванных регулировать информационную сферу отношений в обществе, в том числе посвященных конфиденциальной информации в широком смысле и отдельным ее разновидностям, заключается в том, что в отношении ноу-хау, как и иных видов информации, составляющей коммерческую тайну, действует лишь фактическая монополия его владельца (обладателя), выражающаяся в возможности устанавливать режим доступа к сведениям, составляющим ноу-хау, принимать в отношении них превентивные меры. Правовым базисом данной позиции служили положения ст. 128 части первой ГК РФ, из которых следовало, что любая информация (в том числе составляющая ноу-хау) есть самостоятельный объект гражданских прав, не являющийся составной частью как института вещных прав, так и института прав исключительных <1>. Отметим, что данное утверждение можно отнести лишь к информации (сведениям как таковым) как объекту гражданских прав и ни в коем случае нельзя применять к оригинальной форме, в которую информация может быть облечена, т.е. к объектам интеллектуальной собственности.

<1> Подробнее см.: Моргунова Е., Погуляев В., Рузакова О. Финансовая информация как объект правовой охраны // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2002. N 10.

Известны и попытки распространить на информацию (и ноу-хау тоже) режим права собственности. Это во многом было обусловлено смешением двух разных по содержанию правовых понятий - "информация" и "информационный ресурс". Между тем они отнюдь не равнозначны и не являются синонимами. Информационные ресурсы отличаются от информации (сведений в широком смысле) прежде всего двумя признаками:

- 1) их образует только документированная информация (документы), которая зафиксирована на материальном носителе и обладает реквизитами, позволяющими ее идентифицировать;
- 2) сложностью (смешанностью) правового режима <1>.

<1> Погуляев В. Еще раз о ноу-хау // Интеллектуальная собственность. Промышленная собственность. 2004. N 5. С. 15, 16.

С принятием же комментируемого Кодекса законодатель попытался окончательно установить, что ноу-хау, будучи особым видом информации, составляющей коммерческую тайну, одновременно относится к результатам интеллектуальной деятельности.

В редакции, которая будет действовать с 1 января 2008 г., указанная норма ст. 1027 ГК РФ звучит следующим образом:

"1. По договору коммерческой концессии одна сторона (правообладатель) обязуется предоставить другой стороне (пользователю) за вознаграждение на срок или без указания срока право использовать в предпринимательской деятельности пользователя комплекс принадлежащих правообладателю исключительных прав, включающий право на товарный знак, знак обслуживания, а также права на другие предусмотренные договором объекты исключительных прав, в частности на коммерческое обозначение, секрет производства (ноу-хау)".

Кроме того, ст. 1027 дополнена п. 4: "К договору коммерческой концессии соответственно применяются правила раздела VII настоящего Кодекса о лицензионном договоре, если это не противоречит положениям настоящей главы и существу договора коммерческой концессии".

Статья 1032 ГК РФ также дополнена словами "(ноу-хау)" после слов "секреты производства".

Следовательно, в отношении ноу-хау теперь действует исключительное право.

Вместе с тем представляется, что данное положение, четко отраженное в ст. ст. 1225, 1226, 1465, 1466 ГК РФ, вступает в противоречие с иными нормами Кодекса. В частности, со ст. 1467, в которой действие исключительных прав субъекта в отношении его секрета производства прекращается именно в силу потери монополии на установление режима доступа к сведениям, составляющим ноу-хау (о чем уже говорилось выше), а не на истечение сроков охраны, что присуще всем остальным объектам интеллектуальной собственности. Таким образом, правовое положение секретов производства (ноу-хау) на фоне вступающего к силу Кодекса размыто и нечетко, так как законодатель не определил, к объекту какой правовой охраны оно относится - интеллектуальной собственности или фактической монополии на установление превентивных мер.

2. В качестве носителя исключительных прав на секрет производства (ноу-хау) ст. 1466 ГК РФ называет обладателя ноу-хау.

К сожалению, разработчики Кодекса, в отличие от авторов других федеральных законов, имеющих отношение к регулированию отношений в информационной сфере, не указали, какое именно лицо необходимо считать таковым.

Согласно подп. 5 ст. 2 Закона об информации "обладатель информации - это лицо, самостоятельно создавшее информацию либо получившее на основании закона или договора право разрешать или ограничивать доступ к информации, определяемой по каким-либо признакам". Как видно, в данном случае понятие "обладатель информации" весьма схоже с понятием "правообладатель на результаты интеллектуальной деятельности" (автор или иное лицо, получившее некий объем прав по договору или закону).

Обладателем информации, составляющей коммерческую тайну, в соответствии со ст. 3 Закона о коммерческой тайне является лицо, которое:

- владеет информацией, составляющей коммерческую тайну, на законном основании;
- ограничило доступ к этой информации;
- установило в отношении этой информации режим коммерческой тайны.

Представляется, что в смысле комментируемой ст. 1466 ГК РФ уместнее использовать выражение "владелец ноу-хау" в том виде, как он определен в Законе о коммерческой тайне, так как термин "создатель информации" видится некорректным. Информацию как таковую, даже если она впоследствии обретает форму интеллектуального продукта, невозможно создать, ее можно только получить (путем сбора, накопления, анализа и т.д.) из общедоступных компонентов информации.

Поскольку ноу-хау - разновидность информации, составляющей коммерческую тайну, т.е. возникающей в процессе коммерческой (предпринимательской) деятельности, то в качестве обладателя ноу-хау может, по-видимому, выступать субъект

предпринимательской деятельности - организация или предприниматель без образования юридического лица.

3. Обладателю ноу-хау принадлежит исключительное право использования его любым не противоречащим закону способом, в том числе при изготовлении изделий и реализации экономических и организационных решений. Это право именуется исключительным правом на секрет производства. Данное законодателем уточнение на счет изготовления изделий, реализации решений делает это право схожим с правом на объект промышленной собственности, охраняемым патентом.

4. Второе предложение п. 1 ст. 1466 устанавливает право обладателя секрета производства распоряжаться исключительным правом на него. Под распоряжением в данном случае понимается заключение договора в соответствии со ст. 1468 или ст. 1469 ГК РФ.

5. Согласно п. 2 лицо, которое добросовестно и независимо от других стало обладателем сведений, составляющих содержание охраняемого ноу-хау другого лица, является обладателем самостоятельного исключительного права на это ноу-хау.

Под добросовестностью в данном случае понимается получение ноу-хау на законном основании, без нарушения прав и законных интересов обладателя исключительных прав на него.

В соответствии с п. 3 ст. 4 Закона о коммерческой тайне информация, составляющая коммерческую тайну, полученная от ее обладателя на основании договора или на другом законном основании, считается полученной законным способом. Однако в п. 2 комментируемой статьи Кодекса говорится не о получении ноу-хау на основании договора с его правообладателем. Речь в данном случае идет о так называемых независимых открытиях, от которых интересы обладателя конфиденциальной информации не защищены ни в одной стране мира. Практикой доказано, что отдельные компоненты почти любого информационного продукта, в том числе секрета производства, могут быть свободно получены из открытых общедоступных источников, например: Интернета, справочников, специальной литературы, обмена опытом между специалистами. Об этом писали даже отставные сотрудники спецслужб в своих мемуарах. Именно поэтому п. 2 ст. 4 Закона о коммерческой тайне устанавливал, что информация, самостоятельно полученная лицом при осуществлении исследований, систематических наблюдений или иной деятельности, считается полученной законным способом, несмотря на то что содержание указанной информации может совпадать с содержанием информации, составляющей коммерческую тайну, обладателем которой является другое лицо. Данный пункт, дабы не вступать в возможное противоречие с комментируемой нормой Кодекса, признан утратившим силу с 1 января 2008 г.

Но как быть, если один хозяйствующий субъект целенаправленно собирает по крупицам конфиденциальную информацию о другом участнике рынка (своем партнере или конкуренте)?

Как отмечается в литературе, специалисты в области стратегического планирования и управления производством относят сбор информации о конкурентных фирмах и компаниях к обычному маркетингу, так же как и информацию о потенциальных потребителях, репутации фирмы, государственном регулировании и т.п. <1>. Выделяют три основных направления сбора сведений - информация:

<1> Соловьев Э.Я. Коммерческая тайна и ее защита. М.: Ось-89, 2001. С. 26.

о рынке (цена, условия договоров, скидки, доля на рынке и тенденции ее изменения, рыночная политика и планы, численность и расстановка торговых агентов и т.д.);

о производстве продукции (номенклатура изделий, оценка качества и эффективности, технология и оборудование, уровень издержек и т.д.);

об организационных особенностях и финансах (выявление лиц, принимающих ключевые решения, и их философия, главные проблемы, программа проведения научно-исследовательских работ и т.д.) <1>.

<1> Там же. С. 26, 27.

Собрав указанную информацию, можно иметь полное представление о деятельности компании, ее опыте, производственных секретах, сильных, а главное, о слабых местах и использовать эти знания в конкурентной борьбе. Однако по действующему законодательству интересы законного обладателя информации, составляющей коммерческую тайну, в этом случае подлежат защите только при доказанности обстоятельств, указанных в п. 4 ст. 4 Закона о коммерческой тайне. Согласно указанной норме информация, составляющая коммерческую тайну, считается полученной незаконно, если:

ее получение осуществлялось с умышленным преодолением мер охраны ее конфиденциальности, принятых обладателем данной информации;

лицо, получившее информацию, знало, что данная информация составляет коммерческую тайну другого лица и что осуществляющее передачу этой информации лицо не имеет на передачу этой информации законного основания или имело достаточные основания полагать это.

Более ранняя редакция законопроекта "О коммерческой тайне" содержала специальное понятие: "неправомерные способы получения коммерческой тайны - собирание информации, составляющей коммерческую тайну, посредством похищения документов, подкупа или угроз, дачи взятки, введения в заблуждение, нарушения или подстрекательства (принуждения) к нарушению обязательств о соблюдении режима коммерческой тайны, а равно иным незаконным способом без согласия обладателя коммерческой тайны на передачу коммерческой тайны третьим лицам". Эта дефиниция в большей степени соответствовала нормам Соглашения ТРИПС, о котором уже было сказано выше, содержащим схожий, но более емкий по содержанию термин - "способ, противоречащий честной коммерческой практике". Под ним понимается минимум такая практика, как нарушение договора, подрыв доверия или содействие подрыву доверия, а также приобретение закрытой информации третьими лицами, которым было известно или не стало известно лишь в результате грубой небрежности, что ее приобретение относится к подобной практике. Но по каким-то причинам законодатель избежал перечисления способов незаконного получения информации, составляющей коммерческую тайну (хотя, думается, такое перечисление могло бы помочь правоприменителям), и дефиниция "неправомерные способы получения коммерческой тайны" была изъята из законопроекта "О коммерческой тайне", и в принятом и вступившем в силу одноименном Федеральном законе отсутствует.

Отметим также, что продажа, обмен или иное введение в оборот товара, если при этом незаконно использовались результаты интеллектуальной деятельности (к ним теперь прямо относятся и секреты производства) и приравненные к ним средства индивидуализации юридического лица, средства индивидуализации продукции, работ, услуг, являются актом недобросовестной конкуренции согласно Закону о защите конкуренции.

Статья 1467. Действие исключительного права на секрет производства

Комментарий к статье 1467

Как уже отмечалось выше, действие исключительного права на секрет производства законодатель не ограничивает каким-либо сроком, как это присуще произведениям,

исполнениям, фонограммам, изобретениям и другим объектам исключительных прав. Оно действует до тех пор, пока владелец ноу-хау обеспечивает ему конфиденциальность. С момента утраты фактической монополии на ограничение доступа к ноу-хау широкого круга третьих лиц, для которых оно имеет коммерческий интерес, исключительное право на это ноу-хау прекращается, причем у всех правообладателей, т.е. контрагентов, получивших право пользоваться ноу-хау от его обладателя.

Статья 1468. Договор об отчуждении исключительного права на секрет производства

Комментарий к статье 1468

Статья устанавливает предмет договора об отчуждении исключительного права на секрет производства (ноу-хау). Речь идет именно о полном отчуждении исключительного права, без возможности его первоначального носителя оставить за собой некий объем прав. Более того, п. 2 ст. 1468 запрещает лицу, распорядившемуся своим правом на отчуждение исключительного права на ноу-хау, разглашать его сущность до прекращения действия этого исключительного права (см. ст. 1467 и комментарий к ней).

К сожалению, законодатель не предусмотрел никаких существенных условий данного вида договоров, императивных и диспозитивных норм, помогающих сторонам более надежно построить свои отношения. Так, нелишне было бы установить способ описания ноу-хау, исключительное право на которое передается, а также его непосредственной передачи между контрагентами, ведь по принципу свободы договора, основанного на воле сторон, сторона, получив необходимые сведения о ноу-хау от его обладателя, может отказаться от заключения договора.

Статья 1469. Лицензионный договор о предоставлении права использования секрета производства

Комментарий к статье 1469

1. В отличие от договора об отчуждении исключительного права на секрет производства лицензионный договор разрешает использовать ноу-хау в определенных пределах.

Сторонами лицензионного договора о предоставлении права использования секрета производства являются обладатель исключительного права на ноу-хау - лицензиар и лицензиат - лицо, которому предоставляется соответствующее право в отношении ноу-хау. Руководствуясь общей нормой ст. 1235 ГК РФ о лицензионных договорах, лицензиат вправе использовать ноу-хау только в пределах тех прав и теми способами, которые предусмотрены лицензионным договором. Право использования, прямо не указанное в лицензионном договоре, не считается предоставленным лицензиату. Данное предписание, используемое в Кодексе, было позаимствовано из ЗоАП: "Все права на использование произведения, прямо не переданные по авторскому договору, считаются не переданными" (п. 2 ст. 31).

2. Пункт 2 комментируемой статьи регулирует порядок действия лицензионного договора.

Как следует из данной нормы, лицензионный договор может иметь как срочный, так и бессрочный характер. Отметим, что по общим нормам о договорах, установленных частью первой Гражданского кодекса РФ, само истечение срока действия договора не прекращает обязательств, возникших из него (например, обязанности уплаты вознаграждения лицензиару за использование ноу-хау). Однако согласно п. 3 ст. 425 ГК РФ стороны вправе установить в договоре иное условие: окончание срока действия договора влечет за собой прекращение всех обязательств сторон по нему. Вместе с тем

представляется, что такое соглашение не может изменить указания императивных норм, содержащихся в первом и втором абзацах п. 3 комментируемой статьи.

Кроме того, окончание срока действия договора не освобождает стороны от ответственности за его нарушение (п. 4 ст. 425 ГК РФ).

Если лицензионный договор о предоставлении права использования секрета производства имеет бессрочный характер, то он может быть расторгнут в одностороннем внесудебном порядке любой из сторон посредством предупреждения об этом другой стороны не позднее чем за шесть месяцев до момента расторжения (если договором не предусмотрен более длительный срок). Указанное в комментируемой норме "предупреждение" должно иметь характер уведомления.

3. Первый абзац п. 3 ограничивает право обладателя ноу-хау сделать его содержание общедоступным, т.е. прекратить принятие превентивных мер охраны его конфиденциальности и, следовательно, действие исключительного права на него до истечения срока действия заключенных лицензионных договоров о предоставлении права использования данного ноу-хау. В противном случае лицензиар обязан возместить убытки лицензиатам, возникшие у них в результате невозможности дальнейшего использования данного ноу-хау ввиду потери его коммерческой ценности.

Данное условие Кодекса в отличие от п. 5 ст. 12 Закона о коммерческой тайне <1>, утрачивающей силу с 1 января 2008 г., носит императивный характер, т.е. не может быть изменено сторонами договора.

<1> "5. Обладатель информации, составляющей коммерческую тайну, переданной им контрагенту, до окончания срока действия договора не может разглашать информацию, составляющую коммерческую тайну, а также в одностороннем порядке прекращать охрану ее конфиденциальности, если иное не установлено договором".

4. Второй абзац п. 3 комментируемой статьи Кодекса устанавливает обязанность лицензиата, которому обладатель исключительного права на ноу-хау предоставил соответствующие правомочия по лицензионному договору, сохранять конфиденциальность секрета производства до прекращения действия исключительного права на секрет производства.

Законодатель, установив такую, безусловно, справедливую обязанность контрагента, к сожалению, упустил из виду существенный момент - разъяснить, что значит "сохранять конфиденциальность"? Как было сказано ранее, обеспечение конфиденциальности есть трудоемкий, довольно затратный процесс, предполагающий принятие охранных мер, препятствующий получению информации третьими лицами. Таким образом, из буквального толкования закона следует, что лицензиат, получивший право использовать ноу-хау, скажем, на месяц, обязан впоследствии годами и даже десятилетиями ограничивать доступ ко всем ресурсам, продуктам, остаточной и производной информации, которые образовались в процессе использования ноу-хау, либо полностью их уничтожить, обезопасив себя, таким образом, от перспективы возмещения убытков лицензиару.

Кроме того, учитывая специфику рассматриваемого объекта, авторы комментируемой нормы Кодекса упустили еще один немаловажный фактор - количественный предел лицензионных договоров.

Ведь, несмотря на установленные Кодексом юридические новеллы, договорные отношения, связанные с информацией, составляющей коммерческую тайну, основаны не на акте передачи прав на использование данной информации ("прав на ноу-хау", как это часто формулируется в хозяйственных договорах), а скорее на порядке ее раскрытия, в том числе посредством предоставления доступа к ней каким-либо способом, на определенных условиях.

Но, как справедливо отмечает профессор Иллинойского университета США Питер Мэггс, "нельзя не признать, что владелец секрета может выдать лицензию на его использование третьим лицам - производителям в данной отрасли. Однако если каждая компания отрасли использует данный технологический процесс, то его нельзя не признать общеизвестным приемом производства" <1>.

<1> Мэггс П., Сергеев А.П. Интеллектуальная собственность. М.: Юрист, 2000. С. 49.

Заключая большое количество договоров о передаче (предоставлении доступа) к ноу-хау, его обладатель рискует не только быстро потерять контроль над составляющей ноу-хау информацией, но и значительно ускорить момент его перехода в "общественное достояние".

Согласно п. 2 ст. 39 Соглашения ТРИПС именно известность информации широкому кругу специалистов, обычно работающих с подобной информацией, делает ее неконфиденциальной. Отсюда следует вывод: при заключении договоров о передаче ноу-хау (прав на ноу-хау) очень важно не переступить количественный предел таких договоров, при котором контрагенты, набрав некую критическую массу, обретают статус третьих лиц. Определять этот количественный предел придется в каждом конкретном случае и, видимо, не без помощи судебных органов.

5. Нельзя не обратить внимания еще на один важный момент, касающийся взаимоотношений, возникающих в связи с лицензионными договорами, касающимися ноу-хау.

Как уже говорилось выше, в литературе указывалось на три неотъемлемых критерия качества информации: достоверность, актуальность и полноту.

Поскольку информация - это сведения о лицах, предметах, фактах, событиях, явлениях и процессах независимо от формы их представления, то сведения, не соответствующие действительности, являются "недостоверной информацией". Закон об информации также содержит термин "заведомо недостоверная информация", определения которого не дается. Исходя из вышеизложенного и руководствуясь лингвистическим анализом, можем заключить, что таковой являются сведения, несоответствие действительности которых очевидно для лица, предоставляющего их пользователям. Следовательно, предоставление заведомо недостоверной информации - это целенаправленное, умышленное введение потребителя информации (контрагента) в заблуждение.

Вместе с тем от дезинформации (умышленного или неосторожного введения в заблуждение) необходимо отличать неверно воспринятую информацию. Ложная оценка сведений о каких-либо фактах зачастую становится следствием получения некомпетентного мнения со стороны, давления авторитетов, недостатка знаний о конкретном предмете и образования в целом. Существенно, что недостоверная коммерческая информация, в том числе та, которая передана с условием сохранения ее в тайне от третьих лиц, заведомо не конфиденциальна, так как эффективность принятого на основе такой информации решения ничтожна. В отличие от дезинформации информация, неверно воспринятая отдельным субъектом, не влечет за собой потери своей ценности для других лиц. Следовательно, обязательства сторон - обладателя ноу-хау и его контрагента в отношении режима конфиденциальности этой информации имеют силу и действуют в полном объеме. Поэтому субъект, решивший, что его дезинформировали, и разгласивший третьим лицам полученные на условиях конфиденциальности коммерческие сведения, рискует быть привлеченным к ответственности владельцем этой информации.

Например, бывают случаи подбрасывания документов конфиденциального содержания, как бы невзначай потерянных конкурентом, содержащих хорошо завуалированную дезинформацию. Доказать умысел конкурента, его желание ввести кого-

то в заблуждение и причинить убытки почти невозможно. Кроме того, инициируя конфликт или обращение в суд на этой почве, человек еще больше причинит себе ущерб, в первую очередь своей репутации. Ведь как добросовестный предприниматель он должен был вернуть найденные документы их законному владельцу вместо того, чтобы тут же их использовать в своих коммерческих целях. И получается, что у того, кто дезинформирует, есть отличный повод для встречных претензий.

6. Говоря об использовании ноу-хау в коммерческой деятельности, обратим внимание и на то, что ноу-хау не может быть внесено в качестве вклада в имущество юридического лица. Как указано в п. 17 Постановления Пленума ВС РФ и Пленума ВАС РФ от 1 июля 1996 г. N 6/8 "О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации", "необходимо учитывать, что в качестве вклада в имущество хозяйственного товарищества или общества могут вноситься имущественные права либо иные права, имеющие денежную оценку. В связи с этим таким вкладом не может быть объект интеллектуальной собственности (патент, объект авторского права, включая программу для ЭВМ, и т.п.) или "ноу-хау".

24 января 2002 г. Арбитражным судом Ханты-Мансийского автономного округа была признана недействительной сделка по внесению компанией "Norex Petroleum" 50% вклада в уставный капитал ЗАО "Корпорация "Югранефть" в виде ноу-хау. Вместе с тем в названном выше Постановлении отмечено, что вкладом в имущество хозяйствующего субъекта может быть признано право пользоваться ноу-хау, передаваемое в соответствии с лицензионным договором, который должен быть зарегистрирован в порядке, предусмотренном законодательством.

Это положение находит подтверждение и в ст. 257 НК РФ, которая признает в качестве нематериального актива "владение "ноу-хау", секретной формулой или процессом, информацией в отношении промышленного, коммерческого или научного опыта", но не признает таковыми:

не давшие положительного результата научно-исследовательские, опытно-конструкторские и технологические работы;

интеллектуальные и деловые качества работников организации, их квалификацию и способность к труду.

Статья 1470. Служебный секрет производства

Комментарий к статье 1470

1. Руководствуясь сформировавшейся за десятилетия действия специальных законов традицией перехода к работодателю исключительных прав на созданный работником результат интеллектуальной деятельности, разработчики Гражданского кодекса вводят понятие "служебный секрет производства", обладателем исключительных прав на который является работодатель.

Данная норма также является императивной и не предусматривает возможности установления альтернативы сторонами отношений в отличие, скажем, от ст. 1295 ГК РФ в отношении "служебного произведения" <1>.

<1> Ранее аналогичная норма о служебных произведениях содержалась в ст. 14 Закона РФ "Об авторском праве и смежных правах".

Для признания ноу-хау служебным необходимо, чтобы получение <1> данного ноу-хау работником было обусловлено выполнением трудовых обязанностей или задания работодателя. Следовательно, доказательством наличия исключительных прав на служебное ноу-хау у работодателя являются документы, подтверждающие факт получения данного ноу-хау конкретным работником в порядке выполнения служебных

обязанностей или задания работодателя. Служебные обязанности отражаются в трудовом договоре в соответствии с Трудовым кодексом РФ (ТК РФ). Они могут развиваться и дополняться должностными инструкциями. Важно, чтобы среди письменно зафиксированных обязанностей работника фигурировали специфические обязанности, связанные с получением (законным путем) информации, обобщением ее в информационные продукты или ресурсы, которым впоследствии могут быть переданы конфиденциальные свойства ввиду коммерческой ценности и неизвестности третьим лицам. В противном случае работник, уходя из организации, унесет с собой все ее производственные секреты, к которым он имел отношение. Судебной практикой в области авторского права было доказано, что, даже если работник использует для создания произведения материалы и оборудование работодателя, это не означает, что он создал служебное произведение - просто он занимался "не тем" на рабочем месте, творил "для души", готов возместить расходы и понести наказание за тунеядство.

<1> Как уже отмечалось, термин "создатель информации" представляется не корректным, так как информация - отражение объективной действительности. Информацию невозможно создать, ее можно получить путем сбора, накопления, анализа общедоступных компонентов.

2. Пункт 2 устанавливает обязанность работника, которому в процессе выполнения трудовых обязанностей или задания работодателя стал известен секрет производства, сохранять его конфиденциальность до прекращения исключительного права на этот секрет производства.

Статья 11 Закона о коммерческой тайне, регулируя аналогичные отношения, устанавливает для такого работника срок "неразглашения" - три года, если соглашением между ним и работодателем не предусмотрено иное. Но данная норма также во избежание противоречия с Кодексом утратит силу с 1 января 2008 г.

3. К сожалению, разработчики данного раздела Кодекса не переняли ценный опыт Закона о коммерческой тайне и не включили в него положения, относящиеся к обеспечению конфиденциальности ноу-хау руководителями организации-правообладателя. Однако представляется, что эти положения могут применяться судами в конфликтных ситуациях.

Согласно ст. 273 ТК РФ руководитель организации - это физическое лицо, которое в соответствии с законом или учредительными документами организации осуществляет руководство этой организацией, в том числе выполняет функции ее единоличного исполнительного органа.

В трудовой договор, заключенный с руководителем организации, рекомендуется включать блок обязательств обеспечения им охраны конфиденциальности информации, обладателем которой являются организация и ее контрагенты, а также ответственность за обеспечение охраны ее конфиденциальности.

Как указано в ст. 277 ТК РФ, в случаях, предусмотренных федеральным законом, руководитель организации возмещает организации убытки, причиненные его виновными действиями. Такой случай был предусмотрен п. 7 ст. 11 Закона о коммерческой тайне: руководитель организации возмещает организации убытки, причиненные его виновными действиями в связи с нарушением законодательства Российской Федерации о коммерческой тайне. Однако данный пункт отменен Федеральным законом "О введении в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации".

Руководитель организации несет полную материальную ответственность за прямой действительный ущерб, причиненный организации. Расчет убытков делается в соответствии с нормами, предусмотренными гражданским законодательством, т.е. ст. 15 ГК РФ.

Статья 1471. Секрет производства, полученный при выполнении работ по договору

Комментарий к статье 1471

Статья регулирует вопросы принадлежности исключительного права на ноу-хау, полученное в результате выполнения гражданско-правовых договоров, в том числе по государственным (муниципальным) контрактам для государственных (муниципальных) нужд, - данное право принадлежит подрядчику (исполнителю), если договором не предусмотрено иное.

Статья 1472. Ответственность за нарушение исключительного права на секрет производства

Комментарий к статье 1472

1. По общему правилу, установленному п. 1 ст. 1472 ГК РФ, нарушитель исключительного права на ноу-хау, а также лицо, обязанное сохранять его конфиденциальность в соответствии с положениями настоящего раздела Кодекса и нарушившее данное обязательство, обязано возместить правообладателю причиненные своими действиями убытки.

Потенциальными нарушителями исключительного права на ноу-хау можно считать следующих лиц:

получивших ноу-хау незаконными методами;

работника, разгласившего сущность ноу-хау вопреки трудовому договору и Кодексу; контрагента, сделавшего это вопреки гражданско-правовому договору.

Интересы обладателя исключительного права на ноу-хау также могут защищаться иными способами, которые предусмотрены в ст. 12 ГК РФ и других законодательных актах, в том числе путем восстановления положения, существовавшего до нарушения, и пресечения действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения. Однако данный способ защиты может быть реализован только тогда, когда несанкционированный доступ, разглашение или иное использование секрета производства не привели к общеизвестности информации, составляющей его содержание, и существует возможность устранить последствия такого доступа, разглашения и использования. Например, на лицо, завладевшее информацией с помощью незаконных методов, может быть возложена обязанность возвратить техническую документацию или уничтожить материальные носители информации, ему может быть запрещено использовать данную информацию в его собственной сфере или распространять эти сведения среди третьих лиц <1>.

<1> Сергеев А.П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации: Учеб. Изд. 2-е, перераб. и доп. М.: ПБОЮЛ Гриженко Е.М., 2001. С. 686.

Административная ответственность может наступать по ст. 13.14 КоАП РФ: разглашение информации, доступ к которой ограничен федеральным законом (за исключением случаев, если разглашение такой информации влечет уголовную ответственность), лицом, получившим доступ к такой информации в связи с исполнением служебных или профессиональных обязанностей, влечет за собой наложение административного штрафа (на граждан в размере от 5 до 10 МРОТ; на должностных лиц - от 40 до 50 МРОТ).

Статья 183 "Незаконные получение и разглашение сведений, составляющих коммерческую, налоговую или банковскую тайну" УК РФ предусматривает уголовную ответственность за собирание сведений, составляющих коммерческую, налоговую или банковскую тайну, путем похищения документов, подкупа или угроз, а также иным

незаконным способом (такие деяния наказываются штрафом в размере до 80000 руб. или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период от одного до шести месяцев либо лишением свободы на срок до двух лет - ч. 1 ст. 183), а также за незаконные разглашение или использование сведений, составляющих коммерческую, налоговую или банковскую тайну, без согласия их владельца лицом, которому она была доверена или стала известна по службе или работе (такие деяния наказываются штрафом в размере до 120000 руб. или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период до одного года с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до трех лет либо лишением свободы на срок до трех лет - ч. 2 ст. 183). Если указанные деяния причинили крупный ущерб или были совершены из корыстной заинтересованности, то они наказываются штрафом в размере до 200000 руб. или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период до 18 месяцев с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до трех лет либо лишением свободы на срок до пяти лет (ч. 3 ст. 183). Деяния, предусмотренные ч. ч. 2 и 3 ст. 183 УК РФ, повлекшие тяжкие последствия, наказываются лишением свободы на срок до 10 лет.

Уголовная ответственность также предусмотрена за преступления в сфере компьютерной информации, под которой Уголовный кодекс Российской Федерации понимает информацию, содержащуюся на машинном носителе, в электронно-вычислительной машине, системе ЭВМ или их сети. В отношении компьютерной информации уголовно наказуемыми признаются следующие деяния:

а) неправомерный доступ (ст. 272 УК РФ) при условии, что:

данная компьютерная информация является конфиденциальной;

последствиями неправомерного доступа к ней стали уничтожение, блокирование, модификация или копирование этой информации, нарушение работы ЭВМ, системы ЭВМ или их сети;

доказана причинная связь между неправомерным доступом и указанными последствиями;

б) создание программ для ЭВМ или внесение изменений в существующие программы, заведомо приводящие к несанкционированному уничтожению, блокированию, модификации либо копированию информации, нарушению работы ЭВМ, системы ЭВМ или их сети, а равно использование либо распространение таких программ или носителей с такими программами (ст. 273 УК РФ);

в) нарушение правил эксплуатации ЭВМ, системы ЭВМ или их сети лицом, имеющим доступ к ЭВМ, системе ЭВМ или их сети, повлекшее уничтожение, блокирование или модификацию конфиденциальной информации, если это деяние причинило существенный вред (ст. 274 УК РФ).

Как видно, в отличие от гражданского законодательства и законодательства об административных правонарушениях, в основном запрещающих разглашение конфиденциальной информации, Уголовный кодекс предусматривает санкции и за ее уничтожение, т.е. стирание компьютерной информации, содержащейся на материальных носителях (цифровой и иной записи) или в памяти ЭВМ. При этом, как отмечают авторы комментария к Уголовному кодексу, "имеющаяся у пользователя возможность восстановить уничтоженную информацию с помощью средств программного обеспечения или получить данную информацию от другого пользователя не освобождает виновного от ответственности" <1>.

КонсультантПлюс: примечание.

Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации (постатейный) (под ред. Ю.И. Скуратова, В.М. Лебедева) включен в информационный банк согласно публикации - ИНФРА-М-НОРМА, 2000 (издание третье, измененное и дополненное).

<1> Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / Под общ. ред. доктора юридических наук, профессора Ю.И. Скуратова и доктора юридических наук, Председателя Верховного Суда РФ В.М. Лебедева. 3-е изд., изм. и доп. М.: НОРМА (Издательская группа НОРМА-ИНФРА-М), 2001. С. 700.

Видимо, так же обстоит дело и в случае, если компьютерная информация, составляющая коммерческую тайну, была стерта злоумышленником с одного носителя, но сохранилась у ее владельца на других носителях. Хотя, думается, подобные обстоятельства все же должны учитываться судом при определении меры наказания.

Работник за разглашение (умышленное или неосторожное) информации, составляющей коммерческую тайну своего работодателя (и/или его контрагентов), к которой он получил доступ в процессе выполнения трудовых обязанностей, при отсутствии в его (работника) действиях состава преступления может быть привлечен к дисциплинарной ответственности.

2. Пункт 2 комментируемой статьи содержит ограничения ответственности за нарушение режима коммерческой тайны. Если субъект использовал ноу-хау и не имел достаточных оснований считать, что осуществляемое им использование незаконно, то он не может быть привлечен к ответственности. Данное положение распространяется и на те случаи, когда указанный субъект получил доступ к ноу-хау в результате случайности или ошибки.

3. В соответствии с п. 5 ст. 14 Закона о коммерческой тайне лицо, которое освобождается от ответственности за незаконное использование ноу-хау по указанным выше основаниям, обязано принять меры к охране конфиденциальности информации, составляющей коммерческую тайну, если этого требует ее обладатель. Отказ данного лица выполнить требование обладателя информации, составляющей коммерческую тайну, и принять указанные меры порождает у обладателя указанной информации право на обращение в суд за защитой своих прав.

Закон о коммерческой тайне и Гражданский кодекс не содержат каких-либо специальных указаний относительно порядка рассмотрения "информационных" споров. Поэтому обладатель ноу-хау подает заявление о защите своих прав по правилам, предусмотренным общими нормами процессуального законодательства, в соответствии с требованиями подведомственности и подсудности.

"Информационные" споры - довольно сложная категория дел, в разрешении которых российским судьям еще предстоит поднатореть. А пока данные дела - большая редкость в судах.

Сложность доказывания обстоятельств в делах о нарушении режима коммерческой тайны и несанкционированном использовании конфиденциальной информации, недостаточность правовой базы и отсутствие сложившихся и широко используемых обычаев делового оборота в информационной сфере отношений - все это актуализирует поиск правовых форм решения споров, альтернативных судебному разбирательству.

За рубежом широко практикуется такой способ разрешения конфликтов, как медиация. Медиация представляет собой переговорный процесс между конфликтующими сторонами, проводимый с помощью нейтрального лица, которое должно обеспечить "заочные" переговоры сторон так, чтобы они смогли найти точки соприкосновения и прийти к взаимоприемлемому решению <1>.

<1> Ананьева Е. Медиация. Что это такое? // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2004. N 9. С. 69, 70.

В США с помощью медиации регулируется почти 75% споров, так как судебная процедура слишком дорога и продолжительна. Распространение медиации способно облегчить работу судов, снизив количество рассматриваемых дел <1>.

<1> Там же. С. 71.

Глава 76. ПРАВА НА СРЕДСТВА ИНДИВИДУАЛИЗАЦИИ ЮРИДИЧЕСКИХ ЛИЦ, ТОВАРОВ, РАБОТ, УСЛУГ И ПРЕДПРИЯТИЙ

§ 1. Право на фирменное наименование

Статья 1473. Фирменное наименование

Комментарий к статье 1473

1. Фирменное наименование согласно п. 1 комментируемой статьи - средство индивидуализации субъекта гражданского правоотношения, призванное отличать одну коммерческую организацию от другой коммерческой организации, осуществляющей аналогичную деятельность. В литературе высказывались мнения о том, чтобы правовая охрана была предоставлена наименованиям любых юридических лиц, как коммерческих, так и некоммерческих. Кроме того, высказывались взгляды на то, чтобы фирменное наименование служило средством индивидуализации не только коммерческой организации, но и индивидуального предпринимателя. Законодатель указывает, что охраняется не всякое наименование юридического лица. Право на фирменное наименование может принадлежать только коммерческим организациям. Коммерческая организация, согласно п. 1 ст. 50 ГК РФ, представляет собой организацию, преследующую извлечение прибыли в качестве основной цели своей деятельности. К коммерческим юридическим лицам относятся хозяйственные товарищества: полное товарищество, товарищество на вере; хозяйственные общества: общество с ограниченной ответственностью, общество с дополнительной ответственностью, акционерное общество; производственные кооперативы; государственные и муниципальные унитарные предприятия. Фирменное наименование с вступлением в силу части четвертой ГК РФ перестанет выполнять функцию, связанную с обеспечением возможности использования клиентелы субъектами предпринимательской деятельности. Согласно изменениям, вносимым в часть вторую ГК РФ, при продаже предприятия и заключении договора коммерческой концессии к покупателю, пользователю не переходят права на фирменное наименование. Права на фирменное наименование непередаваемы.

2. Фирменное наименование состоит из двух частей. Первая часть является обязательной, ее именуют корпусом фирменного наименования, в ней содержится указание на организационно-правовую форму юридического лица. Вторую часть фирменного наименования нередко называют условным обозначением. В этом обозначении не может быть указан только род деятельности коммерческой организации.

3. Согласно п. 3 комментируемой статьи коммерческая организация должна иметь полное фирменное наименование на русском языке. Сокращенное наименование на русском языке, полное и сокращенное фирменное наименование на языках народов России и (или) иностранных языках оно лишь вправе иметь. Фирменное наименование должно быть отражено в учредительных документах и включено в Единый государственный реестр юридических лиц.

Российская Федерация является участницей Парижской конвенции, согласно ст. 8 которой фирменное наименование охраняется во всех странах Союза без обязательной подачи заявки или регистрации и независимо от того, является ли оно частью товарного знака. Соответственно, исключительное право на фирменное наименование возникает не в

силу внесения его в Единый государственный реестр юридических лиц. Правда, в п. 1 ст. 1474 ГК РФ законодатель отмечает, что сокращенное фирменное наименование, а также фирменное наименование на языках народов России и иностранных языках защищаются исключительным правом на фирменное наименование при условии их включения в Единый государственный реестр юридических лиц.

Дополнительные требования законодатель предъявляет к фирменным наименованиям кредитных организаций. В соответствии со ст. 7 Федерального закона от 2 декабря 1990 г. N 395-1 "О банках и банковской деятельности" фирменное наименование кредитной организации должно содержать указание на характер ее деятельности путем использования слов "банк" или "небанковская кредитная организация".

Что касается акционерного общества, то законодатель допускает использование в его фирменном наименовании официального наименования Российской Федерации или слов, производных от этого наименования, если:

более 75% акций акционерного общества принадлежат Российской Федерации;
получено разрешение от Правительства России.

4. Для того чтобы фирменное наименование выполняло свою функцию, оно должно обладать различительной способностью. Такое требование в литературе называют критерием новизны фирменного наименования. Например, В.Ю. Бузанов принцип новизны рассматривает как запрет использования в фирменном наименовании (в его произвольной части) обозначений, тождественных или сходных до степени смешения с уже существующими объектами интеллектуальной собственности, права на которые принадлежат другим лицам. В.В. Орлова в докторской диссертации "Теория и практика индивидуализации в сфере интеллектуальной собственности" отмечает, что фирменное наименование не должно быть тождественным или сходным до степени смешения с фирменными наименованиями, товарными знаками, права на которые принадлежат другим лицам. Законодатель в п. 3 ст. 1474 ГК РФ указывает на то, что не допускается использование юридическим лицом фирменного наименования, тождественного фирменному наименованию другого юридического лица или сходного с ним до степени смешения, если указанные юридические лица осуществляют аналогичную деятельность и фирменное наименование второго юридического лица было включено в Единый государственный реестр юридических лиц ранее, чем фирменное наименование первого юридического лица. Вместе с тем согласно п. 6 ст. 1252 ГК РФ, если различные средства индивидуализации (фирменное наименование, товарный знак, знак обслуживания, коммерческое обозначение) оказываются тождественными или сходными до степени смешения и в результате такого тождества или сходства могут быть введены в заблуждение потребители и (или) контрагенты, преимущество имеет то средство индивидуализации, исключительное право на которое возникло ранее. Обладатель исключительного права на товарный знак может потребовать полного или частичного запрета на использование фирменного наименования. Полный запрет возможен в том случае, если товарный знак используется в тех же видах деятельности, что и фирменное наименование, а частичный запрет - если сфера действия товарного знака уже, чем деятельность коммерческой организации, использующей фирменное наименование. Таким образом, положения части четвертой Гражданского кодекса указывают, что фирменное наименование должно обладать различительной способностью, т.е. быть новым.

Помимо принципа новизны в литературе выделяют еще один принцип, применимый к фирменному наименованию, - принцип истинности. Так, В.Ю. Бузанов отмечает, что "под принципом истинности следует понимать: во-первых, комплекс императивных требований, регламентирующих содержание обязательной части фирменного наименования (позитивная составляющая); во-вторых, запрет на включение в фирменное наименование обозначений, способных ввести в заблуждение (негативная составляющая)" <1>. В качестве дополнительного требования к фирменному наименованию он указывает,

что запрещается использовать фирменное обозначение, противоречащее общественным интересам. В докторской диссертации В.В. Орлова отмечала признаки, которым должны соответствовать фирменные наименования, большинство из них получили отражение в п. 4 комментируемой статьи.

<1> Бузанов В.Ю. Правовой режим фирменных наименований в российском гражданском праве. М., 2003. С. 5.

5. В качестве последствия несоблюдения требований, предусмотренных в п. п. 3 и 4 комментируемой статьи, указано, что орган, осуществляющий государственную регистрацию юридических лиц, вправе предъявить такому юридическому лицу иск о понуждении к изменению фирменного наименования. Таким образом, орган государственной регистрации юридических лиц не вправе отказывать в регистрации юридическим лицам с тождественными или сходными с фирменными наименованиями, не вправе и предъявить иск о понуждении изменения фирменного наименования. Также необходимо обратить внимание, что согласно ст. 14 Федерального закона "О введении в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации" фирменные наименования юридических лиц, не соответствующие правилам парагр. 1 гл. 76 ГК РФ, должны быть приведены в соответствие с этими правилами при первом после 1 января 2008 г. изменении учредительных документов юридических лиц.

С 1 января 2008 г. признаны недействующими Положение о фирме, утвержденное Постановлением ЦИК и СНК Союза ССР от 22 июня 1927 г., и Основы гражданского законодательства Союза ССР и республик.

Статья 1474. Исключительное право на фирменное наименование

Комментарий к статье 1474

1. В комментируемой статье раскрывается содержание исключительного права на фирменное наименование. В ней, в частности, отмечается, что обладатель исключительного права вправе указывать фирменное наименование на вывесках, бланках, в счетах и иной документации, в объявлениях и рекламе, на товарах или их упаковках.

2. Исключительное право является непередаваемым и неотчуждаемым, оно индивидуализирует конкретного участника гражданского оборота.

3. В пункте 3 ст. 1474 Кодекса предусмотрен частный случай нарушения исключительного права на фирменное наименование. Как было предусмотрено и в Положении о фирме 1927 г., обладатель исключительного права на фирменное наименование может требовать прекращения использования фирменного наименования и возмещения причиненных ему убытков.

4. Если кто-либо регистрирует товарный знак, который тождествен или сходен до степени смешения с фирменным наименованием однородных товаров, то обладатель исключительного права на фирменное наименование вправе подать в Палату по патентным спорам в течение всего срока действия исключительного права на товарный знак возражение о признании предоставления правовой охраны товарному знаку полностью или частично недействительным (подп. 1 п. 2 ст. 1512).

Обладатель исключительного права на фирменное наименование может использовать и другие способы гражданско-правовой защиты, которые предусмотрены в ст. 1252 (см. комментарий к ст. 1252), в частности, может потребовать публикации решения о допущенном нарушении, в судебном порядке - изъятия из оборота и уничтожения оборудования, прочих устройств, материалов, главным образом используемых или предназначенных для совершения нарушения исключительного права на фирменное наименование.

Статья 1475. Действие исключительного права на фирменное наименование на территории Российской Федерации

Комментарий к статье 1475

1. Данная статья указывает, что на территории России охраняются только фирменные наименования, включенные в Единый государственный реестр юридических лиц. Таким образом, наименования иностранных юридических лиц на территории России не охраняются.

2. Момент возникновения фирменного наименования связан с моментом создания юридического лица. Согласно п. 2 ст. 51 ГК РФ юридическое лицо считается созданным со дня внесения соответствующей записи в Единый государственный реестр юридических лиц. Именно с этого момента возникает исключительное право на фирменное наименование. Исключительное право на фирменное наименование носит бессрочный характер и прекращается в момент его (фирменного наименования) исключения из Единого государственного реестра в связи с прекращением юридического лица, т.е. в связи с ликвидацией или реорганизацией юридического лица либо изменением его фирменного наименования.

Статья 1476. Соотношение прав на фирменное наименование с правами на коммерческое обозначение и на товарный знак и знак обслуживания

Комментарий к статье 1476

В комментируемой статье предусматривается, что обладатель исключительного права на фирменное наименование может использовать фирменное наименование или отдельные элементы как в коммерческом обозначении предприятия, принадлежащего ему, так и в товарных знаках или знаках обслуживания в отношении товаров, им производимых, или услуг, им оказываемых. Однако указывается, что охрана, предоставляемая коммерческому обозначению и товарному знаку, является самостоятельной. Таким образом, если лицо, которому принадлежат фирменное наименование и сходный с ним товарный знак, обнаружит факт незаконного использования тождественного или сходного с ним до степени смешения обозначения, то он может предъявить иск к лицу, использующему последнее обозначение.

§ 2. Право на товарный знак и право на знак обслуживания

1. Основные положения

Статья 1477. Товарный знак и знак обслуживания

Комментарий к статье 1477

1. Основная функция товарного знака и знака обслуживания - отличительная. Посредством товарного знака отличаются товары одного производителя от однородных товаров другого производителя. Знак обслуживания призван отличать услуги и работы, оказываемые или выполняемые одними юридическими лицами или индивидуальными предпринимателями, от однородных услуг и работ, оказываемых другими юридическими лицами и индивидуальными предпринимателями. Кроме того, товарный знак и знак обслуживания выполняют рекламную функцию. Если товар хорошо зарекомендовал себя, то товарный знак, маркирующий товар, делает рекламу его производителю.

2. Российский законодатель приравнивает знак обслуживания к товарному знаку и распространяет на него правовую охрану, предусмотренную для товарного знака. Знак обслуживания индивидуализирует услуги, поэтому если производитель осуществляет продажу своего товара, то он услугу не оказывает, а следовательно, ему не нужно регистрировать знак обслуживания в отношении такой услуги, как продажа того или иного товара. Продажа как услуга может рассматриваться только в том случае, если лицо вводит в гражданский оборот товары третьих лиц. Не во всех зарубежных странах знаку обслуживания предоставляется правовая охрана. Согласно ст. 6. *sexies* Парижской конвенции по охране промышленной собственности, участницей которой является Россия как правопреемница СССР, страны Союза обязуются охранять знаки обслуживания. Они не обязаны предусматривать регистрацию этих знаков. Вместе с тем с 1 августа 1996 г. Россия является также участницей Договора о законах по товарным знакам, согласно ст. 16 которого любая договаривающаяся сторона применяет к знакам обслуживания соответствующие положения Парижской конвенции в отношении товарных знаков и регистрирует их. В связи с этим в дальнейшем при комментировании настоящего параграфа понятие "товарный знак" будет охватывать и товарный знак, и знак обслуживания.

Необходимо отметить, что товарный знак распространяется только на тот перечень товаров и услуг, на которые он был зарегистрирован.

Статья 1478. Владелец исключительного права на товарный знак

Комментарий к статье 1478

Владельцами исключительного права на товарный знак могут быть только юридические лица и индивидуальные предприниматели. В качестве владельца исключительного права на товарный знак может выступать любое юридическое лицо, как коммерческое, так и некоммерческое, независимо от организационно-правовой формы. Юридическое лицо может иметь филиалы и представительства, которые в соответствии со ст. 55 ГК РФ не имеют статуса юридического лица, а следовательно, филиалы и представительства юридического лица не могут обладать и исключительным правом на товарный знак. Индивидуальным предпринимателем является физическое лицо, которое осуществляет предпринимательскую деятельность и зарегистрировано в качестве индивидуального предпринимателя. Постановлением Правительства России от 16 октября 2003 г. N 630 утверждены Правила ведения Единого государственного реестра индивидуальных предпринимателей. Физическое лицо, не зарегистрированное в качестве индивидуального предпринимателя, не может обладать исключительным правом на товарный знак.

Статья 1479. Действие исключительного права на товарный знак на территории Российской Федерации

Комментарий к статье 1479

Исключительное право на товарный знак предоставляется на основании государственной регистрации заявленного обозначения или в силу международных договоров.

Без государственной регистрации в России охраняются товарные знаки на основе Мадридского соглашения о международной регистрации знаков от 14 апреля 1891 г., а также Протокола к нему от 28 июня 1989 г. Заявитель подает международную заявку во Всемирную организацию интеллектуальной собственности через национальное ведомство страны происхождения товарного знака - участницы Мадридского соглашения. В

подаваемой заявителем заявке указывается, в каких странах Мадридского соглашения испрашивается охрана обозначению в качестве товарного знака. С момента международной регистрации товарного знака, если в заявке испрашивалась охрана товарного знака и на территории России, возникает исключительное право на товарный знак в России.

Охрана товарного знака без государственной регистрации осуществляется также на основании ст. 6. bis (1) Парижской конвенции, в которой предусмотрена правовая охрана общеизвестных товарных знаков. Общеизвестными признаются те обозначения, которые относятся к таковым по определению компетентного органа страны регистрации или страны применения.

Статья 1480. Государственная регистрация товарного знака

Комментарий к статье 1480

Основанием для возникновения исключительного права на товарный знак является его государственная регистрация. Без государственной регистрации исключительное право на товарный знак в России может возникать лишь в силу международной регистрации в соответствии с Мадридским соглашением о международной регистрации знаков от 14 апреля 1891 г., а также Протокола к нему от 28 июня 1989 г. и если товарный знак является общеизвестным.

Регистрацию проводит Федеральная служба по интеллектуальной собственности, патентам и товарным знакам (Роспатент), которая осуществляет в соответствии с Постановлением Правительства России от 7 апреля 2004 г. N 178 функции федерального органа исполнительной власти по интеллектуальной собственности. Регистрация основана на заявке, которая подается в подведомственную Роспатенту организацию - Федеральный институт промышленной собственности (о порядке регистрации товарного знака см. в комментариях к ст. 1503 и ст. 1505 Кодекса).

Статья 1481. Свидетельство на товарный знак

Комментарий к статье 1481

1. В результате регистрации товарного знака обладателю исключительного права на товарный знак выдается охранный документ - свидетельство на товарный знак. Свидетельства выдаются и на общеизвестные товарные знаки.

На товарные знаки, которые охраняются в силу Мадридского соглашения о международной регистрации знаков и Протокола к нему, свидетельства не выдаются.

Форма свидетельства и состав указываемых в нем сведений определяются федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим нормативно-правовое регулирование в сфере интеллектуальной собственности.

2. В комментируемой статье отмечается, что свидетельство удостоверяет само исключительное право на товарный знак, приоритет, т.е. момент, с которого возникло исключительное право на товарный знак, и перечень товаров и услуг, в отношении которых действует это исключительное право.

Статья 1482. Виды товарных знаков

Комментарий к статье 1482

1. В комментируемой статье предусмотрен неисчерпывающий перечень видов товарных знаков.

Наиболее распространены словесные обозначения: слова, сочетания слов, имеющие словесный характер, словосочетания, предложения, другие единицы языка. Слова характеризуются фонетическими, лексическими и грамматическими свойствами. Фонетика - наука о звучании слова, лексика изучает содержание слова, грамматика - грамматическое значение. Слова могут быть написаны кириллицей, латынью, на других языках. К изобразительным обозначениям относятся изображения живых существ, предметов, природных и иных объектов, а также фигуры любых форм, композиции линий, пятен, фигур на плоскости. В качестве изобразительных обозначений могут выступать изображения животных, птиц, цветов, любых других предметов окружающего мира, различного рода орнаменты и т.п. Необходимо отметить, что не могут считаться товарными знаками реалистические или схематические изображения товаров, охрана которых испрашивается. К объемным обозначениям относятся трехмерные объекты, изображение какого-либо объекта в трех измерениях. К объемным товарным знакам относятся коробка конфет, флакон для духов, бутылка для напитка и т.п. Однако следует обратить внимание, что если форма обусловлена только функциональным назначением, то объемное обозначение не может быть зарегистрировано в качестве товарного знака как не обладающее различительной способностью. Так, если форма бутылки заявлена в отношении товаров бутылок и в форме бутылки нет никакой оригинальности, то она не может быть зарегистрирована в качестве товарного знака. Однако если форма бутылки оригинальна, например выполнена в виде сабли, книги, короны, то она может быть зарегистрирована как товарный знак. К комбинированным обозначениям относятся комбинации элементов разного характера - изобразительных, словесных, объемных. Комбинированный товарный знак существует, как правило, в виде этикеток, которые включают в себя как изображение, так и слова.

Среди других обозначений можно указать звуковые обозначения, световые, обонятельные. В качестве звуковых обозначений могут быть зарегистрированы музыкальные произведения, звуки, и встречающиеся в природе, и электронные звуки. Примеры звуковых обозначений - трели соловья, лай собаки, шум моря, звук открываемой бутылки шампанского. Если звук указывает на функциональное назначение товара, то он не будет обладать различительной способностью.

2. Выбор цвета или цветового сочетания товарного знака зависит от воли заявителя. Товарный знак охраняется только в таком цвете или цветовом сочетании, в котором он зарегистрирован. Однако если другое лицо использует зарегистрированное обозначение в другом цвете или цветовом сочетании, то обладатель исключительного права на товарный знак может требовать защиты, поскольку нарушением его права будет считаться использование не только товарного знака, но и обозначения, сходного с ним до степени смешения.

Статья 1483. Основания для отказа в государственной регистрации товарного знака

Комментарий к статье 1483

1. Основания для отказа в регистрации, предусмотренные в п. п. 1 - 5 комментируемой статьи, направлены на обеспечение защиты публичных интересов, а основания, предусмотренные в п. п. 6 - 9 комментируемой статьи, - на защиту частных интересов.

В пункте 1 настоящей статьи отмечено, что не могут быть зарегистрированы в качестве товарных знаков обозначения, не обладающие различительной способностью или состоящие только из следующих элементов:

а) вошедших во всеобщее употребление для обозначения товаров определенного вида, т.е. обозначений, которые в результате длительного использования определенного товара различными производителями стали видовыми, например: термос, пейджер.

Однако если такое словесное обозначение будет оригинально графически выполнено, то оно может быть зарегистрировано в качестве товарного знака. Кроме того, возникают проблемы с тем, как определить, вошло понятие во всеобщее употребление или нет, какими критериями пользоваться. В одних случаях учитывают масштабы производства маркируемых товаров, в других - возможность возникновения в сознании устойчивой однозначной связи между определенным товаром и его обозначением. Представляется, что именно последний должен выступать в качестве критерия для определения, вошло понятие во всеобщее употребление или нет. Например, на практике решался вопрос, являются ли названия конфет "Мишка на севере", "Птичье молоко" словесным обозначением, вошедшим во всеобщее употребление для обозначения товаров определенного вида;

б) общепринятых символов и терминов. Общепринятые символы и термины содержатся в словарях, справочниках, они символизируют какую-либо область хозяйства или деятельности, к которым относятся товары или услуги, содержащиеся в перечне товаров, в отношении которых осуществляется регистрация товарного знака;

в) характеризующих товары. Характеризовать товары обозначение может, если оно указывает на вид, качество, количество, свойства, назначение, ценность, а также на время, место, способ их производства или сбыта, например: хлеб, вино, яблоко;

г) представляющих собой форму товаров, которая определяется исключительно или главным образом свойством либо назначением товаров. Если обозначение обусловлено свойствами товара и будет регистрироваться в качестве товарного знака, то это приведет к тому, что другие производители будут вынуждены искать другую форму товара, а для этого потребуется дополнительно время и дополнительные средства. В.О. Калятин приводит следующий пример: "В Гонконге заявителю отказали в регистрации мороженого и сходных продуктов в качестве товарного знака, представляющего собой стилизованную форму вафельного стаканчика. Среди доводов, в частности, можно выделить следующий: производитель мороженого или любых замороженных изделий, которые предполагается удерживать в руке при потреблении, должен будет изобрести метод сохранения содержимого так, чтобы его можно было держать. Соответственно, форма, заявленная для регистрации, определяется исключительно техническим решением, использованным для достижения указанной выше цели" <1>. В этой же статье В.О. Калятин отмечает, что не могут быть зарегистрированы в качестве товарных знаков форма товаров, которая уже используется на рынке разными потребителями, даже если она имеет незначительные отличия. В качестве примера может быть указано решение суда первой инстанции Европейского союза, в котором предусмотрено, что не могут быть зарегистрированы объемные товарные знаки в виде сигары и слитка золота шоколадных изделий, поскольку в продаже уже имеются товары похожей формы.

<1> Калятин В.О. Регистрация в качестве товарного знака формы или упаковки товара // Патенты и лицензии. 2004. N 4.

Однако если указанные выше элементы не занимают доминирующего положения в обозначении, то обозначение с этими элементами может быть зарегистрировано, однако эти элементы будут включены в товарный знак как неохраняемые.

Кроме того, обозначение, которое не имеет различительной способности, может приобрести ее в результате использования. Обязанность доказывать приобретение обозначением различительной способности возлагается на заявителя. В качестве доказательств могут быть представлены количество выпущенной продукции, маркируемой данным обозначением, территория, на которой распространяется данный товар, длительность использования обозначения и т.п.

2. Вторая категория оснований для отказа в регистрации проистекает из положений Парижской конвенции, в соответствии с которой не допускается регистрация в качестве

товарных знаков обозначений, состоящих только из элементов, представляющих собой государственные гербы, флаги и другие государственные эмблемы, сокращенные или полные наименования международных межправительственных организаций, их гербы, флаги и другие эмблемы, официальные контрольные, гарантийные и пробирные клейма, печати, награды, другие знаки отличия. Вместе с тем данные элементы могут быть включены как неохраняемые с согласия компетентного органа. Использование в товарном знаке государственной символики Российской Федерации регулируется Федеральными конституционными законами от 25 декабря 2000 г. N 1-ФКЗ "О Государственном флаге Российской Федерации", от 25 декабря 2000 г. N 2-ФКЗ "О Государственном гербе Российской Федерации", от 25 декабря 2000 г. N 3-ФКЗ "О Государственном гимне Российской Федерации". Сокращенные или полные наименования международных и межправительственных организаций также могут быть включены в качестве неохраняемых в обозначение, регистрируемое как товарный знак, если они не занимают доминирующее положение с согласия органов этих организаций. Так, если регистрируется олимпийская символика, которая представляет собой пять переплетенных колец, то должно быть получено согласие от Международного олимпийского комитета, порядок получения такого согласия предусмотрен Найробским договором об охране олимпийского символа 1981 г.

3. Следующий вид оснований для отказа в регистрации предусмотрен в п. 3 ст. 1483. К ним относятся обозначение или их элементы:

а) которые являются ложными или способными ввести в заблуждение потребителя относительно товара либо его изготовителя;

б) противоречащие общественным интересам, принципам гуманности и морали.

Ложными считаются такие обозначения, которые указывают на качество товара, его изготовителя или место происхождения, которых в действительности нет. Так, Роспатент отказал в государственной регистрации обозначения "Антишлаг" в отношении киселя, так как кисель не обладает способностью выводить шлаки из организма.

Обозначение, способное ввести в заблуждение, предполагает субъективность восприятия обозначения, иначе говоря, обозначение может породить в сознании потребителя неправильное представление о его изготовителе, товаре или месте изготовления. Например, обозначение, выполненное на иностранном языке, в некоторых случаях может ввести потребителя в заблуждение относительно места изготовления товара.

К противоречащим общественным интересам, принципам гуманности и морали практика относит слова и изображения непристойного содержания, призывы антигуманного характера, оскорбляющие человеческое достоинство, религиозные чувства. Так, было отказано в регистрации словесного обозначения "Долгожитель" для товаров 32 класса МКТУ - пива, и 33 класса МКТУ - алкогольных напитков как противоречащих общественным интересам. Среди обозначений, противоречащих гуманности и морали, можно назвать, например, натуралистическое или карикатурное изображение обнаженного или полуобнаженного женского или мужского тела, выполненное в непристойной позе; словесные обозначения, содержащие нецензурные слова.

4. Запрещена регистрация обозначений в качестве товарных знаков, тождественных или сходных до степени смешения с официальными наименованиями и изображениями особо ценных объектов культурного 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 собственника или лиц, уполномоченных собственниками, на регистрацию таких обозначений в качестве товарных знаков. Положение об особо ценных объектах культурного наследия народов Российской Федерации утверждено Указом Президента России от 30 ноября 1992 г. N 1487. Особо ценные объекты культурного наследия включены в Государственный свод

особо ценных объектов культурного наследия народов Российской Федерации. Использование наименований и изображений особо ценных объектов культурного наследия регулируется Федеральным законом от 25 июня 2003 г. N 73-ФЗ "Об объектах культурного наследия (памятниках истории и культуры) народов Российской Федерации". В.В. Орлова отмечает: "...как показывает практика, есть случаи, когда в качестве товарного знака заявляется название какой-либо подмосковной усадьбы, являющейся памятником культуры. При этом заявитель никакого отношения к ним не имеет. Очевидно, что регистрация такого товарного знака на его имя может негативно отразиться на деятельности музея" <1>.

<1> Орлова В.В. Обновленное российское законодательство о товарных знаках // Патенты и лицензии. 2004. N 4.

5. Положения п. 5 комментируемой статьи основаны на требованиях Соглашения по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности и до подписания Россией Соглашения ТРИПС не являются действующими. В настоящее время защита обозначений, идентифицирующих иностранные вина и спиртные напитки, от недобросовестных российских заявителей возможна на основании введения потребителя в заблуждение.

6. Положения п. 6 комментируемой статьи направлены на защиту интересов обладателей исключительного права на товарный знак. Не могут быть зарегистрированы в качестве товарного знака обозначения, тождественные или сходные до степени смешения с товарным знаком, заявленным на регистрацию, с товарными знаками, охраняемыми в силу международного договора, общеизвестными товарными знаками однородных товаров. Таким образом, при проведении экспертизы обозначения, заявленного в качестве товарного знака, эксперт должен:

а) установить, имеется ли тождественность или сходность заявленного обозначения до степени смешения с указанными выше товарными знаками;

б) сравнить перечень товаров, в отношении которых испрашивается регистрация обозначения в качестве товарного знака, с перечнем товаров тождественного или сходного до степени смешения товарного знака и определить, являются эти товары однородными или нет.

Обозначение считается тождественным другому обозначению, если оно совпадает с ним во всех элементах. Обозначение считается сходным до степени смешения с другим обозначением, если оно ассоциируется с ним в целом, несмотря на некоторые отличия. При установлении однородности товаров определяется принципиальная возможность возникновения у потребителя представления о принадлежности этих товаров одному изготовителю. Для установления однородности товаров принимаются во внимание род (вид) товаров, их назначение, вид материала, из которого они изготовлены, условия реализации товаров, круг потребителей и иные признаки. Например, однородными товарами будут "пальто, пиджаки, платье, жакеты", поскольку они относятся к одной родовой группе - "одежда". Также необходимо обратить внимание, что однородные товары не обязательно содержатся в одном классе МКТУ, в котором могут оказаться неоднородные товары. Так, однородные товары содержатся в 1-м классе МКТУ - химические вещества, используемые для брожения вин; во 2-м классе МКТУ - красители для ликеров, напитков; в 29-м классе МКТУ - паста томатная; в 30-м классе МКТУ - соус томатный.

Роспатентом разработан проект административного регламента исполнения государственной функции по организации приема заявок на товарные знаки, знаки обслуживания, их регистрации и экспертизы, выдаче свидетельств, в котором отражены положения о том, как устанавливать сходность товарных знаков и однородность товаров.

Вместе с тем регистрация обозначения, сходного до степени смешения товарного знака в отношении однородных товаров, может быть осуществлена, если будет получено согласие правообладателя товарного знака.

7. В пункте 7 комментируемой статьи устанавливается запрет регистрации товарного знака в отношении любых товаров, тождественных или сходных до степени смешения с наименованием места происхождения товара. Однако из этого запрета есть исключение. Это исключение применяется при наличии одновременно трех условий:

а) регистрация такого обозначения осуществляется в отношении обладателя исключительного права на наименование места происхождения товара;

б) наименование включается как неохраняемый элемент в обозначение;

в) регистрация обозначения осуществляется в отношении товаров, для индивидуализации которых зарегистрировано наименование места происхождения товара.

8. В пункте 8 комментируемой статьи запрет на регистрацию установлен в целях защиты интересов обладателя исключительного права на фирменное наименование или коммерческое обозначение, на селекционное достижение, зарегистрированное в Государственном реестре охраняемых селекционных достижений.

9. В пункте 9 комментируемой статьи запрет установлен в целях защиты интересов обладателей исключительного права на обозначенный в подп. 1 объект авторского права, защиты неимущественных интересов известного в России лица; защиты интересов обладателей исключительного права на промышленный образец, знака соответствия и доменного имени.

Необходимо отметить, что экспертиза в ходе регистрации товарного знака в соответствии с п. 1 ст. 1499 ГК РФ проводится только по положениям п. п. 1 - 7, а по п. п. 8, 9 комментируемой статьи экспертиза не проводится.

10. По перечисленным в комментируемой статье основаниям для отказа в регистрации правовая охрана также не предоставляется обозначениям, которые признаются товарными знаками в соответствии с международными договорами Российской Федерации.

2. Использование товарного знака и распоряжение исключительным правом на товарный знак

Статья 1484. Исключительное право на товарный знак

Комментарий к статье 1484

1. Содержание исключительного права на товарный знак составляет возможность правообладателя использовать его любыми не противоречащими закону способами, примерный перечень которых предусмотрен в п. 2 комментируемой статьи. Правообладатель может распорядиться своим исключительным правом как посредством заключения договора об отчуждении исключительного права, так и путем заключения лицензионного договора, договора коммерческой концессии или предоставления исключительного права в залог.

2. Суть использования товарного знака заключается в том, что совершаются действия, посредством которых товарный знак выступает в качестве средства индивидуализации товаров, работ или услуг, в отношении которых товарный знак зарегистрирован.

Например, использованием товарного знака является его размещение не только на самих товарах, но и на этикетках, упаковках товара, которые произведены, вводятся в гражданский оборот на территории Российской Федерации, хранятся или перевозятся с целью введения в гражданский оборот либо ввозятся на территорию Российской Федерации.

Знак обслуживания используется при размещении его при выполнении работ или оказании услуг.

В качестве использования товарного знака и знака обслуживания рассматривается также размещение их на документации, связанной с введением товаров в гражданский оборот.

Использованием товарного знака и знака обслуживания считается размещение его в предложениях о продаже товаров и выполнении работ, об оказании услуг, а также в объявлениях, на вывесках и в рекламе.

Законодатель относит к использованию товарного знака и знака обслуживания использование его в сети Интернет, в том числе в доменном имени и при других способах адресации.

3. Если другие лица хотят использовать товарный знак или обозначение, сходное до степени смешения с товарным знаком в отношении товаров, для которых зарегистрирован товарный знак, или однородных товаров, если в результате такого использования возникнет вероятность смешения, то с обладателем исключительного права эти лица должны заключить лицензионный договор. Понятие однородного товара раскрывается в ст. 1483.

Необходимо отметить, что использование товарного знака не только право, но и обязанность.

Статья 1485. Знак охраны товарного знака

Комментарий к статье 1485

Знак охраны товарного знака выполняет информационную функцию и размещается рядом с товарным знаком, чтобы указать на охраняемый в России товарный знак.

Статья 1486. Последствия неиспользования товарного знака

Комментарий к статье 1486

1. Использование товарного знака является не только правом, но и обязанностью обладателя исключительного права на него. В пункте 1 ст. 1486 Кодекса установлен пресекательный срок существования права - три года. Если в течение любых трех лет после регистрации товарного знака этот товарный знак не будет непрерывно использоваться, то правовая охрана может быть досрочно прекращена в отношении либо всех, либо некоторых товаров. Данное правило установлено в связи с тем, что если существуют так называемые мертвые товарные знаки, то от них нужно освободиться и дать возможность использовать их лицам, которые активно занимаются производством товаров, оказанием услуг и выполнением работ. Для досрочного прекращения правовой охраны товарного знака любое лицо может подать заявление в Палату по патентным спорам по истечении указанных выше трех лет. При этом заявитель не должен доказывать, что правообладатель не использует товарный знак, напротив, именно правообладатель должен доказать, что он его использует.

2. Под использованием товарного знака в комментируемой статье подразумевается использование товарного знака не только правообладателем, но и другими лицами, которые вправе использовать товарный знак правообладателя как в силу лицензионного договора, так и в силу других договоров, например договора коммерческой концессии, по которым они получают разрешение использовать товарный знак под контролем правообладателя. Под использованием понимаются любые действия, предусмотренные в п. 2 ст. 1484 ГК РФ, за исключением тех, которые непосредственно не связаны с введением товара в оборот. Таким образом, не могут считаться использованием товарного

знака хранение и перевозка товаров, маркируемых товарным знаком. Как использование товарного знака будет рассматриваться размещение товарного знака на товарах, в том числе на этикетках, упаковках, которые предлагаются к продаже, продаются, демонстрируются на выставках и ярмарках.

3. Не всегда, если правообладатель не использует товарный знак, Палата по патентным спорам может принять решение о досрочном прекращении правовой охраны товарного знака. Если заявителем представлены доказательства, что он по не зависящим от него причинам не мог использовать товарный знак, то заявление не будет удовлетворено. В частности, для производства некоторых товаров необходимо получить разрешение компетентных государственных органов. Если выдача такого разрешения осуществлялась достаточно длительное время не по вине обладателя исключительного права на товарный знак, то в заявлении о досрочном прекращении товарного знака должно быть отказано.

4. Если обладатель докажет использование товарного знака лишь в отношении части товаров, для которых товарный знак был зарегистрирован, то в отношении другой части товаров правовая охрана товарного знака может быть досрочно прекращена. Если правообладатель не докажет использование товарного знака в отношении ни одного из товаров, касательно которых была осуществлена регистрация товарного знака, то правовая охрана товарного знака может быть прекращена в отношении всех товаров, для индивидуализации которых товарный знак был зарегистрирован.

Статья 1487. Исчерпание исключительного права на товарный знак

Комментарий к статье 1487

Принцип исчерпания прав имеет территориальный характер. Таким образом, если товары, маркированные товарным знаком, были введены за пределами России, а затем ввезены на территорию России, то их использование в Российской Федерации допускается только с согласия правообладателя.

Статья 1488. Договор об отчуждении исключительного права на товарный знак

Комментарий к статье 1488

1. Договор об отчуждении исключительного права на товарный знак может быть заключен в отношении как всех товаров, так и части товаров, для индивидуализации которых была осуществлена регистрация товарного знака.

Данный договор является консенсуальным. Указание в определении договора на то, что правообладатель передает или обязуется передать в полном объеме принадлежащее ему исключительное право на соответствующий товарный знак, может ввести в заблуждение: на основании этого можно сделать вывод, что данный договор может быть как реальным, так и консенсуальным. Однако это не так. Права не материальны, поэтому их нельзя физически передать, а следовательно, передача права не есть какое-либо действие, которое является либо моментом вступления в силу договора, либо действием по исполнению договора. Данный договор подлежит государственной регистрации, и из этого следует, что в соответствии с п. 4 ст. 1234 Кодекса исключительное право на товарный знак переходит к его приобретателю в момент государственной регистрации этого договора.

Договор, как правило, является возмездным. Однако стороны могут предусмотреть, что данный договор безвозмездный.

Содержание договора составляют его условия. Если договор возмездный, а он именно такой, если в самом договоре не указано, что он является безвозмездным, то

существенным условием договора об отчуждении исключительного права на товарный знак выступает размер вознаграждения, который должен быть определенным или определяемым, а также предмет договора - исключительное право на товарный знак, который индивидуализируется путем указания на номер и дату выдачи свидетельства на товарный знак. Согласно ч. 2 п. 3 ст. 1234 ГК РФ, при отсутствии в возмездном договоре об отчуждении исключительного права условия о размере вознаграждения или порядке его определения договор считается незаключенным. При этом правила определения цены, предусмотренные п. 3 ст. 424 настоящего Кодекса, не применяются.

Кроме того, необходимо обратить внимание на то, что отчуждаемое исключительное право на товарный знак может быть обременено, правообладатель может до уступки исключительного права предоставить право на использование товарного знака третьим лицам - заключить лицензионные договоры либо договор о залоге исключительного права на товарный знак. Такое обремененное исключительное право на товарный знак также может выступать в качестве предмета договора об отчуждении исключительного права, при этом по общему правилу все обременения следуют за этим исключительным правом. А следовательно, если был заключен лицензионный договор, то будет иметь место перемена лица в обязательстве, возникшем из лицензионного договора в связи с уступкой исключительного права на товарный знак. Место лицензиара займет новый обладатель исключительного права на товарный знак.

2. Законодатель устанавливает два вида запретов на отчуждение товарного знака по данному договору. Первый - если отчуждение может стать причиной введения потребителя в заблуждение относительно товара или его изготовителя. Например, слово "московский" в товарном знаке для правообладателя из другого региона способно ввести потребителя в заблуждение относительно товара или его изготовителя.

3. Второй запрет на отчуждение товарного знака по данному договору установлен в п. 3 комментируемой статьи: не допускается отчуждение товарного знака, включающего в качестве неохраняемого элемента наименование места происхождения товара, приобретателю, который не имеет исключительного права на такое наименование.

Кроме того, исключительное право на товарный знак может быть уступлено только тому лицу, которое может обладать исключительным правом на товарный знак. Следовательно, в качестве приобретателя может выступать только юридическое лицо или индивидуальный предприниматель.

Статья 1489. Лицензионный договор о предоставлении права использования товарного знака

Комментарий к статье 1489

1. Сторонами данного договора могут выступать юридические лица или индивидуальные предприниматели.

Конституирующими признаками лицензионного договора являются следующие:

предметом договора, в отличие от договора об отчуждении исключительного права, выступает право использования, которое носит обязательственный характер;

лицензионный договор является консенсуальным, он вступает в силу с момента его государственной регистрации;

договор считается возмездным, если его безвозмездность не установлена договором;

если договор возмездный, то он двусторонний, а если безвозмездный - односторонний;

договор является срочным, а право использования предоставляется лишь на определенный срок;

предоставленное по договору право может быть ограничено определенной территорией;

без согласия лицензиара лицензиат не может предоставить полученное право использования третьим лицам.

Все эти признаки указывают на отличия лицензионного договора от договора об отчуждении исключительного права, по которому переходит исключительное право (абсолютное право) на товарный знак в полном объеме на весь срок его действия и, следовательно, возможность распоряжаться этим правом по своему усмотрению.

Содержание лицензионного договора как сделки составляют условия.

К существенным условиям возмездного лицензионного договора относятся предмет договора, способы использования и цена.

К существенным условиям безвозмездного лицензионного договора соответственно относятся предмет договора и способы использования.

Предмет лицензионного договора определяется путем указания на товарный знак, право использования которого предоставляется по договору, с указанием номера и даты выдачи свидетельства.

Необходимо также отметить, что в силу ограничительного толкования договора право использования, прямо не указанное в лицензионном договоре, не считается предоставленным лицензиату. Право использования соответствует способу использования, поэтому если в договоре прямо не указан тот или иной способ использования, то лицензиат не вправе использовать товарный знак этим способом.

Срок, на который заключается лицензионный договор, не может превышать срока действия исключительного права на товарный знак. Когда в лицензионном договоре срок его действия не определен, договор считается заключенным на пять лет.

Лицензионный договор подлежит государственной регистрации в федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности. Несоблюдение требования о государственной регистрации влечет за собой недействительность договора.

Лицензионный договор может быть исключительным и неисключительным (подробнее см. комментарий к ст. 1236 Кодекса).

2. Лицензиат обязан обеспечить соответствие качества производимых или реализуемых им товаров, на которых он помещает лицензионный товарный знак, требованиям к качеству, устанавливаемым лицензиаром. Если к лицензиату предъявлены претензии как к изготовителю товаров, то лицензиар и лицензиат несут солидарную ответственность, а это означает, что требование в полном объеме может быть адресовано и лицензиару, и лицензиату.

3. Если товарный знак включает в качестве неохраняемого элемента наименование места происхождения товара, то лицензиатом может быть только лицо, которое обладает исключительным правом на такое наименование.

Статья 1490. Форма и государственная регистрация договоров о распоряжении исключительным правом на товарный знак

Комментарий к статье 1490

1. Любые договоры, посредством которых правообладатель распоряжается исключительным правом на товарный знак, должны быть заключены в письменной форме и зарегистрированы в федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности. Поскольку данный договор подлежит государственной регистрации, он должен быть составлен в виде отдельного документа. Несоблюдение требования государственной регистрации договора влечет за собой недействительность договора.

2. Порядок государственной регистрации договоров должен быть определен в административном регламенте федерального органа исполнительной власти, осуществляющего нормативно-правовое регулирование в сфере интеллектуальной собственности.

Статья 1491. Срок действия исключительного права на товарный знак

Комментарий к статье 1491

1. Срок действия исключительного права на товарный знак - 10 лет, который начинается с даты подачи заявки на государственную регистрацию. Согласно п. 8 ст. 1492 ГК РФ датой подачи заявки на товарный знак считается день поступления в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности документов, входящих в состав заявки. Если документы, входящие в состав заявки, представлены не одновременно, то днем поступления заявки считается день поступления последнего документа.

2. Срок действия исключительного права на товарный знак может быть продлен неограниченное количество раз на 10 лет. Возможность такого продления срока обусловлена тем, что товарный знак не устаревает в отличие от объектов патентного права, он отлично выполняет отличительную функцию, товары, маркируемые им, хорошо зарекомендовали себя в гражданском обороте, производитель товаров заинтересован в сохранении правовой охраны товарного знака.

3. В целях информирования о правовом состоянии товарного знака третьих лиц в Государственный реестр товарных знаков вносится запись о продлении срока действия исключительного права на товарный знак. Такая же запись вносится и в охранный документ - свидетельство, которое удостоверяет действие исключительного права на товарный знак.

4. Государственная регистрация товарного знака.

Подробный комментарий государственной регистрации товарного знака не может быть дан в связи с тем, что в момент написания комментария не принят административный регламент по организации приема заявок на товарные знаки и знаки обслуживания, их регистрации и экспертизы, выдачи свидетельства.

3. Государственная регистрация товарного знака

Статья 1492. Заявка на товарный знак

Комментарий к статье 1492

1. В качестве заявителя, будущего правообладателя, может выступать только юридическое лицо или индивидуальный предприниматель, так как только они могут выступать обладателями исключительного права на товарный знак. Заявка может быть подана не только заявителем, но и патентными поверенными и другими представителями, которые должны иметь доверенность от заявителя.

2. Заявка может относиться только к одному товарному знаку, нельзя подать одну заявку на два и более товарных знака.

3. Заявка состоит из документов, предусмотренных в подп. 1 - 4 п. 3.

4. Заявка подписывается заявителем, а в случае подачи через представителя может быть подписана представителем.

5. Заявка может быть составлена не только на русском, но и на любом другом языке. В последнем случае должен быть представлен перевод документов на русский язык.

Статья 1493. Право ознакомления с документами заявки на товарный знак

Комментарий к статье 1493

Любое лицо после подачи заявки может знакомиться с документами заявки.

Правила ознакомления с документами заявки должны быть установлены в административном регламенте федерального органа исполнительной власти, осуществляющего нормативно-правовое регулирование в сфере интеллектуальной собственности.

Статья 1494. Приоритет товарного знака

Комментарий к статье 1494

1. Приоритет устанавливает момент, с которого у лица, подающего заявку в случае регистрации товарного знака, возникает исключительное право на товарный знак. Приоритет необходим для проведения экспертизы обозначения, регистрируемого в качестве товарного знака. С приоритетом связано исчисление срока действия исключительного права на товарный знак.

2. Предусмотренное в п. 2 ст. 1496 Кодекса право на выделение заявки основано на положениях ст. 7 Договора о законах по товарным знакам. Цель предоставления такого права заключается в возможности зарегистрировать товарный знак в отношении тех услуг и товаров, которые не подпадают под основания для отказа в регистрации и не нарушают интересы третьих лиц. Ходатайство о выделении заявки можно подать до принятия решения по первоначальной заявке, при этом первоначальная заявка не должна быть отозвана или быть признана отозванной.

Статья 1495. Конвенционный и выставочный приоритет товарного знака

Комментарий к статье 1495

1. При испрашивании конвенционного приоритета необходимо соблюсти следующие условия:

первая заявка должна быть подана в государстве - участнике Парижской конвенции; заявка в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности должна быть подана в течение шести месяцев с даты подачи первой заявки; должно быть выражено желание воспользоваться конвенционным приоритетом при подаче заявки в течение двух месяцев с момента подачи заявки в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности и должны быть приложены документы, подтверждающие правомерность такого требования, или эти документы должны быть представлены в указанный федеральный орган в течение трех месяцев со дня подачи заявки;

к заявке должны быть приложены документы, подтверждающие подачу первой заявки в государстве - участнице Парижской конвенции.

2. При испрашивании выставочного приоритета должны быть соблюдены следующие условия:

а) должен состояться открытый показ экспоната с помещенным на нем товарным знаком на официальной или официально признанной международной выставке, организованной на территории одного из государств - участников Парижской конвенции;

б) заявка на товарный знак должна быть подана в федеральный орган исполнительной власти в течение шести месяцев с даты начала открытого показа экспоната на международной выставке;

в) выражено желание заявителя воспользоваться выставочным приоритетом при подаче заявки в течение двух месяцев с момента подачи заявки в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности;

г) к заявке должны быть приложены документы, подтверждающие статус выставки и содержащие наименование лица, экспонирующего товары, обозначение, которым маркировались эти товары, перечень обозначенных им товаров-экспонатов, а также дату начала открытого показа экспонатов на выставке.

Кроме того, приоритет товарного знака может устанавливаться по дате международной регистрации товарного знака.

В соответствии со ст. 1 Конвенции о международных выставках от 22 ноября 1928 г. рассматривается как международная, официально признанная выставка всякий показ, каково бы ни было его наименование, к участию в котором другие страны приглашаются дипломатическим путем, который имеет в качестве общего правила неперIODический характер, главная цель которого - выявление успехов, достигнутых разными странами в одной отрасли или нескольких отраслях производства и во время которого при входе в помещение выставке не делается никакого различия между покупателями или посетителями.

Статья 1496. Последствия совпадения дат приоритета товарных знаков

Комментарий к статье 1496

1. Комментируемая статья рассматривает последствия совпадения дат приоритета на тождественные товарные знаки в отношении совпадающих перечней товаров, поданных разными заявителями и одним заявителем.

В пункте 1 рассмотрены последствия совпадения приоритета товарных знаков, поданных разными заявителями. В этом случае федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности должен направить уведомление о данном обстоятельстве. В течение шести месяцев с момента получения уведомления заявители должны заключить соглашение, которым определить, на чье имя должен быть зарегистрирован товарный знак в отношении совпадающих товаров, и сообщить об этом соглашении в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности.

2. В пункте 2 рассмотрены последствия совпадения приоритета товарных знаков, поданных одним заявителем. В этом случае федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности также направляет уведомление заявителю. Заявитель в течение шести месяцев с даты получения уведомления должен сообщить о выбранной заявке, по которой могут быть зарегистрированы совпадающие товары.

3. Если в течение шести месяцев с даты получения уведомления в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности не поступит сообщение от заявителей или заявителя о принятом решении или ходатайство о продлении срока для принятия решения, заявки считаются отозванными.

Статья 1497. Экспертиза заявки на товарный знак и внесение изменений в документы заявки

Комментарий к статье 1497

1. Экспертиза заявки состоит из двух этапов: формальной экспертизы и экспертизы заявленного обозначения.

2. В комментируемой статье предусмотрено право заявителя вносить дополнения, уточнения и исправления (далее - дополнения) в материалы заявки до момента принятия по ней решения. Вместе с тем законодатель установил некоторые ограничительные требования в отношении таких дополнений: последние не могут содержать перечень товаров, не указанных в заявке на дату ее подачи; недопустимо также существенное

изменение заявленного обозначения. Перечисленные требования затрагивают восприятие заявленного обозначения в целом или элементов, занимающих доминирующее положение в обозначении и в силу этого влияющие на восприятие всего знака.

3. Положения п. 3 комментируемой статьи устанавливают возможность заявителя передать права на регистрацию третьим лицам, кроме того, это право может перейти в силу фактов, указанных в законе, в частности в случае реорганизации юридического лица - заявителя или в случае смерти индивидуального предпринимателя - заявителя. Изменения заявителя могут вноситься вплоть до государственной регистрации товарного знака.

4. Дополнительные материалы, без которых проведение экспертизы невозможно, могут быть запрошены и федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности. Если заявитель в указанный в комментируемой статье срок не предоставит дополнительные материалы или не подаст ходатайство о продлении срока для предоставления дополнительных материалов, то федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности может вынести решение о признании заявки отозванной.

Статья 1498. Формальная экспертиза заявки на товарный знак

Комментарий к статье 1498

1. Формальная экспертиза заявки должна быть проведена в течение месяца со дня подачи заявки в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности.

2. Формальная экспертиза проводится лишь для того, чтобы установить, что поданы все документы, предусмотренные в ст. 1492, и эти документы оформлены в соответствии с административным регламентом, который в момент написания комментария еще не принят. В случае положительного результата заявка принимается к рассмотрению, о чем уведомляется заявитель.

Заявитель уведомляется о приоритете заявки.

Статья 1499. Экспертиза обозначения, заявленного в качестве товарного знака

Комментарий к статье 1499

1. Экспертиза заявленного обозначения проводится автоматически после положительного результата формальной экспертизы, никакого ходатайства или иного заявления от заявителя о проведении экспертизы заявленного обозначения не требуется. Пределы проведения экспертизы очерчены ст. 1477 и п. п. 1 - 7 ст. 1483 ГК РФ. Таким образом, эксперт должен установить, что заявитель является юридическим лицом или индивидуальным предпринимателем и отсутствуют основания для отказа в регистрации заявленного обозначения в качестве товарного знака, предусмотренные в положениях п. п. 1 - 7 ст. 1483. Таким образом, экспертиза не проводится в отношении:

того, тождественно или сходно до степени смешения обозначение с охраняемым в Российской Федерации фирменным наименованием или коммерческим обозначением либо с наименованием селекционного достижения, права на которые в Российской Федерации возникли у иных лиц ранее даты приоритета регистрируемого товарного знака (п. 8 ст. 1483 Кодекса);

того, тождественны ли товарные знаки названию известного в Российской Федерации во время подачи заявки на государственную регистрацию товарного знака (ст. 1492) произведения науки, литературы или искусства, персонажу или цитате из такого произведения, произведению искусства или его фрагменту без согласия правообладателя,

если права на произведение возникли ранее даты приоритета регистрируемого товарного знака;

имени (ст. 19), псевдонима (п. 1 ст. 1265) или производного от них обозначения, портрета или факсимиле известного в Российской Федерации на дату подачи заявки лица, без согласия этого лица или его наследника;

промышленного образца, знака соответствия, доменного имени, права на которые возникли ранее даты приоритета регистрируемого товарного знака.

2. По результатам экспертизы заявленного обозначения федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности принимает решение либо о государственной регистрации товарного знака, либо об отказе в регистрации.

3. До принятия решения федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности может направить заявителю уведомление о результатах проверки с предложением представить свои доводы с учетом мотивов, указанных в уведомлении. Так, федеральный орган может обнаружить тождественный или сходный до степени смешения товарный знак с заявленным обозначением в отношении однородных товаров, и это он может отметить в уведомлении. Заявитель в ответе на уведомление может указать, например, что не считает, что обозначение сходно до степени смешения или что товары не однородны, и обосновать свою позицию, а может представить письменное согласие обладателя товарного знака на регистрацию заявленного обозначения, сходного с ним до степени смешения.

4. В целях защиты интересов третьих лиц, о существовании которых не было и не могло быть известно при проведении экспертизы, федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности может пересмотреть решение, но только при наличии оснований, предусмотренных в подп. 1 - 4 п. 4 комментируемой статьи.

Статья 1500. Оспаривание решений по заявке на товарный знак

Комментарий к статье 1500

1. В Палату по патентным спорам могут быть обжалованы следующие решения федерального органа исполнительной власти по интеллектуальной собственности:

формальной экспертизы об отказе в принятии заявки на товарный знак к рассмотрению;

экспертизы заявленного обозначения о государственной регистрации товарного знака;

экспертизы заявленного обозначения об отказе в государственной регистрации;

о признании заявки отозванной - такое решение может быть принято на любом этапе экспертизы.

В пункте 1 комментируемой статьи установлены сроки для подачи возражений.

2. В соответствии с п. 2 ст. 1500 заявитель может внести в документы заявки изменения, которые не должны существенно изменять заявленное обозначение и расширять перечень товаров, в отношении которых испрашивалась регистрация товарного знака, если они (изменения) устраняют причины, послужившие основанием для отказа в государственной регистрации товарного знака. Например, заявитель может исключить ряд товаров из перечня, в отношении которых испрашивалась регистрация товарного знака.

Статья 1501. Восстановление пропущенных сроков, связанных с проведением экспертизы заявки на товарный знак

Комментарий к статье 1501

В комментируемой статье предусмотрена возможность восстановления федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности двух видов пропущенных заявителем сроков:

первый вид - срок предоставления дополнительных материалов заявителем по запросу федерального органа исполнительной власти по интеллектуальной собственности при проведении им экспертизы заявки (п. 4 ст. 1497);

второй вид - срок для подачи возражения на решение формальной экспертизы об отказе в принятии к рассмотрению заявки на товарный знак; решение экспертизы заявленного обозначения о государственной регистрации товарного знака, об отказе в государственной регистрации, о признании заявки отозванной - такое решение может быть принято на любом этапе экспертизы (п. 1 ст. 1500).

Восстановление срока возможно при наличии следующих условий:

подано ходатайство заявителя в течение двух месяцев со дня истечения этих сроков; подтверждены уважительные причины, по которым эти сроки не были соблюдены; уплачена пошлина.

В случае пропуска первого вида срока вместе с ходатайством подаются дополнительные материалы или ходатайство о продлении срока их представления.

В случае пропуска второго вида срока вместе с ходатайством подается возражение на решение.

Статья 1502. Отзыв заявки на товарный знак и выделение из нее другой заявки

Комментарий к статье 1502

1. Заявителю предоставлено право с момента подачи заявки и до момента государственной регистрации товарного знака отозвать заявку.

2. В статье 1502 заявителю предоставлено право до вынесения решения по заявке подать на то же обозначение выделенную заявку. Суть этого права заключается в том, что в регистрации первоначально поданной заявки федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности может отказать в связи с тем, что, например, есть уже зарегистрированный тождественный или сходный до степени смешения товарный знак и часть товаров, в отношении которых зарегистрирован товарный знак, однородные с товарами, в отношении которых испрашивается правовая охрана товарного знака. Заявитель, чтобы получить правовую охрану товарного знака в отношении части товаров, неоднородных с теми, в отношении которых уже зарегистрирован товарный знак, выделяет заявку из первоначальной посредством подачи новой заявки. Новая заявка должна содержать перечень товаров из числа указанных в первоначальной заявке на дату ее подачи в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности и неоднородных с другими товарами из содержащихся в первоначальной заявке перечня, в отношении которых первоначальная заявка остается в силе. Таким образом, в первоначальной и выделенной заявках должны быть указаны неоднородные товары.

Статья 1503. Порядок государственной регистрации товарного знака

Комментарий к статье 1503

1. Регистрация товарного знака осуществляется посредством внесения товарного знака, сведений о правообладателе, дате приоритета товарного знака, перечне товаров и других сведений в Государственный реестр товарных знаков. Государственная регистрация осуществляется при наличии:

а) решения федерального органа исполнительной власти по интеллектуальной собственности о государственной регистрации товарного знака;

б) документа об уплате заявителем пошлины за государственную регистрацию товарного знака и выдачу свидетельства на него.

2. Если заявитель не представил документ об уплате пошлины, даже если пошлина уплачена, федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности может вынести решение о признании заявки отозванной.

Статья 1504. Выдача свидетельства на товарный знак

Комментарий к статье 1504

1. Свидетельство на товарный знак выдается в течение месяца со дня государственной регистрации товарного знака в Государственном реестре товарных знаков.

2. Форма свидетельства и перечень сведений, указываемых в свидетельстве, должны быть установлены в административном регламенте федерального органа исполнительной власти, осуществляющего нормативно-правовое регулирование в сфере интеллектуальной собственности.

Статья 1505. Внесение изменений в Государственный реестр товарных знаков и в свидетельство на товарный знак

Комментарий к статье 1505

1. Правообладатель может сокращать перечень товаров, для индивидуализации которых зарегистрирован товарный знак, может изменить отдельные элементы товарного знака, не меняющего его сущности. В этих и в любых иных случаях, которые связаны с изменением сведений, содержащихся в Государственном реестре товарных знаков, заявитель обязан уведомлять федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности.

2. При оспаривании предоставления правовой охраны товарному знаку, т.е. при подаче возражения против предоставления правовой охраны товарному знаку либо в Палату по патентным спорам, либо в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности правообладателю предоставлено право выделить из государственной регистрации отдельную регистрацию товарного знака для одного или части товаров из числа указанных в первоначальной регистрации, неоднородных с товарами, перечень которых остается в первоначальной регистрации. Такое право на выделение регистрации сходно с правом на выделение заявки, только выделение заявки применяется тогда, когда обозначение еще не зарегистрировано в качестве товарного знака (по заявке не вынесено решение), а право на выделение регистрации применимо в отношении зарегистрированного товарного знака.

3. Федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности при условии оплаты пошлины вносит записи об изменениях сведений, относящихся к государственной регистрации, в Государственный реестр товарных знаков и в свидетельство на товарный знак.

4. Изменения, связанные с исправлениями очевидных и технических ошибок, содержащихся в Государственном реестре и (или) в свидетельстве на товарный знак, например опечатка в наименовании правообладателя - юридического лица или в дате приоритета товарного знака, могут быть внесены самим федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности. Перед внесением изменений данный орган должен предупредить правообладателя.

Статья 1506. Публикация сведений о государственной регистрации товарного знака

Комментарий к статье 1506

Публикация осуществляется федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности в официальном бюллетене "Товарные знаки". Этот бюллетень можно посмотреть в библиотеке, подведомственной Федеральной службе по интеллектуальной собственности, патентам и товарным знакам.

Статья 1507. Регистрация товарного знака в иностранных государствах и международная регистрация товарного знака

Комментарий к статье 1507

1. Возможность подачи заявки на международную регистрацию предусмотрена Мадридским соглашением о международной регистрации знаков от 14 апреля 1891 г. и Протоколом к Мадридскому соглашению от 1 января 1995 г.; эти Соглашения действуют в рамках Парижской конвенции.

2. Мадридское соглашение предусматривает возможность предоставления правовой охраны товарному знаку на территориях государств - участниц Соглашения, на основании международной регистрации, которая осуществляется Международным бюро ВОИС. Обозначение, которое заявляется для международной регистрации, вначале должно быть зарегистрировано в ведомстве страны происхождения - базовая регистрация. Заявка на международную регистрацию подается в национальное ведомство (ведомство страны происхождения товарного знака), которое отправляет эту заявку в Международное бюро ВОИС. Национальное ведомство должно проверить, что данные, содержащиеся в заявке на международную регистрацию товарного знака, соответствуют базовой регистрации. А международное бюро ВОИС проверяет заявку на соответствие требованиям, определенным в Мадридском соглашении и Инструкции к нему. Если заявка соответствует всем обозначенным требованиям, в том числе выплачены все необходимое пошлины, Международное бюро ВОИС регистрирует знак в Международном реестре, ставит в известность о регистрации ведомства тех стран, в которых испрашивалась правовая охрана товарного знака, и публикует информацию в бюллетене ВОИС. Необходимо отметить, что международная регистрация не действует в стране происхождения, т.е. там, где была проведена базовая регистрация, она распространяется только на те страны, для которых специально испрашивалась охрана.

В соответствии со ст. 3 (4) Мадридского соглашения датой международной регистрации может быть дата:

подачи заявки на международную регистрацию в стране происхождения, если международное бюро ВОИС получило заявку в течение двух месяцев, считая с даты этой подачи;

получения и регистрации заявки международным бюро ВОИС, если заявка не была получена в срок, указанный в предыдущем абзаце. Согласно ст. 4 Мадридского соглашения знак, внесенный в Международный реестр, в каждой стране, где испрашивается охрана, пользуется таким же режимом, что и знак, заявленный для регистрации в национальном ведомстве данной страны.

Ведомства стран, где испрашивается охрана, в соответствии со ст. 5 Мадридского соглашения могут заявить, что охрана не может быть предоставлена знаку на их территории в отношении всех или части товаров, перечисленных в заявке. В уведомлении об отказе, направляемом в Международное бюро ВОИС не позднее истечения одного года с даты внесения знака в Международный реестр, должны указываться мотивы, на которых

основан отказ. В качестве мотивов могут быть указаны только те, которые применялись бы, если заявка была бы подана по национальной процедуре.

В течение первых пяти лет с даты международной регистрации действие последней зависит от "базовой" регистрации. Если в течение пяти лет аннулируется базовая регистрация, то и международная регистрация аннулируется. По истечении пяти лет с даты международной регистрации регистрация становится независимой от национальной регистрации. Прекращение национальной регистрации не прекращает международной регистрации.

Международная регистрация действует в течение 20 лет и может продлеваться неограниченное число раз.

3. Некоторые страны не могли участвовать в Мадридском соглашении, в связи с этим была разработана новая система международной регистрации товарных знаков, которая отражена в Протоколе к Мадридскому соглашению. В соответствии со ст. 2 (1) Протокола международная заявка может основываться не только на национальной регистрации, но и на национальной (региональной) заявке. Протокол предусматривает возможность заменить годичный срок для направления уведомления об отказе в регистрации национальными ведомствами сроком до 18 месяцев. Кроме того, Протокол предусматривает, что если базовая регистрации прекратилась, то международная регистрация может быть преобразована в национальные и региональные заявки.

4. Особенности правовой охраны общеизвестного товарного знака

Статья 1508. Общеизвестный товарный знак

Комментарий к статье 1508

1. Общеизвестным товарным знаком могут быть признаны, условно говоря, три категории обозначений:

товарные знаки, охраняемые на территории Российской Федерации в силу регистрации;

товарные знаки, охраняемые на территории Российской Федерации без регистрации в соответствии с международными договорами;

обозначения, используемые в качестве товарного знака, но не имеющие правовой охраны на территории Российской Федерации.

Чтобы предоставить правовую охрану общеизвестному знаку, необходимо, чтобы он соответствовал двум положительным требованиям (товарный знак (обозначение) должен интенсивно использоваться до заявленной даты приоритета и должен быть широко известен потребителям товаров заявителя) и одному отрицательному требованию (товарный знак (обозначение) не должен стать широко известным после даты приоритета тождественного или сходного с ним до степени смешения иного товарного знака, который предназначен для использования однородных товаров).

В отличие от Закона о товарных знаках Кодекс предусматривает, что товарный знак или обозначение признаются общеизвестным товарным знаком по решению федерального органа исполнительной власти по интеллектуальной собственности. Закон о товарных знаках предусматривал предоставление статуса общеизвестного знака на основании решения Палаты по патентным спорам.

2. В отличие от товарного знака правовая охрана, предоставленная общеизвестному товарному знаку, действует бессрочно.

3. Объем правовой охраны общеизвестного товарного знака шире, чем у обычного товарного знака, так как в соответствии с п. 3 комментируемой статьи правовая охрана общеизвестного товарного знака распространяется и на товары, неоднородные с теми, в

отношении которых он признан общеизвестным, однако только при условии, что этот знак будет ассоциироваться у потребителей с обладателем исключительного права на общеизвестный товарный знак и вследствие этого может ущемлять законные интересы правообладателя.

Так, общеизвестными товарными знаками на территории России являются "Известия", "Ява", "Coca-Cola", "Гарант", "Lipton", "Nestle". Всего в перечне общеизвестных товарных знаков содержатся сведения о 61 общеизвестном товарном знаке.

Статья 1509. Предоставление правовой охраны общеизвестному товарному знаку

Комментарий к статье 1509

1. В отличие от Закона РФ от 23 сентября 1992 г. N 3520-1 "О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров" (далее - Закон о товарных знаках) Гражданский кодекс предусматривает, что правовая охрана общеизвестному товарному знаку предоставляется на основании решения федерального органа исполнительной власти по интеллектуальной собственности; Закон о товарных знаках предоставлял правовую охрану общеизвестному товарному знаку на основании решения Палаты по патентным спорам.

2. Товарный знак, признанный общеизвестным, вносится в Перечень общеизвестных в Российской Федерации товарных знаков, который размещен на сайте Роспатента.

3. Свидетельство на общеизвестный товарный знак выдается в течение одного месяца с момента внесения в Перечень, указанный в п. 2 комментария.

4. Сведения, относящиеся к общеизвестному товарному знаку, публикуются в официальном бюллетене федерального органа исполнительной власти по интеллектуальной собственности.

5. Особенности правовой охраны коллективного знака

Статья 1510. Право на коллективный знак

Комментарий к статье 1510

1. В соответствии со ст. 7. bis Парижской конвенции страны Союза обязуются принимать заявки на регистрацию и охранять коллективные знаки, принадлежащие коллективам, существование которых не противоречит закону страны происхождения, даже если эти коллективы не являются владельцами промышленного и торгового предприятий. Смысл коллективного знака заключается в том, что он служит для индивидуализации товаров и услуг юридических лиц и индивидуальных предпринимателей, которые объединились и производят или оказывают услуги, обладающие едиными качественными и иными общими характеристиками. Согласно п. 2 ст. 7. bis Парижской конвенции каждая страна сама определяет особые условия охраны коллективного знака и может отказать в охране, если этот знак противоречит публичным интересам. Поскольку регистрация коллективного знака осуществляется объединением лиц, последнее должно быть субъектом гражданского права, а следовательно, иметь статус юридического лица.

2. Особенность коллективного знака заключается в том, что правом на коллективный знак нельзя распорядиться.

3. Лицам, входящим в объединение, принадлежит право пользоваться коллективным знаком, при этом у данных лиц может быть свой товарный знак, который они могут использовать наряду с коллективным знаком.

Статья 1511. Государственная регистрация коллективного знака

Комментарий к статье 1511

1. В пункте 1 комментируемой статьи предусматривается, что к заявке, содержание которой определено ст. 1492 ГК РФ, должен прилагаться устав коллективного знака, содержание которого раскрывается в подп. 1 - 7 п. 1 комментируемой статьи.

2. В Государственном реестре и в свидетельстве должно быть предусмотрено, какие лица имеют право пользоваться коллективным знаком. Поскольку правовая охрана коллективного знака требует, чтобы товары, производимые пользователями коллективного знака, обладали едиными характеристиками, в том числе едиными характеристиками качества, законодатель предусматривает возможность досрочного прекращения правовой охраны на основании решения суда. Заявление в суд может быть подано любым заинтересованным лицом.

3. В пункте 3 комментируемой статьи предусмотрено право любого заинтересованного лица подать заявку в суд о досрочном полном или частичном прекращении коллективного товарного знака в случае использования коллективного знака на товарах, не обладающих едиными характеристиками их качества или иными общими характеристиками.

4. В пункте 4 комментируемой статьи предусматривается возможность, если коллективный знак уже зарегистрирован, преобразования его в товарный знак, и, наоборот, товарный знак можно преобразовать в коллективный. Если на коллективный знак только подана заявка, то можно преобразовать заявку на коллективный знак в заявку на товарный знак, и наоборот.

6. Прекращение исключительного права на товарный знак

Статья 1512. Основания оспаривания и признания недействительным предоставления правовой охраны товарному знаку

Комментарий к статье 1512

1. Оспаривание правовой охраны - это оспаривание решения о государственной регистрации. Если правовая охрана признана недействительной, решение о регистрации товарного знака подлежит отмене.

2. В комментируемой статье установлено, что предоставление правовой охраны может быть оспорено и признано недействительным:

по основаниям, связанным с защитой публичных интересов, предусмотренных в п. п. 1 - 5 ст. 1483, защитой интересов обладателей фирменных наименований, коммерческих обозначений либо обладателей селекционных обозначений (п. 8 ст. 1483); интересов обладателей авторского права, известных в Российской Федерации лиц, чей портрет, факсимиле или имя или производное от него обозначение воспроизводятся в товарном знаке; обладателей прав на промышленный образец, обладателей доменных имен (п. 9 ст. 1483) - в течение всего срока действия исключительного права на товарный знак. При этом правовая охрана может быть оспорена полностью или частично. Необходимо обратить внимание, что при нарушении некоторых оснований для отказа в регистрации правовая охрана может быть прекращена только полностью, например при нарушении оснований, связанных с защитой интересов обладателя авторского или исключительного прав на фирменное наименование, коммерческое обозначение, селекционное достижение, промышленный образец, обладателя доменного имени;

по основаниям, связанным с защитой интересов обладателей тождественных или сходных до степени смешения товарных знаков, идентифицирующих однородные товары (п. 6 ст. 1483), с тождественностью или сходностью до степени смешения товарного знака наименованию места происхождения товара, если лицо не обладает исключительным правом на наименование места происхождения товара или если исключительное право на наименование места происхождения товара не распространяется на товары, в отношении которых осуществлена регистрация товарного знака, - в течение пяти лет со дня публикации сведений о государственной регистрации товарного знака в официальном бюллетене. В этом случае правовая охрана может быть признана недействительной как полностью, так и частично. Например, если лишь часть товаров, в отношении которых был зарегистрирован оспариваемый товарный знак, однородна с товарами, в отношении которых с более ранней датой приоритета был зарегистрирован другой товарный знак, то правовая охрана будет признана недействительной лишь частично - в отношении однородных товаров;

полностью, если регистрация осуществлена на имя не юридического лица или индивидуального предпринимателя, т.е. на имя физического лица, не являющегося индивидуальным предпринимателем, - в течение всего срока действия исключительного права на товарный знак;

если товарный знак сходен или тождествен общеизвестному товарному знаку с более ранним приоритетом, - в течение всего срока действия исключительного права на товарный знак;

полностью, если правовая охрана была предоставлена товарному знаку на имя агента или представителя лица, которое является обладателем этого исключительного права в одном из государств - участников Парижской конвенции по охране промышленной собственности, с нарушением требований Конвенции, - в течение всего срока действия исключительного права на товарный знак;

полностью или частично - если связанные с государственной регистрацией товарного знака действия правообладателя признаны в установленном порядке злоупотреблением правом либо недобросовестной конкуренцией.

3. Если общеизвестному товарному знаку правовая охрана предоставляется путем его регистрации в Российской Федерации, то правовая охрана может быть оспорена, если нарушены требования, предъявляемые к общеизвестному товарному знаку (п. 1 ст. 1508 Кодекса).

Статья 1513. Порядок оспаривания и признания недействительным предоставления правовой охраны товарному знаку

Комментарий к статье 1513

1. Правовая охрана оспаривается путем подачи возражения:

по основанию, если признано в установленном порядке, что правообладатель злоупотребляет правом или имеет акт недобросовестной конкуренции, - в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности;

по остальным основаниям для оспаривания правовой охраны и признания ее недействительной - в Палату по патентным спорам.

2. По основанию, связанному с предоставлением правовой охраны товарному знаку на имя агента или представителя лица, которое является обладателем исключительного права на этот товарный знак в одном из государств - участников Парижской конвенции, с нарушением требований этой Конвенции, возражение может быть подано заинтересованным обладателем исключительного права на товарный знак в палату по патентным спорам в одном из государств - участников Парижской конвенции.

По другим основаниям признания правовой охраны недействительной возражение может быть подано любым заинтересованным лицом.

3. Решение федерального органа исполнительной власти по интеллектуальной собственности о признании недействительным предоставления правовой охраны или об отказе в таком признании вступает в силу в день его принятия.

Статья 1514. Прекращение правовой охраны товарного знака

Комментарий к статье 1514

Прекращение правовой охраны товарного знака означает прекращение исключительного права на товарный знак.

В комментируемой статье исчерпывающим образом перечислены основания прекращения правовой охраны товарного знака: истечение срока охраны, либо волеизъявление правообладателя, либо решение суда, федерального органа исполнительной власти по интеллектуальной собственности или Палаты по патентным спорам.

7. Защита права на товарный знак

Статья 1515. Ответственность за незаконное использование товарного знака

Комментарий к статье 1515

1. В пункте 1 комментируемой статьи указано, какие объекты могут быть контрафактными и при каких условиях: сами товары, этикетки, упаковки товаров, если на них незаконно размещены товарные или сходные с ними до степени смешения обозначения.

Контрафактными товары, этикетки, упаковки будут при наличии следующих условий в совокупности:

а) размещение товарного знака или обозначения, сходного до степени смешения на них, т.е. может быть размещен не только товарный знак, но и другое обозначение, если оно ассоциируется с товарным знаком в целом, несмотря на некоторые отличия;

б) размещение такого товарного знака незаконно. Незаконным размещение будет тогда, когда лицо, осуществляющее данное действие, не имеет права на его совершение. Для того чтобы размещение товарного знака не рассматривалось как незаконное, необходимо перед использованием товарного знака заключить с обладателем исключительного права на товарный знак лицензионный договор или договор коммерческой концессии.

2. За нарушение исключительного права на товарный знак предусмотрена гражданская, административная и уголовная ответственность (об административной ответственности см. комментарий к ст. 1537).

В комментируемой статье предусмотрены способы гражданско-правовой защиты. Положения ст. 1515 необходимо толковать с учетом положений ст. 1252 ГК РФ.

В пункте 2 ст. 1515 Кодекса предусмотрена возможность обладателя исключительного права требовать изъятия и уничтожения контрафактных товаров, этикеток, упаковок, на которых размещены незаконно используемый товарный знак или сходное с ним до степени смешения обозначение. Это требование может быть предъявлено изготовителю товаров, этикеток, упаковок товаров, лицу, осуществляющему хранение, перевозку, распространение указанных товаров, этикеток, упаковок. Следует отметить, что Гражданский кодекс, в отличие от Закона о товарных знаках, прямо предусматривает, что изъятие из оборота и уничтожение осуществляется за счет

нарушителя исключительного права на товарный знак. В тех случаях, когда контрафактные товары нужны для удовлетворения общественных интересов (одежда для малообеспеченных семей, детских домов и т.п.), обладатель исключительного права на товарный знак может только требовать удаления с контрафактных товаров, этикеток, упаковок товаров незаконно используемого товарного знака или сходного с ним до степени смешения обозначения. Удаление осуществляется за счет нарушителя.

3. В соответствии с п. 3 ст. 1515 Кодекса 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.

4. В комментируемой статье предусматривается такой гражданско-правовой способ защиты, как выплата компенсации вместо возмещения убытков. Необходимо отметить, что компенсация может быть определена тремя способами, при этом выбор способа принадлежит обладателю нарушенного исключительного права на товарный знак.

В соответствии с п. 3 ст. 1252 ГК РФ компенсация подлежит взысканию лишь при доказанности факта правонарушения, а правообладатель, обратившийся за защитой нарушенного права, освобождается от доказывания размера причиненных убытков.

При этом выплату компенсации правообладатель может требовать как за каждый случай неправомерного использования товарного знака, так и за допущенное правонарушение в целом.

Помимо указанных в ст. 1515 гражданско-правовых способов защиты обладатель исключительного права на товарный знак в соответствии со ст. 1252 Кодекса может потребовать возмещения убытков, публикации решения суда о допущенном нарушении с указанием действительного правообладателя, изъятия из оборота и уничтожения за счет нарушителя оборудования, прочих устройства и материалов, используемых главным образом при нарушении исключительных прав или предназначенных для этого.

5. Уголовная ответственность предусмотрена в ст. 180 УК РФ. Согласно ч. 1 ст. 180 УК РФ незаконное использование чужого товарного знака, знака обслуживания, наименования места происхождения товара или сходных с ними обозначений для однородных товаров, если это деяние совершено неоднократно или причинило крупный ущерб, наказывается штрафом в размере до двухсот тысяч рублей или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период до восемнадцати месяцев, либо обязательными работами на срок от ста восьмидесяти до двухсот сорока часов, либо исправительными работами на срок до двух лет. В соответствии с ч. 2 ст. 180 УК РФ незаконное использование предупредительной маркировки в отношении не зарегистрированного в Российской Федерации товарного знака или наименования места происхождения товара, если это деяние совершено неоднократно или причинило крупный ущерб, наказывается штрафом в размере до ста двадцати тысяч рублей или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период до одного года, либо обязательными работами на срок от ста двадцати до ста восьмидесяти часов, либо исправительными работами на срок до одного года. Часть 3 ст. 180 УК РФ устанавливает, что деяния, предусмотренные частями первой или второй настоящей статьи, совершенные группой лиц по предварительному сговору или организованной группой, наказываются штрафом в размере от ста тысяч до трехсот тысяч рублей или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период от одного года до двух лет, либо арестом на срок от четырех до шести месяцев, либо лишением свободы на срок до пяти лет. В соответствии с п. 15 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 26 апреля 2007 г. N 14 "О практике рассмотрения судами уголовных дел о нарушении авторских, смежных, изобретательских и патентных прав, а также о незаконном использовании товарного знака" уголовная ответственность по ст. 180 УК РФ за незаконное использование чужого товарного знака или других средств индивидуализации

наступает только в тех случаях, когда это деяние совершено неоднократно или причинило крупный ущерб.

Неоднократность по смыслу ч. 1 ст. 180 УК РФ предполагает совершение лицом двух и более деяний, состоящих в незаконном использовании товарного знака, знака обслуживания, наименования места происхождения товара или сходных с ними обозначений для однородных товаров (при этом может иметь место как неоднократное использование одного и того же средства индивидуализации товара (услуги), так и одновременное использование двух или более чужих товарных знаков или других средств индивидуализации на одной единице товара). Согласно п. 22 названного выше Постановления сходные с товарными знаками, знаками обслуживания, наименованием места происхождения товара обозначения для однородных товаров представляют собой обозначения, тождественные или сходные с чужими знаками и наименованиями до степени их смешения (например, Panasonic вместо Panasonic - для бытовой техники). Они не могут быть зарегистрированы в качестве товарных знаков в случаях тождественности или сходства с товарными знаками, ранее зарегистрированными или заявленными на регистрацию в Российской Федерации на имя другого лица в отношении однородных товаров, а также с товарными знаками других лиц, охраняемыми без регистрации в силу международных договоров Российской Федерации, с наименованиями мест происхождения товаров, охраняемыми в соответствии с законом Российской Федерации (кроме случаев, когда они включены как неохраняемый элемент в товарный знак, регистрируемый на имя лица, имеющего право пользования таким наименованием, с сертификационными знаками, зарегистрированными в установленном порядке).

При разрешении уголовных дел о преступлениях, предусмотренных ч. 2 ст. 180 УК РФ, суду необходимо иметь в виду, что под использованием предупредительной маркировки следует понимать изображение такой маркировки на товарах и (или) на упаковках, а также ее применение в рекламе, печатных изданиях, на официальных бланках, вывесках, при демонстрации экспонатов на выставках и ярмарках, проводимых в Российской Федерации (п. 23 названного выше Постановления).

Предупредительная маркировка может быть поставлена правообладателем рядом с товарным знаком, она используется для указания на то, что применяемое на товаре обозначение является товарным знаком, зарегистрированным в Российской Федерации.

Предупредительная маркировка также может быть поставлена рядом с наименованием места происхождения товара. В этом случае она указывает на то, что применяемое обозначение служит наименованием места происхождения товара, зарегистрированным в Российской Федерации.

Незаконным применительно к ч. 2 ст. 180 УК РФ является использование предупредительной маркировки в отношении товарного знака или места происхождения товара, не зарегистрированных в Российской Федерации.

В соответствии с п. 24 Постановления Пленума, указанного выше, лицо может быть привлечено к уголовной ответственности по ч. 1 ст. 146, по ст. ст. 147 и 180 УК РФ только при условии причинения крупного ущерба правообладателям указанных в них объектов интеллектуальной собственности и средств индивидуализации.

В соответствии с примечанием к ст. 169 УК РФ ущерб, причиненный деяниями, указанными в ст. 180 УК РФ, считается крупным, если он превышает двести пятьдесят тысяч рублей.

При квалификации действий виновных по п. "б" ч. 3 ст. 146, по ч. 2 ст. 147 и по ч. 3 ст. 180 УК РФ как совершенных группой лиц по предварительному сговору суду следует устанавливать, какие конкретно действия совершены каждым из исполнителей и другими соучастниками преступления (п. 26 Постановления).

По смыслу ч. 2 ст. 35 УК РФ уголовная ответственность за совершение преступления группой лиц по предварительному сговору наступает и в тех случаях, когда согласно предварительной договоренности каждый соучастник совершает часть действий,

входящих в объективную сторону указанных составов преступлений (например, по заранее состоявшейся договоренности одни соучастники приобретают контрафактные экземпляры произведений или фонограмм в целях сбыта, другие хранят, перевозят либо сбывают их).

В соответствии со ст. ст. 25 и 28 УПК РФ суд вправе принять решение о прекращении уголовного дела на основании ст. 76 УК РФ в отношении лица, впервые совершившего преступление, предусмотренное ч. ч. 1 и 2 ст. 146 или ч. ч. 1 и 2 ст. 180 либо ст. 147 УК РФ, если оно (лицо) примирилось с потерпевшими и загладило причиненный им вред, либо прекратить уголовное преследование лица на основании ст. 75 УК РФ в связи с деятельным раскаянием.

При этом до принятия решения о прекращении дела суд должен убедиться в том, что причиненный потерпевшему преступлением вред действительно заглажен. Кроме того, виновному лицу должны быть разъяснены последствия такого решения, а также право возражать против прекращения уголовного дела либо уголовного преследования.

§ 3. Право на наименование места происхождения товара

1. Основные положения

Статья 1516. Наименование места происхождения товара

Комментарий к статье 1516

1. Настоящий параграф Кодекса регулирует правовое положение особого вида средства индивидуализации, именуемого наименованием места происхождения товара.

Под правоспособным наименованием места происхождения товара согласно п. 1 ст. 1516 ГК РФ понимается словесное обозначение, которое стало известным в результате его использования в отношении товара, особые свойства которого исключительно (главным образом) определяются природными условиями и (или) людским фактором, присущим конкретному географическому объекту.

Определение, приведенное в комментируемой статье, полностью заимствовано законодателем из п. 1 ст. 30 Закона о товарных знаках, регулировавшего правовое положение средств индивидуализации товаров и услуг до вступления Кодекса в силу.

Определение наименования места происхождения товара является достаточно сложным и включает в себя следующие признаки:

- а) наименование определенного географического объекта;
- б) связь этого наименования с товаром, обладающим особыми свойствами;
- в) наличие характерных для географического объекта природных условий и/или людских факторов (географической среды);
- г) определяемость зависимости особых свойств товара от природных условий и/или людских факторов <1>.

КонсультантПлюс: примечание.

Комментарий к Закону "О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров". Охрана интеллектуальной собственности в России. Сборник законов, международных договоров, правил Роспатента с комментариями С.А. Горленко, А.Д. Корчагина, В.В. Орловой (отв. ред. Л.А. Трахтенгерц, науч. ред. В.М. Жуйков) включен в информационный банк согласно публикации - КОНТРАКТ, 2005.

<1> Корчагин А.Д., Орлова В.В., Горленко С.А. Постатейный комментарий к Закону РФ "О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения

товаров" // Интеллектуальная собственность. Документы и комментарии. 2004. N 2, 3. С. 100.

Под природными условиями, упомянутыми в пункте "в", следует понимать прежде всего климат, свойства ландшафта и почвы, которые определяют особенности производства, а также специфику состава производимого товара, в том числе вкусовые и иные качества.

К "людскому фактору" (человеческому фактору), в отличие от различных определений общественных наук <1>, в смысле комментируемых норм права следует относить обычаи, традиции производства, характерные именно для данной местности.

<1> Как правило, исторически сложившаяся в обществе совокупность основных социальных качеств индивидуума, в том числе нравственные принципы, модели поведения в типовых ситуациях и т.д.

Наименование географического объекта (страны, городского или сельского поселения, местности и т.д.), регистрируемое в качестве наименования места происхождения товара, может носить не только современное (Гжель), но и историческое наименование (Бургундия, Шампань), быть официальным или неофициальным (Иберия), полным или сокращенным, а также производным от такого наименования ("Каслинское литье", "Цейлонский чай").

Наименование места происхождения товара может состоять из названия географического объекта (например, "Палех"), а может дополнительно содержать указание на видовую или родовую принадлежность товара ("Златоустовская гравюра", "Тульский пряник").

Наименование места происхождения товара может иметь фантазийный оттенок значения (например, "Янтарь Ставрополя"), а также включать в себя числа ("Ессенуки-17"), которые самостоятельной правовой охраны не имеют.

2. Наименование места происхождения товара является объектом исключительных прав производителя товара, которое приобретается в соответствии с положениями ст. ст. 1229 и 1519 настоящего Кодекса.

3. Пункт 2 комментируемой статьи (как и п. 2 ст. 30 Закона о товарных знаках) выводит из правовой охраны в качестве места происхождения товара обозначение, вошедшее во всеобщее употребление в России как обозначение товара определенного вида, не связанное с местом его изготовления. При этом такие неохраняемые обозначения могут представлять собой или содержать в себе наименования каких-либо географических объектов - голландский сыр, "Жигулевское пиво".

Согласно п. 3.2 Методических рекомендаций по определению однородности товаров и услуг при экспертизе заявок на регистрацию товарных знаков и знаков обслуживания (приложение 1 к Приказу Роспатента от 27 марта 1997 г. N 26), признаками, характеризующими обозначение, вошедшее во всеобщее употребление как обозначение товаров определенного вида, были названы:

использование обозначения в качестве названия (наименования) товара специалистами соответствующих отраслей производства, работниками торговли, потребителями;

применение обозначения в качестве названия (наименования) одного и того же товара или товаров того же вида выпускаемых различными производителями;

применение обозначения в течение длительного времени.

Статья 1517. Действие исключительного права использования наименования места происхождения товара на территории Российской Федерации

Комментарий к статье 1517

1. Основаниями для возникновения правовой охраны наименования места происхождения товара и исключительного права производителя на его использование в Российской Федерации служат:

государственная регистрация наименования места происхождения товара в федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности, осуществляемая в порядке, предусмотренном настоящим Кодексом и подзаконными нормативными правовыми актами;

международные договоры, участницей которых является Российская Федерация.

Отметим, что в настоящее время Российская Федерация не участвует ни в одном международном договоре (соглашении), касающемся правовой охраны наименований мест происхождения товаров. Россия пока присоединилась лишь к Парижской конвенции по охране промышленной собственности от 20 марта 1883 г. (пересмотрена 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., в Стокгольме 14 июля 1967 г. и изменена 2 октября 1979 г.), в которой среди прочих объектов промышленной собственности упоминаются "указания происхождения или наименования места происхождения". Парижская конвенция - одно из самых первых международных соглашений в области интеллектуальной собственности, она представляет собой минимальный набор стандартов по ее охране. В связи с этим данная Конвенция является "рамочным" соглашением. Присоединившись к нему, государство - член Конвенции декларирует предоставление на своей территории правовой охраны объектам интеллектуальной собственности, право на которые возникло на территории других государств. Однако особенности такой охраны определяются национальным законодательством и (или) другими заключенными международными соглашениями.

2. В соответствии с п. 2 комментируемой статьи федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности может произвести государственную регистрацию в качестве наименования места происхождения товара наименования географического объекта, находящегося за пределами Российской Федерации. Условием для такой регистрации является охраняемость названия данного объекта в качестве наименования места происхождения товара в стране происхождения товара.

Аналогичное предписание дано и в отношении возможности приобретения исключительного права использования наименования указанного места происхождения товара - в качестве правообладателя может выступать только то лицо, чье право на использование данного наименования охраняется в стране происхождения товара.

Статья 1518. Государственная регистрация наименования места происхождения товара

Комментарий к статье 1518

1. Статья содержит общие системообразующие и в большинстве своем декларативные нормы о государственной регистрации наименований мест происхождения товаров, которые затем конкретизируются и развиваются в разд. 3 комментируемого параграфа.

Пункт 1 устанавливает принципиальный и единственно возможный путь получения наименования места происхождения товара охраноспособности в качестве объекта исключительных прав - государственную регистрацию такого наименования. Данная норма частично дублирует п. 1 ст. 1517, создавая противоречие в части "других случаев" приобретения охраноспособности наименования места происхождения товара, "предусмотренных международным договором Российской Федерации".

2. Аналогично п. 3 ст. 31 Закона о товарных знаках второй абзац п. 1 допускает возможность государственной регистрации наименования места происхождения товара одним или несколькими гражданами либо юридическими лицами. В целях более четкого понимания данной нормы, как представляется, законодателю следовало бы подчеркнуть, что указанные граждане либо организации осуществляют регистрацию одного наименования именно совместно. Это позволило бы в дальнейшем избежать абсурдных, но возможных ошибочных трактовок этого положения как предоставляющего возможность требовать государственной регистрации наименования места происхождения товара, уже ранее зарегистрированного другим лицом.

В отличие от норм Закона о товарных знаках разработчики Кодекса оперируют термином "граждане" вместо общепринятого "физические лица". Ввиду данного нововведения регистрация мест происхождения товара апатридами <1> представляется невозможной.

<1> Лица без гражданства.

Кроме того, устоявшееся в обществе понимание термина "гражданин" сводится к его определению как гражданина Российской Федерации, т.е. лица, состоящего в устойчивой правовой связи с Россией, которая выражается в совокупности их взаимных прав и обязанностей. И, несмотря на то что Федеральный закон от 31 мая 2002 г. N 62-ФЗ "О гражданстве Российской Федерации" содержит термин "иностранный гражданин", на практике не исключены затруднения, связанные с регистрацией наименований мест происхождения товаров иностранцами (хотя это и противоречит иным положениям Гражданского кодекса - п. 2 ст. 1517).

3. Пункт 2 комментируемой статьи также носит декларативный характер. В соответствии с ним лица, которые зарегистрировали наименование места происхождения товара в установленном порядке, являются правообладателями на данное наименование - им предоставляется исключительное право использования наименования.

Документом, удостоверяющим прохождение государственной регистрации наименования места происхождения товара в федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности и наличие исключительного права использования данного наименования зарегистрировавшим его производителем товара, является свидетельство, выдаваемое указанным органом власти.

Однако вместе с этим законодатель ставит охраноспособность наименования и, следовательно, наличие исключительного права на него в зависимость от соблюдения производителем при производстве товара требований п. 1 ст. 1516 Кодекса независимо от наличия свидетельства о государственной регистрации.

4. В качестве особенности правовой природы наименования места происхождения товара как средства индивидуализации и его коренного отличия от товарного знака необходимо выделить то, что исключительное право использования наименования может быть предоставлено нескольким физическим (в редакции Кодекса - гражданам) или юридическим лицам, являющимся производителями товара, обладающего особыми свойствами, в пределах той же территории (географического объекта).

2. Использование наименования места происхождения товара

Статья 1519. Исключительное право на наименование места происхождения товара

Комментарий к статье 1519

1. Статья развивает ранее рассмотренные положения Кодекса, касающиеся исключительного права использования наименования места происхождения товара.

Как известно, исключительное право на использование большинства охраняемых законом объектов интеллектуальной собственности делится на три составляющие:

1) право (а иногда и аналогичная обязанность) обладателя исключительного права самостоятельно использовать тот или иной объект;

2) право распоряжаться исключительным правом - разрешать использование объекта интеллектуальной собственности другим лицам (передавать соответствующее исключительное право или права по договору);

3) право на защиту от незаконного использования объекта интеллектуальной собственности другими лицами.

Правовая же конструкция п. 1 в его системной связи с п. 4 комментируемой статьи позволяет сделать вывод, что содержанием исключительного права использования зарегистрированного в установленном порядке наименования места происхождения товара, в отличие от исключительного права на использование большинства объектов интеллектуальной собственности, являются только права на защиту и на самостоятельное использование данного наименования зарегистрировавшим его производителем товара без возможности его передачи другим лицам. Следовательно, сделки, предметом которых выступает отчуждение данного права, и предоставление лицензии на временное использование зарегистрированного наименования и иное распоряжение указанным исключительным правом недействительны.

2. В пункте 2 перечислены возможные виды использования наименования места происхождения товара, которые вправе осуществлять зарегистрировавший его производитель; этот перечень в целом совпадает с аналогичным перечнем, содержащимся в п. 1 ст. 40 Закона о товарных знаках. Данный перечень не является исчерпывающим, так как согласно п. 1 комментируемой статьи обладатель исключительного права использования наименования места происхождения товара вправе использовать его "любым не противоречащим закону способом"; кроме того, он (перечень) начинается со словосочетания "в том числе" (что уже подразумевает "но не только").

Серьезную новеллу представляет включение в указанный перечень такого способа использования наименования места происхождения товара, как в сети Интернет, в том числе в доменном имени и при других способах адресации.

Под "адресацией" обычно понимают способ указания объектов в сети или системе <1>.

<1> <http://slovari.yandex.ru> (Яндекс. Словари: Адресация).

Система доменных имен является одним из способов адресации, используемой в глобальной сети Интернет.

Слово "домен" происходит от английского domain - область, территория. Каждая страна имеет некоторое кодовое обозначение в две-три буквы, являющееся доменом этой страны и именуемое доменом первого уровня. Домен первого уровня также называют "зоной" <1>.

<1> <http://slovari.yandex.ru> (Яндекс. Словари: <Домен>).

Например, если адрес интернет-сайта заканчивается на ".ru", это означает, что он находится в российской доменной зоне, если на ".uk" - в доменной зоне Великобритании, на ".de" - Германии, на ".jp" - Японии, ".ua" - Украины.

Существуют домены первого уровня, которые не связаны с географической принадлежностью доменной зоны, а определяются направленностью сайта. Например, зона ".com" обычно используется для регистрации зарубежных (как правило, США) коммерческих сайтов, зона ".org" - для некоммерческих, ".edu" - для образовательных.

Уже много лет в литературе и на практике идет спор о том, какое правомочие на доменное имя и товарный знак наиболее значимое и главенствующее. По-видимому, со вступлением в силу Гражданского кодекса такая же судьба (выяснять отношения с владельцами доменных имен на тему "кто главней") ждет и обладателей исключительного права использования наименования места происхождения товара.

3. Пункт 3 ст. 1519 ГК РФ запрещает использовать зарегистрированное наименование места происхождения товара лицам, не имеющим свидетельства о государственной регистрации, т.е. не являющимся непосредственными "регистраторами". Запрет распространяется в том числе на случаи, когда при использовании зарегистрированного места происхождения товара указывается его подлинное или переведенное на другой язык наименование либо оно используется в сочетании с такими словами, как "род", "тип", "имитация".

Как правило, специфика объекта, произведенного в той или иной местности, определяется целым рядом факторов, в результате чего попытки имитации данного товара в других географических условиях не дают результата либо приводят к созданию объекта с совершенно иными свойствами <1>. Качество большинства указанных объектов несоизмеримо ниже. Однако не всегда подделку можно отличить от оригинального товара. В результате распространение на рынке некачественного товара ведет к снижению потребительского спроса, подрыву репутации добросовестного изготовителя. Именно поэтому комментируемая статья Кодекса также запрещает использование сходного обозначения для любых товаров, способного ввести потребителей в заблуждение относительно места происхождения и особых свойств товара (незаконное использование наименования места происхождения товара). Данные действия представляют собой акт недобросовестной конкуренции.

<1> Калятин В.О. Указ. соч. С. 350.

Статья 1520. Знак охраны наименования места происхождения товара

Комментарий к статье 1520

1. В целях уведомления окружающих о том, что используемое обозначение является зарегистрированным в Российской Федерации наименованием места происхождения товара, правообладатель может размещать рядом с таким наименованием предупредительную маркировку - знак охраны наименования места происхождения товара.

Кодекс, как и Закон о товарных знаках, предусматривает два вида указанного знака охраны, выраженные в словесных обозначениях, - "зарегистрированное наименование места происхождения товара", или "зарегистрированное НМПТ". Такой знак рекомендуется помещать при каждом использовании наименования места происхождения товара, если это возможно в силу специфики использования (в том числе на каждой единице товара или его упаковке).

Подчеркнем, что знак охраны наименования места происхождения товара носит лишь уведомительный характер и его размещение является правом, а не обязанностью правообладателя.

Размещать же указанную предупредительную маркировку по отношению к обозначению, не являющемуся зарегистрированным в Российской Федерации наименованием места происхождения товара, запрещается (подробнее см. п. 3 ст. 1537 и комментарий к нему).

Статья 1521. Действие правовой охраны наименования места происхождения товара

Комментарий к статье 1521

Логически ст. 1521 является вводной к разд. 4 комментируемого параграфа Кодекса.

Статья предусматривает два срока охраны наименования места происхождения товара - срок охраны:

самого наименования, который определяется временем существования возможности производить товар, обладающий особыми свойствами, присущими конкретной географической среде (см. ст. 1516 и п. 1 ст. 1536 и комментарий к ним);

исключительного права использования наименования, ограниченный сроком действия свидетельства о государственной регистрации данного права, определяемый в соответствии со ст. 1531 и п. 2 ст. 1536 Кодекса.

При этом охраноспособность наименования места происхождения товара не зависит от наличия или отсутствия свидетельства об исключительном праве на его использование, в то время как действие указанного свидетельства прекращается в связи с прекращением правовой охраны наименования (подробнее см. ст. 1536 и комментарий к ней).

3. Государственная регистрация наименования места происхождения товара и предоставление исключительного права на наименование места происхождения товара

Статья 1522. Заявка на наименование места происхождения товара

Комментарий к статье 1522

Статья содержит основные указания, касающиеся содержания и оформления заявки на наименование места происхождения товара.

Как следует из содержания п. 1, Кодекс различает два вида заявок:

на регистрацию наименования места происхождения товара и предоставление исключительного права на него;

на предоставление исключительного права на ранее зарегистрированное наименование места происхождения товара.

Обе указанные заявки подаются заявителем в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности согласно требованиям Кодекса (которые в целом идентичны предписаниям Закона о товарных знаках, а также правилам, утвержденным указанным федеральным органом). До вступления Кодекса в силу требования к документам заявки устанавливались Правилами 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, утвержденными Приказом Роспатента от 25 февраля 2003 г. N 24. В настоящий момент с учетом указаний Кодекса разрабатываются новые правила. Однако представляется, что по содержанию они будут весьма схожи с указанными.

Относительно отдельных требований к содержанию заявки необходимо отметить следующее. Границы географического объекта, являющегося регистрируемым наименованием места происхождения товара, могут быть описаны с помощью координат, естественных границ местности - рек, гор, озер; административных границ; долговечных сооружений, коммуникаций и т.п. В описании особых свойств товара, для которого регистрируется обозначение, приводятся свойства, отличающие данный товар от аналогичных товаров. Из описания явным образом должна следовать обязательная, объективная зависимость особых свойств товара от характерных для данного географического объекта природных условий и/или людских факторов. Свойства товара должны быть описаны четко и ясно, в соответствии с общепринятой специальной

терминологией (товароведческой, технической и т.д.). Описание должно носить информационный характер, в частности указывать на наличие в данном географическом объекте исходного сырья, климатических, геологических, гидрогеологических или иных природных условий, а также людей (коллектива), способных изготавливать товар традиционным способом.

В случае подачи заявки на предоставление исключительного права использования в отношении уже зарегистрированного наименования места происхождения товара описание особых свойств производимого заявителем товара должно совпадать с описанием основных свойств товара, в отношении которого зарегистрировано данное наименование места происхождения товара.

Следует отметить, что в действовавшие до введения в действие Кодекса Правила Роспатента, регламентировавшие порядок составления, подачи и рассмотрения заявок на наименования мест происхождения товаров, была включена возможность подачи заявки и предоставления дополнительных материалов по заявке как на традиционном бумажном носителе, так и с помощью средств связи, таких, например, как факс. При определенных условиях предоставление документов по факсу позволяло установить дату приоритета. Представляется, что эти немаловажные положения найдут отражение в новых правилах, разработанных и утвержденных федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности в соответствии с комментируемым Кодексом.

Статья 1523. Экспертиза заявки на наименование места происхождения товара и внесение изменений в документы заявки

Комментарий к статье 1523

1. Пункт 1 комментируемой статьи устанавливает следующие виды экспертиз заявки на наименование места происхождения товара, которые проводятся федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности: формальная экспертиза и экспертиза заявленного обозначения.

2. Пункт 2 предусматривает право заявителя при проведении экспертизы заявки представлять дополнительные сведения и материалы, в том числе уточнять и исправлять материалы заявки. Данное право заявителя действует до принятия федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности решения по заявке.

Поводом для предоставления указанных дополнительных материалов также может быть запрос федерального органа исполнительной власти по интеллектуальной собственности (абз. 1 п. 3 комментируемой статьи).

3. Статья устанавливает, что если представленные заявителем дополнительные материалы изменяют заявку на наименование места происхождения товара по существу, то такие материалы к рассмотрению не принимаются.

Дополнительные материалы признаются изменяющими заявку по существу, если:

изменения и дополнения содержат указание на такие основные свойства товара, которыми, как следует из заключения компетентного органа, товар не обладает;

заявитель укажет в них на какой-то иной товар (или товары), который не был указан в первоначальных материалах, при условии, что заявленное обозначение содержит название самого товара, для которого предназначено наименование места происхождения товара <1>.

КонсультантПлюс: примечание.

Комментарий к Закону "О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров". Охрана интеллектуальной собственности в России. Сборник законов, международных договоров, правил Роспатента с комментариями С.А.

<1> Корчагин А.Д., Орлова В.В., Горленко С.А. Указ. соч. С. 113.

Материалы, изменяющие заявку по существу, могут быть оформлены заявителем в качестве самостоятельной заявки.

4. В соответствии с Постановлением Правительства Российской Федерации от 19 сентября 1997 г. N 1203 "О Российском агентстве по патентам и товарным знакам и подведомственных ему организациях", а затем Постановлением Правительства России от 7 апреля 2004 г. N 178 "Вопросы Федеральной службы по интеллектуальной собственности, патентам и товарным знакам" экспертиза заявок была отнесена к компетенции подведомственной Роспатенту организации - Федеральному институту промышленной собственности (ФИПС).

Статья 1524. Формальная экспертиза заявки на наименование места происхождения товара

Комментарий к статье 1524

Статья регламентирует порядок прохождения формальной экспертизы для заявки на наименование места происхождения товара. Суть данной экспертизы заключается в проверке федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности соответствия поданной заявки установленным требованиям в части как ее содержания, так и наличия и правильности составления прилагаемых документов.

Срок проведения формальной экспертизы составляет два месяца. В ходе ее проведения у заявителя могут запрашиваться дополнительные сведения и материалы (документы), в том числе с целью уточнения особых свойств производимого товара, места производства, а также подтверждения права лица на заявленное им обозначение, если географический объект, регистрация которого испрашивается данным заявителем, находится вне территории Российской Федерации.

Статья 1525. Экспертиза обозначения, заявленного в качестве наименования места происхождения товара

Комментарий к статье 1525

1. После формальной экспертизы заявки проводится экспертиза заявленного обозначения. В ходе данной экспертизы проверяются:

соответствие обозначения требованиям ст. 1516 Кодекса;

соответствие материалов заявки требованиям, предъявляемым к ее содержанию и оформлению, а также прилагаемых к ней документов, за исключением тех материалов, которые прошли проверку в ходе формальной экспертизы;

обоснованность указания проверяемого места происхождения (производства) товара на территории Российской Федерации.

2. В ходе проведения экспертизы обозначения, заявленного в качестве наименования места происхождения товара, до принятия окончательного решения, если предполагается, что заявителю будет отказано в государственной регистрации заявленного обозначения, регистрирующий орган направляет заявителю аргументированное уведомление о несоответствии обозначения требованиям ст. 1516 Кодекса. Заявителю в этом случае предлагается представить свои доводы по результатам экспертизы в течение шести месяцев со дня направления уведомления регистрирующим органом.

Статья 1526. Решение, принятое по результатам экспертизы заявленного обозначения

Комментарий к статье 1526

Итогом экспертизы заявленного обозначения считается принятие регистрирующим органом (федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности) одного из указанных решений:

о государственной регистрации наименования места происхождения товара и о предоставлении исключительного права на это наименование;

об отказе в государственной регистрации наименования места происхождения товара и (или) в предоставлении исключительного права на него.

Следует сразу оговориться, что даже в силу принятия регистрирующим органом положительного решения заявленное обозначение не получает правовой охраны. Данное решение служит лишь основанием для государственной регистрации наименования места происхождения товара, в силу которой, как уже отмечалось ранее (см. ст. ст. 1517, 1518 и комментарий к ним), заявленное обозначение признается охраняемым средством индивидуализации.

Статья 1527. Отзыв заявки на наименование места происхождения товара

Комментарий к статье 1527

В соответствии с настоящей статьей Кодекса заявитель вправе отозвать свою заявку на наименование места происхождения товара на любом этапе ее рассмотрения до момента внесения сведений в Государственный реестр наименований.

Отзыв заявки осуществляется на основании заявления, поданного в письменной форме и подписанного заявителем и/или его уполномоченным лицом - патентным поверенным, представляющим интересы заявителя. При разработке новых правил, касающихся подачи и рассмотрения заявок на наименования мест происхождения товара, можно рекомендовать их разработчикам учесть возможность отзыва заявки посредством факса, а возможно, и электронной почты (поскольку законодатель наконец-то ввел правовой термин "электронное сообщение" - информация, переданная или полученная пользователем информационно-телекоммуникационной сети <1>).

<1> Ст. 2 Федерального закона от 27 июля 2006 г. N 149-ФЗ "Об информации, информационных технологиях и о защите информации" // СЗ РФ. 2006. N 31 (ч. 1). Ст. 3448.

Практика, предшествующая введению в действие комментируемого Кодекса, исходила из того, что отозванная заявка на соответствующее обозначение не создает препятствий и не учитывается при прохождении экспертизы других заявок, поданных данным заявителем.

В связи с отзывом заявки федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности выносит решение с указанием оснований прекращения действий по заявке.

Статья 1528. Оспаривание решений по заявке на наименование места происхождения товара. Восстановление пропущенных сроков

Комментарий к статье 1528

1. Пункт 1 комментируемой статьи устанавливает право заявителя оспорить решения (исчерпывающий перечень которых приведен в комментируемом пункте статьи) федерального органа исполнительной власти по интеллектуальной собственности в течение трех месяцев со дня получения решения. Оспаривание осуществляется путем подачи возражений в Палату по патентным спорам.

Палата по патентным спорам Роспатента является самостоятельным юридическим лицом - государственным учреждением. Создана Палата на базе Апелляционной палаты и Высшей патентной палаты Роспатента. Правила подачи возражений и заявлений и их рассмотрения в Палате по патентным спорам утверждены Приказом Роспатента N 56 от 22 апреля 2003 г.

2. Пункт 2 устанавливает порядок восстановления пропущенных сроков оспаривания решений федерального органа исполнительной власти по интеллектуальной собственности, а также сроков, предусмотренных п. 3 ст. 1523 Кодекса, относящихся к представлению дополнительных материалов по заявке.

Основанием для восстановления служит ходатайство заявителя, которое может быть подано в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности не позднее двух месяцев со дня истечения срока. Восстановление сроков осуществляется при условии подтверждения заявителем уважительных причин, в силу которых он не имел возможности подать возражения (или дополнительные материалы по заявке) в течение общего срока, а также уплаты госпошлины.

Статья 1529. Порядок государственной регистрации наименования места происхождения товара

Комментарий к статье 1529

1. Как уже было сказано выше (см. ст. 1526 и комментарий к ней), федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности, руководствуясь принятым по результатам экспертизы заявленного обозначения положительным решением, проводит государственную регистрацию наименования места происхождения товара.

Государственная регистрация наименования осуществляется путем его внесения в Государственный реестр наименований. Порядок ведения данного реестра до введения в действие Гражданского кодекса регламентировался Приказом Роспатента от 5 марта 2004 г. N 32.

2. Пункт 2 комментируемой статьи устанавливает перечень сведений, которые вносятся в Государственный реестр наименований. Данный перечень аналогичен (не считая незначительной редактуры используемого разработчиками Кодекса понятийного аппарата) тому, что содержался в п. 1 ст. 35 Закона о товарных знаках.

Статья 1530. Выдача свидетельства об исключительном праве на наименование места происхождения товара

Комментарий к статье 1530

1. Статья определяет порядок выдачи свидетельства об исключительном праве на наименование места происхождения товара.

Свидетельство выдается при условии, что наименование места происхождения товара уже зарегистрировано и внесено в Государственный реестр наименований.

Комментируемая статья, как и ст. 35 Закона о товарных знаках, предусматривает довольно короткий срок выдачи свидетельства - один месяц со дня получения документа

об уплате пошлины федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности. Если заявитель (или уполномоченное им лицо) не представил федеральному органу документ, подтверждающий уплату пошлины за выдачу свидетельства, то свидетельство не выдается.

2. Комментируемая статья Кодекса не предусматривает каких-либо требований к свидетельству, в том числе его оформлению и содержанию, оставляя эти вопросы на усмотрение "федерального органа исполнительной власти, осуществляющего нормативно-правовое регулирование в сфере интеллектуальной собственности". Данное указание означает, что форма и содержание свидетельства об исключительном праве на наименование места происхождения товара могут устанавливаться не регистрирующим данные обозначения органом, а иным федеральным органом исполнительной власти.

Статья 1531. Срок действия свидетельства об исключительном праве на наименование места происхождения товара

Комментарий к статье 1531

1. Несмотря на то что регистрация наименования места происхождения товара бессрочная (если есть возможность производить товар, обладающий особыми свойствами, присущими той или иной географической среде), свидетельство об исключительном праве на зарегистрированное наименование имеет вполне определенный срок - 10 лет. Данный срок начинает исчисляться со дня подачи заявки на наименование места происхождения товара в регистрирующий орган.

2. Пункт 2 устанавливает возможность и порядок продления срока действия свидетельства об исключительном праве на наименование места происхождения товара.

Срок действия свидетельства может продлеваться каждый раз на 10 лет.

Основанием для продления срока свидетельства служит заявление его обладателя.

Вместе с тем в целях государственного контроля над свойством товара, выпускаемого под обозначением, зарегистрированным в качестве наименования места происхождения товара и внесенного в государственный реестр, условием продления срока свидетельства является заключение компетентного органа о том, что указанный товар действительно производится данным заявителем в пределах границ данного географического объекта и не утерял указанных в реестре свойств.

Компетентный орган, о котором идет речь в комментируемой статье, должен определяться в порядке, устанавливаемом Правительством России. Пока такого органа не создано.

3. Заключение компетентного органа, о котором говорилось выше, необходимо только для продления срока действия свидетельств об исключительном праве на наименование места происхождения товара, представляющего собой географический объект, который находится в пределах границ России. Если же географический объект не является территорией Российской Федерации, такого заключения не требуется. Однако в этом случае обладатель свидетельства для продления срока его действия обязан представить в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности документ, подтверждающий его право на наименование места происхождения товара в стране происхождения товара на дату подачи заявления о продлении срока действия свидетельства.

4. Обладатель свидетельства об исключительном праве на наименование места происхождения товара, желающий продлить срок его действия, должен подать заявление об этом в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности в течение последнего года действия свидетельства.

При наличии ходатайства и уплаты дополнительной пошлины обладателю свидетельства может быть предоставлен шестимесячный срок для подачи заявления по истечении срока действия свидетельства.

5. О каждом факте продления срока действия свидетельства об исключительном праве на наименование места происхождения товара федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности вносит запись в Государственный реестр наименований и в само свидетельство.

Статья 1532. Внесение изменений в Государственный реестр наименований и свидетельство об исключительном праве на наименование места происхождения товара

Комментарий к статье 1532

Статья устанавливает обязанность направления уведомлений:

обладателем свидетельства об исключительном праве на наименование места происхождения товара в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности (в случаях изменения информации, относящейся к государственной регистрации наименования места происхождения товара и предоставлению исключительного права на это наименование, - п. 2 ст. 1529);

федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности обладателю свидетельства в случае внесения изменений в Государственный реестр наименований и свидетельство, связанных с исправлением очевидных и технических ошибок.

Согласно сложившейся деловой практике уведомления составляются в письменной форме. При этом отправитель уведомления должен получить подтверждение доставки до адресата.

Статья 1533. Публикация сведений о государственной регистрации наименования места происхождения товара

Комментарий к статье 1533

В соответствии с комментируемой статьей информация о зарегистрированном наименовании места происхождения товара и предоставлении исключительного права на него публикуется в официальном бюллетене федерального органа исполнительной власти по интеллектуальной собственности "незамедлительно после их внесения в Государственный реестр наименований".

В статье подчеркивается, что в официальном ведомственном бюллетене должны быть опубликованы только те сведения, которые непосредственно относятся к государственной регистрации наименования или права на его использование. Публикация сведений, содержащих описание особых свойств товара, выпускаемого под зарегистрированным обозначением, не допускается.

Статья 1534. Регистрация наименования места происхождения товара в иностранных государствах

Комментарий к статье 1534

Статья устанавливает право граждан России и зарегистрированных на территории Российской Федерации юридических лиц испрашивать регистрацию наименований мест происхождения товаров в других государствах.

В качестве условия такой регистрации Кодекс, как и до его введения в действие ст. 39 Закона о товарных знаках, устанавливает необходимость государственной регистрации наименования места происхождения товара и предоставления исключительного права на такое наименование в Российской Федерации. Это связано с тем, что из-за специфики объекта только национальный орган страны происхождения способен оценить заявленное обозначение и принять решение о признании (или об отсутствии такового) его наименованием места происхождения товара и/или предоставить право на пользование им конкретному лицу <1>.

КонсультантПлюс: примечание.

Комментарий к Закону "О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров". Охрана интеллектуальной собственности в России. Сборник законов, международных договоров, правил Роспатента с комментариями С.А. Горленко, А.Д. Корчагина, В.В. Орловой (отв. ред. Л.А. Трахтенгерц, науч. ред. В.М. Жуйков) включен в информационный банк согласно публикации - КОНТРАКТ, 2005.

<1> Корчагин А.Д., Орлова В.В., Горленко С.А. Указ. соч. С. 128.

4. Прекращение правовой охраны наименования места происхождения товара и исключительного права на наименование места происхождения товара

Статья 1535. Основания оспаривания и признания недействительным предоставления правовой охраны наименованию места происхождения товара и исключительного права на такое наименование

Комментарий к статье 1535

1. Несмотря на название статьи, она (как и действовавшая до введения в действие Гражданского кодекса ст. 42 Закона о товарных знаках) не перечисляет оснований для оспаривания и признания недействительным предоставления правовой охраны обозначению в качестве наименования места происхождения товара, а также исключительного права на него. Единственным и прямо названным в статье (п. 2) основанием является предоставление правовой охраны обозначению с нарушением требований Кодекса. В этом и состоит отличие комментируемой статьи от аналогичной нормы, относящейся к товарным знакам.

2. Первый и второй абзацы п. 1 содержат нормы декларативного характера, разъясняющие, что оспаривание предоставления правовой охраны обозначению, зарегистрированному в качестве наименования места происхождения товара, или предоставления исключительного права на ранее зарегистрированное наименование означает не что иное, как оспаривание решений федерального органа исполнительной власти по интеллектуальной собственности. Таким образом, законодатель указал, что именно необходимо требовать лицам, оспаривающим и желающим признать недействительным предоставление правовой охраны наименования места происхождения товара и исключительного права на него, т.е. дал указанным лицам более подробное руководство к действию.

3. В третьем и четвертом абзацах законодатель разъясняет последствия признания недействительным предоставления правовой охраны обозначению в качестве наименования места происхождения товара (решение о государственной регистрации отменяется, запись в Государственном реестре наименований и свидетельство об исключительном праве на такое наименование аннулируются) и предоставления

исключительного права на ранее зарегистрированное наименование (отмена решения о предоставлении такого исключительного права, аннулирование записи в Государственном реестре наименований и свидетельства).

4. Если п. 2 ст. 42 Закона о товарных знаках предоставлял право на оспаривание, о котором идет речь в комментируемой статье, любому лицу, то согласно Кодексу таким правом обладает только заинтересованное лицо. Представляется, что при такой, казалось бы, незначительной замене одного термина другим у оспаривающего лица возникает бремя обоснования своей заинтересованности в этом.

Процедура оспаривания осуществляется путем подачи возражений в Палату по патентным спорам.

Статья 1536. Прекращение правовой охраны наименования места происхождения товара и действия свидетельства об исключительном праве на такое наименование

Комментарий к статье 1536

Статья дает исчерпывающий перечень обстоятельств, при которых правовая охрана зарегистрированного наименования места происхождения товара (п. 1) и действие свидетельства об исключительном праве на него (п. 2) прекращаются.

В отличие от ст. 1535 по основаниям, указанным в комментируемой статье, в Палату по патентным спорам вправе обратиться любое лицо. Документ, на основании которого Палата по патентным спорам рассматривает вопрос о прекращении правовой охраны наименования места происхождения товара (или действию свидетельства об исключительном праве на него) и выносит решение, именуется в настоящей статье заявлением.

После принятия положительного решения по заявлению и вступления его в силу в Государственном реестре наименований производится запись о прекращении правовой охраны наименования места происхождения товара, а в официальном ведомственном бюллетене публикуется соответствующая информация.

5. Защита наименования места происхождения товара

Статья 1537. Ответственность за незаконное использование наименования места происхождения товара

Комментарий к статье 1537

1. Незаконное использование наименований мест происхождения товаров или обозначения, сходного с ним до степени смешения, влечет за собой гражданскую, административную и уголовную ответственность.

Отметим, что действовавший до вступления в силу комментируемого Кодекса Закон о товарных знаках содержал общую статью об ответственности за использование и товарных знаков, и наименований мест происхождения товаров (ст. 46). Несмотря на то что в рамках данной статьи специфические способы защиты прав на товарный знак и наименование места происхождения товара были разделены по пунктам, разработчики Кодекса, как представляется, поступили более корректно, предусмотрев две статьи (об ответственности за незаконное использование товарного знака см. ст. 1515 и комментарий к ней). Вместе с тем и содержание данных норм несколько изменилось.

Пункт 1 ст. 1537 наделяет правообладателя двумя правами-требованиями, направленными на восстановление его нарушенного исключительного права использования наименования места происхождения товара:

1) изъятия из гражданского оборота и последующего уничтожения товаров, этикеток, упаковок товаров, на которых размещено незаконно используемое наименование места происхождения товара или обозначение, сходное с ним до степени смешения, признанных судом контрафактными;

2) удаления с признанных судом контрафактными товаров, этикеток, упаковок товаров незаконно используемого наименования места происхождения товара или сходного с ним до степени смешения обозначения в случаях, когда введение таких товаров в оборот необходимо в общественных интересах и их изъятие и последующее уничтожение недопустимо. К сожалению, законодатель не приводит таких случаев и не разъясняет, что понимается под "необходимостью в общественных интересах", оставляя решение этих вопросов правоприменительной практике.

Отметим, что указанные действия по изъятию, уничтожению и удалению маркировки осуществляются за счет нарушителя.

Закон о товарных знаках (п. 3 ст. 46) предусматривал обязанность нарушителя прекратить использование зарегистрированного наименования места происхождения товара, возместить правообладателю причиненные убытки, а также опубликовать судебное решение в целях восстановления деловой репутации потерпевшего. Новый Гражданский кодекс таких норм не содержит. Однако это не препятствует возможности правообладателя обратиться в суд с требованием о прекращении незаконного использования зарегистрированного им обозначения (пресечение действий, нарушающих право, - ст. 12 ГК РФ), а также о защите чести, достоинства, деловой репутации и взыскании компенсации морального вреда на общих основаниях, предусмотренных ст. ст. 151 и 152 ГК РФ.

2. Правообладатель вправе использовать для защиты своих прав и законных интересов в отношении наименования места происхождения товара любые гражданско-правовые способы, предусмотренные ст. 12 ГК РФ, в том числе требовать полного возмещения убытков (реального ущерба и упущенной выгоды), причиненных ему нарушителем. Способы защиты исключительного права на товарный знак и наименование места происхождения товара в целом идентичны.

Пункт 2 комментируемой статьи предусматривает дополнительный особый способ защиты - требовать выплаты компенсации либо в размере от 10000 до 5000000 рублей, либо в двукратном размере стоимости товаров, на которых незаконно размещено наименование места происхождения товара.

Закон о товарных знаках также предусматривал требование правообладателя о выплате компенсации - в размере от 1000 до 50000 минимальных размеров оплаты труда (МРОТ), установленных федеральным законом. Поскольку один МРОТ, согласно Федеральному закону от 19 июня 2000 г. N 82-ФЗ "О минимальном размере оплаты труда" (с изменениями от 29 апреля, 26 ноября 2002 г., 1 октября 2003 г., 22 августа, 29 декабря 2004 г.), для выплат по аналогичным требованиям довольно долгое время составляет 100 рублей, разработчики Кодекса существенно снизили нижний предел суммы компенсации; верхний же остался на прежнем уровне.

Отметим, что первый вид компенсации взыскивается с нарушителя по требованию правообладателя вместо возмещения убытков, что снимает с правообладателя бремя доказывания в суде зависимости возникновения убытков от противоправных действий нарушителя и конкретного размера этих убытков. Поэтому введение в законодательство об интеллектуальной собственности данного способа защиты очень важно, особенно в период становления рынка в России, и обусловлено прежде всего необходимостью обеспечить правообладателям более эффективную защиту принадлежащих им исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности, которые были бы адекватны масштабам пиратского использования объектов интеллектуальной собственности и теневой экономики.

Однако размер компенсации (в установленных Кодексом пределах) определяется по усмотрению суда. А поскольку не существовало и не существует единой системы и даже критериев определения судами размера компенсации (т.е. он может кардинально разниться за аналогичные нарушения), то кажущаяся универсальность данного способа защиты гражданских прав постоянно сталкивается с противоречиями и течениями (основанными на вынесении судьями шаблонных решений или формальном выполнении не всегда обоснованных указаний судов высших инстанций) в правоприменительной деятельности. Так, многие суды сопоставляют размер требуемой правообладателем компенсации с суммой причиненных ему убытков согласно документам, представленным нарушителем. В итоге лицо, обратившееся в суд за восстановлением своих прав, может потерять еще больше на судебных расходах.

Второй вид компенсации - взыскание с нарушителя двукратной стоимости товаров, на которых незаконно размещено наименование места происхождения товара, не может быть уменьшен судом. Однако при наличии у суда оснований сомневаться в истинной стоимости таких товаров, заявленной правообладателем, может быть назначена товароведческая экспертиза.

Представляется, что в качестве дополнительного правомочия лица, зарегистрировавшего наименование места происхождения товара и обладающего в отношении его исключительным правом использования, полезно было бы предусмотреть возможность требовать передачи ему в собственность контрафактных товаров, этикеток, упаковок в счет возмещения убытков. Возможно, такое право будет введено в Кодекс в его последующих редакциях.

Согласно ст. 3.5 КоАП РФ административный штраф - денежное взыскание, которое может выражаться в величине, кратной: 1) минимальному размеру оплаты труда (без учета районных коэффициентов), установленному федеральным законом на момент окончания или пресечения административного правонарушения; 2) стоимости предмета административного правонарушения на момент окончания или пресечения административного правонарушения; 3) сумме неуплаченных и подлежащих уплате на момент окончания или пресечения административного правонарушения налогов, сборов, таможенных пошлин, иных сумм.

Административная ответственность за незаконное использование наименования места происхождения товара установлена в Кодексе РФ об административных правонарушениях в виде административного штрафа и конфискации.

В соответствии с ч. 3 ст. 3.5 КоАП РФ размер административного штрафа, налагаемого на граждан и исчисляемого исходя из минимального размера оплаты труда, не может превышать 25 МРОТ, на должностных лиц - 50 МРОТ, на юридических лиц - 1000 МРОТ. Однако административный штраф за нарушение законодательства Российской Федерации о товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров может быть установлен с превышением указанных размеров, но не должен превышать: для граждан - 50 МРОТ, для должностных лиц - 500 МРОТ, для юридических лиц - 10000 МРОТ.

В соответствии со ст. 14.10 КоАП РФ незаконное использование чужого наименования места происхождения товара, как и товарного знака, знака обслуживания или сходных с ними обозначений для однородных товаров, влечет за собой наложение административного штрафа:

на граждан - в размере от 15 до 20 минимальных размеров оплаты труда с конфискацией предметов, содержащих незаконное воспроизведение товарного знака, знака обслуживания, наименования места происхождения товара;

на должностных лиц - от 100 до 200 МРОТ с конфискацией предметов, содержащих незаконное воспроизведение товарного знака, знака обслуживания, наименования места происхождения товара;

на юридических лиц - от 300 до 400 МРОТ с аналогичной конфискацией.

Согласно ч. 1 ст. 4.5 ("Давность привлечения к административной ответственности") КоАП РФ постановление по делу об административном правонарушении по общему правилу не может быть вынесено по истечении двух месяцев со дня совершения административного правонарушения, однако за нарушение законодательства Российской Федерации о товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров - по истечении одного года со дня совершения административного правонарушения. При длящемся административном правонарушении указанные сроки начинают исчисляться со дня его (административного правонарушения) обнаружения.

Если после выявления административного правонарушения законодательства о товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров проводится экспертиза или совершаются иные процессуальные действия, требующие значительных временных затрат, проводится административное расследование (ст. 28.7 КоАП РФ).

Административное расследование проводится по месту совершения или выявления административного правонарушения. Срок его проведения не может превышать одного месяца с момента возбуждения дела об административном правонарушении. В исключительных случаях указанный срок по письменному ходатайству должностного лица, в производстве которого находится дело, может быть продлен вышестоящим должностным лицом на срок не более одного месяца. По окончании административного расследования составляется протокол об административном правонарушении либо выносится постановление о прекращении дела об административном правонарушении.

3. В соответствии с п. 3 комментируемой статьи запрещено наносить предупредительную маркировку, предусмотренную ст. 1520 ГК РФ, на обозначение, не зарегистрированное в Российской Федерации в качестве наименования места происхождения товара. Лицо, производящее такую маркировку, несет ответственность по законодательству Российской Федерации (ч. 2 ст. 180 УК РФ).

§ 4. Право на коммерческое обозначение

Статья 1538. Коммерческое обозначение

Комментарий к статье 1538

1. В рамках данного параграфа Гражданского кодекса предпринята попытка подробно регламентировать правовые вопросы, связанные с таким специфическим и до сих пор мало исследованным объектом гражданских прав, как коммерческое обозначение.

Правовая охрана предоставлялась коммерческим обозначениям на территории Российской Федерации и до введения в действие комментируемого Кодекса в силу некоторых национальных и международных нормативных правовых актов, в том числе:

Устава Всемирной организации интеллектуальной собственности (ВОИС);

Парижской конвенции по вопросам промышленной собственности;

главы 54 ("Коммерческая концессия") части второй ГК РФ.

Однако единой дефиниции рассматриваемого понятия выработано не было.

Как отмечалось в литературе еще до появления проекта комментируемого Кодекса, "коммерческое обозначение" представляет собой незарегистрированное, но общеизвестное наименование, используемое в деятельности предпринимателя, которое охраняется без специальной регистрации именно в силу его общеизвестности (ст. 6. bis Парижской конвенции по охране промышленной собственности), например "мерседес" или "кока-кола" <1>.

<1> Комментарий к части второй Гражданского кодекса Российской Федерации для предпринимателей / Под общ. ред. М.И. Брагинского. М.: Правовая культура, 1996.

Однако п. 1 ст. 1538 ГК РФ не ставит правоспособность коммерческого обозначения в зависимость от его общеизвестности, но и не дает полноценного определения данного понятия. Законодатель указал лишь критерии, призванные дать правообладателю и правоприменителю представление о том, с чем они имеют дело.

Итак согласно комментируемой статье коммерческое обозначение:

- 1) средство индивидуализации предприятий;
- 2) не является фирменным наименованием (см. ст. 1473 и комментарий к ней);
- 3) не подлежит обязательному включению в учредительные документы и Единый государственный реестр юридических лиц (ЕГРЮЛ).

Коммерческое обозначение не является средством маркировки товара, а служит средством индивидуализации предприятия, т.е. имущественного комплекса, используемого для осуществления предпринимательской деятельности (абз. 1 п. 1 ст. 132 ГК РФ), который признается недвижимостью (ст. 130, абз. 2 п. 1 ст. 132 ГК РФ). Как уже отмечалось, Кодекс изобилует различными перечнями чего-либо, далеко не все из которых имеют практическую и тем более, теоретическую ценность. Комментируемая статья не исключение: законодатель указывает, что предприятия могут быть торговые, промышленные и иные.

Второй критерий указывает на то, что понятие "коммерческое обозначение" не идентично понятию "фирменное наименование", а следовательно, первое не должно носить все признаки второго, немаловажным из которых является необходимость указания организационно-правовой формы субъекта. Вместе с тем представляется, что в качестве коммерческого обозначения или в его составе не могут быть использованы элементы, перечисленные в п. 4 ст. 1473.

Слова из третьего критерия - "не подлежит обязательному включению" - указывают на то, что коммерческое обозначение может быть включено в устав и иные документы, регламентирующие деятельность юридического лица, только по желанию его участников. Например, современные уставы большинства российских и иностранных организаций включают пункт "сокращенное наименование".

При определении понятия "коммерческое обозначение" немаловажную роль играет отечественная судебная практика, например, случай, когда Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации при рассмотрении протеста заместителя Председателя ВАС РФ на решение Арбитражного суда Новосибирской области от 23 октября 2000 г. по делу N А45-6654/2000-КГ31/251 принял акт в защиту коммерческого обозначения ответчика, в отношении которого был подан иск о нарушении прав на фирменное наименование (Постановление от 5 марта 2002 г. N 4193/01). Приведем некоторые извлечения из него.

ООО "Нью-Йорк Пицца" обратилось в Арбитражный суд с иском к индивидуальному предпринимателю К. о защите своего фирменного наименования путем запрещения предпринимателю использовать в своей деятельности в ресторане быстрого питания обозначений "Нью-Йорк Пицца", "New York Pizza" и "NYP", являющихся, по мнению истца, его полным и сокращенным фирменным наименованием на русском и английском языках. Решением от 23 октября 2000 г. исковое требование было удовлетворено.

В протесте заместителя Председателя ВАС РФ предлагается данное решение отменить в связи с неправильным применением норм материального права и неполным выяснением обстоятельств, имеющих значение для дела. Президиум счел, что протест должен быть удовлетворен по следующим основаниям.

Общество (истец) было 18 января 1999 г. зарегистрировано под полным фирменным наименованием - "Общество с ограниченной ответственностью "Нью-Йорк Пицца",

сокращенным - "ООО "Нью-Йорк Пицца" (на русском языке) и "New York Pizza" Co. Ltd" (на английском языке). Предметами деятельности общества указаны 49 видов деятельности, в том числе организация и эксплуатация сети пунктов общественного питания, оптовая и розничная торговля продуктами питания.

Индивидуальный предприниматель К. (ответчик) в качестве предпринимателя, осуществляющего свою деятельность без образования юридического лица, зарегистрирован 30 июня 1997 г., о чем ему выдано свидетельство.

Судом установлено (и это обстоятельство никем не оспаривается), что в принадлежащем ответчику ресторане быстрого обслуживания на вывесках, в объявлениях, меню, на визитных карточках и форменной одежде работников помещены обозначения: "Нью-Йорк Пицца", "New York Pizza Nowosibirsk", "New York Pizza", "NYP".

По утверждению истца, используемые обозначения тождественны его фирменному наименованию или сходны с ним до степени смешения, что должно квалифицироваться как нарушение его (истца) исключительного права на фирменное наименование. Арбитражный суд был согласен с доводами истца и удовлетворил требование со ссылкой на ст. ст. 54 и 132 ГК РФ.

Однако суд неправильно определил объект защиты, указав, что фирменным наименованием истца является словесное обозначение: на русском языке - "Нью-Йорк Пицца", на английском - "New York Pizza" и сокращенное обозначение - "NYP". Вопреки требованиям ст. ст. 54, 87 ГК РФ и ст. 4 Федерального закона от 8 февраля 1998 г. N 14-ФЗ "Об обществах с ограниченной ответственностью" суд не включил в структуру полного фирменного наименования его обязательную часть - указание на организационно-правовую форму юридического лица (слова "общество с ограниченной ответственностью"), а в структуру сокращенного - аббревиатуру "ООО". Исследуя обозначение "NYP", суд счел его фирменным наименованием необоснованно, поскольку это противоречит уставу общества.

Суд не дал оценки довода ответчика о том, что он, как гражданин-предприниматель, выступает в гражданском обороте под своим собственным именем (предприниматель К.) и в подтверждение этого им представлены письменные доказательства.

Соглашаясь с доводами заявителя о незаконном использовании ответчиком так называемой вспомогательной части фирменного наименования общества с ограниченной ответственностью, суд не исследовал существенных обстоятельств, имеющих значение для дела.

Не дана оценка тому обстоятельству, что предприниматель К. в рекламных целях использовал в ресторанах-пиццериях спорные обозначения задолго до регистрации истца. В подтверждение этого факта ответчик представил суду санитарно-эпидемиологическое разрешение, кассовые чеки и другие материалы.

Поскольку в данном деле спор вызван столкновением не двух зарегистрированных тождественных фирменных наименований, а зарегистрированного фирменного наименования и используемого обозначения, то для признания такого использования незаконным следовало не только определить степень их сходства, но и сравнить сферы фактической деятельности сторон (деловой и территориальной). Кроме того, суд должен был проверить, привели ли действия ответчика к реальному смешению или введению в заблуждение потребителей относительно того, какое лицо оказывает им услуги, а также допущены ли предпринимателем иные акты недобросовестной конкуренции.

Итак, решение по делу было отменено, а дело направлено на новое рассмотрение в первую инстанцию того же суда.

Таким образом, на основании вышеизложенного, а также с учетом п. 2 ст. 1539 и п. 1 ст. 1541 можно заключить, что в качестве коммерческого обозначения может выступать словесное обозначение субъекта (основная часть зарегистрированного фирменного наименования юридического лица без указания на организационно-правовую форму, ее элементы либо имя гражданина, под которым он осуществляет деятельность в качестве

индивидуального предпринимателя), обычно используемое им в хозяйственной деятельности, отношениях с сотрудниками, партнерами и контрагентами, которое обладает четко выраженной отличительной способностью от других предприятий.

2. Носителем права на коммерческое обозначение (правообладателя) является лицо, осуществляющее предпринимательскую деятельность. Под таковой, согласно абз. 3 п. 1 ст. 2 части первой ГК РФ, понимается "самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг лицами, зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке".

В качестве субъекта предпринимательской деятельности могут выступать:

1) юридические лица, которым закон не запрещает осуществлять предпринимательскую деятельность, в том числе некоммерческие организации;

2) индивидуальные предприниматели.

Из содержания нормы следует, что некоммерческие организации, которые не вправе осуществлять предпринимательскую деятельность, не могут иметь коммерческого обозначения.

Учитывая наличие второго из названных субъектов, видится несколько непредусмотрительным прямое указание в п. 1 комментируемой статьи на ЕГРЮЛ (сведения об индивидуальных предпринимателях вносятся в Единый государственный реестр индивидуальных предпринимателей согласно Федеральному закону от 8 августа 2001 г. N 129-ФЗ "О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей" с изменениями от 23 июня, 8, 23 декабря 2003 г., 2 ноября 2004 г., 2 июля 2005 г., 5 февраля 2007 г., а также Постановлению Правительства Российской Федерации от 16 октября 2003 г. N 630 "О Едином государственном реестре индивидуальных предпринимателей, Правилах хранения в Единых государственных реестрах юридических лиц и индивидуальных предпринимателей документов (сведений) и передачи их на постоянное хранение в государственные архивы, а также о внесении изменений и дополнений в Постановления Правительства Российской Федерации от 19 июня 2002 г. N 438 и 439" с изменениями от 26 февраля 2004 г., 13 декабря 2005 г.).

3. В соответствии с п. 2 одно коммерческое обозначение может использоваться для индивидуализации как одного, так и нескольких предприятий, в то время как для индивидуализации одного предприятия не могут одновременно быть использованы два коммерческих обозначения и более.

Статья 1539. Исключительное право на коммерческое обозначение

Комментарий к статье 1539

1. Содержание исключительного права на коммерческое обозначение составляет право использования коммерческого обозначения в качестве средства индивидуализации принадлежащего правообладателю предприятия любым не противоречащим закону способом. Пункт 1 комментируемой статьи перечисляет некоторые возможные виды такого использования.

2. Как отмечалось выше, коммерческое обозначение должно индивидуализировать его обладателя, а значит, обладать различительной способностью и не вводить в заблуждение относительно принадлежности предприятия определенному лицу. В связи с этим п. 2 комментируемой статьи запрещает использование коммерческих обозначений, не соответствующих данным критериям, в том числе сходных до степени смешения с фирменным наименованием, товарным знаком или коммерческим обозначением предприятия, принадлежащего иному субъекту - обладателю исключительного права на данное коммерческое обозначение, возникшее у него ранее.

Невыполнение указанных предписаний влечет за собой обязанность их нарушителя прекратить использование коммерческого обозначения по требованию обладателя исключительного права на него и возместить последнему убытки в полном объеме (п. 3).

3. Пункт 4 предусматривает возможность перехода исключительного права на коммерческое обозначение от правообладателя к другому лицу. Подобный переход возможен только в составе предприятия, для индивидуализации которого такое обозначение используется. Основанием перехода исключительного права на коммерческое обозначение могут служить договор, универсальное правопреемство (например, реорганизация юридического лица), а также иные установленные законом случаи.

Право использовать свое коммерческое обозначение правообладатель может предоставлять другому лицу в порядке и на условиях, предусмотренных ст. 656 ГК РФ для договора аренды предприятия или ст. 1027 ГК РФ в отношении договора коммерческой концессии. Отметим, что Федеральным законом "О введении в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации" ст. 1027 дополчилась п. 4, согласно которому к договору коммерческой концессии применяются правила разд. VII ГК РФ о лицензионном договоре, если это не противоречит положениям гл. 54 ГК РФ и существу договора коммерческой концессии.

4. Как особо отмечается в комментируемой статье, при переходе к другому лицу исключительного права на коммерческое обозначение в составе одного предприятия правообладатель не вправе использовать это обозначение для индивидуализации других своих предприятий, даже если данное обозначение ранее использовалось для индивидуализации нескольких предприятий правообладателя.

5. Обратим внимание на то, что в соответствии со ст. 1039 в случае изменения правообладателем коммерческого обозначения, входящего в комплекс исключительных прав, предоставленных пользователю по договору коммерческой концессии, этот договор продолжает действовать в отношении нового коммерческого обозначения правообладателя, если пользователь не потребует расторжения договора и возмещения убытков. В случае продолжения действия договора пользователь вправе потребовать соразмерного уменьшения причитающегося правообладателю вознаграждения.

Статья 1540. Действие исключительного права на коммерческое обозначение

Комментарий к статье 1540

1. Единственным критерием для предоставления правовой охраны коммерческому обозначению и, следовательно, признания исключительного права на него и защиты данного права, согласно ст. 1540, служит территориальный признак - нахождение предприятия на территории Российской Федерации.

2. Срок действия исключительного права на коммерческое обозначение Кодекс не определяет. Однако данное исключительное право прекращается, если его обладатель не использует коммерческое обозначение непрерывно в течение одного года.

Статья 1541. Соотношение права на коммерческое обозначение с правами на фирменное наименование и товарный знак

Комментарий к статье 1541

Статья носит декларативный характер, разъясняющий, что исключительное право на коммерческое обозначение является самостоятельным правом, возникающим и действующим независимо от исключительных прав на фирменное наименование (даже если коммерческое обозначение включает в себя фирменное наименование или его

отдельные элементы) и товарный знак (если коммерческое обозначение или его отдельные элементы были использованы правообладателем в принадлежащем ему зарегистрированном товарном знаке). Можно добавить, что право на коммерческое обозначение возникает и действует независимо от исключительного авторского права на логотип (определение см. в комментарии к ст. 1333), созданный с использованием коммерческого обозначения или его элементов.

Глава 77. ПРАВО ИСПОЛЬЗОВАНИЯ РЕЗУЛЬТАТОВ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ В СОСТАВЕ ЕДИНОЙ ТЕХНОЛОГИИ

Комментируемая глава является новой для российского законодательства; она посвящена правам использования результатов интеллектуальной деятельности в составе единой технологии. В главе дано понятие единой технологии, но вместе с тем отсутствует определение основных понятий: кто является правообладателем единой технологии и чем он отличается от лица, создавшего единую технологию, что понимается под частью единой технологии.

Специфика рассматриваемого объекта заключается в том, что он не относится к результатам интеллектуальной деятельности, однако состоит из них, что и обусловило размещение данной главы в разделе, посвященном результатам интеллектуальной деятельности и правам на них.

Статья 1542. Право на технологию

Комментарий к статье 1542

1. Комментируемая статья устанавливает понятие единой технологии. Единая технология в соответствии с правилами ст. 1240 Кодекса относится к сложным объектам. Так, под единой технологией понимается результат научно-технической деятельности, обладающий совокупностью обязательных признаков.

2. Из содержания комментируемой статьи следует, что к признакам единой технологии относятся:

объективная форма существования;

наличие результата научно-технической деятельности, который включает в том или ином сочетании результаты интеллектуальной деятельности, подлежащие правовой охране;

результат научно-технической деятельности, который должен служить технологической основой практической деятельности в гражданской или военной сфере.

Помимо этого в состав единой технологии могут входить результаты интеллектуальной деятельности, не подлежащие правовой охране, в том числе технические данные, и другая информация.

3. Объективная форма существования единой технологии должна быть выражена таким образом, чтобы можно было использовать ее (технологию) в качестве технологической основы практической деятельности.

Для подтверждения наличия объективной формы существования единой технологии следует исходить из значений слова "технологический": что-либо связанное с приемами в каком-либо мастерстве <1>, совокупность производственных методов и процессов в определенной отрасли производства, а также научное описание способов производства <2>.

<1> Новый словарь русского языка. Толково-словообразовательный. М.: Русский язык, 2000. Т. 1: А - О (Библиотека словарей русского языка).

<2> Толковый словарь русского языка: 80000 слов и фразеологических выражений / Российская академия наук. Институт русского языка им. В.В. Виноградова. 4-е изд., доп. М.: ТЕМП, 2004.

Более того, данная технологическая основа должна служить практической основой в гражданской или военной сфере.

При определении наличия результата научно-технической деятельности следует исходить из того, что согласно ст. 2 Федерального закона от 23 августа 1996 г. N 127-ФЗ "О науке и государственной научно-технической политике" под научно-технической деятельностью понимается деятельность, направленная на получение и применение новых знаний. Результат научно-технической деятельности - продукт научно-технической деятельности, содержащий новые знания или решения и зафиксированный на любом информационном носителе (ст. 2 Федеральный закон "О науке и государственной научно-технической политике").

Одним из признаков единой технологии наряду с обязательным наличием в единой технологии результата технической деятельности является наличие в единой технологии результата научной деятельности.

В связи с этим не всякое сочетание результатов интеллектуальной деятельности может признаваться единой технологией.

В соответствии с п. 3 комментируемой статьи право использовать результаты интеллектуальной деятельности принадлежит лицу, организовавшему создание единой технологии. Комментируемая статья не раскрывает понятие "лицо, организовавшее создание единой технологии"; к таким лицам могут относиться юридические лица, поручившие своим работникам или заключившие договоры подряда или заказа с третьими лицами о создании результатов интеллектуальной деятельности.

Комментируемая статья не раскрывает также вид и объем прав, принадлежащих лицу, организовавшему создание единой технологии.

По правилам комментируемой статьи право на технологию тесно связано с правами на использование результатов интеллектуальной деятельности, входящих в состав единой технологии, однако право на технологию не приравнено к правам на использование результатов интеллектуальной деятельности, так как единая технология не является таковым, а следовательно, объем права на технологию не совпадает с объемом исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности.

Право использовать результаты интеллектуальной деятельности, входящие в состав единой технологии, может быть получено, как следует из ст. 1240 ГК РФ, на основании договоров об отчуждении исключительного права и лицензионных договоров.

При этом лицензионный договор, предусматривающий использование результата интеллектуальной деятельности в составе единой технологии, по общему правилу заключается на весь срок и в отношении всей территории действия исключительного права.

Лицу, организовавшему создание единой технологии, принадлежит такое неимущественное право, как право указывать свое имя или наименование.

Статья 1543. Сфера применения правил о праве на технологию

Комментарий к статье 1543

В комментируемой статье определена сфера применения положений главы о единой технологии.

По правилам статьи положения главы применяются к отношениям, связанным с правами на технологию гражданского, военного, специального или двойного назначения.

Обязательным условием применения правил о единой технологии является то, что последняя должна быть создана за счет или с привлечением средств федерального бюджета или бюджета субъекта Российской Федерации.

Бюджетные средства могут выделяться для оплаты по государственным контрактам, по другим договорам, для финансирования по сметам доходов и расходов, а также в виде субсидий.

Под государственным или муниципальным контрактом, согласно ст. 9 Федерального закона от 21 июля 2005 г. N 94-ФЗ "О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд", понимается договор, заключенный заказчиком от имени Российской Федерации, ее субъекта или муниципального образования в целях обеспечения государственных или муниципальных нужд.

Согласно Бюджетному кодексу под субсидией понимаются бюджетные средства, предоставляемые бюджету другого уровня бюджетной системы Российской Федерации, физическому или юридическому лицу на условиях долевого финансирования целевых расходов.

Прямой запрет на применение вышеуказанных правил установлен в отношении единой технологии, созданной с привлечением средств или бюджетов субъектов Российской Федерации на возмездной основе в форме бюджетных кредитов.

В соответствии со ст. 6 БК РФ бюджетный кредит - это форма финансирования бюджетных расходов, которая предусматривает предоставление средств юридическим лицам или другому бюджету на возвратной и возмездной основах.

При регулировании отношений по созданию единой технологии на практике возникает вполне закономерный вопрос о том, какими нормами регулируются отношения по созданию единой технологии юридическими лицами в процессе осуществления своей производственной (хозяйственной) деятельности.

По правилам ст. 1542 единая технология - результат научно-технической деятельности, который включает в том или ином сочетании различные результаты интеллектуальной деятельности, подлежащие правовой охране.

В настоящее время существует большое количество различных юридических лиц, занимающихся научно-производственной деятельностью без привлечения бюджетных средств.

Например, московская компания ООО НВП "ИНЭК" разрабатывает не только программное обеспечение, но и правила его применения в той или иной сфере, в том числе банковского и страхового дела. Правила применения носят научный характер и являются объектом авторского права.

Более того, пример ООО НВП "ИНЭК" не единичен.

В совокупности программа для ЭВМ и научное произведение (объект авторского права) служат технологической основой деятельности банков, в частности, по расчету рисков. Следовательно, в соответствии с установленной терминологией данное сочетание результатов интеллектуальной деятельности является единой технологией.

К данным отношениям в первую очередь применяются положения ст. 1240 Кодекса, и если следовать правилам ст. 1543 Кодекса, то нормы, посвященные единой технологии, не могут применяться к объектам, созданным юридическими лицами без привлечения бюджетных средств.

В таких обстоятельствах отношения по созданию юридическими лицами сложных объектов, подпадающих под понятие "единая технология", без привлечения бюджетных средств остаются не урегулированными нормами гражданского законодательства.

В этом случае более правильно применять положения ст. 6 Кодекса об аналогии закона; когда отношения прямо не урегулированы законодательством или соглашением сторон и отсутствует применимый к ним обычай делового оборота, к таким отношениям,

если это не противоречит их существу, применяется гражданское законодательство, регулирующее сходные отношения (аналогия закона).

Статья 1544. Право лица, организовавшего создание единой технологии, на использование входящих в ее состав результатов интеллектуальной деятельности

Комментарий к статье 1544

Комментируемая статья регламентирует права лица, организовавшего создание единой технологии, на использование входящих в ее состав результатов интеллектуальной деятельности.

Согласно п. 1 комментируемой статьи право на созданную с привлечением средств федерального бюджета или бюджета субъекта Федерации единую технологию принадлежит лицу, организовавшему создание единой технологии.

В соответствии с п. 2 комментируемой статьи на лицо, которому принадлежит право на единую технологию, возложена обязанность принимать меры к признанию и получению прав на результаты интеллектуальной деятельности.

Согласно п. 3 комментируемой статьи, если для составляющих единую технологию результатов интеллектуальной деятельности предусмотрены различные способы охраны, то лицу, обладающему правом на единую технологию, принадлежит право выбрать тот способ охраны, который соответствует его интересам и обеспечивает практическое применение.

Статья 1545. Обязанность практического применения единой технологии

Комментарий к статье 1545

В соответствии с правилами комментируемой статьи создание единой технологии влечет за собой для лица, которому принадлежит право на единую технологию, обязанность использовать ее на практике (внедрять).

Данная обязанность переходит на любое лицо, которому передается или переходит право на единую технологию.

По правилам п. 2 комментируемой статьи содержание обязанности внедрения единой технологии, сроки, другие условия и порядок исполнения этой обязанности, последствия ее неисполнения и условия прекращения определяются Правительством Российской Федерации в соответствующем нормативном правовом акте.

Статья 1546. Права Российской Федерации и субъектов Российской Федерации на технологию

Комментарий к статье 1546

Комментируемая статья устанавливает случаи, когда право на технологию, созданную за счет или с привлечением средств федерального бюджета, принадлежит Российской Федерации:

единая технология непосредственно связана с обеспечением обороны и безопасности России; в целях предотвращения споров цель применения единой технологии должна быть указана в договоре;

Российская Федерация до создания единой технологии или впоследствии приняла на себя финансирование работ по доведению единой технологии до стадии практического применения;

исполнитель не обеспечил до истечения шести месяцев после создания единой технологии совершение всех действий, необходимых для признания за ним или приобретения исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности, которые входят в состав единой технологии.

Данное положение Кодекса не вполне понятно. Если исполнитель не обеспечил всех вышеназванных действий, то с его стороны допущено нарушение имущественных прав правообладателя на результаты интеллектуальной деятельности, а такое несоблюдение имущественных прав правообладателя не может стать основанием для возникновения прав на использование единой технологии Российской Федерации. Несоблюдение имущественных прав правообладателя служит основанием для привлечения нарушителя к ответственности, установленной законом.

В пункте 2 комментируемой статьи установлены случаи, когда право на единую технологию принадлежит субъекту Российской Федерации. В отличие от Российской Федерации перечень случаев, когда права принадлежат субъекту Российской Федерации, сокращен до двух.

В этом же пункте нашло отражение такое же правило, что и в отношениях с Российской Федерацией.

Из пункта 3 комментируемой статьи следует, что, когда право принадлежит Российской Федерации или ее субъекту, на исполнителя возлагается обязанность принять меры для признания за ним права и получения права на результаты интеллектуальной деятельности для последующей передачи Российской Федерации или ее субъекту.

Однако Гражданский кодекс не регулирует ситуации, когда правообладатель отказывается заключить с исполнителем тот или иной договор. В этом случае речь идет об отчуждении нематериальных активов (основных средств) организации-правообладателя. Не каждый хозяйствующий субъект готов отдать свои основные средства, так как это может привести к неспособности организации-правообладателя осуществлять свою основную коммерческую деятельность, к невозможности получать доходы.

Согласно п. 4 комментируемой статьи управление правом на технологию, принадлежащим Российской Федерации или ее субъекту, осуществляется в порядке, определяемом Правительством России или органом исполнительной власти субъекта Российской Федерации.

По пункту 5 комментируемой статьи распоряжение правом на единую технологию, принадлежащим Российской Федерации, осуществляется с учетом особенностей, устанавливаемых в законе о передаче федеральных технологий.

Статья 1547. Отчуждение права на технологию, принадлежащего Российской Федерации или субъекту Российской Федерации

Комментарий к статье 1547

Комментируемая статья посвящена вопросам отчуждения права на единую технологию, принадлежащего Российской Федерации или ее субъекту.

В соответствии с п. 1 комментируемой статьи право на единую технологию должно быть отчуждено лицу, заинтересованному во внедрении единой технологии и обладающему реальными возможностями для ее внедрения.

Данная обязанность должна быть исполнена в течение шести месяцев со дня получения Российской Федерацией или ее субъектом права на результаты интеллектуальной деятельности.

Помимо этого право на единую технологию должно быть отчуждено незамедлительно после того, как Российская Федерация или ее субъект утратят необходимость сохранения за собой этих прав.

При таком нормативном регулировании не совсем ясной представляется позиция законодателя в вопросе о дальнейшей судьбе исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности, составляющие единую технологию. Обязаны ли Российская Федерация или ее субъект отчуждать исключительные права на использование результатов интеллектуальной деятельности или могут ограничиться предоставлением простой неисключительной лицензии?

Правильным в этой ситуации представляется то, что Российская Федерация или ее субъект наряду с отчуждением права на единую технологию должны распорядиться исключительными правами на результаты интеллектуальной деятельности, в противном случае использование единой технологии будет неправомерно.

По правилам, установленным в п. 2 комментируемой статьи, отчуждение прав на единую технологию третьим лицам осуществляется возмездно по результатам проведения конкурса.

Однако если отчуждение права на единую технологию на конкурсной основе невозможно, то такое право передается по результатам проведения аукциона. Порядок конкурса, а также случаи, когда подобная передача осуществляется без проведения конкурса или аукциона, определяются законом о передаче технологий. Поскольку в соответствии с п. 5 ст. 1546 распоряжение правом на технологию, принадлежащую Российской Федерации, осуществляется по закону о передаче федеральных технологий, то, по-видимому, упоминаемый в комментируемом пункте закон о передаче технологий распространяется на технологии, принадлежащие и Российской Федерации, и ее субъекту. Подразумевается ли, что закон о передаче федеральных технологий и закон о передаче технологий - это один и тот же нормативный акт, скорее всего, нет, так как речь идет о разных объектах - единых технологиях, принадлежащих различным субъектам.

Пункт 3 устанавливает, что преимущественное право на заключение с Российской Федерацией или ее субъектом договора об отчуждении права на технологию принадлежит при прочих равных условиях исполнителю, которым было организовано создание результатов интеллектуальной деятельности, входящих в состав единой технологии. Под исполнителем, организовавшим создание результатов интеллектуальной деятельности, необходимо понимать то юридическое (или физическое) лицо, которое поручило физическим лицам - авторам или юридическим лицам по авторскому договору заказа, или в порядке исполнения служебных обязанностей, или в рамках договора подряда создание результатов интеллектуальной деятельности.

Вместе с тем не совсем ясно, как на практике будет реализовываться это право исполнителя, так как по правилам ст. 448 ГК РФ победителем торгов считается лицо, предложившее наивысшую цену.

Однако в комментируемой статье не учтено, что осуществление права на технологию неразрывно связано с правами на использование результатов интеллектуальной деятельности. В этой связи необходимо обратиться к положениям ст. 1550 ГК РФ, согласно которым право на технологию передается одновременно в отношении всех результатов интеллектуальной деятельности. Следовательно, реализация права на технологию посредством проведения торгов или аукциона подразумевает одновременную реализацию прав на использование результатов интеллектуальной деятельности, а в протоколе, заключаемом по результатам проведения торгов или аукциона, должны быть указаны и результаты интеллектуальной деятельности, составляющие единую технологию.

Статья 1548. Вознаграждение за право на технологию

Комментарий к статье 1548

В комментируемой статье определен порядок выплаты вознаграждения за отчуждаемое право на технологию.

Если право на технологию отчуждается в случаях, указанных в ст. 1544 и п. 3 ст. 1546 ГК РФ, то оно передается безвозмездно.

При реализации права на технологии на торгах или на аукционе размер, порядок и условия выплаты вознаграждения определяются соглашением сторон.

Особые сложности в реализации на практике вызывают положения п. 3 комментируемой статьи, устанавливающей дополнительный случай, когда право на технологию может перейти безвозмездно, - когда внедрение технологии имеет большое социально-экономическое значение либо большое значение для обороны или безопасности Российской Федерации, а размер затрат на ее внедрение делает экономическим неэффективным возмездное приобретение права на технологию; при этом правообладатель должен получить данное право на технологию безвозмездно.

Перечень случаев, когда право на технологию может перейти безвозмездно, установленных в комментируемой статье, не является исчерпывающим. Правительству Российской Федерации предоставлено право устанавливать дополнительные случаи безвозмездного приобретения права на технологию. Данная позиция законодателя представляется не совсем верной, более правильно, думается, определить, что случаи, когда право на технологию может перейти безвозмездно, должны устанавливаться федеральным законом.

Вместе с тем комментируемая статья, как и предыдущая статья, регламентируя порядок выплаты вознаграждения, не касается вопросов о порядке выплаты вознаграждения за право использования результатов интеллектуальной деятельности, входящих в единую технологию. В связи с тем что ст. 1550 ГК РФ устанавливает, что отчуждение права на технологию подразумевает одновременно передачу прав на результаты интеллектуальной деятельности, можно сделать вывод о том, что права на результаты интеллектуальной деятельности, входящие в состав единой технологии, также передаются безвозмездно.

Статья 1549. Право на технологию, принадлежащее совместно нескольким лицам

Комментарий к статье 1549

В соответствии с п. 1 комментируемой статьи право на технологию может принадлежать совместно нескольким лицам.

Данная ситуация возможна в случаях, когда единая технология создавалась с привлечением бюджетных средств и средств других инвесторов.

Право на технологию совместно осуществляется субъектами, вложившими денежные средства в создание единой технологии. Распоряжение правом на технологию, принадлежащим совместно нескольким лицам, осуществляется ими по общему согласию. Следовательно, во избежание споров, в том числе судебных, необходимо данное согласие оформлять в письменном виде (договором или дополнительным соглашением к договору).

Из пункта 3 комментируемой статьи следует, что сделка одного из лиц по распоряжению правом на технологию может быть признана недействительной. Требование о признании сделки недействительной могут предъявить остальные правообладатели. Основанием для предъявления данного требования является отсутствие полномочий на совершение сделки.

В пункте 5 комментируемой статьи урегулированы вопросы использования частей единой технологии, права на которую принадлежат нескольким лицам совместно. Для этого необходимо наличие двух условий: часть единой технологии должна иметь самостоятельное значение, соглашение между этими лицами не должно предусматривать

обратное. Более того, данное соглашение должно предусматривать, какая часть технологии принадлежит конкретному правообладателю.

Часть технологии признается имеющей самостоятельное значение, если она может быть использована независимо от иных частей технологии.

В связи с этим вполне закономерен вопрос о том, как определить возможность независимого использования части единой технологии. Как следует из определения ст. 1542 ГК РФ, единая технология - это совокупность результатов интеллектуальной деятельности, а значит, как самостоятельные объекты они могут использоваться отдельно друг от друга.

Однако право на технологию в целом, а также распоряжение правом на технологию осуществляются совместно правообладателями.

Когда речь идет об определении доходов от использования части технологии, то действует правило, согласно которому доходы поступают лицу, обладающему правом на данную часть технологии.

Статья 1550. Общие условия передачи права на технологию

Комментарий к статье 1550

Комментируемая статья устанавливает общий порядок передачи права на технологию - полностью или частично по договору или иной сделке.

К таким договорам относятся в том числе договор об отчуждении права на технологию и лицензионный договор, а также любой иной договор, содержащий элементы договора об отчуждении права или лицензионного договора.

Договор об отчуждении права на технологию или лицензионный договор заключаются с учетом требований, установленных в ст. ст. 1233 - 1236 ГК РФ.

Необходимо учитывать, что передача права на технологию подразумевает одновременную передачу и прав на использование результатов интеллектуальной деятельности, входящих в состав единой технологии.

В соответствии с правилами комментируемой статьи передача прав на отдельные результаты из числа указанных результатов (части технологии) допускается, если часть единой технологии может иметь самостоятельное значение.

Статья 1551. Условия экспорта единой технологии

Комментарий к статье 1551

Комментируемая статья закрепляет правила экспорта технологий и устанавливает требования к форме заключаемой сделки по экспорту единой технологии.

По общему правилу единая технология должна иметь практическое применение (внедрение) на территории Российской Федерации.

Для использования единой технологии на территориях иностранных государств право на технологию может быть передано только с согласия государственного заказчика или распорядителя бюджетных средств.

Сделка по использованию единой технологии за пределами Российской Федерации подлежит государственной регистрации федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности. Для всех иных сделок применяются правила, установленные ст. ст. 153 - 181 ГК РФ.