

**НЕПРАВИЛЬНОЕ ИСПОЛЬЗОВАНИЕ ТЕРМИНОВ «СОГЛАСИЕ»
И «СОГЛАШЕНИЕ» В ЧАСТИ ЧЕТВЕРТОЙ ГК РФ
КАК ФАКТОР, ОГРАНИЧИВАЮЩИЙ СВОБОДУ ДОГОВОРА¹**

Статья посвящена проблеме значений терминов «согласие» и «соглашение». На основе анализа текста части четвертой ГК РФ автор приходит к выводу о том, что эти термины используются в законе неправильно. Указывается, что данная ошибка приводит к ограничению свободы договора.

Введение

В части четвертой ГК РФ термин «согласие» употребляется неоднократно. Но во всех ли случаях его употребления речь идет о согласии (разрешении) как одностороннем действии правообладателя или иного лица?

Думается, ответ на этот вопрос не может быть положительным: например, в абз. 3 п. 1 ст. 1229 ГК РФ под необходимостью *получения согласия* правообладателя на использование объекта интеллектуальной собственности подразумевается *заключение соглашения* между правообладателем и лицом, намеревающимся использовать этот объект. При этом общее правило, закрепленное в абз. 3 п. 1 ст. 1229 ГК РФ, вовсе не коррелирует со статьями этой же главы ГК РФ, устанавливающими, в частности, положения о лицензионном договоре, что помимо теоретических порождает и чисто практические вопросы. Например, лица, жаждущие использовать тот или иной объект интеллектуальной собственности, исходя из буквального прочтения соответствующих норм ГК РФ пытаются понять, каким по форме и содержанию должно

¹ Работа проводилась при финансовой поддержке Министерства образования и науки РФ за счет средств государственного задания на выполнение НИР по проекту 1865.

быть «согласие» («разрешение») правообладателя. И нередко ответом на такой вопрос становится утверждение о том, что подобное согласие требует оформления «письмом-согласием» (на бланке правообладателя, с указанием всех необходимых платежных реквизитов и пр.).

В настоящей статье предпринимается попытка разобраться в первопричинах указанного законодательного решения и оценить его последствия с позиций реализации принципа свободы договора.

Мотивы

Общепризнано, что право интеллектуальной собственности (интеллектуальные права) нельзя рассматривать в качестве разновидности права собственности. Основопологающим критерием для проведения разграничения между правом собственности и интеллектуальными правами являются, конечно, объекты¹: в силу нематериального характера объектов интеллектуальных прав правовой механизм права собственности к ним неприменим; способы защиты ограничены невозможностью физического воздействия непосредственно на сам нематериальный объект. Принципиально различаются основания и способы приобретения права собственности и интеллектуальных прав².

Для того чтобы более выпукло обозначить различия между названными конструкциями в литературе, нередко указывается на «разнонаправленность» содержания правомочий, составляющих названные права. Так, признается, что право собственности обеспечивает владельцу возможность «держания» вещи и совершения в отношении нее различных действий, вследствие чего составляющие данное право правомочия носят «*позитивный*» характер. В то же время широкое распространение получило утверждение, согласно которому право интеллектуальной собственности (рассматриваемое нередко как «право запрещения, обращенное ко всем третьим лицам»³) устанавливает

¹ *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права. 9-е изд. М., 1911. С. 368.

² Вместе с тем нельзя не заметить, что конструкция права собственности имеет определенное сходство с конструкцией одной из разновидностей интеллектуальных прав — исключительными правами, хотя между ними, бесспорно, нельзя ставить знак равенства (см. об этом подробнее: *Рожкова М.А.* Интеллектуальная собственность: основные аспекты охраны и защиты. М.: Проспект, 2015. С. 24–28).

³ Применительно к патентным правам на этом настаивал А.А. Пиленко (*Пиленко А.А.* Право изобретателя. М.: Статут, 2001. С. 657).

запрет для всех третьих лиц использовать соответствующие нематериальные объекты, вследствие чего признается, что составляющие данное право правомочия носят «*негативный*» характер.

Думается, что признание права интеллектуальной собственности «правом запрещения» во многом обусловлено следующим. В какой-то момент осознание авторами и изобретателями того, что их произведения и изобретения свободно используются другими лицами, получающими с этого прибыль, «не обремененный» отчислениями в пользу соответственно автора или изобретателя, послужило толчком к началу движения за введение законодательного запрета на использование результатов интеллектуальной деятельности без согласия творца¹ (что, как известно, получило некоторое отражение еще в средневековых актах). Однако нельзя игнорировать и тот факт, что законодательный запрет на несогласованное использование объектов интеллектуальной собственности явно не решал всех проблем правообладателей, ведь их цель состояла не только в том, чтобы запретить иным лицам использовать результат своего творчества, но и в том, чтобы, если получится, заработать на нем путем, например, предоставления третьим лицам права на его использование.

С учетом сказанного подобное разграничение по критерию «позитивности — негативности» содержания правомочий носит явно искусственный характер: положенные в основу такого деления характеристики, по сути, представляют собой различные стороны одних и тех же явлений. Право собственности, за которым признается «позитивность» правомочий собственника, предполагает и наличие явно «негативного» аспекта правомочий собственника: всем третьим лицам запрещено каким-либо способом препятствовать управомоченному лицу в осуществлении господства над принадлежащей ему вещию².

¹ Тут уместно вспомнить работу Й. Колера, впервые опубликованную на русском языке в 1910 г.: «...авторы литературных и художественных произведений в продолжение десятилетий ждали защиты, и мир от этого вовсе не приходил в особенное возбуждение; да и теперь еще существуют многие, которые думают, что авторы, желая защиты, требуют чего-то несправедливого; стоит только вспомнить о жалобах некоторых газет, которые бросают авторам упреки, если только те серьезно выступают на защиту своих прав!» (Гражданское право Германии: Хрестоматия избранных произведений Франца Бернхейфта и Йозефа Колера / Пер. с нем. В.М. Нечаева. М.: РИОИР; ИНФРА-М, 2014. С. 124—125).

² Праву собственности управомоченного лица корреспондирует обязанность всех членов общества воздерживаться не от *нарушения* этого права, как это иногда указывается в литературе (такая обязанность всех и каждого вытекает из запретительной нормы п. 1 ст. 1 ГК РФ), а от *препятствования в осуществлении* управомоченным лицом гос-

Исключительные права, в свою очередь, предполагают не только общий запрет для всех третьих лиц без согласия правообладателя использовать соответствующие нематериальные объекты (и распоряжаться правами на такие объекты), но и «позитивную» возможность для правообладателя самому использовать нематериальный объект и распоряжаться принадлежащими ему исключительными правами¹.

Между тем в отечественной литературе традиционно акцентируется внимание именно на запретительном характере, например, нормы абз. 2 п. 1 ст. 1229 ГК РФ (притом что она прямо закрепляет, что правообладатель может по своему усмотрению *разрешать или запрещать* другим лицам использование результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации).

Так, в комментарии к части четвертой ГК РФ при полном игнорировании указания в нормах, содержащихся в п. 1 ст. 1229 ГК РФ, на допустимость *разрешать* использование объектов интеллектуальной собственности поясняется: «Первая из них [из норм. – М.Р.] предоставляет обладателю исключительного права на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации (правообладателю) право «по своему усмотрению... *запрещать другим лицам использование этого результата или средства* (абз. 2). На первый взгляд в этой норме

подства над принадлежащей ему вещью. Эта пассивная обязанность всех членов общества предполагает воздержание от любых действий фактического или юридического характера, препятствующих осуществлению господства над вещью, в частности исключает возможность оспаривания поведения управомоченного лица (даже абсурдного или нелепого) в отношении принадлежащей ему вещи, допустимость вмешательства в действия собственника, включая уничтожение им собственной вещи, и т.д. (см. об этом подробнее: Рожкова М.А. Об изменении вещного правоотношения // Вещные права: постановка проблемы и ее решение: Сб. статей / Рук. авт. кол. и отв. ред. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2011 (<http://rozhkova.com/ARTICLE/KOLL30.html>)).

¹ Поддерживая использование упомянутого критерия «позитивности – негативности» правомочий, А.С. Аникин вместе с тем приводит доводы, по сути опровергающие целесообразность его использования: «И право собственности так же имеет «негативную» направленность, просто выражена она не так заметно, как в праве исключительном. Кроме того, запретительная сторона исключительного права и права собственности отличается по выполняемым ими функциями. Если в отношениях собственности запрет установлен, главным образом, на недопущение неправомерного завладения вещью и установления препятствий собственнику в пользовании ей, то в отношениях по поводу объектов исключительных прав запрет в первую очередь направлен на пресечение использования объекта иными, нежели правообладатель, лицами» (Аникин А.С. Содержание и осуществление исключительных прав: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2008 (<http://pravouch.com/sobstvennosti-intellektualnoy-pravo/soderzanie-osuschestvlenie-prav.html>)).

имеются в виду лишь разовые запреты конкретным лицам использовать определенный результат или средство. Но далее уточняется, что «отсутствие запрета не считается согласием (разрешением)». Таким образом, норма в целом приобретает смысл *постоянно действующего адресованного другим лицам запрета использовать* соответствующий результат интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации, а снабженное этим общим запретом право оказывается правом абсолютным¹.

В результате следования подобной «традиции» возможность правообладателя разрешать использование объекта интеллектуальных прав или распоряжаться принадлежащими ему правами отодвигается на задний план (а то и вовсе забывается исследователями). В условиях все более возрастающего оборота исключительных прав такой подход явно нуждается в исправлении.

Согласие

Разграничивая согласие и соглашение, М.И. Брагинский писал: «Согласие в отличие от соглашения само по себе не порождает обычных для юридического факта последствий: возникновения, изменения или прекращения прав и обязанностей. Его роль гораздо скромнее. Она проявлялась лишь в случаях, когда на этот счет есть прямое указание в ГК, в ином законе или в другом правовом акте либо договоре, и сводится к тому, что представляет собой неременное условие, при котором волеизъявление лица (для одной стороны) или совпадающее встречное изъявление воли других лиц (для договоров) способно создать правоотношение... сделку совершает один, а согласие дает другой (другие лица). Таким образом, согласие третьего лица – юридический факт, который служит лишь условием, при котором законодательство предоставляет определенному лицу возможность совершить сделку (заключить договор). При этом согласие в отличие от соглашения (договора) всегда рассматривается как одностороннее действие со всеми вытекающими отсюда последствиями... Таким образом, согласие в отличие от соглашения, может быть только элементом юридического состава»².

¹ *Маковский А.Л.* Исключительное право (статья 1229) // Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации / Под ред. А.Л. Маковского. М.: Статут, 2008. С. 285.

² *Брагинский М.И., Витрянский В.В.* Договорное право: Общие положения. М.: Статут, 1998. С. 120–121 (автор главы – М.И. Брагинский).

1. Выявленная М.И. Брагинским роль согласия весьма четко прослеживается, например, в положении п. 1 ст. 1238 ГК РФ: «При письменном согласии лицензиара лицензиат может по договору предоставить право использования результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации другому лицу (сублицензионный договор)». В силу данной нормы для заключения сублицензионного договора на право использования объекта интеллектуальных прав, т.е. совершения сделки между лицензиатом и сублицензиатом, необходимо наличие согласия правообладателя – лицензиара. Такое согласие обычно является одним из условий лицензионного договора, заключаемого лицензиаром и лицензиатом, но может оформляться и отдельным документом (п. 3 ст. 1232 ГК РФ).

2. Иная конструкция согласия закреплена в абз. 5 п. 6 ст. 1483 ГК РФ: «Регистрация в качестве товарного знака в отношении однородных товаров обозначения, сходного до степени смешения с каким-либо из товарных знаков, указанных в подпунктах 1 и 2 настоящего пункта, допускается с согласия правообладателя при условии, что такая регистрация не может явиться причиной введения в заблуждение потребителя. Согласие не может быть отозвано правообладателем». В отличие от предыдущего случая согласие правообладателя здесь характеризуется совершенно по-другому, что требует более подробного анализа.

Подпадающий под регулирование указанного абзаца названной статьи случай предполагает не прямое (непосредственное, как в первом примере), но косвенное использование объекта интеллектуальной собственности. Действительно, заявленный к регистрации «младший» товарный знак является сходным до степени смешения с уже существующим («старшим») знаком, правообладателем которого является другое лицо (далее – правообладатель «старшего» знака). Давая согласие на регистрацию «младшего» товарного знака в отношении однородных товаров, правообладатель «старшего» знака, по сути, добровольно соглашается на некоторое «паразитирование» на его товарном знаке, что по общему правилу п. 6 ст. 1483 ГК РФ запрещено.

Согласие правообладателя в данном случае представляет собой *условие*, при котором становится допустимым установление правовой охраны товарного знака, сходного до степени смешения с уже существующим «старшим» знаком (причем в отношении однородных товаров). Таким образом, согласие правообладателя «старшего» знака является обязательным элементом юридического состава, могущего привести

к возникновению интеллектуальных прав на «младший» товарный знак у заявителя (далее — заявитель «младшего» знака). В предыдущем же случае согласие было необходимо для *предоставления третьему лицу права использования объекта интеллектуальной собственности на условиях сублицензии, не влекущего возникновения интеллектуальных прав у этого лица.*

Важно отметить, что само согласие испрашивается в рассматриваемом здесь случае для целей *государственной регистрации «младшего» товарного знака (установления правовой охраны)*, тогда как в предыдущем случае это согласие требовалось на *заключение сделки*, причем в отличие от первого примера, где согласие на сделку выдавалось лицом, *уже состоящим в договорных отношениях* с одной из сторон будущей сделки, в данном примере следует исходить из обычного *отсутствия договорных связей между заявителем «младшего» знака и правообладателем «старшего» знака.*

С учетом сказанного конструкция согласия, предусмотренная абз. 5 п. 6 ст. 1483 ГК РФ, по всей видимости, должна включать в себя: во-первых, совершение сделки (заключение договора) заявителем «младшего» знака и правообладателем «старшего» знака, на которую опирается получение согласия, во-вторых, выдачу правообладателем собственно согласия.

Впрочем, Роспатент допускает «облегченный» вариант данной конструкции. В частности, п. 3 Рекомендаций по применению положений Гражданского кодекса Российской Федерации, касающихся согласия правообладателя на регистрацию сходного товарного знака¹ устанавливается, что подтверждением согласия может быть, в частности, и сам договор, «в котором зафиксированы условия, на которых правообладателем дается согласие на регистрацию, обязательства сторон и последствия неисполнения таких обязательств». Тем не менее такой договор (как и любой иной документ, подтверждающий согласие правообладателя), как специально подчеркивается в Рекомендациях, должен содержать ряд сведений, в том числе «выражение согласия правообладателя на регистрацию заявленного обозначения в качестве товарного знака с приведением номера заявки, если он присвоен, и описания заявленного обозначения, на которое выдается согласие на регистрацию в качестве товарного знака с приложением заявленного обозначения».

¹ Приложение к приказу Роспатента от 30 декабря 2009 г. № 190.

3. Нетипичная разновидность согласия обнаруживается в норме п. 2 ст. 1231¹ ГК РФ, закрепляющей обязательность получения согласия компетентного государственного органа, органа международной или межправительственной организации при включении в промышленный образец или средство индивидуализации официальных символов, наименований и отличительных знаков. Поясняя указание на нетипичность такого рода согласия, следует подчеркнуть, что в части четвертой ГК РФ упоминаются согласия, имеющие не только гражданско-правовое, но и административно-правовое основание (к числу последних и должно быть отнесено согласие, упомянутое в п. 2 ст. 1231¹ ГК РФ). М.И. Брагинский, разграничивая названные основания согласий, подчеркивал, что когда согласие выражает лицо, которое обладает в установленных пределах административной компетенцией, речь и идет о «согласии-разрешении», имеющем административно-правовую основу¹.

Подобное «согласие-разрешение» имеется в виду и в п. 3 ст. 1419 ГК РФ (притом что в этой статье оно обозначено иным термином – «одобрение»): в данном пункте предусмотрена обязательность получения согласия Минсельхоза России на название, присваиваемое селекционному достижению. Очевидно, что здесь согласие-разрешение (пусть и поименованное иным образом) имеет административно-правовую природу.

4. Термин «согласие» используется в части четвертой ГК РФ и для случаев, когда одной стороне договорного правоотношения необходимо получить от своего контрагента разрешение на осуществление определенных действий².

Так, п. 1 ст. 1266 ГК РФ закрепляет право автора на неприкосновенность произведения и защиту произведения от искажений. Вследствие этого, действуя в рамках заключенного лицензионного договора

¹ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч. С. 120 (автор главы – М.И. Брагинский).

² Примеры подобных «согласий» приводятся М.И. Брагинским: «Так, например, договор купли-продажи со строго определенным сроком может быть исполнен до или после его наступления только с согласия покупателя (п. 2 ст. 457 ГК), только с согласия покупателя товар, обремененный правами третьего лица, может быть передан продавцом (п. 1 ст. 460 ГК)... Только с согласия заказчика допускается оплата работы при заключении договора полностью или путем выдачи аванса (ст. 735 ГК), и только с согласия займодавца возможен досрочный возврат суммы займа, предоставленного под проценты (п. 2 ст. 810 ГК)» (Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч. С. 121 (автор главы – М.И. Брагинский)).

о предоставлении права использования литературного произведения, издатель может внести в это произведение изменения, сокращения, дополнения и т.п., *только получив на это согласие* автора (оно обычно подтверждается соответствующей надписью автора на готовой к печати верстке рукописи). В рамках договорных отношений автора и издателя подобное согласие представляет собой типичный пример одностороннего действия, необходимого для надлежащего исполнения обязательств.

Подобная разновидность согласия упоминается в ряде статей части четвертой ГК РФ. Например, согласие исполнителя требуется в ситуации, когда запись исполнения предполагается воспроизвести (или сообщить в эфир) в целях иных, нежели были прямо выражены в договоре между исполнителем и лицом, использующим эту запись (п. 3 ст. 1317 ГК РФ). Только с согласия автора произведения архитектуры, градостроительства или садово-паркового искусства допускается повторное использование архитектурного, градостроительного или садово-паркового проекта, разработанного этим автором в рамках, например, договора заказа (абз. 2 п. 1 ст. 1294 ГК РФ).

Резюмируя, можно говорить о том, что все названные выше разновидности согласия действительно представляют собой *односторонние действия*, необходимые для накопления юридического состава и в конечном счете — наступления юридических последствий: возникновения, изменения или прекращения гражданских правоотношений, последствий реализации гражданской правосубъектности или защиты нарушенных субъективных гражданских прав¹.

Соглашение

Избранный при разработке части четвертой ГК РФ «запретительный» подход при определении правомочий правообладателя обусловил закрепление в Кодексе следующего общего правила: «Другие лица не могут использовать соответствующие результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации без согласия правообладателя, за исключением случаев, предусмотренных настоящим Кодексом. Использование результата интеллектуальной деятельности или

¹ О разновидностях юридических последствий подробнее см.: Рожкова М.А. Юридические факты гражданского и процессуального права: соглашения о защите прав и процессуальные соглашения. М.: Статут, 2009. С. 14–18.

средства индивидуализации (в том числе их использование способами, предусмотренными настоящим Кодексом), если такое использование осуществляется без согласия правообладателя, является незаконным и влечет ответственность, установленную настоящим Кодексом, другими законами, за исключением случаев, когда использование результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации лицами иными, чем правообладатель, без его согласия допускается настоящим Кодексом» (абз. 3 п. 1 ст. 1229 ГК РФ).

Таким образом, правомочия обладателя исключительных прав, которые имеют несомненное сходство с правомочиями собственника и которые в любом случае являются **правомочиями обладателя имуществом (имущественными правами)**, по сути, закреплены в ГК РФ *через запрет* иным лицам реализовывать эти правомочия без согласия правообладателя.

По-иному законодатель подходит к определению правомочий собственника. Так, ГК РФ не только прямо наделяет собственника правами владения, пользования и распоряжения своим имуществом (п. 1 ст. 209), но и предоставляет ему право по собственному усмотрению совершать в отношении принадлежащего ему имущества любые действия, не противоречащие закону и иным правовым актам и не нарушающие права и охраняемые законом интересы других лиц, в том числе отчуждать свое имущество в собственность другим лицам, передавать им, оставаясь собственником, права владения, пользования и распоряжения имуществом, отдавать имущество в залог и обременять его другими способами, распоряжаться им иным образом (п. 2 ст. 209).

Между тем нет оснований для столь принципиальных различий в подходах к регулированию возможностей управомоченных субъектов.

Думается, целесообразным было бы более полное и ясное раскрытие именно в ст. 1229 ГК РФ правомочий обладателя исключительных прав. Бесспорной поддержки заслуживает положение, закрепленное в абз. 1 п. 1 ст. 1229 ГК РФ, в силу которого гражданин или юридическое лицо, обладающие исключительным правом на объект интеллектуальной собственности (правообладатель), вправе *сам* использовать такой объект по своему усмотрению любым не противоречащим закону способом. Но более продуктивным было бы закрепить в этой же статье еще и правило, согласно которому правообладатель по своему усмотрению может совершать в отношении принадлежащих ему имущественных прав любые действия, не противоречащие закону,

в том числе распоряжаться принадлежащими ему исключительными правами (отчуждая их посредством заключения договора об отчуждении исключительных прав или предоставляя право на использование объекта интеллектуальной собственности в оговоренных договором пределах посредством заключения лицензионного договора, договора коммерческой концессии и т.п.); передавать принадлежащие ему исключительные права в залог и обременять их иными способами. Конечно, нельзя не упомянуть в Кодексе и то, что в случаях, прямо установленных ГК РФ, другими законами, использование объектов интеллектуальной собственности допускается без согласия правообладателя в порядке и на условиях, установленных законом (включая вопросы возмездности такого использования)¹.

Объединение подобных развернутых положений «разрешительной» направленности в одной статье² избавило бы правомочия обладателя исключительных прав от окружающего их сегодня ореола неопределенности, сняло бы множество практических вопросов, а кроме того, позволило бы избежать допущенной в абз. 3 п. 1 ст. 1229 ГК РФ ошибки – *подмены термина «соглашение» термином «согласие»*.

Можно, конечно, предположить, что, предписывая в абз. 3 п. 1 ст. 1229 ГК РФ обязательность получения заинтересованным лицом именно «согласия» правообладателя на использование соответствующего объекта интеллектуальных прав, разработчики части четвертой ГК РФ тем самым попытались ввести в закон конструкцию, упомянутую во втором из разобранных в предыдущей части настоящей статьи примеров. Как уже указывалось, эта конструкция предполагает, во-первых, заключение между правообладателем и заинтересованным лицом договора, на который опирается получение согласия (разрешения), и, во-вторых, выдачу правообладателем собственно самого согласия. Однако текст ГК РФ не подтверждает подобные соображения, да и здравый смысл подсказывает лишь один путь решения задачи:

¹ Вместо неясных указаний на то, что «правообладатель может распоряжаться исключительным правом на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации (статья 1233), если настоящим Кодексом не предусмотрено иное», или абстрактного правила: «Правообладатель может по своему усмотрению разрешать или запрещать другим лицам использование результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации. Отсутствие запрета не считается согласием (разрешением)» (п. 1 ст. 1229 ГК РФ).

² Сегодня правомочия правообладателя «разбросаны» по многим статьям части четвертой ГК РФ.

для приобретения заинтересованным лицом прав на использование объекта интеллектуальной собственности, права на который принадлежат другому лицу, единственно приемлемым, бесспорно, является банальное заключение соглашения (договора), на основании которого и будет передаваться названное право.

Наиболее распространен способ заключения договоров, предусматривающий обмен *офертой* – предложением одной стороны заключить договор и *акцептом* – принятием этого предложения другой стороной (п. 2 ст. 432 ГК РФ). При этом действующий закон предусматривает, что оферта должна соответствовать ряду требований, а именно: быть адресована конкретному лицу (лицам), содержать существенные условия предлагаемого договора, быть достаточно определенной, чтобы можно было заключить договор путем простого согласия и выражать намерение оферента заключить договор с адресатом, если он принимает это предложение (п. 1 ст. 435 ГК РФ). Под акцептом закон подразумевает полное, безоговорочное и своевременное принятие предложения лицом, которому оферта была адресована (п. 1 ст. 438 ГК РФ)¹.

Таким образом, для получения права на использование объекта интеллектуальной собственности заинтересованное лицо может обратиться к правообладателю с офертой, отвечающей требованиям ст. 435 и 436 ГК РФ. В свою очередь правообладатель вправе *принять эту оферту*, что означает заключение сторонами соответствующего договора (лицензионного, коммерческой концессии и пр.) (ст. 433, п. 1 ст. 438 ГК РФ), *предложить заключение договора на других условиях* (ст. 443 ГК РФ) либо *отклонить данное предложение* или оставить его без ответа, если молчание не будет рассматриваться в качестве акцепта (ст. 432, п. 1 ст. 438 ГК РФ).

Таков обычный порядок заключения соглашения (договора) предоставления права на использование объекта интеллектуальной собственности. Впрочем, ярче сказанное проиллюстрирует заключение соглашения, упомянутого во втором из разобранных в предыдущей части настоящей статьи примеров (хотя это соглашение, конечно, не является договором предоставления права на использование объекта интеллектуальной собственности). Выбор для разбора именно этого

¹ Подробнее о заключении договора см.: *Рожкова М.А., Кузнецова Л.В.* Комментарий к главе 28 Гражданского кодекса Российской Федерации // Гражданский кодекс Российской Федерации. Постатейный комментарий к главам 21–29 / Под ред. докт. юрид. наук, проф. Л.В. Саниковой. М., 2016.

случая обусловлен тем, что за получением согласия правообладателя многие не видят связывающий стороны договор (соглашение).

Из смысла нормы абз. 5 п. 6 ст. 1483 ГК РФ вытекает, что регистрация «младшего» знака в отношении однородных товаров допустима только с согласия правообладателя «старшего» знака. Такое согласие правообладатель может дать заявителю «младшего» знака за вознаграждение либо безвозмездно, но в любом случае выдаче согласия будет предшествовать согласование заявителем «младшего» знака и правообладателем «старшего» знака как *предмета соглашения* (выдача согласия), так и *его условий* (в частности, перечня товаров (или услуг), в отношении которых правообладатель не возражает против регистрации «младшего» знака, вопроса возмездности выдачи согласия и т.д.). *Результатом такого согласования является сделка* (договор), которая совершается либо в устной форме (ст. 159 ГК РФ) либо путем составления единого документа, подписанного сторонами, либо путем обмена несколькими документами (письма, телефаксы, *e-mail* и т.п., что в силу п. 2 ст. 434 ГК РФ признается письменной формой договора). Именно на эту сделку (соглашение сторон) и опирается последующая выдача согласия на регистрацию «младшего» товарного знака.

Изложенное призвано показать, что неудачное жонглирование терминами в части четвертой ГК РФ привело к неясности заложенных в Кодексе правовых конструкций, что имеет негативные последствия на практике. Ярким примером этого является п. 33 постановления Пленума ВАС РФ от 18 июля 2014 г. № 50 «О примирении сторон в арбитражном процессе», в котором со всей полнотой демонстрируется непонимание конструкции, заложенной в пресловутой ст. 1483 ГК РФ, и принципиальных различий между согласием и соглашением: «Если указанное согласие соответствующего лица (в том числе привлеченного к участию в деле в качестве третьего лица без самостоятельных требований относительно предмета спора) получено в ходе рассмотрения спора судом, в том числе путем заключения соглашения между стороной спора и этим лицом, такое согласие (соглашение) не может быть квалифицировано судом как мировое соглашение, поскольку заключено не между сторонами судебного спора... Вместе с тем данное согласие (соглашение) является применительно к положениям статьи 138 АПК РФ результатом примирения стороны по делу и лица, согласие которого на предоставление правовой охраны товарному знаку необходимо в соответствии с требованиями гражданского законодательства».

Последствия (вместо заключения)

В п. 2 ст. 1233 ГК РФ в качестве общего правила установлено, что к договорам, объектом которых выступают исключительные права (как известно, вследствие нематериальной природы *сами объекты* интеллектуальной собственности не обладают свойством оборотоспособности), применяются общие положения об обязательствах (ст. 307–419 ГК РФ) и о договоре (ст. 420–453 ГК РФ).

Вместе с тем, если в п. 2 ст. 1228 ГК РФ прямо указано, что исключительные права могут быть переданы *автором* иному лицу по *договору*, то для правообладателя, как уже упоминалось, в п. 1 ст. 1229 ГК РФ закреплена возможность распоряжаться исключительным правом путем выдачи *разрешения* (согласия). Такое неудачное упоминание согласия вместо соглашения (договора) в тексте ст. 1229 ГК РФ создает неопределенность в вопросе о том, какое же правовое основание (и подтверждающий его документ) требуется, если одна сторона заинтересована в использовании объекта интеллектуальных прав или приобретении таких прав, а обладатель этих прав склонен соответствующим образом распорядиться ими. Результатом некорректного использования терминов в законе становятся неполноценное использование сторонами договорных инструментов, несогласование ими условий, требующих согласования (в том числе существенных условий договора), неопределенность в вопросах ответственности за ненадлежащее исполнение обязательств и т.п., что в конечном счете приводит к возникновению споров и обращению в суд. Таким образом, ошибки в терминологии серьезным образом ограничивают свободу договора: опираясь на положения действующего закона, заинтересованные лица не только затрудняются в определении содержания договора, но и, более того, сомневаются в допустимости и необходимости его заключения.