



ГАУГН

ГОСУДАРСТВЕННЫЙ
АКАДЕМИЧЕСКИЙ
УНИВЕРСИТЕТ
ГУМАНИТАРНЫХ
НАУК

MODERN LAW REVIEW / IP & DIGITAL LAW

EDITION 19

**INTELLECTUAL RIGHTS
IN THE DIGITAL AGE:
SELECTED ASPECTS**

Lead author and science editor
Dr. M. A. Rozhkova

GAUGN PRESS
MOSCOW
2023

АНАЛИЗ СОВРЕМЕННОГО ПРАВА / IP & DIGITAL LAW

ВЫПУСК 19

**ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНЫЕ ПРАВА
В ЦИФРОВУЮ ЭПОХУ:
ИЗБРАННЫЕ АСПЕКТЫ**

Руководитель авторского коллектива
и научный редактор
доктор юридических наук
М. А. Рожкова

ГАУГН ПРЕСС
МОСКВА
2023

*Утверждено к печати Ученым советом
Государственного академического университета
гуманитарных наук*

Руководитель авторского коллектива и научный редактор

Марина Александровна Рожкова – доктор юридических наук, президент IP CLUB, советник по науке декана юридического факультета Государственного академического университета гуманитарных наук (ГАУГН), главный научный сотрудник Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации (<http://rozhkova.com>).

Научный рецензент

Владимир Александрович Корнеев – кандидат юридических наук, доцент, профессор кафедры интеллектуальных прав Исследовательского центра частного права имени С. С. Алексеева при Президенте Российской Федерации, главный научный редактор Журнала Суда по интеллектуальным правам.

И73 **Интеллектуальные права в цифровую эпоху: избранные аспекты:** коллективная монография. Вып. 19. / рук. и науч. ред. д. ю. н. М. А. Рожкова; вступ. ст.: В. А. Корнеев. – М.: ГАУГН Пресс, 2023. – 438 с. – (серия «Анализ современного права / IP & Digital Law»).

ISBN 978-5-6049894-5-6 DOI 10.18254/S6049894-5-6

Право интеллектуальной собственности уже фактически стало самостоятельной отраслью законодательства, которая имеет свой собственный предмет правового регулирования – общественные отношения по поводу объектов интеллектуальных прав. В цифровую эпоху, эпоху бурного развития цифровых технологий значимость этих отношений как нельзя велика, а вопросы, требующие срочного разрешения, способствуют значительному росту объема нормативного материала, который может принадлежать различным отраслям права – не только гражданского, но и административного, уголовного, конкурентного, предпринимательского и т. д. В этих условиях в настоящей монографии была предпринята попытка рассмотреть различные аспекты сферы интеллектуальных прав и смежных с ней областей.

Для судей, адвокатов, практикующих юристов, научных работников, преподавателей, аспирантов и студентов юридических факультетов, а также всех тех, кого интересуют проблемы развития российского права и вопросы применения действующего законодательства.



ОБЪЕДИНЕННАЯ МЕЖВУЗОВСКАЯ РЕДАКЦИОННАЯ КОЛЛЕГИЯ

- Рожкова М. А.* – доктор юридических наук, президент IP CLUB, советник по науке декана юридического факультета Государственного академического университета гуманитарных наук (ГАУГН), главный научный сотрудник Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации (*главный редактор*).
- Ёриш А. В.* – кандидат юридических наук, вице-президент IP CLUB, доцент кафедры частного права Государственного академического университета гуманитарных наук (ГАУГН).
- Козлова М. Ю.* – кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданско-правовых дисциплин Волгоградского института управления – филиала РАНХиГС (*заместитель главного редактора*).
- Мазаев Д. В.* – кандидат юридических наук, заместитель декана по работе с выпускниками и работодателями юридического факультета Государственного академического университета гуманитарных наук (ГАУГН).
- Сергачева О. А.* – кандидат юридических наук, декан юридического факультета, заведующий кафедрой гражданско-правовых дисциплин Волгоградского института управления – филиала РАНХиГС.
- Соколыцик И. М.* – кандидат юридических наук, врио ректора Государственного академического университета гуманитарных наук, декан юридического факультета ГАУГН.
- Исаева О. В.* – руководитель отдела международного сотрудничества IP CLUB, юрист по вопросам интеллектуальной собственности компании Eyezon (*ответственный секретарь*).

ОТКРЫТЫЙ РЕДАКЦИОННЫЙ КОНСОРЦИУМ

- Богустов А. А.* – кандидат юридических наук, доцент кафедры международного права Гродненского государственного университета им. Янки Купалы.
- Медведев С. В.* – кандидат юридических наук, партнер юридической фирмы «Городисский и Партнеры».
- Останина Е. А.* – кандидат юридических наук, заведующий кафедрой гражданского права и процесса Челябинского государственного университета;
- Чурилов А. Ю.* – кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского права Юридического института Томского государственного университета, аналитик Научно-образовательного центра «Интеллектуальная собственность и интеллектуальные права» Юридического института Томского государственного университета.

*Approved for publication by the Academic Council
of the State Academic University for the Humanities*

Lead Author and Science Editor

Marina Alexandrovna Rozhkova – Holder of a Higher Doctorate in Law, IP CLUB President, Science Advisor to the Dean of the Law Faculty of State Academic University for the Humanities (GAUGN), Chief Researcher at the Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, (<http://rozhkova.com>).

Science Reviewer

Vladimir Aleksandrovich Korneev – PhD in Law, Associate Professor, Professor at the Intellectual Rights Department of the S.S. Alekseev Private Law Research Centre under the President of the Russian Federation, Chief Editor of the Journal of the Intellectual Property Court.

Intellectual Rights in the Digital Age: Selected Aspects. multi-authored monograph. Edition 19. / lead author and science editor Dr. M. A. Rozhkova; opening art.: V. A. Korneev. – Moscow: GAUGN Press, 2023. – 438 p. – (“Modern Law Review / IP & Digital Law” series).

ISBN 978-5-6049894-5-6 DOI 10.18254/S6049894-5-6

Intellectual property law has already become an independent branch of law with its own subject of legal regulation: social relations concerning the intellectual property. In the digital age, the era of rapid development of digital technologies, the importance of these relations is as great as ever, and the issues requiring urgent resolution contribute to a significant increase in the amount of regulatory material, which may belong to various branches of law – not only civil, but also administrative, criminal, competitive, business, etc. Under these circumstances, the present monograph has attempted to examine various aspects of the field of intellectual property rights and related areas.

The book may be useful for judges, lawyers, legal practitioners, academics, lecturers, postgraduates and law students as well as all others interested in the development of the Russian law and issues related to the application of the current legislation.



© Authors, 2023
© GAUGN PRESS, 2023

JOINT INTER-UNIVERSITY EDITORIAL BOARD

Rozhkova, M. A. – Holder of a Higher Doctorate in Law, IP CLUB President, Science Advisor to the Dean of the Law Faculty of State Academic University for the Humanities (GAUGN), Chief Researcher of the Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation (*Chief Editor*).

Ersh, A. V. – PhD in Law, IP CLUB Vice-President, Assistant Professor at the Civil Law Department of the Law Faculty of State Academic University for the Humanities (GAUGN).

Kozlova, M. Y. – PhD in Law, Assistant Professor at the Civil and Legal Disciplines Department of the Volgograd Institute of Management – RANEPА Branch (*Deputy Chief Editor*).

Mazaev, D. V. – PhD in Law, Deputy Dean for Alumni and Employer Relations at the Law Faculty of State Academic University for the Humanities (GAUGN).

Sergacheva, O. A. – PhD in Law, Dean of the Law Faculty, Head of the Civil and Legal Disciplines Department of the Volgograd Institute of Management – RANEPА Branch.

Sokolshchik, I. M. – PhD in Law, acting Head of the State Academic University for the Humanities, Dean of the Law Faculty.

Isaeva, O. V. – Head of the IP CLUB Department of International Cooperation, IP Lawyer at Eyezon (*Assistant Editor*).

OPEN EDITORIAL CONSORTIUM

Bogustov, A. A. – PhD in Law, Assistant Professor at the International Law Department of the Yanka Kupala State University of Grodno;

Medvedev, S. V. – PhD in Law, Partner of the Gorodissky and Partners Law Firm;

Ostanina, E. A. – PhD in Law, Head of the Department of Civil Law and Procedure of the Chelyabinsk State University;

Churilov, A. Y. – PhD in Law, Assistant Professor at the Civil Law Department of the Tomsk State University Institute of Law, Analyst at the Intellectual Property and Intellectual Rights Research and Education Centre of the Tomsk State University Institute of Law.

СОДЕРЖАНИЕ

Содержание	8
Список авторов	12
Указатель сокращений	14
<i>Корнеев В. А.</i> Интеллектуальные права на распутье (вступительная статья)	17
Предисловие редакционной коллегии (<i>Мазаев Д. В., Сергачева О. А.</i>)	22

Раздел 1.

Классические вопросы интеллектуальной собственности

<i>Богустов А. А.</i> Определение границ права интеллектуальной собственности.	26
<i>Щербак Н. В.</i> Договоры, направленные на передачу прав на произведение в материальной и цифровой реальности	39
<i>Никифоров А. А.</i> Понятие авторства в исторической перспективе и в современную эпоху	61
<i>Николаева Н. И.</i> Право на неприкосновенность произведения в авторском праве России и США	99
<i>Галкин Н. А.</i> Творческий труд как основной критерий охраноспособности объекта авторского права	113

Раздел 2.

Новые формы интеллектуальной собственности и новые объекты

<i>Останина Е. А.</i> Особенности творчества в сети Интернет и новые формы соавторства	124
<i>Чурилов А. Ю., Трынченков Н. А.</i> Охраноспособность результатов, созданных с помощью искусственного интеллекта	140
<i>Рожкова М. А., Исаева О. В.</i> Квалификация в качестве производных произведений объектов, создаваемых на основе результатов машинного обучения и «произведений» искусственного интеллекта ..	153
<i>Ёриш А. В.</i> Место аккаунта в системе объектов гражданского права	173
<i>Бурдова В. Д.</i> Результаты воспроизведения музейных предметов и музейных коллекций как квазиобъекты интеллектуальной собственности.	182
<i>Гапанович А. В.</i> Феномен невзаимозаменяемых токенов (NFT) и цифровое искусство	193

Раздел 3.

Нарушения интеллектуальной собственности в цифровой среде

<i>Алексейчук А. А.</i> Особенности ответственности информационных посредников за нарушения в сети	212
<i>Лукьянов Р. Л.</i> Ограничение доступа к информационным ресурсам как способ защиты интеллектуальных прав	230
<i>Тиунова А. И.</i> Последствия нарушения условий Open Source лицензий и способы защиты прав лицензиаров.	250
<i>Бузова Н. В.</i> Фотографии как результаты интеллектуальной деятельности: случаи неправомерного использования и некоторые аспекты защиты.	272
<i>Айрапетов Н. А.</i> Принцип добросовестности и исковая давность в спорах о нарушении исключительного права	290

Раздел 4.

Новые направления в праве интеллектуальной собственности и смежных отраслях

<i>Козлова М. Ю., Кожемякин Д. В., Сергачева О. А.</i> Антимонопольное регулирование и злоупотребление исключительным правом	300
<i>Жуковская А. А., Хохлов Е. С.</i> Digital Markets Act в ЕС – новая страница антимонопольного регулирования в цифровую эпоху	316
<i>Чеховская С. А.</i> Цифровые технологии и право интеллектуальной собственности.	345
<i>Хусаинов Р. И.</i> Проведение IP Due Diligence для стартапов	362
<i>Ахметов Р. Р.</i> Криптодепонирование: понятие, признаки, значение.	371

Раздел 5.

Комментарии судебной практики в сфере интеллектуальной собственности

<i>Куминова А. А.</i> Продление срока действия исключительного права на изобретение и дополнительные патенты. Процессуальные аспекты	380
<i>Витко В. С.</i> Правовая квалификация персонажа «Медвежонок Тедди» в судебной практике.	392
<i>Нюняев В. О.</i> Актуальная практика разрешения споров о регистрации товарных знаков	404
<i>Роцупкин Н. А.</i> Вопросы взыскания противоправного дохода, полученного в результате нарушения исключительного права.	424

CONTENTS

Contents	8
List of Authors	12
List of Abbreviations and Contractions	14
<i>Korneev, V. A.</i> Intellectual rights are at a crossroads (opening article).....	17
Foreword of the Editorial Board (<i>Mazaev, D. V., Sergacheva, O. A.</i>).....	22

Section 1.

Classic Intellectual Property Issues

<i>Bogustov, A. A.</i> Delimitation of the boundaries of Intellectual Property Law...	26
<i>Shcherbak, N. V.</i> Agreements aimed at transferring rights to a work in tangible and digital reality	39
<i>Nikiforov, A. A.</i> The concept of authorship in historical perspective and in modern times	61
<i>Nikolaeva, N. I.</i> The right to inviolability of the work in copyright law in Russia and the USA	99
<i>Galkin, N. A.</i> Creative work as the main criterion of the copyright item's protectability	113

Section 2.

New Forms of Intellectual Property and New Items

<i>Ostanina, E. A.</i> Special aspects of online creativity and new forms of co-authorship	124
<i>Churilov, A. Y., Trynchenkov, N. A.</i> Protectability of results created with artificial intelligence	140
<i>Rozhkova, M. A., Isaeva, O. V.</i> Qualifying objects based on machine learning results and artificial intelligence “works” as derivative works	153
<i>Ersh, A. V.</i> The place of a profile page in the system of civil law objects	173
<i>Burdova, V. D.</i> Results of reproduction of museum objects and museum collections as quasi-intellectual property objects	182
<i>Gapanovich, A. V.</i> The phenomenon of non-fungible token (NFT) and digital art	193

Section 3.

Intellectual Property Infringements in the Digital Environment

<i>Alekseychuk, A. A.</i> Specifics of the responsibility of information intermediaries for infringements in the network	212
<i>Lukyanov, R. L.</i> Limiting access to information resources as a remedy for intellectual property infringement	230
<i>Tiunova, A. I.</i> The consequences of violating Open Source license conditions and remedies to licensors' rights	250
<i>Buzova, N. V.</i> Photographs as results of intellectual activity: cases of misuse and some aspects of protection	272
<i>Ayrapetov, N. A.</i> Principle of good faith and limitation of actions in disputes on exclusive right infringements	290

Section 4.

New Concepts in Intellectual Property Law and Related Branches

<i>Kozlova, M. Y., Kozhemyakin, D. V., Sergacheva, O. A.</i> Antitrust regulation and exclusive right misuse	300
<i>Zhukovskaya, A. A., Khokhlov, E. S.</i> <i>Digital Markets Act in the EU – a new page of antitrust regulation in the digital</i>	316
<i>Chekhovskaya, S. A.</i> Digital technology and intellectual property law	345
<i>Khusainov, R. I.</i> Conducting IP Due Diligence for startups.	362
<i>Akhmetov, R. R.</i> Cryptodepositing: definition, characteristics, significance	371

Section 5.

Commentary on Intellectual Property Case Law

<i>Kuminova, A. A.</i> Extension of the exclusive right to the invention and complementary patents. Procedural aspects	380
<i>Vitko, V. S.</i> Legal qualification of the Teddy Bear character in case law	392
<i>Nyunyaev, V. O.</i> Current case law on trademark registration disputes	404
<i>Roshchupkin, N. A.</i> Issues of recovery of unlawful income derived from exclusive right infringements	424

СПИСОК АВТОРОВ

- Алексейчук Андрей Андреевич* – адвокат, старший юрист практики по интеллектуальной собственности и информационным технологиям адвокатского бюро «Качкин и Партнеры».
- Айрапетов Никита Андреевич* – аспирант кафедры интеллектуальных прав Университета имени О. Е. Кутафина (МГЮА), юрист Lidings, патентный поверенный.
- Ахметов Роман Ринатович* – адвокат, патентный поверенный, управляющий партнер Адвокатского бюро «Ахметов, Хозяйкин и Партнеры», член ГЭК Высшей школы экономики (г. Пермь).
- Богустов Андрей Алексеевич* – доцент кафедры международного права Гродненского государственного университета им. Янки Купалы, кандидат юридических наук, доцент.
- Бузова Наталья Владимировна* – доцент кафедры предпринимательского и корпоративного права Российского государственного университета правосудия, кандидат юридических наук
- Бурдова Вероника Дмитриевна* – практикующий юрист, помощник депутата Законодательного Собрания Санкт-Петербурга.
- Витко Вячеслав Станиславович* – аналитик НОЦ «Интеллектуальная собственность и интеллектуальные права» Национального исследовательского Томского государственного университета, доцент кафедры интеллектуальной собственности Московского университета имени А. С. Грибоедова, кандидат юридических наук.
- Галкин Никита Антонович* – магистрант Института экономики, управления и права Московского городского педагогического университета.
- Гапанович Анна Владимировна* – начальник отдела договорной и претензионно-исковой работы правового управления Тюменского индустриального университета.
- Ёрш Александра Владимировна* – вице-президент IP CLUB, доцент кафедры частного права Государственного академического университета гуманитарных наук (ГАУГН), государственный советник юстиции 1 класса, старший преподаватель кафедры интеллектуальных прав Университета имени О. Е. Кутафина (МГЮА), кандидат юридических наук.
- Жуковская Арина Александровна* – юрист в консалтинговой компании Antitrust Advisory.
- Исаева Ольга Владимировна* – юрист по вопросам интеллектуальной собственности компании Euzon, руководитель отдела международного сотрудничества IP CLUB.

- Козлова Марина Юрьевна* – доцент кафедры гражданско-правовых дисциплин Волгоградского института управления – филиала РАНХиГС, кандидат юридических наук, доцент.
- Кожмякин Дмитрий Владимирович* – старший научный сотрудник НОЦ «Интеллектуальная собственность и интеллектуальные права» Национального исследовательского Томского государственного университета, доцент кафедры финансового и предпринимательского права Волгоградского института управления – филиала РАНХиГС, кандидат юридических наук.
- Куминова Анна Александровна* – юрист Lidings, патентный поверенный.
- Лукьянов Роман Львович* – управляющий партнер Semenov&Pevzner, директор Ассоциации игровой индустрии, юридический советник Национальной Федерации музыкальной индустрии, юридический советник Ассоциации индустрии детских товаров.
- Никифоров Артем Александрович* – магистр частного права РШЧП, юрисконсульт компании Yandex.
- Николаева Наталья Игоревна* – партнер, патентный поверенный, директор филиала юридической фирмы «Городисский и Партнеры» в Новосибирске.
- Нюняев Вадим Олегович* – руководитель проектов интеллектуальной собственности ПАО «Газпром нефть», кандидат юридических наук.
- Останина Елена Александровна* – заведующий кафедрой гражданского права и процесса Челябинского государственного университета, кандидат юридических наук, доцент.
- Рожкова Марина Александровна* – президент IP CLUB, советник по науке декана юридического факультета Государственного академического университета гуманитарных наук, главный научный сотрудник Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, доктор юридических наук.
- Рошупкин Николай Александрович* – заместитель директора филиала ООО «Юридическая фирма Городисский и Партнеры» (г. Екатеринбург).
- Сергачева Ольга Александровна* – декан юридического факультета, заведующий кафедрой гражданско-правовых дисциплин Волгоградского института управления – филиала РАНХиГС, кандидат юридических наук, доцент.
- Тиунова Алла Игоревна* – магистр права, эксперт, Всемирная организация интеллектуальной собственности, Женева (Швейцария).
- Трынченков Николай Алексеевич* – аналитик Центра развития института интеллектуальной собственности Факультета технологического менеджмента и инноваций Университета ИТМО, магистр инженер-патентовед.
- Хохлов Евгений Сергеевич* – партнер Antitrust Advisory, преподаватель кафедры конкурентного права Университета им. О. Е. Кутафина (МГЮА).

Хусаинов Рамзан Исламович – управляющий партнер юридической фирмы «Хусаинов, Хомяков и Партнеры».

Чеховская Светлана Алексеевна – ведущий научный сотрудник отдела гражданского законодательства и процесса, Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, кандидат юридических наук.

Чурилов Алексей Юрьевич – доцент кафедры гражданского права Юридического института Томского государственного университета, аналитик Научно-образовательного центра «Интеллектуальная собственность и интеллектуальные права» Юридического института Томского государственного университета, кандидат юридических наук.

Щербак Наталия Валериевна – доцент кафедры гражданского права Юридического факультета МГУ имени М. В. Ломоносова, профессор кафедры интеллектуальных прав Университета имени О. Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук.

УКАЗАТЕЛЬ СОКРАЩЕНИЙ

ГК РФ	Гражданский кодекс Российской Федерации
ГПК РФ	Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации
АПК РФ	Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации
Бернская конвенция	Бернская конвенция об охране литературных и художественных произведений (1886)
Парижская конвенция	Парижская конвенция по охране промышленной собственности (1883)
Закон об информации	Федеральный закон от 27 июля 2006 г. № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации»
Закон о защите конкуренции	Федеральный закон от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции»
Закон о защите прав потребителей	Закон РФ от 7 февраля 1992 г. № 2300-1 «О защите прав потребителей»

Закон о музейном фонде	Федеральный закон от 26 мая 1996 г. № 54-ФЗ «О Музейном фонде Российской Федерации и музеях в Российской Федерации».
Закон о рекламе	Федеральный закон от 13 марта 2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе»
Закон о цифровых финансовых активах	Федеральный закон от 31 июля 2020 г. № 259-ФЗ «О цифровых финансовых активах, цифровой валюте и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»
Основы законодательства о культуре	Закон Российской Федерации от 9 октября 1992 г. № 3612-1 «Основы законодательства Российской Федерации о культуре»
Постановление Пленума ВС РФ от 23 апреля 2019 г. № 10	Постановление Пленума ВС РФ от 23 апреля 2019 г. № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации»
КС РФ	Конституционный Суд Российской Федерации
ВС РФ	Верховный Суд Российской Федерации
ВАС РФ	Высший Арбитражный Суд Российской Федерации (в настоящее время упразднен)
ЕС	Европейский союз
Соглашение ТРИПС	Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (англ. Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, TRIPS) (Марракеш, 15 апреля 1994 г.)
ФАС	Федеральная антимонопольная служба
WIPO	Всемирная организация интеллектуальной собственности (англ. World Intellectual Property Organization)

В. А. Корнеев

ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНЫЕ ПРАВА НА РАСПУТЬЕ (ВСТУПИТЕЛЬНАЯ СТАТЬЯ)

Общественные отношения, связанные с результатами интеллектуальной деятельности и средствами индивидуализации, на протяжении истории человечества развивались неравномерно. Многие века с развитием цивилизации в целом, усилением роли отдельного человека в обществе, с технологическим прогрессом формировалось понимание необходимости законодательного упорядочения вопросов охраны того, что сейчас мы условно называем интеллектуальной собственностью.

Правовой рывок произошел в XVIII и особенно в XIX вв., когда в этой сфере на национальном уровне стали приниматься законодательные акты, приведшие к концу XIX в. к пониманию необходимости международной гармонизации отношений в сфере интеллектуальных прав и к появлению базовых международных договоров в этой области права.

XX в., можно считать, стал веком стабильности. Это не означает, что для правоприменителя (и законодателя) не появлялись новые вызовы. Так, существенным вызовом стало появление компьютерной техники и компьютерных программ. Вместе с тем даже в этой сфере основные усилия свелись к тому, чтобы «вписать» новый появившийся объект в ставшее традиционным регулирование, не разрушив основные положения, в первую очередь, авторского права.

Стабильность – очень ценное свойство правового регулирования в любых сферах. В области интеллектуальных прав эта стабильность привела к появлению множества великих ученых и их великих работ, которые сформировали кажущиеся незыблемыми постулаты авторского права и смежных прав, патентного права, права на средства индивидуализации.

Вместе с тем эта же многолетняя стабильность привела к тому, что во многом развитие права на результаты интеллектуальной деятельности и на средства индивидуализации стало сводиться к тому, чтобы, как и в отношении программ для ЭВМ, пытаться все новое подвести под уже существующее правовое регулирование, развитие законодательства стало реактивным.

Самый конец XX в. и прошедшие годы XXI в. стали временем столь резкого развития общественных отношений (во многом вызванного развитием технологий, в том числе предназначенных как для создания, так и для использования результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации), что и правоприменитель, и законодатель почувствовали

появление нового вызова, ответ на который не всегда может быть реактивным. Общественные отношения стали меняться настолько быстро, что стало понятно: во-первых, в ряде случаев нужно не «вписывать» новые отношения в ныне существующие законодательные рамки, а создавать новые формы, во-вторых, развитие законодательства должно в ряде сфер стать проактивным – законодателю следует допускать более общее регулирование, а не пытаться угнаться за упорядочением появившихся частей.

С большим удовольствием прочитал монографию, которую вы держите в руках (или вслед за веяниями времени читаете в цифровой форме). Авторы попытались осмыслить как причины формирования конкретных представлений юристов об отношениях в сфере интеллектуальных прав, сложившихся к началу «цифровой эпохи», так и новые вызовы, которые «цифровая эпоха» поставила перед нами.

Существенная часть монографии посвящена пониманию сути творчества как такового и фигуры автора как краеугольного камня творчества.

А. А. Никифоров провел в историческом аспекте выдающееся исследование восприятия обществом фигуры автора, показывающее причины начала формирования законодательства об авторском праве в XVIII в. (и закономерность этого) и причины конкретного отношения к фигуре автора со стороны законодателя.

Контрастом с этим идут рассуждения ряда авторов (например, М. А. Рожковой и О. В. Исаевой, А. Ю. Чурилова и Н. А. Трынченкова, Е. А. Останиной, Н. А. Галкиной) о том, какие вызовы современному авторскому праву несет развитие технологий искусственного интеллекта. Причем вопрос можно поставить шире, не ограничиваясь только искусственным интеллектом: об авторском праве на результаты, созданные без непосредственного участия человека. Весь мир (авторского права) уже не один год обсуждает фотографию, сделанную обезьяной, которой человек дал в руки фотоаппарат. Можно ли считать, что человек, предполагающий, но не уверенный в том, что обезьяна сделает удачную фотографию, вертя в руках фотоаппарат, в достаточной степени приложил свое творческое «я», чтобы считаться автором сделанной фотографии? Однозначный, всех устраивающий ответ на этот вопрос до сих пор не найден, а это лишь один из примеров того, как видоизменяется представление о возможности созидания чего-то нового.

Применительно к искусственному интеллекту прежде чем рассуждать о том, появляется ли в отношении создаваемых им результатов авторское право (или, например, как предлагает ряд ученых, право смежное),

необходимо решить, а нужно ли в принципе, чтобы какое-то право в отношении таких результатов возникало. И в этом смысле, если мы предполагаем к соответствующим результатам применять право авторское, нужно учитывать, зачем в целом возникло авторское право, какие цели оно преследовало и преследует (защита статуса творца или защита его имущественных интересов, например), и понять, как эти цели соотносятся с тем, что создается искусственным интеллектом. Лишь определив, ради какой цели необходима (и необходима ли) охрана таких результатов, можно рассуждать о том, какой правовой режим (один из старых или какой-то новый) лучше всего для этой цели подходит и на защиту интересов какого субъекта права этот режим нужно нацелить.

В целом современное развитие технологий создает новые вызовы не только в части фигуры автора, но и в части определения того, какие результаты стоит признавать творческими. Современные возможности привели к массовому распространению того, что мы сегодня называем объектами с низким уровнем творчества.

В представленной вашему вниманию монографии приведены различные точки зрения по вопросу о том, каковы границы творчества, какой труд можно признать творческим и соответственно какие объекты стоит защищать авторским правом (об этом пишут, например, М. А. Рожкова и О. В. Исаева, А. А. Богустов, Н. А. Галкин, Н. В. Бузова). Особенно важное значение это имеет в настоящее время применительно к фотографиям, которые зачастую не носят «отпечатка личности» автора, а представляют лишь срез объективной действительности (особенно фотографии товаров, выставленных на продажу в интернет-магазинах). Уже в период появления фотографий как таковых ученых беспокоил вопрос о том, достаточный ли у них уровень творчества. С развитием же технологий и доступности (и простоты) фотографирования этот вопрос становится все более и более острым. М. А. Рожкова, О. В. Исаева, Н. В. Бузова, рассуждая об этом и приводя соответствующий зарубежный опыт, предлагают делить все фотографии на творческие, охраняемые авторским правом, «простые», которые уместнее охранять специально для этого предусмотренным смежным правом, и информационно-технические, которые не нужно охранять вовсе.

Не исключаю, что подобные исследования сдвинут с мертвой точки и в целом отечественное понимание уровня творчества, необходимого для признания объекта охраняемым.

Нельзя не отметить и то, что развитие технологий и некоторое снижение среднего уровня творчества создаваемых результатов привело

к тому, что еще лет 50-70 назад учеными признавалось практически невозможным: к развитию так называемого параллельного творчества, когда не исключается создание несколькими лицами самостоятельно – независимо друг от друга – одинаковых или очень похожих результатов. Для объектов с низким уровнем творчества такая возможность становится все более и более вероятной. Так, в п. 1 Обзора практики рассмотрения арбитражными судами дел, связанных с применением законодательства об интеллектуальной собственности (утвержден информационным письмом Президиума ВАС РФ от 13 декабря 2007 г. № 122), приводится ситуация с двумя самостоятельно созданными, но очень похожими картами – ведь они созданы на основе одной и той же исходной информации. Аналогичная ситуация зачастую складывается применительно к фотографиям или «простым» программам для ЭВМ. С учетом этого в п. 95 Постановления Пленума ВС РФ от 23 апреля 2019 г. № 10 в общем виде отмечено, что создание похожего (например, в силу того, что двумя авторами использовалась одна и та же исходная информация), но творчески самостоятельно произведенного не является нарушением исключительного права автора более раннего произведения. В таком случае оба произведения являются самостоятельными объектами авторского права.

Ранее вероятность самостоятельного, параллельного творчества, приводящего к одному или схожему результату, считалась незначительной.

А. А. Чурилов и Н. А. Трынченков в своей статье приводят теорему о бесконечных обезьянах, «суть которой сводится к утверждению, что обезьяна, ударяя случайным образом по клавишам пишущей машинки в течение неограниченного времени, рано или поздно напечатает любой наперед заданный текст». С использованием этой теоремы они рассуждают о том, какой труд должен признаваться творческим и совершенно справедливо отмечают, что «не любой труд интеллектуальный является трудом творческим». Свои рассуждения они приводят применительно к вопросу об «авторстве» искусственного интеллекта, но их же можно использовать и шире – для определения уровня творчества, необходимого для признания любого конкретного результата, созданного человеком (в том числе с применением технических средств), творческим.

Нельзя не отметить, что ссылки на теорему о бесконечных обезьянах встречаются и в судебной практике (см. постановление президиума Суда по интеллектуальным правам от 29 июня 2022 г. по делу № СИП-250/2017), где с ее использованием констатируется вероятность самостоятельного создания такого же результата, но отмечается, что степень этой вероятности зависит в том числе от объема совпадения. Чем больше

объем дословно совпадающего текста, тем менее вероятно параллельное творчество и более вероятно знание лица, позднее пишущего текст, о ранее существовавшем тексте. В конкретном случае текст носил технический характер, но можно признать, что чем выше уровень творчества при создании конкретного результата, тем также менее вероятно параллельное творчество.

Представленная вашему вниманию монография касается не только безусловно важных, но не единственных значимых, вопросов авторства, творчества, искусственного интеллекта. В ней рассматриваются многие проблемы, с которыми сталкивается в настоящее время правоприменитель. Это вопросы и информационных посредников и их ответственности (которые в российском правовом поле стали активно обсуждаться после вынесения высшей судебной инстанцией двух судебных актов – постановлений Президиума ВАС РФ от 23 декабря 2008 г. № 10962/08 и от 1 ноября 2011 г. № 6672/11 – и последующего дополнения ГК РФ статьей 1253.1), и вопросы пределов исключительного права (в настоящей монографии обсуждаются, например, темы злоупотребления правом и вопросы исчерпания права), и вопросы правовой сущности аккаунтов (в том числе в социальных сетях).

Не со всеми суждениями авторов можно согласиться. Например, мне не близка точка зрения В. Д. Бурдовой о том, что в рамках так называемого «музейного» права должен возникать аналог права исключительного (в смысле части четвертой ГК РФ). «Музейное» право, с моей точки зрения, не призвано защищать какой-то результат интеллектуальной деятельности в силу наличия у него интеллектуальной составляющей или чей-либо интеллектуальный труд, а выполняет лишь утилитарную функцию – предназначено служить источником финансирования поддержания и пополнения музейных коллекций. Нельзя не сказать о том, что соотношение «музейного» права и права интеллектуального – также, безусловно, один из вызовов в современную эпоху, особенно в ситуации, когда один объект существует в обоих режимах одновременно (объект «музейного» права создан творческим трудом автора и еще не перешел в общественное достояние).

Вместе с тем в том и достоинство научных работ, что они заставляют задуматься, по-новому взглянуть на известные вещи, может быть, поменять свою точку зрения.

Думаю, что в представленной вашему вниманию монографии каждый найдет для себя что-то новое, важное, неожиданное.

Приятного (и полезного) чтения!

ПРЕДИСЛОВИЕ РЕДАКЦИОННОЙ КОЛЛЕГИИ

Мы живем в эпоху цифровизации экономики, следствием которой является эволюция права вообще и права интеллектуальной собственности в частности.

Именно в рамках права интеллектуальной собственности на смену традиционным воззрениям в отношении результатов интеллектуальной деятельности приходят новые представления, обусловленные новейшими конструкциями цифрового мира, – о творчестве, о произведениях и изобретениях, о субъектном составе создателей этих результатов и проч.

Активное внедрение сначала технологий информационно-телекоммуникационной связи и прежде всего Интернета, а затем искусственного интеллекта, распределенного реестра, виртуальной и дополненной реальности, квантовой технологии и т. д. привело к широкому использованию их не только в повседневной жизни, но также в творческой и иной интеллектуальной деятельности. Это позволило создавать объекты, аналогичные, а иногда по своим характеристиками даже и превосходящие творения человеческой мысли.

В таких условиях возникает множество прикладных вопросов, ответы на которые крайне необходимы правоприменителям и касаются, в частности, возможности доказать факт самостоятельного создания произведения либо определить размер компенсации, подлежащей взысканию за нарушение интеллектуальных прав на такие объекты, и т. п. Но одновременно нельзя не видеть и обострения фундаментальных правовых проблем, заставляющих обращаться к основным положениям гражданского права, а также права интеллектуальной собственности. Например, можно ли признавать правосубъектность за искусственным интеллектом, является ли его созидательная деятельность творческой, допустимо ли причислять результат такой деятельности к объектам интеллектуальных прав, кто в этой ситуации становится правообладателем и проч.

Обозначенные вопросы, а также иные проблемы, связанные с вхождением цифровых технологий как в творческий процесс создания произведений, так и в интеллектуальный процесс решения технических задач, стали предметом рассмотрения в настоящей монографии. В частности, внимание в ней уделено охраноспособности объектов, созданных технологиями искусственного интеллекта, признанию авторства на созданные с его помощью произведения; творческому труду как основному признаку охраноспособности объектов авторского права и его особенностям в Интернете; специфике юридической ответственности информационных посредников за нарушения интеллектуальных прав в Интернете и другим

вопросам, со всей очевидностью имеющим огромное значение для дальнейшего развития права интеллектуальной собственности.

Особенностью настоящей коллективной монографии стала нацеленность на рассмотрение значимых вопросов права интеллектуальной собственности со всех возможных ракурсов. Поэтому в монографии выделяются разделы, посвященные: классическим проблемным вопросам; новым формам и новым объектам интеллектуальной собственности; нарушениям интеллектуальных прав в цифровой среде; новым направлениям; комментариям судебной практики в рассматриваемой сфере. Думается, что именно такой подход позволяет охватить основные правовые проблемы, появление которых принято связывать с использованием новейших технологий, что послужит продолжению и развитию как научных дискуссий, так и выработке верных правоприменительных подходов.

Д. В. Мазаев

Развитие отечественного права интеллектуальной собственности (в отличие, например, от некоторых других, более традиционных и сложившихся отраслей права) происходит с течением времени все более динамично. Еще в 1912 г. С. А. Беляцкий написал: «Авторское право есть продукт позднейшего времени. Как право страховое или воздухоплавательное, оно не имеет глубоких корней в истории и ведет свое происхождение от новых условий общественной жизни и культуры»¹. В этом смысле не только авторское, но все право интеллектуальной собственности в целом, представляя собой результат прогресса, продолжает вместе с ним стремиться вперед: развитие искусственного интеллекта, распространение токенов, совершенствование технологий машинного обучения порождают новые общественные явления, которые нуждаются в качественном правовом регулировании.

Тем интереснее и важнее становятся научные исследования, касающиеся интеллектуальных прав. Новые формы интеллектуальной собственности и ее новые объекты побуждают к творческой научной деятельности не только известных исследователей, но и студентов, магистрантов, аспирантов; привлекают к науке специалистов-практиков и представителей судейского сообщества. Именно потому научная работа, находящая выражение в серии монографических исследований в рамках проекта «Право цифровой экономики», на протяжении многих лет позволяет не только осветить наиболее острые и актуальные проблемы законодательства

¹ Беляцкий С. А. Новое авторское право в его основных принципах. СПб.: Издание Юридического книжного склада «Право». 1912. С. 7.

и правоприменительной практики, но и выработать наиболее приемлемые и жизнеспособные предложения в части их решения. Эту традицию продолжила коллективная монография «Интеллектуальные права в цифровую эпоху: избранные аспекты».

Проведение научных разработок сразу в нескольких направлениях дало возможность с опорой на освещение классических вопросов интеллектуальной собственности провести исследование ее новых форм, осмыслить место и значение объектов, создаваемых в результате деятельности искусственного интеллекта; проследить основные тренды развития цифровых технологий и их влияния на творческую деятельность; проанализировать тенденции формирования судебной практики в сфере интеллектуальной собственности. Именно эти методы в сочетании с компаративным анализом позволили авторам предлагаемой вниманию читателя коллективной монографии создать совместными усилиями интересный научный труд, который, как хочется надеяться, станет одной из отправных точек для дальнейших научных дискуссий и разработок в сфере права интеллектуальной собственности.

О. А. Сергачева

Раздел 1.

***КЛАССИЧЕСКИЕ ВОПРОСЫ
ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ***

А. А. Богустов

ОПРЕДЕЛЕНИЕ ГРАНИЦ ПРАВА ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ¹

Развитие социально-экономических отношений приводит к повышению значимости интеллектуальной собственности в жизни общества. Например, Преамбула (iii) одобренной Консультативным комитетом по вопросам политики WIPO Всемирной декларации по интеллектуальной собственности от 26 июня 2000 г. исходит из того, что в XXI в. «интеллектуальная собственность будет играть большую роль в жизнедеятельности человека, чем когда-либо раньше за всю его историю».

В то же время в законодательстве и доктрине отсутствует единство в определении как понятия «интеллектуальная собственность», так и его места в системе права. Например, современные авторы обращают внимание на то, что: «понятие интеллектуальной собственности в отечественной литературе является дискуссионным»² и «даже на международном уровне нет единства в понимании правовой категории интеллектуальной собственности, которая раскрывается либо через понятие права, либо через перечень его объектов»³, а «вопрос о сущности и природе интеллектуальной собственности остается дискуссионным и поныне, несмотря на его относительную теоретическую разработанность в отечественной и зарубежной науке»⁴.

К числу причин, препятствующих выработке дефиниции данного понятия, можно отнести многочисленность и разнородность объектов этого права, существенные отличия в механизме возникновения субъективных прав, их объеме, порядке реализации и защиты. Указанные причины являются вполне очевидными, но их перечень не носит исчерпывающего характера.

¹ Настоящее исследование представляет собой существенно переработанный и дополненный вариант доклада «О динамике содержания понятия “интеллектуальная собственность”», сделанного автором на международной научно-практической конференции «Цивилистика: традиции, современное состояние и перспективы развития» (Калининград, Казань, 29 апреля 2022 г.).

² См.: *Полецков А. В.* Понятие интеллектуальной собственности // Вестник Омского университета. Серия «Право». 2011. № 4. С. 102.

³ См.: *Баттахов П. П.* К вопросу о понятии интеллектуальной собственности // Пробелы в российском законодательстве (юридический журнал). 2012. № 5. С. 86.

⁴ См.: *Грудцына Л. Ю., Чернявский А. Г.* К вопросу о сущности и природе интеллектуальной собственности // Образование и право. 2021. № 6. С. 230.

Представляется, что одним из препятствий в решении этой задачи является изменчивость (динамизм) круга отношений, составляющих содержание интеллектуальной собственности. Это приводит к тому, что сфера действия названного права не постоянна.

В связи с этим можно упомянуть о тенденции расширения круга объектов права интеллектуальной собственности, существование которой признается в современной доктрине⁵. Этот процесс вызван объективными социально-экономическими причинами, получившими начало еще в середине XX в. Они состоят в том, что «духовная деятельность резко интенсифицировалась, возникло много новых ее сфер и соответственно – новых видов творческих результатов. Ввиду потребности их участия в экономическом обороте и существенной специфики каждого из них зародились и специальные правовые режимы для охраны таких результатов»⁶. Однако динамизм содержания права интеллектуальной собственности не сводится к простому увеличению числа его объектов. Анализ проявлений изменчивости его содержания и составляет цель настоящего исследования.

Можно выделить несколько проявлений динамизма содержания интеллектуальной собственности.

Во-первых, праву интеллектуальной собственности свойствен межотраслевой динамизм, состоящий в том, что одни и те же отношения в разные временные периоды могут выступать предметом регулирования права интеллектуальной собственности как подотрасли гражданского права либо административного права. Это является одним из проявлений проблемы разграничения сферы действия частного и публичного права, по поводу которой И. А. Покровский писал, что граница между ними «на протяжении истории далеко не всегда проходила в одном и том же месте»⁷.

Примером попытки отнесения отношений по поводу результатов интеллектуальной деятельности в сферу административного права служит проходившая в конце 40 – начале 50-х гг. XX в. дискуссия о целесообразности исключения положений об изобретательском праве из сферы гражданско-правового регулирования⁸. В объяснительной записке к проекту ГК СССР 1947 г. указывалось: «гражданско-правовые элементы отношений

⁵ См.: Воробьев Н. С. Право интеллектуальной собственности в сравнительном аспекте: к вопросу об уточнении понятия // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2021. Т. 17. № 2. С. 144–145.

⁶ См.: Дозорцев В. А. Новая эра в охране исключительных прав // Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации: Сб. статей. М.: Статут, 2003. С. 10.

⁷ Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. М.: Статут, 1998. С. 40.

⁸ См. подробнее в статье: Богустов А. А. Проблемы изобретательского права в проектах Гражданского кодекса СССР // Ex iure. 2021. № 3. С. 17–27.

по изобретательству настолько тесно переплетаются с организационными и административными элементами, что выделение гражданских правоотношений из всего единого комплекса норм об изобретательстве представлялось нецелесообразным»⁹.

Однако подобный подход подвергся обоснованной критике. По мнению Н. А. Райгородского, «не вызывает сомнений необходимость включения в Гражданский кодекс СССР авторского права. Между тем последнее будет содержать в себе отсылки не в меньшем количестве, чем право изобретательское. Включение же в Гражданский кодекс СССР норм, регулирующих отношения только по этому виду творческого труда, имеющему, конечно, тоже очень важное значение, но по сравнению с трудом изобретательским относительно меньшее, будет вызывать недоумение»¹⁰.

Фактическое поглощение отношений гражданско-правового характера административным правом состоялось в отношении товарных знаков. На определенном этапе развития права в советский период они фактически утратили свойство объектов гражданско-правовых отношений, а касающиеся их предписания имели скорее административно-правовую природу. Современные исследователи отмечают: «товарные знаки в соответствии с Постановлением ЦИК и СНК СССР от 7 марта 1936 г. «О производственных марках и товарных знаках» на длительный срок стали факультативным средством индивидуализации, выполняющим различительную функцию в отношении потребительских свойств товара, в то время как вновь введенная производственная марка становилась обязательной для маркировки промышленных изделий и содержала только указание на наименование и местонахождение изготовителя товара»¹¹.

В современных условиях можно обнаружить обратный процесс – включение отношений административно-правового характера в сферу интеллектуальной собственности. Например, в качестве особого средства индивидуализации в праве некоторых постсоветских стран (Таджикистана и до недавнего времени – Беларуси и Украины) выступает указание происхождения товара¹².

⁹ Проект Гражданского кодекса Союза ССР. М., 1947. С. 3.

¹⁰ Райгородский Н. А. Проект Гражданского кодекса СССР и изобретательское право // Социалистическая законность. 1947. № 7. С. 10.

¹¹ См.: Абрамов С. А. К вопросу о присоединении СССР к Парижской конвенции по охране промышленной собственности и правовом режиме средств индивидуализации // Право и практика. 2020. № 2. С. 47.

¹² Подробная характеристика этих объектов дана нами в статье: Богустов А. А. Правовая природа указания происхождения товара по законодательству постсоветских стран // Права держава. 2018. № 30. С. 142–146.

Сущность такого объекта объясняется в доктрине тем, что он «представляет собой какое-либо наименование, выражение или знак, показывающие, что продукт или услуга произведены в той или иной стране, регионе или конкретном месте (например, «Сделано в ...»)»¹³. Это теоретическое положение находит отражение в национальном законодательстве. Например, из анализа Закона Таджикистана о географических указаниях (ст. 1) можно сделать вывод, что указание происхождения товара – обозначение, прямо или косвенно указывающее на место действительного происхождения или изготовления товара. Причем такое обозначение может быть представлено в виде словесного обозначения, содержащего название географического объекта или изображения (ст. 5).

При этом правомочия владельцев указаний происхождения товара не имеют всех характерных черт исключительных прав. Возможность коммерческого использования этого объекта носит ограниченный характер. Информация, содержащаяся в указании происхождения, не свидетельствует о каких-либо особых свойствах конкретного товара и не индивидуализирует его среди как однородных, так и отличающихся видов продукции, происходящих с данной территории. Если же говорить о праве распоряжения как составном элементе исключительного права, то следует признать, что в отношении указания происхождения товара это правомочие вообще отсутствует. Такой объект исключает как отчуждение права использования, так и выдачу разрешения (лицензии) на это использование. Отсутствует также возможность монопольного использования этого объекта, поскольку он может применяться независимо друг от друга всеми лицами, осуществляющими хозяйственную деятельность на данной территории. То есть на один и тот же объект существует множество субъективных прав.

Это выводит указания происхождения товара из круга объектов исключительных прав в традиционном их понимании. Мадридское соглашение о санкциях за ложные и неправильные обозначения происхождения изделий от 14 апреля 1891 г. лишь устанавливает обязанность государств пресекать использование не соответствующих действительности указаний. Признание же указания на источник происхождения товара особым средством индивидуализации выступает специфическим способом обеспечения на национальном уровне законных средств для эффективного пресечения недобросовестной конкуренции. Однако сама по себе борьба с недобросовестной конкуренцией носит скорее публично-правовой, а не частноправовой характер.

¹³ См.: Интеллектуальная собственность: Главы 1–7. Основные материалы: в 2 ч. Ч. 1. Новосибирск: Наука, 1993. С. 12–13.

Во-вторых, может наблюдаться межсистемный динамизм, проявляющийся в том, что объект интеллектуальной собственности может быть признан таковым на основании прямого предписания норм международного права. И в силу этого на него не распространяется общий правовой режим, установленный национальным законодательством для подобных объектов. Возникновение такого рода ситуаций – скорее исключение, нежели правило. Вместе с тем возможность их существования не следует исключать.

На наш взгляд, показательным является предоставление охраны олимпийскому символу¹⁴. Из п. 1 Постановления Пленума ВС РФ от 23 апреля 2019 г. № 10 следует, что к числу международных договоров Российской Федерации в сфере интеллектуальной собственности относится, в частности, Найробский договор об охране олимпийского символа (1981 г.). Из этого можно сделать вывод, что олимпийский символ подлежит охране в качестве объекта интеллектуальной собственности в силу международного договора, которым помимо прочего закреплен его правовой режим.

При этом п. 33 Постановления Пленума ВС РФ от 23 апреля 2019 г. № 10 содержит однозначное указание: «пункт 1 статьи 1225 ГК РФ содержит исчерпывающий перечень результатов интеллектуальной деятельности и приравненных к ним средств индивидуализации, которым предоставляется правовая охрана на основании и в порядке, предусмотренных частью четвертой ГК РФ». Но в этом перечне олимпийский символ не упоминается, и, следовательно, ему не может быть предоставлена охрана в общем порядке, определенном национальным законодательством.

Это обусловлено тем, что олимпийский символ не может быть на национальном уровне приравнен к товарным знакам. Более того, недостаточность предписаний, установленных в отношении иных средств индивидуализации для обеспечения интересов обладателя олимпийского символа, вызвала необходимость признания его самостоятельного характера именно нормами международного права. Участник разработки Найробского договора М. М. Богуславский указывал, что первоначально олимпийский символ был зарегистрирован по месту нахождения Международного олимпийского комитета (далее – МОК) в патентном ведомстве Швейцарии «в соответствии с ее законодательством о товарных знаках. Ряд фирм в различных странах пытались снабжать изготавливаемые ими изделия олимпийским символом. Для прекращения дальнейшего распространения этой неправомерной деятельности и был разработан проект Договора 1981 г.»¹⁵.

¹⁴ Частноправовые аспекты использования олимпийского символа исследованы автором настоящей статьи в работе: *Богустов А. А.* Олимпийский символ как объект гражданско-правовых отношений // Спортивное право в Республике Беларусь: сб. ст. Минск, 2015. С. 189–203.

¹⁵Олимпийский символ обладает присущими традиционным средствам индивидуализации свойствами – способностью выступать предметом лицензионного соглашения и использоваться для обозначения товаров, работ, услуг. При этом установление его охраны международно-правовыми нормами приводит к наличию у него черт, отсутствующих у иных подобных объектов: обладателем прав на олимпийский символ может быть только специальный субъект – МОК; закреплен особый, отличный от иных средств индивидуализации порядок возникновения прав; область применения не исчерпывается сферой коммерческих отношений; охрана носит экстерриториальный и бессрочный характер.

В-третьих, праву интеллектуальной собственности присущ внутриотраслевой динамизм, проявляющийся в том, что тот или иной институт, сформировавшийся в сфере интеллектуальной собственности, в ходе развития утрачивает связь с ней. Примером может служить право лица на изображение. Первоначально в дореволюционном и советском законодательстве оно получило закрепление в качестве одного из элементов авторско-правового регулирования, но в процессе эволюции трансформировалось в личное неимущественное право, имеющее самостоятельное значение¹⁶.

В советский период развития гражданского законодательства право лица на изображение закреплялось в кодексах некоторых союзных республик (ст. 514 ГК РСФСР, ст. 509 ГК БССР). Но его содержание ограничивалось лишь тем, что опубликование, воспроизведение и распространение произведения изобразительного искусства, в котором изображено другое лицо, допускались лишь с согласия изображенного лица, а после его смерти – с согласия пережившего супруга и детей. Согласие не требовалось, если эти действия осуществлялись в государственных или общественных интересах или изображенное лицо позировало за плату. Формально эти правила были направлены на охрану исключительно интересов лиц, запечатленных в произведениях изобразительного искусства, и не распространялись на иные случаи воспроизведения изображений.

В современном же законодательстве постсоветских стран не существует единого подхода к определению содержания права лица на изображение. Анализ используемых национальным законодательством в этой сфере

¹⁵ *Богуславский М. М.* Свидетель эпохи: Записки юриста – международного. М.: Норма, 2008. С. 225.

¹⁶ Анализ этого процесса проведен в работе: *Богустов А. А.* Эволюция соотношения права на изображение и авторского права в российском и советском законодательстве и правовой доктрине // *Алтайский юридический вестник.* 2022. № 1 (37). С. 132–136.

механизмов не входит в предмет настоящего исследования, но можно констатировать, что все они базируются на том, что это право представляет собой личное неимущественное благо, существующее вне права интеллектуальной собственности. В частности, это подтверждается п. 34 Постановления Пленума ВС РФ от 23 апреля 2019 г. № 10, из которого следует, что обнародование и дальнейшее использование изображения гражданина не относятся к интеллектуальным правам в смысле положений части четвертой ГК РФ.

Это свидетельствует о том, что сфера авторско-правового регулирования не является статичной в отношении как круга регулируемых отношений, так и их субъектов.

В-четвертых, изменчивость содержания рассматриваемого понятия может выражаться в подотраслевом динамизме, состоящем, прежде всего, в том, что одни и те же результаты могут в силу изменения приоритетов законодателя охраняться в качестве различных объектов права интеллектуальной собственности. Примером, на наш взгляд, могут служить рационализаторские предложения и ноу-хау¹⁷.

Рационализаторское предложение – это объект, изначально призванный решать специфические задачи, стоявшие перед советским обществом. Высказывается мнение, что «государственная охрана рационализаторских предложений непосредственно связана с политикой индустриализации, проводимой в СССР с конца 1920-х годов»¹⁸. Однако будучи результатом развития советского права, этот объект до настоящего времени признается национальным законодательством ряда стран евразийского региона. В литературе приводятся сведения, что рационализаторское предложение трактуется как объект интеллектуальной собственности в Беларуси, Кыргызстане, Молдове и Украине¹⁹.

Например, в белорусском праве рационализаторское предложение определяется как «техническое решение, предусматривающее создание или изменение конструкции изделия, технологии производства и применяемой техники, состава материала, являющееся новым и полезным для юридического лица, в адрес которого оно поступило, а также новое для него организационное решение, предусматривающее экономию и рациональное использование трудовых, топливно-энергетических и материаль-

¹⁷ См. подробнее: *Богустов А. А.* Соотношение понятий «коммерческая тайна» и «рационализаторское предложение» в законодательстве Беларуси и Украины: сравнительно-правовой анализ // *Правова держава.* 2019. № 34. С. 101–105.

¹⁸ См.: *Верёвкина Т. А.* Правовое регулирование рационализаторских предложений // *Фундаментальные и прикладные исследования в современном мире.* 2014. Т. 4. № 8. С. 134.

¹⁹ *Цивилистическая концепция интеллектуальной собственности в системе российского права: монография / под общ. ред. М. А. Рожковой.* М.: Статут, 2018. С. 70–73.

ных ресурсов или иной положительный эффект» (п. 1 Положения о рационализаторстве в Республике Беларусь, утвержденного Постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 17 февраля 2010 г. № 209).

В свою очередь, ноу-хау в последние десятилетия стало признаваться в качестве особого объекта интеллектуальной собственности законодательством большинства государств евразийского региона. Например, в ст. 5 Закона Беларуси «О коммерческой тайне» закреплены требования к сведениям, в отношении которых может устанавливаться режим коммерческой тайны (в том числе ноу-хау), которые состоят в том, что они: не являются общеизвестными или легкодоступными третьим лицам в тех кругах, которые обычно имеют дело с подобными сведениями; имеют коммерческую ценность для их обладателя в силу неизвестности третьим лицам; не являются объектами исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности; не отнесены в установленном порядке к государственным секретам.

Анализ приводит к выводу о том, что законодательство о коммерческой тайне (включая ноу-хау) и рационализаторских предложениях регулируют, по сути, однотипные отношения. Во-первых, в обоих случаях эти отношения возникают в технической, производственной, организационной сферах деятельности предприятия. Во-вторых, объект должен быть новым и неизвестным. На наш взгляд, требование неизвестности третьим лицам относительно коммерческой тайны и новизны относительно рационализаторского предложения свидетельствуют лишь о различных сторонах одного и того же явления, – в первом случае это касается третьих лиц, во втором – самого субъекта хозяйствования. В-третьих, применение данных объектов должно дать определенную материальную выгоду правообладателю.

Исследование требований, предъявляемых в национальном законодательстве к коммерческой тайне и рационализаторскому предложению, позволяет говорить о том, что аналогичные по своему характеру отношения могут опосредоваться различными правовыми институтами, исходя из преследуемых социально-экономических и политико-правовых целей. Так, предоставление охраны коммерческой тайне призвано обеспечить возможность закрытого использования объекта, т. е. основным приоритетом законодателя в данной ситуации выступает охрана частных интересов конкретного субъекта хозяйствования. В случае же с рационализаторским предложением использование охраняемого объекта носит открытый характер, т. е. помимо охраны интересов частных лиц преследуется цель обеспечения потребностей общества в целом, заинтересованного в максимально широком внедрении новых технологий в производство.

В-пятых, праву интеллектуальной собственности может быть присущ территориальный динамизм, выражающийся в изменчивости закрепленного в национальном законодательстве круга объекта интеллектуальной собственности. Подобные отличия могут существовать даже в праве государств, участвующих в тесных интеграционных объединениях, предполагающих высокую степень унификации и гармонизации законодательства, примером чего служит законодательство государств-членов ЕАЭС²⁰.

Например, к числу средств индивидуализации товаров, работ, услуг и предприятий ГК РФ относит коммерческое обозначение (ст. 1538–1541), не известное национальному законодательству иных государств-членов ЕАЭС. В качестве специфического средства индивидуализации только Закон Республики Армения от 22 мая 2010 г. № ЗР-60 «О географических указаниях» охраняет «гарантированный традиционный продукт», под которым понимается «сельскохозяйственный или пищевой продукт, специфичность которого признана и который зарегистрирован согласно настоящему Закону» (ч. 1 ст. 2).

Представляется, что территориальный динамизм права интеллектуальной собственности проявляется и в различном толковании содержания его объектов. То есть национальное право может предоставлять охрану одним и тем же категориям объектов, однако составляющие их элементы могут не совпадать. Подобная ситуация возможна прежде всего в отношении тех объектов интеллектуальной собственности, сущность которой правовой доктриной до конца не установлена. Например, в отношении смежного права высказывается мнение, что его определение «теоретически не обосновано, а его содержание остается неопределенным»²¹. Во всех государствах – членах ЕАЭС к смежным правам относятся право на исполнение, право на фонограмму и право на трансляции. Но помимо этого ст. 1304 ГК РФ причисляет к кругу объектов смежных прав базы данных в части их охраны от несанкционированного извлечения и повторного использования, составляющих их содержание материалов и произведения науки, литературы и искусства, обнародованные после их перехода в общественное достояние, в части охраны прав публикаторов таких произведений. А в законодательстве Армении (ст. 1139 ГК) к объектам смежных прав дополнительно относятся записи фильмов, содержание баз данных и издательские оформления.

²⁰ Анализу указанного явления посвящена статья: *Богустов А. А.* О некоторых вопросах гармонизации законодательства об интеллектуальной собственности в рамках ЕАЭС // *Власть закона.* 2022. № 1. С. 177–190.

²¹ См.: *Бентли Л., Шерман Б.* Право интеллектуальной собственности: Авторское право. СПб.: Юрид, центр Пресс. 2004. С. 302.

Следует учитывать, что территориальный динамизм может носить более сложный характер, выражающийся в том, что несовпадения в толковании объектов могут проявляться не только в материальном праве, но и в судебной практике²².

Например, действующие законодательства Беларуси и России не имеют каких-либо существенных отличий по вопросу отнесения фотографических произведений к объектам интеллектуальной собственности.

Нормативные предписания в этой области немногочисленны и не устанавливают какого-либо специального правового режима в отношении фотографий. Законодательство ограничивается тем, что признает фотографические произведения и произведения, полученные способами, аналогичными фотографии, объектами авторского права (ст. 6 Закона Республики Беларусь от 17 мая 2011 г. №262-З «Об авторском праве и смежных правах», ст. 1259 ГК РФ). Из этого следует, что фотографии обладают чертами, общими для всех объектов авторского права.

Правовая доктрина базируется на том, что данные объекты должны являться результатами творческой деятельности. Подобная позиция разделяется и российской судебной практикой. Например, в абз. 5 п. 80 Постановления Пленума ВС РФ от 23 апреля 2019 г. № 10 установлено: «... результаты, созданные с помощью технических средств в отсутствие творческого характера деятельности человека (например, фото- и видеосъемка работающей в автоматическом режиме камерой видеонаблюдения, применяемой для фиксации административных правонарушений), объектами авторского права не являются».

Позиции судов Беларуси и России совпадают в том, что фотографическое произведение признается объектом авторского права тогда, когда оно носит творческий характер. Но в оценке критерия творчества судебная практика рассматриваемых государств существенно отличается.

Анализ белорусской судебной практики приводит к выводу, что творческий характер фотографических произведений признается при наличии у них свойств новизны, оригинальности, неповторимости. На подобной трактовке понятия «творчество» базировался Верховный Суд Республики Беларусь при рассмотрении иска М. к Белтелерадиокомпании о взыскании компенсации в связи с нарушением исключительного права на объекты авторского права и компенсации морального вреда.

Истец указал, что он создал фотографии с видом ночного неба, которые были размещены им в сети Интернет. Впоследствии в новостном

²² Этот вопрос подробно рассматривается в статье *Богустов А. А.* Творчество как критерий охраноспособности фотографических произведений в судебной практике Беларуси и России: сравнительный анализ // Пролог: журнал о праве. 2022. № 4. С. 86–94.

выпуске телеканала был показан и размещен в Интернете видеосюжет, в котором ответчик без согласия истца и указания его как автора произведений использовал его фотографии с видом ночного неба, чем нарушил принадлежащие истцу исключительные и личные неимущественные права и причинил моральный вред в виде нравственных страданий.

Отказывая в удовлетворении исковых требований, Верховный Суд Республики Беларусь принял во внимание вывод искусствоведческой экспертизы, согласно которой указанные фотографии не являются результатами творческой деятельности.

В заключении эксперт указал, что в композиционном построении фотографий «присутствуют практические навыки работы со съемочной аппаратурой, но в творческом аспекте это недостаточно выражено в индивидуальном почерке и эстетическом открытии мира, а именно отсутствует один из основных законов композиции – закон художественной новизны. Эти фотографии не являются постановочными творческими фотографиями, а имеют прикладное (утилитарное) значение, так как представляют собой фиксацию факта природного явления. Непосредственно при фотосъемке был использован стандартный набор технических функций фотокамеры без применения художественных приемов и разнообразия выразительных средств; при их дальнейшей обработке был использован минимальный пакет опций графического редактора Adobe Photoshop»²³.

Анализ российской судебной практики свидетельствует о том, что она исходит из более широкой трактовки творческого характера произведения. Например, в абз. 3 п. 80 Постановления Пленума ВС РФ от 23 апреля 2019 г. № 10 обращается внимание на то, что «...само по себе отсутствие новизны, уникальности и (или) оригинальности результата интеллектуальной деятельности не может свидетельствовать о том, что такой результат создан не творческим трудом и, следовательно, не является объектом авторского права».

Это положение находит развитие в судебных решениях по спорам о правах на фотографические произведения. Например, СИП пришел к выводу, что «процесс создания любой фотографии или видеозаписи является творческой деятельностью, поскольку представляет собой фиксацию с помощью технических средств различных отражений постоянно изменяющейся действительности»²⁴.

²³ Решение Верховного Суда Республики Беларусь от 5 сентября 2016 г. // Информационно-поисковая система «Эталон Online». URL: https://etalonline.by/document/?regnum=s91600057&q_id=5392082/.

²⁴ Постановление СИП от 21 марта 2014 г. № C01-57/2014 по делу № A24-1669/2013 // URL: <https://sudact.ru/arbitral/doc/H96SacPJotLv/>.

СИП в рассматриваемом Постановлении подчеркнул, что под творчеством фотографа следует понимать «действия по созданию результата интеллектуальной деятельности: выбор экспозиции, размещение объекта фотоснимка в пространстве, выбор собственной позиции для совершения фотосъемки, установка света и/или адаптация своего местонахождения и места нахождения объекта фотосъемки под имеющееся освещение, подбор световых фильтров для объектива, выставление выдержки затвора, настройка диафрагмы, настройка резкости кадра, проявление фотопленки (для пленочных фотоаппаратов), проявление фотографий (для пленочных фотоаппаратов), обработка полученного изображения при помощи специальных компьютерных программ (для цифровых фотоаппаратов)»²⁵.

Таким образом, СИП выработал позицию, состоящую в том, что фотография носит творческий характер в силу самого факта ее создания, а творческая деятельность охватывает в том числе и ряд технических действий, направленных на создание такого произведения.

Отличия судебной практики в трактовке критериев признания фотографий объектами авторского права может привести к тому, что объект, не признаваемый охраноспособным на территории одного государства, может получить соответствующую охрану на территории другого. Например, в приводившемся ранее Решении Верховного Суда Республики Беларусь от 5 сентября 2016 г. обработка фотоизображения посредством использования программного обеспечения не была признана творческой деятельностью. При этом российский СИП в Постановлении от 21 марта 2014 г. № С01-57/2014 по делу № А24-1669/2013 исходит из того, что творческой деятельностью является в том числе и обработка полученного изображения при помощи специальных компьютерных программ.

Можно сделать вывод, что содержание права интеллектуальной собственности характеризуется изменчивостью, которая помимо увеличения числа его объектов может проявляться в форме межотраслевого, межсистемного, внутриотраслевого, подотраслевого и территориального динамизма. Это усложняет процесс выработки полного и непротиворечивого определения понятия права интеллектуальной собственности. На динамизм содержания права интеллектуальной собственности оказывают влияние не только развитие социально-экономических отношений в обществе, но и как эволюция доктрины гражданского права, так и изменение политико-правовых приоритетов законодателя.

²⁵ Там же.

Проведенный анализ позволяет утверждать, что сходство материально-правовых норм в законодательстве различных государств само по себе не влечет совпадения конкретного круга ОИС. Отнесение тех или иных отдельных РИД к числу охраноспособных объектов может зависеть от позиций судов, в частности, от отличий в трактовке ими понятий, не имеющих однозначного нормативного определения (например, «творчество», «творческая деятельность»). Из этого следует, что на изменение сферы действия права интеллектуальной собственности может оказать воздействие и судебная практика, что служит еще одним препятствием для установления его точных границ.

Н. В. Щербак

ДОГОВОРЫ, НАПРАВЛЕННЫЕ НА ПЕРЕДАЧУ ПРАВ НА ПРОИЗВЕДЕНИЕ В МАТЕРИАЛЬНОЙ И ЦИФРОВОЙ РЕАЛЬНОСТИ

Наиболее распространенным способом распоряжения исключительным правом является договорный способ. Бездоговорный же способ распоряжения реализуется при помощи совершения правообладателем разного рода односторонних сделок, например, сюда можно отнести отказ от права или от его осуществления. Ранее возможность отказа от исключительного права законодательно была предоставлена только обладателям патентов на изобретения и полезные модели, промышленные образцы, селекционные достижения (ст. 1399, 1442 ГК РФ) и свидетельств на товарный знак и на наименование места происхождения товаров (ст. 1514, 1536 ГК РФ). Отсутствие такого указания в законе не препятствовало утверждению, что односторонняя сделка, состоящая в отказе от права и влекущая его прекращение, возможна для обладателей любого исключительного права, поскольку такая возможность вытекает из общих норм гражданского законодательства (ст. 1, 2, 9 ГК РФ). В п. 5 ст. 1233 ГК РФ реализован односторонний отказ от осуществления исключительного права на срок посредством фактических действий. При отсутствии в заявлении указания на срок считается, что названный срок составляет пять лет. Патернализм со стороны государства проявляется в том, что автор как экономически слабый субъект может под влиянием каких-то внешних или внутренних обстоятельств отказаться от его исключительного права, а потом передумать, но вернуть права обратно уже будет нельзя, так как они перейдут в общественное достояние (*public domain*). В нашей модели отказ происходит на время и по истечении указанного срока автор восстанавливается в правах в прежнем объеме.

По договору об отчуждении исключительного права на РИД автор или иной правообладатель передает или обязуется передать принадлежащее ему исключительное право на произведение в полном объеме приобретателю такого права (ст. 1285 ГК РФ). Для отечественного правопорядка эта новая договорная конструкция: до 2008 г. мы рассуждали в рамках цессионарного правопреемства (уступки авторских прав). Для того чтобы подчеркнуть принципиальную неприменимость общегражданской цессии к этой сфере отношений законодателем был введен указанный договорный тип. Следовательно, предметом договора об отчуждении исключительного права на результат интеллектуальной деятельности

является совершение действий по передаче принадлежащих автору или иному правообладателю исключительных прав на объект в полном объеме (исключительные права навсегда переходят к приобретателю и могут вернуться обратно к первоначальному правообладателю только при заключении такого же договора отчуждения). Предмет договора не только предопределяет характер деятельности правообладателя, но и позволяет отграничить договор об отчуждении исключительного права от лицензионного договора. Приобретатель как использует результат интеллектуальной деятельности самостоятельно, так и запрещает любому другому лицу (в том числе и создателю) использование объекта.

Договор об отчуждении исключительного права для российского права является новой конструкцией, хотя до принятия части четвертой ГК РФ передача исключительного права в полном объеме осуществлялась, но посредством заключения правообладателем договоров об уступке исключительного права. При этом законодатель, допуская уступку патентных прав и прав на средства индивидуализации, запрещал передачу авторских прав в полном объеме¹. Смена правообладателя допускалась только в рамках универсального правопреемства. Прежний отечественный подход полностью соответствовал немецкой модели, согласно которой авторское право не может быть передано, за исключением случаев, когда оно передается во исполнение завещательного распоряжения или передается наследникам при разделе наследства (п. 1 пар. 29 Закона об авторском праве и смежных правах от 9 сентября 1965 г.). Автор может предоставить другому лицу только право использовать произведение одним или всеми способами – как известными, так и неизвестными на момент заключения договора. Стоит отметить, что в США в коммерческом обороте традиционно существуют и договор об отчуждении исключительного

¹ Так, Декрет СНК от 10 октября 1919 г. «О прекращении силы договоров на приобретение в полную собственность произведений литературы и искусства» объявил недействительными все договоры издательств с авторами, по которым произведения перешли в полную собственность издательств. Было закреплено, что издательства могут приобретать у авторов только право на издание произведения на ограниченный издателем срок, так как авторское право неразрывно связано с личностью автора. Основы авторского права 1925 г. допускали отчуждение исключительного права в полном объеме, согласно п. 12 «авторское право в части или целом может быть отчуждено по издательскому договору или иным законным способом». Гражданский кодекс РСФСР 1964 г. регулировал два типа авторских договоров: договор о передаче произведения для использования и лицензионный договор. Оба договора по своей правовой природе были лицензионными. Закон РФ от 9 июля 1993 г. № 5351-1 «Об авторском праве и смежных правах» предусматривал авторский договор о передаче исключительных прав и авторский договор о передаче неисключительных прав. По сути, используя современную терминологию, это лицензионный договор на условиях исключительной и неисключительной лицензии.

права, и лицензионный договор. Но это укладывается в их понимание интеллектуальной собственности по модели проприетарной традиции: так, авторское право может быть передано уступкой, через завещательное распоряжение или по закону как личная или движимая собственность². В большинстве правовых систем лицензионный договор является основной договорной моделью: в ряде стран содержится императивный запрет на договоры об отчуждении исключительного права на произведение, например, в Германии, в Австрии; а в других странах не содержится прямого запрета, но на практике лицензионные соглашения заключаются, например, во Франции, Швейцарии (предметом авторского договора может быть передача как всего объема исключительных прав на использование произведения, так и какого – либо отдельного права (ст. L. 121 – 4 Кодекса интеллектуальной собственности Франции))³.

По своей экономической сущности лицензионный договор на условиях исключительной лицензии во многом совпадает с договором об отчуждении исключительного права, но в целях защиты автора как слабой стороны по истечении срока действия договора лицензиар полностью восстанавливается в передававшихся лицензиату исключительных правах и на протяжении срока его действия лицензиар и лицензиат связывает комплекс взаимных прав и обязанностей. То есть благодаря исключительной лицензии пользователь получает эксклюзивное право использования в отношении результата интеллектуальной деятельности, а в полных лицензиях еще действует и ограничение возможностей лицензиара (автора) использовать соответствующий результат самому⁴.

В подтверждение правильности сказанного можно сослаться на мнение Е. А. Павловой. Представлялось, как отмечает автор, что в период разработки положений части четвертой ГК РФ было решено, что имущественные права на произведения должны так же свободно обращаться, как имущественные права на изобретения, полезные модели и промышленные образцы, в отношении которых никогда не было сомнений в возможности их отчуждения и передачи другому лицу. Думали, что договор об отчуждении исключительного права будет востребован только

² См.: *Kieff F. S., Nack R. International, United States, and European Intellectual Property. 2010–2011. P. 287.*

³ См.: *Кондратенко О. Договоры о передаче исключительных прав: гражданское законодательство России и Франции//Интеллектуальная собственность. Промышленная собственность. 2010. № 6. С. 33.*

⁴ По общему правилу оба вида лицензионного договора предполагают сохранение за лицензиаром права самому использовать РИД, но договором исключительной лицензии можно специально предусмотреть, что такое право за лицензиаром не сохраняется. См.: п. 14 Постановления Пленума ВС РФ и Пленума ВАС РФ от 26 марта 2009 г. № 5/29.

тогда, когда возникают довольно специфические отношения автора и его контрагента по договору, основанные на особенностях произведения, например, программы для ЭВМ и (или) его способа использования. В действительности оказалось, что организации, использующие произведения, почти всегда предпочитают заключать договоры об отчуждении исключительных прав, чтобы обезопасить себя от каких-либо осложнений в будущем. Понятно, что заключение договора об отчуждении прав означает, что автор больше никогда не сможет распоряжаться судьбой своего произведения. Характерно, что в таких случаях размер выплачиваемого автору вознаграждения, по сути, не отличается от вознаграждения по лицензионным договорам⁵. По существу, сложившаяся ситуация в российском праве интеллектуальной собственности демотивирует автора, лишает его возможности работать дальше и нарушает сложившуюся систему экономических отношений.

В Европейском союзе пытаются улучшить положение автора (создателя программного продукта) как слабой стороны. Так, была принята Директива 2019/790 Европейского парламента и Совета ЕС от 17 апреля 2019 г. об авторском праве и смежных правах на едином цифровом рынке, содержащая правила, направленные на защиту интересов авторов и исполнителей как экономически слабой стороны в договорных отношениях. Вот только некоторые из них, например, гарантия стран – участниц за предоставление авторами лицензии или за передачу прав в целях коммерческого использования их произведений обоснованного и соразмерного вознаграждения (ст. 18); гарантия стран – участниц в разработке механизма расчета и получения дополнительно- обоснованного и справедливого вознаграждения от стороны договора, заключенного авторами (исполнителями) в целях коммерческого использования их произведения, а также от ее правопреемника в том случае, когда вознаграждение, которое было первоначально предусмотрено договором, оказалось необоснованно низким в сравнении с полученными доходами от использования произведения (ст. 20); гарантия стран – участниц в отношении авторов, которые предоставили лицу исключительное право на свое произведение в виде аннулирования полностью или частично предоставленной им лицензии или передачи прав в случае, если другая сторона недостаточно использует его произведение (ст. 22) и др. гарантии⁶.

⁵ Павлова Е. А. Нуждается ли автор произведения в дополнительной защите? // Гражданское право социального государства: Сборник статей, посвященных 90-летию со дня рождения профессора А. Л. Маковского (1930-2020) / Отв. ред. В. В. Витрянский и Е. А. Суханов. М., 2020. С. 188–189.

⁶ <http://data.europa.eu/eli/dir/2019/790/oj>

Однако несмотря на негативное отношение к указанной договорной конструкции закрепление ее в части четвертой ГК РФ, без сомнения, требует необходимости решить вопрос о ее природе и сущности. Итак, договор об отчуждении исключительного права может быть как реальным, так и консенсуальным. Исключительное право на произведение переходит от правообладателя к приобретателю в момент заключения договора об отчуждении исключительного права, если иное не предусмотрено соглашением сторон. Соответственно, если договор об отчуждении исключительного права на произведение подлежит государственной регистрации, исключительное право на произведение переходит от правообладателя к приобретателю в момент государственной регистрации этого договора. Необходимо подчеркнуть, что существование реальных договоров в гражданском праве в целом и в праве интеллектуальной собственности, в частности, подрывает стабильность гражданского оборота, так как отсутствует возможность понудить к исполнению в натуре и к возмещению убытков. Поэтому в иностранных правовых системах давно отказались от реальной договорной модели в пользу консенсуальной конструкции. В российском гражданском праве тоже наметилась тенденция сокращения реальных договоров. На сегодня по реальной модели могут быть построены не более 10 видов договоров: займ, хранение, рента, дарение, банковский вклад и договоры, предусмотренные частью четвертой ГК РФ.

Договор об отчуждении исключительного права на РИД может быть как возмездным, так и безвозмездным. По договору приобретатель обязуется уплатить правообладателю предусмотренное договором вознаграждение, если договором не предусмотрено иное. При отсутствии в возмездном договоре об отчуждении исключительного права на произведение условия о размере вознаграждения или порядке его определения договор считается незаключенным. Общее правило определения цены, предусмотренное п. 3 ст. 424 ГК РФ, не применяется, а является его существенным условием, которое стороны обязаны согласовать⁷. Закон допускает различные формы такого вознаграждения: разовые (паушальные) или периодические (роялти) платежи, отчисления (проценты) от дохода (выручки) или в иной форме (тиража издания) и т. п. Обычно используется сочетание этих способов, состоящее в единовременной выплате после заключения договора и в периодических выплатах (отчислениях) от оговоренной части прибыли. Не допускается безвозмездное отчуждение исключительного права в отношениях между коммерческими организациями, если ГК РФ не предусмотрено иное.

⁷ См.: Постановление Правительства РФ от 21 марта 1994 г. № 218 «О минимальных ставках авторского вознаграждения за некоторые виды использования произведений литературы и искусства».

При существенном нарушении приобретателем обязанности выплатить правообладателю в установленный договором об отчуждении исключительного права на произведение срок вознаграждение за приобретение исключительного права на объект авторского права прежний правообладатель вправе требовать в судебном порядке перевода на себя прав приобретателя исключительного права и возмещения убытков, если исключительное право перешло к его приобретателю. Если исключительное право к приобретателю еще не перешло, то при нарушении им обязанности выплатить в установленный договором срок вознаграждение за приобретение исключительного права на произведение правообладатель может отказаться от договора в одностороннем порядке и потребовать возмещения убытков, причиненных расторжением договора. Договор прекращается по истечении 30-дневного срока с момента получения приобретателем уведомления об отказе от договора, если в этот срок приобретатель не исполнил обязанность выплатить вознаграждение.

На стороне правообладателя могут выступать:

– автор, создавший произведение, переводчики, составители, а также соавторы⁸;

– наследники (если наследников несколько, то для заключения договора необходимо их общее согласие) и иные правопреемники автора.

Второй стороной является приобретатель. Чаще всего на этой стороне выступают специализированные организации, основной функцией которых является осуществление издательской, театральной и иной аналогичной деятельности. Замена на стороне приобретателя возможна, когда приобретенные по договору права полностью или частично передаются другим организациям-пользователям, — в случае, если это прямо предусмотрено договором⁹.

Лицо, организовавшее создание сложного объекта (кинофильма, иного аудиовизуального произведения, театрально-зрелищного представления, мультимедийного продукта) (продюсер), как уже отмечалось, приобретает право использования произведения, специально созданного или создаваемого для включения в такой сложный объект. Соответствующий договор считается договором об отчуждении исключительного права, если иное не предусмотрено соглашением сторон (абз. 2 п. 1 ст. 1240 ГК РФ).

⁸ Договор по поводу использования коллективного произведения заключается со всеми соавторами. При этом все они могут принимать участие в согласовании условий и подписании договора либо это может сделать по их поручению (соглашению) любой из соавторов. См.: *Сергеев А. П.* Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации. Учеб. 2-е изд. перераб. и доп. М.: ООО «ТК Велби». 2003. С. 276.

⁹ См.: *Чернышева С. А.* Авторское право. М., 2001. С. 82.

Договор об отчуждении исключительного права должен быть заключен в письменной форме. Переход исключительного права по договору подлежит государственной регистрации в случаях и порядке, которые предусмотрены ст. 1232 ГК РФ¹⁰. Несоблюдение письменной формы или требования о государственной регистрации влечет недействительность договора.

Таким образом, в рамках транслативного правопреемства договор об отчуждении исключительного права представляет собой самостоятельный гражданско-правовой договор, опосредующий передачу абсолютного, имущественного, монопольно принадлежащему правообладателю исключительного права с учетом присущих исключительному праву особенностей. Поэтому к его регулированию невозможно субсидиарно применять законодательные положения, сформулированные для передачи имущества. Осуществляемая в рамках договора об отчуждении передача исключительного права носит характер совершенно иной, нежели передача вещей (*traditio*). Установлено, что передача исключительного права представляет собой юридическую, а не фактическую передачу (вручение), для совершения которой необходимо не только достижение соглашения о передаче, но и государственная регистрация самого договора, а в некоторых случаях и передача сопутствующих документов, без которых невозможна реализация и осуществление самого исключительного права.

Помимо предмета договора и условия о вознаграждении в возмездном договоре (существенные условия в силу закона) могут быть и иные существенные условия о распоряжении исключительным правом (инициативные существенные условия), остальные условия являются выполнимыми для данной договорной конструкции (например, условие о территории). Срок не является существенным условием договора об отчуждении исключительного права, при согласовании сторонами условия о сроке передачи исключительного права договор об отчуждении исключительного права трансформируется в лицензионный договор.

По лицензионному договору одна сторона — автор или иной правообладатель (лицензиар) — предоставляет либо обязуется предоставить другой стороне (лицензиату) право использования результата интеллектуальной деятельности в установленных договором пределах (п. 1 ст. 1235 ГК РФ). Модель лицензионного договора является традиционной для нашего права, она была предусмотрена в дореволюционном, в советском, в постсоветском и в современном законодательствах.

¹⁰ Эти функции осуществляет Роспатент, находящийся в ведении Минэкономразвития России.

Предметом лицензионного договора о предоставлении права использования произведения являются действия лицензиара по передаче исключительных (имущественных) прав лицензиату только в пределах, установленных договором. При этом понятие «в пределах, установленных договором» означает не только конкретный вид передаваемого права, но и срок, на который данное право передается. Передача исключительных прав по лицензионному договору производится на время, что позволяет лицензиару сохранять за собой право «получить обратно» переданные права, а не навсегда и бесповоротно, как в договоре об отчуждении исключительного права на произведение.

Лицензионный договор, предусматривающий использование произведения в составе сложного объекта, заключается на весь срок и в отношении всей территории действия соответствующего исключительного права, если договором не предусмотрено иное. Условия лицензионного договора, ограничивающие использование того или иного произведения в составе сложного объекта, недействительны (п. 2 ст. 1240 ГК РФ).

Характеристика условия лицензионного договора о предоставлении права использования результата интеллектуальной деятельности как существенного означает, что без него договор не считается заключенным, а следовательно, не порождает для сторон никаких прав и обязанностей. Лицензионный договор о предоставлении права использования должен содержать:

- предмет договора;
- способы использования произведения, например воспроизведение, распространение, перевод, импорт, экспорт и др. В соответствии со ст. 1270 ГК РФ перечень возможных способов использования произведения является открытым, единственное ограничение — использование произведения в любой форме и любым не противоречащим закону способом¹¹. Тем не менее в случае, если определенное право не указано в договоре, считается, что оно не было передано;
- другие условия, которые стороны сочтут существенными для данного договора.

¹¹ В лицензионном договоре необходимо указать не только географические границы, но и пределы прав и способов использования результатов интеллектуальной деятельности. Так, О. А. Рузакова отмечает, что по лицензионному договору исключительное право не отчуждается, а предоставляются отдельные правомочия на определенных условиях, в связи с чем в науке зачастую проводят аналогию лицензионного договора и договора аренды. См. более подробно: *Рузакова О. А.* Система договоров о создании результатов интеллектуальной деятельности и распоряжение исключительными правами: автореф. дис. ... докт. юрид. наук. М., 2007. С. 26; *Александров Е. Б.* Особенности гражданско-правового регулирования договора патентной лицензии в Российской Федерации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005. С. 16.

В лицензионном договоре должна быть указана территория, на которой допускается использование объекта интеллектуальной собственности. Автор может разрешить его использование по всему миру (мировые права), иногда – выборочно, в нескольких странах. Если территория, на которой допускается использование такого объекта, в договоре не указана, лицензиат вправе осуществлять его использование на всей территории РФ.

Срок, на который заключается лицензионный договор, не может превышать срок действия исключительного права на произведение. В случае, когда в лицензионном договоре срок его действия не определен, договор считается заключенным на пять лет. В случае прекращения исключительного права действие лицензионного договора прекращается (абз. 2 п. 4 ст. 1235 ГК РФ). Следовательно, срок не относится к числу его существенных условий.

Лицензионный договор считается возмездным, если договором не предусмотрено иное. При отсутствии в возмездном лицензионном договоре условия о размере вознаграждения или порядке его определения договор считается незаключенным. При этом если сторона приняла от другой стороны полное или частичное исполнение по такому лицензионному договору или иным образом подтвердила его действие, то она не вправе недобросовестно ссылаться на то, что договор является незаключенным (эстоппель незаключенности – п. 3 ст. 432 ГК РФ). Иными словами, вознаграждение по возмездному лицензионному договору уплачивается за предоставление права использования объекта авторского права или смежных прав. В связи с этим лицензиару не может быть отказано в требовании о взыскании вознаграждения по мотиву неиспользования лицензиатом соответствующего объекта. Например, если сторонами договора согласована плата за предоставление права использования объекта авторского права или смежных прав в твердом размере, а также дополнительно согласован размер вознаграждения в форме процентных отчислений от выручки, то при неиспользовании объекта лицензиатом уплате подлежит только сумма, согласованная в твердом размере. При этом правообладатель (лицензиар) не лишен права требовать возмещения убытков, вызванных неиспользованием результата интеллектуальной деятельности, и расторгнуть договор. В том случае, если стороны согласовали размер вознаграждения только в форме процентных отчислений от выручки, а использование результата не осуществлялось, то лицензиар вправе требовать возмещения убытков, а также расторгнуть договор. Размер убытков может быть определен исходя из цены, которая при сравнимых обстоятельствах обычно взимается за правомерно использование

этого или аналогичного результата интеллектуальной деятельности (п. 3 ст. 421 ГК РФ).

Переход исключительного права на произведение к новому правообладателю не является основанием для изменения или расторжения лицензионного договора, заключенного предшествующим правообладателем (право следования). Новый правообладатель становится лицензиаром на условиях ранее заключенного лицензионного договора.

Виды лицензионных договоров о предоставлении права использования результатов интеллектуальной деятельности:

- предоставление лицензиату права использования произведения с сохранением за лицензиаром права выдачи лицензий другим лицам (простая (неисключительная) лицензия);
- предоставление лицензиату права использования произведения без сохранения за лицензиаром права выдачи лицензий другим лицам (исключительная лицензия).

Лицензия предполагается простой (неисключительной), если лицензионным договором не предусмотрено иное (п. 2 ст. 1236 ГК РФ). В одном лицензионном договоре в отношении различных способов использования произведения могут содержаться условия для лицензионных договоров разных видов.

Возможность заключения лицензиатом сублицензионного договора о предоставлении права использования произведения напрямую зависит от волеизъявления лицензиара (письменное согласие¹²) по лицензионному договору. Появляются три субъекта, имеющие возможность использовать одно и то же произведение в различных вариациях: лицензиар, лицензиат и сублицензиат. При предоставлении лицензиату простой (неисключительной) лицензии с правом выдачи сублицензии произведение могут одновременно использовать и лицензиар, и лицензиат, и сублицензиат (объем принадлежащих этим субъектам прав может быть различным, например, по способам, срокам, территории использования произведения и т. д.). В случае неисключительной лицензии без права выдачи сублицензии одновременно использовать произведение могут только лицензиар и лицензиат. Если у лицензиата по лицензионному договору есть право

¹² Согласно п. 42 Постановления Пленума ВС РФ от 23 апреля 2019 г. № 10 согласие на заключение сублицензионного договора, в том числе с конкретным сублицензиатом, может быть дано как в самом лицензионном договоре, так и в отдельном документе. При этом лицензиар вправе ограничить свое согласие возможностью заключения сублицензионных договоров о предоставлении только отдельных способов использования результатов интеллектуальной деятельности из числа тех, которые были предоставлены лицензиату. Также согласие может быть отозвано лицензиаром до заключения сублицензионного договора с возмещением убытков, вызванных таким отзывом.

выдачи sublicензии, то правом использования произведения наделяются только лицензиат и sublicензиат. В том случае, если у лицензиата отсутствует право выдачи sublicензии по исключительной лицензии, право использования произведения принадлежит исключительно лицензиату.

Ответственность перед лицензиаром за действия sublicензиата несет лицензиат, если лицензионным договором не предусмотрено иное (п. 4 ст. 1238 ГК РФ).

Каково содержание лицензионного договора о предоставлении права использования результата интеллектуальной деятельности? Согласно закону можно выделить следующие права и обязанности лицензиара и лицензиата по договору:

– право лицензиата использовать объект интеллектуальной собственности только в пределах тех прав и теми способами, которые предусмотрены лицензионным договором;

– право лицензиата осуществлять использование результата интеллектуальной деятельности на всей территории РФ в случае, если конкретная территория не указана в тексте договора (п. 3 ст. 1235 ГК РФ);

– обязанность лицензиата уплатить лицензиару обусловленное договором вознаграждение, если самим договором не предусмотрено иное (п. 5 ст. 1235 ГК РФ). При этом п. 4 ст. 1286 ГК РФ конкретизирует форму выплаты вознаграждения: в таком (лицензионном) договоре в форме фиксированных разовых или периодических платежей, процентных отчислений от дохода (выручки) либо в иной форме;

– обязанность лицензиата представлять лицензиару отчеты об использовании результата, если лицензионным договором не определено иное. Если в лицензионном договоре, предусматривающем представление отчетов об использовании произведения, отсутствуют условия о сроке и порядке их представления, лицензиат обязан представлять такие отчеты лицензиару по его требованию (п. 1 ст. 1237 ГК РФ);

– обязанность лицензиара в течение срока действия лицензионного договора воздерживаться от каких-либо действий, способных затруднить осуществление лицензиатом предоставленного ему права использования произведения в установленных договором пределах (п. 2 ст. 1237 ГК РФ).

По соглашению сторон на контрагентов могут быть возложены и иные обязанности.

Лицензионный договор заключается в письменной форме, если ГК РФ не предусмотрено иное (п. 2 ст. 1235 ГК РФ). Несоблюдение письменной формы влечет за собой недействительность лицензионного договора. Предоставление права использования результат интеллектуальной

деятельности подлежит государственной регистрации в случаях и в порядке, которые предусмотрены ст. 1232 ГК РФ. Договор о предоставлении права использования произведения в периодическом печатном издании может быть заключен в устной форме. В тех сферах, где требуется быстрое и оперативное использование произведений, где произведения используются в больших количествах, закон отказывается от формальностей, от письменного оформления договоров¹³. Если договор заключен в устной форме, следует считать, что автор передал исключительные права на условиях простой (неисключительной) лицензии на разовое использование произведения: именно в этом издании и форме, без предоставления издателю возможности в дальнейшем использовать это произведение в своем издании либо передавать право на его использование другим лицам. При этом за автором сохраняется право передавать произведение другим лицам. В случае желания издателя получить более широкий круг правомочий ему необходимо заключить лицензионный договор о предоставлении права использования произведения в письменной форме¹⁴.

Заключение лицензионных договоров о предоставлении права использования программы для ЭВМ или базы данных допускается путем заключения каждым пользователем с соответствующим правообладателем договора присоединения, условия которого изложены на приобретаемом экземпляре такой программы или базы данных либо на упаковке этого экземпляра (оберточные лицензии). Начало использования программы или базы данных пользователем, как оно определяется этими условиями, означает его согласие на заключение договора. Получая экземпляр материального носителя программы для ЭВМ или базы данных, пользователь считается подписавшим договор, существо которого изложено на этом экземпляре (упрощенный порядок). В этом случае письменная форма договора считается соблюденной. Хочется обратить внимание на то обстоятельство, что лицензионный договор, заключаемый в упрощенном порядке, является безвозмездным, если договором не предусмотрено иное.

¹³ См.: *Гаврилов Э. П.* Комментарий к Закону РФ об авторском праве и смежных правах. М.: Экзамен. 2005. С. 217–218.

¹⁴ Сложившаяся практика в редакциях периодических печатных изданий свидетельствует о том, что либо редакция обращается к автору или иному правообладателю с просьбой об указании на передаваемом для публикации материале допускаемых способов использования произведения (право на переработку произведения, право на размещение статьи в Интернете и т. п.), либо редакция заключает лицензионные договоры о предоставлении права использования произведения, которые носят характер договоров присоединения (ст. 428 ГК РФ).

Однако очень часто в обороте мы сталкиваемся с ситуацией, когда компьютерные программы распространяются через посредников. Ситуация осложняется еще и тем, что большинство программного обеспечения, распространяемого и используемого в РФ, принадлежит иностранному правообладателю. Правообладатель осуществляет исключительное право на программу для ЭВМ в том смысле, что установил на компьютерное устройство программу для ЭВМ и применяет ее в соответствии с ее функционалом. В то же время, последующая корректировка цен в целях получения преимуществ над конкурентами явно не относится к осуществлению исключительных прав на программу для ЭВМ¹⁵.

Так, в большинстве случаев прикладные программы не могут «обращаться» к ресурсам компьютера напрямую, а взаимодействуют с оборудованием и другими программами посредством операционной системы. Существует ряд задач, которые должна выполнять каждая программа, – открытие диалоговых окон, сохранение созданных файлов и т. п. Чтобы избежать ненужного дублирования, подобные задачи решаются самой операционной системой, а не отдельной программой.

Обладатель операционной системы в таком случае взаимодействует как минимум с двумя группами лиц. Во-первых, с разработчиками программных приложений. Он предоставляет им права на использование программного интерфейса приложений (API) – набор готовых классов, процедур, функций, структур и констант, используемых программистами при написании различных приложений. Во-вторых, с производителями аппаратного обеспечения (персональные компьютеры, ПК, смартфоны, планшеты и т. п.). Производители по лицензии (в том числе открытой) применяют операционную систему и приложения разработчиков к ней. В отдельную группу участников можно выделить также рекламодателей. Именно от них получает свою прибыль компания Google при бесплатном лицензировании ее операционной системы Android и приложений к ней.

Нетрудно заметить, что основное взаимодействие участников рынка в данном случае происходит по поводу интеллектуальных разработок. Иными словами, речь идет не о чем ином, как об осуществлении исключительных прав. Типичная схема распространения программного обеспечения, когда в качестве лицензиара выступает обычно сам правообладатель. Затем между лицензиаром и дистрибьютором заключается договор, в рамках которого устанавливается объем правомочий дистрибьютора в отношении распространяемого ПО. В таком смешанном договоре есть

¹⁵ См.: *Ворожевич А. С. Границы и пределы осуществления авторских и смежных прав. М.: Статут. 2020. С. 201–202.*

лицензионный элемент в дистрибьюторском соглашении. Далее между дистрибьютором и реселлером заключается сублицензионное соглашение, которое подчиняется нормам российского права. Между реселлером и конечным пользователем заключается соглашение, именуемое «сублицензионный договор», по которому передается неисключительное право на использование компьютерной программы (на условиях простой лицензии) и активационный ключ. Впоследствии, устанавливая компьютерную программу на свой компьютер, пользователь заключает лицензионное соглашение путем «щелчка» мышью (так называемые “click-wrap agreement”) непосредственно с самим правообладателем.

По сути данный механизм в электронном пространстве можно упростить посредством выдачи открытой лицензии. Так, лицензионный договор, по которому автором или иным правообладателем (лицензиаром) лицензиату предоставляется простая (неисключительная) лицензия на использование произведения науки, литературы или искусства, может быть заключен в упрощенном порядке (открытая лицензия) (ст. 1286.1 ГК РФ)¹⁶. А. Г. Матвеев указывает на следующие причины введения в отечественное законодательство открытых лицензий: «...полноценное введение исключительных авторских прав в гражданский оборот невозможно вне круга обязательственных отношений. Совершение сделок по распоряжению этими правами связано с соблюдением достаточно строгих требований законодательства. В последние годы такие требования начали создавать неудобства все большему числу лиц, которые в условиях трансграничного глобального обмена интеллектуальной собственностью желают в упрощенном порядке разрешить пользователям безвозмездно использовать свои произведения. Инструментом, который за последнюю четверть века сформировался в определенную модель договора и позволил ответить на запросы общества, стали так называемые свободные лицензии. Они появились в США благодаря деятельности гражданского общества, а не государства. Их использование связано прежде всего

¹⁶ До марта 2014 г. авторы были лишены возможности свободно распространять среди всех желающих и разрешать изменять их творения (см. Федеральный закон от 12 марта 2014 г. № 35-ФЗ «О внесении изменений в части первую, вторую и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации»). Поправки создали юридическую возможность ввести в оборот массив информации в области науки, литературы и искусства. Изначально термин «свободные лицензии» был создан Фондом свободного программного обеспечения (FSF). В рамках этого проекта GNU был разработан ряд лицензий, основывающихся на разного рода свободах: свобода распространения копий программ, свобода запуска программы с любой целью, свобода улучшения программы и др. См.: Использование лицензий Creative Commons в Российской Федерации. Аналитический доклад. 2011 г. С. 6 // <https://iite.unesco.org/pics/publications/ru/files/3214699.pdf>.

с компьютерными программами и Интернетом. Однако в последнее десятилетие эта упрощенная модель лицензионного договора стала настолько популярной во всем мире, что практически во всех странах мира возник вопрос о том, легальны ли свободные лицензии?»¹⁷.

Таким образом, имплементация так называемых свободных лицензий в российскую правовую систему произошла посредством: 1) «открытой лицензии» (ст. 1286.1 ГК РФ); 2) публичного заявления правообладателя о предоставлении любым лицам возможности безвозмездного использования произведения или объекта смежных прав (п. 5 ст. 1233 ГК РФ).

Открытая лицензия является договором присоединения. Все ее условия должны быть доступны неопределенному кругу лиц и размещены таким образом, чтобы лицензиат ознакомился с ними перед началом использования соответствующего произведения. В открытой лицензии может содержаться указание на действия, совершение которых будет считаться акцептом ее условий (ст. 438 ГК РФ). В этом случае письменная форма договора считается соблюденной.

Предметом открытой лицензии является право использования произведения науки, литературы или искусства в предусмотренных договором пределах. Лицензиар может предоставить лицензиату право использования принадлежащего ему произведения для создания нового результата интеллектуальной деятельности. В данном случае, если иное не предусмотрено открытой лицензией, считается, что лицензиар сделал предложение заключить договор (п. 2 ст. 437 ГК РФ) об использовании принадлежащего ему произведения любым лицам, желающим применять новый результат интеллектуальной деятельности, созданный лицензиатом на основе этого произведения, в пределах и на условиях, которые предусмотрены открытой лицензией. Акцепт такого предложения считается также акцептом предложения лицензиара заключить лицензионный договор в отношении этого произведения.

Открытая лицензия является безвозмездной, если ею не предусмотрено иное. В случае, если срок действия открытой лицензии не определен, в отношении программ для ЭВМ и баз данных договор считается заключенным на весь срок действия исключительного права, а в отношении других видов произведений – на пять лет. Если в открытой лицензии не указана территория, на которой допускается использование соответствующего произведения, такое использование допускается на территории всего мира. По сути, такая лицензия носит экстерриториальный характер,

¹⁷ *Матвеев А. Г.* Создание правовых основ так называемых свободных лицензий в Гражданском кодексе Российской Федерации // Вестник Пермского университета. Юридические науки. Выпуск 3. июль–сентябрь 2014 г.

при этом по желанию самого правообладателя территория может быть и ограничена, что определяется п. 8 ст. 1211 ГК РФ. При обсуждении территориального аспекта встает вопрос о юрисдикции государства, подлежащей применению в случае возникновения споров. В отношении лицензионного договора применяется право страны, на территории которой лицензиату разрешается использование РИД, а если такое использование разрешается на территориях одновременно нескольких стран, то применяется право той страны, в которой находится место жительства или основное место деятельности лицензиара. Иными словами, если речь идет о так называемых экстерриториальных мировых открытых лицензиях (не имеющих ограничений по территории, предоставляющих право пользования произведением во всем мире), при всей сложности определения юрисдикции в Интернете следует ориентироваться на п. 8 ст. 1211 ГК РФ и разрешать споры, привлекая – при наличии нарушений прав правообладателя – нарушителя к ответственности согласно праву того государства, на территории которого постоянно проживает или осуществляет свою деятельность лицензиар¹⁸.

Лицензиар, предоставивший открытую лицензию, вправе в одностороннем порядке полностью или частично отказаться от договора (п. 3 ст. 450 ГК РФ), если лицензиат будет передавать третьим лицам права на использование принадлежащего лицензиару произведения либо на использование нового результата интеллектуальной деятельности, созданного лицензиатом на основе этого произведения, за пределами прав и (или) на иных условиях, нежели те, которые предусмотрены открытой лицензией. Автор или иной правообладатель в случае, если исключительное право на произведение нарушено неправомерными действиями по предоставлению или использованию открытой лицензии, вправе требовать применения к нарушителю мер защиты исключительного права (ст. 1252 ГК РФ). Иными словами, теперь сам факт неправомерного предоставления открытой лицензии при отсутствии неправомерного использования произведения считается нарушением исключительного права.

По российскому праву открытая лицензия – это консенсуальный, безвозмездный, взаимный договор присоединения, предметом которого является предоставление лицензиату простой (неисключительной) лицензии на использование произведений науки, литературы или искусства, условия которого доступны неопределенному кругу лиц, т. е. все условия открытой лицензии должны быть доступны третьим лицам и размещены

¹⁸ См.: Свиридова Е. А. Свободное использование произведения как объекта авторского права: монография. М. 2014. С. 57.

таким образом, чтобы лицензиат ознакомился с ними перед началом использования соответствующего произведения.

Предусмотренная модель бездоговорного способа распоряжения исключительным авторским правом (п. 5 ст. 1233 ГК РФ) расходится со свободным лицензированием Creative Commons Zero (CC0). Открытая лицензия должна длиться в течение всего срока действия исключительного права и быть безотзывной. Это является гарантией стабильности оборота произведения, в том числе в цифровой форме, а также интересов пользователей, которые освобождены от необходимости систематически проверять, не прекратилось ли действие лицензионного соглашения в отношении объекта, который они используют. То есть в течение всего срока действия исключительного права на произведение условия открытой лицензии сохраняют силу, пока сам пользователь их не нарушит. При этом открытая лицензия должна прекратить действие в отношении пользователя, нарушившего ее условия с момента такого нарушения. В связи с этим исключительное право на произведение в отношении такого нарушения действует в полном объеме и дальнейшее использование произведения невозможно без разрешения правообладателя, а осуществляемое без разрешения является нарушением исключительного права. Данное положение должно стимулировать пользователей к соблюдению условий открытой лицензии. Подобная лицензия в немецком авторском праве трактуется в качестве сделки под отменительным условием.

В то же время, в соответствии с п. 4 ст. 1286. 1 ГК РФ правообладатель делает заявление в форме безотзывной оферты на официальном сайте Роспатента в сети Интернет, оно обязательно должно содержать сведения, позволяющие идентифицировать правообладателя и принадлежащий ему объект авторских прав. Отказ от исключительных прав срочный, при отсутствии указания на срок в заявлении считается, что он составляет пять лет. Правообладатель не имеет права осуществлять упомянутые действия при наличии действующего лицензионного договора, по которому предоставляется исключительная лицензия на использование произведения или объекта смежных прав в тех же пределах. В случае, если правообладатель осуществляет данные действия при наличии действующего лицензионного договора, по которому предоставляется возмездная неисключительная лицензия на использование произведения или объекта смежных прав в тех же пределах, действие данного договора прекращается. Правообладатель, сделавший соответствующее заявление при наличии действующего лицензионного договора, должен возместить причиненные лицензиату убытки. Юридическое последствие направлено на защиту прав пользователей, которым могут быть не известны все

обязательно – правовые отношения, связывающие правообладателя, сделавшего заявление. Отказ от исключительного права в отношении открытых лицензий не применяется. Правовой механизм, избранный российским законодателем, вызывает сомнения и нуждается в изменении. А. И. Савельев, критикуя второй способ имплементации свободных лицензий в ГК РФ, по функциональным характеристикам однородный публичному заявлению, а юридико-технически отличен от него, объясняет это концептуальной ошибочностью, неудобством и тяжеловесностью указанного способа. По его мнению, у классических коммерческих лицензий в авторском праве и у свободных лицензий одинаковая природа. Различие здесь проводится по наличию или отсутствию определенных условий. Поэтому попытки установления принципиально отличного регулирования с помощью односторонней сделки, с точки зрения авторского и договорного права, будут носить заведомо искусственный характер. А. И. Савельев видит неудобство публичного заявления, прежде всего, для разработчиков компьютерных программ, которые являются, пожалуй, основным объектом, к которому чаще всего применяются свободные лицензии: «Вряд ли каждый потенциальный “вкладчик” перед отправкой своего вклада будет готов предварительно заглянуть на сайт официального органа исполнительной власти РФ по интеллектуальной собственности и составить там соответствующее заявление»¹⁹. Промежуточную позицию занимает А. Г. Матвеев, отмечающий, что в целом новые правила п. 5 ст. 1233 ГК РФ о публичном заявлении, конечно, представляют собой определенный шаг вперед на пути совершенствования авторского права и смежных прав в информационном обществе. Но, учитывая тяжеловесность и непривлекательность этих правил для граждан, а также наличие параллельного механизма открытой лицензии, установленного в ст. 1286.1 ГК РФ, указанные нормы вряд ли будут востребованы правообладателями²⁰.

При этом правила ст. 1286.1 ГК РФ, напротив, представляются очень удобными как для правообладателей, так и для пользователей. Открытая лицензия – особый тип лицензионного договора, суть которого выражается в упрощении порядка заключения лицензионного договора в сети Интернет в том случае, когда правообладатель согласен заключить такой договор

¹⁹ Савельев А. И. Комментарии на предлагаемую в проект изменений в часть 4 ГК РФ концепцию регулирования отношений, возникающих в связи со свободным использованием и распространением объектов авторских прав // URL: <http://www.schoolprivlaw.ru/files/kommentarii.pdf>.

²⁰ Матвеев А. Г. Указ. соч.

с любым лицом. Модель же бездоговорного способа распоряжения исключительным авторским правом фактически должна представлять собой отказ правообладателя от его исключительного права и переход результата интеллектуальной деятельности в разряд общественного достояния.

В свою очередь, использование произведения способом, не предусмотренным лицензионным договором, либо по прекращении действия такого договора или иным образом за пределами прав, предоставленных лицензиату по договору, влечет ответственность за нарушение исключительного права на произведение, установленную ГК РФ, другими законами или договорами (п. 3 ст. 1237 ГК РФ):

- ответственность лицензиата наступает при любом способе использования произведения за пределами прав, предоставленных по лицензионному договору, либо если использование прав продолжается, а сам договор прекратил свое действие;

- ответственность наступает в рамках, установленных ГК РФ, применяются нормы о гражданско-правовой ответственности, если иное не предусмотрено в самом лицензионном договоре либо в иных специальных законах²¹. В п. 4 ст. 1237 ГК РФ закреплена возможность одностороннего отказа от исполнения обязательств по лицензионному договору: при существенном нарушении лицензиатом обязанности уплатить лицензиару в определенный лицензионным договором срок вознаграждение за предоставление права использования произведения науки, литературы или искусства лицензиар может в одностороннем порядке отказаться от лицензионного договора и потребовать возмещения убытков, причиненных его расторжением. Договор прекращается по истечении 30-дневного срока с момента получения уведомления об отказе от договора, если в этот срок лицензиат не исполнил обязанность выплатить вознаграждение.

Необходимость теоретико-правового исследования лицензионной договорной модели обусловлена рядом присущих ей особенностей в цифровых условиях: в отличие от договора об отчуждении исключительного права, лицензионный договор в рамках конститутивного правопреемства не влечет за собой перехода исключительного права к лицензиату. Обладатель права остается прежним, он вступает в обязательственные отношения с другим лицом, которому разрешает в тех или иных пределах использовать объект своего права; лицензионный договор о предоставлении права использования объекта интеллектуальной собственности

²¹ См.: Федеральный закон от 29 июля 2004 г. № 98-ФЗ «О коммерческой тайне», который в силу ст. 34 Федерального закона от 18 декабря 2006 г. № 231-ФЗ «О введении в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» сохраняет свое действие с некоторыми изменениями.

должен содержать существенные условия, характеризующие: предмет договора; способы использования объекта интеллектуальной собственности (перечень возможных способов использования является открытым, единственное ограничение – использование в любой форме и любым не противоречащим закону способом).

Таким образом, лицензионный договор – это самостоятельная и типичная конструкция в системе гражданско-правовых договоров, предполагающая распространение результатов интеллектуальной деятельности посредством цифровых технологий, обладающая особенностями, предопределенными функциональными чертами исключительного права, – это направленность действий сторон на срочное предоставление права использования результата интеллектуальной деятельности, составляющего предмет договора, независимо от цели такого использования в отношении идеальных объектов. При этом конструкция лицензионного договора – не единственная, направленная на предоставление права использования исключительного права. Это может быть и в рамках, например, договоров доверительного управления, коммерческой концессии, аренды предприятия как имущественного комплекса, возмездного оказания услуг и др.

В литературе встречаются критические аргументы о невозможности использования, например, договора аренды в цифровой среде и для регулирования отношений по предоставлению облачных технологий. Так, согласно ст. 606 ГК РФ «по договору аренды (имущественного найма) арендодатель (наймодатель) обязуется предоставить арендатору (нанимателю) имущество за плату во временное владение и пользование или во временное пользование». В ст. 607 ГК РФ установлено, что объектами аренды могут быть непотребляемые индивидуально-определенные вещи. С технической точки зрения, основное преимущество облачных сервисов заключается в возможности динамического перераспределения вычислительных ресурсов. Следовательно, «вычислительные ресурсы пребывают в динамически изменяемом состоянии на протяжении срока действия договора, то есть не обладают достаточной степенью определенности, позволяющей выступать объектом договора аренды и допускающей его «возврат» в том виде, в котором он был предоставлен для использования с учетом нормального износа (ст. 622 ГК РФ)»²². Помимо этого многие нормы «договора аренды» просто неприменимы к возникающим отношениям, например, пп. 2, 3 ст. 611, ст. 613, п. 2 ст. 615, ст. ст. 616–618, 622–624 ГК РФ.

²² См.: Савельев А. И. Правовая природа «облачных» сервисов: свобода договора, авторское право и высокие технологии // Вестник Гражданского права. 2015. № 5. С. 62–99.

Получается, что, основным конкурентом лицензионной модели является договор возмездного оказания услуг. На целесообразность использования данной конструкции указывает расшифровка моделей предоставления облачных технологий *Software as a Service*, *Infrastructure as a Service*, *Platform as a Service*.

Остановимся на основных плюсах использования именно этого вида договора: во-первых, в отличие от лицензионного договора, в котором вознаграждение предусматривается за предоставление права использования, модель оплаты услуг идеально вписывается в модель оплаты облачных сервисов «pay as you go» (то есть за фактически потребляемые вычислительные мощности); во-вторых, договор возмездного оказания услуг предоставляет сторонам гарантии и своеобразный законодательный буфер в вопросах качества. Поскольку к нему субсидиарно применяются нормы о договоре подряда (ст. 783, 724, 725 ГК РФ), содержащие регулирование вопросов качества работы/услуги, в частности, возможность сторон установить в договоре соответствующие параметры качества и ответственность за их несоблюдение. Хотелось бы подчеркнуть, что в рамках именно договора возмездного оказания услуг стороны, как правило, заключают SLA (*Service Level Agreement*). К существенным условиям этого соглашения обычно относят: определение перечня видов и параметров предоставляемых услуг; методологию мониторинга, включая характеристики и методику измерения параметров безопасности в режиме реального времени; условия независимого тестирования; диапазоны параметров, которые вызывают предупреждения *ad hoc*, реагирование на инциденты или восстановление; регулярные отчеты об уровне обслуживания и их содержание; пороги реагирования, определяемые в соответствии с профилем риска организации; пределы и основания ответственности сторон и санкции за нарушение договорных обязательств. Особо оговариваются условия обеспечения безопасности и защиты информации, контроль за деятельностью исполнителя, защита интеллектуальных прав, а также порядок электронного документооборота и использования электронной подписи²³; в-третьих, ст. 782 ГК РФ содержит положения, допускающие односторонний отказ от договора каждой из сторон, что без сомнения является очень привлекательным для бизнеса. Более того, использование договора об оказании услуг подчеркивает статус информационного посредника для провайдера облачных услуг. Это довольно важно, поскольку позволяет такому провайдеру избежать ответственности за распространение с их помощью

²³ *Kuan H. W., Millard Ch., Walden I. The Problem of “Personal Data” in Cloud Computing – What Information is Regulated? The Cloud of Unknowing // International Data Privacy Law. 2011. № 1.*

запрещенной информации. Буквальное толкование п. 3 ст. 17 Закона об информации позволяет сделать вывод, что лицо не несет ответственности за распространение ограниченной или запрещенной законом информации, если предоставляет свои продукты именно по модели оказания услуг.

Помимо указанных договорных конструкций в силу свободы договора никто не запрещает заключать и смешанные договоры – это наиболее рациональные варианты для использования исключительных прав в цифровой среде, поскольку лучше отражают правовую природу возникающих отношений. И. А. Нестерова указывает: «смешанный договор (договор возмездного оказания услуг с элементами лицензионного соглашения и другие сочетания), согласно нашей авторской концепции наиболее адекватно и релевантно отражающий существо исследуемых в настоящей работе отношений»²⁴.

Изложенное позволяет прийти к выводу о том, что коммерциализация исключительного права реализуется только через правомочие распоряжения исключительным правом, которое представляет собой возможности совершения правообладателем различных действий юридического характера, определяющих правовую судьбу исключительного права путем изменения субъекта посредством отчуждения исключительного права или предоставления права использования произведения (результата интеллектуальной деятельности), она реализуется правомерными, каузальными, конкретными волевыми действиями, оформляемыми двусторонними сделками и иными юридически значимыми актами: размещение заявления на сайте Роспатента, заранее выданное согласие, полный или частичный отказ от открытой лицензии и др.

²⁴ *Нестерова И. А.* Правовое регулирование отношений, возникающих при использовании облачных технологий. Автореферат дисс. ... канд. юрид. наук. М. 2017. С. 103.

А. А. Никифоров

ПОНЯТИЕ АВТОРСТВА В ИСТОРИЧЕСКОЙ ПЕРСПЕКТИВЕ И В СОВРЕМЕННУЮ ЭПОХУ

ВВЕДЕНИЕ

Одно из центральных понятий, на котором строится почти вся догматика авторского права, – это авторство и стоящая за ним фигура автора – создателя, совершающего акты творения. Философская база этого понятия фактически диктует основные положения всей авторско-правовой формы в континентальной доктрине. Однако концепция авторства все еще остается самой неуловимой во всем авторском праве¹, а в российской доктрине интерпретация феномена авторства остановилась на экзотизированном представлении об авторе как о гении, считая самоочевидными предпосылки, сложившиеся благодаря французским просветителям и классическим немецким философам вроде Канта или Гегеля. И на это, конечно, есть свои причины – ведь до сих пор существуют такие авторы, которые творят в том же ключе, в каком их произведения видели выдающиеся мыслители прошлого. Но времена меняются, наука идет вперед. И поэтому сейчас появляются новые формы творчества, которые, кажется, не попадают под романтические чары представлений об авторе, свойственные эпохе Просвещения. И это если касаться только фактических новых отношений. Ведь существует еще и сравнительно-новый постмодернистский подход, который, конечно, не отказывается от фигуры автора полностью, но существенно ослабляет ту связь между автором и его произведением, которую на континенте привыкли считать настолько сильной, что не только придумали специальное право – право на уважение автора или право на неприкосновенность произведения, но и фактически поместили его в центральное место авторского права. То же самое можно сказать и о том, что было до взгляда на автора как на творца. Другие науки, вроде истории, фольклористики и филологии за XX и начало XXI вв. нашли новые данные и переосмыслили феномен авторства в социальных процессах древнего мира и средних веков.

Целью настоящей работы будет попытка соединить известные и не известные правовой науке взгляды на авторство в единый нарратив для критического переосмысления данного феномена. При этом нет цели охватить все возможные вопросы и исторические эпохи. «За кадром»

¹ См.: *Durham A. L.*, The Random Muse: Authorship and Indeterminacy. 44 WM. & MARY L. REV. 569, 571 (2002).

специально были оставлены вопросы осмысления романтической фигуры автора и его влияния на право, так как этому посвящено достаточное количество других работ или хотя бы отсылок, а также более полное исследование, касающееся феномена коллективного и фанатского автора, поскольку эти темы выходят за границы поставленной задачи.

Сосредоточусь на тех периодах авторской истории, которого до этого были освещены недостаточно полно или вообще не попадали в оптику юридической периодики. Такой фокус диктует и выбранную структуру. Формально она следует классической периодизации в виде древнего мира, античности, средневековья, эпохи просвещения и современности. Однако главное здесь – история возникновения идей и систем, а не точные временные рамки. Не стоит также воспринимать данную периодизацию в эволюционном ключе, так как нельзя сказать, что из одной идеи рождается идея следующей эпохи. Скорее господствующий взгляд на автора в каждой эпохе, однажды возникнув, развивается в своем собственном ключе, оставаясь полноправным участником интеллектуальной истории, оказывая влияние, но не становясь «предком».

В первой части работы я сосредоточусь на фольклоре и внутренней проблематике фольклора как ситуации, когда произведение уже возникло, а фигура автора – еще нет. В этом смысле цель имеет двоякое значение. С одной стороны, исследование фольклора позволяет хотя бы отчасти реконструировать то, что возможно существовало на заре человеческой цивилизации. С другой – фольклор все еще присутствует, видоизменяясь и в каком-то смысле очищаясь от его мистического аспекта, оставляя неизменным отсутствие фигуры автора как таковой.

Вторая и третья части посвящены возникновению первых «ростков» современного авторства в античном и римском мирах и показана их связь с осознанием авторами их экономических интересов.

В четвертой части я постараюсь показать связь авторства с авторитетом, который до сих пор оставляет следы в правовом регулировании в виде наделения автора возможностью определять смысл его произведений с помощью правовых инструментов контроля за этим смыслом. Здесь же появляется разделение автора как творца и автора как ремесленника с изначальным доминированием именно последней концепции. Переход же от автора-ремесленника к автору-творцу, как ни парадоксально, связан с теми авторами, которые вместо того, чтобы монетизировать их творчество через меценатство как господствующего на тот момента способа увеличения экономического благосостояния автора, не переставали творить ради самого акта творения.

В пятой части речь пойдет о переходном периоде между автором как ремесленником и автором как романтическим гением. И здесь важно показать, что несмотря на то, что изначально возникновение авторства и было связано с экономическими интересами авторов, фигура автора как романтического гения на самом деле отрицает экономическую составляющую творчества. Здесь же происходит юридизация этого понятия, когда даже сами авторы начинают говорить об их произведениях, используя юридический словарь.

Шестая часть посвящена критике теорий автора как романтического гения и автономного индивида, способного претендовать на возникновение правовой власти исключительно из собственного акта творчества. Постструктуралистский подход «смерти автора» и феминистская проблема включения женщины в авторский дискурс фактически представляют собой очистку понятия «авторство» от лишних элементов – таких, как остатки средневекового авторитета или рассмотрения акта творчества как процесса происходящего «вне» общества.

Наконец, седьмая часть касается современных тенденций и изменений в понимании фигуры автора и процесса творения.

ФОЛЬКЛОР КАК «ПРОИЗВЕДЕНИЕ БЕЗ АВТОРСТВА» В ДРЕВНЕМ И СОВРЕМЕННОМ МИРЕ

Когда мы начинаем говорить о древнем мире, ни о каком феномене «авторства» обычно речь не идет. Если в античности можно найти хотя бы рассуждения о том, кто такой автор, и о наличии у данного субъекта каких-то, связанных с созданными им произведениями интересов, достойных правовой защиты, то все, что было раньше, с одной стороны, выпадает из исторического дискурса, но, с другой – незримо присутствует при обсуждении проблемы правовой охраны фольклора. Большинство авторов, задающихся вопросами фольклора, признают, что фольклор – это нечто «традиционное» и «народное», при этом подходят к его изучению с тех позиций, будто фольклор – это обычное литературное или художественное произведение, просто с некоторой дополнительной проблематикой в виде невозможности² или затруднения³ определения создателя

² См. подробнее: Право интеллектуальной собственности: Учебник / *Гринь Е. С., Калятин В. О., Михайлов С. В.* и др.; под общ. ред. Л. А. Новоселовой. М.: Статут, 2017. Т. 2: Авторское право. С. 163, см. также: *Сергеев А. П.* Проблемы интеллектуальной собственности в гражданском праве России // Материалы международной научно-теоретической конференции. М.: ИМПЭ. 26 марта 1999 г.

³ См.: *Павлов В. П.* Проблемы теории собственности в российском гражданском праве. М. 2000.

произведения фольклора. Некоторые авторы идут чуть дальше и отмечают коллективный элемент при создании фольклора,⁴ но все равно в своих рассуждениях касаются максимум проблематики соотношения возможности общественного использования и эффективной защиты авторов фольклорных произведений⁵ и необходимости защиты интересов коренных народов⁶, не особенно затрагивая особенности фольклора как возможного объекта прав, за исключением очевидных.

Поэтому фактически правовая охрана фольклора и связанные с ним вопросы авторства не были самостоятельными, а так или иначе интерпретировались применительно к проблематике «сиротских» произведений, то есть произведений, авторов которых точно так же невозможно или затруднительно установить, — при том, что данные произведения все еще остаются охраняемыми объектами права, а значит, их использование сопряжено с рисками «нахождения» автора и взыскания компенсации за нарушение исключительного права.

Из этого можно имплицитно выделить следующие особенности правового дискурса фольклора в российской литературе:

1. Это что-то «традиционное», испокон веков «принадлежавшее» коренным народам или обществам.

2. Долгое время считалось, что у произведений фольклора отсутствует субъект авторских прав, правда потом отсутствие сместилось на «невозможность установления» либо проблему «коллективности».

3. Современное законодательство выводит произведение фольклора из-под действий авторских прав, но существует научная критика такого положения дел.

Однако на самом деле все несколько сложнее. Действительно, основная проблематика произведений фольклора связана с тем, что, с одной стороны, нельзя установить изначальных авторов народного творчества, а с другой — многие пользуются фольклором, повторяя его практически без изменений, либо включают его как составной элемент произведений. Из-за этого встречаются попытки (иногда даже успешные) применить правовой режим фольклора к другим видам произведений, чье авторство установить довольно сложно, но использование объекта становится повсеместным — как, например, в мемах, даже если автор вполне известен, что случилось на примере игрушки «Ждун» в петербургском суде⁷.

⁴ См.: Некрасова М. А. Народное искусство как проблема коллективного и индивидуального // Проблемы народного искусства. М. 1982; Шишмакова Е. В. Проблемы правовой охраны произведений народного творчества // Право и политика. 2007. № 1. С. 124–130.

⁵ См.: Сергеев А. П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации. Учебник. Издание второе, переработанное и дополненное. М. 1999.

⁶ См.: Шишмакова Е. В. Указ. соч.

⁷Далее попытаюсь с помощью описания фольклора и создания необходимых акцентов на его сущности, принятых в современной фольклористике, раскрыть особенность фигуры автора или отсутствия такой фигуры, благодаря чему возможно опосредованно представить, каким образом феномен авторства существовал в мире до античности⁸.

⁸Для начала нужно отметить, что современная фольклористика не ограничивается отнесением к фольклору исключительно произведений традиционных сообществ или коренных народов. На заре фольклористики ученые занимались именно собиранием и классификацией народных (folk) знаний (lore), при этом под «народом» подразумевалось сельское неграмотное население с устным способом передачи традиции. И в этом смысле для грамотных городских интеллектуалов и исследователей под народом понималось совершенно иное и отличное от них общество людей⁹. Они – это не мы, они – другие. А сами предметы и произведения фольклора были элементом материальных образцов прошлого этого общества, которые нужно было собрать и классифицировать, как камни в геологии. Поэтому для указанного этапа слово «народный» было четким критерием отделения элементов устаревшего прошлого от современного индустриального настоящего. Изначально текучим и неустойчивым

⁷ Тут надо учитывать: теоретически мем, конечно, может стать частью фольклора. Но тогда этот мем должен быть чем-то большим, чем просто пародийная картинка с ясно выраженным эмоциональным посылом.

⁸ Тут нужно понимать: «то, что было до античности», – довольно условное деление развития авторства на этапы. В целом фольклорное (магическое) мировоззрение существует до сих пор. Если брать Россию, то реальное уменьшение числа людей с таким мышлением произошло только в 1920-е гг. в связи с политикой ликвидации безграмотности и целенаправленным разрушением деревни как социального института (1960-е гг.). Однако тотальное распространение науки и грамотности не искоренило фольклор как таковой, скорее уменьшило количество совсем уж фантазийных элементов. См. подробнее о ликбезе: *Богданов И. М.* Грамотность и образование в дореволюционной России и в СССР. М. 1964; *Куманев В. А.* Революция и просвещение масс. М. 1973; Декрет СНК о ликвидации безграмотности среди населения РСФСР. 26 декабря 1919 г. ГАРФ. Ф. Р-130. Оп. 2. Д. 1. Л. 38-40; *Пергамент Л. И.* Массовый поход за ликвидацию неграмотности в Вологодской губернии (1918–1922 гг.) // Материалы по истории Европейского Севера СССР: Северный археографический сборник. Вологда. 1973. С. 73–90; *Петрова Я. И.* Ликбез как социальный проект (на материалах Самарской губернии, 1920–1930-е гг.) // Журнал исследований социальной политики. 2007. Т. 5. № 4. С. 519–540. См. подробнее о уничтожении деревень: *Никитаева Е. Б.* Исчезающая деревня // Судьбы российского крестьянства. М. 1995; *Карпунина И. Б., Мелентьева А. П.* Политика ликвидации «неперспективных» деревень и ее социально-демографические последствия в Западной Сибири (1960–1980-е гг.) // Сибирская деревня: проблемы истории. Новосибирск. 2004;

⁹ См.: *Georges R. A., Jones M. O.* Folkloristics: An Introduction. Bloomington and Indianapolis: Indiana University Press. 1995. P. 35

произведениям фольклора «была придана стабильность и конкретность посредством напечатанной страницы»¹⁰.

Однако теперь фольклор не ограничивается только прошлым. Фольклор – это естественный и необходимый компонент любой социальной группы¹¹. Он не обязательно должен быть старым или устаревшим, а продолжает создаваться и передаваться, и в любой группе используется для различения «нас» и «них»¹². И поэтому сейчас спокойно можно говорить не только о фольклоре коренных народов, но и о фольклоре детей, пожарных, работников метрополитена, программистов¹³ и других.

Из этого следует другая отличительная черта фольклора – это способ передачи идентичности внутри группы¹⁴. То, что фольклор используется для такой передачи (что в общем-то является его социальной сущностью), существенно отличается от предназначения «авторских» художественных произведений. В «авторских» произведениях цель может быть, а может и не быть, в любом случае цель произведения – это индивидуальный выбор автора.

Другое важное отличие фольклора от других форм художественных произведений состоит в том, что для носителей фольклора фольклорное произведение не является художественным. Любое художественное произведение – это творческое переосмысление действительности. Для носителей фольклора он и есть сама действительность, без творческого элемента. Когда носитель культуры придумывает какой-то фольклорный элемент – не важно, песня это или рассказ – он не ощущает себя «творцом», создателем чего-то нового. Он идентифицирует себя в качестве рассказчика или даже пересказчика истории, которая была в действительности. Если бабушка из глухой деревни придумывает песню или историю (даже если она это делает прямо рядом с исследователем, точно знающим,

¹⁰ См.: *Bronner S. J. American Folklore Studies: An Intellectual History.* Lawrence, KS: University Press of Kansas. 1986. P. 11

¹¹ См.: *Sims M., Stephens M. Living Folklore: Introduction to the Study of People and their Traditions.* Logan. UT: Utah State University Press. 2005. P. 7–8.

¹² Поэтому, если услышать вне контекста выражение «Вот это авторские художественные произведения, а это произведения народного творчества», возникает чувство, что говорящий «выписывает» авторов из народа.

¹³ Отдельно нужно сказать о юристах. С ними возникает такая проблема, что чем у какого-то общества больше объем гуманитарных знаний о мире, тем меньше остается места фольклорному мировоззрению. Дополнительно на это накладывается цеховая необходимость точного воспроизведения корпуса текстов и доктрины, которая составляет идентичность юриста, что также не свойственно фольклору.

¹⁴ См.: *Bauman R. Differential Identity and the Social Base of Folklore.* // *Journal of American Folklore.* 84 (331) 1971 P. 31–41.

что до этого такой песни или истории не существовало), на вопрос: «Вы это сейчас придумали?» она ответит: «нет»¹⁵. Для бабушки – эта песня или история существовала всегда, была рассказана бабкой ее бабки или другим членом сообщества, при том, что этот член сообщества может быть совершенно «ни сном, ни духом».

То есть, резюмируя это применительно к феномену авторства, можно сказать, что фольклор – это не просто случай, когда автора невозможно или затруднительно определить, а в ситуации, когда даже если конкретный автор был определен, он сознательно отказывается считать себя автором, так как в его субъективном сознании он автором не является, ничего не «творил». Поэтому распространение, как предлагают некоторые ученые, авторско-правовой охраны на фольклорные произведения противоречит основным постулатам авторского права. Не погружаясь глубоко в эту тему, отмечу только, что один из основных постулатов авторского права – его направленность на стимулирование творчества и обеспечение справедливого вознаграждения авторов – творцов с помощью инструментов рыночной экономики. Иначе говоря, наличие авторского права – это стимул творить от имени общества его членам. Но носителям фольклора не нужен стимул творить фольклор по его определению. Это как поощрять какое-нибудь примитивное племя продолжать охотиться или совершать набеги на иные племена в ситуации изобилия ресурсов путем выдачи на такую охоту или набеги исключительного права. В принципе можно, но зачем – не очень понятно, кроме довода «Ну это же их идентичность!». Даже если мы утверждаем, что фольклор социальной группы должен «принадлежать» этой социальной группе, это явно не стоит делать с помощью частнопроводного механизма. Но и сам постулат принадлежности тоже выглядит слишком дискуссионно. Скорее наоборот – фольклор нуждается в защите от недобросовестного присвоения, которое будет мешать его свободному распространению и использованию. А также в сохранении того наследия, носителей которого становится слишком мало. Но поскольку здесь нет частного интереса лиц (кроме примитивного «дайте больше собственности, чтобы было больше денег»), но так можно и воздух начать продавать через публичные лицензии),

¹⁵ См. подробнее: *Христофорова О. Б.* Одержимость в русской деревне. М.: Неолит. 2020.; *Байдакова Т.* Фестиваль расписных лодок «Русская Венеция» в Холуе // <https://hellomagrussia-ru.turbopages.org/hellomagrussia.ru/s/stil-zhizni/puteshestviya/44937-festivaly-raspisnyh-lodok-russkaya-veneciya-v-holue.html>. Здесь также подчеркивается «вневременность» фольклора для его носителя. Если бабушка даже ходила в советскую школу и знает, что когда-то существовали динозавры, то ей это все равно не мешает считать, что «здесь мы жили всегда» и «с момента как мы здесь жили, мы расписываем лодки».

а есть публичный интерес общества, то и решать его нужно посредством публично-правовых механизмов¹⁶.

Дополнительно нужно сказать пару слов о «коллективности» фольклора и попытках некоторых авторов применить институт соавторства к фольклорной ситуации. Здесь есть два возможных варианта. Первый – решить, что фольклор творит вся социальная группа – коллективно. Второй – предложение ввести юридическую фикцию – вроде юридического лица, за которым можно было бы закрепить авторское право на фольклор.

Первый вариант встречается с тем же возражением, что и признание единоличного творческого акта. Формально, конечно, творчество есть, но для социальной группы – это не творчество, а описание событий, техник, знаний или другой способ передачи идентичности. Институт соавторства не отличается от института авторства в его главном аспекте – признания внесения творческого труда в произведение физическим лицом. И для того, чтобы признать коллективное творчество, нужно, чтобы каждое лицо в коллективе внесло тот или иной творческий труд в конкретное произведение. Тогда этот член коллектива станет его «автором». Однако в случае фольклора редко можно действительно утверждать, что в изначальное произведение было внесено творчество всей группой. Если смотреть на ситуацию объективно, у каждого произведения всегда можно будет найти конкретного человека, который первым своим творческим трудом создал тот или иной объект. А уже потом другие лица в социальной группе начали либо сохранять этот объект, либо видоизменять его. Но это не делает их соавторами, скорее это похоже на ситуацию с производными произведениями. Мы же не говорим, что режиссер фильма и писатель книги, по которой был сделан фильм, – стали соавторами новой истории?

Кажется, что это недопонимание исходит из разного уровня абстракции и обобщения, принятого при описании фольклористики и юриспруденции. В фольклористике действительно можно говорить, что «фольклор социальной группы творится социальной группой», но только потому, что «социальная группа», «фольклор» и «творится» – это обобщение с высоким уровнем абстракции. Для юриспруденции фольклор – это совокупность объектов, отвечающих некоторым признакам (определению фольклора). Для фольклористики фольклор – взаимосвязанная совокупность объектов, которые постоянно изменяются сами и меняют свой состав.

¹⁶ А еще есть такой момент: если рассматривать традиционный фольклор, то он был создан так давно, что распространение на него авторско-правовой охраны моментально вернет его в общественное достояние в силу того, что первоначальный состав авторов, даже если брать все сообщество, существовавшее на момент его первоначального создания, скорее всего умерли очень и очень давно.

В этом смысле для неюридического понимания фольклора совершенно не важно, есть там индивидуальный или коллективный творческий труд, – важно лишь то, что некоторый объект исполняет его социальную фольклорную функцию и как этот объект влияет или связан с другими объектами. Акцент на внутренней связанности между собой позволяет объединять несколько объектов в один более абстрактный. Авторскому праву такое не свойственно и даже для него губительно¹⁷. То есть в фольклоре нет того «коллективного» творчества, которое обычно имеется в виду в авторском праве.

Второй вариант обычно зиждется на примере тех юрисдикций, где возможно первоначальное возникновение авторского права у юридического лица, да и вообще любое появление прав и обязанностей юридического лица как юридической фикции. Однако, даже пропуская очевидное возражение, что такой порядок дел присущ континентальному авторскому праву примерно так же, как траст – корпоративному общему праву, использование такого юридического приема встретит возражения, похожие на описанные в первом варианте. Как характеризовала ситуацию Д. Гинзбург, констатация появления авторских прав у юридического лица носит прикладной характер¹⁸. У нас есть юридическое лицо, чьи работники создают произведение в рамках их трудовых обязанностей, т.е. фактически по заказу этого юридического лица. Количество создаваемых объектов может быть довольно велико, а число задействованных людей и того больше, особенно если идет речь о сложных компьютерных программах или аудиовизуальных произведениях. Но при этом мы точно знаем, что если автор создает что-то по заказу компании, то он уже не полностью свободен в своем творческом выборе (так как существуют техническое задание или даже определенные правила создания – наподобие тех, что приняты у Disney или Pixar) и стороны изначально договорились в трудовом контракте о том, что все, что будет сделано этим работником в рамках трудовых обязанностей, будет принадлежать компании. И с целью уменьшить количество транзакционных издержек, связанных с оформлением передачи от каждого лица, вопросами личных неимущественных прав и тому подобных вещей, в данной конкретной ситуации проще признать, что право – в силу юридической фикции и следуя за инвестированными деньгами – возникнет сразу у этого юридического лица. Но с фольклором

¹⁷ Самый лучший пример – непонимание многими людьми и даже иногда юристами, что интернет-сайт или «бизнес» – это не юридические объекты сами по себе, а совокупность нескольких юридических объектов.

¹⁸ См. подробнее: *Ginsburg J. C. The Concept of Authorship in Comparative Copyright Law. 52 DePaul L. Rev. 1063 (2003).*

это совершенно не так. Он не создается для его последующего коммерческого использования социальной группой, а выполняет фактически образовательные и культурные функции, изначально предназначен для свободного распространения, а не извлечения прибыли конкретным лицом. Другая проблема состоит в том, что в случае с произведениями, созданными юридическими лицами, мы можем быть уверены, что это произведение будет достаточно оригинальным, чтобы можно было отличить его от других таких произведений¹⁹. В ситуации с фольклором очень вероятно, что некоторые фольклорные предметы, сюжеты и другие элементы могут быть схожими, если даже не идентичными, у нескольких сообществ, особенно традиционного толка. И если между собой спор они смогут решить, признав эту ситуацию параллельным творчеством, то каким образом поступать другим пользователям, то есть кому именно платить, решительно непонятно, а также неясно, у кого будет право исковых требований к предполагаемому нарушителю. Если у всех, то кажется, что проще сразу отдавать нарушителя в рабство, чем вешать на него огромные долги, пусть они в итоге и поделятся между различными сообществами на более мелкие суммы. Это уже получится даже не штрафная, а какая-то карательная функция в гражданском праве.

АНТИЧНОСТЬ

Наверное, нельзя найти ни одного образованного человека, который не знал бы таких имен, как Гомер, Софокл, Геродот, Аристотель, Платон и других известных представителей древнегреческой культуры. Эти имена, так же как их произведения, действительно очень сильно повлияли на всю европейскую культурную и научную мысль, а современное мышление и подходы диктуют нам, что если на произведении стоит чье-то имя, то скорее всего это имя автора или хотя бы его псевдоним. И если так, то можно было бы утверждать, что концепция «авторства» зародилась именно в античности, то есть в тот момент, когда между произведением и человеком появилась связь, атрибуция одного к другому.

Но является ли «Гомер» – автором? Этот вопрос до сих пор остается дискуссионным как в историографии, так и в литературоведении. Так, для Дж. Гриффина, одного из авторитетных переводчиков Гомера на английский язык, Гомер – не более чем «фигура речи», он вообще отказывает ему в существовании. В то же время, А. Лорд, сравнивая устную эпическую традицию Югославии и Греции, предполагал, что даже если Гомер

¹⁹ В странах, где есть права у юридических лиц, существует и требование оригинальности, правда подозрительно схожее с континентальным требованием наличия творческого труда. См.: Ibid.

существовал как личность, то это была личность не «автора», а скорее «исполнителя». Каждое исполнение уникально, но оно вписано в традицию. Да, можно сказать, что Гомер довел поэмы, известные сегодня как «Илиада» и «Одиссея», до уровня совершенства (особенно с учетом стилистической схожести обеих поэм и ссылок в одной на другую), но сама история, как и композиционные, и стилистические приемы, лингвистические формулы, использованные в поэмах, по мнению А. Лорда, были заимствованы им из устной фольклорной традиции. И с учетом того, что было сказано о фольклоре как ситуации, когда автор не воспринимает себя таковым, скорее всего сам Гомер не понимал, что он «творец» в том смысле, который мы сейчас в это вкладываем. То же самое отмечает Э. Беннет – проблематика осмысления «первого» поэта в европейской литературной традиции – это следствие не только отсутствия записей, но и самого статуса «поэта» в устной культуре, в которой жил Гомер²⁰. Ведь любой «певец» в устной традиции одновременно и создатель (значение греческого ποιητες), декламатор “rhapsode” (буквально – сшиватель или ткач песен). Он одновременно и повторяет предыдущее устное исполнение, и в то же время пере придумывает его в процессе пения, не особо осознавая, что его новая интерпретация действительно новая, а не существовала до этого.

Поэтому можно отметить, что в ранней античности все еще не было понятия «автор», пусть даже и практикуется современное приписывание произведений некоторым людям. Ведь более поздняя «грамотная» (в смысле письменная) традиция полагается на возможность существования стабильного текста. Эта стабильность в каком-то смысле и помогла ясно заметить связь между автором и его произведением. Для постоянно меняющегося исполнения – это можно увидеть только ретроспективно. Авторство Гомера – это не то авторство, с которым мы знакомы, но, тем не менее, понимание гипотезы о создании «Гомера» в истории литературы может помочь нам понять кое-что и о современном взгляде на феномен авторства²¹

Ситуация меняется в IV–V в. до н. э., так называемом «золотом веке» греческой литературы. В это время большую часть того, что мы сейчас называем самостоятельными художественными произведениями, составляли гимны или тексты для религиозных целей во время мистерий – специальных ритуалов поклонения богам. Однако здесь мы уже можем видеть осознание индивидуальности творчества. Во-первых, появляются мифы об основоположниках литературы – легендарном Орфее, его не менее

²⁰ Bennett A. The Author. New York: Routledge, 2005. P. 31.

²¹ См.: Ibid. P. 35.

легендарном то ли ученике, то ли сыне Мусее, отце трагедии Эсхиле и других исторических и вымышленных персонажах²². То есть в это время уже появляется первая мысль о том, что некое произведение могло стать не просто описанием магической действительности, но чьим-то творением. И кажется, что такому положению дел сильно поспособствовал экономический аспект. Гимны к мистериям не были чем-то сакральным, каковыми являются, например, христианские молитвы. Поэтому для греков было совершенно нормально сочинять новые гимны к предстоящим мистериям. И нередко для того, чтобы решить, кому именно поручить сочинение нового гимна, проводились даже целые соревнования, можно даже сказать, поэтические аукционы, в которых люди соревновались за право сочинять²³. Не говоря уже об известных случаях греческой юстиции, где спор выигрывал не тот, кто прав, а тот, чьи стихи больше всего понравились судьям. При таком положении дел не заметить, что связь между создателем и его произведением реально существует, а также есть тот самый элемент творчества, который автор привносит в свое произведение, довольно сложно. Стоит вспомнить и греческого поэта Симонида, который стал первым брать плату за свои услуги²⁴, т. е. не просто за само исполнение какой-либо песни или гимна, но именно за процесс сочинительства. Ему же, по всей видимости, принадлежит мысль: «Поэзия – это искусство, которое продает на рынке свои плоды (products)»²⁵. Несмотря на то, что до признания поэзии видом имущества еще было довольно далеко, указанные случаи проложили дорогу первым договорным отношениям по поводу интеллектуального имущества. Результаты творчества впервые стали тем, что можно заказывать, покупать и продавать. Здесь же появились первые подписи и знаки протоавторства на картинах

²² Ibid. P. 40–44.

²³ См. подробнее о том, как проводились состязания: *Neils J.* (1992). *Goddess and Polis: The Panathenian Festival In Ancient Athens*. Princeton: Princeton University Press.; *Смирнова А. С.* Амебейные состязания в античной поэзии. Дис. ... канд. филол. наук. СПб., 2009.

²⁴ *Campbell D.* *Greek Lyric Poetry*, Bristol Classical Press (1982). P. 379, citing Herodotus 7.228.3–4. Стоит правда учитывать, что Геродот упоминает и более раннего поэта Ариона, который обрел богатство пока странствовал по землям современной Италии и Сицилии, так что вполне возможно что Симонид был не первым таким поэтом. К сожалению, между Гомером и золотыми веками греческой литературы слишком много неизвестного. См.: Hdt. 1.24.1, cited by *Bowra C.M.* *Pindar*. Oxford University Press. 2000. P. 355. Кроме Симонида плату за свой интеллектуальный продукт брали и софисты, правда они не акцентировали внимание на том, что деньги берутся за пользование их собственностью, а скорее за возможность обучения у них. *May Ch. & Sell S.* *Intellectual Property Rights: A Critical History*. Lynne Rienner Publishers. 2006. P. 45.

²⁵ См.: *Genteli B.* *Poetry and Its Public in Ancient Greece. From Homer to the Fifth Century*. Baltimore: Johns Hopkins University Press. 1988. P. 165.

и иллюстрациях, которые вполне могут быть признаны «подходящим доказательством осмысления имущественной природы художественной активности»²⁶, а также первого понимания «персональных достижений и предупреждения об обладании собственностью»²⁷, данная практика в дальнейшем была подхвачена и древнеримскими художниками. Однако, в отличие от современной практики, когда плата привязана к публикации или копированию, здесь все же речь шла больше либо о самом процессе создания, либо о продаже физического носителя.

Также важной вехой здесь можно признать отделение художественного как «вымысла» и художественного как «описания». Уже Платон в X книге республики утверждает, что поэты должны быть исключены из его идеального города – ведь любой поэт лжет²⁸. Вместе с высказыванием Семионида о том, что «слово есть образ вещи»²⁹, важно прозрение Платона – любое произведение – это «представление представления», то есть что-то не обязательно описывающее действительность как она есть, а привносящее нечто внутреннее, пусть и исходящее из безумства или «божественного голоса», говорящего через поэта, оказало решающее, хотя и противоречивое влияние на представление об авторстве в европейской литературной традиции³⁰.

Впрочем, кроме греческого дискурса об имущественной природе творчества и ее отделения от простого описания, существует свидетельство первой «собственности на слова» в еврейской интеллектуальной практике. Чтецы Талмуда были обязаны четко идентифицировать других лиц, которые добавляли новое понимание или принципы к толкованию Талмуда во время их устных выступлений. Требование этого содержалось

²⁶ *Ploman E.W. and Hamilton L C.* Copyright: Intellectual Property in the Information Age. Boston, Routledge and Kegan Paul. 1980. P. 162.

²⁷ *Vukmir M.* 1992. The Roots of Anglo-American Intellectual Property Law from Roman Law. IDEA—The Journal of Law and Technology 32. no. 2. P. 129.

²⁸ Поскольку реальная кровать, если привести известный пример, является лишь представлением о кровати, ее «типом» или «формой», и поскольку картина или стихотворение о кровати – это представление этого представления, кровать – это представление этого представления, поэт «находится в двух шагах от истины». Поэт, – заключает Платон, – «устанавливает в умах людей дурную систему правления, удовлетворяя их иррациональную сторону... удовлетворяя свою иррациональную сторону... создавая образы и будучи далеким от истины. Поэзия обладает ужасающей способностью деформировать даже хороших людей». *Plato. The Republic.* Written 360 B.C.E // <http://classics.mit.edu/Plato/republic.html>.

²⁹ См.: *Psellos M.* On the Working of Demons, cited by D. Campbell. Greek Lyric III. Loeb Classical Library (1991). P. 363.

³⁰ См.: *Bennett A.* Op. cit. P. 38.

в самом Талмуде. В книге 23 пророка Иеремии сказано: «Посему, вот Я – на пророков, говорит Господь, которые крадут слова Мои друг у друга. 31 Вот, Я – на пророков, говорит Господь, которые действуют своим языком, а говорят: «Он сказал». 32 Вот, Я – на пророков ложных снов, говорит Господь, которые рассказывают их и вводят народ Мой в заблуждение своими обманами и оболыщением, тогда как Я не посылал их и не повелевал им, и они никакой пользы не приносят народу сему, говорит Господь». В. Хазан отмечает, что этот отрывок объясняет важный принцип еврейского права: присваивать чужие слова было запрещено не только этически, но и юридически³¹, хотя это и похоже больше на «право на идею», чем на современное имущественное право.

ДРЕВНИЙ РИМ

Римскую культуру поистине можно назвать колыбелью всей европейской юриспруденции. Однако, когда речь заходит о Риме, юристы скорее вспомнят что-то из лиц, вещей или исков, но не об авторском праве. Несмотря на это римляне уже в те времена имели развитую (разве что очень медленную) и, что даже важнее, организованную издательскую индустрию по созданию копий письменных текстов, собранных в I в. до н. э. в Александрии, а потом переправленных в Рим уже в V в. н. э. Здесь появляется первое понимание авторами их имущественных интересов, что вполне можно назвать первой рудиментарной концепцией литературной собственности³². С. Мастерсон приводит в пример Цицерона, который явно имел именно предпринимательский интерес в продаже его книг, так как его договоренности с публикаторами основывались на системе роялти. В доказательство он приводит «право на продолжающиеся публикации», проданные Аттикусом книгопродавцу Дорусу³³. А с учетом того, что процесс копирования был довольно долгим, римляне больше обменивались книгами, т. е. фактически распространяли их, а не продавали. А там, где авторы были особенно популярны, они могли благодаря «торговой любезности» передать эксклюзивное право на распространение их произведений на этой территории конкретному книготорговцу³⁴. Это конечно еще не абсолютное право владения идеальным предметом, но вполне себе прототип более поздних итераций авторского права.

³¹ Hazan V. 1970. The Origins of Copyright Law in Ancient Jewish Law. Bulletin of the Copyright Society of the USA 18: 25.

³² См.: May Ch., Sell S. K. Op. cit. P. 47–48.

³³ См.: Masterson S. C. 1940. Copyright: History and Development. California Law Review 28. no. 5 (July). P. 622.

³⁴ См.: Vukimir M. Op. cit. P. 133.

Кроме того, здесь же появляются первые вопросы о личных неимущественных правах. Римляне уже понимали важность признания авторства за конкретным человеком. В отличие от фольклорного творчества (где заимствование целых частей произведения было не то что не предосудительно, но представляло собой единственно возможную практику), Витрувий (автор серии римских книг по архитектуре I в. до н. э.) и более известный Плиний Старший (автор легендарной книги «Естественная история», из которой мы узнали что на территории Балкан живут псоглавцы, и умерший от того, что направился к Везувии во время того самого извержения, чтобы самому увидеть столь редкое явление природы³⁵ и, может быть, спасти своих друзей³⁶) не только потратили время на то, чтобы перечислить и сослаться на всех, чьи работы они использовали в своих книгах, но и враждебно относились к плагиату³⁷. Тот факт, что является сама мысль о возможности «украсть» идею и это неприемлемо, уже подразумевает раннее развитие индивидуальности творчества³⁸. Но, к сожалению, а, может быть, к счастью, свидетельств о том, что в древнем Риме возникали споры по поводу авторства, нет. С учетом того, что вся римская юридическая система предназначалась для решения споров между гражданами³⁹, отсутствие таких споров показательно и в принципе объясняет, почему мы не находим свидетельств об авторских правах в работах известных юристов.

После упадка Римской империи ее, пусть и скудное, но наследие до конца не было забыто. Известен как минимум один спор в Ирландии VI в., на который многие исследователи указывают как на первый спор об авторском праве⁴⁰. Л. Стернс приводит такие слова: «Святой Колумбий

³⁵ См.: *Murphy T.* Pliny the Elder's Natural History: The Empire in the Encyclopedia. Oxford: Oxford University Press. 2004. P. 4.

³⁶ Плиний Младший. Письма VI, 16. Цит. по *Bodel J.* The Publication of Pliny's Letters // *Pliny the Book-maker: Betting on Posterity in the Epistles.* Ed. by I. Marchesi. Oxford University Press. 2015. P. 13–108.

³⁷ См.: *Long P. O.* 1991. Invention, Authorship, Intellectual Property and the Origin of Patents: Notes Toward a Conceptual History. *Technology and Culture* 32. no. 4. P. 854–856.

³⁸ См.: *May Ch., Sell S. K.* Op. cit. P. 48.

³⁹ См. Подробнее: *Harries J.* 1999. *Law and Empire in Late Antiquity.* Cambridge: Cambridge University Press. P. 80; *Gordley G. R.* *The Jurists: A Critical History* Oxford University Press. 2013; *Дождев Д. В.* Римское частное право. М. 1996; 2-ое изд. М. 1999.

⁴⁰ См.: *Birrell A.* [1899] 1971. *Seven Lectures on the Law and History of Copyright in Books.* South Hackensack, NJ: Rothman Reprints. P. 42; *Gerulaitis L. V.* 1976. *Printing and Publishing in Fifteenth Century Venice.* London: Mansell Information Publishing/American Library Association. P. 32; *Masterson M.* Ibid. P. 624; *Ploman E. W. and Hamilton L. C.* Op. cit. P. 8; *Stearns L.* 1992. *Copy Wrong: Plagiarism, Process, Property and the Law.* California Law Review 2. P. 535.

переписал в 567 году книгу псалмов, принадлежащую его учителю Финниану из Мовилля. Когда Финниан возразил, спор перешел к королю Диармеду. Король пришел к выводу, что и оригинал, и копия принадлежит Финниану, сказавшему: «каждой корове – ее теленок, и соответственно каждой книге – ее копия»⁴¹. Фактически Диармед рассматривал книгу как вещь, на которую можно иметь собственность, а копию книги – как ее плод. И даже несмотря на то, что существуют большие сомнения в том, что такое действительно происходило⁴², как правильно замечают Х. Мэй и С. Селл, ее мифическое качество не умаляет ее важности, ведь легенды – это не столько описание реальности, сколько способ, с помощью которого привлекательные и полезные идеи сохраняются. А правовой перерыв после падения Римской Империи и открытия заново *Corpus iuris civilis* не погасил желания владеть идеями и знаниями⁴³.

СРЕДНИЕ ВЕКА И НАЧАЛО НОВОГО ВРЕМЕНИ

После упадка римской империи и наступления того, что обычно называется средними веками, складывающееся понимание авторства можно разделить на несколько пересекающихся сюжетов. Как указывал М. Фуко, маркировка именем автора и само имя было напрямую связано с ценностью произведения как такового и его возможностью претендовать на истину⁴⁴. В этом смысле понятие авторства становится непосредственно связанным с понятием «авторитета» (*authority*) как некоего свойства человека, обладание которым делает возможным утверждать, что то, что он написал, является истиной в последней инстанции. Нетрудно догадаться что в этой парадигме главным Автором является Бог, который и есть сама истина, а также святые отцы, постигшие божественное откровение. Однако кроме святых фигур в качестве владеющих авторитетом также рассматривались древнегреческие и римские мыслители вроде Аристотеля, Цицерона и Платона (в философии) или Вергилия (в литературе). Кажется, такое положение вещей связано с синтезом новой христианской культуры, построенной на превознесении Библии как главного авторитетного текста вместе с наследием римской империи и постепенным нахождением утраченных текстов древнегреческих философов путем их переводов на арабский. Сюда же накладывалось специфическое апокалиптическое

⁴¹ *Stearns L. Ibid.*

⁴² См. Критику: *Scott B.* 2001. Copyright in a Frictionless World: Toward a Rhetoric of Responsibility. *First Monday*. 6 (9). 2001. P. 19

⁴³ *May Ch., Sell S. K.* Op. cit. P. 49.

⁴⁴ *Фуко М.* Что такое автор? В книге: *Фуко М.* Воля к истине: По ту сторону власти и сексуальности. Работы разных лет / Составитель и переводчик: С. В. Табачникова. М. 1996.

мышление средних веков. Мир находится в стадии упадка. С одной стороны, он уже погряз во грехе и становится все хуже и хуже, с другой – Господом было послано Откровение о том, что грядет второе пришествие, после которого воцарится царствие божие на земле. Идея, что миру скоро придет конец, похоже, довольно сильно повлияла на концепцию того, что истина уже была написана⁴⁵ древнегреческими мыслителями древности или же святыми отцами, а значит, ничего прорывного уже быть не может, в том числе и в искусстве, если только сам Бог не снизойдет, чтобы руками человеческими сотворить нечто новое.

Но понимали ли в Средние века концепцию творчества – с учетом того, что ростки этой концепции уже появились в римской и греческой культурах? Ответ на это положительный. Известен комментарий к «созданию» книг францисканского монаха XII в. святого Бонавентуры. Он перечисляет четыре способа создания книги. Первый – это перепись, которая «не добавляет и ничего не изменяет». Второй – компиляция, объединяющая отрывки из других текстов, самих по себе не имеющих «авторитета, собственности или оригинальности». Третий – комментирование, то есть добавление собственных слов к словам других. Четвертый – авторство (от слова *actor*, который записывает как собственные слова, так и чужие, но на первом месте его собственные слова, а «другие добавлены только для целей подтверждения»)⁴⁶. Несмотря на то, что в четвертой категории можно увидеть нечто похожее на современную концепцию творческого труда как нечто, что исходит изнутри автора, как указывают Дж. Барроу и М. Беннет, Бонавентура и другие средневековые мыслители не делали специального акцента на этом способе создания книг. Для них и перепись, и авторство – разновидности одного и того же процесса без того принципиального различия, которые вкладывают в эти слова наши современники.

Поэтому можно сказать, что в средние века понятие творчества подменялось понятием авторитета. Никому не было важно, что искусство – это акт созидания, важно было только, обладают ли создатель и вслед за ним получившийся предмет искусства той высоко привилегированной идентичностью, которую дает наличие авторитета⁴⁷. Средневековое понимание авторства делает акцент не на авторе как на личности, а на

⁴⁵ Великие авторы прошлого – христианские и языческие – уже сказали почти все, что можно было сказать. *Burrow J. A. (1982) Medieval Writers and Their Work: Middle English Literature and its Background. 1100–1500. Oxford. Oxford University Press. P. 32.*

⁴⁶ См.: *Burrow J. A. Ibid. P. 29–30.*

⁴⁷ См.: *Minnis A. J. (1988) Medieval Theory of Authorship: Scholastic Literary Attitudes in the Later Middle Ages. 2nd ed. Aldershot. Scolar. P. 1.*

авторе как на авторитете, который должен провозглашать в произведении непреложные истины. Если истины в произведении нет, это значит, что автор не более, чем простой переписчик. И это продолжалось вплоть до Нового времени, когда индивидуализм вслед за гуманизмом начал расцветать и выходить на первый план.

Это довольно важно для понимания нецелесообразности переноса современного понимания вопроса на происходившее в Средние века. Например, рассматривая ситуацию с А. Данте (1265–1321) как тем, кто первый решил посягнуть на то, чтобы обладать авторитетом в средневековом смысле слова, И. Невзоров, ссылаясь на С. Неретину, считает, что таким образом в «Божественной комедии» «Данте становится автором в современном смысле этого слова» и что Данте впервые выразил мысль о том, что писатель может быть наделен властью, то есть фактически определенными правомочиями. «Наделяясь авторитетом... то есть тем, чем до Данте обладали лишь небесные и политические субъекты, наделяясь возможностью требовать от третьих лиц послушания и возможности следования своей позиции, писатель становится автором, то есть фактически носителем этого авторитета, носителем права требовать признания собственной позиции и следовать ей»⁴⁸. Данная концепция зиждется на понятии авторитета как «юридической возможности осуществлять определенные действия и требовать его исполнения, все это Данте впервые в истории вкладывает в используемый им термин «автор», в этот раз применительно к писателю, к автору, к творцу, к самому себе»⁴⁹.

Однако настолько юридическая концепция авторитета, то есть ситуация, когда авторитет – это то, что придает некоему действию легитимность, встречается гораздо позднее в трудах Франческо де Витториа⁵⁰, жившего только через 100 лет после смерти Данте. Данте же все еще остается во власти того понимания авторитета, которое было сформулировано церковной властью, то есть иерархической структуры, в котором высшая власть принадлежала Христу, а он делегировал ее своим апостолам, а позднее тем, кто своим величием приблизился к мудрости апостолов – языческим философам наподобие Аристотеля, которых иногда называли «христианами до Христа», подразумевая что их мудрость и величие также имели божественное происхождение⁵¹. В этом смысле для Данте

⁴⁸ Невзоров И. Данте Алигьери: Автор, сотворивший Автора. IP-экскурсия по Италии № 9 // https://www.youtube.com/watch?v=fDVilbfJ_ts&ab_channel=CLAIMS.

⁴⁹ Невзоров И. Ibid.

⁵⁰ См.: Марей А. В. Авторитет, или Подчинение без насилия. СПб.: Издательство Европейского университета в Санкт-Петербурге. 2017. С. 75.

⁵¹ См.: Марей А. В. Указ. соч. С. 75.

авторитет понимался как некое социально признаваемое литературное знание, имевшее при этом уже не юридическую, но религиозную подоплеку. Такая власть не давала юридических возможностей, а скорее открывала социальные возможности признания и восприятия всерьез. Ведь к тем, кого признавали «авторитетами», прислушивались, как сейчас прислушиваются скорее к авторитетным комментаторам, нежели к тем, кто может юридически заставить других следовать их мнению. У Данте в его «Божественной комедии» была более специфическая задача – доказать, что у современного автора (то есть у него) есть возможность получить такой же социальный или литературный авторитет, как и у писателей прошлого⁵². Но современная концепция авторства строится не на авторитете, а на наличии творческого труда, что значительно смещает акценты. Данте не пытается вырваться из иерархии авторитета, а только делает попытки вписать в нее себя. Причем делает это пока довольно опосредованно, указывая, что настоящим «актор» – все еще может быть только Бог, который слишком велик для таких рамок. Данте же довольствуется званием «поэт», то есть лица, которое прошло строгий апостольский экзамен и тем самым наделило свой язык, свои слова тем же уровнем авторитета, который имел Адам, когда в первый раз назвал Бога – богом⁵³. В этом смысле Данте скорее можно считать переходным звеном между средневековым «все уже было написано, а что написано сейчас – это только комментарий к написанному, но не нечто новое» к проявлению своего внутреннего «я» творцами нового времени. Действительно, первым автором, который стал мыслить себя как Автор, имеющий собственное «я», собственный творческий огонь, который он привносит в свои произведения, следует считать скорее Ф. Петрарку или Дж. Чосера⁵⁴. Именно в произведениях Петрарки (1304–1374) действительно огромный отпечаток личности, без каких-либо попыток скрыть его за ложной скромностью или принижением себя, как это все еще встречается у Данте. Чосер (1340–1400) же прямо задает вопрос «об авторстве» в общем прологе «Кентерберийских рассказов», игриво и саморефлексивно вопрошая о своей ответственности за те истории, которые он рассказывает⁵⁵. Несмотря на то, что он, в каком-то смысле

⁵² См.: *Ascoli A. R. Dante and the making of a Modern Author. Cambridge University Press. 2009.*

⁵³ См.: *Ascoli A. R. Ibid. P. 405.*

⁵⁴ «В основании споров о Петрарке по-прежнему, начиная с Де Санктиса, лежит неоспоримое впечатление крайней литературности, деланности его творчества. Петрарка обдуманно ставит в центр некое «я», но... совершенно стилизует себя». См. подробнее: *Баткин Л. М. Петрарка на острие собственного пера: Авторское самосознание в письмах поэта (Вып. 12). 1995. // http://ivgi.rsuhr.ru/binary/object_48.1290370937.69095.pdf.*

⁵⁵ См.: *Kimmelman B. (1999) The Poetics of Authorship in the Later Middle Ages: The Emergence of the Modern Literary Persona. New York. Peter Lang. P. 169.*

так же, как и Данте, пытается завуалировать свое «авторство» произведения, в отличие от Данте (который маскирует не то, что он творец, а то, что он может иметь такой же авторитет, как и Бог-творец, – вопрос творчества у Данте не стоит), Чосер явно осознает себя как «автора-творца» и пытается замаскировать именно «выдуманность» «Кентерберийских рассказов». Как указывал А. Беннет, его сознательная фикция авторской скромности есть лишь тщательно продуманная авторская игра, действие которой разворачивается в «Кентерберийских рассказах». С ее помощью конструируется возможность воспринимать разрыв между произведениями и автором, позволяющий читателям ощущать ту иронию, аллюзии, отступления и другие литературные условности, заложенные Чосером в его произведение⁵⁶. В этом смысле не зря, может быть, концепция романтического автора-гения родилась именно в Англии. Признать связь между Чосером и Э. Юнгом⁵⁷ в аспекте генеалогии концепции авторства гораздо легче, чем между Чосером и Данте.

Другим же важным с этой точки зрения писателем можно признать П. Абеляра, его поистине еретическое произведение 1132 г. «История моих бедствий», в котором монах с налетом рыцарского романа и художественного приукрашивания описывает свою любовь к Элоизе. Оно является одним из первых автобиографических произведений в средневековой западноевропейской литературе. И с учетом одиозности этого произведения в нем действительно слишком много Абеляра и слишком мало того, за что в других произведениях средневековые мыслители находили возможность признания авторитета.

Между писцом и романтическим автором

Данте, Петрарка, Чосер и другие писатели и поэты, которые уже начали осмыслять связь между собой и своими произведениями все-таки оставались скорее исключением, нежели правилом. Авторство как процесс создания произведений все еще не мыслилось как некий творческий акт – скорее как акт ремесленный, причем в деле, которое требует некоторой коллективности в производстве. Из-за этого довольно продолжительное время конкретный правовой дискурс авторского права развивался не в контексте автора как центральной фигуры, а в контексте ремесленных гильдий и издателей как «владельцев знаний» в противовес

⁵⁶ Bennett A. Op. cit. P. 42–43.

⁵⁷ О влиянии работы Эдварда Юнга на континентальное авторское право см.: Woodmansee M. The Genius and the Copyright: Economic and Legal Conditions of the Emergence of the 'Author' // Eighteenth-Century Studies. Vol. 17. Issue 4. 1984. P. 425–448.

«создателям»⁵⁸. Можно даже сказать, что юридическая формализация защиты текста, картин и других объектов искусства была похожа скорее на протопатентное право, так как привязывалась к способу и монополии на производство, чем на решение юридической судьбы интеллектуального продукта. Известен пример Я. Канторовича об одной из первых выданных привилегий на распространение книг⁵⁹. Венецианская республика, выдавая привилегию на печать юристу П. Равенскому, ставила в центр не то, что в книге выражена его личность, а то, что он затратил большее количество усилий на его создание⁶⁰, что еще раз показывает отсутствие идеи того, что авторство само по себе, вне других идентификаторов может обосновывать какие-то имущественные интересы. Единственное исключение из этого на законодательном уровне наблюдалось в Венеции, которая довольно долгое время была «колыбелью» юридической мысли в плане авторского и патентного права, хотя она и не смогла достигнуть таких же высот, как чуть позже Англия. Совет Десяти в 1544 г. издал акт, который гласил, что «ни один печатник города не должен печатать или предлагать к продаже напечатанное в отношении любой работы на любом языке, если сам автор или его наследники не дали письменное согласие Совету Образования (Refomatori) в Университет Образования (the State University of Education)»⁶¹. Данный акт вполне можно считать первым юридическим документом, в котором автор понимался в значении создателя, а не просто переписчика, хотя, конечно, в отсутствие права на воспроизведение как такового фигура автора так и осталась на вторых ролях.

Но что же повлияло на этот переход – от автора как ремесленника к автору-творцу? Важной вехой здесь, как ни странно, стало изобретение подвижного шрифта и других способов промышленной печати. Существуют несколько точек зрения на то, как именно изобретение печати повлияло на становление авторства. Так Э. Эзенштейн видит это в первую очередь как последствие изобретения подвижного шрифта, которое не только упростило создание копий, но также сделало создание произведений

⁵⁸ См.: *May Ch., Sell S. K. Op. cit.* P. 65–71.

⁵⁹ *Канторович Я.* Литературная собственность: съ приложеніемъ всехъ постановленій действующаго законодательства о литературной, художественной и музыкальной собственности. СПб .1895. С. 9–10.

⁶⁰ «Явившийся к светлейшему вождю и вославив наши владения знатный юрисконсульт по имени Петр из Равенны, читающий каноническое право, почтительно заявил, что в течение всей своей жизни употребил весьма много старания и труда... почему смиренно просил, дабы запрещено было другим собирать плоды его трудов и бессонных ночей» См.: *Канторович Я.* Указ. соч. С. 10.

⁶¹ См.: *May Ch., Sell S. K. Op. cit.* P. 69.

более упорядоченным, фиксированным⁶². Подвижные шрифты по своей конструкции не позволяли настолько же легко вносить изменения в работу, как это было до этого с переписчиками, которые не гнушались как изменять, так и дописывать произведения во время работы, пусть и не осознавая это ни как акт творения, ни как акт вмешательства в чью-то собственность или личность. Здесь же появляется концепция «оригинальности» или «творческого труда», настолько важного для современного авторского права. В ситуации, когда нет распространения дешевых копий, никто не был в состоянии узнать, что новый текст действительно был новым⁶³. Это то, что Дж. Барроу метко охарактеризовал как разницу между «прерывистой культурой эпохи рукописи» и «постоянной культурой эпохи печати»⁶⁴, а Ж. Деррида называет «разоблачительным изобретением, открытием и обнародованием того, что уже есть», в противоположность «творческим изобретениям, производству того, чего нет»⁶⁵. В противовес Э. Эзенштейну В. Уолл также подчеркивает важность изобретения печати, но видит в ней скорее обратный импульс расцвета индивидуальности в качестве ответа на неизбежную унификацию, которую влечет за собой «постоянность» книги⁶⁶. Другим важным моментом здесь является эффект «замкнутости» – ведь в отличие от устной фольклорной культуры, которая, как я отмечал, представляет собой акт исполнения и акт творчества одновременно, – печатный текст создает ощущение того, что он существует будто бы сам по себе без связи с другими объектами культуры⁶⁷. Чтобы увидеть эту связь, уже нужно обладать некоторым набором знаний и умений, что для рядового читателя попросту не нужно. Здесь же можно отметить развитие именно художественной литературы и уменьшение ссылок на авторитеты в научной. Если посмотреть на те же сочинения Н. Макиавелли, то можно увидеть, что они представляют собой имплицитный спор и дискуссию с другими авторами того времени⁶⁸. А с учетом

⁶² Eisenstein E. L. The printing press as an agent of change: communications and cultural transformations in early modern Europe. 2 vols. Cambridge: Cambridge University Press. 1979.

⁶³ Eisenstein E. L. Ibid. vol. 1. P. 123–124.

⁶⁴ Burrow J. A. Op. cit. P. 126.

⁶⁵ Derrida J. (2000) Demeure: Fiction and Testimony / trans. Elizabeth Rottenberg. Stanford University Press. P. 168.

⁶⁶ Wall W. (1993) The Imprint of Gender: Authorship and Publication in the English Renaissance. Ithaca. Cornell University Press.

⁶⁷ Ong W. (1982) Orality and Literacy: The Technologizing of the Word. London. Routledge. P. 133–134.

⁶⁸ См. подробнее: Покок Д. Г. А. Момент Макиавелли // М. Новое литературное обозрение. 2020.; Скиннер Кв. Макиавелли. Очень краткое введение. М. АСТ. 2009.

того, что текстов было довольно мало, читатель, привыкший собирать книги по определенному интересующему его вопросу, мог проследить эту дискуссию сквозь несколько книг, пусть даже если в самих книгах не было прямых ссылок. С распространением дешевых печатных книг и чтения в целом происходит усиление индивидуальности и приватности чтения. Диалог теперь ведется в меньшей степени между несколькими авторами и в большей между автором и читателем, что в итоге и привело к пониманию авторского права как права имущественного⁶⁹.

А. Беннет в свою очередь подчеркивает экономический момент формирования авторства как проявления индивидуальности в искусстве. Как и в древней Греции, в Европе XV–XVII вв. были очень распространены отношения меценатства. И если в Греции само сочинение в какой-то момент стало ценностью, то в Европе эпохи Возрождения искусство с определенного времени стало носить вторичный характер, то есть способ «показать себя потенциальным покровителям как придворных, искусных в словесном отношении, морально надежных людей, хорошо подготовленных для работы секретарями, клерками на официальной службе, частными репетиторами или остроумными постановщиками аристократических развлечений»⁷⁰, что в свою очередь дало В. Уолл возможность вообще отрицать идентификацию авторов как «Авторов» даже в древнем смысле этого термина⁷¹. В этом смысле, пока людям экономически невыгодно зарабатывать на жизнь только творчеством, а не служением аристократии, современное чувство авторства «остаётся дремлющим или лишь частично выраженным в рамках доминирующей культуры»⁷². Поэтому можно утверждать, что решающий вклад в становление автора как Автора и в развитие имущественных интересов авторов от использования их произведений в противовес произведению как средству получить работу внесли те писатели и поэты, которые не побоялись пойти против господствовавшего в то время мнения о том, что «печатное искусство» – это что-то низкое и вульгарное, в отличие от высокого искусства, доступного узкому кругу аристократов, и сделали творчество и заработок на творчестве с помощью распространения их работ смыслом их жизни⁷³. Перефразируя

⁶⁹ North M. (2001) Authorship and Autography. PMLA 116, 5: 1377-85. P. 1380.

⁷⁰ См.: Heale E. (2003) *Autobiography and Authorship in Renaissance Verse: Chronicles of the Self*. Basingstoke. Palgrave. P. 11.

⁷¹ Wall W. Op. cit. P. 12–13.

⁷² Bennet A. Op. cit. P. 48.

⁷³ См. подробнее Helgerson R. (1983) *Self-Crowned Laureates: Spenser, Jonson, Milton and the Literary System*. Berkeley. University of California Press.

Л. Липкинга, можно сказать, что автор становится автором тогда, когда начинает размышлять, «что значит быть автором»⁷⁴, а еще «как заработать только на авторстве».

НАЧАЛО РОМАНТИЧЕСКОГО ГЕНИЯ

Как заметила один из самых авторитетных историков авторского права XVIII в. М. Вудманзи, концепция авторства как индивидуального гения, совершающего акт бескорыстного творения, чье творчество становится ценнее, чем любое его физическое выражение, появилась в результате не только экономических, но, прежде всего, юридических причин. Именно юридическое закрепление имущественных прав авторов и их статуса в Статуте Анны – вкупе с распространением письменности среди женщин и периодических изданий – позволило расцвести романтической концепции авторства. Статут Анны отражает четыре центральных принципа законодательства об авторском праве: признание естественных прав, справедливое вознаграждение за авторский труд, стимулирование творчества (!) и некоторые четкие социальные требования⁷⁵. Здесь уже появляется автор в современном смысле слова, личность, посвятившая себя писательству, зависящая от писательства, но не от других людей – покровителей, автор, пишущий ради заработка или чувства идентичности, автономный и независимый в конечном счете от самого общества⁷⁶, который впоследствии, с легкой руки У. Вордсворта, становится «летописцем и хранителем, утешителем и нравственным наставником, пророком и посредником»⁷⁷ в одном лице. Из-за этого понятия «авторство» становится неразрывно связанным с обладанием «авторским имуществом» – той самой интеллектуальной собственностью⁷⁸, в отличие от более аморфного акцента на творческом процессе как неотъемлемой авторской идентичности. Поэтому, как подчеркивает М. Вудманзи, законы об интеллектуальной собственности стоят на переосмыслении самого творческого процесса, кульминацией которого и стали высокие романтические заявления о том, что процесс творчества – это процесс выражения индивидуумом

⁷⁴ *Lipking L.* (1981) *The Life of the Poet: Beginning and Ending Poetic Careers*. Chicago. University of Chicago Press. P. viii.

⁷⁵ См.: *Davies G.* 2002. *Copyright and the Public Interest*. London: Sweet and Maxwell. Цит. по: *May C., Susan S. K.* Op. cit. P. 93.

⁷⁶ См.: *Bennett A.* Op. cit. P. 50.

⁷⁷ *Wodmansee M.* The 'romantic' author in *Alexander I., Gomez-Arostegui H. T.* Research handbook on the History of Copyright Law. Cheltenham. UK. Edward Elgar pub. 2016. P. 61.

⁷⁸ См.: *Rose M.* *Authors and Owners. The Invention of Copyright* (Harvard UP 1993); *Woodmansee M.* *The Author, Art and the Market: Rereading the History of Aesthetics* (Columbia UP 1994).

самого себя⁷⁹. В этом смысле идея М. Фуко о том, что литературный и научный дискурс атрибуции текстов поменялись местами⁸⁰, становится не настолько важной перед переходом от системы покровительства к возможности массовой и коммерческой публикации работ⁸¹.

Однако здесь есть парадокс. Романтический гений представляет собой человека, который «творит, потому что не может не творить», а не «творит, потому что может на этом заработать». В этом смысле вся концепция литературного гения на самом деле скорее противостоит юридической концепции авторского права, чем помогает ей – ведь в нее изначально «зашиито» презрение к мелочности и низости, а что может быть для христианской европейской культуры во все времена более низким, чем получение денег за «нечто высокое». Как указывал А. Беннет, «то, что было названо «романтической идеологией» авторства, является, по выражению П. Бурдьё, «перевернутым экономическим миром», миром, в котором ценность произведения точно приравнивается к его предполагаемой удаленности от своего «поля производства». Короче говоря, если книга имеет коммерческую ценность, считается, что ей не хватает эстетической ценности»⁸². С точки зрения романтической концепции, каждое произведение бесценно — ведь оно является выражением индивидуального и несуществующего опыта, а значит, его нельзя выразить в презренных деньгах. Именно в XVIII в. такая идеология авторства начинает доминировать в литературе и определять концепцию самого авторства⁸³. Как правильно отмечает Т. Иглтон, «это представление искусства и, следовательно, художника как автономного и бескорыстного, создано «как раз тогда, когда художник превращается в мелкого товаропроизводителя», может быть понято как нечто вроде «духовной компенсации» за унижение, которое такое индивидуум может испытывать от перспективы писать за деньги»⁸⁴. Парадокс заключается в том, что именно это мистифицирующее ощущение автора как человека, стоящего выше коммерческих соображений, делает его работу экономически или коммерчески жизнеспособной⁸⁵. Автор противопоставляет себя «буржуа», жертвует собой, изобретает себя

⁷⁹ *Woodmansee M.* Op. cit. P. 27.

⁸⁰ *Фуко М.* Указ. соч.

⁸¹ *Chartier R.* (1994) *The Order of Books: Readers, Authors and Libraries in Europe between the Fourteenth and Eighteenth Centuries*, trans. Lydia G. Cochrane. Stanford University Press. P. 31.

⁸² *Bourdieu P.* (1993) *The Field of Cultural Production: Essays on Art and Literature*, ed. Randall Johnson. New York. Columbia University Press. ch. 1 цит. по: *Bennett A.* Op. cit. P. 50.

⁸³ См.: *Ibid.*

⁸⁴ *Eagleton T.* (1990) *The Ideology of the Aesthetic*. Oxford. Basil Blackwell. P. 64–65.

⁸⁵ См.: *Bennett A.* Op. cit. P. 50.

в страдании, в бунте против буржуа, против денег, изобретая отдельный мир, где законы, экономическая необходимость приостанавливаются, по крайней мере на некоторое время, и там, где ценность не измеряется коммерческим успехом»⁸⁶. Этот «культурный капитал» основан на отрицании капитала, капитализма, экономической или корыстной мотивации писательства: это отрицание денег, в конечном счете – то, что делает деньги⁸⁷.

Резюмируя, можно сказать, что концепция романтического авторства довольно диалектична. Ее фундамент составляет то, что она хотела бы полностью отринуть и от чего отречься. В то же время, без этого фундамента вряд ли бы появился автор как оригинальная, автономная и фундаментально выражающая уникальную индивидуальность личность⁸⁸.

Другим важным следствием юридикации авторства и вытекающих из нее авторских прав является то, что сами авторы начали обсуждать свои работы в юридических терминах, а также воспринимать персонажей работ как «детей», т.е. некоего сакрального – того, что должно быть особо защищено со стороны публичной власти. Е. Ф. Джадж описывает дискуссии, возникшие в связи с распространением несанкционированных продолжений популярных историй, вроде «Памелы и Клариссы» С. Ричардсона и «Робинзона Крузо» Д. Дефо и использовавшие весь словарь английского уголовного права. Персонажи могли быть похищены (*kidnapped*), подделаны (*counterfeited*), изнасилованы (*ravished*) и обесценены (*debased*), что впоследствии превратилось уже в концепции частного права, по которому персонажи могут быть предметом требований (*claimed*), собственностью (*owned*) и нелегально использованы (*taken*)⁸⁹. Такое положение дел и вообще возможность осмыслить внутреннее содержание текста, в отличие от физической книги, как то, использование чего будет считаться уголовным преступлением, – настолько оно важно и связано с личностью, – могло появиться только в результате коренного сдвига в осознании авторства, и, что более важно, сдвига в юридическую плоскость.

В дальнейшем это романтическое понимание авторства, хотя и несколько упрощенное и даже, можно сказать, вульгаризированное, так и осталось фундаментом рассуждения об авторстве в юриспруденции. Им

⁸⁶ См.: *Bourdieu P.* 1993. цит. по *Bennett A.* Op. cit. P. 51

⁸⁷ См.: *Bennett A.* Op. cit. P. 53.

⁸⁸ *Bennett A.* Op. cit. P. 54.

⁸⁹ *Judge E. F.* *Kidnapped and Counterfeit Characters: Eighteenth-Century Fan Fiction, Copyright Law and the Custody of Fictional Characters* (2009). *Originality and Intellectual Property in the French and English Enlightenment.* P. 22–68. Reginald McGinnis. ed. Routledge. 2009. P. 25.

пронизано создание Бернской конвенции⁹⁰, английских законов об авторском праве⁹¹, да и в целом любых других нормативных правовых актов, с этим связанных. Даже если рассмотреть тот дискурс о началах авторского права, в рамках которого рассуждали советские юристы, то мы тоже можем увидеть этот романтический взгляд на автора как индивидуально-го творца⁹². Если выделять постулаты этого взгляда, то можно говорить о «выражении», «гениальности» и «оригинальности», выхолощенных в юриспруденции до «новой формы» и «творческого вклада» под гнетом необходимости соблюдать принцип формального равенства и защищать произведения независимо от их достоинств.

КРИТИКА РОМАНТИЧЕСКОГО АВТОРА

Как было отмечено, дискурс юриспруденции по поводу авторства и автора остановился на романтическом фундаменте и перешел к решению исключительно правовых прикладных проблем: где искать творческий труд для признания за автором юридических прав, когда появляются охраняемые элементы и т. д.⁹³. Романтический автор, «суверенный одиночка»⁹⁴, стал в некотором смысле юридической догмой, явно или неявно присутствующей в любых рассуждениях по этому поводу, когда вопрос касается чисто юридической тематики. Однако в философии и литературе взгляд на авторство не остановился на романтическом гении, существует обширная критика «автора как гения». При этом я не хочу сказать, что эта критика настолько разрушительна, что должна полностью уничтожить фундамент авторского права и все авторское право за ним, как иногда высказываются сторонники «авторского лева»⁹⁵. Скорее литературная критика и погружение в более широкий философский контекст могут помочь юриспруденции выстроить более справедливую концепцию авторского

⁹⁰ *Jaszi P. and Woodmansee M. The Ethical Reaches of Authorship, South Atlantic Quarterly* 95. no. 4 (1996). P. 955.

⁹¹ *Woodmansee M. The Cultural Work of Copyright: Legislating Authorship in Britain 1837–1842 in Sarat A. and Kearns T. R. (eds). Law in the Domains of Culture (U Michigan P 1998). P. 65–96.; Woodmansee M. The Author, Art and the Market. P. 111–147.*

⁹² См., например: *Флейшиц Е. А. Избранные труды по гражданскому праву. В 2 т. Т. 1. М.: Статут. 2015.*

⁹³ Обзор юридического взгляда на «автора» можно найти: *Ginsburg J. Ibid.*

⁹⁴ *Derrida J. (1978) Writing and Difference. London. Routledge. P. 226.*

⁹⁵ Авторское лево (copyleft) – это обобщенный метод сделать программу (или другую работу) свободной (в смысле свободы, а не «нулевой цены») и потребовать, чтобы все последующие измененные и дополненные версии программы тоже оставались свободными. Подробнее см.: Что такое авторское лево? // <https://www.gnu.org/licenses/copyleft.ru.html>.

права, особенно в вопросах возможного свободного использования. В этом смысле современная критика является логическим продолжением дискурса об авторе, возникшего еще в средние века, и игнорировать его – это впасть в гордыню, будто бы уже созданное авторское право настолько идеально, что не требует ни изменений, ни переосмыслений.

Постструктурализм и авторство

Современная критика концепции «авторства» и той позиции, которую занимает это понятие в общественных науках, в том числе в юриспруденции, связана так или иначе с постструктурализмом. В каком-то смысле сформировавшаяся концепция автора-гения – это и есть та самая «структура», с помощью которой мы интерпретируем и выстраиваем авторское право. Так же, как и другие структуры, концепция авторства наполнена бинарными оппозициями, в которых одна из оппозиций становится главенствующей: автор/ремесленник, творчество/техническое действие, лицо, вложившее авторский труд/лицо, оказавшее содействие или контроль, идея/выражение, содержание/форма и т. д. Ведь юриспруденция – очень благодатная почва для того, чтобы мыслить структурами. По-другому выстроить правовые модели, если не невозможно, то слишком сложно. Однако несмотря на то, что практическую пользу от структурного мышления нельзя переоценить, обратной стороной медали будут ригидность и остановка понимания культурных объектов. Предубеждения и неправильные толкования, лежащие в основе юридического дискурса, могут считаться справедливыми на коротком отрезке времени, но с его течением будет появляться все больше и больше проблематики, которая только и будет усиливать несправедливость. Основывать знание на чистой систематической структуре невозможно⁹⁶. Вместо этого постструктуралистский подход предлагает изучать не только сам объект (авторство), но и ту систему знаний, убеждений и смыслов, внутри которой этот объект был произведен⁹⁷, что, в свою очередь, позволит как демистифицировать структуру, так и выделить те ее части, которые обусловлены конкретным историческим периодом или системой отношений и либо устарели, либо не отвечают критерию справедливости, то есть создают явный и видимый перекося в балансе интересов уже на моменте перевода этих интересов на юридический язык прав и обязанностей.

И первый момент, на который обратили свои взор такие мыслители, как М. Фуко и Р. Барт, – идея, что в произведении мы можем найти смысл,

⁹⁶ См.: Colebrook C. (2002). Gilles Deleuze. Routledge Critical Thinkers. Routledge. P. 2.

⁹⁷ Raulet G. (1983). Structuralism and Post-Structuralism: An Interview with Michel Foucault. Telos. 1983 (55). P. 195–211.

который был заложен его автором. Фактически та концепция, что автор вкладывает в произведение отпечаток его личности и творческого опыта, является центральной для континентальной доктрины и романтического взгляда на фигуру автора⁹⁸. Из этой концепции вытекает ее юридическое оформление, а именно «право на неприкосновенность», «право на уважение автора», «право на целостность произведения». И, в отличие от России, где право на неприкосновенность в правоприменительной практике незаслуженно забыто⁹⁹, а в части производных произведений так вообще элиминировано¹⁰⁰, в других континентальных и не только юрисдикциях право на неприкосновенность нередко предоставляет гораздо более широкие правовые возможности по запрету определенных действий, чем даже исключительное право¹⁰¹. Но при этом единственным аргументом в пользу появления такого права служит как раз идея, что между личностью и произведением связь все-таки существует.

Французские постструктуралисты изобрели как минимум две, почти не пересекающиеся формулы критики данного постулата¹⁰². Первая из них эссе Р. Барта «Смерть автора». В нем Р. Барт выступает против традиционной практики полагаться на намерения и биографию автора, чтобы объяснить «конечный» смысл текста. Поскольку текст, в отличие от речи, существует отдельно от пишущего и может быть прочитан в его отсутствие, в том числе максимально радикальное, «назначить тексту автора» и установить единственно правильную интерпретацию, основываясь на опыте и предубеждениях этого автора, – значит «наложить ограничение на этот текст»¹⁰³. А для Р. Барта любой текст – это не просто набор букв, передающих единственный смысл, «ткань цитат», взятая из «бесчисленных центров культуры», а не из одного индивидуального опыта. На самом

⁹⁸ В отличие от литературоведения, где до появления по крайней мере формалистов люди пытались найти то, что стоит «за» текстом (автор и его замысел), для юристов само нахождение не играло большой роли – главное сама потенция, что «там что-то есть». См. подробнее о том, как развивался поиск авторского замысла: *Leroy S.* «New Criticism» in *The Johns Hopkins Guide to Literary Theory*. 2nd edition. Edited by M. Grode., M. Kreiswirth M., I. Szeman. Baltimore. The Johns Hopkins University Press. 2005.

⁹⁹ Хотя в юридической литературе можно встретить критику и призыв восстановить для права на неприкосновенность его истинные возможности – см.: *Мамвеев А. Г.* Интеллектуальные права на произведения науки, литературы и искусства. Пермь, 2015.

¹⁰⁰ Постановление Пленума ВС РФ от 23 апреля 2019 г. № 10.

¹⁰¹ Подробнее см.: *Rigamonti C. P.* (2006). Deconstructing Moral Rights. *Harvard International Law Journal*. 47(2). P. 353–412.

¹⁰² См.: *Burke S.* (2010). *The Death and Return of the Author: Criticism and Subjectivity in Barthes, Foucault and Derrida* (3 ed.). Edinburgh University Press.

¹⁰³ *Барт Р.* Смерть автора // *Барт Р.* Избранные работы: Семиотика. Поэтика. М. 1994. С. 384–391.

деле смысл текста находится не со стороны автора, а со стороны читателя и его интерпретативных возможностей и внутренних впечатлений. И ради того, чтобы показать эту несостоятельность возможности нахождения личности автора в его тексте, Р. Барт даже отказывает автору в возможности называться Автором. Ведь, как мы видели, слово «автор» происходит от слова «авторитет». И Р. Барт видит в попытке установить непреложную истину смысла в тексте через связь текста с автором – тот самый отголосок средневекового прошлого, когда текст и автор понимались сквозь призму авторитета, а не «создания» или «творчества». Барт называет автора «сценаристом», который существует для того, чтобы творить и создавать, а не объяснять и интерпретировать. Отказывая автору в субъектности во время интерпретации текста и лишая его власти авторитета, Р. Барт парадоксальным образом «очищает» автора от всего, что не касается собственно творчества, и провозглашает его создателем.

В то же время, критику концепции «автора как создателя смыслов» создает Ж. Деррида в книге «О Грамматологии». Для Ж. Дерриды автор всегда может сказать «больше, меньше или что-то совсем другое вместо того, что он хотел бы иметь в виду»¹⁰⁴. Ж. Деррида не отрицает полностью возможность принятия во внимание авторского намерения, но для него это намерение фундаментально неопределенно и отличает художественную литературу от других дискурсов, вроде философии и юриспруденции¹⁰⁵. С точки зрения Ж. Дерриды, авторское намерение выступает скорее ограждением, чтобы «не сказать, чем угодно», но не способом конституировать власть автора над смыслами текста – ведь все равно разница между тем, что автор хотел сказать, и тем, что он на самом деле написал, сохраняется.

Делает ли эта критика возможным утверждение, что право на неприкосновенность не должно существовать? Не уверен. Однако аргументы, приведенные и Р. Бартом, и Ж. Дерридой, убедительно доказывают, что право на неприкосновенность не может быть абсолютным в терминах даруемой им власти и отсутствия объективных ограничений. Мы не можем больше класть в основу этого права интерес автора в защите его личности в тексте, так как у автора не может быть собственности по отношению к смыслу. Однако мы все равно можем найти разумные интересы, которые можно перевести на юридический язык с помощью права на неприкосновенность, чтобы придать им юридическую защиту. Но это явно не может быть «просто» запрет на внесение любых изменений или снабжение произведения комментариями.

¹⁰⁴ *Derrida J.* (1976) *Of Grammatology*, trans. Gayatri Chakravorty Spivak. Baltimore. Johns Hopkins University Press. P. 158.

¹⁰⁵ *Bennett A.* Op. cit. P. 81–82.

Другим объектом для критики оказывается сама возможность «творческой оригинальности», которая так же имплицитно присутствует в авторском праве. Даже если современное законодательство не содержит требования к новизне как к созданию чего-то «исключительного нового», все равно требуется, чтобы хотя бы форма произведения отличалась и не существовала до момента ее выражения. Однако известны случаи, когда некоторую идею можно выразить только в нескольких формах, что стало основой американской концепции доктрины слияния (*merges doctrine*). Особенно опасным образом это выражается в российском законодательстве с его закреплением защиты частей произведения в случае, если в эти части был вложен самостоятельный творческий труд, – ведь последовательное применение этой нормы вкупе с концепцией «внутренней формы» может фактически уничтожить создание новых жанров, поскольку на каждый системообразующий троп или клише можно будет декларировать авторские права так же, как и на книгу в целом. Но идеи Р. Барта и Ж. Дерриды о демистификации и деавторитизации авторства исходят из практической невозможности «независимого творчества», и названные авторы полагают, что все тексты обязательно являются воспроизведением других текстов¹⁰⁶. Как правильно выразилась Дж. Литман, «авторство – процесс адаптации преобразования и рекомбинации того, что уже существует в какой-то другой форме»¹⁰⁷. В этом заключается еще один парадокс современного авторского права. Мы распространяем авторскую защиту на довольно неоригинальные произведения или произведения с «низким уровнем творчества», при этом имплицитно навешивая на их авторов ярлык «романтического автора» и предоставляя такой же уровень защиты, как и для оригинальных произведений. Это не значит, что подобные произведения вообще не должны защищаться, но кажется, что для них уровень защиты должен быть снижен, по крайней мере для тех случаев, когда использование носит характер не просто доскопального копирования, но преобразовательный или трансформативный. Одно дело защищать атрибуцию от незаконного присвоения, другое – тормозить творчество и самовыражение.

¹⁰⁶ *Craig C. J.* Symposium: Reconstructing the Author-Self: Some Feminist Lessons for Copyright Law. // *American University Journal of Gender, Social Policy & the Law*. 15, no. 2 (2007): 207–268. P. 216.

¹⁰⁷ *Litman J.* The Public Domain. 39 *EMORY L.J.* 965, 1023 (1990). P. 967.

Феминизм и авторство

Феминистская литературная критика проходит где-то между модернистским взглядом на «субъекта» и автора как одного из проявлений этого субъекта и постмодернистским отказом от этой концепции. Перед апологетами феминизма встал весьма специфический вопрос: как вписать идентичность женщины в идентичность автора? Они не могли вслед за Р. Бартом радикально решить его, лишив автора авторитета и провозгласив его «мертвым» – ведь в этом случае им пришлось бы лишить авторитета и в какой-то мере субъективности и женщин-авторов¹⁰⁸. В то же время, концепт романтического автора также не подходил для апроприации его в феминистическую теорию, так как фигура романтического автора была слишком «патриархальной». В свою очередь это вылилось в борьбу не против авторства как такового, а в деконструкцию «мужественного автора», маскулинного и авторитетного, в дискурсе которого акцент на авторстве как таковом связан больше с озабоченностью мужчин вопросами отцовства, нежели чем-то другим¹⁰⁹. В этом смысле, как выразилась С. Бурк, «борьба за феминизма была преимущественно борьбой за авторство»¹¹⁰. Для решения дилеммы бинарной оппозиции «биографического автора-персоны» и исторического «автора-функции»¹¹¹ феминистская теория экспроприрует и дорабатывает понятие «диалогизм» М. Бахтина¹¹². С помощью диалогизма феминистская критика получила инструмент расширения возможностей раскрыть подавленные голоса и дискурсы, присутствующие в каждой литературной работе¹¹³, что в свою очередь сближает ее с в большей степени с работами Ж. Дерриды, чем Р. Барта или М. Фуко. Как для М. Бахтина язык – это борьба между конкурирующими кодами и интерпретациями смысла¹¹⁴, так для феминистских критиков вроде Л. Финке – коль скоро каждое высказывание существует

¹⁰⁸ Как отмечали многие авторы, «довольно иронично», что борьба женщин за возможностью быть Авторами началась именно в тот момент, когда два французских мыслителя с неподтвержденной сексуальной ориентацией провозгласили смерть Автора. См.: *Bennett A.* Op. cit. P. 84; *Miller E. H.* (1959) *The Professional Writer in Elizabethan England: A Study of Nondramatic Literature.* Cambridge, Mass. Harvard University Press. P. 195.

¹⁰⁹ См.: *Bennett A.* Op. cit. P. 85.

¹¹⁰ *Burke S.* *Authorship: From Plato to Postmodernism: A Reader.* Edinburgh. Edinburgh University Press. P. 145.

¹¹¹ *Craig C. J.* Op. cit. P. 242.

¹¹² *O'Connor M.* Subject, Voice, and Women in Some Contemporary Black American Women's Writing, in: *Feminism, Bakhtin and the Dialogic 199, 200-01* (David M. Bauer & Susan J. McKinstry eds. 1991); *Finke L. A.* *Feminist Theory, Women's Writing 1* (1992). P. 111; *Бахтин М. М.* Вопросы литературы и эстетики. Москва: Художественная литература. 1975.

¹¹³ *Craig C. J.* Op. cit. P. 243.

¹¹⁴ *Бахтин М. М.* Указ. соч.

по отношению к другим высказываниям, каждое высказывание должно пониматься как интерактивное и влияющее друг на друга¹¹⁵. «Бахтинский диалогизм... учитывает различные определяющие и производит исторические факторы в нашей жизни и в то же время позволяет представление об активном ответе субъекта на эти различные дискурсы и другие предметные позиции. Таким образом, его теории допускают модель пересекающихся идеологий, иными словами, связь с историей в обществе, а также модель связи с другими. Окончательно, они допускают процесс и изменение»¹¹⁶. Фактически через понятие диалогизма феминистская критика нашла возможность свободно влиять на доминирующие дискурсы и участвовать на равных правах в сложном продуктивном обмене словами¹¹⁷, утвердительно отвечая на поставленный М. Фуко вопрос: «Важно ли кто говорит?»¹¹⁸.

В конце концов ревизия автора, а за ним и авторства с точки зрения бахтинской теории приводит феминистскую критику к новому пониманию этого понятия. Автор – это не гениальный творец, создающий самостоятельно и независимо нечто, что не существовало до этого путем экстраполяции собственной гениальной личности в произведение. Авторство – это взаимодействие со значениями, текстами, дискурсами, которые уже существуют и в свою очередь формируют наши идеологии, сообщества и даже самих себя, добавляя к уже существующим значениям собственную социально конституированную субъективность¹¹⁹. Этот подход позволяет взглянуть на авторское право с позиции условного характера оригинальных постулатов, посмотреть на то, какую роль авторское право играет в формировании дискурсов и возможности высказывания. Феминистское понимание диалогизма требует от исследователя рассматривать социальный институт с позиции властных отношений, которые он создает, ценности и авторитета, коих авторское право поддерживает и самовоспроизводит. И нетрудно догадаться, к каким выводам приходит феминистская теория¹²⁰. Но поскольку концепция диалогизма предполагает не только критику маскулинного, но и требование постоянного взаимодействия между голосами, текстами и дискурсами¹²¹, это не позволяет

¹¹⁵ *Finke L. A. Op. cit.*

¹¹⁶ См.: *O'Connor. Op. cit. P. 201.*

¹¹⁷ См.: *Craig C. J. Op. cit. P. 244.*

¹¹⁸ См.: *Ibid. P. 245.*

¹¹⁹ См.: *Ibid. P. 246.*

¹²⁰ См.: *Ibid. P. 248.*

¹²¹ См.: *Yaeger P. Afterword in Feminism, Barhtin and The Dialogic. 239, 240 (Dale M. Bauer & Susan Jaret McKinstry eds. 1991). P. 182.*

сделать вывод о необходимости элиминации всего авторского права. Наоборот, для нас, юристов, феминистский взгляд на проблематику авторства и авторского права позволяет вывести принцип, которого, кажется, очень не хватает континентальному взгляду на авторское право, слишком очарованному автором-гением. Его суть: авторское право должно служить поддержкой обмена смыслами, голосами и взглядами на окружающий мир, не только тот, который существует уже материально, но и тот, который создается и подлежит авторско-правовой охране. Это приводит нас, в свою очередь, как минимум к поддержке преобразовательного использования, к ситуации, когда охраняемые элементы используются с совершенно иной целью, нежели в оригинальном произведении. В каком-то смысле мы приходим к тому, что свобода слова и самовыражения является важным принципом и авторского права тоже, а значит, авторское право должно остановиться в той точке, где от поддержки самовыражения путем защиты экономических интересов оно переходит к наделению частных лиц возможностью контролировать самовыражение других и тем самым ограничивать их свободу. Это также рождает разумные аргументы о разрешении различных видов некоммерческого использования, вроде фанфиков, творческих отсылок и других видов использования, которые являются проявлением творческой субъективности читателей. Такое использование даже в потенции очень редко может привести к нарушению имущественных интересов автора в получении прибыли от его работы. А запрет такого использования фактически существует только потому, что мы имплицитно признаем автора не только контролирующим создание копий и извлечение прибыли, но и контролирующим внутренний смысл, содержащийся в его произведении. Эта ничем не обоснованная на самом деле власть автора, проявляющаяся в возможности запрещать использование произведения в творчестве других, если нет какого-то другого разумного аргумента в пользу такого запрета, — экономического или частного случая защиты и достоинства, того, что, с точки зрения феминистской теории, должно быть переосмыслено и удалено из авторско-правового концепта.

АВТОРСТВО В СОВРЕМЕННУЮ ЭПОХУ

До этого речь шла преимущественно об истории понятия авторства, изучение которой призвано развеять некоторые связанные с ним мифы, а также внести большую ясность в его генезис и развитие. А теперь перейдем к тем новым обстоятельствам, которые появились за последние годы и изменили художественную действительность, но довольно слабо представлены в юридической науке.

Больше коллективности, меньше индивидуальности

Концепция романтического автора содержит в себе максимальный масштаб индивидуализма, который только можно представить. Один автор вкладывает свою суть в создаваемое произведение. Этот автор легко распознаваем, а его произведение обладает достаточным авторским стилем, позволяющим отделить произведение одного автора от другого. В принципе вполне понятно, почему сформировался именно такой подход к авторству. Ведь в XVII – XVIII вв. любое произведение было довольно объемным и требовало многих умений одного человека. Будь то картина или книга, научный трактат или газетная вырезка, – все это всегда создавалось одним человеком. Случаи соавторства, конечно, были, но это скорее исключение, чем правило, в том числе потому, что с момента перехода от фольклора к индивидуальному творчеству каждый хотел либо получить собственную толику авторитета, либо выразить и рассказать собственный опыт.

Однако сейчас создание художественных произведений в широком смысле этого понятия становится все сложнее и сложнее. Это и новые формы развлечений, вроде кино и компьютерных игр, и распространение коллективного творчества в Интернете и науке¹²². В связи с этим в создании одного произведения могут участвовать даже не сотни, а иногда и тысячи людей¹²³, каждый из которых вносит свой творческий вклад в ту малую часть, которую он делает в рамках большого проекта. Из этого следует драгая особенность.

Меньше творчества, больше исполнения

Известен так называемый «Метод Марвелла», в котором автор сценария сначала пишет синопсис истории, предварительно тесно обсуждая его с издателем на самом раннем этапе творчества, после чего художник рисует сцены, а потом уже автор «шлифует» и дописывает все необходимое. Совсем недавно со ссылкой на этот метод компания Марвел сохранила права на произведения, связанные с персонажем комиксов «Призрачный гонщик»¹²⁴, доказав что у авторов комиксов не было той самой творческой свободы, позволяющей признать произведение полностью самостоятельным, а не «работой по контракту», что важно в контексте американского

¹²² См.: *Chon M. The Romantic Collective Author. 14 VAND. J. ENT. & TECH. L. 829 (2012).*

¹²³ К примеру, в игровой команде Santa Monica Studio, создавшей the God of War: Ragnarök, над игрой работало 250 + чел. Who we are? // <https://sms.playstation.com/who-we-are>.

¹²⁴ См.: *Gardner E. Marvel's 'Ghost Rider' Legal Victory Overturned // https://www.hollywoodreporter.com/business/business-news/marvels-ghost-rider-legal-victory-566170/.*

права, которое содержит специальное условие, защищающее автора и позволяющее ему вернуть переданные исключительные права на использование произведения через некоторое время. Данный метод используется и в современных судебных делах, связанных с самыми известными персонажами комиксов¹²⁵. И это не единственный случай. Такие компании, как Дисней или Пиксар, имеют вполне узнаваемый стиль их произведений, и каждый работник обязан создавать свою часть произведения в той же стилистике, что принята для конкретной работы. Поэтому вполне можно говорить, что такое положение дел не только сужает критерий «осознанного творческого выбора», который также имплицитно присутствует в концепции романтического автора, но и не позволяет больше утверждать, что в таких произведениях содержится какая-то «личность», защиту которой связывают с правом на неприкосновенность.

Меньше художественности, больше маркетинга

Помимо того, что формы произведений все более усложняются и требуют кооперации (в том числе творческой) большого числа людей, если вернуться от коллективного творчества к индивидуальному, можно заметить, что огромное количество различных текстов, картинок, слоганов, дизайна и т. п. теперь создаются не в художественных целях, а для привлечения внимания, увеличения продаж и прочих вещей, дающих рыночное преимущество. Здесь также силен элемент «авторства по заказу», когда свободный творческий выбор ограничен техническим заданием и общими правилами дизайна, принятыми в крупных компаниях. Сайт, принадлежащий Сбербанку, должен быть оформлен в зеленых тонах, а Тинькову – в желто-черных. И с учетом количества существующих компаний, каждой из которых, в свою очередь, нужны ее собственные рекламные компании, странно, к примеру, отсутствие в нормах, посвященных авторскому заказу, диспозитивных условий о простой лицензии на использование произведений для тех целей, для которых они либо предназначаются, либо были заказаны. В странах общего права такое можно решить с помощью «подразумеваемых лицензий»¹²⁶, однако российскому праву подразумеваемые лицензии за редким исключением в целом не известны¹²⁷,

¹²⁵ См.: *Самитов А.* Marvel подала в суд на наследников авторов комиксов – те требуют вернуть права на Человека-паука и других персонажей // <https://dtf.ru/cinema/879299-marvel-podala-v-sud-na-naslednikov-avtorov-komiksov-te-trebuyut-vernut-prava-na-cheloveka-pauka-i-drugih-personazhey>.

¹²⁶ См.: *Mysoor P.* Implied Licenses in Copyright Law. Oxford University Press. 2021.

¹²⁷ См.: Постановление СИП от 27 октября 2021 г. № С01-1557/2021 по делу № А56-93136/2020, в котором суд вывел фактически подразумеваемую лицензию из поведения автора. Но это скорее исключение, чем устоявшаяся практика.

а в литературе такой подход отвергается со ссылкой на то, что у заказчика теоретически может и не быть интереса, связанного с получением лицензии, но только в самом создании¹²⁸. Проблема здесь в том, что, хотя это утверждение фактически верно, оно не помогает. Ведь одна из важных функций гражданского права в целом и диспозитивных норм в частности – это восполнение воли сторон в ситуации, когда они прямо не изъявили волю на что-то, с опорой на их разумные интересы¹²⁹. Фактически здесь получается, что не учитываются интересы как автора (поскольку остается возможность внезапного судебного вменения), так и заказчика (который может не знать всех тонкостей договора авторского заказа). Примерно такая же проблема связана и с правом на неприкосновенность в подобных случаях. Вопрос: когда изменения не связаны с созданием нового произведения, а когда – связаны, – и так является довольно сложным и дискуссионным, а в случае с маркетинговыми материалами он становится еще сложнее. Однако в данных материалах еще меньше личного опыта и творческого взгляда автора, чем в случае с «методом Марвела». А ведь право на неприкосновенность предоставляет его правообладателю довольно широкие возможности по запрещению того или иного использования, если в его произведение с низким уровнем творчества были внесены либо незначительные изменения, либо изменения, обусловленные особенностями маркетинговой деятельности. Легко представить себе ситуацию, при которой заказчик вносит изменения, чтобы избежать проблем, связанных с нарушением законодательства о рекламе, а автор, что-то не поделивший с этим заказчиком, начинает судебный процесс о нарушении права на неприкосновенность его произведения. Кажется это еще один аргумент против «субъективного» права на неприкосновенность в пользу его «объективной версии»¹³⁰.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Заложенный в феномене «авторства» индивидуализм (связь между личностью автора и его произведением, взгляды на авторитет как на возможность влияния на интерпретацию и восприятие произведения) – довольно сильно влияет на авторское право, в частности, на право на неприкосновенность, возможность свободного использования, взаимоотношения между автором и предполагаемыми заказчиками.

¹²⁸ См. подробнее: *Витко В. С.* Договоры заказа на создание произведений. М.: Статут. 2016.

¹²⁹ См.: *Евстигнеев Э. А.* Императивные и диспозитивные нормы в договорном праве. М.: Инфотропик Медиа. 2017.

¹³⁰ См.: *Матвеев А. Г.* Указ соч.

К сожалению, формат даже такой «короткой» работы не позволяет детально рассмотреть все особенности различных концепций авторства как в историческом аспекте, так и его современные изменения. За кадром остался более детальный анализ концепции индивидуального романтического автора, его коллективной версии и более конкретного влияния этих концепций на правовую действительность. Также не были оценены и рассмотрены такие примеры современного творчества, как википедия, фанфики и свободное программное обеспечение. Однако я надеюсь, что эта работа внесет большую ясность в понимание такого явления, как «авторство», и того, что не все постулаты, которые сейчас мыслятся как нечто само собой разумеющееся, действительно имеют под собой какую-то твердую основу.

Важно также, что все описанные «этапы» развития понятия авторства не являются сменяющими друг друга парадигмами в полном смысле этого слова. Скорее они существуют параллельно и взаимодополняют друг друга: фольклорный отказ от авторства, средневековый автор-авторитет, романтический гений и современное коллективное авторство вперемешку с влиянием капитализма. Фактически возникновение каждого взгляда на автора возможно было только в связи с уникальной средой каждой эпохи. В этом смысле, кажется, что для каждого вида авторства (разве что за исключением его средневекового варианта) требуется его собственное правовое осмысление. Частично оно уже есть, но даже в развитых в правовом отношении странах оно остается фрагментарным и скорее движется за ответом на возникающие вызовы, нежели основывается на понимании предмета. В связи с этим я надеюсь, что данное исследование всколыхнет в юридическом сообществе больший интерес к глубокому осмыслению фундаментальных концепций авторского права и породит более широкую дискуссию по поставленным в работе вопросам.

Н. И. Николаева

ПРАВО НА НЕПРИКОСНОВЕННОСТЬ ПРОИЗВЕДЕНИЯ В АВТОРСКОМ ПРАВЕ РОССИИ И США

В современную цифровую эпоху расширяются возможности свободного доступа к произведениям науки, литературы и искусства, а также перечень технических средств, с помощью которых можно осуществить любые изменения, дополнения или модификацию оригинальных произведений (оцифровка произведений, колоризация кинофильмов, аранжировка или кроссовер музыкальных произведений, современная драматургия по мотивам классических произведений и т. д.). Внесение изменений может привести к искажению авторского замысла, нарушить саму идею, изначально заложенную автором в его произведение, изменить образы и характеры персонажей. Очевидно, что представление публике измененной версии отразится и на репутации самого автора, который, будучи источником произведения, имеет тесную связь с его творением. И в связи с этим наличие у автора права на неприкосновенность произведения станет, возможно, единственным эффективным инструментом защиты от всяческих посягательств третьих лиц.

Право автора на неприкосновенность созданного им произведения относится к личным неимущественным правам, особое законодательное закрепление которых свойственно правовым режимам стран, принадлежащих к романо-германской правовой семье, в том числе Российской Федерации. Бытует мнение, что в странах англосаксонской правовой системы, в частности, в Соединенных Штатах Америки, охрана личных неимущественных прав авторов, так называемых «моральных» прав (*moral rights*), должным образом не обеспечивается, прежде всего, ввиду отсутствия специального законодательного регулирования данного института. Однако такой подход представляется спорным, поскольку при более детальном изучении норм федерального законодательства США, законов штатов, а также правоприменительной практики с учетом доктрины судебных прецедентов открывается сложный и разнообразный ландшафт средств правовой защиты «моральных» прав авторов, включающих право на неприкосновенность произведения (*the right of integrity*).

На международном уровне концепция личных неимущественных прав автора нашла закрепление в ст. 6bis Бернской конвенции.

Норма п. (1) ст. 6bis Бернской конвенции предусматривает минимальный набор личных неимущественных прав автора: право авторства и право на неприкосновенность произведения, а также гарантирует их охрану

независимо от того, является ли автор владельцем имущественных прав на его произведение. При этом в контексте данной статьи Бернской конвенции автор, реализуя его право на неприкосновенность, вправе противодействовать всякому извращению, искажению или иному изменению произведения, а также любому другому посягательству на произведение, способному нанести ущерб чести или репутации автора.

С учетом особенностей системы *copyright*, действующей в странах общего права, и авторско-правовой концепции, принятой в странах континентального права, действующая Римская редакция ст. 6bis Бернской конвенции, принятая 2 июня 1928 г., «в целом представляет собой некое компромиссное решение в отношении охраны личных неимущественных прав автора, способствующее унификации национального регулирования этого правового института во всех странах, присоединившихся к Бернской конвенции»¹.

Россия присоединилась к Бернской конвенции в 1994 г. Однако и до этого события советскому авторскому праву был знаком институт личных неимущественных прав авторов.

Так, Гражданский кодекс РСФСР в ст. 479 включал право на неприкосновенность произведения в перечень прав автора. Объем этого права конкретизировался положениями ст. 480, в которой указывалось, что при издании, публичном исполнении или ином использовании произведения воспрещается без согласия автора вносить какие бы то ни было изменения как в само произведение, так и в его название, и в обозначение имени автора. Помимо этого воспрещалось также без согласия автора снабжать произведение при его издании иллюстрациями, предисловиями, послесловиями, комментариями и какими бы то ни было пояснениями. А в ст. 481 был предусмотрен порядок осуществления охраны неприкосновенности произведений после смерти автора.

С принятием Закона РФ от 9 июля 1993 г. № 5351-1 «Об авторском праве и смежных правах» модель права на неприкосновенность произведения была изменена. Предусматривая в ст. 15 право автора на защиту репутации, Закон в определенной степени сузил объем данного права, поскольку предоставил автору лишь возможность защищать произведение, включая его название, от всякого искажения или иного посягательства, способного нанести ущерб чести и достоинству автора.

Однако при разработке проекта и принятии части четвертой ГК РФ отечественный законодатель вернулся к более широкому подходу в части

¹ См.: Право интеллектуальной собственности. Т. 1. Общие положения: Учебник / под общ. ред. д. ю. н., проф. Л. А. Новоселовой. С. 144.

защиты личных неимущественных прав авторов и был «восстановлен прежний, известный российскому законодательству в течение многих лет подход к праву автора на неприкосновенность произведения»².

Действующая редакция ст. 1266 ГК РФ предусматривает право автора запрещать внесение в его произведение изменений, сокращений и дополнений, снабжение произведения при его использовании иллюстрациями, предисловием, послесловием, комментариями или какими бы то ни было пояснениями (абз. 1 п. 1 ст. 1266 ГК РФ). Кроме того, недопустимы действия третьих лиц по извращению, искажению или иному изменению произведения, порочащему честь, достоинство или деловую репутацию автора. Совершение подобных действий, равно как и посягательство на такие действия, дает автору право требовать защиты его чести, достоинства или деловой репутации в соответствии с правилами ст. 152 ГК РФ. В этих случаях по требованию заинтересованных лиц допускается защита чести и достоинства автора и после его смерти (п. 2 ст. 1266 ГК РФ).

При анализе признаков личных неимущественных прав в целом и права на неприкосновенность произведения, в частности, в отечественной доктрине в первую очередь отмечается специальный субъект – обладатель прав. Это всегда автор, то есть лицо, которое своим личным творческим трудом создало произведение.

Специфичен и объект охраны, коим является творческое выражение личности самого автора, существующее в объективной форме в качестве оригинального РИД.

Неимущественный характер таких прав, определяющий отсутствие экономического содержания, исключает возможность их включения в гражданский оборот. Отсюда же следует их неотчуждаемый и бессрочный характер.

Указанные признаки дуалистической теории находят свое отражение в правоприменительной практике. Так, СИП не раз указывал, что право на неприкосновенность произведения является личным неимущественным правом, действующим независимо от исключительного права, относящимся к авторским правам в соответствии со ст. 1255 ГК РФ и принадлежащим как гражданам РФ, так и иностранным гражданам и лицам без гражданства. Указанное право неотчуждаемо и непередаваемо³.

² См.: Кодификация российского частного права / Витрянский В. В., Головина С. Ю., Гонгалов Б. М. и др.; под ред. Д. А. Медведева. М.: Статут. 2008.

³ Постановление СИП от 20 июля 2016 г. № С01-579/2016 по делу № А27-21723/2015.

Как уже было отмечено, действующее законодательство предоставляет автору довольно широкие правомочия для реализации его права на неприкосновенность произведения. В соответствии с положениями абз. 1 п. 1 ст. 1266 ГК РФ автор вправе запретить вносить в его произведение любые изменения – как меняющие его содержание, так и не нарушающие целостности самого произведения, например, в случае снабжения произведения предисловием или послесловием.

По мнению А. Г. Матвеева, в зависимости от вида посягательств на произведение можно выделить право автора препятствовать прямым или контекстуальным посягательствам. «Под прямыми посягательствами на произведение понимаются какие бы то ни было изменения или искажения произведения, которые так или иначе нарушают его целостность. При контекстуальных посягательствах само произведение не изменяется и не повреждается, однако оно помещается в такую социокультурную среду, которая формирует у публики неправильное представление о произведении и наносит ущерб моральным и творческим интересам автора»⁴. С учетом формулировки положений п. 2 ст. 1266 ГК РФ, включающей указание на недопустимость внесения в произведение любых изменений, порочащих честь, достоинство или деловую репутацию автора, а равно запрет на посягательство на такие действия, представляется правомерным вывод о том, что российское законодательство предоставляет автору право запрещать и прямое, и контекстуальное посягательство.

Рассматривая право на неприкосновенность произведения, невозможно обойти стороной научную дискуссию о соотношении данного права с правом на переработку произведения, которое является одним из способов использования произведения (подп. 9 п. 2 ст. 1270 ГК РФ) и входит в объем исключительного права, принадлежащего правообладателю, в том числе не являющемуся автором первоначального произведения⁵.

ВС РФ дал некоторые разъяснения по этому вопросу, указав, что право на неприкосновенность произведения (абз. 1 п. 1 ст. 1266 ГК РФ) касается таких изменений произведения, которые не связаны с созданием нового произведения на основе имеющегося. Переработка произведения предполагает создание нового (производного) произведения на основе уже существующего (п. 87 Постановления Пленума ВС РФ от 23 апреля 2019 г. № 10).

⁴ Матвеев А. Г. Российская модель права на неприкосновенность произведения // Вестник Пермского университета. 2011. Вып. 4 (14). С. 92.

⁵ См.: Дроздов А. В. Неприкосновенность произведения и его переработка: личные неимущественные и исключительные права // Журнал российского права. 2012. Вып. № 2. С. 55–60.

Однако многие практикующие юристы и теоретики права, в частности, В. И. Еременко, полагают, что данные разъяснения не вносят большой ясности в отношении разграничения личного неимущественного права (права на неприкосновенность произведения) и исключительного права (права на переработку), что может вызвать определенные сложности при разрешении споров на практике⁶.

Для соблюдения права автора на неприкосновенность произведения при желании другого лица внести в произведение какие-либо изменения необходимо получить согласие автора, которое должно быть определенно выражено. При этом в случае отсутствия доказательств прямого выражения согласия автора, оно будет считаться неполученным (п. 87 Постановления Пленума ВС РФ от 23 апреля 2019 г. № 10).

Так, «...действуя в рамках заключенного лицензионного договора 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»⁷.

Личные неимущественные права автора действуют бессрочно. В связи с этим представляет интерес вопрос о том, как осуществляется их защита после смерти автора.

В соответствии с положениями абз. 2 п. 1 ст. 1266 ГК РФ после смерти автора разрешение на внесение изменений в произведение может дать правообладатель, то есть владелец исключительного права на произведение, но только при условии, что этим не искажается замысел автора и не нарушается целостность восприятия произведения и это не противоречит воле автора, определенно выраженной им в завещании, письмах, дневниках или иной письменной форме.

Однако не совсем понятно, как указанные положения абз. 2 п. 1 ст. 1266 ГК РФ о возможности предоставления разрешения правообладателем согласуются с положениями п. 2 ст. 1267 ГК РФ, согласно которым охрану права автора на неприкосновенность произведения после его смерти

⁶ Еременко В. И. О Постановлении Пленума Верховного Суда РФ № 10: авторское право и смежные права. // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2019. Вып. № 8. С. 5–22.

⁷ См.: Рожкова М. А. Защита интеллектуальных прав: законодательные ошибки при определении статуса и компетенции специализированных органов, разрешающих дела в сфере промышленной собственности: Учебное пособие. М.: Статут. 2016. С. 136.

могут осуществлять иные лица: лицо, указанное автором в порядке, предусмотренном ст. 1134 ГК РФ для назначения исполнителя завещания, а в его отсутствие – наследниками автора, их правопреемниками или иными заинтересованными лицами. При этом ситуация на практике может еще усложниться фактом наличия нескольких наследников правообладателя произведения, которым по наследству перейдет не только исключительное право, но и право выдавать разрешение на внесение в произведение изменений.

Так, согласно Постановлению Пленума ВС РФ от 29 мая 2012 г. № 9 «О судебной практике по делам о наследовании» (п. 90) при переходе исключительного права в порядке наследования у обладателей исключительного права могут возникать и иные интеллектуальные права, имеющие неимущественный характер, в объеме, определяемом ГК РФ, в частности право разрешать внесение в произведение изменений, сокращений или дополнений (абз. 2 п. 1 ст. 1266 ГК РФ), право на обнародование произведения, не обнародованного при жизни автора (п. 3 ст. 1268 ГК РФ). Кроме того, автором РИД – произведения науки, литературы, искусства, а также исполнения – в порядке, предусмотренном для назначения исполнителя завещания (ст. 1134 ГК РФ), может быть указано лицо, на которое он после своей смерти возлагает охрану соответственно авторства, имени автора и неприкосновенности произведения (п. 2 ст. 1267 ГК РФ) либо охрану своего имени и неприкосновенности исполнения (п. 2 ст. 1316 ГК РФ). Наследниками автора (исполнителя) или их правопреемниками (а равно другими заинтересованными лицами) соответствующие полномочия осуществляются лишь при отсутствии таких указаний наследодателя или в случае отказа назначенного автором (исполнителем) лица от их исполнения, а также после смерти этого лица.

Исходя из приведенных разъяснений, представляется, что после смерти автора правом на защиту неприкосновенности его произведения могут обладать несколько лиц и в связи с этим возникнет необходимость в получении разрешения от каждого из них.

Судебная практика применения положений ст. 1266 ГК РФ на сегодняшний день незначительна. Поэтому довольно сложно заранее предвосхитить подходы судов к рассмотрению споров о нарушении права на неприкосновенность произведения, особенно в случае нарушения положений п. 2 ст. 1266 ГК РФ в части выработки критериев для определения необходимых и достаточных оснований для признания извращений, искажений или иных изменений произведения в качестве порочащих честь, достоинство или деловую репутацию автора.

Например, в одном из дел автор 11 фотографических произведений предъявил иски о нарушении его исключительного права в связи с несанкционированным воспроизведением ответчиком фотографий, но также о нарушении права на неприкосновенность этих произведений, поскольку при размещении фотографий на сайте в них были внесены изменения, а именно ответчик нанес на них свой логотип. Обосновывая нарушение его личных неимущественных прав, истец заявил требование о компенсации морального вреда в размере 75 000 руб. Отказывая в удовлетворении этого требования, суды отклонили доводы истца о нарушении его права на неприкосновенность. Однако с этим не согласилась Судебная коллегия по гражданским делам и направила дело на повторное рассмотрение⁸.

В другом деле суды не признали нарушенным право истца на неприкосновенность аудиовизуальных произведений в связи со снабжением ответчиком произведений предисловием, а именно заставкой с надписью «курение вредит вашему здоровью», без согласия автора. Истец настаивал, что комментарий о вреде табакокурения и иная социальная реклама вредит творческому замыслу автора, искажает истинное содержание фильмов и нарушает права на неприкосновенность произведений. Однако суды посчитали, что использование социальной рекламы о вреде потребления табака непосредственно перед началом демонстрации аудиовизуального произведения, в котором происходит демонстрация табачных изделий или процесса потребления табака при осуществлении телевизионного вещания, является правомерным, и такое использование соответствует требованиям Федерального закона «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации», Закона о рекламе⁹.

Переходя к исследованию доктрины «моральных» прав в США как представителю англосаксонской правовой семьи, еще раз хочется отметить дискуссионный характер этого вопроса. Действительно, Закон «Об авторском праве» США 1976 г., включенный в раздел 17 Кодекса США, не содержит общего определения и перечня личных неимущественных прав авторов, который был бы применим ко всем видам произведений. Однако приведенный далее анализ покажет, что нормами законов все же предусмотрены некоторые личные неимущественные права авторов произведений определенного вида, а «моральные» права иных авторов защищаются в судебном порядке на основе применения общих принципов

⁸ Определение Судебной коллегии по гражданским делам ВС РФ от 20 сентября 2022 г. № 58-КГ22-7-К9.

⁹ Постановление СИП от 20 июля 2016 г. № C01-579/2016 по делу № А27-21723/2015.

договорного права (*Granz v. Harris*, 198 F.2d 585 (2d Cir. 1952)) или норм, предусматривающих ответственность за гражданские правонарушения (деликты), посягательство на частную собственность, клевету (диффамацию), введение в заблуждение или недобросовестную конкуренцию. Все эти средства правовой защиты как элементы мозаики складывают единую картину правового режима охраны «моральных» прав авторов в США¹⁰.

США присоединились к Бернской конвенции в 1988 г. Многие правоведы связывают столь позднее присоединение США к Бернской конвенции в том числе с нежеланием США менять свое законодательство и правоприменительную практику в части признания и обеспечения личных неимущественных прав авторов в соответствии с требованиями ст. 6bis Бернской конвенции.

В процессе принятия Закона «Об имплементации Бернской конвенции» 1988 г. (Bern Convention Implementation Act (BCIA), 17 U.S.C. § 104(c)), вступившего в силу 1 марта 1989 г., Конгресс США особо подчеркнул, что права, аналогичные «моральным» правам, всегда признавались и защищались в соответствии с (1) нормами общего права, пресекающими действия по введению в заблуждение и недобросовестную конкуренцию; (2) нормами ст. 43(a) Закона Лэнхема (Section 43(a) of the Lanham Act, 15 U.S.C. § 1125(a)), регулируемыми отношения в сфере оборота товарных знаков и предусматривающими запрет на ложное указание источника происхождения или ложное описание фактов, которые создают риск введения в заблуждение или возникновения ошибки при установлении связи или ассоциации между конкретным лицом и каким-либо товаром; а также (3) нормами права о запрете диффамации или клеветы, то есть распространении не соответствующих действительности порочащих сведений¹¹.

При этом следует отметить, что Закон «Об имплементации Бернской конвенции» предусматривает, что положения Бернской конвенции не имеют прямого действия и защита всех авторских прав должна осуществляться на основании норм федерального законодательства, законов штатов и норм общего права США.

Тем не менее, присоединившись к Бернской конвенции, Конгресс США принял федеральный закон, гарантирующий определенные личные неимущественные права творцов произведений визуального искусства. Так, в 1990 г. был принят Закон «О правах авторов произведений

¹⁰ См.: Authors, Attribution, and Integrity: examining moral rights in the United States. A Report of the Register of Copyrights. United States Copyright Office. 2019. // URL: <https://www.copyright.gov/policy/moralrights/full-report.pdf>.

¹¹ *Standler R. B.* Moral Rights of Authors in the USA. // URL: <http://www.rbs2.com/moral.pdf>. С. 5.

изобразительного искусства» (Visual Artists Rights Act, 17 U.S.C. § 106A), сокращенно именуемый VARA, ставший параграфом 106A Закона «Об авторском праве».

VARA рассматривался как закон, доктринально непоследовательный в сравнении с американским авторским правом и законодательством о праве собственности. Многие считали его законом, угрожающим имущественным инвестициям в искусство и, как следствие этого, развитию творчества художников. Такой подход был обусловлен сложившимся в обществе мнением о том, что искусство фактически превратилось в товар, у которого должен быть единственный и полноправный собственник. В связи с этим и «моральные» права авторов, предусмотренные VARA, приобрели сильный экономический эффект.

В соответствии с параграфом 101 Закона «Об авторском праве» (17 U.S.C. § 101) под охрану VARA попадают только произведения изобразительного искусства, например, картины, рисунки, печатные произведения или скульптуры, существующие в единственном экземпляре или ограниченным тиражом до 200 копий, каждая из которых подписана автором и последовательно пронумерована. Также охраняемыми произведениями изобразительного искусства признаются фотографии, специально созданные для какой-либо выставки, также существующие в единственном экземпляре или ограниченным тиражом до 200 копий, каждая из которых должна быть подписана автором и пронумерована. При этом данная статья предусматривает исключения, согласно которым нормы VARA не распространяются на определенные произведения, например, на произведения, имеющие отношение к предметам мерчендайзинга, или произведения, подпадающие под определение «сделанные по найму» («a work made for hire»).

Особый интерес представляют формулировка и систематизация личных неимущественных прав авторов, предусмотренных VARA, в которых прослеживаются подходы, выработанные общим правом до принятия этого Закона. Так, параграф 106A Закона «Об авторском праве» (17 U.S.C. § 106A) предоставляет авторам указанных произведений изобразительного искусства следующие права:

1. право на авторство, которое позволяет автору требовать признания авторства на его произведение;
2. право автора запрещать использование его имени на произведениях, которые он не создавал;
3. право запрещать использование имени автора на произведении, которое было искажено, повреждено или иным образом изменено таким образом, что наносит вред чести и репутации автора;

4. право на защиту произведения от любого умышленного искажения, повреждения или иного изменения, которое причиняет вред чести и репутации автора;

5. право на защиту произведений, пользующихся признанием, от их намеренного или грубого небрежного уничтожения.

Обобщая указанные права, можно констатировать, что VARA предусматривает два вида личных неимущественных прав: право авторства и право на неприкосновенность произведения, последнее из которых, в частности, ограждает произведение, пользующееся признанием, от разрушения – как умышленного, так и по грубой неосторожности.

Закон США «Об авторском праве» не раскрывает содержание термина «произведение, пользующееся признанием» («a work of recognized stature») и не содержит критериев для определения такого статуса. В связи с этим судам было предоставлено право самим разработать стандарты для оценки степени признания произведения.

Так, в деле *Carter v. Helmsley-Spear, Inc.*¹² суд выработал тест, в соответствии с которым произведение искусства должно быть рассмотрено как пользующееся признанием, если оно достойно наград и признано таковым экспертами в области искусства или членами художественного сообщества. А в деле *Martin v. City of Indianapolis*¹³ суд принял в качестве доказательств в подтверждение статуса произведения как пользующегося признанием письма, статьи и награды.

Данные права принадлежат автору независимо от наличия у него права на *copyright* (17 U.S.C. § 106A(b)), то есть имущественного права. Предусматривая невозможность уступки этих прав, закон тем не менее говорит о возможности отказа от них (17 U.S.C. § 106A(e)), при этом предъявляет существенные требования к оформлению и содержанию такого отказа, дабы воля автора была выражена наиболее четким образом и не вызывала спора о том, к какому именно произведению отказ имеет отношение и для каких способов использования он совершен.

Срок действия личных неимущественных прав, предусмотренных VARA, ограничен сроком жизни автора или последнего из переживших авторов в случае соавторства. С принятием впоследствии Закона «Об авторском праве в цифровую эпоху» 1998 г. (Digital Millennium Copyright Act) статутное законодательство США об авторском праве было дополнено ст. 1202 (17 U.S.C. § 1202), нормами которой обеспечивается охрана информации об авторском праве, подпадающей под определение «*copyright*

¹² *Carter I.*, 861 F. Supp. at 325 71 F.3d 77 (2d Cir. 1995).

¹³ *Martin v. City of Indianapolis.* 982 F. Supp. 625, 630–31 (S.D. Ind. 1997).

management information» (СМИ). К такой охраняемой информации данная статья относит в том числе имя автора или иную информацию, позволяющую идентифицировать автора (17 U.S.C. § 1202(c)(2)), предоставляя таким образом защиту права авторства *vis-à-vis*¹⁴.

Наряду с федеральным законодательством положения о защите «моральных» прав содержатся в статутах штатов. Конгресс США при принятии Закона «Об имплементации Бернской конвенции» указал, что защита рассматриваемых прав, включая право на неприкосновенность произведения, может быть осуществлена на основании норм законов штатов и при применении принципов общего права. Например, «значительно ранее федерального закона, статуты, закрепляющие моральные права автора, появились в двух американских штатах – Калифорнии и Нью-Йорке»¹⁵.

Но, безусловно, наибольший интерес для исследования американской доктрины «моральных» прав в целом и права на неприкосновенность произведения в частности представляют судебные прецеденты, которые являются источником общего права США. Рассматривая конкретные спорные дела, суды вырабатывают общие подходы и принципы применения норм статутного права, дают им толкование.

Одним из наиболее известных дел, связанных с защитой права на неприкосновенность произведения, рассмотренных еще до принятия Закона «Об имплементации Бернской конвенции», является дело *Gilliam v. American Broadcasting Cos. (ABC)*.¹⁶ Обстоятельства данного дела заключаются в следующем.

Группа писателей и актеров из Великобритании «Монти Пайтон» (Monty Python) заключили договор с телерадиовещательной организацией British Broadcasting Corporation (BBC) на создание сценариев юмористических передач, их запись в исполнении авторов и последующую трансляцию. При этом договор подробно регулировал отношения сторон по внесению изменений в сценарии и записанные программы. В частности, любые изменения, за исключением незначительных, могли вноситься только авторами либо по согласованию с ними. Договор предусматривал также право BBC лицензировать права на телетрансляцию передач за рубежом.

Впоследствии телеканал BBC предоставил право на вещание его телепередач в США компании Тайм-Лайф (Time-Life), которая в свою очередь продала несколько программ телеканалу American Broadcasting Company

¹⁴ Authors, Attribution, and Integrity: examining moral rights in the United States. P. 86.

¹⁵ См.: Вольфсон В. Л. Моральные (личные неимущественные) права автора и их содержание в странах общего права и странах континентальной системы: Дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2006. С. 120.

¹⁶ *Gilliam v. American Broadcasting Cos.* 538 F.2d 14 (2d Cir. 1976).

(ABC). При этом по договору с Тайм-Лайф компания ВВС предоставила право на внесение в записи телепередач изменений, обусловленных необходимостью включения рекламных роликов. Однако поскольку договор между авторами и ВВС не предусматривал прав последнего на внесение изменений в окончательные записи телепередач, соответственно и ВВС не могло предоставить такие права в рамках последующих лицензий, так как лицо, передающее права, не может предоставить больше прав, чем оно само обладает.

Для трансляции на телеканале ABC Тайм-Лайф внесло существенные редакционные правки в записи передач в целях размещения рекламных роликов, в результате чего программы были значительно сокращены. В конечном итоге из передачи продолжительностью 90 мин. телеканал вырезал 24 мин. записи. Когда участники группы «Монти Пайтон» увидели версию передачи на телеканале ABC, они обратились в суд с требованием о запрете трансляции данных программ в рамках иска о нарушении авторских прав, а также прав на неприкосновенность произведений на основании применения доктрины «passing-off» в рамках ст. 43(а) Закона Лэнхема.

Суд первой инстанции отказал в удовлетворении данного требования. Однако это решение было отменено судом апелляционной инстанции. При рассмотрении апелляционной жалобы коллегия судей сравнила оригинальную версию программы и усеченную версию ответчика, в результате чего пришла к выводу, что удаленные фрагменты касаются кульминационных моментов пародии и их удаление нарушает общую линию развития сюжета. Так, в частности, в одном из скетчей английская семья из высшего общества обсуждает важность правильного произношения отдельных слов. Отец начинает подшучивать и приводить значения обсуждаемых слов с неприличным оттенком. В это время у жены в руках находится ведро с водой, которое она выливает на голову отцу. В версии же ABC средняя часть удалена, в результате чего на экране сначала появляется отец в сухой одежде, а следом показывают кадр, где он уже в мокрой одежде без какого-либо объяснения причины изменения его внешнего вида. Суд признал, что смонтированная версия, показанная ABC, нарушает целостность произведения и ее демонстрация обществу была настоящей карикатурой на творческие способности авторов.

Судьи, хотя и указали, что американское авторское право, основной задачей которого является защита имущественных прав авторов, нежели их личных интересов, не признает моральные права и не предусматривает специальные основания для их защиты, тем не менее установили, что

действующее законодательство содержит правовые средства, с помощью которых авторы могут получить судебный запрет искажения их произведений и представления таких произведений обществу, от которого авторы финансово зависят.

Другое интересное дело *Lish v. Harper's Magazine Found.*¹⁷ было рассмотрено уже после принятия Закона «Об имплементации Бернской конвенции». Истец Гордон Лиш, будучи известным американским писателем, автором фантастических романов, проводил авторские семинары по творческому письму. Его уроки проходили по разработанной им методике, которую он сохранял в секрете, налагая на своих студентов обязательства по соблюдению конфиденциальности. В 1990 г. перед началом очередного осеннего курса Лиш написал письмо 49 своим будущим студентам, в котором рассказал о предстоящей программе обучения.

Издательство журнала «Харперс Мэгэзин» («Harper's Magazine») получило копию письма Лиша от одного из своих внештатных корреспондентов и опубликовало сокращенную версию этого письма под названием «Разновидность величия» в декабрьском номере журнала за 1990 г. Читателями журнала стали более 200 тыс. чел.

Несанкционированная публикация письма стала основанием для обращения автора с исковыми требованиями к издательству журнала.

В обоснование его требований истец заявлял о: (1) нарушении его авторских прав, (2) нарушении ст. 43(а) Закона Лэнхема путем введения в заблуждение относительно источника происхождения текста письма, опубликованного в сокращенном виде, (3) нарушении законов штата Нью-Йорк, запрещающих диффамацию, и (4) умышленном причинении морального вреда.

Основное требование, которое впоследствии было удовлетворено судом, касалось нарушения ответчиком авторских прав истца. В этом деле суд подробно рассмотрел доктрину добросовестного использования произведения (*fair use*), на которую ссылался ответчик, однако не нашел оснований для ее применения в данном случае, признав факт нарушения авторских прав истца в связи с публикацией существенной части письма.

Рассматривая заявленное требование о нарушении ст. 43(а) Закона Лэнхема, суд отклонил доводы истца о том, что опубликованная сокращенная версия письма может ввести в заблуждение относительно источника ее происхождения. Истец указывал, что содержание письма было сокращено почти наполовину, а именно около 48% оригинального текста было удалено без внесения каких-либо указаний об этом, как, например,

¹⁷ *Lish v. Harper's Magazine Found.* 807 F. Supp. 1090, 1093 (S.D.N.Y. 1992).

знака многоточия. Лишь во введении к статье содержалось единственное упоминание о том, что данная версия является отредактированной. Тем не менее суд признал это требование истца неправомерным, поскольку истец не представил достаточных доказательств того, что отредактированная версия ответчика существенным образом искажает оригинал.

Суд также оставил без удовлетворения третье требование истца о диффамации, поскольку признал, что опубликованная ответчиком версия письма по своему содержанию соответствует оригинальному тексту и, кроме того, ответчик не представил доказательств причинения ответчиком вреда его репутации.

Также суд отклонил доводы истца об умышленном причинении ему морального вреда действиями ответчика.

При анализе доводов автора в описанном деле представляется несколько противоречивой позиция истца в части его аргументов в обоснование требования о нарушении авторских прав при воспроизведении существенной части текста письма и требования о нарушении ст. 43(а) Закона Лэнхем в связи с публикацией письма с существенными сокращениями. Напротив, позиция суда последовательна – удовлетворяя первое требование, суд установил факт использования существенной части произведения, следовательно, отказывая в удовлетворении требования о введении в заблуждение, суд пришел к выводу, что сделанные сокращения настолько несущественны, что читатель не может усомниться в истинном авторе рассматриваемого произведения или неправильно понять смысл его содержания.

Проиллюстрированные примеры из практики подтверждают выдвинутый тезис о том, что несмотря на отсутствие в законодательстве США прямых норм права о личных неимущественных правах авторов всех категорий охраняемых произведений и отклонение судами доктрины «моральных» прав как целостного юридического образования, нормы иного законодательства и исторически сложившиеся принципы общего права предоставляют авторам средства правовой защиты их прав на неприкосновенность произведений в США.

Н. А. Галкин

ТВОРЧЕСКИЙ ТРУД КАК ОСНОВНОЙ КРИТЕРИЙ ОХРАНОСПОСОБНОСТИ ОБЪЕКТА АВТОРСКОГО ПРАВА

Для того чтобы произведение стало объектом авторского права, необходимо, чтобы оно отвечало двум критериям охраноспособности.

Первый – объективная форма. Соответствующее требование закреплено в п. 3 ст. 1259 ГК РФ и в целом вопросов не вызывает. Его суть состоит в том, что произведение – для получения правовой охраны должно быть воспринимаяемо органами чувств другого человека: стихотворение можно услышать, картину можно увидеть и т. д.

Второй критерий – создание произведения творческим трудом – установлен в ст. 1257 ГК РФ. Здесь, как показывает практика, все гораздо сложнее, поскольку понятие творческого труда не раскрывается в законодательстве, а в доктрине в отношении него не сформировалось единой точки зрения. Между тем этот критерий получил особенное звучание в современную эпоху, когда многие произведения «создаются» посредством электронно-вычислительной техники – с помощью использования различных программ для создания видео, музыки и т. п. В связи с этим все чаще встает вопрос: а является ли музыкальное произведение, возникающее за несколько минут путем нажатия на несколько клавиш, результатом творческого труда? От ответа на него зависит признание или непризнание созданного результата охраняемым объектом авторского права, а соответственно и возникновение у его создателя авторских прав. В свою очередь ответ на этот вопрос может быть получен при четком понимании, что есть творческий труд, творчество.

В отношении сущности творческого труда высказываются разные позиции, акцентирующие внимание на моментах, значимых для той или иной сфер деятельности.

Например, крайне многообразны подходы к пониманию творчества, творческого труда в области психологии. Так, Д. Б. Богоявленская считает, что «творчество начинается там, где продукт деятельности человека начинает превышать первоначальный замысел. В этом случае имеет место саморазвитие деятельности, которое и составляет основу творчества»¹. А. Маслоу же обращает внимание на то, что творческий процесс обычно признается присущим только поэтам, художникам и прочим людям, привычно называемым авторами, однако не только они осуществляют

¹ Богоявленская Д. Б. «Субъект деятельности» в проблематике творчества // Вопросы психологии. 1999. № 2. С. 35.

творческую деятельность: исследователь называет творческим человеком женщину, которая не делала ничего, что принято считать творчеством, но она обустроивала свое жилище, принимала гостей, подбирала посуду и постельное белье с оригинальностью и неожиданностью². Таким образом, психологами творчество понимается не как некий процесс, обязательно приводящий к какому-то результату, – для них значимостью обладает не результат, а сам процесс, который происходит внутри человека во время создания им всякого «творческого продукта».

Сами творческие люди оценивают творческий процесс по-разному. В противовес подходу А. Маслоу К. С. Малевич подчеркивал, что распределение мебели по комнате еще не есть процесс творческий³. В свою очередь М. М. Пришвин писал: «Творчество – это страсть, умирающая в форме. Даже простая расстановка вещей, наведенный порядок дает некоторое спокойствие, а создаваемая форма – это счастье. Значит, можно сказать, что творчество – это удовлетворение страсти формой»⁴. Также известна цитата, приписываемая Н. А. Островскому: «Творческая работа – это прекрасный, необычайно тяжелый и изумительно радостный труд». Таким образом сами создатели произведений характеризуют творческую деятельность (творчество) как некий процесс, направленный на создание конечного результата.

С учетом сказанного в рамках настоящей работы понятия «творчество», «творческий труд» и «творческая деятельность» используются как синонимы. Причем такое понимание не противоречит даваемым в неспециализированных словарях толкованиям. Так, в толковом словаре С. И. Ожегова⁵ под творчеством понимается создание новых по замыслу культурных или материальных ценностей. Обращает на себя один интересный момент: под словом «творение» понимается результат творчества, а «творец» – это человек, который создает что-нибудь творческое, причем здесь не употребляется слово «новое», поскольку «творить» – это и есть творчески создавать.

На этом фоне обращает на себя внимание то, что в Большом юридическом словаре⁶ под творческой деятельностью понимается создание

² Маслоу А. Психология бытия. М.: Эксмо-Пресс. 2002. С. 232–233.

³ Черный квадрат: [сборник] / Малевич К. С. М.: АСТ. 2018. С. 18.

⁴ Пришвин М. М. Незабудки / сост., подгот. текста и вступ. ст. В. Д. Пришвиной. М.: Художественная литература. 1969. С. 12.

⁵ Ожегов С. И. Толковый словарь русского языка: около 100 000 слов, терминов и фразеологических выражений / под ред. Л. И. Скворцова. 26-е изд., испр. и доп. М.: Оникс. 2009. С. 791.

⁶ Большой юридический словарь / под ред. А. Я. Сухарева, В. Е. Крутских. 2-е изд., перераб. и доп. М.: ИНФРА-М. 2004. С. 618.

культурных ценностей и их интерпретация. Это порождает вопрос о том, что подразумевается под культурными ценностями и как они соотносятся с произведениями?

Ответ на поставленный вопрос можно отыскать в ст. 3 Основ законодательства о культуре, в которой под культурными ценностями предлагается понимать «нравственные и эстетические идеалы, нормы и образцы поведения, языки, диалекты и говоры, национальные традиции и обычаи, исторические топонимы, фольклор, художественные промыслы и ремесла, произведения культуры и искусства, результаты и методы научных исследований культурной деятельности, имеющие историко-культурную значимость здания, сооружения, предметы и технологии, уникальные в историко-культурном отношении территории и объекты». Очевидно, что понятие «культурная ценность» по своей сущности значительно шире, нежели понятие «произведение», поскольку последние являются только одной из составляющих первых. Изложенное подтверждает, что содержательно категория «творчество» гораздо шире, чем его привычная правовая характеристика.

Обратившись к доктринальным источникам, можно проанализировать подходы российских цивилистов к понятию «творчество». Так, В. Я. Ионас под процессом творчества понимал «продуктивное мышление», то есть воспроизводство неготовых мыслей без применения правил логики⁷. Исходя из этого, правовед выделял творческие произведения и нетворческие. К нетворческим произведениям, по мысли В. Я. Ионаса, можно отнести сборник стихов, который составлен по хронологии (без использования творческого критерия), а творческим является все то, что создано в результате продуктивного мышления.

В свою очередь В. И. Серебровский интерпретировал творчество как «сознательный и в большинстве случаев весьма трудоемкий процесс, имеющий своей целью достижение определенного результата»⁸. А, например, О. С. Иоффе считал, что «творчество является интеллектуальной деятельностью, завершающейся производящим актом, в результате которого появляются новые понятия, образы и (или) формы их воплощения, представляющие собой идеальное отражение объективной действительности»⁹.

⁷ Ионас В. Я. Критерий творчества в авторском праве и судебной практике. М.: Юридическая литература. 1963. С. 20.

⁸ Серебровский В. И. Вопросы советского авторского права. М.: Изд-во Акад. наук СССР. 1956. С. 34.

⁹ Иоффе О. С. Советское гражданское право: Курс лекций: в 3 ч. Л.: Изд-во Ленингр. ун-та. 1965. С. 5.

Изложенное позволяет заключить, что правоведы едины во мнении, что творчество представляет собой в первую очередь интеллектуальную деятельность – не физическую, а именно умственную, поскольку творец создает произведение не руками, а мыслью. Причем эта деятельность всегда направлена на получение какого-то конкретного результата, который, на наш взгляд, не обязательно должен быть новым, но непременно – облачен в объективную форму (объективирован).

В развитие сказанного нужно обратить внимание на выработанные доктриной два основных подхода к определению творчества – субъективный и объективный. Первый предполагает, что произведение должно отражать личность автора, его уникальный авторский стиль, второй же основывается на том, что главное для охраноспособности – новизна произведения. При этом многие ученые считают оригинальность либо признаком творчества¹⁰, либо отдельным критерием охраноспособности произведения¹¹.

В литературе подчеркивается главенство в российском праве субъективного подхода¹², что, на наш взгляд, неверно.

Во-первых, новизна является довольно субъективным и размытым критерием в силу того, что существует гипотеза множественного авторства, когда разные люди создают близкие произведения. Кроме того, новизна и оригинальность как таковые отсутствуют в целом – все произведения строятся на общих базовых идеях и дополняются различными элементами.

Примечательно, что в качестве таких элементов могут быть рассмотрены знаки, которые изучает специальная наука – семиотика. Ч. С. Пирс – основатель науки – выделял несколько трихотомий знаков, среди которых в целях настоящей работы внимания заслуживает трихотомия, обозначающая отношение знака к его объекту. И здесь можно выделить знак-икону – это знак, отсылающий к объекту, который он денотирует (обозначает) с помощью его характера, принадлежащего ему независимо от его действительности¹³. Исходя из такого понимания, любой натюрморт является таким знаком: например, рисунок яблока отсылает к реальному яблоку,

¹⁰ См. об этом: Авторское право: учебник / Судариков С. А. М.: Проспект. 2010. С. 66.

¹¹ См.: Авторское право: учеб. пособие / Макагонова Н. В.; под ред. Э. П. Гаврилова. М.: Юридическая литература. 2000. С. 44.

¹² См.: Право интеллектуальной собственности: учебник для вузов / под ред. Л. А. Новоселовой. М.: Юрайт, 2022. С. 49.

¹³ Пирс Ч. С. Начала прагматизма / Перевод с английского, предисловие В. В. Кирющенко, М. В. Колопотина. СПб.: Лаборатория метафизических исследований философского факультета СПбГУ. Алетей. 2000. С. 61.

и, понимая, что это не яблоко, а только его изображение, зритель примерно представляет, какое на вкус, запах, ощущение яблоко. Вследствие этого яблоко не может быть другим – у всех людей единая семиотическая природа яблока, поэтому рисунки яблока не могут быть оригинальными и новыми. Изложенное позволяет заключить, что новизны как таковой не существует, поэтому не может сложиться ситуации, когда только один из двух натюрмортов с яблоками будет признаваться объектом авторского права.

Вторая причина не соглашаться с заключением, что новизна, оригинальность является обязательным признаком объекта авторского права, была обозначена в 2009 г. ВАС РФ, который указал: «само по себе отсутствие новизны, уникальности и (или) оригинальности результата интеллектуальной деятельности не может свидетельствовать, что такой результат создан не творческим трудом и, следовательно, не является объектом авторского права»¹⁴.

Анализируя понятие творческого труда в контексте критериев объекта авторского права, необходимо исследовать судебную практику, в которой нашла широкое признание презумпция творческого труда. Суды, руководствуясь ст. 1257 ГК РФ, исходят из того, что произведение создано творческим трудом (и соответственно является объектом авторского права), если не доказано обратное.

Так, в Московском городском суде рассматривалось дело, в котором суд признал, что описание изобретения не может быть признано самостоятельным результатом творческого труда, так как является описанием конкретного изделия: «лицевая поверхность одной из вершин усеченной пирамиды имеет нерегламентированное число выемок и выступов, обеспечивающих повышенную адгезию УГЗБМ к защищаемой поверхности»¹⁵.

В другом деле истец требовал от акционерного общества уничтожения всех материальных носителей с его литературным произведением, под которым понималась надпись на бумаге «1057746557329». Суд пришел к выводу, что спорный объект не является объектом авторских прав, поскольку группа цифр «1057746557329», изображенная истцом на листе бумаги, не может расцениваться как авторское произведение, созданное творческим трудом¹⁶.

¹⁴ Постановление Пленума ВС РФ и Пленума ВАС РФ от 26 марта 2009 г. № 5/29 «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации».

¹⁵ Апелляционное определение Московского городского суда от 16 декабря 2014 г. № 33-40819/14.

¹⁶ Определение СК по гражданским делам Второго кассационного суда общей юрисдикции от 29 марта 2022 г. по делу № 8Г-4288/2022 [88-6086/2022].

Еще в одном случае спор возник из-за того, что истец обнаружил в сети Интернет материал, содержащий созданные им фотографии конкретного автомобиля, изначально предназначенные для размещения на сайте-классифайде «Авито». Исходя из первоначального предназначения снимков, суд посчитал, что данные фотографии не созданы творческим трудом, так как в соответствии с положениями ст. 1228, 1259 ГК РФ выполняют исключительно информационную функцию демонстрации товара при его продаже и расценил их как иллюстрации к объявлению о продаже¹⁷.

Говоря о творческой составляющей, невозможно не вспомнить громкое дело, в рамках которого обсуждалась возможность признания обезьяны автором фотографии¹⁸. В 2011 г. Д. Слейтер отправился в Индонезию для фотографирования хохлатых павианов, установил камеру и отошел. Обезьяна самостоятельно сделала фотографию, используя пульт дистанционного спуска, а фотограф опубликовал данные фотографии. В то же время, когда в 2014 г. они оказались на «Викискладе», Слейтер предъявил требования о компенсации в суд, ссылаясь на свое авторство и указывая, что он намеренно оставил фотоаппарат и предполагал, что обезьяны сделают фото самостоятельно, а он из множества неудачных снимков выбрал лучшие. Суд отказал в удовлетворении требований, указав, что животное не может быть субъектом права, и подчеркнув, что подобный способ фотографирования не является творческим, так как фотограф не участвовал непосредственно в съемках.

Вообще вопросы творчества именно при фотографировании – одни из самых обсуждаемых. Можно ли назвать творчеством действие, когда человек только нажимает кнопку смартфона и делает бытовое фото? Судебная практика свидетельствует об отсутствии в судебном сообществе единства мнений на этот счет, примером чего может стать следующее дело.

В 2012 г. в арбитражный суд обратилось ЗАО «Экспресс-газета», являющееся правообладателем фотографий конкретных лиц, которые были продемонстрированы в телепередаче «Пусть говорят» ОАО «Первый канал»¹⁹. Это дало истцу основание требовать от ответчика 120 тыс. руб. компенсации за неправомерное использование в названной программе, а также на сайте ответчика фотографий как объектов авторских прав.

Суд первой инстанции отказал в удовлетворении требований, исходя из того, что спорные фотографии не являются объектами авторского права

¹⁷ Решение Арбитражного суда Приморского края от 16 августа 2021 г. по делу № А51-104/2021.

¹⁸ Селфи_обезьяны / Материал из Википедии — свободной энциклопедии // URL: <https://ru.wikipedia.org/wiki/>.

¹⁹ Определение ВС РФ от 8 декабря 2015 г. № 305-ЭС15-15394.

в силу отсутствия постановочного сюжета, других доказательств применения творческого труда при их создании, а лишь содержат сведения о событиях и фактах. Суд апелляционной инстанции не только подтвердил данный вывод, но и расширил его, указав, что «процессы нажатия кнопки затвора фотоаппарата, а также вывода печати фотографий на принтер являются исключительно механическими действиями и не требуют приложения интеллектуальных способностей (творческого труда) человека». Однако суд кассационной инстанции отправил дело на повторное рассмотрение в суд первой инстанции.

При новом рассмотрении дела арбитражный суд первой инстанции снова отказал в удовлетворении требований, но немного дополнил аргументацию тем, что обозначил перечень действий, которые можно отнести к творческому труду фотографа – были упомянуты, в частности: выбор экспозиции, размещение объекта фотосъемки в пространстве, установка света, установка выдержки затвора, настройка диафрагмы, настройка резкости кадра, обработка фотографии в специальном программном обеспечении и другое. Апелляционная инстанция согласилась с данными доводами. Кассационная инстанция, в качестве которой на этот раз выступал СИП, снова отправила дело на новое рассмотрение, подчеркнув, что «автор (фотограф) уже в силу создания произведения (любой фотографии) обладает авторскими правами на него вне зависимости от его художественного значения, пока не доказано иное».

При третьем рассмотрении дела суд первой инстанции удовлетворил иск, суды апелляционной и кассационной инстанции согласились с данным решением, а ВС РФ в свою очередь отказал в передаче данного дела на рассмотрение в кассационном порядке Судебной коллегией по экономическим спорам.

Таким образом, СИП способствовал формированию позиции, согласно которой любая фотография, даже не имеющая художественной ценности, является объектом авторского права. На наш взгляд, такая позиция является крайне спорной: следуя ей, надо признать, что нажатие кнопки затвора объектива, являющееся по сути техническим/механическим действием, по сути приравнено к творчеству.

В этих условиях становится архисложным опровергнуть презумпцию создания произведения творческим трудом. Поэтому неудивительно, что ответчики, заявляя, что произведение не создано творческим трудом, обычно не могут этот факт доказать²⁰. В целом наличие творческого труда определяется либо по внутреннему усмотрению суда на основе материалов дела, либо по результатам экспертизы.

²⁰ Решение Арбитражного суда г. Москвы от 22 августа 2022 г. по делу № А40-75979/2022.

С учетом сказанного и исходя из проведенных эмпирических исследований, можно вывести следующие признаки творческого труда:

1. наличие творческой задачи, под которой понимается желание создать некое произведение. Эта задача может возникнуть либо сама по себе (например, у поэта появляется желание написать новое стихотворение), либо стать следствием какого-либо поручения (исполнения обязанности);

2. осознанность, т.е. понимание субъектом того, что он создает некое произведение, возможно – осознание дальнейшей судьбы данного произведения. Главное, что в момент создания он осознает, что занимается творчеством, что исключает творческий труд младенцев, не осознающих их действий;

3. объективирование мысленного образа. Вначале у субъекта творчества возникает некая идея внутри него, приходит мысль, которую он затем облачает в объективную форму. Например, при рисовании цветка сначала в голове художника возникает образ цветка, что он воспроизводит на материальном носителе – холсте, бумаге, на экране компьютера;

4. выход за пределы технического труда, под которым в целях настоящей работы подразумевается некий алгоритм действий, который из раза в раз повторяется и не изменяется. На наш взгляд, к техническому труду относится и использование искусственного интеллекта, в котором заложен некий алгоритм действий, которому он строго следует. Творческий труд человека отличается своей иррациональностью, и даже при повторении одного и того же рисунка они будут различаться между собой;

5. свобода действий, что подразумевает объективизацию мысленного образа в любой форме – литературной, скульптурной, художественной и проч. Художник может нарисовать пейзаж или портрет, а может проткнуть карандашом лист бумаги, отображая мысленный образ.

Бессспорно, выделенные авторские признаки творческого труда являются гипотезой, которую необходимо отрабатывать на практике. Например, графического дизайнера попросили нарисовать веселую рожицу, которая впоследствии будет использоваться в качестве стикера, и художник создал рисунок в графическом редакторе на графическом планшете. Первый признак присутствует, так как наличествует творческая задача. Также есть и второй признак: во время создания рисунка художник понимал, что он рисует стикер, который затем будем использоваться. Образ «веселой рожицы» возник первоначально в голове дизайнера и потом был перенесен в компьютерную программу, т.е. он получил объективную форму, что соответствует третьему признаку. Художник работал на графическом планшете, что вполне сопоставимо с работой карандашом по бумаге

(то есть устройство выступает в качестве инструмента), поэтому следует признать соблюденным и четвертый признак. Рисуя, автор избегал каких-либо типовых действий и не был каким-либо образом ограничен в своих действиях, что отвечает пятому признаку. Таким образом, мы видим, что все признаки соблюдены, а значит, такое произведение будет являться объектом авторского права.

Подводя итог, можно смело утверждать, что не все созданное с помощью технических средств равно техническому труду. Все зависит от объективных критериев, относящихся к временному промежутку, который принято называть творчеством. Исходя из изложенных критериев, можно вывести следующее определение рассматриваемого понятия: «Творческий труд – это свободная и осознанная деятельность человека по приданию объективной формы своим мысленным образам, чувствам и эмоциям».

Раздел 2.

***НОВЫЕ ФОРМЫ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ
СОБСТВЕННОСТИ И НОВЫЕ ОБЪЕКТЫ***

Е. А. Останина

ОСОБЕННОСТИ ТВОРЧЕСТВА В СЕТИ ИНТЕРНЕТ И НОВЫЕ ФОРМЫ СОАВТОРСТВА

ВВЕДЕНИЕ

Британо-американский исследователь Дж. Фрозио в работе «Меценатство пользователя»¹, суммируя наблюдения социологов, антропологов и философов, указывает: «Недавнее эмпирическое исследование показало, что мы скорее являемся «кооперативным видом» («a cooperative species»)², чем «человеком экономическим» («Homo economicus»)³). Люди – сложные существа, действия которых нельзя объяснить только экономическими стимулами; в этом играют роль и другие факторы – такие, как альтруизм. В недавней книге «Вместе» социолог Р. Сеннет подчеркивает роль сотрудничества в жизни человека и напоминает читателям, что «сотрудничество предшествует индивидуализации: сотрудничество является основой человеческого развития, поскольку мы учимся быть вместе, прежде чем научимся держаться порознь. <...> Его основная гипотеза заключается в том, что люди не просто эгоистичные животные, стремящиеся только получать и владеть все большим количеством вещей и богатств, но прежде всего желающие общественного признания».

На наш взгляд, этот вывод не противоречит базовым тезисам экономического анализа права, поскольку его сторонники не отрицают, что человек может действовать альтруистически. Они просто объясняют это соображениями «отложенной пользы» или предотвращением возможного вреда. Кроме того, безвозмездное творчество обычно является не основным занятием, а скорее способом отдыха – хобби. Поэтому экономический анализ права также может быть задействован при изучении исключительных прав на коллективные произведения.

«Человек может в глобальном плане считать себя богаче и сложнее неприятного архетипа «человека экономического» («homo economicus»)

¹ *Frosio G.* User Patronage: The Return of the Gift in the 'Crowd Society' (September 10, 2015). (5) Michigan State Law Review 1983 (2015) // <https://ssrn.com/abstract=2659659> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2659659>.

² Фактически здесь идет игра слов с биологическими терминами: выражение «cooperative species» является устоявшимся в англоязычной биологической науке для обозначения эусоциальных животных. Оно не имеет прямого аналога в русском языке, но у нас есть популярное название одной из его разновидностей – «коллективные насекомые».

³ О концепции homo economicus в экономическом анализе права подробнее см.: *Капанетов А. Г.* Экономический анализ права. М.: Статут. 2016.

и действительно в ряде вопросов вести себя альтруистично или непосредственно максимизировать свои нематериальные цели без использования денег в качестве «посредника». Тем не менее в сотнях ежедневно заключаемых экономических сделок человек вольно или невольно проводит калькуляции экономических издержек и выгод и, как правило, пытается избежать неоправданных затрат и увеличить материальную выгоду»⁴.

Наконец, поскольку речь идет об объектах, созданных в качестве отдыха, можно упомянуть и о теории «человека играющего» («Homo ludens»): человек проявляет себя в том, что он делает свободно; игра может подразумевать свои правила, и человек, вступающий в игру, подчиняется ее правилам⁵. В том числе правилам, установленным ранее вступившими в нее игроками.

Особенно актуально это в отношении так называемых wiki-проектов, которые представляют собой сетевые коллективные авторские работы, создаваемые самими их читателями.

Так, хорошо известна история о том, что, когда более 20 лет назад Дж. Уэйлс искал инвесторов для создания Википедии, большинство его собеседников считали глупым предположение, что кто-то будет писать статьи в онлайн-энциклопедию бесплатно. Сегодняшнее состояние и общая успешность Википедии хорошо показывают, что это предположение оказалось вполне разумным.

Социальные сети и тематические сайты дали людям возможность собирать виртуальные сообщества, объединенные общими интересами. Логичным следствием этого стало и объединение мест фанатского творчества. Такие места стали самостоятельным культурным явлением. Обычно они создаются на основе так называемого «вики-движка» и позволяют неограниченному числу пользователей участвовать в написании и редактировании одних и тех же публикаций.

И порой такие проекты порождают не только новые формы сотрудничества, но и новые типы гражданско-правовых вопросов.

К их числу относится, в частности, международный и мультиязыковый научно-фантастический проект SCP Foundation⁶. Именно на его примере мы далее покажем, с какими проблемами может столкнуться изначально совершенно некоммерческое объединение авторов, когда популярность проекта привлекает внимание убежденных искателей выгоды.

⁴ Каранетов А. Г. Указ. соч. С. 56.

⁵ Homo ludens. Человек играющий. М.: Азбука. 2019.

⁶ На русском языке доступен по адресу: <https://scpfoundation.net/>

Обстоятельства дела таковы. Спор возник в связи с русскоязычной ветвью международного авторского сообщества, известного как SCP Foundation. Сайт развивал историю о деятельности вымышленной секретной международной организации SCP Foundation (Фонд SCP). Сообщество авторов, размещающих их истории на сайте, представляет собой динамически меняющийся по составу коллектив любителей научной фантастики. Впервые на английском языке оно возникло в 2007 г. на англоязычном сайте 4chan.org, когда первым автором (гражданином США У. Уильямсом) был опубликован текст под названием «SCP-173», в специфическом псевдонаучном стиле описывавший придуманное им опасное паранормальное существо с точки зрения сотрудников секретной международной организации, занимающихся его нейтрализацией. В том же году рядом других англоязычных авторов на том же сайте в аналогичном стиле были написаны тексты о других придуманных ими паранормальных существах и предметах с присвоением им других номеров в том же цифровом порядке.

Увеличение числа авторов и их текстов стало причиной создания в 2008 г. отдельного сайта⁷. Тогда же большинством голосов участников по итогам онлайн-голосования словосочетание «SCP Foundation» было принято в качестве наименования как авторского сообщества, так и описываемой секретной международной организации.

В последующие два года количество текстов выросло до нескольких сотен, а к сообществу начали присоединяться любители фантастики из других стран.

При этом участники сообщества стали создавать и другие произведения о «Фонде SCP», в том числе видеоигры. Например, финскими участниками в 2012 г. была создана игра «SCP – Containment Breach» («SCP – Нарушение условий содержания»), статья о которой появилась в русскоязычной Википедии в 2013 г.⁸, а эстонскими участниками в том же 2012 г. была создана игра «SCP-087», статья о которой также содержалась в русскоязычной Википедии в 2013 г. Другими участниками по всему миру также создавались иные произведения и товары по мотивам «SCP Foundation», включая коллекционные фигурки SCP-объектов, графические изображения, видеоролики, образцы «форменной одежды» и т. д. Возможность такого продолжительного международного коллективного творчества была обусловлена тем, что первым автором У. Уильямсом и всеми его последователями изначально было поставлено условие о том, что все работы публикуются только и исключительно на условиях откры-

⁷ В настоящее время известно как: <http://www.scpwiki.com/>.

⁸ См. веб-страницу https://ru.wikipedia.org/wiki/SCP_-_Containment_Breach.

той лицензии Creative Commons ShareAlike 3.0, впервые опубликованной в феврале 2007 г. Условия указанной лицензии, являющейся с точки зрения российского законодательства договором присоединения, основаны на положениях базовых международных соглашений в области интеллектуальной собственности – Бернской конвенции (в редакции от 28 сентября 1979 г.), Римской конвенции (1961 г.), Договора WIPO по авторскому праву (1996 г.), Договора WIPO по исполнениям и фонограммам (1996 г.) и Всемирной конвенции об авторском праве (в редакции от 24 июля 1971 г.), участником каждого из которых является Российская Федерация.

В частности, условиями указанной лицензии предусмотрено, что любое лицо вправе использовать и распространять любые составляющие корпуса произведений SCP Foundation (включая его название) без получения согласия их авторов, в том числе в коммерческих целях.

В 2018 г. ИП Д. зарегистрировал за собой товарный знак, также содержащий в качестве одного из ключевых элементов словосочетание «SCP Foundation». После этого ИП Д. начал рассылать требования о прекращении использования товарного знака другим лицам, использующим обозначение «SCP Foundation» в коммерческих целях. Один из адресатов таких сообщений после получения соответствующего требования обратился в УФАС с заявлением о признании действий ответчика по приобретению исключительного права на указанный товарный знак недобросовестной конкуренцией. По результатам рассмотрения заявления УФАС было принято решение⁹, в котором было установлено, что ответчик не является создателем обозначения «SCP Foundation»; одновременно УФАС констатировал, что между Д. и заявителем не было конкурентных отношений.

Позиции СИП. Суд первой инстанции требования оставил без удовлетворения (Решение СИП от 12 октября 2021 г.). Постановлением Президиума СИП решение СИП отменено, дело направлено на новое рассмотрение в СИП в качестве суда первой инстанции.

СИП указал, что при признании конкретных действий актом недобросовестной конкуренции учитываются не только случаи, когда непосредственно предполагаемый нарушитель и потерпевший являются конкурентами между собой, но и более широкие ситуации, – когда хозяйствующим субъектом осуществляются действия, способные оказать влияние на состояние конкуренции. С учетом этого недобросовестной конкуренцией могут быть признаны действия как конкурента, так и лица, которое на момент совершения этих действий конкурентом не является, но своими действиями

⁹ Решение УФАС по г. Санкт-Петербургу от 19 ноября 2020 г. по делу № 078/01/14.4-117/2020.

оказывает влияние на конкурентную среду, получая при этом необоснованные конкурентные преимущества. Как следствие, в рассматриваемом случае надлежало проверить, не получает ли необоснованные конкурентные преимущества лицо, зарегистрировавшее в качестве товарного знака обозначение, ставшее известным широкому кругу потребителей в результате действий большого числа лиц, учитывая, что такая государственная регистрация запрещает дальнейшее использование обозначения всем, кроме правообладателя и его лицензиатов.

Кроме того, СИП отметил, что антимонопольный орган в данном деле неправильно определил границы рынка. Границы анализируемого товарного рынка (розничная продажа сувенирной продукции, посвященной тематике «The SCP Foundation», посредством интернет-сайта и группы в социальной сети «ВКонтакте») определяются продукцией, ориентированной на определенную группу потребителей – пользователей сети Интернет, интересующихся конкретной тематикой. Антимонопольный орган не учитывал особенности данного товарного рынка, в том числе его направленность на определенную адресную группу потребителей. Ограничившись не имеющим правового значения для этого дела выводом о неоднородности товаров, производимых заявителем и ответчиком, УФАС не дало оценку этим товарам на предмет их взаимозаменяемости, исходя из критериев, приведенных в п. 3 ст. 4 Закона о защите конкуренции, с учетом специфики продуктовых границ товарного рынка. Заявитель приводил доводы о том, что товарный рынок образован большой группой потребителей – русскоязычных любителей творчества авторов сообщества «The SCP Foundation», т. е. не конкретными товарами. Антимонопольный орган не принял во внимание обычное поведение покупателей сувенирной продукции, для которых, как правило, решающее значение имеют нанесенное на нее обозначение и цена товара, а не конкретный вид товара. С учетом этого товары, которые не являются однородными (например, кружки и магниты), как сувениры могут быть взаимозаменяемыми¹⁰.

СОВМЕСТНОЕ ТВОРЧЕСТВО КАК ПРИЗНАК СОВАВТОРСТВА

В отечественной доктрине не раз исследовался институт соавторства, и всегда отмечалась важность двух факторов: (1) каждый из соавторов участвовал в создании произведения своим творческим трудом, (2) деятельность соавторов скоординирована на какой-то из стадий создания произведения. Творческий вклад каждого из соавторов должен быть доказан

¹⁰ Решение СИП от 7 апреля 2022 г. по делу № СИП-143/2021.

в случае спора об авторстве. Так, согласно п. 83 Постановления Пленума ВС РФ от 23 апреля 2019 г. № 10 при рассмотрении спора о том, создано ли произведение в соавторстве (ст. 1258 ГК), суду следует устанавливать, принимало ли лицо, претендующее на соавторство, творческое участие в создании произведения, поскольку соавторство на произведение возникает в случае, когда каждый из соавторов по взаимному соглашению (в том числе в устной форме) внес в это произведение свой творческий вклад. В доктрине также признается, что «...соавторство имеет место тогда, когда имеется причинная связь между творческим трудом нескольких лиц и общим результатом творчества, образующим неделимый объект авторских прав»¹¹. Но технический прогресс вносит в понятие «творчество» свои коррективы. Если, например, одно лицо создает нейросеть, а другое путем сочетания запроса в читаемой программой форме, своих набросков и своих же фотографий получает оригинальный результат, следует ли считать, что этот результат создан в соавторстве? Вероятно, нет, поскольку РИД совершенно разные. Лица, создавшие нейросеть как программный продукт, их творческой деятельностью создали инструмент, или, образно говоря, – холст и краски, а тот, кто использовал нейросеть для создания нового результата, получил иной итог: в нашем примере это картинка, но нейросеть может быть использована также для создания поэтических произведений, музыкальных произведений.

Нейросеть и соавторство

Можно напомнить несколько обсуждавшихся в литературе примеров.

(1) В октябре 2018 г. прошли торги, на которые был выставлен Портрет Э. Беллами – картина, созданная при помощи программы Obvious в результате анализа 15 тыс. портретов, написанных с XIV в. и до наших дней.

(2) Компания SONY разработала программу Flow Machines, генерирующую мелодии. В частности, потребителям понравился музыкальный трек, созданный с использованием этой программы в стиле группы Beatles.

Нейросети постепенно становятся новым средством творчества. Можно поразмыслить, осталось ли при этом творчество в качестве неременной предпосылки авторского права. Несмотря на всю сложность такой частично юридической, частично философской проблемы, можно согласиться с теми авторами, которые решают этот вопрос методом «от противного»¹².

¹¹ См.: *Маммофа И. Э.* Основы изобретательского права. Л.: Лениздат. 1976. С. 70.

¹² См.: *Кашанин А. В.* Развитие механизма демаркации в авторском праве континентальной Европы // *Вестник гражданского права.* 2011. № 3. С. 61–101; *Телюкина М.* Проблемы определения места фотографии в системе объектов гражданских правоотношений // *Хозяйство и право.* 2018. № 8. С. 21–36.

В результате можно уверенно утверждать, что все, что превосходит совокупность обычных технических операций и так или иначе связано со сделанным человеком свободным выбором, составляет творчество.

Если использование нейросети требует от пользователя лишь таких механических действий, как выбор стиля (например, мелодия в стиле группы Queen или пейзаж в стиле А. Саврасова), творческая деятельность лица, заполнившего запрос и получившего результат, отсутствует.

Если нейросеть используется для детализации созданного автором изображения или аранжировки созданной автором мелодии, в таком случае и первоначальный материал, и конечный результат представляют собой результат творческой деятельности.

В литературе обсуждается вопрос о том, не следует ли признавать искусственный интеллект субъектом или квазисубъектом авторского права, – этот вопрос отчасти возникает вследствие того, что результат технических процедур по соединению компонентов многих тысяч картин, мелодий или архитектурных форм может оказаться неожиданным, а непохожесть на ранее созданные объекты нередко ассоциируется с творческой деятельностью. Вместе с тем субъектом творческой деятельности является человек, а само понятие «творчество» характеризует (по крайней мере, пока) именно человеческую деятельность.

Поэтому можно согласиться с выводом, закрепленным в английском Copyright, Designs and Patent Act 1988 г.

В случае создания литературного, драматического, музыкального или художественного произведения посредством компьютерной программы (computer-generated) автором считается лицо, которое предприняло меры, необходимые для создания произведения (п. 3 ст. 9)¹³.

Эта норма предусмотрительно не расставляет акценты: не устанавливается, что автором считается только лицо, заполнившее запрос и подгрузившее в программу материалы для запроса; не определено и обратное – что автором произведения считается тот, кто создал программу. В зависимости от обстоятельств дела, с учетом того, какой труд вложил пользователь, суд может решать, был ли труд пользователя творческим и – как результат – возникло ли авторское право на произведение.

Что же касается программы, то в случае, когда кто-то создает программу специально для того, чтобы обобщить множество данных и получить определенный результат (например, идеально красивое лицо по меркам кинематографа 50-х гг. XX в.), то отдельными объектами исключительных прав для этого лица станут: (а) программное обеспечение, (б) созданное

¹³ <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/section/9>.

изображение. С точки зрения экономического анализа права, целесообразно предоставить лицу, разработавшему программу-нейросеть, такую защиту, которая будет мотивировать разработчика поделиться с обществом полезными функциями этой программы (что возможно в случае получения платного доступа к программе на основании неисключительного лицензионного договора, заключаемого со всеми заинтересованными пользователями). Однако если защиту распространить еще дальше и позволить разработчику программы приобрести исключительные права на результат, созданный при использовании программы, это оттолкнет часть потенциальных пользователей и несколько затормозит техническое и культурное развитие конкретно в этом маленьком кусочке регулируемых частью четвертой ГК РФ отношений.

Вероятно, и сами создатели программ-нейросети не будут заинтересованы в том, чтобы получить авторские права на результаты, полученные при использовании созданной ими нейросети (именно по той причине, что это отпугнет часть потенциальных пользователей).

При обсуждении вопроса о том, приобретает ли пользователь авторские права на результат, созданный с использованием нейросети, на новом уровне повторяется дискуссия, уже состоявшаяся применительно к авторским правам на фотографии и видео, снятые в автоматическом режиме заранее выставленным оборудованием. Например, по известному делу о видеокдрах извержения вулкана Толбачик СИП согласился с тем, что кадры извержения вулкана составляли результат творческой деятельности, и предложил следующее определение: «Под творческой деятельностью фотографа следует понимать следующие его действия по созданию результата интеллектуальной деятельности: выбор экспозиции, размещение объекта фотоснимка в пространстве, выбор собственной позиции для совершения фотосъемки, установка света и/или адаптация своего местонахождения и места нахождения объекта фотосъемки под имеющееся освещение, подбор световых фильтров для объектива, установка выдержки затвора, настройка диафрагмы, настройка резкости кадра, проявление фотопленки (для пленочных фотоаппаратов), проявление фотографий (для пленочных фотоаппаратов), обработка полученного изображения при помощи специальных компьютерных программ (для цифровых фотоаппаратов)»¹⁴.

Это Постановление примечательно тем, что в нем дана оценка связи творчества с использованием технических средств и сделан вывод что – по крайней мере – в этом случае использование технических средств не отрицает творчества.

¹⁴ Постановление СИП от 24 июля 2015 г. № С01-57/2014 по делу № А24-1669/2013.

Может ли творчество быть случайным?

Названное Постановление встретило критику в связи с тем, что оно открывает дорогу защите кадров, сделанных посредством видеорежиссера; в процессе дискуссии А. В. Семенов привел весьма интересный казус – в 2009 г. первое место на конкурсе фотографий природы занял ночной снимок волка, сделанный автоматически, по срабатыванию инфракрасного датчика¹⁵.

Вопрос, как представляется, весьма дискуссионный – совместим ли элемент случайности с элементом творчества? Какой-то элемент случайности возможно присутствовал в творчестве и ранее. Но теперь действительно возможна ситуация, когда уникальный кадр видеорежиссера станет примечательным, однако простое действие по выбору одного-двух кадров из множества снятых автоматически не представляет собой творческой деятельности.

Однако следует учитывать, что фотокадр или видеок кадры могут быть и произведениями науки. Если, например, фотограф (который сделал фотографию волка), просчитал траекторию обычной миграции волков (на водопой, на охоту), установил камеру, срабатывающую на датчик движения, то все эти элементы образуют творческую деятельность, причем творческая деятельность осуществлена именно тем, кто заявил о своих правах авторства.

Таким образом, использование технических средств не исключает возникновения авторского права, если деятельность человека, в результате которой появился объект (фото, видео, мелодия, текст) не ограничивалась сугубо техническими операциями по запуску программы. Если знания человека, его опыт или его фантазия влияли на результат, признак творчества присутствует и авторское право возникает (разумеется, при наличии другого условия, а именно – результат выражен в объективной форме).

СОГЛАШЕНИЕ О СОАВТОРСТВЕ

В п. 83 Постановления Пленума ВС РФ от 23 апреля 2019 г. № 10 сказано: «соглашение о соавторстве может быть достигнуто на любой стадии создания произведения или после его завершения». Тем самым, с одной стороны, для возникновения соавторства практика признает необходимым, чтобы создание единого произведения охватывалось волей соавторов, с другой – не является абсолютно необходимым, чтобы действия соавторов с самого начала были бы скоординированными.

¹⁵ <https://iz.ru/news/571381#ixzz32wcKxHmT>; Семенов А. В. В горах авторского права проснулся вулкан новизны и оригинальности // https://zakon.ru/discussion/2014/03/26/v_gorax_avtorskogo_prava_prosnulsya_vulkan_novizny_i_originalnosti.

В этом Постановлении особое внимание обращается на то, как существует произведение на момент его обнародования. «При рассмотрении споров о соавторстве на произведения, составляющие неразрывное целое, судам следует исходить из того, существовало ли соавторство на момент обнародования произведения. Это может быть подтверждено волеизъявлением соавторов, выраженным в договорах о передаче прав, публичных заявлениях и т. п.». Упоминание о публичных заявлениях соавторов само по себе примечательно. Поскольку разница между самостоятельным произведением и частью может быть весьма относительной, заявление соавторов, из которых следует, что они воспринимают произведение в качестве целого, может иметь решающее значение.

Соглашение о соавторстве обычно определяется в качестве многосторонней сделки. Вместе с тем Пленум допускает ситуацию, когда условие о создании произведения в соавторстве может содержаться в соглашении, заключенном каждым из соавторов в отдельности с третьим лицом. Если в правилах пользования сайтом сказано, что произведение, первоначально размещенное одним пользователем, а затем дописанное другим пользователем, будет считаться написанным в соавторстве, можно ли считать созданное в таком виртуальном сотрудничестве произведение написанным в соавторстве? Представляется, что да, при условии, конечно, что каждый из претендующих на авторство осуществил творческую деятельность, а не просто техническое редактирование. Место соглашения о соавторстве занимают правила, размещенные на сайте. Правила представляют собой своеобразную оферту. Размещение созданного контента на сайте может оцениваться как акцепт – тем более, что, как правило, для размещения требуется предварительно зарегистрироваться и ознакомиться с правилами. Но доступность условия о соавторстве для обычного пользователя тоже подлежит уточнению. Если это не совсем типичное условие спрятано за многими страницами длинного пользовательского соглашения, которое, как правило, никто не читает, можно сделать вывод об отсутствии соглашения о соавторстве.

СОАВТОРСТВО ИЛИ СЛОЖНЫЙ ОБЪЕКТ?

В некоторых законодательствах нет понятие «сложный объект», зато есть понятие «совместное авторство»¹⁶.

Например, английский Copyright, Designs and Patents Act 1988 различает «произведение совместного авторства» («joint authorship») (ст. 11) и соавторство (ст.12). Под произведением совместного авторства понимается

¹⁶ См. подробнее: Чумаков И. А. Понятие аудиовизуального произведения и отдельные особенности его правового режима // Вестник гражданского права. 2019. № 3. С. 96–136.

произведение, созданное совместным трудом авторов, где вклад каждого из авторов неотличим от вклада других авторов. Норма же о соавторстве направлена специально на регулирование отношений между автором мелодии и текста: «в этой главе закона произведение в соавторстве означает произведение, созданное в результате сотрудничества автора музыкального произведения и автора литературного произведения, где два произведения созданы для совместного использования (п. 1 ст. 12).

В российской судебной практике и доктрине¹⁷ также обсуждается вопрос о том, являются ли музыка, сопровождающая стихи, и стихи отдельными произведениями, или речь идет об одном произведении (песне), созданном в соавторстве¹⁸. Представляется, что музыка, сопровождающая стихи, и стихи всегда представляют собой отдельные произведения и должны охраняться самостоятельно. В истории музыки известны ситуации, когда композитор использовал его мелодию для сопровождения самых разных стихов. В истории литературы были ситуации, когда одни и те же стихи были положены на разные мелодии разных жанров. Поэтому по общему правилу и стихи, и мелодия – самостоятельные объекты. При этом стихи, удачно положенные на музыку, представляют собой явление системное, не сводимое к совокупности двух его слагаемых – произведение литературы и музыкальное произведение, причем часто стихи, положенные на музыку, воспринимаются тесно связанными с интонациями конкретного исполнителя. Поэтому, возможно, следует обсудить, не составляют ли стихи, музыка и исполнение сложный объект (ст. 1240 ГК РФ). В таком случае время создания имеет значение для того, чтобы выяснить, кто организовал создание сложного объекта. В отношении сайта, где творчески объединяются РИД разных лиц, также весьма вероятно применение ст. 1240 ГК РФ о сложном объекте, и только в том случае, когда вклад каждого из авторов неотличим от вклада другого автора, можно констатировать создание произведения в соавторстве.

Итак, интернет-технологии, позволяющие писать/рисовать/читать быстро и видеть, что сделали предшественники и что написали рецензенты, служит новой основой сотрудничества авторов. Особенности новой формы соавторства являются: (1) многочисленность соавторов; (2) не слишком значительный (по сравнению с общим результатом) вклад

¹⁷ См.: *Близнец И. А., Витко В. С.* Персонаж как объект авторско-правовой охраны в законодательстве России. М.: Юрист, 2022; *Туркина А. Е.* Сравнительно-правовой анализ подходов к регулированию совместного обладания авторскими правами // Вестник гражданского права. 2021. № 1. С. 75–103.

¹⁸ См.: Протокол № 29 заседания Научно-консультативного совета при Суде по интеллектуальным правам, вопрос № 1 // Журнал Суда по интеллектуальным правам. <http://ipcmagazine.ru/official-chronicle/protocol-29>.

каждого из соавторов, который редко может быть использован в качестве самостоятельного объекта интеллектуальных прав, хотя при этом созданная каждым из соавторов часть несомненно является результатом творческой деятельности и не может быть сведена к техническим операциям – таким, как редактирование; (3) отсутствие соглашения о соавторстве как многостороннего договора. Место соглашения о соавторстве занимают правила пользования сайтом, с которыми согласились пользователи.

ПРОБЛЕМА ПОДЛИННОСТИ

Другая присущая творчеству в Интернете проблема – это подлинность. При издании книг и газет имя автора служило читателям в качестве ориентира, и читатель мог полагаться на то, что добросовестный издатель не допустит, чтобы начинающий автор выпускал свои книги под именем (или псевдонимом) известного автора. Сегодняшние сайты-агрегаторы произведений литературы, науки или искусства предоставляют доступ к произведению, созданному анонимным автором, анонимным же пользователям. Казалось бы, и в этом нет ничего нового: автор всегда имел право публиковать произведение под собственным именем, псевдонимом или без указания имени. Тем не менее, споры об авторстве в недалеком будущем, очевидно, приобретут специфику. Вместо традиционного вопроса о том, кто первым опубликовал произведение, суд будет выяснять, кем зарегистрирован личный кабинет автора, из которого было опубликовано произведение, кто имел доступ к личному кабинету, с какого IP-адреса было опубликовано то или иное произведение и т. д.

Публикация произведений под псевдонимом была распространенной практикой и в период бумажных книг и магнитофонных записей. В этой части авторского права интернет-культура добавила только максимально упрощенный и быстрый порядок создания псевдонимов, так что многие популярные авторы известны не только под собственным именем, но и под несколькими псевдонимами.

Некоторые произведения по природе своей таковы, что используются обычно без указания автора: короткие тексты, картинки-мемы. Должны ли мы распространять на подобного рода результаты общие нормы части четвертой ГК РФ, не позволяющей, в частности, цитировать произведение полностью, или же нужно признать, что такие произведения изначально создаются в качестве части своеобразного «современного фольклора», а потому каждый, например, имеет право повторять наиболее удачные фразы/картинки про котов и Наташу, в том числе и в коммерческой деятельности?

Вероятно, учитывая общий некоммерческий контекст создания подобного произведения (ради удовольствия общения, а не ради прибыли), следует признать, что свободное использование таких произведений в некоммерческих целях возможно даже в том случае, когда используется целиком все произведение, а коммерческое использование всего произведения в целом допустимо только при условии согласия правообладателя.

В опубликованной судебной практике встречаются случаи успешной защиты исключительных прав на мем (как правило, они касаются изобразительного искусства), и обычно нарушением признается именно коммерческое использование защищаемого произведения.

Так, Постановлением СИП от 28 декабря 2021 г. № С01-2069/2021 по делу № А40-28138/2021 взыскана компенсация за использование при оформлении клиники куклы «Ждун» без разрешения пользователя.

При этом использование той же картинке «Ждун» для оформления стикеров на странице социальной сети не было признано судом нарушением: суд пришел к выводу, что, размещая картинку-мем на картинках-стикерах, ответчик использовал пародию на первоначальное произведение¹⁹.

¹⁹Если объектом использования является только часть произведения, норма п. 7 ст. 1259 ГК обязывает выяснить, насколько часть произведения ассоциируется со всем произведением в целом, то есть – насколько часть произведения узнаваема²⁰. Поскольку произведения адресованы, как правило, определенной целевой аудитории, следует выяснять, насколько часть произведения узнаваема для той же целевой аудитории, при этом целевую аудиторию можно конкретизировать по жанру произведения и по возрасту предполагаемого потребителя. Критерий узнаваемости части произведения не должен использоваться для запрета пародий. В силу п. 4 ст. 1274 ГК РФ создание произведения в жанре литературной, музыкальной или иной пародии либо в жанре карикатуры на основе другого (оригинального) правомерно обнародованного произведения и использование этих пародий либо карикатуры допускаются без согласия автора или иного обладателя исключительного права на оригинальное произведение и без выплаты ему вознаграждения. В п. 99 Постановления Пленума ВС РФ от 23 апреля 2019 г. № 10 подчеркнуто, что автор оригинального произведения не вправе запрещать использование его произведения посредством пародии. Критерий узнаваемости части произведения также нужно использовать в совокупности с признанной СИП возможностью цитирования не только литературных, но и аудиовизуальных произведений²¹.

¹⁹ Постановление СИП от 2 апреля 2021 г. № С01-274/2021 по делу № А56-123039/2019.

²⁰ О критерии узнаваемости см.: Протокол № 29 заседания Научно-консультативного совета при Суде по интеллектуальным правам, вопрос № 2.

²¹Можно согласиться с А. С. Ворожевич в том, что контроль правообладателя, входящий в понятие «исключительное право», как правило, распространяется не только на случаи использования всего произведения, но и на использование существенных частей произведения²².

Защита части произведения не в последнюю очередь связана с тем, что автор защищает свою возможность вернуться впоследствии к незавершенному произведению (или циклу произведений). Кроме того, вероятно, существует и возможность смещения в глазах потребителей, при котором неудачные приквелы, сиквелы и интерквелы снижают у потенциального читателя готовность читать (смотреть, слушать) произведение, созданное основным автором. В связи с этими произведениями фанатского творчества²³ законодатели и судебная практика разных стран пытаются найти баланс между свободой творчества и защитой прав автора.

ЗАЩИТА ПЕРСОНАЖА

Особенно ярко эта проблема проявляется в связи с защитой персонажа как части произведения. После нескольких дел, в которых число персонажей, право на которые считали нарушенным, правообладатели попытались искусственно расширить для получения большей компенсации, возникло понимание, что не всякое действующее лицо литературного или аудиовизуального произведения может быть признано персонажем. Как отмечено в п. 82 Постановления Пленума ВС РФ от 23 апреля 2019 г. № 10, истец, обращающийся в суд за защитой прав именно на персонаж как часть произведения, должен обосновать, что такой персонаж существует как самостоятельный РИД. При этом учитывается, обладает ли конкретное действующее лицо произведения достаточными индивидуализирующими его характеристиками: в частности, определены ли внешний вид действующего лица произведения, характер, отличительные черты (например, движения, голос, мимика, речевая специфика) или другие особенности, в силу которых действующее лицо произведения является узнаваемым даже при его использовании отдельно от всего произведения в целом.

В литературе правильно отмечается связь между излишними запретами и привычкой к нарушению этих запретов²⁴. Фанатское творчество

²¹ Постановление СИП от 3 декабря 2021 г. № С01-1895/2020 по делу № А56-6937/2020.

²² Ворожевич А. С. Указ. соч. С. 154.

²³ См.: Лисаченко А. В., Маштакова А. Р. Фанаты или пираты? // Российский юридический журнал. 2016. № 3. С. 152–160.

²⁴ См.: Ермакова А. Р., Сухарева А. Е. Возможные подходы к определению правового режима пользовательского контента // ИС. Авторское право и смежные права. 2018. № 2. С. 45–56.

распространено среди подростков, вряд ли стоит ждать от подростка заключения лицензионного договора с автором о праве использования его произведения.

Возможно, следует различать коммерческое и некоммерческое использование персонажа чужого произведения, и некоммерческое использование можно считать свободным (при условии, что автор производного произведения не создает опасности смешения в глазах потенциальных читателей между автором первоначального и автором производного произведения, а также результатами их творчества). Что же касается коммерческого использования персонажа как относительно самостоятельной части произведения, оно, несомненно, допускается только с согласия правообладателя.

Так, было признано недействительным предоставление правовой охраны комбинированному товарному знаку «Гебурасика», включающему в себя измененное изображение Чебурашки (с монголоидными чертами, в костюме, с лысиной и на фоне красного солнца); товарный знак сопровождался историей о том, как повзрослевший Чебурашка вернулся из Японии и использовался для индивидуализации продуктов питания (суши, соевого соуса, онигири), которые у потребителя обычно ассоциируются с Японией²⁵. Историю и изображение можно было бы признать производным произведением, если бы они были созданы с согласия правообладателя (п. 3 ст. 1260 ГК РФ). СИП обоснованно запретил коммерческое использовать персонаж произведения без согласия правообладателя. Представим, что подобная же история была бы размещена на фанатском сайте безвозмездно для некоммерческого использования. Составит ли такое некоммерческое использование нарушение исключительных прав на персонаж произведения? Или первоначальное произведение следует считать специфическим образом процитированным и предпочесть некоммерческую свободу творчества? Пока этот вопрос хотелось бы оставить открытым.

* * *

Творчество с появлением и развитием Интернета, социальных сетей и сайтов единомышленников, возможно, приобрело специфику – меньший вклад каждого из соавторов; большие команды соавторов, заранее не планирующие совместную деятельность, не заключающие соглашения о соавторстве; быстрая известность удачных результатов творческой деятельности и слабая возможность контроля за дальнейшей творческой переработкой этих результатов. Под влиянием изменения регулируемых

²⁵ Решение СИП от 29 апреля 2022 г. по делу № СИП-82/2022.

отношений классические институты гражданского права – такие, как институт соавторства или понятие «цитирование», возможно, постепенно изменятся. Учитывая необходимость защиты правообладателя, а также целесообразность поощрять свободу творчества, предлагается установить дифференцированные правила для коммерческого и некоммерческого использования.

А. А. Чурилов, Н. А. Трынченков

ОХРАНОСПОСОБНОСТЬ РЕЗУЛЬТАТОВ, СОЗДАНЫХ С ПОМОЩЬЮ ИСКУССТВЕННОГО ИНТЕЛЛЕКТА

Термин «искусственный интеллект» (далее – ИИ) впервые был сформулирован Дж. Маккарти в 1956 г. — это свойство роботов, компьютерных программ и систем выполнять интеллектуальные и творческие функции человека, самостоятельно находить способы решения задач, уметь делать выводы и принимать решения. Он же отмечал: «Проблема состоит в том, что пока мы не можем в целом определить, какие вычислительные процедуры мы хотим называть интеллектуальными. Мы понимаем некоторые механизмы интеллекта и не понимаем остальные. Поэтому под интеллектом в пределах этой науки понимается только вычислительная составляющая способности достигать целей в мире»¹. Примечательно, что спустя полвека единого понятия ИИ до сих пор не выработано. Например, в подзаконных нормативных правовых актах ИИ определяется как комплекс технологических решений, позволяющий имитировать когнитивные функции человека (включая самообучение и поиск решений без заранее заданного алгоритма) и получать при выполнении конкретных задач результаты, сопоставимые как минимум с РИД человека². По мнению исследователей-юристов, ИИ представляет собой компьютерную программу, созданную человеком и способную формировать новые сведения (информацию) или объективно выраженные результаты деятельности в силу заложенных в нее команд³; или машины и/или программы, направленные на решение интеллектуальных задач, как если бы такие задачи решал человек⁴.

Обычно разделяют слабый и сильный ИИ, подразумевая, что сильный ИИ способен мыслить и осознавать себя, являясь практически полным аналогом человеческого мозга, а слабый ИИ так поступать не может. В связи с этим «слабый» ИИ часто называют «прикладным»⁵. По мнению

¹ Цит. по: *Харитоновна Ю. С., Савина В. С.* Технология искусственного интеллекта и право: вызовы современности // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2020. № 3. С. 524–549.

² Указ Президента России от 10 октября 2019 г. № 490 «О развитии искусственного интеллекта в Российской Федерации».

³ См.: *Синельникова В. Н., Ревинский О. В.* Права на результаты искусственного интеллекта // Копирайт. 2017. № 4. С. 17–27.

⁴ См.: *Гурко А. В.* Искусственный интеллект и авторское право: взгляд в будущее // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2017. № 12. С. 7–18.

⁵ См.: *Андреев В. К.* Динамика правового регулирования применения искусственного интеллекта // Журнал российского права. 2020. № 3. С. 58–68.

П. М. Морхата, термин «слабый искусственный интеллект» используется для того, чтобы подчеркнуть его ограниченность одной установленной задачей⁶. В некоторых работах можно встретить упоминание «общего» ИИ – не сильного, но и не слабого⁷.

Как известно, автором произведения науки, литературы или искусства признается гражданин, творческим трудом которого оно создано. Вопросами охраны результатов, которые создаются ИИ, исследователи задаются довольно давно и, пожалуй, ключевой вопрос, на который необходимо ответить, – может ли существовать компьютерное творчество и способен ли ИИ к творческой деятельности. И он действительно имеет под собой серьезное основание – озабоченность общества о будущем всех творческих профессий, которые может заменить собой ИИ. Можно встретить множество примеров, когда компьютерные программы порождали такие результаты, которые обыватель посчитает творческими и креативными: Jukebox – нейронная сеть, создающая музыку в различных стилях; TalkToTranformer – программа, которая может создавать небольшие статьи из предоставленного ей заголовка; Benjamin, создавший научно-фантастический фильм Sunspring, и т. д. При этом ответы на поставленный вопрос в литературе разнообразны: положительные⁸, «вероятно» отрицательные⁹ и отрицательные¹⁰.

Позволим себе не согласиться с мнением «технооптимистов», отрицающих возможность существования ИИ-творца. Ключевым критерием охраноспособности объекта авторского права является творческий труд, который был приложен автором при создании соответствующего объекта. При этом уровень творческого вклада, который внес автор, невысок: как

⁶ Морхат П. М. Искусственный интеллект: правовой взгляд: научная монография. РОО «Институт государственно-конфессиональных отношений и права». М., 2017. С. 3.

⁷ См.: Сильный искусственный интеллект: на подступах к сверхразуму / Александр Ведяхин [и др.]. М.: Интеллектуальная литература. 2021. С. 16.

⁸ См.: Гурко А. Указ. соч. С. 7–18; Попова Н. Ф. Основные направления развития правового регулирования использования искусственного интеллекта, роботов и объектов робототехники в сфере гражданских правоотношений // Современное право. 2019. № 10. С. 69–73; Примечательно, что еще в 1984 г. Э. П. Гаврилов отметил, что если созданные объекты «отвечают признакам, предъявляемым к произведениям, охраняемым авторским правом, то их авторами должны считаться разработчики программ, с помощью которых созданы эти произведения, даже если сам разработчик не мог предсказать конечного результата» (Гаврилов Э. П. Советское авторское право: основные положения, тенденции развития. М.: Наука. 1984.).

⁹ См.: Савина В. С. Искусственный интеллект и современное искусство: проблемы и перспективы // Право и бизнес. 2021. № 3. С. 8–10.

¹⁰ См. Харитонова Ю. С., Савина В. С. Указ. соч. С. 524–549. Некоторые зарубежные исследователи утверждают, что ИИ-автор – это оксюморон: см., например: Craig C. & Kerr I. The Death of the AI Author // Ottawa Law Review. 2021. Volume 52. № 1. P. 31–86.

отмечается в литературе, достаточно самостоятельности автора и капли (*modicum*) креативности¹¹. Современные исследователи при оценке влияния ИИ на правовую квалификацию склонны к тому, чтобы приписывать не свойственные ему признаки – например, эмоции, чувства, желание самовыражения¹². Зарубежные исследователи отмечают тенденцию к антропоморфному восприятию ИИ не только в области творчества, но и в сфере разработчиков ИИ¹³. Такое отношение, которое можно встретить и в кинематографе, как представляется, и наталкивает исследователей на мысль о наличии у ИИ человеческих качеств¹⁴. Авторское право охраняет выраженные в какой-либо объективной форме результаты творческой, т. е. эмоциональной, деятельности человека. Как справедливо подчеркивают искусствоведы, «творчество» в контексте художественного творчества является процессом преодоления интеллектуальных, психических и эмоциональных барьеров, необходимых для адаптации и интеграции творческой личности в социокультурные условия, реализуется в виде эстетически обусловленной художественной деятельности, сопровождаемой эстетически обусловленными переживаниями¹⁵. Вместе с тем компьютерным программам, а равно и роботам, с помощью которых они управляются, чужды человеческие эмоции – их просто невозможно запрограммировать¹⁶. В отсутствие творческого элемента невозможно говорить и о наличии объекта авторского права, несмотря на наличие внешней формы выражения деятельности ИИ. Если человек танцует для самовыражения, то робот будет танцевать постольку, поскольку в него заложены алгоритмом определенные наборы движений. Скептическое отношение к очеловечиванию ИИ выражает Р. А. Мигуренко, отмечая, что, во-первых, существует принципиальное отличие сознания от компьютера, которое видится в том, что человеческой деятельности свойственны спонтанность и гибкость, а ИИ

¹¹ См.: *Vermont S.* The Sine Qua Non of Copyright is Uniqueness not Originality // *Texas Intellectual Property Law Journal*. Spring 2012. P. 327–386.

¹² См.: *Певцова Е. А.* Влияние искусственного интеллекта на правовую деятельность человека // *Журнал российского права*. 2020. № 9. С. 19–31.

¹³ См.: *Darling K.* «Who’s Johnny?» Anthropomorphic Framing in Human–Robot Interaction, Integration, and Policy. *Robot Ethics 2.0: From Autonomous Cars to Artificial Intelligence*. Oxford University Press. 2017. P. 173–193.

¹⁴ См.: *Сильный искусственный интеллект: на подступах к сверхразуму / Ведяхин А.* [и др.]. М.: Интеллектуальная литература. 2021; *Рассел С.* Совместимость. Как контролировать искусственный интеллект. М.: Альпина нон-фикшн, 2021.

¹⁵ См.: *Бондаренко Л. К.* Уточнение понятия «творчество» в контексте предмета судебно-искусствоведческой экспертизы // *Lex russica*. 2017. № 11. С. 166–175.

¹⁶ См.: *Малина М. А.* Мировая юстиция и искусственный интеллект // *Мировой судья*. 2021. № 4. С. 17–21.

на основе жестких правил выполняет заданные программы. Во-вторых, действительный ментальный опыт, собственная внутренняя жизнь ИИ недоступны¹⁷.

Так, если ИИ создает какой-то рассказ, это не что иное, как строго логический процесс, не включающий в себя творческий элемент. На первый взгляд может показаться, что логическая расстановка слов, которые, с точки зрения заложенного в ИИ алгоритма, могут представлять собой творческий труд – ведь автор-человек тоже расставляет слова в логической связи друг с другом. Вместе с тем, как довольно метко отмечают зарубежные исследователи, ИИ не знает, не понимает и не оценивает коннотационное значение слов, которые он располагает в простом логическом порядке¹⁸. Действительно, следует согласиться с тем, что соединение слов друг с другом становится актом творческого творения не благодаря логической связи слов между собой, но благодаря тем смысловым и эмоциональным категориям, вкладываемым автором в его работу, а также тому эмоциональному и духовному отклику, которые автор хочет вызвать его произведением¹⁹. Очевидно, что действия ИИ, перебирающего слова и расставляющего их согласно машинной логике, не обладают такими качествами и тем намерением, которое есть у человека.

Невозможно согласиться с утверждениями о том, что люди неоригинальны и способны творить только на основе существующего знания, машины могут создавать «с нуля»²⁰; или о том, что ИИ, подобно человеку, способен решать творческие задачи, придающими ИИ мистический ореол идеальности²¹. Во-первых, ИИ не может совершить волевое действие – акт творчества, который может быть совершен только человеком со свободной волей. Ведь творчество – это не просто подбор слов в их логическом сочетании, это воплощение иррационального вовне – то, на что не способны холодный интеллект и логика машины. Во-вторых, ИИ – это лишь алгоритм, созданный на основе имеющихся данных, способный анализировать только существующую информацию, – он не может «выдумать» новые данные, а лишь использовать те, которые уже существуют.

¹⁷ Мигуренко Р. А. Человеческие компетенции и искусственный интеллект // Известия Томского политехнического университета. 2010. Т. 317. № 6. С. 85–89.

¹⁸ См.: Craig C. & Kerr I. Op. cit.

¹⁹ См.: Buccafusco Ch. A theory of copyright authorship // Virginia Law Review. 2016. Volume 102. № 5. P. 1229–1295.

²⁰ См.: Miller A. Can machines be more creative than humans? // The Guardian, март, 2019. URL: <https://www.theguardian.com/technology/2019/mar/04/can-machines-be-more-creative-than-humans>

²¹ См.: Гурко А. Указ. соч. С. 7–18.

Следовательно, оцениваться должно не количество труда, который был вложен в создание произведения, а то, был ли труд творческим²². В качестве примера можно привести известную теорему о бесконечных обезьянах, суть которой сводится к утверждению, что обезьяна, ударяя случайным образом по клавишам пишущей машинки в течение неограниченного времени, рано или поздно напечатает любой наперед заданный текст. Именно этим фактически и занимается ИИ – с невероятной скоростью перебирает случайные слова и расставляет их в соответствующем порядке. Является ли это трудом «интеллектуальным» с учетом того, что это делается с помощью не обезьяны, а специальных алгоритмов? – Да, безусловно. Является ли это творческим трудом? На этот вопрос можно дать только отрицательный ответ. Суды же неоднократно отмечали, что не любой труд интеллектуальный является трудом творческим²³.

Более того, поскольку целью предоставления охраны и исключительных прав авторам является не только утилитаристское повышение общественного благосостояния, но и развитие культуры, создание авторам стимула для творческой работы²⁴, сложно предположить ситуацию, в рамках которой можно было бы охранять те результаты, которые может создать ИИ. Очевидно, что та скорость, с которой может создавать определенные тексты/картины/музыку компьютер²⁵, в итоге сведет на нет любые творческие начала в сфере авторского права – многие творческие действия сведутся к созданию производных произведений. В условиях предоставления исключительных прав как на объекты авторского права на результаты, созданные ИИ, может возникнуть ситуация отсутствия каких-либо творческих инициатив со стороны людей.

Отказ от распространения на результаты, созданные ИИ, авторско-правового режима охраны позволит избежать еще одной проблемы, связанной с использованием в деятельности ИИ охраноспособных РИД, созданных людьми. Если на основе существующего объекта был создан новый, – то можно вести речь о создании производного произведения и, как следствие, нарушении исключительного права автора. Вместе с тем ИИ не порождает объекта авторского права, следовательно, вряд ли можно вести речь

²² *SAS Institute Inc. v. World Programming Ltd.* Case C406/10.

²³ См.: Чурилов А. Ю. К вопросу о творческом характере труда как критерии охраноспособности объектов авторского права // ИС. Авторское право и смежные права. 2021. № 1. С. 21–26.

²⁴ См.: Чурилов А. Ю. Правовое регулирование интеллектуальной собственности и новых технологий: вызовы XXI века: монография. М.: Юстициформ. 2020.

²⁵ С учетом развития вычислительных мощностей компьютеров – их количество может измеряться миллионами.

о нарушении исключительного права автора. Такое использование вообще невозможно считать использованием объекта авторского права как такового – ИИ применяет лишь те логические структуры, которые содержатся в этом объекте, не воспринимая их как единое творческое целое, то есть использования объекта *авторского права* не происходит.

Однако невозможно отрицать тот факт, что ИИ – одна из наиболее активно развивающихся технологических отраслей. И с течением времени степень распространения таких «программных продуктов», равно как и их вовлеченность в деятельность человека, будет только возрастать. При этом, на наш взгляд, нельзя с полной уверенностью утверждать, что имплементация данных инструментов в структуру общественных отношений не повлечет (если уже не повлекло) трансформации их сути, следовательно, и необходимости пересмотра подхода к их регулированию. Поэтому, отвергая в силу ранее изложенных доводов призывы к немедленному и фундаментальному пересмотру нынешней парадигмы авторско-правовой модели охраны, мы полагаем целесообразным превентивную проработку вопросов, касающихся оценки охраноспособности результатов функционирования ИИ. Однако сохраняется вопрос: необходимо ли нам осуществлять разработку нового правового института, создавая тем самым конструкцию права *sui generis*, которую предлагают в литературе²⁶, либо возможно обойтись существующим инструментарием, лишь дав ему интерпретацию в контексте рассматриваемой проблематики?

Представляется, что ответ на данный вопрос должен корректироваться в зависимости от того, применительно к имитации какой разновидности интеллектуальной деятельности (в какой сфере) человека идет речь. Системы ИИ – безотносительно к оценке интеллектуальности их работы – могут быть разделены по классу задач, которые они решают, на два типа: аналитико-вычислительные или аналитико-генеративные.

Первый тип ИИ традиционно связывают с соответствующими видами деятельности: обработка естественного языка текста и речи; персональные интеллектуальные агенты-помощники; системы рекомендаций; компьютерное зрение и т. д. Во всех перечисленных случаях речь идет лишь о разработке инструментов для решения отдельных прикладных задач. Эти решения представляют собой программные архитектуры, воплощенные в виде программного кода в контексте выбранных разработчиками парадигм программирования. Ценность такого программного продукта лежит в его функциональных преимуществах, то есть возможности применения его для задач, решение которых предполагает вывод однозначно

²⁶ См.: Харитонова Ю. С., Савина В. С. Указ. соч. С. 524–549.

интерпретируемых с помощью известных метрик данных: узнал или нет алгоритм объект на изображении, распределил объекты по кластерам или нет и т. д. Экономическая ценность результатов таких программных продуктов, следовательно, объективна и явным образом следует из качества реализации указанных алгоритмов как таковых. Закономерно будет утверждать, что и интерес разработчика (правообладателя) данного программного продукта выражается в желании обладать монополией на его применение, с правом ограничивать возможность использования третьими лицами этого программного продукта в заявленных целях. При этом получаемые результаты в идеале применительно к каждой идентичной ситуации (набору вводных данных) должны быть также идентичны. Отсюда следует прогнозируемость получаемых результатов, а также их полная неуникальность, неиндивидуальность, нетворческий характер. А раз этот результат, по сути, представляет собой буквально лишь решение поставленной задачи, то никоим образом нельзя говорить о его творческом характере, следовательно, и о предоставлении ему самостоятельной охраны в качестве объекта интеллектуальной собственности.

Иначе обстоит вопрос с оценкой результатов работы алгоритмов второго типа. Несмотря на то, что такие программные продукты все еще в ходе их реализации решают задачу, определенную для них разработчиком (функциональная предопределенность), лежащие в их основе алгоритмы опираются на вероятностные модели, что в итоге ведет к получению заранее достоверно непрогнозируемых результатов. При этом можно утверждать, что внутренняя логика подобных программ является – по меньшей мере — косвенной причиной получения соответствующего результата. Следовательно, раз есть явная генетическая связь между программой и результатом ее выполнения, такие результаты могут быть, с одной стороны, индивидуализированы по совокупности метаданных, возникающих процессе работы программы в конкретный момент времени (сама программа, исходные данные, ее версия, дата и т. д.), с другой – отделены друг от друга, поскольку при неопределенности параметров и отсутствии бесконечно-длительного периода времени для работы вероятность получения двух идентичных результатов стремится к нулю.

В итоге такого рода результаты мы считаем способными к индивидуализации, поскольку, как и в случае с оценкой творческой деятельности человека, нам достоверно не известно, мог ли быть получен идентичный результат при функционировании иного алгоритма. Проводя аналогию с результатом творческой деятельности человека, поскольку не доказано иное, постольку «индивидуальный» характер такого результата презюмируется.

В связи с тем, что получаемые результаты работы ИИ второго типа невозможно спрогнозировать и, в сущности, они являются эманациями из поля гипотетически возможных результатов реализации заложенного алгоритма при установленных параметрах, с определенной оговоркой, смысл которой станет ясен далее, можно говорить, что отсутствуют объективные критерии оценки полученных результатов, как это было с программами первого типа. В силу самой постановки задачи (создай что-то) оценка полученного результата осуществляется в системе мер и координат ценностей отдельно взятого человека, то есть она созависима с призмой восприятия конкретного воспринимающего субъекта. А это обстоятельство в очередной раз подчеркивает близость данных объектов как информационных образований к результатам творческой деятельности человека, в частности произведениям.

На этом этапе нам необходимо еще раз произвести категориальное разделение полученных результатов, поскольку от этого также зависит решение вопроса о выборе (разработке) наиболее эффективной модели регулирования отношений, возникающих в связи с их использованием. Для этого необходимо дать ответ на вопросы: во-первых, какая компонента – содержательно-логическая или иррационально-эстетическая – доминирует при определении ценности полученного результата; во-вторых, какова роль эмоций, чувств при вынесении данной оценки.

Для тех результатов, оценка которых опирается сугубо на эстетические чувства воспринимающего, справедливо их сопоставление с произведениями. Единственным сущностным отличием между такими результатами функционирования программ и объектами авторского права является лишь характер деятельности, силами которой они созданы: анализируемые результаты, как мы уже отмечали, творческими признаны быть не могут.

Однако игнорировать формирующийся запрос на предоставление правовых гарантий защиты интересов лиц, которые или непосредственно занимаются разработкой подобных программных продуктов, или осуществляют инвестирование в их создание, в связи с ростом количества таких проектов не представляется больше возможным. Именно возможность осуществления монопольного контроля использования не только самих обсуждаемых программ, но и результатов их работы, зачастую представляет ядро экономического интереса указанных лиц. И поскольку отсутствуют основания для распространения на рассматриваемые результаты авторско-правовой охраны, разумной альтернативой в отечественной правовой системе является не разработка самостоятельного института *sui generis* прав на такие результаты, а признание за ними статуса объекта смежных прав.

Данный тезис основан на следующих соображениях. Во-первых, сама модель смежных прав, как отмечается в литературе²⁷, появилась как ответ на динамично меняющуюся технологическую основу отношений, возникающих по поводу и в связи с коммерциализацией прав на произведения, а также вследствие появления новых заинтересованных (в первую очередь, финансово) лиц в цепочках таких отношений. В силу этого, а также отсутствия к настоящему моменту сформировавшейся догмы в отношении сущностных критериев объектов, подпадающих под действие данного института, он способен к сравнительно легкому расширению и включению в его состав новых подинститутов. Показателен в этом смысле пример охраны инвестиционных баз данных, для которых – в обход мировой практики регулирования в режиме *sui generis* – в российском праве охрана была предоставлена именно как объекту смежных прав.

Во-вторых, в доктрине отмечается²⁸, что, за исключением исполнения, в основу охраны которого положен довод о справедливости предоставления охраны творческому вкладу исполнителя, в обосновании выделения прочих объектов (прав изготовителя фонограмм и вещателя) лежит утилитарный довод о необходимости возврата рискованных капиталовложений в создание данных объектов, что в условиях широкого распространения этого явления несколько не умаляет, а лишь – наоборот – дополнительно подчеркивает общественную значимость предоставления подобной охраны лицам, вложившимся в создание таких информационных объектов.

В-третьих, регулирование в рамках института объектов смежных прав – в силу изначальной дифференциации информационной природы охраняемых объектов – не накладывает на законодателя каких-либо ограничений в выборе инструментария: нет каких-либо базовых метрик, например, срока предоставления охраны; нет также и универсальных критериев, определяющих охраноспособность объектов. Поиск оптимальных значений указанных параметров представляет собой нетривиальную задачу, которую – в случае выбора предлагаемой парадигмы регулирования – исследователям и законодателям еще предстоит совместно решить, дабы обеспечить баланс частных и публичных интересов.

²⁷ См.: *Матвеев А. Г.* Идея смежных прав и их разновидности // Журнал Суда по интеллектуальным правам. 2019. № 24. С. 54–60.

²⁸ См.: *Матвеев А. Г.* Аргументы, обосновывающие охрану смежных прав: от довода справедливости к идее общественной пользы // Право и современная экономика: новые вызовы и перспективы: Сборник материалов II научно-практической конференции с международным участием юридического факультета СПбГЭУ, Санкт-Петербург. 9 апреля 2019 г. Санкт-Петербург: Санкт-Петербургский государственный экономический университет. 2019. С. 237–243.

В-четвертых, учитывая обозначенный «генетический» характер связи между программным продуктом и получаемым результатом, можно говорить и о наличии у полученного результата свойства смежности по отношению к его родовому программному продукту как объекту авторскому праву. В данном случае нельзя говорить о производности, поскольку производность предполагает трансформацию формы под творческим воздействием человека. Здесь же, если считать допустимым рассмотрение программного кода не только как статической формы (текста), но – по аналогии с пьесой – возможным его существование в виде динамического процесса, то порожденные им изменения в информационном поле – это тот уникальный информационный след, оставшийся вследствие динамического воплощения программы, который и является потенциально охраноспособным смежным ей информационным объектом.

Иначе обстоит дело с перспективой охраны объектов, которые предполагается оценивать, исходя из содержательной полноты полученного результата. Говоря это, мы сразу же проводим параллель между данным классом информационных объектов и результатом интеллектуальной деятельности, охраняемым в качестве изобретений, полезных моделей либо секретов производства (ноу-хау). Общим для всех указанных институтов является отнесение результата интеллектуальной деятельности к научно-технической сфере, а именно – к техническим решениям в любой области. При этом – применительно к изобретениям – такое решение должно быть новым, оригинальным, неизвестным из общего уровня техники.

Здесь мы вновь возвращаемся к ранее обозначенному тезису, что программы всегда оперируют только заранее известным объемом данных, осуществляя лишь механический их перебор – следовательно, вряд ли можно вести речь о «новизне» такого результата применительно к используемым в патентном праве критериям. И даже если допускать, что программа способна принимать новые решения при оценке получаемых комбинаций исходных данных, то это может осуществляться только в рамках парадигм эффективности и целесообразности, которые заложит в такую программу разработчик до момента ее запуска. То есть – в конечном счете – пока нет достоверных сведений о том, что программа способна «подняться» над собственным уровнем, нельзя считать приемлемым и говорить о том, что она может создать какое-либо новое решение. Ведь в итоге оценка полученных результатов будет пропущена сквозь призму сознания человека, механизм работы которого, как уже было неоднократно отмечено, нам не известен. Не менее важным является вопрос об изобретательском уровне такого изобретения, поскольку ИИ оперирует исключительно известными

миру данными, комбинируя их для получения соответствующего вывода. Поскольку изобретение явным образом следует из уровня техники, если оно может быть признано созданным путем объединения, изменения или совместного использования сведений, содержащихся в уровне техники и (или) общих знаний специалиста²⁹, вероятность того, что результат, сгенерированный ИИ, пройдет проверку по этому признаку, невысока.

Но даже если созданный ИИ результат, который может генерировать огромное их количество за сравнительно короткий промежуток времени, можно будет признать потенциально охраноспособным, исключительные права в отношении него предоставляться не должны. С точки зрения концепций утилитаризма, законодатель предоставляет патентную защиту для продвижения общественно значимых интересов, в частности, для преумножения общего благосостояния при индустриальном прогрессе. По мнению ряда отечественных и зарубежных ученых, а также правоприменителя, исключительное право представляет собой так называемую легальную монополию правообладателя³⁰, предоставление которой объясняется тем, что патентное право предполагает достижение компромисса, так как оно стремится продвигать науку и инновации, предоставляя изобретателю временную монополию на прибыль от использования его изобретения³¹. Если же допустить монополизацию созданных ИИ результатов, может

²⁹ Руководство по осуществлению административных процедур и действий в рамках предоставления государственной услуги по государственной регистрации изобретения и выдаче патента на изобретение, его дубликата, утвержденное Приказом Роспатента от 27 декабря 2018 г. № 236.

³⁰ См., напр.: *Истомин В. Г.* Интеллектуальные права и антимонопольное регулирование: оценка допустимости и пределов антимонопольных иммунитетов в контексте обеспечения баланса интересов // Журнал российского права. декабрь 2019. № 12. С. 102–112; *Синицын С. А.* Патентное право как легальная монополия: pro et contra // Вестник гражданского права. 2019. № 4. С. 145–170; *Залесов А. В.* Патентное право как монопольное промышленное право патентовладельца-инвестора // ИС. Промышленная собственность. 2021. № 12. С. 49–58; *Ricolfi M.* Is there an Antitrust Antidote against IP Overprotection within TRIPs? // Marquette Intellectual Property Law Review. 2006. Vol. 10. Iss. 2. P. 305–367; Определение КС РФ от 22 апреля 2004 г. № 171-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалоб общества с ограниченной ответственностью «К-2» и гражданки Бузулуцкой Виктории Викторовны на нарушение конституционных прав и свобод пунктом 2 статьи 4 Закона Российской Федерации «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров»». Представляется странным резкое и беспелляционное отторжение некоторыми исследователями этого общепризнанного термина как «калькированного» и «малопонятого» (см., напр.: *Иванов А. Ю.* Мифы о легальной монополии, или Сказ о том, почему в России не развиваются инновации при упорной охране интеллектуальной собственности // Закон. 2020. № 2. С. 86–102).

³¹ См.: *Понкин И. В.* О критериях патентоспособности изобретений в области биообъектов, биоматериалов и биотехнологий // ИС. Промышленная собственность. 2016. № 8. С. 41–50.

возникнуть вероятность того, что – с учетом скорости порождения результатов – все патентование перейдет в «руки» ИИ, в том числе и в связи с перегруженностью уполномоченных органов, которым потенциально придется рассматривать дополнительные сотни заявок в день.

Помимо прочего доктрина патентного права, существующая в рамках континентального права, в ядре своем имеет примат защиты интересов авторов как субъектов творческой деятельности перед защитой предпринимательских интересов предпринимателей как правообладателей второго порядка. В рамках логики данной парадигмы предоставление самостоятельной охраны техническим решениям, получаемым с преобладающим использованием ИИ, в перспективе лишает институт патентной охраны его ключевого свойства – стимулирования самостоятельной, индивидуальной творческой активности людей.

Следовательно, существующие национальные системы патентной охраны на их концептуальном уровне не предполагают предоставления охраны решениям, роль человека в получении которых строго номинальна. Однако, как было отмечено, применение систем ИИ при разработке оригинальных технических решений – новая реальность, неотъемлемый элемент технического прогресса, в отношении которого со стороны научного сообщества и законодателя должна быть адекватная реакция.

Резюмируя, отметим существующие принципиальные подходы к решению сложившейся ситуации. С одной стороны, возникновение такого феномена оценивается как качественно новая диспозиция в вопросе осуществления технического творчества. Выводом же из этого является тезис о необходимости полной переработки института патентного права. Однако полагаем, что в условиях отсутствия даже подобия консенсуса относительно природы анализируемого явления, динамической трансформации предмета регулирования, а также высоких совокупных издержек подобное решение проблемы выхода из складывающегося положения не является целесообразным.

С другой стороны – поэтапная трансформация действующих правовых механизмов также допускает по меньшей мере две опции. Во-первых, это прямое отражение в нормах законодательства принципиальной позиции о временном непредоставлении охраны решениям, полученным в результате функционирования систем ИИ. В связи с этим представляется возможным внести изменения в п. 5 ст. 1350 ГК РФ, дополнив его пп. 7) «решениям, созданным в результате функционирования систем искусственного интеллекта». Закон же о внесении изменений должен предусматривать ограничительный срок действия данной нормы, поставленный в зависимость от принятия закона, который комплексно трансформировал

бы действующую систему правового регулирования в отношении вопросов, касающихся ИИ. Однако нет ничего более постоянного, чем временное, и, хотя подобный сценарий позволяет разрешить существующие коллизии, он совершенно игнорирует интересы бизнеса и разработчиков.

Во-вторых, оптимальным видится последовательное совершенствование системы подзаконного регулирования. Так, внесение в регламенты регистрирующего органа новых критериев, которыми обязан руководствоваться эксперт в рамках оценки изобретательского уровня, позволит гибко реагировать на каждое решение, созданное с использованием ИИ, оценивая степень творческого вклада человека как условия предоставления охраны в качестве объекта патентных прав. Разработка таких критериев является нетривиальной задачей, которую исследователям в рамках существующей дискуссии еще предстоит решить.

КВАЛИФИКАЦИЯ В КАЧЕСТВЕ ПРОИЗВОДНЫХ ПРОИЗВЕДЕНИЙ ОБЪЕКТОВ, СОЗДАВАЕМЫХ НА ОСНОВЕ РЕЗУЛЬТАТОВ МАШИННОГО ОБУЧЕНИЯ И «ПРОИЗВЕДЕНИЙ» ИСКУССТВЕННОГО ИНТЕЛЛЕКТА

Довольно много публикаций сегодня посвящаются проблематике производений, создаваемых человеком с использованием новейших технологий или самими такими технологиями фактически без участия человека. Еще более интересной с правовой точки зрения становится ситуация, когда произведения создаются человеком на основе результатов, полученных по итогам «работы» таких технологий и, разумеется, прежде всего – технологии искусственного интеллекта (далее – ИИ).

1. Предварить рассмотрение вопроса необходимо некоторым отступлением в части существа самого понятия «технология» – как показали проведенные исследования, оно имеет множество значений (толкований) и является многоаспектным.

В словарях «технология» определяется, в частности, как совокупность производственных методов и процессов в определенной отрасли производства, а также научное описание способов производства¹ или как совокупность знаний о способах обработки материалов, изделий, методах осуществления каких-либо производственных процессов². Такое понимание во многом проистекает из первоначального смысла этого термина, который впервые использовался для «обозначения ремесленного искусства, включающего в себя профессиональные навыки и эмпирические представления об орудиях труда и трудовых операциях»³.

Легальное определение понятия «технология» можно обнаружить в подзаконных нормативных правовых актах советского периода (в законах того периода данный термин не употреблялся), которые относились к сфере открытий, изобретений и рационализаторства⁴: в них технология

¹ См., например, *Ожегов С. И.* Словарь русского языка. М. 1991.

² См., например, *Большой толковый словарь русского языка / Сост. и гл. ред. С. А. Кузнецов.* СПб.: Норинт. 2000.

³ В литературе указывается, что этот термин впервые ввел в 1772 г. профессор Геттингенского университета И. Бекман (см., например, *Литова З. А.* Сущность понятия «технология» на современном этапе // *Ученые записки. Электронный научный журнал Курского государственного университета.* 2019. № 2 (50). Т. 1.).

⁴ См. например: Положение об открытиях, изобретениях и рационализаторских предложениях и инструкции о вознаграждении за открытия, изобретения и рационализаторские предложения, утвержденное постановлением Совета министров СССР № 435

толковалась как «разработка технологических процессов, созданных с использованием совместных и советских изобретений, относящихся к способу (технологии) производственной или иной деятельности»⁵. Более поздние нормативные правовые акты не предлагают дефиниций данного понятия.

В зарубежных публикациях под технологией понимают информацию, необходимую для достижения конкретного производственного результата посредством комбинирования и обработки выбранных ресурсов определенным способом (в том числе секрет производства)⁶, или объекты, созданные в результате решения той или иной задачи и имеющие своей целью выполнение определенных «искусственных» функций (англ. *artificial functions*)⁷.

Подобное многообразие в определении сущности понятия обосновывается существованием на сегодняшний день множества различных видов и типов технологий. Но, обобщая, для целей права можно говорить о технологии как о «*методах, инструментах или их совокупности, позволяющих успешно разрешать поставленную практическую задачу*»⁸.

В развитие этого важно заметить, что первым объектом, создаваемым с помощью технологии, который получил правовую охрану в качестве результата интеллектуальной деятельности и прямо упоминается в Бернской конвенции, стала фотография.

Задействование фотографической технологии для создания изображения (кого-либо или чего-либо) само по себе не свидетельствует о творческой деятельности создателя – фотографирование может использоваться

от 24 апреля 1959 г.; постановление Совета министров СССР от 20 августа 1973 г. № 575 «О дальнейшем развитии изобретательского дела в стране, улучшении использования в народном хозяйстве открытий, изобретений и рационализаторских предложений и повышении их роли в ускорении научно-технического прогресса»; Положение об открытиях, изобретениях и рационализаторских предложениях, утвержденное постановлением Совета Министров СССР от 21 августа 1973 г. № 584.

⁵ См.: Михайлова Ю. П. Понятие «технология» в законодательстве об интеллектуальной собственности Российской Федерации // Труды Института государства и права РАН. 2009. № 2. С. 130.

⁶ См., например: Maskus K. E. Encouraging International Technology Transfer. UNCTAD/ICTSD Capacity Building Project. On Intellectual Property Rights and Sustainable Development. (2003).; Tihanyi L. & Roath A. S. (2002). Technology Transfer and Institutional Development in Central and Eastern Europe. Journal of World Business, 37, 188–198.

⁷ См.: Nightingale P. (2014). What is Technology? Six Definitions and Two Pathologies. SSRN Electronic Journal. DOI: 10.2139/ssrn.2743113; Wahab A., Prof Dr Sazali & Raduan R. & Osman S. (2012).

⁸ См.: Рожкова М. А., Исаева О. В. Понятие «технология» в контексте российского права // Хозяйство и право. 2021. № 3. С. 21–29.

для разных целей, в том числе документирования, фотофиксации доказательств и проч. Вследствие этого создаваемые с помощью этой технологии объекты изначально не относили к авторским произведениям, а приравнивали к средствам документирования или к литографиям⁹. Статус результата творческой деятельности фотография получила только после того, как фотографы стали привносить в создание фотографии элемент творчества для получения художественного эффекта: применять фильтры и использовать специальные объективы, производить обработку позитива фотографии химическими составами с целью получения большей художественной выразительности и создавать композиции, используя фотомонтаж, и т. д.

Вследствие этого неудивительно, что фотографии всегда подразделялись на *информационные* (лишь документирующие, закрепляющие определенную информацию, «протокольные») и *эстетические* (творческие, отражающую художественное восприятие автора – создателя фотографии).

Это, в частности, нашло прямое подтверждение в германском Законе об авторском праве и смежных правах (далее – UrhG)¹⁰, упоминающем *фотографические произведения, на которые распространяется авторско-правовой режим правовой охраны* (нем. Lichtbildwerk; § 2 UrhG), и *«простые» фотографии, признаваемые объектом смежных прав* (нем. Lichtbild; § 72 UrhG). Закон не устанавливает четких критериев для отнесения фотоснимка к той или иной категории, упоминая лишь, что произведением, по смыслу Закона, считается только личное интеллектуальное творение (§ 2(2) UrhG), под которым суды понимают произведения, отличающиеся продуманной постановкой и высокой степенью индивидуальности¹¹. При этом в случае «простых» фотографий объектом охраны становится не творческое произведение, а скорее личное, техническое, экономическое и/или организационное исполнение, не имеющее творческого характера, что и отличает их от других объектов охраны по Закону об авторском праве¹².

⁹ См.: *Левашов В.* Лекции по истории фотографии. М. 2014. Лекция 4.

¹⁰ Urheberrechtsgesetz (Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte). Gesetz vom 09.09.1965 (BGBl. I S. 1273).

¹¹ См.: *Kaufmann D.* Urheberrecht und Bildrechte einfach erklärt – Lichtbild oder Lichtbildwerk? / Zeilenabstand.net. // URL: <https://www.zeilenabstand.net/urheberrecht-und-bildrechte-einfach-erklart-lichtbild-oder-lichtbildwerk/>

¹² См.: *Schiessel I. J.* Reichweite und Rechtfertigung des einfachen Lichtbildschutzes gem. § 72 UrhG / Series: Bild und Recht - Studien zur Regulierung des Visuellen. vol. 6. Edition 2020. P. 42. ISBN print: 978-3-8487-6866-0, ISBN online: 978-3-7489-0962-0 // <https://doi.org/10.5771/9783748909620-42>

В соответствии с таким подходом не получают правовой охраны в качестве объекта авторского права фотографии протокольного (информационного, технического) характера, например, снимки участников конференции или совета директоров, однотипные «туристические» фотографии достопримечательностей, портретные фото для документов либо сделанные папарацци снимки частной жизни кинозвезд – подобные фотографии по германскому праву будут объектами смежных прав. Но фотографии, в которых отражена индивидуальность авторского восприятия, являющиеся оригинальными, бесспорно, будут признаваться объектами авторского права – фотографическими произведениями¹³.

Такой подход соответствует Директиве Европейского Парламента и Совета Европейского Союза 2006/116/ЕС от 12 декабря 2006 г. о сроке действия охраны авторского права и некоторых смежных прав, в которой закреплено следующее правило: «По смыслу Бернской конвенции, фотографическое произведение должно считаться оригинальным, если оно является результатом интеллектуальной деятельности автора, отражающим его личность...». Более того, Суд Европейских сообществ пояснил, что «индивидуальность» автора фотографического произведения может быть проявлена на всех этапах его создания: от выбора позы фотографируемого лица или освещения (на подготовительном этапе) до выбора угла съемки или созданной атмосферы (в процессе создания снимка) и техники обработки готовой фотографии, в том числе с использованием программного обеспечения¹⁴. Иными словами, европейский подход предусматривает предоставление авторско-правовой охраны не просто только эстетическим фотографиям, но лишь тем из них, которые отражают личность автора.

Изложенное позволяет заключить, что в развитых правовых системах для признания объекта, созданного с помощью (фотографической) технологии, произведением и соответственно объектом авторского права признается необходимым его соответствие критерию творчества (индивидуальности).

Распространяя такой подход на объекты, создаваемые с помощью иных технологий, можно заключить следующее.

Использование той или иной технологии при создании объекта требует установления наличия творческой составляющей, что позволит причислить этот объект к творческим произведениям. Сам по себе факт применения технологии или технических средств при создании объекта

¹³ См. подробнее об этом: *Рожкова М. А., Исаева О. В.* Правовые режимы фотографии в российском праве // Журнал Суда по интеллектуальным правам. 2021. № 2 (32). С. 55–69.

¹⁴ Judgment of the Court (Third Chamber) of 1 December 2011: *Eva-Maria Painer v. Standard VerlagsGmbH and Others* (Case C-145/10) at 90–92.

не лишает этот объект возможности получить правовую охрану в качестве авторского произведения, поскольку его создание не исключает творческий характер самого процесса. Примечательно, что этот вывод нашел прямое подтверждение в разъяснениях ВС РФ¹⁵.

Таким образом, получил закрепление следующий подход: если при создании произведения используются современные технологии, но деятельность человека носит творческий характер, полученные результаты могут признаваться объектами авторского права. Этот подход находит отражение в судебной практике.

Так, СИП рассмотрел дело по спору, возникшему из договора оказания услуг на проведение рекламной компании¹⁶. По условиям этого договора, заключенного между истцом (исполнитель) и ответчиком (заказчик), права на созданные в рамках оказания услуг результаты интеллектуальной деятельности переходят к заказчику с момента подписания сторонами акта сдачи-приемки и оплатой последним услуг в полном объеме. Заказчик отказался от подписания акта (хотя претензии к качеству отсутствовали), оплату произвел лишь частично, но при этом разместил созданные исполнителем произведения в соцсетях и на своем сайте (без получения согласия исполнителя на такое размещение). Исполнитель, посчитав передачу прав несостоявшейся, обратился в суд с целью взыскания компенсации за нарушение его исключительных прав.

Суды удовлетворили иск, отклонив довод ответчика об отсутствии у истца исключительного права на созданные по договору результаты ввиду нетворческого характера процесса их создания. Поддерживая решения нижестоящих инстанций, СИП отметил: «сам по себе вопрос о принадлежности технических средств, с применением которых были созданы спорные произведения, не имеет решающего правового значения, так как правильное разрешение настоящего спора зависит от установления иных фактических обстоятельств, а именно – фактов возникновения у исполнителя исключительных прав на объекты интеллектуальной собственности и несостоявшейся передачи этих прав заказчику по договору»¹⁷.

Таким образом, при оценке охраноспособности объекта ключевое значение имеет степень и характер участия человека в его создании, а не способ его создания и – тем более – не принадлежность используемых средств собственно автору. Иными словами, применение технологий в процессе работы над каким-то объектом способно привести к созданию

¹⁵ Пункт 80 Постановления Пленума ВС РФ от 23 апреля 2019 г. № 10.

¹⁶ Дело № А40-120582/2021.

¹⁷ Постановление СИП от 30 мая 2022 г. № С01-408/2022 по делу № А40-120582/2021.

нового объекта – как охраноспособного с позиции авторского права, так и неохраноспособного, – если это результат механического использования существующей технологии. Вследствие этого судам при разрешении конкретного спора надлежит давать оценку созданному объекту на предмет того, может ли он относиться к числу авторских произведений, что предопределяет возможность применения к возникшим по поводу этого отношениям норм авторского права.

2. Наиболее популярным вариантом использования технологий для целей создания самостоятельных результатов интеллектуальной деятельности является обработка исходных материалов с помощью дополнительных приложений и программ. Следует отметить, что в данном контексте под обработкой понимается *не только собственно изменение качеств первоначального объекта (корректировка цвета для изображений; настройка звука для музыкальных произведений и т. д.), но также любая переработка, компоновка нескольких объектов в один и проч.*

Так, применительно к фотографическим произведениям интерес представляют случаи, когда эффектность снимка достигается не при его создании (посредством выбора позы фотографируемого лица, освещения, угла съемки, созданной атмосферы), а за счет последующего использования графического редактора (например, Photoshop)¹⁸. Применительно к этому следует отметить следующее.

С одной стороны, к применению цифровых технологий прибегает практически каждый владелец смартфона в процессе создания с его помощью фотоснимков, дальнейшего редактирования фотографий. Существующие программы и приложения позволяют добиться эффектности снимка, просто загрузив его и отметив, что необходимо изменить (стиль фотографии, композицию, баланс белого и т. д.). Другие приложения (например, Prisma¹⁹ от Prisma Labs, Inc.) вовсе не требуют от пользователя никаких усилий, предлагая воспользоваться автоматической корректировкой изображения либо выбрать живописца, в стиле которого требуется обработка загружаемого изображения. Иными словами, современные программные продукты предоставляют пользователю возможность получить изображение, значительно отличающееся от первоначального, что осуществляется путем «нажатия кнопки». При этом несмотря на кажущуюся оригинальность получаемых результатов, в силу минимального участия человека в их создании такие результаты сложно назвать произведениями (производными произведениями), поскольку первоначальный

¹⁸ См. подробнее об этом: Рожкова М. А., Исаева О. В. Указ. соч. С. 55–69.

¹⁹ <https://prisma-ai.com/>

объект фактически подвергается лишь технической обработке, но не перерабатывается по смыслу подп. 9 п. 2 ст. 1270 ГК РФ.

С другой стороны – с развитием технологий и появлением у графических редакторов новых возможностей популярность приобретают произведения, создание которых без использования таких средств просто невозможно, поскольку именно с их помощью автор способен продемонстрировать собственный стиль и особое видение объекта фотографирования, не ограничиваясь лишь действительностью. К таким случаям относятся изображения, представляющие собой сочетание реальности, попавшей в кадр, с фантазийными элементами; оригинальные коллажи нескольких фотоснимков; применение авторской цветокоррекции и спецэффектов. За счет предоставляемого графическим редактором функционала автор способен «изменить реальность», воплотив собственные идеи, реализация которых возможна только с использованием специальных программ и нередко требует более значительных временных и интеллектуальных ресурсов, чем тратится при создании снимка, который ложится в основу. В подобных случаях надо говорить о создании с использованием графического редактора нового самостоятельного охраноспособного авторского произведения.

Исходя из сказанного необходимо подчеркнуть, что квалификация создаваемого таким образом результата интеллектуальной деятельности будет зависеть от характера первоначального объекта, послужившего основой.

Например, при создании коллажа на основании фотоснимка, носящего информационный или технический характер, возникшее произведение можно квалифицировать как самостоятельное оригинальное произведение искусства. Если же основой коллажа послужило другое оригинальное фотографическое произведение или произведение изобразительного искусства, есть все основания говорить о создании производного произведения, что в свою очередь обязывает его автора, желающего в дальнейшем использовать созданный им результат, получить согласие на переработку первоначального объекта.

Рассмотренная логика применима не только к фотографическим произведениям. Программы и приложения все чаще используются для создания музыкальных и аудиовизуальных произведений.

Так, применительно к музыкальным произведениям существующие программы предоставляют возможность не только обработки, но и создания музыкальных композиций с использованием как собственных, так и «библиотеки» готовых материалов, причем пользователю совсем не обязательно владеть музыкальной грамотой – многие программы позволяют автоматически «выводить» нотную запись созданного результата

(если это необходимо). Подобно рассмотренному в отношении фотографических произведений, характер созданного результата будет зависеть, во-первых, от характера используемых материалов и, во-вторых, от степени вовлеченности самого человека в процесс создания.

Важно заметить, что на практике суды не всегда четко отграничивают возникновение авторских прав на составное или производное произведение от последующего использования такого произведения.

Эта проблема не так давно была предметом обсуждения КС РФ, когда он рассматривал дело, в рамках которого IT-специалист М., создавший программу для ЭВМ для электронных курсов – eLearning Metadata Manager (далее – eMM), не смог защитить свои авторские права на нее, когда их незаконно присвоил его бывший работодатель ООО «Интервим» и контролирующая его швейцарская компания Veeam Software Group GmbH (далее – ответчики)²⁰.

Суд первой инстанции частично удовлетворил иск о признании за М. права авторства, права на имя, исключительного права на eMM, признании нарушением удаления информации об авторском праве М. из указанной программы, а также взыскании компенсации за нарушение исключительного права на eMM.

Однако суд апелляционной инстанции отменил данное решение, отказав в удовлетворении исковых требований в полном объеме, что впоследствии было поддержано всеми вышестоящими судебными инстанциями. Отказывая М. в иске, суд апелляционной инстанции исходил из того, что eMM представляет собой составное произведение, так как она состоит из файлов библиотек, являющихся частью веб-приложений и используемых для выполнения важнейших функций программы, причем без этих библиотек веб-приложение не будет работать. Кроме того, апелляционная инстанция обратила внимание на то, что М., использовавший ряд программ для ЭВМ при создании eMM, предлагал применять его программу на платной основе, что противоречит условиям стандартной общественной лицензии. В итоге суд апелляционной инстанции признал, что М. не доказал наличие у него права использовать программные продукты, права на которые принадлежат другим правообладателям, и создавать спорную программу на основе таких программ, что и стало основанием для отказа в иске.

КС РФ в своем Постановлении отметил, что *авторские права на программу для ЭВМ возникают у ее создателя с момента создания дан-*

²⁰ Постановление КС РФ от 16 июня 2022 г. № 25-П «По делу о проверке конституционности п. 3 ст. 1260 ГК РФ в связи с жалобой гражданина А. Е. Мамичева».

ной программы в объективной форме в качестве результата творческого труда. Использование при создании собственного произведения других объектов, права на которые принадлежат иным лицам, требует согласия этих лиц, но само по себе создание составных произведений не лишает каких-либо прав авторов использованных объектов. В то же время автор составного произведения может осуществлять свои права только при условии соблюдения прав авторов произведений, которые были использованы.

Поясняя этот вывод, надо заметить, что в п. 4 ст. 1260 ГК РФ закреплено следующее положение: «Авторские права переводчика, составителя и иного автора производного или составного произведения охраняются как права на самостоятельные объекты авторских прав независимо от охраны прав авторов произведений, на которых основано производное или составное произведение». С учетом того, что правовая охрана в широком смысле охватывает собой и правовую защиту, можно констатировать, что действующее законодательство предоставляет самостоятельную правовую охрану и защиту правам авторов составных и производных произведений – независимо от правовой охраны и защиты прав авторов первоначальных произведений.

С учетом изложенного КС РФ сделан вывод, что авторские права на составное произведение возникают у его создателя с момента создания этого произведения также *и в том случае, если этим лицом не были соблюдены права авторов используемых им произведений* (например, не получено согласие автора первоначального произведения). Вследствие этого необоснован отказ в защите авторских прав создателя составного произведения только на том основании, что сам истец не вправе ее использовать, – в условиях, когда авторы используемых произведений не обращались за защитой своих прав в установленном законном порядке, не вовлечены в конкретное судебное разбирательство в ином качестве.

Вместе с тем использование составного или производного произведения, созданного без согласия авторов первоначальных произведений, по смыслу закона запрещено. Это прямо вытекает из разъяснений ВС РФ: в абз. 5 п. 88 постановления Пленума ВС РФ от 23 апреля 2019 г. № 10 содержится следующее: «Использование производного или составного произведения, созданного с нарушением прав авторов (иных правообладателей) использованных произведений, является нарушением прав последних. Неправомерное использование производного или составного произведения нарушает исключительное право как правообладателя производного или составного произведения, так и правообладателей использованных произведений».

3. Для четкого разрешения вопросов, обозначенных в наименовании настоящей работы, необходимо дать правовую оценку объектам, создаваемых ИИ. Однако предварить их анализ необходимо кратким обзором современных подходов к пониманию самого ИИ.

В 2017 г. Европейский парламент вышел с инициативой о разработке нормативных актов, регулирующих создание и использование ИИ, а также наиболее «продвинутых» роботов, в рамках которой прозвучало предложение о введении нового субъекта права – «электронной личности» (англ. «electronic person»). Обоснование этой инициативы содержалось в докладе Комитета по правовым вопросам с рекомендациями Комиссии по нормам гражданского права о робототехнике (2015/2103(INL))²¹, который нашел воплощение в Резолюции Европейского Парламента от 16 февраля 2017 г.²² (далее – Резолюция 2015/2103(INL), Резолюция).

Важно заметить, что Резолюция 2015/2103(INL) предполагает не срочное разрешение обозначенных в ней вопросов – в ней заложены направления, которые нуждаются в тщательной проработке в долгосрочной перспективе в плане ожидания того, что когда-нибудь ИИ не только догонит, но и превзойдет человека²³. То есть в Резолюции речь идет о таком уровне

²¹ Доклад Комитета по правовым вопросам с рекомендациями Комиссии по нормам гражданского права о робототехнике [2015/2103(INL)] (Draft Report with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics [2015/2103(INL)] // URL: http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/JURI-PR-582443_EN.pdf), а затем и подготовленной на его основе URL: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_EN.html).

²² Резолюция Европейского парламента от 16 февраля 2017 г. (European Parliament resolution of 16 February 2017 with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics [2015/2103(INL)]).

²³ В Резолюции 2015/2103(INL) признается вероятность того, что в течение нескольких десятилетий ИИ сможет превзойти интеллектуальные способности человека (п. P), выражается обеспокоенность тем, что работа, которая сейчас выполняется людьми, будет «захвачена» роботами (Беспокойство по поводу того, что алгоритмы, ИИ, роботы вытеснят людей и будут иметь власть над ними, находит отражение и в работе Д. М. Балкина (*Balkin J. M. Free Speech in the Algorithmic Society: Big Data, Private Governance, and New School Speech Regulation.* // URL: https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/51/3/Essays/51-3_Balkin.pdf)). Кроме этого, в одном из разделов Резолюции 2015/2103(INL), посвященном вопросам гражданско-правовой ответственности, констатируется, что современные роботы уже способны выполнять действия, которые раньше были типичными и исключительно человеческими, причем развитые определенных автономных и когнитивных функций (как, например, способности учиться на собственном опыте и принимать квазинезависимые решения) сделало роботов более похожими на агентов, которые взаимодействуют с внешней средой и способны ее значительно изменить (п. Z). В этих условиях, как специально подчеркивается в Резолюции, одним из важнейших становится вопрос о юридической ответственности за вред, причиненный действием робота. Анализ различных аспектов возложения ответственности за действия роботов на третьих лиц (разработчика программного обеспечения, владельца робота, оператора, пользователя и пр.) сопровождается выводом о том, что в тех случаях, когда ущерб причиняется вследствие решения,

«развития» ИИ, на котором он действительно будет сопоставим с человеческим разумом и сможет рассматриваться в качестве самостоятельной (электронной) личности. С учетом этой перспективы в публикациях получает некоторую разработку ориентированная на будущее идея признания правоспособности непосредственно за самим ИИ, однако даже с учетом прецедента признания правосубъектности за роботом, управляемым ИИ (речь идет о человекоподобном роботе Софии, получившей гражданство Саудовской Аравии²⁴), этот вопрос пока что в большей степени носит сугубо теоретический характер²⁵ и не будет рассматриваться в рамках настоящей работы. Как обоснованно отмечает А. И. Балашова, «вопрос о наделении искусственного интеллекта статусом автономного субъекта лежит в предметной области философии и этики и должен был первоначально быть осмыслен именно с этих позиций, и только затем получить дальнейшее развитие в рамках юридической науки и правового регулирования»²⁶.

Таким образом, на сегодняшний день существование самостоятельного, разумного искусственного субъекта (электронной личности) – это не реальность, а пока что литературная гипербола, сотворенная усилиями философов, писателей и журналистов. Универсальный ИИ, который, как подразумевается, в будущем может стать самостоятельным субъектом

которое робот принял самостоятельно, действующее законодательство не позволяет установить, кто должен нести ответственность по выплате компенсации и возмещению причиненного вреда (п. АF). Проблемы усматриваются и в сфере договорной ответственности: роботы могут быть запрограммированы так, что они сами могут выбирать контрагентов, согласовывать условия контрактов, заключать договоры и решать, как их исполнять, что делает неприменимыми традиционные нормы договорного права (п. АG). В заключительном пункте рассматриваемого раздела отмечается, что существующее правовое регулирование не рассчитано на причинение вреда роботами нового поколения, в частности, оно не учитывает, что «продвинутые» роботы способны адаптироваться и самообучаться, что делает довольно непредсказуемым их поведение (п. АI). С учетом этого в п. 59(f) Резолюции Комиссии ЕС предлагается при оценке воздействия будущего европейского законодательства изучить, проанализировать и рассмотреть последствия наделения «продвинутых» автономных роботов особым правовым статусом – статусом «электронной личности», ответственной за возмещение любого ущерба в тех случаях, когда робот принимал решение автономно или иным образом самостоятельно взаимодействовал с третьими лицами.

²⁴ См.: *Cuthbert O. Saudi Arabia becomes first country to grant citizenship to a robot // Arabnews. 26 октября 2017 г. URL: <https://www.arabnews.com/node/1183166/saudi-arabia>.*

²⁵ См. об этом, например, *Богустов А. А. К дискуссии о правосубъектности искусственного интеллекта // Право цифровой экономики. 2022 (18): Ежегодник-антология / Рук. и науч. ред. д. ю. н. М. А. Рожкова. М.: Статут. 2022. С. 154–171.*

²⁶ *Балашова А. И. Искусственный интеллект в авторском и патентном праве: объекты, субъектный состав правоотношений, сроки правовой охраны // Журнал Суда по интеллектуальным правам // URL: <http://ipcmagazine.ru/legal-issues/artificial-intelligence-in-copyright-and-patent-law-objects-subject-composition-of-legal-relations-terms-of-legal-protection>*

права, в настоящее время не создан и является целью, а не реальностью. Как отмечено в п. 9 Национальной стратегии развития искусственного интеллекта на период до 2030 года, «создание универсального (сильного) искусственного интеллекта, способного, подобно человеку, решать различные задачи, мыслить, взаимодействовать и адаптироваться к изменяющимся условиям, является сложной научно-технической проблемой, решение которой находится на пересечении различных сфер научного знания – естественно-научной, технической и социально-гуманитарной». Пока что существующие системы ИИ вовсе не думают так же, как люди²⁷, а задача создания искусственного разума, действительно сопоставимого с человеческим, еще очень далека от разрешения, что прямо подтверждают ученые: «Мы используем искусственный интеллект в тех областях, где человеческий работает не лучшим образом. Создать конкурента человеческому разуму во всех его проявлениях пока не получилось»²⁸.

Изложенное не позволяет говорить о реальной самостоятельности существующего ИИ: человек ставит перед ИИ нуждающиеся в разрешении задачи, изначально разрабатывает алгоритмы разрешения этих задач и формирует базы данных, которые будут использоваться ИИ, определяет достаточность и применимость предложенного ИИ решения. «Деятельность» сегодняшнего ИИ основывается на математических вычислениях и не подразумевает многофакторный анализ ситуации, в том числе на основе морально-этических принципов, интуитивное и эмоциональное восприятие, критическую оценку вводной информации. Поэтому рассматривать ИИ как самостоятельного, критически мыслящего субъекта (субъекта прав) в настоящее время явно преждевременно.

Вследствие этого в большинстве правовых публикаций под ИИ понимается вовсе не *сильный ИИ* (электронная личность). Актуальные юридические публикации в большинстве своем содержат соображения, касающиеся *слабого ИИ*, который предназначен и способен «решать только узкоспециализированные задачи»²⁹.

Слабый ИИ представляет собой, по сути, сложное информационно-технологическое решение, позволяющее без участия человека разрешать разнообразные задачи, в том числе традиционно относящиеся к твор-

²⁷ См. об этом: *Евтеева Е. В.* Охраноспособность объектов, созданных искусственным интеллектом: теоретическое обобщение // Журнал Суда по интеллектуальным правам // URL: <http://ipcmagazine.ru/legal-issues/protectability-of-objects-created-by-ai-theoretical-generalization>.

²⁸ См.: *Ноздрачев В.* Эволюция или революция: что ждет искусственный интеллект // URL: <https://vc.ru/future/89726-evolyuciya-ili-revolyuciya-cto-zhdet-iskusstvennyu-intellekt>.

²⁹ См. п. 9 Национальной стратегии развития искусственного интеллекта на период до 2030 года.

ческим, а также самообучаться в ходе их разрешения. Будучи информационной системой, ИИ включает в свой состав, – если выделять самое главное, – три основных блока: (1) базы данных (наборы больших данных) и знаний о предметной области, в том числе результаты машинного обучения; (2) решатель – компьютерную программу, которая на основе специализированных обучающихся алгоритмов³⁰ разрешает поставленные задачи; (3) интеллектуальный интерфейс – совокупность средств, методов и правил, которые позволяют человеку вести общение с самой интеллектуальной системой. Однако надо исходить из того, что ИИ, будучи очень сложной информационно-технологической системой, включающей в себя множество различных технологий и компьютерных программ или их совокупности, а также имеющей множество направлений (как, например, нейронная сеть), в целом должен рассматриваться именно как технология.

Таким образом, при всем богатстве даваемых в различных трудах³¹ определений понятия «искусственный интеллект», главным, на наш взгляд, является понимание, что ИИ сегодня представляет собой *технологию, которая способна на основе специально разработанных алгоритмов и с опорой на имеющиеся базы данных выносить квазиавтономные решения по вопросам, поставленным человеком*³².

4. Будучи не правоспособным субъектом, а объектом прав, ИИ при этом вполне способен практически самостоятельно создавать объекты, внешне напоминающие охраноспособные авторские произведения.

Так, разработанный немецкими специалистами сервис Endel³³, содержащий в своей основе ИИ, создает для пользователя индивидуальную «звуковую среду» (англ. «soundscape») – музыку, преимущественно состоящую из натуральных звуков окружающего мира. Согласно информации от разработчиков запатентованная технология Endel учитывает движение

³⁰ Алгоритмы можно понимать как *совокупность машинных операций, выполняемых по строго определенным правилам, что в итоге приводит к разрешению поставленной задачи или достижению определенного результата.*

³¹ Обзор определений ИИ содержится, например, в работах: Морхат П. М. К вопросу об определении понятия искусственного интеллекта // Право и государство: теория и практика. 2017. № 12 (156). С. 25–32 (URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/k-voprosu-ob-opredelenii-ponyatiya-iskusstvennogo-intellekta>), Сёмин П. О. Правовые аспекты искусственного интеллекта и смежных технологий: права на контент, созданный с помощью машинного обучения // Журнал Суда по интеллектуальным правам // URL: <http://ipcmagazine.ru/asp/legal-aspects-of-artificial-intelligence-and-related-technologies>).

³² См.: LegalTech, FinTech, RegTech etc.: правовые аспекты использования цифровых технологий в коммерческой деятельности: коллективная монография / рук. авт. кол. и науч. ред. М. А. Рожкова. Москва: Статут. 2021. С. 180 (автор параграфа – Рожкова М. А.).

³³ <https://endel.io/>

пользователя, время суток, погоду, пульс, местоположение и другие факторы, а затем использует ИИ для создания персонализированных треков, которые адаптируются к изменениям в режиме реального времени³⁴, последовательно улучшая концентрацию внимания и снижая стресс³⁵.

Другой инструмент – Amper³⁶ – также позволяет пользователям создавать и настраивать оригинальную музыку на базе «творческого» ИИ. Однако в отличие от Endel система сервиса состоит из множества отдельных сэмплов и уникальных инструментов³⁷. От пользователя требуется лишь указать тональность, длину и музыкальный жанр музыкального произведения и скорректировать получившийся результат (если потребуется). При этом пользовательское соглашение³⁸ сервиса не содержит однозначных специальных положений о дальнейшем использовании сгенерированного контента: нет ни упоминания лицензии, предоставляемой пользователю, ни указания на возможность свободного использования.

Нейронная сеть Midjourney³⁹ является инструментом, позволяющим создавать изображения по словесному запросу. С ее помощью уже созданы изображения Ярославля⁴⁰ и Новосибирска⁴¹, постер для сериала⁴², изображения персонажей книги «Гарри Поттер»⁴³, рекламные материалы для интернет-магазина⁴⁴. Примечательно, что создаваемые нейросетью объекты позиционируются как производные произведения (англ. derivative works), при этом пользователям предоставляется неисключительная лицензия на их использование, а в случае приобретения «подписки» исключительное право и вовсе может переходить к пользователю, иницииро-

³⁴ <https://endel.io/about>

³⁵ <https://endel.io/>

³⁶ <https://www.ampermusic.com/>

³⁷ <https://www.ampermusic.com/about/>

³⁸ <https://www.ampermusic.com/terms/>

³⁹ <https://www.midjourney.com/>

⁴⁰ Ярославль глазами нейросети Midjourney: создали кадры с главными местами и событиями города // 76.RU. Ярославль онлайн // URL: <https://76.ru/text/entertainment/2022/08/08/71553371/>

⁴¹ Мрачная яма на Котовского, разбитые дороги и загадочный манул. Нейросеть сгенерировала изображения Новосибирска //NGS.RU. URL: <https://ngs.ru/text/gorod/2022/08/09/71554718/>

⁴² Нейросеть сгенерировала постер корейского сериала, который вышел на телеканале «Суббота!» // Sostav. URL: <https://www.sostav.ru/publication/nejroposter-seriala-kejs-telekanala-subбота-55822.html>

⁴³ Нейросеть Midjourney перенесла персонажей «Гарри Поттера» в мир киберпанка // Disgusting Men. URL: <https://disgustingmen.com/art/midjourney-harry-potter/>

⁴⁴ XCOM-SHOP – первый в России интернет-магазин, применяющий графику из нейросети // XCOM. URL: https://www.xcom.ru/about/press_center/news/xcom-shop-pervyy-v-rossii-internet-magazin-primenyayushchiy-grafiku-iz-neyroseti/

вашему созданию объекта⁴⁵. Иными словами, разработчики исходят из возникновения у них исключительного права на создаваемые нейросетью результаты.

Изложенное требует правовой оценки в контексте признания охраноспособными произведениями объектов, создаваемых ИИ.

Самый серьезный аргумент против квалификации в качестве авторских произведений объектов, создаваемых ИИ, основан на общепринятом постулате, согласно которому *субъектом авторских прав (автором) признается только человек*.

Как показало проведенное исследование, на практике предпринимаются активные попытки преодолеть данный правовой постулат, хотя пока они не привели к успеху.

Так, недавно появилась информация о том, что художница из Нью-Йорка Крис Каштанова получила регистрацию авторских прав в США на графический роман (комикс), в котором представлены произведения искусства, созданные ИИ. Между тем, как сообщает сама художница, иллюстрации были созданы ею с помощью сервиса синтеза изображений Midjourney, а не самостоятельно ИИ⁴⁶. Впоследствии, однако, Бюро регистрации авторских прав США (англ. United States Copyright Office) инициировало процедуру отзыва защиты, ссылаясь на ее ошибочное предоставление⁴⁷.

Борьба за возможность признания ИИ автором ведется, в частности, профессором права и медицинских наук Р. Эбботтом, написавшим книгу о праве и искусственном интеллекте. Не так давно профессор предъявил иск к Бюро авторских прав США, требуя зарегистрировать цифровое произведение искусства, созданное ИИ, с указанием последнего в качестве автора. Ученый считает, что алгоритмы тоже должны иметь права, так как могут создавать что угодно – от музыки до историй, в то время как результаты их работы не имеют правовой защиты, поскольку согласно действующему законодательству в качестве авторов могут быть указаны только люди⁴⁸.

⁴⁵ Terms of Service // Midjourney Documentation. URL: <https://midjourney.gitbook.io/docs/terms-of-service>

⁴⁶ Художник получил авторские права на работы искусственного интеллекта // URL: <https://www.ferra.ru/news/techlife/khudozhnik-poluchil-avtorskie-prava-na-raboty-iskusstvennogo-intellekta-23-09-2022.html>

⁴⁷ ИИ создал полноценный комикс, но его отказали признать автором // URL: <https://hightech.fm/2022/12/25/comic-book-ai>

⁴⁸ В США пытаются юридически закрепить права искусственного интеллекта // URL: https://octagon.media/mir/v_ssha_pytayutsya_yuridicheski_zakrepit_prava_iskusstvennogo_intellekta.html

Бюро авторских прав США уже неоднократно отвергало попытки защитить авторским правом объекты, созданные системой ИИ. В частности, запрос С. Тайлера, попытавшегося защитить авторские права на картину под названием «Недавний вход в рай», созданную ИИ, был отклонен Бюро как раз со ссылкой на требование о «человеческом авторстве»⁴⁹. При этом Бюро подчеркнуло, что Тайлер не только не смог предоставить доказательства того, что картина является результатом творчества человека, но и не смог убедить их «отойти от века судебной практики в области авторского права».

Надо отметить, что инженер С. Тайлер широко известен как борец за права ИИ. Будучи создателем ИИ DABUS (аббревиатура от англ. Device for the Autonomous Bootstrapping of Unified Sentience – устройство для автономной начальной загрузки единого разума), которое автономно генерирует патентоспособные изобретения, Тайлер обращался в патентные ведомства многих стран в попытке зарегистрировать изобретения «на имя» ИИ.

В Великобритании и США его заявки на патент были отклонены и судебные инстанции подтвердили правильность этих решений⁵⁰. Европейское патентное ведомство также отклонило заявки Тайлера (со ссылкой на то, что изобретатель не был человеком). Ту же позицию заняло патентное ведомство Австралии. Однако обжалование решения патентного ведомства Австралии привело к тому, что в июле 2021 г. Федеральным судом Австралии было принято первое в мире решение о признании ИИ автором изобретения. Суд, проанализировав значение и грамматическую природу слова «изобретатель» в английском языке, встал на сторону С. Талера и принял решение, исходя из того, что австралийское законодательство о патентах прямо не устанавливает, что имя изобретателя обязательно должно быть человеческим, а изобретателем – только человек⁵¹. Однако впоследствии это решение было отменено судом апелляционной инстанции, который подчеркнул, что предметом спора является не соответствие заявки формальным требованиям закона, а вопрос о том, может ли ИИ признаваться изобретателем: по мнению апелляционного суда, изобретателем может быть только лицо, обладающее правовым статусом (субъект права), поскольку обладание патентом влечет за собой возник-

⁴⁹ Бюро авторского права США настаивает, что авторские права не распространяются на произведения искусства, созданные ИИ // URL: <https://www.ixbt.com/news/2022/02/21/bjuro-avtorskogo-prava-ssha-nastaivaet-chto-avtorskie-prava-ne-rasprostranjajutsja-na-proizvedeniya-iskusstva-sozdannye.html>

⁵⁰ См., например: Британский суд считает, что ИИ изобретателем в патенте указывать нельзя // URL: <https://habr.com/ru/news/t/579992/>; Суд США отказал ИИ в праве на получение патентов // URL: <https://habr.com/ru/news/t/576386/>

⁵¹ См. об этом: *Балашова А. И.* Указ. соч.

новение не только прав, но и обязанностей, реализовать которые «несубъект» не может, а кроме того, процесс изобретения – это творческий процесс, на который способен только человек⁵².

Абстрагируясь от заложенного в законодательстве требования о том, что автором произведения может быть только человек, нельзя не вспомнить и другое обязательное условие для признания созданного объекта охраноспособным – *должен отчетливо проявиться творческий характер деятельности, в процессе которой такой объект создается*.

В этих условиях для признания «деятельности» ИИ творческой система должна быть способна принимать самостоятельные решения, не являющиеся повторением уже известных, причем в такой деятельности должны присутствовать суждение и минимальная случайность⁵³. Между тем, как уже подчеркивалось, принцип работы ИИ нередко зависит от вклада человека (оператора системы), а иногда и предопределяется этим вкладом, что в итоге приводит именно к случайным решениям.

С учетом сказанного результаты, создаваемые ИИ без участия человека, в условиях действующего законодательства не могут быть отнесены к объектам авторского права ввиду их несоответствия критериям охраноспособности, установленным для авторских произведений.

Этот общий вывод, согласно которому результаты, создаваемые ИИ, не могут квалифицироваться в качестве авторских произведений, применим ко всем разновидностям таких результатов.

Последнее замечание обусловлено тем, что в качестве самостоятельных объектов рассматриваются сегодня результаты машинного обучения (англ. «machine learning»). В литературе в связи с этим отмечается: «Машинное обучение – это процесс, в ходе которого используются *наборы данных* (проще всего представить их как обыкновенные электронные таблицы), выполняется некоторая программа (*алгоритм машинного обучения*) и используются ресурсы компьютера (процессор выполняет вычисления, оперативная память хранит данные). Результатом машинного обучения является модель – еще один алгоритм, который получает какие-то данные и выдает какой-то ответ, опираясь на то, чему он «научился»⁵⁴.

⁵² См.: Кузнецова Е. Искусственный интеллект = автор изобретения // Закон.ру. URL: https://zakon.ru/blog/2022/04/20/iskusstvennyj_intellekt_avtor_izobreteniya

⁵³ См.: Ramalho A. Will Robots Rule the (Artistic) World? A Proposed Model for the Legal Status of Creations by Artificial Intelligence Systems (June 13, 2017). // <https://ssrn.com/abstract=2987757> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2987757>. P. 3.

⁵⁴ См.: Сёмин П. О. Правовые аспекты искусственного интеллекта и смежных технологий: права на контент, созданный с помощью машинного обучения // Журнал Суда по интеллектуальным правам. URL: <http://ipcmagazine.ru/asp/legal-aspects-of-artificial-intelligence-and-related-technologies>

То есть в отличие от результата, являющегося итогом разрешения поставленной перед ИИ задачи, результаты машинного обучения следует рассматривать в контексте промежуточного итога, который со всей однозначностью относится к техническим данным.

Таким образом, *результаты машинного обучения даже при существенном сходстве с авторскими произведениями не могут признаваться таковыми, относясь к числу данных, которые генерирует ИИ в процессе разрешения поставленной перед ним задачи.*

5. Осознавая проблематичность признания самого ИИ автором создаваемых им объектов, юристы тем не менее пытаются разрешить вопросы авторства и (или) правообладания в отношении объектов, создаваемых человеком с «привлечением» ИИ, так и самим ИИ фактически автономно, без участия человека.

Примечательно, что в публикациях высказываются различные, иногда диаметрально противоположные мнения по данному вопросу. Поэтому неудивительно, что одной из самых часто упоминаемых в отечественной юридической литературе является работа П. М. Морхата, содержащая обзор высказываемых позиций, в числе которых упоминается машиноцентрический концепт, концепт гибридного авторства, концепт служебного произведения, антропоцентрический концепт, концепт «исчезающего» (нулевого) авторства и контаминационный концепт⁵⁵. Каждый из указанных концептов по-разному подходит к решению вопроса о том, кого следует признавать автором и правообладателем: сам юнит ИИ (машиноцентрический концепт), юнит ИИ совместно с человеком (концепт гибридного авторства), человека (антропоцентрический концепт), никого (концепт нулевого авторства).

На наш взгляд, с учетом сказанного *нет никаких оснований признавать за кем-либо авторство на объекты, созданные ИИ без участия человека.* Это объясняется тем, что человек не принимает непосредственного участия в создании таких результатов, являющихся продуктом чисто техническим (не творческим), поэтому несмотря на всевозможные достоинства такого результата нет оснований говорить о его охране нормами авторского права.

Другое дело, что есть резон законодательно закрепить, кто может считаться правообладателем полученного результата, а также владельцем его материального носителя – тут возможны разнообразные варианты и они периодически предлагаются в публикациях.

⁵⁵ Морхат П. М. Правосубъектность искусственного интеллекта в сфере права интеллектуальной собственности: гражданско-правовые проблемы. Автореферат дис. ... канд. юрид. наук: М. 2018. С. 23.

Например, высказывается позиция о необходимости распространения на такие результаты норм института смежных прав по аналогии с правом на сетворческие базы данных, фонограммы и вещание⁵⁶. Как отмечают исследователи, в случае признания результата деятельности ИИ объектом смежных прав, охране подлежит лишь часть результата, потребовавшая организационных или технических усилий человека, хотя выделение таких частей и не имеет практического смысла⁵⁷. Отмечается также, что «введение правовой охраны результатов деятельности [искусственного интеллекта] должно защищать правообладателей от копирования, заимствования, от несанкционированного извлечения данных и повторного их использования, но не защищать от объективных совпадений ввиду большой степени повторимости получаемых таким способом результатов»⁵⁸.

С таким подходом сложно согласиться. Это объясняется тем, что, как отмечалось ранее, «деятельность» ИИ носит случайный характер. В связи с этим невозможно исключить вероятность сходства результатов, полученных разными системами ИИ при выполнении одной и той же поставленной задачи на основе аналогичных исходных данных. Это означает, что в таком случае должно предоставлять правовую охрану каждому такому результату (по модели параллельного творчества), что так или иначе повлечет их обесценивание.

Кроме того, такие объекты в дальнейшем должны беспрепятственно использоваться для создания новых результатов. Учитывая особый характер их создания, вероятно, более ценным для дальнейшего развития технологии будет использование их в качестве данных (информации), но не объекта, внешне напоминающего произведение. Установление для результатов работы ИИ правовой охраны по модели объектов смежных прав затруднит такое использование и с большой вероятностью затормозит разработки.

С учетом сказанного наиболее верным направлением было бы признавать рассматриваемые объекты общественным достоянием, разрешая их дальнейшее использование любому лицу.

Принципиально другой будет ситуация, *когда объект создавался человеком с использованием технологии ИИ – здесь необходимо решение вопроса о наличии творческой составляющей*, на что указывалось ранее.

⁵⁶ См. об этом подробнее: Елунин А. А. Искусственный интеллект в авторском праве // Интернет-конференция сибирского юридического университета (URL: <https://conf.siblu.ru/iskusstvennyu-intellekt-v-avtorskom-prave>); Калятин В. О. Объекты авторского права, созданные с использованием компьютера // Патенты и лицензии. 2011. № 5. С. 22–26.

⁵⁷ См.: Елунин А. А. Указ. соч.

⁵⁸ См.: Там же.

Если условие о творческом характере создания нового объекта соблюдено, то независимо от факта использования технологии ИИ или иной технологии либо технического средства автором будет признаваться человек, создавший этот объект. То есть в случае удовлетворения признакам охраноспособного произведения подобные результаты следует признавать оригинальными, созданными с помощью технологий и/или их продуктов, а исключительное право на такой результат признавать за соответствующим автором.

Если новый объект был создан человеком чисто механически – путем «нажатия кнопки» или задания параметров – либо с незначительным его участием (закрывающемся, например, в запуске программы или периодическом внесении корректив в «деятельность» ИИ), то, как и в ранее рассмотренном случае, говорить об авторстве нет оснований, но вполне допустимым будет определить правообладателя полученного результата, а также владельца материального носителя этого результата. Здесь может быть использован тот же подход, что был предложен для результатов, созданных ИИ самостоятельно, без участия человека.

Подводя итоги, следует дать ответ на вопрос, заложенный в наименовании настоящей работы: является ли произведение, созданное на основе результатов машинного обучения или «итогового» результата, созданного ИИ, производным произведением.

Под производным произведением следует понимать «результат творческой (оригинальной) переработки другого (первоначального) произведения, являющийся обособленным от такого первоначального произведения объектом, но при этом сохраняющий с ним связь, за счет которой содержание первоначального произведения становится доступным через производное»⁵⁹. Таким образом, производные произведения могут быть созданы только на основе авторских произведений, к числу которых не относятся неохраноспособные результаты машинного обучения и иные объекты, создаваемые ИИ. Указанное означает, что созданные ИИ результаты могут свободно использоваться любым лицом для создания самостоятельного оригинального произведения. Следовательно, произведение, созданное с использованием таких результатов, не может рассматриваться в качестве производного – оно должно квалифицироваться как первоначальное.

⁵⁹ Исаева О. В. Пределы свободы автора производного произведения. Дис. ... канд. юрид. наук: М. 2023. С. 56.

А. В. Ёрш

МЕСТО АККАУНТА В СИСТЕМЕ ОБЪЕКТОВ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА

ВВОДНЫЕ ЗАМЕЧАНИЯ

В современном информационном и постиндустриальном мире едва ли найдется человек, который ни разу в жизни не сталкивался с таким явлением, как аккаунт. У большинства людей есть почтовые, банковские аккаунты, а число пользователей различных социальных сетей и, как следствие, аккаунтов, растет с невероятной скоростью¹. Ежедневно сталкиваясь с цифровизацией всех сфер общественной жизни, общаясь в социальных сетях, пользуясь электронными почтовыми сервисами, приобретая те или иные товары посредством электронной торговли, обращаясь за услугами к государственным органам и т. д., люди настолько часто используют термин «аккаунт», что он стал привычным, обыденным, что, в свою очередь, создает впечатление абсолютной прозрачности понимания сущности этого явления.

Между тем, в настоящий момент можно констатировать, что ни наукой, ни практикой не выработано единого понятия² аккаунта. По отношению к изучаемому явлению в литературе и некоторых нормативных правовых актах³ можно обнаружить такие термины, как: «учетная запись», «страница в сети», «профиль», «контент» и собственно термин «аккаунт». При этом объем и содержание этих терминов нередко различаются.

Проблема усугубляется также тем, что праведы и IT-специалисты говорят «на разных языках». То, что очевидно для вторых, совершенно не очевидно и не понятно для первых. IT-словарь под аккаунтом понимает «учетную запись, совокупность данных пользователя, необходимых для

¹ По данным креативного агентства We Are Social 62,5% мирового населения используют Интернет, число пользователей за 2021 г. увеличилось на 192 млн. (4%) и составляет 4,95 млрд человек. Число пользователей социальных сетей выросло более чем на 10% и насчитывает 4,62 млрд – это 58,4% от общей численности населения мира. // URL: <https://www.sostav.ru/publication/we-are-social-i-hootsuite-52472.html>.

² Философская энциклопедия называет понятием общее имя с относительно ясным содержанием и сравнительно четко очерченным объемом // URL: https://dic.academic.ru/dic.nsf/enc_philosophy/952.

³ См.: Письмо Федеральной налоговой службы от 30 сентября 2020 г. № СД-4-23/16001@ «О внесении изменений в письмо ФНС России от 31.08.2020 № БВ-4-23/13939@»; Положение об организации работы по управлению учетными записями пользователей в подсистемах автоматизированной информационной системы Федеральной службы судебных приставов, утвержденное приказом Федеральной службы судебных приставов от 2 апреля 2014 г. № 116.

его аутентификации. Обычно аккаунт создается после регистрации на каком-либо ресурсе (на сайте/в приложении/в программе). По сути, это комплекс программных средств и инструментов. Логин и пароль – это простейшие идентификаторы лица. При этом массив учетных записей – это база данных, которая принадлежит владельцу электронного ресурса⁴.

Иллюзорная простота данного понятия не добавляет ясности с правовой точки зрения. Между тем, право как всеобщий регулятор должно учитывать специфику объекта.

Разнообразие аккаунтов, их масштабное распространение и глобальные процессы цифровизации в целом позволяют констатировать необходимость серьезного и глубокого правового исследования этого нового явления. Требуется выявление общих черт у различных видов аккаунтов и определение общего базового понятия, классификация аккаунтов по различным основаниям. И, как следствие, нужно комплексное правовое регулирование, которое не рушило бы существующую систему норм, не противоречило ей, а органично вписывалось в нее.

ПРЕДСТАВЛЕНИЯ О ПРАВОВОЙ ПРИРОДЕ АККАУНТА

Предваряя обзор существующих в настоящее время позиций о правовой природе аккаунта, необходимо отметить, что исследования – за редким исключением – касаются исключительно аккаунтов в социальных сетях. Всплеск интереса именно к этому виду аккаунтов объясняется возросшей ролью социальных сетей. Аккаунты стали витринами магазинов, предприниматели посредством публикаций фото- и видеоматериалов привлекают новых клиентов, создают положительный образ компании и т. д. А ведение блога компании или предпринимателя стало самостоятельным направлением маркетинговой деятельности (social media marketing – SMM).

Также следует отметить безуспешные законодательные попытки дать определение аккаунту в социальной сети. Так, в Проекте федерального закона № 883844–6 «О внесении изменений в статьи 2 и 10.2 Федерального закона «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» аккаунт предлагалось определять как страницу конкретного пользователя, который зарегистрировал ее по правилам социальной сети и добровольно вел содержательное наполнение. Данное законодательное предложение было отклонено.

Вместе с тем видовое разнообразие аккаунтов, как уже было указано, не ограничивается социальными сетями. Разные виды аккаунтов требуют дифференцированного подхода к их изучению.

⁴ IT-словарь involta science // URL: <https://science.involta.ru/glossary>.

С цивилистической точки зрения необходимо ответить на два вопроса: является ли аккаунт объектом гражданских прав и – в случае утвердительного ответа на первый вопрос – к какому виду объектов следует его отнести. При ответе на поставленные вопросы следует различать содержательную и техническую составляющие.

С учетом сказанного в российской доктрине можно выявить следующие позиции в отношении правовой природы аккаунта.

Аккаунт отождествляется с учетной записью, под которой понимают «совокупность информационных данных о пользователе, зафиксированную в цифровом формате и необходимую для его опознавания и предоставления доступа к его личным данным, настройкам и контенту»⁵.

Также сторонники данной позиции понимают под аккаунтом «совокупность данных о пользователе (информация, которая содержится в учетной записи о конкретном пользователе) либо элемент сетевой инфраструктуры, служащий для обмена информацией и данными»⁶.

Понятие учетной записи нередко используется для определения порядка взаимодействия граждан и организаций с органами государственной власти посредством сети Интернет⁷. В контексте взаимодействия с государственными органами учетная запись выполняет функцию учета юридически значимых действий, совершаемых гражданами и организациями.

Отождествление аккаунта и учетной записи позволяет оценить аккаунт с функциональной стороны, с учетом его роли идентификации пользователя и технической сущности, но не отвечает на вопрос о возможности аккаунта быть объектом гражданских прав.

Аккаунт представляет собой базу данных.

Как известно, по российскому законодательству база данных охраняется как объект авторского права и как объект смежных прав. При этом понятие базы данных остается единым. В соответствии с абз. 2 п. 2 ст. 1260 ГК РФ базой данных является представленная в объективной форме совокупность самостоятельных материалов (статей, расчетов, нормативных правовых актов, судебных решений и иных подобных материалов), систематизированных таким образом, чтобы эти материалы могли быть найдены и обработаны с помощью электронной вычислительной машины (ЭВМ).

⁵ См.: Лазаренкова О. Г. К вопросу о цифровых правах, а также цифровой учетной записи в наследственных правоотношениях // *Наследственное право*. 2019. № 3. С. 24–27.

⁶ См.: Санникова Л. В., Харитонова Ю. С. Цифровые активы: правовой анализ: монография. М. 2020 // СПС «КонсультантПлюс».

⁷ См, например: Методические рекомендации по использованию Единой системы идентификации и аутентификации. Версия 2.86; Приказ Федеральной налоговой службы от 11 мая 2021 г. № ЕД-7-23/476@ «Об утверждении форм и форматов документов, используемых при проведении налогового мониторинга, и требований к ним».

Следовательно, квалифицирующими признаками любой базы данных – независимо от вида правовой охраны – будут: наличие совокупности самостоятельных материалов и их систематизация таким образом, чтобы материалы могли быть найдены и обработаны с помощью ЭВМ.

По смыслу п. 2 ст. 1260 ГК РФ база данных является составным произведением, а ее автору принадлежат авторские права на осуществленные им подбор или расположение материалов (составительство). Следовательно, авторское право распространяется исключительно на подбор, структуру расположения материалов. И коль скоро база данных является произведением, а произведение – это всегда результат творческого труда, отсутствие критерия творческой деятельности при составлении базы данных лишает ее авторско-правовой охраны.

Как объект смежных прав база данных получает охрану только при наличии существенных финансовых, материальных, организационных или иных затрат (п. 1 ст. 1334 ГК РФ). При этом критерия существенности затрат закон не содержит, чего нельзя сказать о судебной практике. Судебной практикой выработан подход, согласно которому при наличии в базе данных не менее 10 тыс. самостоятельных информационных элементов (материалов) считается, что для ее создания потребовались существенные затраты⁸.

Как можно заметить, рассматриваемый подход об отнесении аккаунта к базе данных отражает взгляд на аккаунт не просто как на объект гражданских прав, но и как на объект интеллектуальной собственности.

Однако представляется, что для такого однозначного вывода нет оснований.

Во-первых, к такому выводу не позволяет прийти разнообразие видов аккаунтов. Едва ли аккаунт физического лица, позволяющий ему пользоваться почтовым сервисом, или аккаунт в банковском приложении можно отнести к базе данных (как в смысле объекта авторско-правовой охраны, так и охраны посредством института смежных прав). Да и не любой персональный аккаунт в социальной сети можно назвать базой данных, имея в виду критерий творческого труда при подборе материалов.

Во-вторых, даже для признания аккаунта пользователя в социальных сетях базой данных, охраняемой институтом смежных прав, такая база данных должна отвечать критерию значительных финансовых затрат на нее. Учитывая приведенный количественный критерий существенных затрат, такой подход допустим лишь в отношении незначительного количества аккаунтов.

⁸ См., например: постановление СИП от 24 июля 2018 г. № С01-201/2018 по делу № А40-18827/2017.

Аккаунт представляет собой, возникающее из пользовательского соглашения, право требовать от оператора оказания услуг, связанных с учетной записью в информационной системе. В частности, услуг по сообщению информации, размещаемой пользователем в информационной системе, определенному кругу лиц (подписчикам его учетной записи), на условиях пользовательского соглашения⁹.

Аккаунт – имущественное «право пользования информационной системой (социальной сетью, сервисом, маркетплейсом и т. п.), в рамках которой создана соответствующая учетная запись»¹⁰.

Аккаунт имеет смешанную природу¹¹. При этом исследователи предлагают весьма разнообразное «наполнение» смешанной природы аккаунта, предполагая, что аккаунт является объектом гражданских прав, не определяя между тем, к какому виду объектов его следует отнести.

Аккаунт – результат интеллектуальной деятельности. В литературе можно встретить позицию, что «такой виртуальной объект можно рассматривать с точки зрения авторско-правовой охраны, если аккаунт будет соответствовать критериям охраноспособности объектов авторских прав: творческому характеру труда и объективной форме выражения»¹². И с этой позиции аккаунт определяется как мультимедийный продукт (сложный объект) либо как интернет-сайт (составной объект).

При этом в контексте ст. 128 ГК РФ аккаунт определяется как иное имущество, «объект *sui generis* в зависимости от тех результатов творческого труда, которые будут составной частью аккаунта»¹³.

Таким образом, можно наблюдать широкий спектр взглядов на правовую природу аккаунта, которые затрагивают отдельные стороны указанного явления, не всегда определяя аккаунт в качестве объекта гражданских прав.

⁹ См.: *Тюльканов А.* Раздел Инстаграм-аккаунта, нажитого в период брака. // Закон.ру. 18 декабря 2020 г. // URL: https://zakon.ru/blog/2020/12/18/razdel_instagram-akkaunta_nazhitogo_v_period_braka.

¹⁰ См.: *Козлова В. Н.* Договорное оформление распоряжения правами на аккаунт // Право и государство: теория и практика. 2022. № 10 (214). С. 55–57.

¹¹ См., например: *Панарина М. М.* Наследование аккаунта в социальных сетях и вопросы цифрового наследования: правовое исследование // Наследственное право. 2018. № 3. С. 29–30.; *Платицина Я.* Супруги-блогеры делят Инстаграм-аккаунт. Что делать нам, юристам? // Закон.ру. 2020. 19 декабря. // URL: https://zakon.ru/blog/2020/12/19/suprugiblogery_delyat_instagram-akkaunt_chno_delat_nam_yuristam.

¹² См.: *Гринь Е. С.* Наследование аккаунтов в социальных сетях: российский и зарубежный опыт // Актуальные проблемы российского права. 2022. Т. 17. № 2. С. 128–134.

¹³ См.: Там же.

АККАУНТ КАК ОБЪЕКТ ГРАЖДАНСКИХ ПРАВ

Законодатель (ст. 128 ГК РФ) относит к объектам гражданских прав вещи (включая наличные деньги и документарные ценные бумаги), иное имущество, в том числе имущественные права (включая безналичные денежные средства, бездокументарные ценные бумаги, цифровые права); результаты работ и оказание услуг; охраняемые результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации (интеллектуальная собственность); нематериальные блага.

Доктрина определяет объекты гражданских прав как «различные материальные (в том числе вещественные) и нематериальные (идеальные) блага либо процесс их создания, составляющие предмет деятельности субъектов гражданского права»¹⁴.

Как можно заметить, законодатель воспринял наиболее популярную плюралистическую теорию объектов гражданского права, для которой характерно не только разнообразие объектов, но и наличие у них ценности для субъекта права. По сути, объект – это благо, способное удовлетворить интерес субъекта. Именно эту особенность объекта права следует учитывать при оценке новых объектов гражданских прав.

В то же время необходимо говорить о разграничении новых форм традиционных объектов гражданских прав и о возникновении новых объектов, которые создаются и существуют исключительно в цифровой форме¹⁵. И с этой позиции аккаунт бесспорно является новым объектом, существование которого обусловлено цифровизацией всех сфер общественной жизни.

Первоначальная функция аккаунта состояла в идентификации пользователя в цифровой среде. Однако отдельные виды аккаунтов приобрели экономическую значимость и ценность для их обладателей. При этом надо отметить, что в некоторых европейских правовых системах уже сейчас закреплена возможность возникновения абсолютного права на аккаунт. Так, «Верховный суд Германии разрешил передавать по наследству аккаунты в Facebook (*компания Meta (продукты Facebook и Instagram) признана в Российской Федерации экстремистской организацией.* – курсив мой. – А. Е.). Согласно решению суда аккаунты в социальных сетях следует рассматривать в рамках закона о наследстве – так же, как дневники и письма.

¹⁴ Российское гражданское право: в 2 т. Общая часть. Вещное право. Наследственное право. Интеллектуальные права. Личные неимущественные права: Учебник. Т. 1 (2-е издание, стереотипное) / отв. ред. Е. А. Суханов. М. Статут. 2011.

¹⁵ См.: Рожкова М. А. Об имущественных правах на нематериальные объекты в системе абсолютных прав (часть первая, вводная – вещные права, интеллектуальная собственность) // Закон.ру. 2018. 17 декабря // URL: https://zakon.ru/blog/2018/12/17/ob_imuschestvennyh_pravah_na_nematerialnye_obekty_v_sisteme_absolyutnyh_prav_chast_pervaya_vvodnaya_.

После смерти владельца они могут передаваться родственникам»¹⁶.

А в законодательстве некоторых штатов США можно найти примеры регулирования, которое предусматривает возможность оформлять право собственности на интернет-аккаунты, принадлежавшие умершему гражданину¹⁷.

В практике российских судов споров о наследовании аккаунтов не выявлено. Однако многочисленные упоминания аккаунта можно увидеть в судебных актах по делам о неправомерном использовании товарных знаков, а также в авторско-правовых спорах. При этом статус аккаунта в этих делах не исследуется вовсе, поскольку не входит в предмет доказывания по указанным категориям споров.

Однако отсутствие судебных споров, связанных с правами на аккаунт, не свидетельствует об отсутствии ценности этого объекта. Поисковые системы по запросу «продам/куплю аккаунт» подбирают огромное количество коммерческих предложений.

Учитывая сказанное, можно констатировать, что аккаунт обрел черты нового самостоятельного объекта права.

АККАУНТ КАК ЦИФРОВОЕ ИМУЩЕСТВО И ЦИФРОВОЙ АКТИВ

Возвращаясь к законодательной формуле объектов гражданских прав (ст. 128 ГК РФ), следует отметить, что открытый перечень объектов гражданских прав, содержащийся в данной статье, позволяет определить аккаунт с помощью категории «иное имущество». При этом «понятием «имущество» охватывается все то, что обладает экономической ценностью (имеет объективную ценность) для участников гражданского оборота и допускает передачу (переход) от одного лица к другому»¹⁸.

Поскольку аккаунт может существовать только в электронной форме и использоваться исключительно в цифровой среде, составляющими которой являются: «информационные и коммуникационные технологии, в том числе интернет, мобильные и связанные с ними технологии и устройства,

¹⁶ См.: Санникова Л. В., Харитонова Ю. С. Указ. соч.

¹⁷ Так, в 2014 г. в законодательстве штата Дэлавер впервые появилось такое регулирование. В штатах Айдахо, Оклахома и Индиана родственники умершего могут получить доступ к различной информации, которая хранится в почте или аккаунте в социальной сети умершего.

¹⁸ См.: Рожкова М. А. Комментарий к главам 6 и 8 Гражданского кодекса Российской Федерации // Гражданский кодекс Российской Федерации. Постатейный комментарий к главам 6–12 / под ред. докт. юрид. наук, проф. Л. В. Санниковой. М.: Статут. 2014.

а также цифровые сети, банки данных, контент и услуги»¹⁹, то его можно назвать «цифровым имуществом». При этом «цифровой» означает особую форму существования объекта.

Изложенная позиция в понимании имущества основывается на анализе практики Европейского суда по правам человека, который закрепляет расширительное толкование понятия «имущество». Такой подход позволяет распространять положения ст. 1 Протокола № 1 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод, гарантирующей защиту имущества, не только на имущество в его классическом понимании (вещи, ценные бумаги, интеллектуальная собственность и проч.), но и на объекты, которые прямо не упомянуты в законодательстве в качестве имущества, но обладают экономической ценностью. «Концепция «имущества», отраженная в абз. 1 ст. 1 Протокола № 1 к Конвенции, имеет автономное значение, которое не ограничивается правом собственности в отношении материальных вещей и не зависит от формальной классификации по национальному законодательству: некоторые иные права и интересы, представляющие собой активы, могут также рассматриваться как «имущественные права» и, следовательно, как «имущество» по смыслу данного положения»²⁰.

Объекты, обладающие экономической ценностью, нередко называют активами. Так, согласно энциклопедическому словарю – справочнику руководителя предприятия активами считаются «хозяйственные средства, контроль над которыми организация получила в результате свершившихся фактов ее хозяйственной деятельности и которые должны принести ей экономические выгоды в будущем. Материально-вещественная форма актива и юридические условия его использования не являются критериями отнесения его к активам. Активы – совокупность имущественных средств хозяйствующего субъекта. В международных стандартах финансовой отчетности активы трактуются как ресурсы, контролируемые организацией в результате событий прошлых периодов, от которых она ожидает экономические выгоды в будущем»²¹. То есть главным критерием актива является не его форма, а его экономическое содержание – способность порождать экономические выгоды.

¹⁹ Рекомендация Комитета министров Совета Европы государствам-членам № CM / Rec (2018) 7 «О соблюдении, защите и осуществлении прав детей в цифровой среде» // Бюллетень Европейского суда по правам человека. 2018. № 12. С. 117.

²⁰ Постановление Европейского Суда по правам человека от 13 декабря 2011 г. по делу «Васильев и Ковтун против России» (Vasilyev and Kovtun v. Russia); жалоба № 13703/04 / пер. О. Л. Ветровой.

²¹ Энциклопедический словарь – справочник руководителя предприятия // URL: https://glossary_of_director.academic.ru/16/Активы

В литературе выделяют цифровые активы в широком смысле (любые объекты имущественного оборота, существующие в цифровой форме) и цифровые активы в узком смысле (новые экономические объекты, созданные с использованием цифровых технологий)²².

Изложенный подход к определению имущества и пониманию активов позволяет рассматривать в качестве имущества разнообразные объекты, имеющие электронную форму и экономическую ценность, которые не обязательно легально включены в круг объектов гражданских прав, в том числе аккаунт.

Следует также отметить, что в нотариальной практике аккаунты рассматриваются именно как цифровые активы²³.

Однако к цифровым активам можно отнести не любые аккаунты, а только те, которые действительно имеют экономическую ценность для их обладателей, аккаунты, использование которых связано с получением дохода. Некоторые виды аккаунтов – такие как банковские, почтовые, аккаунты в информационных системах государственных услуг и т. п., хотя и могут быть отнесены к имуществу, все же не обладают признаками цифровых активов: «Коммерческий же оборот цифровых активов требует специального регулирования именно в связи с невозможностью решения возникающих вопросов на уровне имеющегося нормативного материала. При этом необходимо подчеркнуть, что стоимостью обладает не сама запись кода, а удостоверенное ею право на зашифрованный в ней объект, включающее в себя правомочие на доступ к коду (логину, паролю, криптокошельку и т. п.), а также правомочие на распоряжение цифровым активом»²⁴.

Следует добавить, что в адекватном правовом регулировании нуждается не только коммерческий оборот аккаунтов как цифровых активов, но и – с учетом их специфики – правоотношения по поводу этого объекта – для целей эффективной реализации и защиты прав на аккаунт как на цифровое имущество.

²² См.: Санникова Л. В., Харитонова Ю. С. Указ. соч.

²³ Сайт Федеральной нотариальной палаты // URL: <https://notariat.ru/ru-ru/news/poryadok-nasledovaniya-cifrovyyh-aktivov-mnenie-ekspertov-notariata>.

²⁴ Санникова Л. В., Харитонова Ю. С. Указ. соч.

В. Д. Бурдова

РЕЗУЛЬТАТЫ ВОСПРОИЗВЕДЕНИЯ МУЗЕЙНЫХ ПРЕДМЕТОВ И МУЗЕЙНЫХ КОЛЛЕКЦИЙ КАК КВАЗИОБЪЕКТЫ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ

ВВЕДЕНИЕ

Производители товаров в целях выделить их продукт и повысить его привлекательность нередко используют изображения предметов искусства из коллекций музеев, поскольку популярность того или иного товара возрастает именно за счет срабатывания эффекта узнаваемости известного шедевра. В этих условиях дискуссии вызывает предоставление музейной организацией права использования изображения предметов из ее коллекции. Это право трактуется как правомочия обладателя исключительного права на объект интеллектуальной собственности, а воспроизведение в коммерческих целях музейного предмета отождествляется с воспроизведением произведения искусства как формы его использования. Изложенное свидетельствует об актуальности исследования вопросов воспроизведения музейных предметов.

ОПРЕДЕЛЯЮЩИЙ ПРИЗНАК ОБЪЕКТА ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ – НЕМАТЕРИАЛЬНОСТЬ

В ст. 1225 ГК РФ приведен исчерпывающий перечень объектов интеллектуальной собственности, которым в России предоставляется правовая охрана. Для защиты таких объектов необходимо, чтобы они обладали набором определенных признаков, одним из главных среди них является их нематериальный характер, позволяющий отделять объекты интеллектуальной собственности от объектов вещных прав.

Четкого перечня признаков объектов интеллектуальных прав не сформировано, поскольку многообразие таких объектов с присущими им особенностями зачастую не позволяет выделить общие черты, которые будут присущи всем объектам сразу¹. В частности, В. А. Дозорцев относил к признакам объектов в первую очередь их нематериальный характер, участие в коммерческом обороте, эстетическое или информационное содержание, обособленность от смежных объектов². Поддерживая указанное,

¹ Право интеллектуальной собственности. Т. 1. Общие положения: учебник / Под общ. ред. д. ю. н., проф. Л. А. Новоселовой. С. 70.

² Дозорцев В. А. Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации. М.: Статут. 2003. С. 38–39.

надо подчеркнуть, что сами объекты интеллектуальных прав не являются оборотоспособными: свойством оборотоспособности обладают не сами результаты интеллектуальной деятельности, а исключительные права на них и их материальные носители³, в которых воплощены эти результаты. Для целей настоящей работы определяющим является именно нематериальный характер объектов интеллектуальной собственности.

ПРОИЗВЕДЕНИЯ ИСКУССТВА И ПРЕДМЕТЫ ИСКУССТВА КАК ОБЪЕКТЫ ГРАЖДАНСКИХ ПРАВ

Произведения искусства являются результатами интеллектуальной деятельности и относятся к числу объектов авторского права, перечень которых на сегодняшний день является открытым. Для установления их правовой охраны необходимо соблюсти два главных критерия – творческий характер труда при их создании и объективную форму его выражения. В. А. Дозорцев упоминал и иные признаки объектов интеллектуальных прав – неограниченный характер действия в пространстве и возможность одновременного использования неограниченным кругом лиц⁴, однако они не нашли отражения в законодательстве.

Автору произведения или иному правообладателю принадлежит исключительное право использовать произведение по своему усмотрению, в том числе передавать право на его воспроизведение. Таким образом на произведение искусства как на охраняемый результат интеллектуальной деятельности распространяется режим исключительного права или свободного использования произведения, содержание которых включает, в частности, изготовление одного и более экземпляра произведения или его части в любой материальной форме, в том числе в форме звуко- или видеозаписи, изготовление в трех измерениях одного и более экземпляров двухмерного произведения и в двух измерениях одного и более экземпляров трехмерного произведения с разрешения правообладателя или без такового. По общему правилу по истечении срока действия исключительного права, а именно 70 лет после смерти автора, произведение переходит в общественное достояние и может свободно использоваться любым лицом без чье-либо согласия или разрешения и без выплаты авторского вознаграждения.

³ См.: Рожкова М. А. § 2.1. Концепция, положенная в основу раздела VII ГК РФ // Цивилистическая концепция интеллектуальной собственности в системе российского права: монография / под общ. ред. М. А. Рожковой. М.: Статут. 2018.

⁴ Дозорцев В. А. Указ. соч. С. 113, 121.

На сложность разграничения произведения искусства и его материального носителя обращает внимание М. А. Рожкова: «Так, если мы говорим о книге, то нематериальный характер здесь имеет литературное произведение – выражение идей, эмоций, образов автора этого произведения (в виде романа, поэмы, сказки и проч.), а материальным носителем этого произведения выступает собственно бумажный томик, являющийся вещью. То есть (бумажная) книга – это вовсе не объект ИС, а материальный носитель, который может выступать в качестве товара»⁵. При этом автор подчеркивает, что «предметом искусства может быть материальная вещь, в которой воплощено именно произведение искусства – художественное произведение, к числу которых относят произведения изобразительного искусства (живописи, скульптуры, графики, дизайна и проч.), декоративно-прикладного искусства и т. п.»⁶.

При проведении разграничения между правом собственности на предмет искусства и авторским правом на произведение искусства следует подчеркнуть, что первое всегда тесно связано с вещью, то есть с материальным предметом, на который простираются права собственника по владению, пользованию и распоряжению, тогда как для второго характерна нематериальная природа объекта, отсутствует связь между лицом и вещью.

Таким образом, например, картина, имеющая материальный носитель в виде холста, будет являться предметом искусства, т. е. вещью, а само изображение (нематериальное), включающее ведущий замысел художника, концепцию, сочетание элементов на картине, которые формируют его композицию и сюжет, определенная цветовая гамма, являющиеся отражением чувств и идей художника, – объект интеллектуальной собственности, т. е. произведение искусства.

В ст. 1227 ГК РФ закреплено, что интеллектуальные права не зависят от права собственности на вещь, в котором выразился тот или иной результат интеллектуальной деятельности, а отчуждение оригинала произведения его собственником, обладающим исключительным правом на произведение, не означает отчуждение или предоставление каких-либо интеллектуальных прав на данный результат. При этом закон допускает исключение из общего правила, когда может произойти одновременная передача прав: в том случае, когда отчуждение осуществляется не автором оригинального произведения, а его правообладателем. В такой ситу-

⁵ Рожкова М. А. Произведения искусства и предметы искусства – об их разграничении // Works of art and objects of art – about their distinction // Закон.ру. 2022. 21 июня. URL: https://zakon.ru/blog/2022/6/21/proizvedeniya_iskusstva_i_predmety_iskusstva_ob_ih_razgranichenii_works_of_art_and_objects_of_art

⁶ Там же.

ации исключительное право на произведение переходит к приобретателю оригинала произведения в период действия исключительных прав, если в рамках договорных конструкций не предусмотрено иное.

Указанное положение закона отлично подходит к музейным экспонатам: в качестве предметов искусства они могут находиться в собственности музея, но как произведения искусства они в большинстве случаев уже перешли в общественное достояние, поскольку исключительные права на них истекли. Музей может стать обладателем исключительного права на произведение искусства, воплощенное в музейном предмете, только при условии, что исключительное право не истекло и произведение не перешло в общественное достояние, причем если это прямо предусмотрено договором с автором или правообладателем. Если же условия об отчуждении или предоставлении права использования в договоре отсутствуют, то музей обязан в своей деятельности руководствоваться положениями гражданского законодательства в части соблюдения прав авторов или иных правообладателей произведений, которые еще охраняются авторским правом⁷.

РЕЗУЛЬТАТЫ ВОСПРОИЗВЕДЕНИЯ МУЗЕЙНЫХ ПРЕДМЕТОВ И МУЗЕЙНЫХ КОЛЛЕКЦИЙ КАК КВАЗИОБЪЕКТОВ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ

Предметы искусства, будучи вещами, если они обладают качествами музейного предмета и включены в Музейный фонд РФ, подпадают под нормы специального музейного законодательства. В связи с этим нельзя игнорировать происходящее на практике смешение понятий, что выливается в признание предметов искусства (вещей) объектами авторского права и одновременно – музейными экспонатами, на которые распространяется действие музейного законодательства. Вследствие этого воспроизведение в коммерческих целях музейного предмета, включенного в состав Музейного фонда РФ, отождествляется с воспроизведением произведения искусства как формы его использования.

Изложенное требует уточнения понятий «музейный предмет» и «воспроизведение музейного предмета».

Под музейным предметом в действующем законодательстве понимается культурная ценность, качество либо особые признаки которой делают необходимым для общества ее сохранение, изучение и публичное

⁷ См.: Разъяснения о порядке использования музеями объектов изобразительного искусства в рамках действующего законодательства об интеллектуальной собственности (приложение к письму Министерства культуры РФ от 15 февраля 2019 г. № 472-05-07).

представление. Музейная коллекция представляет собой совокупность культурных ценностей, соединенными вместе в силу характера происхождения, либо видового родства, либо по иным признакам ст. 36 Закона о музейном фонде, и только в таком случае приобретает свойства музейного предмета.

Когда соответствующий предмет искусства по своим характеристикам соответствует понятию музейного предмета, он подлежит включению в состав государственной части Музейного фонда РФ и закрепляется за музеем в качестве государственной собственности на праве оперативного управления, содержание которого состоит в праве самостоятельно владеть и пользоваться вещью, а также распоряжаться ею с согласия собственника. Оборот музейных предметов подлежит специальному регулированию в рамках музейного законодательства как предметов, имеющих особое историческое, художественное, научное или культурное значение.

Правомочия музеев о предоставлении права воспроизведения музейных предметов и музейных коллекций в коммерческой деятельности определены в ст. 53 Основ законодательства о культуре и в ст. 36 Закона о музейном фонде. В соответствии с указанными актами передача прав на использование в коммерческих целях воспроизведений музейных предметов, включенных в состав Музейного фонда РФ, а также производство изобразительной, печатной, сувенирной и другой тиражированной продукции и товаров народного потребления с использованием изображений музейных предметов и музейных коллекций, зданий музеев, объектов, расположенных на территориях музеев, а также их названий и символики осуществляется с разрешения дирекций музеев. Основами законодательства о культуре предусмотрено, что плата за использование изображения устанавливается на основе договора.

Положения названных статей распространяют свое действие на использование не оригиналов музейных предметов как таковых, а их изображений.

Проблема заключается в том, что воспроизведение музейных предметов приравнивают к воспроизведению произведения и рассматривают его как способ использования в контексте принадлежащих автору или иному правообладателю исключительных прав на данное произведение искусства в соответствии со ст. 1270 ГК РФ. При этом музейная организация по сути наделяется правомочиями обладателя исключительных прав, в то время как срок действия их уже истек (вследствие чего произведение в соответствии со ст. 1282 ГК РФ может свободно использоваться любым лицом без чье-либо согласия или разрешения и без выплаты авторского

вознаграждения, поскольку оно перешло в общественное достояние, что коррелирует с Бернской конвенцией⁸).

Усиление противоречий происходит на фоне предъявления музейными организациями исков о неправомерном коммерческом использовании изображений музейных предметов со ссылкой на приоритет норм музейного законодательства. При таком подходе нивелируется действие норм о свободном использовании произведений, перешедших в общественное достояние, и создается впечатление, что музеи распоряжаются истекшими исключительными правами на такие произведения. Однако, как уже было отмечено, у музея могут возникнуть исключительные права в отношении произведений искусства только до момента их перехода в общественное достояние и лишь в рамках договорных конструкций.

Проблема проистекает из ошибочного смешения понятий «объект интеллектуальной собственности» и «музейный предмет», отсутствия разграничения использования объекта интеллектуальных прав и коммерческого использования изображения музейного предмета (из состава Музейного фонда РФ). Это подтверждает и СИП, указывая, что нормы об авторском праве к подобным правоотношениям неприменимы, а нормы музейного законодательства не противоречат доктрине свободного использования произведения, а лишь ограничивают коммерческое использование воспроизведений предметов музейных коллекций и устанавливают специальный правовой режим для таких объектов⁹.

В спорах о неправомерном использовании изображений музейных предметов, воспроизводящих произведения искусства, исключительные права на которые еще не истекли, действительно необходимо совокупно применять положения музейного законодательства и законодательства об интеллектуальной собственности одновременно как к культурной ценности и как к объекту авторского права при наличии автора или иного правообладателя. В спорах в отношении музейных предметов, воспроизводящих произведения искусства, перешедшие в общественное достояние, применимо музейное законодательство, и собственник культурных ценностей реализует специфические полномочия по контролю над воспроизведением этих предметов, не касаясь имущественных прав авторов.

Как показывают проведенные исследования, результат воспроизведения музейного предмета можно рассматривать как нетипичный объект интеллектуальной собственности, то есть признать его квазиобъектом

⁸ См.: Бурдова В. Д. Дуализм правовой природы музейных прав // Труды по интеллектуальной собственности (Works on Intellectual Property). 2022. Т. 41. № 2. С. 56.

⁹ Постановление СИП от 5 марта 2015 г. № С01-65/2013 по делу № А63-18468/2012.

интеллектуальной собственности. Это позволит музеям независимо от исключительных прав на произведение искусства (которые могут уже истечь) воспроизводить музейный предмет, находящийся в государственной собственности, например, в цифровой форме. В настоящий момент такой объект в качестве объекта интеллектуальных прав в законе не упомянут, и надо признать, что прямое его отнесение к числу объектов интеллектуальной собственности осложнено тем, что при его создании отсутствует творческий вклад музея. Однако результату воспроизведения музейного предмета в настоящее время, по сути, уже предоставляется правовая охрана в рамках особого правового режима, обеспечивающего использование объекта, в том числе в интересах всего общества. Права на результат воспроизведения возникают у музейной организации, срок их действия строго не определен, право использования, порядок и срок ограничиваются условиями договора.

Если речь идет о воспроизведении музейного предмета в цифровой форме или в форме NFT, то между материальным носителем – аналоговой картиной и переводом ее в цифровую форму образуется промежуточный элемент – результат воспроизведения музейного предмета, который в дальнейшем может передаваться по договору третьим лицам, либо на его базе создается производное произведение – новый арт-объект, как это было сделано Государственным Эрмитажем при токенизации пяти картин из его коллекции с дальнейшей продажей¹⁰. Эрмитаж не произвел отчуждение цифрового подлинника оригинала аналоговой картины, оставив один экземпляр NFT от каждого произведения искусства в собственной музейной коллекции, что послужило началу ее формирования.

Подводя итоги этой части, следует заметить, что признание результата воспроизведения музейного предмета квазиобъектом интеллектуальной собственности поможет устранить обозначенные проблемы, позволив музеям распоряжаться правами на совершенно новый объект.

РЕЗУЛЬТАТЫ ВОСПРОИЗВЕДЕНИЯ МУЗЕЙНЫХ ПРЕДМЕТОВ И МУЗЕЙНЫХ КОЛЛЕКЦИЙ В ЦИФРОВОЙ СРЕДЕ

Музеи активно включаются в цифровизацию их коллекций, осуществляя оцифровку и токенизацию¹¹ предметов искусства, выпускают циф-

¹⁰ Эрмитаж продает свою коллекцию в NFT. Vc.ru (2021, август 20) // URL: <https://vc.ru/ipquorum/284386-ermitazh-prodaet-svoyu-kollekciyu-v-nft>.

¹¹ Под токенизацией понимается процесс перевода прав на материальные ценности в токены, то есть создание цифровых аналогов реальных вещей для повышения защищенности данных объектов при их обращении в сегменте онлайн-рынка (Новоселова Л. А. «Токенизация» объектов гражданского права // Хозяйство и право. 2017. № 12. С. 29–44).

ровые открытки, организуют выставки, сопровождая их продажей цифровых объектов.

Поскольку музейные предметы обладают особым статусом, наделены признаками индивидуально-определенного характера и единичности экземпляра, для их оцифровки используются невзаимозаменяемые токены (Non-Fungible Token, NFT), хранящиеся в системе распределенного реестра, обладающие свойствами исключительности, дефицитности конкретного токена и неделимости¹². Все сделки проходят в рамках договорных конструкций, так как на сегодняшний день NFT-объекты являются непоименованными объектами, которые законодательно не легализованы. И здесь нельзя не согласиться с М. А. Рожковой в том, что новые цифровые объекты не вмещаются в рамки ни одной из упомянутых в законе разновидностей абсолютных правоотношений¹³.

Невзаимозаменяемые токены не могут быть отнесены к объектам интеллектуальной собственности, поскольку включают в себя сертификаты уникальности цифровых объектов, содержащие URL-адрес, показывающий место его размещения в распределенном реестре. Таким образом, основу содержания составляют метаданные, которые связывают строку кода в блокчейне с исходным файлом – предметом искусства. Их нельзя отнести и к цифровым активам, поскольку основная функция невзаимозаменяемого токена – удостоверяющая в том числе нематериальное благо, представляющее интерес для держателя токена, а не платежная.

Одним из первых музеев, который токенизировал предмет искусства из своей коллекции, выпустив NFT на продажу, стала флорентийская галерея Уффици. Картина «Мадонна Дони» Б. Микеланджело была продана в форме NFT за 170 тыс. долл¹⁴. В данном случае была произведена оцифровка картины в неизменном виде.

Позже венская галерея Бельведер анонсировала дроп NFT-картины Г. Климта «Поцелуй», разбив ее на 10 тыс. токенизированных фрагментов. Покупатель стал обладателем случайного фрагмента картины с возможностью регистрации себя на сайте как его владельца¹⁵.

¹² Non-fungible tokens (NFT) // URL: <https://ethereum.org/en/nft>

¹³ Рожкова М. А. Имущественные права на новые нематериальные объекты в системе абсолютных прав // Право цифровой экономики. 2020 (16): Ежегодник-антология / рук. и науч. ред. М. А. Рожкова. М.: Статут. 2020. С. 6.

¹⁴ В Италии цифровую копию картины Микеланджело «Мадонна Дони» продали за \$170 тысяч // Правила жизни. (2021). // URL: <https://www.pravilamag.ru/news/culture-and-entertainment/18-05-2021/262503-v-italii-cifrovuyu-kopiyu-kartiny-mikelandzhelo-madonna-doni-prodali-za-170-tysyach/>.

¹⁵ «Поцелуй» Климта в NFT и обнаженная девушка Фрейда на аукционе: новости арт-рынка. // Forbes (2022). // URL: <https://www.forbes.ru/forbeslife/454311-poceluj-klimta-v-nft-i-obnazennaa-devuska-frejda-na-aukcione-novosti-art-rynka>.

Есть похожие кейсы и в России. Так, петербургский арт-проект анонсировал выпуск NFT картины О. Ренуара «Двойной портрет Жанны Бодо», которая была выставлена на продажу владельцем – некоммерческим фондом The Third Place на NFT-маркетплейсе¹⁶. Картину «разделили» на 1125 фрагментов, каждый из которых мог быть приобретен отдельно от других. Причем на сайте указывалось, что, приобретая такой объект, покупатель приобретает исключительное право на цифровую копию фракции NFT, неисключительное право на цифровую копию целиком (напомним, об отсутствии понятия «неисключительное право» в российском законодательстве) и доступ к владению дорогим и известным произведением искусства¹⁷. Примечательно, что правообладатель может инициировать показ картины в любое время и по своему желанию и получает право пользования картиной как физическим объектом.

Существует мнение, что такая активная оцифровка в формате NFT предметов искусства из коллекции музея, перешедших в общественное достояние, учитывая быстрое развитие виртуального пространства, может привести к безвозвратной потере цифровой копии оригинала картины, что обозначается термином «цифровая деакцессия»¹⁸. Это связано с тем, что NFT выступает в качестве цифрового подлинника аналогового оригинала картины, включающего способ цифровой фиксации. Так, Министерство культуры Италии в настоящий момент просит воздерживаться от подписания контрактов на оцифровку работ из собраний музеев¹⁹.

Говоря об объектах в формате невзаимозаменяемых токенов, важно отделять такие объекты от иных цифровых форм, например, DAW (digital art work, цифровое произведение искусства) — запатентованной технологии, защищающей цифровую копию оригинала картины от копирования, подделки и кражи по последнему слову криптографии, что по смысловому содержанию очень близко с NFT²⁰. Оцифровка оригинала произведения в форме DAW модифицируется с помощью компьютерных средств и выражается в оцифровке или в сканировании произведения. Однако такой объект располагается в обычном электронном файле, а не в децентрализованной системе, что по своей правовой природе делает его

¹⁶ Петербургский арт-проект начал продажу долей в картине Ренуара в формате NFT (2021) // URL: https://rueconomics.ru/22682345dvoinoi_portret_zhanni_bodo_hudozhnika_renuara_vistavyat_na_prodzhu_na_nft_ploschadke

¹⁷ Двойной портрет Жанны Бодо // URL: <https://nft.third.place/ru/project/double-portrait-de-jeanne-baudot>.

¹⁸ Art Analytics // URL: <https://www.artnome.com/art-analytics>.

¹⁹ Музеи обожглись на NFT – в Италии приостановили производство криптокопий шедевров. // The Art Newspaper Russia. (2022) // URL: <https://www.theartnewspaper.ru/posts/20220927-pxvc/>

²⁰ Там же.

приближенным к простой цифровой копии произведения. Это область медиаискусства, где используются цифровые технологии, но результат воспроизведения музейного предмета в цифровой форме отличен от результата воспроизведения в форме NFT.

Так, в лондонской галерее Unit проходила выставка, на которой были представлены и выставлены на продажу оцифрованные с помощью определенной технологии зашифрованных цифровых произведений искусства, разработанной компанией Cinello, факсимильные копии известных шедевров таких художников, как А. Модильяни «Голова молодой девушки», Леонардо да Винчи «Женщина с распущенными волосами» и «Портрет музыканта», М. Караваджо «Корзина с фруктами», Рафаэля Санти «Мадонна со щеглом», Ф. Хайеса «Поцелуй».

Интересен тот факт, что покупатель такого цифрового произведения – в отличие от приобретателя NFT, где передается уникальный цифровой код, – получил материальные носители: экран, встроенный накопитель, генерирующий изображение, реплику оригинальной рамы и сертификат подлинности. Кроме того, ему передали непосредственно криптографический сертификат – NFT и логин для входа в приложение для регистрации себя в качестве владельца²¹.

Музей по своей сути является ориентированной как на общекультурные, так и на общепользные цели, институцией, способной привлечь внимание к насущным проблемам. Для этих целей могут быть использованы и рассматриваемые в настоящей работе результаты воспроизведения музейных предметов. Примером этого может стать недавняя выставка в Национальном художественном музее Тиссена-Борнемиссы под названием «От кожи до холста: еще один взгляд на рак молочной железы», где были представлены цифровые копии работ Питера Пауля Рубенса, Ханса Бальдунга, Франсиско де Гойи и др.

Таким образом, можно сделать вывод, что музеи активно включаются в процесс цифровизации предметов искусства из их коллекций, используя результаты воспроизведения предметов. При этом в отношении одного результата воспроизведения музейного предмета может быть создано неограниченное количество NFT. Однако с масштабированием виртуального пространства и развитием метавселенной может произойти переоценка понятия цифровой копии оригинала произведения в цифровой среде и отождествления объекта в формате NFT с единственно возможным цифровым подлинником аналогового оригинала картины, чем уже и сейчас обеспокоены музеи.

²¹ Картины Рафаэля, Микеланджело, Леонардо да Винчи продадут в виде NFT // URL: <https://rossaprimavera.ru/news/89544ec6>

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Произведения искусства сильно отличаются от других объектов авторского права, поскольку тесно связаны с материальным носителем и культурно-ценностными особенностями самого предмета.

В целях минимизации возможного ущерба Музейному фонду законодатель предоставил музейным институциям право ограничивать произвольное использование в коммерческих целях воспроизведений таких объектов. Однако данное право автоматически не наделяет музеи исключительными правами на произведения искусства, перешедшие в общественное достояние, распространяется лишь право собственности на музейные предметы – носители произведений. Результат воспроизведения музейного предмета можно рассматривать в качестве квазиобъекта интеллектуальной собственности, поскольку такой результат является автономным, содержит в себе часть признаков, совпадающих по объему и форме использования с исключительными правами на произведение, но при этом не поименован среди объектов интеллектуальной собственности ввиду отсутствия творческой составляющей при его создании музеем. Такой результат может использоваться музеем в целях привлечения внимания к существующим проблемам в обществе либо передаваться или отчуждаться в пользу третьих лиц для осуществления коммерческой деятельности.

Воспроизведение музейного предмета в цифровой форме NFT не является тождественным воспроизведению музейного предмета в простом цифровом формате, поскольку содержит в себе обязательные критерии в виде уникальности экземпляра, неделимости и дефицитности конкретного токена.

А. В. Гапанович

ФЕНОМЕН НЕВЗАИМОЗАМЕНЯЕМЫХ ТОКЕНОВ (NFT) И ЦИФРОВОЕ ИСКУССТВО

ВВЕДЕНИЕ

В последние годы активно развивается сфера инвестирования в цифровое искусство: в формате цифровых объектов продаются любые РИД: от произведений изобразительного искусства, фотографических изображений до различной анимации, мемов и т. д. Отчасти распространение в цифровом пространстве данных объектов стало возможным благодаря применению технологий NFT (англ. non-fungible token – невзаимозаменяемый токен).

В средствах массовой информации довольно часто публикуются сведения о продаже произведений искусства в формате NFT. При этом сумма ряда сделок весьма значительна. Так, самой дорогой картиной в формате NFT стало произведение Beeple «Everydays: The First 5000 Days», проданное в 2021 г. за 69 346 250 долл¹.

В формате NFT помимо традиционных ОИС продаются твитты, мемы, объекты недвижимости, пресс-релизы и т. д.

Вместе с тем несмотря на широкое использование NFT применение данной технологии порождает, по мнению многих авторов и практиков, серьезные проблемы правового характера ввиду отсутствия как легального определения NFT, закрепленного в нормативных правовых актах, так и в принципе какого-либо законодательного регулирования NFT. Как в юридических публикациях, так и в материалах, размещенных в сети Интернет, можно встретить повсеместные заявления специалистов о необходимости нормативной регламентации NFT, четкого определения его правового статуса во избежание возникновения конфликтных ситуаций, а также в целях обеспечения прав и законных интересов приобретателей указанных токенов.

В настоящей работе рассматриваются основные подходы к определению понятия NFT, общие проблемы правового регулирования, а также оборота NFT применительно к объектам цифрового искусства.

NFT: ПОДХОДЫ К ОПРЕДЕЛЕНИЮ ПОНЯТИЯ, ХАРАКТЕРИСТИКИ

Исследование сущности NFT, как и практически любого явления цифрового мира, возможно в двух аспектах: 1) с точки зрения информационных технологий, к которым относится NFT; 2) как правовую категорию

¹ https://profinvestment.com/most-expensive-nft-paintings/#10__NFT

в аспекте тех правовых последствий, которые возникают в связи с применением NFT.

Так, Д. С. Емельянов и И.С. Емельянов указывают, что с технической точки зрения NFT чаще является лишь записью о том, кто владеет материальным или цифровым объектом, реже сам объект может технически быть частью токена.

Ю. С. Харитоновна отмечает, что такие токены можно представить как хеш-функцию, репрезентирующую медиаобъект, или как цифровой сертификат, который подтверждает принадлежность цифрового актива: изображения, файла gif-анимации, видео- или аудиоролика, билетов на мероприятия, имени домена².

А. Ю. Чурилов рассматривает NFT как элемент смарт-контракта, благодаря которому контракт обладает признаком невзаимозаменяемости – свойством отличимости или идентифицируемости, позволяющим на технологическом и правовом уровне отличать один токен от другого, что дает возможность опосредовать переход прав на объект от одного лица к другому³.

Ю. В. Брисов и А. А. Победкин, отметив, что NFT – это запись в распределенном реестре (блокчейн), указывают на то, что каждая запись в блокчейне содержит уникальные данные, которые нельзя подделать или скопировать. Эту запись можно передать другому пользователю соответствующего распределенного реестра, причем прежний владелец безвозвратно утрачивает токен после его передачи⁴.

По мнению О. С. Кулаковой, NFT – это строчки кода в блокчейне, метаданные, которые связывают его с исходным файлом – предметом искусства⁵.

Однако с юридической точки зрения данных характеристик явно недостаточно. Попытки определения NFT как юридической категории предпринимаются правоведами в условиях отсутствия специального правового регулирования. Ввиду этого данные попытки заключаются в установлении возможности применения к NFT существующих правовых категорий, а также в определении его места в системе объектов гражданских прав (ст. 128 ГК РФ).

² Харитоновна Ю. С. Токенизация искусства и право интеллектуальной собственности // Юрист. 2021. № 9.

³ Чурилов А. Ю. Правовое регулирование оборота невзаимозаменяемых токенов: проблемы и перспективы // Хозяйство и право. 2022. № 1.

⁴ Брисов Ю. В., Победкин А. А. Правовой режим NFT (non-fungible token) в России: как работает в отсутствие специального законодательного регулирования? // Цифровое право. 2022. Т. 3. № 1. С. 47.

⁵ Кулакова О. С. Non-Fungible Token и правовое регулирование предметов искусства в цифровом пространстве // <http://ipcmagazine.ru/legal-issues/nft-and-legal-regulation-of-art-objects-in-the-digital-space>

Так, О. С. Болотаева рассматривает определение правовой природы NFT посредством введения в законодательство понятия «цифровая вещь»⁶; А. В. Попова и С. И. Семцова определяют NFT в качестве формы цифровых активов и криптовалюты⁷; Ю. В. Брисов с юридической точки зрения квалифицирует NFT как право на иное имущество⁸ и т. д.

В мае 2022 г. депутатами А. О. Ткачевым и В. А. Даванковым в Государственную Думу Федерального Собрания РФ был внесен законопроект, которым предлагается расширить перечень охраняемых результатов интеллектуальной деятельности с целью надлежащей правовой защиты исключительных прав на создаваемые NFT-токены у правообладателей. Перечень результатов интеллектуальной деятельности предлагается дополнить невзаимозаменяемыми токенами уникального цифрового актива (изображений, видео или другого цифрового контента или актива) в виде невзаимозаменяемых данных, хранящихся в системе распределенного реестра (системе блокчейн).

Разработчики данного законопроекта, очевидно, не учли систему действующего гражданского законодательства, ввиду чего данная инициатива, по сути, выражает стремление авторов «втиснуть» нашумевшее явление в нормы права.

Во-первых, из содержания законопроекта неясно, к какому виду РИД предлагается отнести NFT, что является немаловажным для определения спектра законодательных норм, подлежащих применению в целях обеспечения надлежащей правовой защиты исключительных прав, – именно эту задачу ставят перед собой разработчики законопроекта.

Во-вторых, разработчиками не учтена сфера применения NFT. Так, невзаимозаменяемый токен предусмотрен в отношении цифрового актива, однако в формате NFT зачастую оформлены результаты интеллектуальной деятельности (в первую очередь, произведения искусства). Кроме того, использование NFT этим не ограничивается, NFT активно применяются в сфере видеоигр, недвижимости, бизнес-процессов и т. д. В связи с этим в случае признания NFT исключительно результатами интеллектуальной деятельности существенно ограничатся возможности NFT в указанных сферах.

⁶ Болотаева О. С. Реализация интеллектуальных прав в сфере невзаимозаменяемых токенов (NFT) // Право и государство: теория и практика. 2022. № 3. С.258.

⁷ Попова А. В., Семцова С. И. К вопросу о необходимости отражения института «феномена невзаимозаменяемых токенов (NFT-токенов)» в российском законодательстве // Теория государства и права. 2021. № 4. С. 200.

⁸ Цит. по Давыдов-Громадин Д. Как правильно использовать NFT в России и не нарушать закон // <https://www.rbc.ru/crypto/news/60e2f4609a794732c30fc130>

В-третьих, сами формулировки законопроекта явно не вписываются в установленные ГК РФ термины. Так, термин «уникальный» в отношении результатов интеллектуальной деятельности законодательством не предусмотрен. Кроме того, неясно, что понимается под «невозмозаменяемыми данными». В связи с этим, с точки зрения юридической техники, некорректно, когда трактовка понятия приводится с помощью использования идентичных слов («невозмозаменяемый»).

В-четвертых, применяемый термин «цифровой актив» в подобной форме законодательством не установлен. Так, Законом о цифровых финансовых активах был введен термин «цифровой финансовый актив». При этом приведенные в законопроекте виды цифрового актива – изображения, видео или другой цифровой контент или актив явно не соответствуют определению цифрового финансового актива, установленного ч. 2 ст. 1 указанного Закона. Кроме того, данные виды приведены без учета предусмотренных в ст. 1225 ГК РФ видов результатов интеллектуальной деятельности. Также необходимо отметить, что в законопроекте используется термин «цифровой контент», который ни в каком законодательном акте не установлен, что может вызвать вопросы относительно его возможных трактовок.

В-пятых, не предусмотрен порядок функционирования NFT в информационных системах на территории Российской Федерации.

Таким образом, можно сделать вывод, что подобная законодательная инициатива как минимум недостаточно проработана с учетом действующих норм права и правовых институтов, а как максимум преждевременна.

Анализ публикаций, посвященных теме NFT, позволяет выделить следующие его характеристики, присущие данной технологии:

1) представляет собой цифровой код, хранящийся в распределенном реестре (децентрализованном блокчейне)⁹;

2) существует только внутри той платформы, на которой он создан¹⁰ (при этом создание NFT с его регистрацией на блокчейн-платформе именуется «минтингом»);

3) индивидуально-определенный характер NFT, что предполагает существование лишь одного экземпляра каждого конкретного NFT¹¹. Однако это не свидетельствует о том, что в отношении одного РИД может быть создан только один NFT;

⁹ См.: Дорощева А. Юридические аспекты NFT арт-рынка // https://zakon.ru/blog/2022/3/18/yuridicheskie_aspekty_nft_art-rynka

¹⁰ См.: Акоюн А. NFT-токены: регулирование, санкции и Хабиб Нурмагомедов // <https://www.kachkin.ru/nft-tokeny-regulirovanie-sankczii-i-habib-nurmagomedov/>

¹¹ См.: Брисов Ю. В., Победкин А. А. Указ. соч. С. 52.

4) не может быть обменен или замещен другим аналогичным токеном¹²;

5) NFT не всегда отождествляется или связан с РИД¹³;

6) коммерческую оборотоспособность приобретает сам NFT, а не цифровой актив сам по себе¹⁴. При его включении в гражданский оборот не происходит непосредственного перехода исключительных (неисключительных) прав на объекты интеллектуальной собственности;

7) является единицей информации¹⁵, т. к. содержит информацию о принадлежности токена, информацию об объекте (зачастую в виде ссылки).

Если обратиться к зарубежным источникам, и, прежде всего, к NFT-платформам, то можно встретить следующие трактовки NFT в рамках правил соответствующих маркетплейсов.

К примеру, площадка Ethereum под NFT понимает токены, которые используются для подтверждения права собственности на уникальный предмет¹⁶.

Аукционная компания Christie в Условиях продажи невзаимозаменяемых токенов для Christie's Inc определила NFT как уникальный цифровой сертификат, определяющий (включая в том числе с помощью указателя или хэша цифрового(ых) актива(ов)) и связанный с одним или несколькими цифровыми активами, которые хранятся и передаются на блокчейне¹⁷.

Таким образом, можно сделать вывод, что в довольно общем виде NFT характеризуется в литературе и на практике как способ фиксации права (свидетельство) на объект интеллектуальной собственности, который закреплен в формате NFT.

И данный вывод в большей степени обусловлен тем, что, исходя из самого термина NFT, он представляет собой, в первую очередь, токен, но обладающий определенной характеристикой, которая отличает его от большинства известных токенов, а именно его уникальность.

¹² См.: *Троицкая А.* NFT: классика или новое в праве? // Правовая защита интеллектуальной собственности: проблемы теории и практики : сборник материалов X Международного юридического форума (IP Форума) : в 2 т. Т. 1. М. : Издательский центр Университета имени О. Е. Кутафина (МГЮА). 2022. С. 141; *Попова А. В., Семцова С. И.* Указ. соч. С. 200.

¹³ См.: *Чурилов А. Ю.* Указ. соч.

¹⁴ См.: *Долганин А. А.* Соотношение невзаимозаменяемых токенов (NFT) и интеллектуальной собственности: триумф проприетарного подхода? // Цифровое право. 2021. № 2(3). С. 49.

¹⁵ См.: *Артамонов А.* Интеллектуальная собственность и NFT: возможности и риски // <https://onlinepatent.ru/journal/NFT/>

¹⁶ <https://ethereum.org/en/nft/>

¹⁷ Conditions of sale for Christie's Inc non-fungible token sales // <https://nft.christies.com/conditions-of-sale>

Как отмечают Б. М. Гонгало и Л. А. Новоселова, в большинстве систем блокчейна, используемых для реализации коммерческих проектов, токен является способом фиксации (маркером) определенных имущественных прав, и возможность лица распорядиться им характеризует это лицо в качестве обладателя данного имущественного права¹⁸.

В связи с этим можно предположить, что NFT – это тоже способ фиксации определенных имущественных прав¹⁹. При этом объем прав, принадлежащих правообладателю NFT, а также те права, которые может получить его приобретатель в будущем, зависит в том числе от способа токенизации объекта.

NFT создаются посредством токенизации определенного объекта – в рассматриваемом случае произведения искусства. Токенизация представляет собой процесс цифрового представления существующего реального актива в распределенном реестре путем создания ссылки или включения экономических и иных прав на эти активы в цифровые токены, выпущенные в блокчейн²⁰. Таким образом, токен сам по себе не является «записью» объекта интеллектуальной собственности. Как правило, сам объект на платформе NFT не размещается; размещается лишь ссылка на файл с конкретным цифровым объектом. Сам NFT фактически содержит информацию об объекте, владельце и совершенных с NFT операциях на платформе.

Произведения искусства могут быть токенизированы несколькими способами:

1) первичное создание произведения в цифровой форме на платформе NFT;

2) создание цифрового экземпляра реально существующего произведения искусства, так называемого «цифрового двойника» указанного произведения и размещение на платформе NFT созданного токена с привязкой к файлу с данным цифровым экземпляром;

3) создание произведения в цифровой форме и размещение на платформе NFT созданного токена с привязкой к файлу с данным объектом.

С юридической точки зрения, перевод традиционных объектов в цифровую форму не влияет на изменение содержания данных объектов и возникновение новых, в связи с чем правовое регулирование цифровых

¹⁸ Гонгало Б. М. (в соавторстве с Новоселовой Л. А.) Есть ли место «цифровым правам» в системе объектов гражданского права // Гонгало Б. М. Избранное: в 5 т. 3: Гражданское право. 2015–2021. М.: Статут. 2021. С. 133.

¹⁹ О каких правах идет речь, будет рассмотрено далее.

²⁰ См.: Федотов А. Токенизация активов и ее влияние на финансовые рынки // <https://digit.nsd.ru/articles/tokenizatsiya-aktivov-i-eye-vliyanie-na-finansovye-rynki/>

объектов осуществляется по аналогии с регулированием в отношении указанных традиционных объектов. Как отмечает М. А. Рожкова, цифровизация предполагает, прежде всего, изменение формата или формы²¹.

Кроме того, создание цифрового экземпляра произведения можно расценить как воспроизведение произведения в понимании подп. 1 п. 2 ст. 1270 ГК РФ, а создание NFT – как способ использования результата интеллектуальной деятельности, так как в силу п. 1 ст. 1229 ГК РФ гражданин или юридическое лицо, обладающие исключительным правом на результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации (правообладатель), вправе использовать такой результат или такое средство по своему усмотрению любым не противоречащим закону способом.

ФУНКЦИИ NFT И ВИДЫ ТОКЕНОВ

В зависимости от того, какую функцию выполняет NFT, а также от того, какие правоотношения возникают в связи с применением конкретного вида NFT, возможно применение различного правового регулирования.

Как отмечает А. Тугарин, понимание функционала NFT и основа его правового регулирования есть в Руководстве FATF в отношении виртуальных активов и поставщиков услуг виртуальных активов. Так, Руководство расширяет определение виртуальных активов на NFT в определенных случаях: NFT, которые используются как предметы коллекционирования, а не как платежные или инвестиционные инструменты, не считаются виртуальными активами (п. 53 Руководства). При этом, как отмечает FATF, важно учитывать природу NFT и ее функцию на практике, а не используемую терминологию или маркетинговые термины. Поэтому NFT могут подпадать под определение виртуальных активов, если они используются или должны использоваться в платежных или инвестиционных целях²².

В связи с этим особое значение имеет то, что сами токены в зависимости от выполняемых функций различаются по видам. Как указывают Б. М. Гонгало и Л. А. Новоселова, условно токены можно разделить на следующие виды²³:

1) программные (лицензионные) токены – виртуальные единицы, которые дают их обладателю право на действия внутри исключительно компьютерной системы;

²¹ Рожкова М. А. Цифровые активы и виртуальное имущество: как соотносится виртуальное с цифровым // https://zakon.ru/blog/2018/06/13/cifrovye_aktivy_i_virtualnoe_imuschestvo_kak_sootnositsya_virtualnoe

²² Цит. по: Сазонова М. Регулирование NFT: что предлагает первый в России законопроект // <https://www.garant.ru/news/1559192/>

²³ Гонгало Б. М. (в соавторстве с Новоселовой Л. А.) Указ. соч. С. 131–132.

2) платежные токены (виртуальная валюта, криптовалюта) – токены, используемые для оплаты товаров, работ и услуг (для обмена на товары, работы или услуги);

3) кредитные токены, используемые для закрепления прав требования возврата денежных средств или родовых вещей;

4) инвестиционные токены – отражающие операции по инвестированию реальных денежных средств или виртуальных валют в бизнес-проекты, в основном для обеспечения стартового финансирования;

5) утилитарные токены – отражают права их владельца на работы, услуги, вещи (движимые и недвижимые), иные объекты.

Указанная классификация токенов приведена в настоящей статье для того, чтобы показать, что сам токен не является явлением, обладающим сугубо универсальными свойствами и тем самым имеющим однозначную правовую природу. Фактически же от той функции, которую данный токен выполняет, зависит то, какие нормы к нему подлежат применению.

NFT, как и иные токены, также по своему функциональному назначению неоднороден. Функционал NFT по сути определяет характер складывающихся в связи с его применением правоотношений.

Представляется, что NFT выполняет одну из следующих функций:

- 1) фиксации права;
- 2) оборотоспособности;
- 3) коллекционирования.

В зависимости от обозначенного функционала NFT определяется субъективная значимость возникающих правоотношений: в первом случае – для правообладателя, во втором – как для правообладателя, так и для приобретателя, в третьем – для приобретателя.

NFT КАК СРЕДСТВО ФИКСАЦИИ ПРАВА

NFT многие авторы расценивают как способ фиксации права (свидетельство) на объект интеллектуальной собственности. Однако возникает вопрос: какое право фиксирует токен?

Как указывают А. В. Попова и С. И. Семцова, NFT удостоверяет право собственности на некий объект (реальный или виртуальный), например, произведение искусства. При этом NFT подтверждает владение оригинальной копией²⁴. А. В. Мирошниченко отмечает такой инновационный способ защиты авторских прав, как конвертацию результата интеллектуальной деятельности в объект цифрового права – NFT-токен. При этом она также указывает, что созданный на базе блокчейн NFT идеально подходит

²⁴ Попова А. В., Семцова С. И. Указ. соч. С. 201.

для того, чтобы закрепить права на какой-то уникальный объект, будь то произведение искусства в единственном экземпляре, предмет в компьютерной игре или даже недвижимость²⁵.

Кроме того, сам NFT хранит в себе информацию, определяющую владельца NFT, а также все совершенные в отношении него транзакции (сделки).

Соответственно предполагается, что NFT является прозрачным инструментом, позволяющим установить его действующего владельца, а также всех предыдущих. С учетом того, что NFT является записью в блокчейне, которую невозможно изменить, «подделать» или совершить в отношении нее какие-либо иные противоправные действия, действительно может быть признан действенным способом депонирования РИД в цифровое пространство.

Однако данный вывод не дает права абсолютно однозначно утверждать, что NFT является подтверждением прав его владельца на привязанный к нему объект интеллектуальной собственности.

Тот факт, что владелец NFT создал на платформе данный токен, не доказывает, что он является автором произведения либо обладателем исключительных прав на привязанный к NFT результат интеллектуальной деятельности. Как правило, платформы NFT данные права на объекты NFT не проверяют. Единственным требованием NFT-площадок является фактически декларирование правообладателем того, что он обладает всеми юридическими правами в отношении объекта интеллектуальной собственности либо юридически уполномочен правообладателем на создание (минтинг) или продажу NFT на NFT-маркетплейсе²⁶. Кроме того, форматы NFT-платформ также не решают проблемы создания производных NFT, особенно размещенных на других площадках. Поэтому теоретически создать NFT может абсолютно любое лицо, не имеющее юридических прав на сам объект интеллектуальной собственности, о чем свидетельствуют публикации в сети Интернет случаев разбирательств, связанных с неправомерным использованием объектов интеллектуальной собственности в формате NFT²⁷.

В подобных ситуациях, связанных с нарушением прав на объекты интеллектуальной собственности, арбитром при разрешении споров выступают не судебные органы, а сами платформы, на которых размещен NFT.

²⁵ *Мирошниченко А. В.* Технические способы защиты авторских прав в сети «Интернет» // Тенденции развития науки и образования. 2021. № 79-6. С. 66.

²⁶ Подобное условие, в частности, установлено Терминами и Условиями NFT-маркетплейса Binance // https://public.nftstatic.com/static/nft/res/nft-cex/S3/1655459879305_jtjyobx5a0dieextrnalhpdyhone3gned.pdf

²⁷ *Дорофеева А.* Указ. соч.; *Файзова А.* Юридические аспекты NFT: как создателям NFT защитить свои исключительные права на цифровые активы. // <https://habr.com/ru/post/653657/>; *Артамонов А.* Указ. соч. и др.

Одним из интересных примеров нарушения исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности при размещении NFT является нарушение лидером группы «Rammstein» Т. Линдеманном прав Государственного Эрмитажа на произведения искусства. Так, Линдеманн на маркетплейсе Twelve X Twelve выпустил коллекцию NFT, созданную на основе музыкального клипа «Любимый город», съемки которого прошли в залах Государственного Эрмитажа в мае 2021 г. на основании заключенного с Эрмитажем договора. Договором было предусмотрено предоставление права использования изображений музейных объектов исключительно в клипе. Использование же указанных объектов в формате NFT договором не установлено. Неоднократные претензии Эрмитажа в адрес Линдеманны с требованиями закрыть продажу токенов музыкантом были проигнорированы. В результате музей был вынужден обратиться непосредственно к маркетплейсу, реализующему указанные токены. В результате проведенных с платформой переговоров стороны пришли к успешному решению, учитывающему интересы всех сторон. Музей официально разрешил использование на основании договора изображений интерьеров Государственного Эрмитажа в формате NFT на маркетплейсе Twelve X Twelve²⁸.

Названные обстоятельства позволяют сделать вывод, что NFT подтверждает лишь права владельца на сам NFT, созданный на определенной платформе, но не гарантирует права владельца NFT на сам объект токена. Таким образом, легализация NFT в целях гарантий подлинности прав на объект интеллектуальной собственности требует установления соответствующими платформами, на которых создаются NFT, дополнительных требований по подтверждению прав на токенизированный объект к создающим данные токены лицам. Однако данная мера, хотя и может служить определенной гарантией для третьих лиц, довольно сложно реализуема ввиду различия правового регулирования авторского права в различных государствах. При условии же обеспечения подобной верификации NFT как средства фиксации права имеет сходство с бездокументарной ценной бумагой (§3 гл. 7 ГК РФ).

С учетом того, что NFT фактически не подтверждает прав на объект интеллектуальной собственности, возникает вопрос о том, какие же права данный токен доказывает. Представляется, что в зависимости от способа токенизации произведения искусства, обозначенных ранее, можно констатировать наличие (но не гарантию для третьих лиц) у обладателя NFT права первого использования объекта NFT. Данное положение может быть

²⁸ Эрмитаж разрешил использовать цифровые изображения в проекте Линдеманны // <https://ria.ru/20210906/ermitazh-1748910393.html>

в полной мере применимо к объектам, первично созданным в цифровой форме на платформе NFT, а также весьма условно к объектам, созданным в цифровой форме и размещенным на платформе NFT посредством токена. Однако данное право не презюмирует факта наличия иных прав в отношении объекта NFT и не является единственным доказательством при возникновении спора о праве, в связи с чем необходимость прибегнуть к совершению иных действий по доказыванию наличия исключительных прав на объект интеллектуальной собственности у обладателя NFT все равно остается.

NFT КАК ОБЪЕКТ СДЕЛКИ

Как и любой токен, NFT существует в пределах одной интернет-платформы и может быть оборотоспособен именно в рамках данной площадки на условиях, определенных владельцем соответствующего интернет-ресурса. При этом указанные платформы осуществляют деятельность по принципу аукционных площадок, а в основе операций лежат смарт-контракты, в которых технологически заложены алгоритмы совершения определенного набора действий и регламентации «поведения» субъектов сделки, в том числе условия предоставления лицензии и т. д. Как указывает Ю. С. Харитоновна, создание NFT позволяет упростить и ускорить распоряжение токеном без заключения традиционного лицензионного соглашения или договора об отчуждении исключительного права²⁹.

Будучи объектом сделки, NFT приобретает признаки индивидуально-определенной вещи – такие как юридическая независимость, неделимость и т. д., однако, безусловно, не становясь от этого вещью как объектом материального мира.

Функция оборотоспособности NFT внутри интернет-площадки свидетельствует не только о его производном характере от объекта токена, но и об определенной автономности (независимости) от данного объекта. Вернее правильно будет говорить о независимости самого объекта интеллектуальной собственности, «превращенного» в NFT, по отношению к данному NFT.

При этом, как было отмечено, объектом сделок в рамках интернет-площадок является сам NFT, а не объект токена. Коммерческую ценность в данном случае представляет сам токен. Однако его стоимость, безусловно, зависит от ценности объекта, который конвертирован в NFT. Так, по мнению А. А. Долганина, NFT выступают не просто техническим средством защиты от копирования, они создают самостоятельную стоимость, хотя и

²⁹ Харитоновна Ю. С. Указ. соч.

частично зависимую от базисного интеллектуального актива, но вполне достаточную для появления, по сути, нового оборотоспособного товара – производного объекта торговых сделок³⁰.

Сам оригинал произведения объектом сделки не является. Он фактически задействован в токенизации лишь при создании токена одним из обозначенных способов.

Кроме того, при совершении сделки в отношении NFT сам объект токена в цифровом формате не передается приобретателю, он продолжает оставаться в сети Интернет. Доступ к данному объекту является открытым, любое лицо фактически может посмотреть файл либо даже скачать его. Однако приобретатель токена будет указан в качестве владельца токена в цифровом коде NFT.

Ввиду того, что объект интеллектуальной собственности фактически не задействован в сделке по передаче NFT, вполне резонным является вопрос о тех правах, которые получает приобретатель NFT на сам объект токена.

Вполне очевидно, что никаких исключительных прав на результат интеллектуальной деятельности и даже неисключительных прав на него приобретатель автоматически не получает. В связи с этим факт передачи NFT фактически не влечет каких-либо юридических последствий в отношении самого результата интеллектуальной деятельности. Но подобные возможности могут быть предусмотрены правообладателем токена в условиях совершения конкретной сделки на интернет-площадке. В данном случае предоставление прав в отношении результата интеллектуальной деятельности осуществляется либо по договору отчуждения исключительного права (ст. 1234 ГК РФ), либо посредством заключения лицензионного договора (ст. 1235 ГК РФ) (в зависимости от объема передаваемых прав).

В связи с этим большое значение имеют общие условия сделок в отношении NFT, определенные NFT-платформами.

Например, Терминами и Условиями NFT-маркетплейса Vinance³¹ прямо установлено, что приобретатель при покупке NFT приобретает только сам NFT, который связан с определенным объектом цифрового искусства, при этом он не приобретает прав в отношении интеллектуальной собственности, за исключением случаев, если это прямо предусмотрено лицензией.

При этом при продаже NFT продавец предоставляет покупателю неисключительную, непередаваемую, безвозмездную лицензию, действующую по всему миру, для использования, копирования и демонстрации объекта NFT исключительно для следующих целей:

³⁰ Долганин А. А. Указ. соч. С. 53.

³¹ https://public.nftstatic.com/static/nft/res/nft-cex/S3/1655459879305_tjtyo6x5a0dieexrnalhpdyhoyone3gncd.pdf

- (a) личное использование покупателем;
- (b) использование на маркетплейсе в связи с куплей-продажей такого NFT; или
- (c) использование на вебсайте или приложении третьего лица в связи с операциями с токеном.

Аукционный дом Christie указывает, что покупатель признает, что, приобретая NFT, он имеет в отношении него весь объем правомочий собственника, включая хранение, продажу и передачу NFT, подчеркивая, что покупка NFT не предоставляет никаких прав, явных или подразумеваемых (включая – без ограничения – любые авторские права или другие права интеллектуальной собственности) на цифровой актив, лежащий в основе NFT, кроме случаев, когда эти права (либо часть их) прямо не установлены в смарт-контракте или иным образом определены в терминах и условиях, сопровождающих NFT, которые предусмотрены создателем NFT³².

Подобные условия установлены большинством платформ NFT.

Таким образом, приобретатель NFT при покупке NFT становится обладателем прав исключительно в отношении указанного NFT, действующего в пределах соответствующей платформы. Какие-либо права в отношении объекта NFT у приобретателя могут возникнуть только, если они предусмотрены создателем NFT в предоставляемой лицензии.

Вместе с тем помимо прав в отношении самого NFT приобретатель данного токена может по усмотрению правообладателя (продавца) приобрести иные права, не имеющие коммерческого эффекта (как указывает М. А. Рожкова, блага, вовсе лишённые какой-либо экономической ценности)³³. К ним она относит, в частности, фан-токены, которые позволяют фанатам футбольной команды участвовать в ее жизни, голосуя за решения по поводу цвета формы игроков. Также в качестве примеров токенов, предоставляющих подобные права, можно привести токены билетов на футбольный, баскетбольный матчи, или токены, предоставляющие право на получение физической копии виртуально созданных кроссовок³⁴, либо право поужинать с автором картины³⁵ и т. д.

Отдельным касающимся продажи NFT аспектом, на котором следует остановиться, является тот факт, что средством платежа за NFT на соответствующих платформах является криптовалюта. Во многих странах

³² Conditions of sale for Christie's Inc non-fungible token sales (<https://nft.christies.com/conditions-of-sale>)

³³ Рожкова М. А. NFT – что это такое? // Закон.ру. 2021. 13 декабря. // URL: https://zakon.ru/blog/2021/12/13/nft_chno_eto_takoe_what_is_nft_non_fungible_tokens

³⁴ См.: Брисов Ю. В., Победкин А. А. Указ. соч. С. 53.

³⁵ См.: Как выпустить NFT в России не нарушая закон // Закон.ру. 2021. 10 декабря. // https://zakon.ru/blog/2021/12/10/kak_vypustit_nft_v_rossii_ne_narushaya_zakon

мира криптовалюта признана в той или иной мере легальной³⁶ и является законным средством платежа за товары, работы, услуги. Однако в Российской Федерации законодательство подобного права участникам гражданского оборота не предоставляет. Напротив, ч. 5 ст. 14 Закона о цифровых финансовых активах запрещается принимать цифровую валюту в качестве встречного предоставления за передаваемые товары, выполняемые работы, оказываемые услуги или иного способа, позволяющего предполагать оплату цифровой валютой товаров (работ, услуг).

Вместе с тем операции с NFT к передаче товаров, выполнению работ, оказанию услуг отношения не имеют, так как не являются сделками, опосредующими указанные виды отношений в контексте части второй ГК РФ. Кроме того, учитывая, что данные операции совершаются в цифровом пространстве, приобретение NFT не влияет на возможность включения криптовалюты в оборот в пределах материального мира, т. е. в действующую финансовую систему. В связи с этим подобные сделки не будут являться нарушением законодательства РФ. Напротив, в силу принципа свободы договора, закрепленного в п. 1 ст. 1 ГК РФ, подобные сделки вполне могут вписываться в действующие нормы гражданского законодательства.

NFT КАК СПОСОБ КОЛЛЕКЦИОНИРОВАНИЯ («ЭСТЕТИКА ОБЛАДАНИЯ»)

С учетом того, что приобретатель NFT фактически не получает никаких прав на объект NFT (за исключением, как было указано, специально оговоренных случаев), у практиков постоянно возникает вопрос: в чем ценность NFT для приобретателя, каков смысл данного приобретения?

И в данном контексте NFT очень емко охарактеризовал директор Государственного Эрмитажа М. Б. Пиотровский, обозначив, что NFT – это философия, эстетика обладания³⁷. Безусловно, эти слова сказаны человеком из мира искусства, но они очень точно подходят к обозначению функции NFT как способа или средства коллекционирования, предполагающего отсутствие даже какого-либо права владения объектом NFT, но отражающего причастность к искусству.

Как указывают А. В. Попова и С. И. Семцова, обладание NFT можно сравнить с обладанием оригинальным автомобилем³⁸.

³⁶ <https://vc.ru/finance/430367-15-stran-v-kotoryh-polnostyu-legalizovana-kriptovalyuta>

³⁷ «Эстетика обладания»: Михаил Пиотровский рассказал, почему Эрмитаж выпустил NFT-токены // https://spb.tsargrad.tv/news/jestetika-obladanija-mihail-piotrovskij-rasskazal-pochemu-jermitazh-vypustil-nft-tokeny_407002

³⁸ Попова А. В., Семцова С. И. Указ. соч. С. 200.

Поэтому можно предположить, что ценность NFT как объекта коллекционирования определяется исходя из его уникального характера, что придает ему индивидуально-определенные черты и делает тем самым его привлекательным в глазах приобретателей. Кроме того, в случае перевода в NFT всемирно известных произведений искусства однозначно можно утверждать, что приобретение оригинала данного произведения (например, картины), особенно хранящегося в музее или в частной коллекции, не представляется возможным. Приобретатель NFT, не владея оригиналом подобного произведения, может вполне законно считаться обладателем цифрового объекта в обывательском понимании данного слова, а его «права» в отношении него будут удостоверены токеном.

Таким образом, коллекционный характер NFT в данном случае представляет собой довольно условный способ инвестирования в цифровой объект по аналогии с инвестированием в оригинальный объект искусства.

Вместе с тем с учетом того, что обладатель оригинала произведения является правообладателем, наделенным всем объемом исключительных прав в отношении него (ст. 1270 ГК РФ), он имеет вполне законные основания произвести отчуждение оригинала произведения и всех исключительных прав на него на основании ст. 1291 ГК РФ. Приобретая исключительные права на произведение искусства, новый правообладатель в качестве способа использования данного произведения вправе также токенизировать его и создать NFT, который, безусловно, будет иметь другой цифровой код и тоже будет по своей природе уникальным. Кроме того, обладатель оригинала произведения может создать несколько NFT и разместить их на разных NFT-платформах. И в данном случае также каждый NFT будет уникальным. Однако коллекционная ценность каждого из таких NFT для потенциальных приобретателей будет гораздо ниже.

Особым видом риска обладания подобным коллекционным «изделием» является тот факт, что NFT-платформа, на которой размещен токен, может прекратить свое существование, и тогда обладатель коллекционного токена ощутит на себе всю «зыбкость» обладания NFT.

NFT: ПРЕДЕЛЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ

Большинство авторов, обращающихся к проблеме NFT, указывают на необходимость нормативного регулирования применения NFT. Однако данного вывода придерживаются не все. Так, как отмечает А. Алексейчук, государство не должно контролировать криптовалюту и цифровые активы как минимум потому, что у него нет таких технических возможностей.

Единственный аспект, на который может и должно влиять государство, — процесс обмена криптовалюты на деньги или иные активы³⁹.

Кроме того, необходимо учитывать, что действия, осуществляемые в рамках NFT-площадок, «вшиты» в смарт-контракты, т. е. совершаются по заранее обусловленному владельцем площадки алгоритму. В связи с этим стоит согласиться с О. С. Болотаевой, указывающей, что «владение» уникальным токеном дает его владельцу возможности, которые не всегда носят правовой характер, однако они обеспечиваются алгоритмом выполнения программы. Отношения, возникающие на основе выполнения заданного алгоритма, в основном не нуждаются в дополнительной регламентации с помощью правовых норм, поскольку они формализованы самим алгоритмом и развиваются по установленной схеме. Законодательством могут быть определены лишь общие рамки, в частности, требования к субъектам, техническому обеспечению информационных систем, порядку их регистрации и т. д.⁴⁰.

В связи с этим верным представляется вывод о том, что особого правового регулирования NFT как отдельный институт не требует. Кроме того, проведенный анализ функций NFT позволяет утверждать, что единого подхода к определению NFT как юридического института не существует, а возникающие в связи с его применением правоотношения в общем имеют должное регулирование в рамках правовой системы Российской Федерации. Ведь, как показывает практика, новые термины (особенно иностранные) не всегда имеют однозначную трактовку, как правило, исходя из их многогранного характера, и могут отличаться по своему значению при их «внедрении» в российскую правовую систему.

Полагаю, что нет смысла «засорять» российское законодательство новыми терминами и институтами, особенно иностранными, без должной юридической проработки. Данный вывод подтверждается, в частности, оценкой законодательной инициативы, о которой было упомянуто. Подобные революционные изменения не всегда сказываются на правовой системе положительно. К тому же сам факт цифровизации, как правило, связан не столько с появлением новых объектов или институтов, сколько с изменением формы или вида действующих, что влечет необходимость адаптации существующих законодательных положений к возникающим новым правоотношениям.

Показательным в данном отношении является пример Государственного Эрмитажа, который в рамках акции «Ваш NFT хранится в Эрмитаже»

³⁹ Цит. по: *Акопян А.* Указ. соч.

⁴⁰ *Болотаева О. С.* Указ. соч. С. 259.

продал в формате NFT токенизированные изображения предметов искусства – пяти картин, хранящихся в музее: «Мадонна Литта» Леонардо да Винчи, «Юдифь» Джорджоне, «Куст сирени» Винсента Ван Гога, «Композиция VI» Василия Кандинского, «Уголок сада в Монжероне» Клода Моне.

Данный пример показывает, что продажа NFT в рамках действующего правового регулирования Российской Федерации с учетом особенностей и существующих нормативных ограничений возможна без нарушений норм права, а также без введения каких-либо дополнительных режимов правового регулирования.

Реализация указанного проекта осуществлена Государственным Эрмитажем посредством привлечения агента на основании агентского договора, заключенного в соответствии с Федеральным законом от 18 июля 2011 г. № 223-ФЗ «О закупках товаров работ, услуг отдельными видами юридических лиц».

В соответствии с условиями договора на создание и реализацию результатов интеллектуальной деятельности (NFT-токенов) принципал дает задание агенту, который, действуя от имени принципала:

- создает высококачественные цифровые копии произведений искусства («первичные цифровые копии»);
- используя первичные цифровые копии, создает высококачественные репродукции произведений искусства на физическом носителе (например, бумаге) («репродукции»);
- обеспечивает условия для нанесения автографа на репродукции;
- создает высококачественные цифровые копии репродукций с автографами («вторичные цифровые копии»);
- облакает вторичные цифровые копии в форму NFT – конечный результат интеллектуальной деятельности;
- обеспечивает условия для уничтожения первичных цифровых копий, репродукций и вторичных цифровых копий;
- реализует NFT на маркетплейсе;
- перечисляет средства, полученные от реализации NFT в российских рублях, на счет принципала после удержаний, предусмотренных договором.

Указанная концепция позволила соблюсти требования как музейного законодательства, так и законодательства в сфере интеллектуальной собственности и оборота криптовалюты.

Токенизация указанных произведений была осуществлена посредством создания на базе цифровых копий оригинальных произведений искусства репродукций (по принципу аналоговой фотографии) с нанесением автографа директора Государственного Эрмитажа М. Б. Пиотровского. Тем самым объекту была придана уникальность. Именно данная репродукция была переведена в формат NFT и реализована на маркетплейсе.

Так, в контексте договора NFT выражают право интеллектуальной собственности на отдельное от произведения искусства, юридически независимое и самостоятельное произведение искусства – цифровой токен репродукции произведения искусства с автографом директора Эрмитажа М. Б. Пиотровского. При этом исключительные права на результат интеллектуальной деятельности в форме NFT полностью принадлежат музею до момента продажи NFT на маркетплейсе. С момента продажи NFT на маркетплейсе приобретатель получает право владеть, пользоваться и распоряжаться NFT. При этом права Эрмитажа в отношении произведений искусства остаются у музея.

Таким образом, в рамках проекта были созданы самостоятельные объекты интеллектуальной собственности – NFT, не затронувшие права Государственного Эрмитажа на оригиналы произведений искусства, которые были токенизированы, что позволило соблюсти требования ст. 36 Закона о музейном фонде.

Реализация NFT была осуществлена в юрисдикции, допускающей платежи в цифровой валюте, оплата за NFT на маркетплейсе была произведена стейбкоинами BUSD. Государственный Эрмитаж оплату за реализованные NFT получил в валюте Российской Федерации. Таким образом, соблюдены нормы п. 5 ст. 14 Закона о цифровых финансовых активах.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Проведенный анализ позволяет утверждать, что NFT является отдельным способом воспроизведения произведения искусства. При этом в зависимости от той функции, которую выполняет NFT в гражданском обороте, складывающиеся при этом правоотношения имеют различную правовую природу и соответственно различное правовое регулирование. Ввиду этого однозначный вывод о том, что NFT подлежит дополнительному нормативному регулированию, сделать нельзя. Напротив, представляется, что каждый спектр отношений, составляющих действия в рамках NFT, подпадает под действие специального законодательства, зачастую с иностранным элементом, а также большая часть отношений, связанных осуществлением действий на NFT-площадке, регулируется правообладателями соответствующих маркетплейсов.

Раздел 3.

***НАРУШЕНИЯ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ
СОБСТВЕННОСТИ В ЦИФРОВОЙ СРЕДЕ***

А. А. Алексейчук

ОСОБЕННОСТИ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ИНФОРМАЦИОННЫХ ПОСРЕДНИКОВ ЗА НАРУШЕНИЯ В СЕТИ

1. ОПРЕДЕЛЕНИЕ РЕЖИМА ОТВЕТСТВЕННОСТИ ИНФОРМАЦИОННОГО ПОСРЕДНИКА

В отношениях в сфере интеллектуальной собственности или касающихся распространения какой-либо информации в целом, не связанных при этом с распространением информации в информационно-телекоммуникационной сети, в том числе в Интернете¹, как правило, достаточно для целей регулирования разграничения лиц, совершающих нарушение, и лиц, которые в нарушение не вовлечены.

Так, в рамках отношений в сфере интеллектуальной собственности нарушителем согласно п. 1 ст. 1229 ГК РФ признается тот, кто использует объект интеллектуальной собственности без согласия правообладателя или установленных законом оснований. Соответствующие статьи ГК РФ определяют применительно к каждому виду объектов интеллектуальной собственности критерии, на основании которых осуществляется использование.

По общему правилу ответственность за совместное нарушение несут солидарно все лица, допустившие незаконные действия (п. 6.1 ст. 1252 ГК РФ), а в случае последовательных нарушений – каждое из лиц, совершившее нарушение. Лицо, допустившее нарушение в результате исполнения чужого поручения или задания, не несет ответственности, если оно не знало и не должно было знать о нарушении исключительного права (абз. 3 п. 73 Постановления Пленума ВС РФ от 23 апреля 2019 г. № 10).

Все иные лица, не совершающие действий, составляющих нарушение, ответственности не несут. В некоторых случаях на таких лиц возлагается ответственность в соответствии с общими правилами о деликте, например, ответственность работодателя за действия работника. Кроме того, к таким лицам могут быть предъявлены требования о пресечении нарушения (подп. 2 п. 1 ст. 1252 ГК РФ).

В отношениях, связанных с распространением информации в сети, тем более в Интернете, складывается более сложная ситуация, поскольку в таких отношениях участвуют лица, которые могут быть вовлечены в

¹ Далее под «сетью» подразумевается любая информационно-телекоммуникационная сеть, в том числе сеть Интернет, а под Интернетом – именно информационно-телекоммуникационная сеть Интернет.

нарушения исключительного права «в автоматическом режиме» – в результате предоставления права использования компьютерной программы или оказания услуг с использованием исполняемой без участия человека компьютерной программы. С одной стороны, привлечение таких лиц к ответственности на общих основаниях существенно ограничило бы их деятельность и в конечном итоге существенно затормозило бы развитие цифрового сегмента экономики. С другой – представляется целесообразным, чтобы такие лица несли специальную ответственность за способствование нарушениям или отказ реагировать на жалобы правообладателей.

Институт информационных посредников определяет режим ответственности лиц, вовлеченных в распространение информации в сети, в том числе категории лиц, к которым данный режим применяется, и критерии их привлечения к ответственности.

2. РЕЖИМ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ИНФОРМАЦИОННОГО ПОСРЕДНИКА В ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ ДРУГИХ СТРАН

Специальный режим для лиц, вовлеченных в распространение информации в сети, в принципе не является чем-то специфичным для российского законодательства – схожие по цели нормы встречаются и в законодательстве других стран. Как указывает Е. Моргунова, «в мире сформировались две системы ответственности информационных посредников: горизонтальная, когда в рамках одного нормативного акта устанавливается одинаковый подход к ответственности информационных посредников за любые нарушения в сети Интернет – как, например, в ЕС, и вертикальный подход – например, в США, Великобритании, когда законами устанавливается разный подход к ответственности информационных посредников в зависимости от вида нарушения прав»².

В США условия освобождения поставщиков онлайн-услуг от ответственности за нарушение авторских прав были закреплены в законодательстве при принятии DMCA (Digital Millennium Copyright Act – Закон об авторском праве в цифровую эпоху). Закон³ устанавливает условия так называемой «безопасной гавани» («safe harbor») применительно к четырем видам деятельности поставщиков онлайн-услуг:

- по передаче (маршрутизации, предоставления) материала в сети;
- по промежуточному и временному хранению материала в сети;
- по хранению материалов по указанию пользователя;

² Моргунова Е. Информационный посредник в гражданских спорах о защите авторских прав // ИС. Авторское право и смежные права. 2016. № 1. С. 5–12.

³ Section 512 of the Copyright Law of the United States (Title 17) // URL: <https://www.copyright.gov/title17/92chap5.html#512>

– по предоставлению доступа к материалам, инструментам поиска материалов или информации, необходимой для получения доступа к материалам (каталогов, индексов, ссылок, указателей, гиперссылок).

Предполагается, что поставщик онлайн-услуг в ходе его деятельности не совершает нарушение непосредственно («direct infringement»), а несет ответственность в случае нарушения, допущенного другим лицом, и отсутствия критериев для применения «безопасной гавани»⁴.

В ЕС на уровне Директивы 2000/31/ЕС Европейского Парламента и Совета ЕС «Об электронной торговле» от 8 июня 2000 г. также предусмотрены условия освобождения от ответственности поставщиков информационных услуг («information society services») при осуществлении одного из трех видов деятельности:

- по передаче информации или предоставлению доступа к сети связи;
- по автоматическому, промежуточному и временному хранению информации;
- по хранению информации, предоставленной получателем услуг.

Следует отметить, что Директива предписывает государствам ЕС реализовать соответствующие условия в национальном законодательстве, но не предусматривает непосредственное применение ее норм.

В Китае условия освобождения от ответственности устанавливаются отраслевыми законами для различных категорий деятельности: поставщиков услуг связи (применительно к передаче информации)⁵, поставщиков «услуг присутствия» в Интернете (применительно к операциям по хранению, поиску и размещению ссылок на информацию)⁶, операторов платформ для электронной коммерции. Последние, например, освобождаются от ответственности, если они принимают меры по защите интеллектуальной собственности и сотрудничеству с правообладателями в целом, не знали и не должны были знать о нарушении и при получении уведомления правообладателя отреагировали на него в соответствии с установленной процедурой⁷. Дискуссионным в Китае является вопрос об ответственности операторов поисковых систем – они несут ее, если знали или должны

⁴ Цивилистическая концепция интеллектуальной собственности в системе российского права: монография / под общ. ред. М. А. Рожковой.

⁵ Alderson M., Yang G. Protecting Copyright Online in China: Takedown Regulations // URL: <https://chinafilminsider.com/protecting-copyright-online-in-china-takedown-regulations/>

⁶ Alderson M., Yang G. Protecting Copyright Online in China: Searching, Linking, or Storing? // URL: <https://chinafilminsider.com/protecting-copyright-online-in-china-searching-linking-or-storing/>

⁷ China: E-Commerce Law Passed // URL: <https://loc.gov/item/global-legal-monitor/2018-11-21/china-e-commerce-law-passed/>.

были знать о нарушении, но по факту в силу неопределенности норм могут реагировать на нарушение только после получения жалобы правообладателя⁸.

3. РЕЖИМ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ИНФОРМАЦИОННЫХ ПОСРЕДНИКОВ В РОССИИ

В России освобождение от гражданско-правовой ответственности ряда информационных посредников было предусмотрено в п. 3 ст. 17 принятого в 2006 г. Закона об информации. Названная норма устанавливает иммунитет от ответственности для лиц, оказывающих услуги:

- по передаче информации, предоставленной другим лицом, при условии ее передачи без изменений и исправлений;
- по хранению информации и обеспечению доступа к ней при условии, что лицо, оказывающее услуги, не могло знать о незаконности распространения информации.

Норма предусматривает иммунитет только в отношении распространения информации, если такое распространение запрещено или ограничено федеральным законом.

Следует отметить, что в силу прямого указания Закона об информации (п. 2 ст. 1) названная норма не должна распространяться на отношения, возникающие при правовой охране объектов интеллектуальной собственности. Тем не менее, суды несмотря на такое указание применяют⁹ п. 3 ст. 17 Закона об информации при рассмотрении споров в сфере интеллектуальной собственности наравне с режимом ответственности информационных посредников, предусмотренным ГК РФ (см. далее).

Критерии для привлечения к ответственности некоторых категорий информационных посредников были также сформулированы и уточнены на уровне практики ВАС РФ.

В 2008 г., рассматривая спор о привлечении к ответственности «хостинг-провайдера» (лица, предоставляющего услуги по размещению и обслуживанию серверов) за нарушение исключительного права, ВАС РФ пришел к выводу, что провайдер не несет ответственности, если не иницирует передачу информации, не определяет получателя и не влияет на целостность информации. При этом провайдер должен предпринимать

⁸ См.: Лоренц Д. В. Информационные посредники (провайдеры) в России и зарубежных странах: природа, сущность и типология // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2020. № 5. С. 136–163.

⁹ См., например, постановления СИП от 4 августа 2021 г. № С01-1189/2021 по делу № А56-119059/2019, от 1 февраля 2021 г. № С01-1488/2020 по делу № А40-60253/2020.

превентивные меры для пресечения нарушений, закрепляя их, в частности, в договорах с клиентами¹⁰.

В 2011 г. ВАС РФ по спору о привлечении файлообменного сервиса к ответственности за нарушение исключительного права сформулировал более подробные критерии для привлечения к ответственности, которые должны учитываться судами¹¹:

- степень вовлечения провайдера в процесс передачи, хранения и обработки информации;
- получение прибыли от деятельности, связанной с незаконным использованием объекта интеллектуальной собственности;
- наличие ограничений объема размещаемой информации и ее доступности для неопределенного круга пользователей;
- наличие в пользовательском соглашении обязанности пользователя по соблюдению прав на объект интеллектуальной собственности;
- наличие в пользовательском соглашении безусловного права провайдера удалить незаконно размещенный контент;
- отсутствие технологических условий, способствующих нарушению прав на объект интеллектуальной собственности;
- наличие специальных эффективных программ, позволяющих предупредить, отследить или удалить информацию, размещенную с нарушениями;
- поведение провайдера при получении от правообладателя извещения о факте нарушения;
- возможность провайдера узнать, в том числе из СМИ, об использовании его сервиса с нарушением исключительных прав других лиц.

Несмотря на то, что режим ответственности информационных посредников применительно к отношениям в сфере интеллектуальной собственности, впоследствии закрепленный в ГК РФ, большую часть указанных критериев не предусматривает, суды продолжают учитывать эти критерии при рассмотрении споров¹².

В определенной степени режим ответственности информационных посредников был также урегулирован в 2013 г. КС РФ при рассмотрении жалобы о несоответствии Конституции РФ ряда положений ст. 152 ГК РФ,

¹⁰ Постановление Президиума ВАС РФ от 23 декабря 2008 г. № 10962/08 по делу № А40-6440/07-5-68.

¹¹ Постановление Президиума ВАС РФ от 1 ноября 2011 г. № 6672/11 по делу № А40-75669/08-110-609.

¹² См., например, Определение ВС РФ от 5 марта 2019 г. № 302-ЭС19-2387 по делу № А19-28503/2017, постановления СИП от 16 сентября 2019 г. № С01-664/2019 по делу № А40-166839/2018, от 31 января 2019 г. № С01-1171/2018 по делу № А56-108483/2017.

примененных в споре между гражданином и владельцем интернет-форума о защите чести, достоинства и деловой репутации¹³.

При рассмотрении жалобы КС указал, в частности, что ответственность лиц, «обеспечивающих размещение информации и доступ к ней на сайтах в сети Интернет», не предусмотрена законодательством – и не может быть предусмотрена, исходя из общих принципов юридической ответственности. Требование о пресечении нарушения (об удалении неправомерно размещенной информации или ограничении доступа к ней) мерой ответственности не является.

Основываясь на положениях Конституции РФ и ратифицированных Россией международных договорах и конвенциях, КС сделал вывод о том что «ни одно лицо, которое предоставляет лишь технические интернет-услуги, такие как обеспечение доступа или поиск, передача или кэширование информации, не должно нести ответственности за созданный другими лицами контент, который был распространен при помощи этих услуг, если это лицо не вносило в него изменений и не отказывалось выполнить судебное решение об удалении данного контента в случаях, когда оно имеет возможность это сделать».

Таким образом, КС определил особый режим ответственности информационных посредников: деятельность, к которой он применяется, и критерии, при соблюдении которых информационный посредник не может быть привлечен к ответственности.

Несмотря на то, что указанные выводы были сделаны КС при рассмотрении вопроса о соответствии Конституции РФ норм ГК РФ, регулирующих защиту чести, достоинства и деловой репутации, в самих выводах нет ограничений по сфере их применения. То есть формулировка этих выводов позволяет распространить их на различные отношения, в том числе и в сфере интеллектуальной собственности.

Случаи применения судами указанных выводов КС к отношениям в сфере интеллектуальной собственности единичны. Так, Девятый арбитражный апелляционный суд, рассматривая спор о привлечении к ответственности музыкального поискового сервиса Tracksflow.com за нарушение интеллектуальных прав, пришел к выводу, что указанный сервис не осуществляет непосредственно использование объектов интеллектуальной собственности и не несет ответственности в качестве информационного посредника¹⁴. В обоснование вывода суд сослался в том числе на

¹³ Постановление КС РФ от 9 июля 2013 г. № 18-П «По делу о проверке конституционности положений пунктов 1, 5 и 6 статьи 152 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданина Е. В. Крылова».

¹⁴ Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 28 ноября 2014 г.

приведенную позицию КС применительно к поисковым сервисам. СИП оставил постановление Девятого арбитражного апелляционного суда без изменения¹⁵.

Указание на возможность применения сделанных в Постановлении № 18-П выводов КС к отношениям в сфере правовой охраны объектов интеллектуальной собственности содержится и в доктрине. Так, А. Г. Серго называет указанное Постановление в качестве предпосылки для установления режима ответственности информационных посредников, предусмотренного ст. 1253.1 ГК РФ¹⁶. Е. Моргунова указывает, что «природа рассматриваемых по данному делу отношений не влияет на иной по сравнению с авторским правом подход при определении круга лиц, к которым могут быть применены меры защиты»¹⁷.

Что касается режима ответственности информационных посредников применительно именно к отношениям в сфере правовой охраны объектов интеллектуальной собственности, то такой режим был закреплен в 2013 г. путем дополнения ГК РФ новой ст. 1253.1 в рамках так называемого «антипиратского закона» (Федеральный закон от 2 июля 2013 г. № 187-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросам защиты интеллектуальных прав в информационно-телекоммуникационных сетях»). Как и прочие, данный режим устанавливает перечень видов деятельности, в рамках осуществления которых информационный посредник освобождается от ответственности, и критерии для освобождения от ответственности.

Положения п. 1 ст. 1253.1 ГК РФ формально определяют три вида лиц, осуществляющих деятельность информационного посредника:

- 1) лицо, осуществляющее передачу материала в сети;
- 2) лицо, предоставляющее возможность размещения материала или информации, необходимой для его получения с использованием сети;
- 3) лицо, предоставляющее возможность доступа к материалу в сети.

В п. 5 ст. 1253.1 ГК РФ уточняется деятельность третьего информационного посредника: лицо, предоставляющее возможность доступа не только к материалу, но и к информации, необходимой для его получения.

Приведенный перечень, исходя из формулировки нормы, является исчерпывающим. Какие-либо иные лица, не осуществляющие предусмотренную нормой деятельность, статус информационного посредника не приобретают.

№ 09АП-40461/2014-ГК по делу № А40-118714/2013.

¹⁵ Постановление СИП от 16 марта 2015 г. № С01-729/2014 по делу № А40-118714/2013.

¹⁶ Серго А. Г. Администратор домена как информационный посредник в спорах о защите интеллектуальных прав // Ис. Авторское право и смежные права. 2019. № 11. С. 23–26.

¹⁷ Моргунова Е. Указ. соч. С. 5–12.

В доктрине предлагаются различные варианты типологии и классификации информационных посредников в зависимости от видов их деятельности, при этом предпринимаются попытки безусловно отнести тех или иных участников отношений в интернет-сфере – хостинг-провайдеров, владельцев сайтов, администраторов доменных имен – к определенному виду информационного посредника просто в силу их статуса¹⁸. В связи с этим следует согласиться с позицией Д. В. Лоренца о неточности закрепленной в ст. 1253.1 ГК РФ типологии, когда функции одного типа информационных посредников оказываются в условиях ответственности других информационных посредников¹⁹.

Следует учитывать еще и то, что из буквального толкования положений ст. 1253.1 ГК РФ можно сделать вывод, что режим информационного посредника распространяется не на каких-либо конкретных лиц в силу одного их статуса, а на любых лиц, осуществляющих предусмотренную статьей деятельность. Соответственно, если какое-либо конкретное лицо в результате поименованной деятельности создает условия для нарушения, – оно несет ответственность в качестве информационного посредника. Если то же самое лицо совершает нарушение непосредственно, – оно несет ответственность на общих основаниях без учета статуса информационного посредника.

Например, если владелец сайта предоставляет другим лицам возможность разместить материал на его сайте, он несет ответственность в качестве информационного посредника. Если же тот же самый владелец сайта размещает материал самостоятельно, – он несет ответственность на общих основаниях.

Как указывает ВС РФ, вопрос о том, является ли конкретное лицо информационным посредником, устанавливается судом с учетом характера осуществляемой таким лицом деятельности. Если лицо занимается деятельностью, указанной в ст. 1253.1 ГК РФ, то оно признается информационным посредником в части осуществления данной деятельности. В случае, если лицо осуществляет одновременно различные виды деятельности, то вопрос об отнесении такого лица к информационному посреднику должен решаться применительно к каждому виду деятельности (абз. 2 п. 77 Постановления Пленума ВС РФ от 23 апреля 2019 г. № 10).

¹⁸ См., например, *Еременко В. И.* Совершенствование законодательства в сфере защиты интеллектуальных прав в информационно-телекоммуникационных сетях // Законодательство и экономика. 2015. № 8. С. 19–28; *Егелев К. М., Калашников С. С.* Поисковые системы и информационные посредники // Журнал Суда по интеллектуальным правам. 2017. № 16. С. 30–35.

¹⁹ *Лоренц Д. В.* Указ. соч.

Одно и то же лицо может вести даже все три вида деятельности, отнесенных к деятельности информационного посредника, но вопрос о привлечении к ответственности лица в качестве информационного посредника должен разрешаться в зависимости от каждой конкретной деятельности и ее взаимосвязи с нарушением исключительного права.

Исходя из этого, представляется нецелесообразным безусловно относить того или иного участника отношений в интернет-сфере к определенному виду информационного посредника в силу его статуса, наличия лицензии или даже самоназвания. В каждом конкретном случае суду необходимо анализировать, осуществляло ли лицо, привлекаемое в качестве информационного посредника, какую-либо деятельность, предусмотренную ст. 1253.1 ГК РФ, и, если да, – создала ли такая деятельность возможность для совершения нарушения.

В зависимости от вида деятельности информационного посредника в ст. 1253.1 ГК РФ предусмотрены критерии для привлечения его к ответственности.

Так, первый вид информационных посредников – лица, осуществляющие передачу материала в сети, – не несут ответственность в случае, если такое лицо (п. 2 ст. 1253.1 ГК РФ):

- не иницирует передачу материала и не определяет его получателя;
- не изменяет материал при его передаче, если только такие изменения не обусловлены технической необходимостью передачи материала;
- не знало и не должно было знать, что использование лицом, осуществляющим передачу материала, объекта интеллектуальной собственности, выраженного в этом материале, является неправомерным.

Второй вид информационных посредников – лица, предоставляющее возможность размещения материала или информации, необходимой для его получения с использованием сети, освобождаются от ответственности, если такое лицо (п. 3 ст. 1253.1 ГК РФ):

- не знало и не должно было знать, что использование лицом, осуществляющим размещение материала, объекта интеллектуальной собственности, выраженного в этом материале, является неправомерным;
- в случае получения в письменной форме заявления правообладателя с указанием страницы сайта или сетевого адреса, на которых размещен материал, своевременно принял необходимые и достаточные меры для прекращения нарушения.

Для третьего вида информационных посредников – лиц, предоставляющих возможность доступа к материалу или информации, необходимой для его получения, – специальных критериев ответственности не установлено. Исходя из этого, возникает неопределенность в том, какие критерии

должно соблюдать лицо, осуществляющее деятельность третьего вида информационных посредников, для освобождения от ответственности.

Так А. И. Савельев указывает: «с учетом близости процессов размещения и предоставления доступа к информации по общему правилу к ним могут применяться по аналогии закона те же положения, что и для информационных посредников, обеспечивающих размещение информации в сети Интернет (п. 3 ст. 1253.1 ГК РФ)»²⁰.

Другие считают, что информационные посредники третьего вида несут ответственность только на основании п. 1 ст. 1253 ГК РФ: «...в данной статье отсутствует и указание на специальные условия привлечения к ответственности, что означает в соответствии с п. 1 ст. 1253.1 ГК РФ, что такое лицо может быть привлечено к ответственности за нарушение интеллектуальных прав лишь при наличии вины»²¹, «очевидно, что п. п. 2 и 3 применяться к нему не могут, так как они ориентированы на конкретные виды информационных посредников, остается п. 1. А это значит, что такой информационный посредник будет отвечать лишь при наличии вины»²².

Представляется, что для разграничения лиц, осуществляющих деятельность информационного посредника, в зависимости от видов деятельности следует руководствоваться не столько описанием самой деятельности, сколько предусмотренными критериями ответственности и тем, может ли теоретически информационный посредник их соблюсти или нарушить.

Так, потенциально внести изменения в передаваемую информацию может только тот, под чьим контролем находятся оборудование или программное обеспечение, осуществляющие передачу информации, – например, оператор связи в процессе его основной деятельности или организатор сервиса обмена мгновенными сообщениями в рамках предоставления другим лицам программного обеспечения для обмена сообщениями. Лица, не имеющие такого контроля, не могут быть отнесены к первому виду информационных посредников.

Применительно ко второму виду информационных посредников предусмотрена их обязанность совершить по требованию правообладателя все необходимые и достаточные действия для прекращения нарушения, располагая лишь указанием на страницу сайта, где неправомерно размещен материал, или сетевым адресом. Соответственно ответственность в качестве

²⁰ Савельев А. И. Критерии наличия действительного и предполагаемого знания как условия привлечения к ответственности информационного посредника // Закон. 2015. № 11. С. 48–60.

²¹ См.: Право интеллектуальной собственности: учебник / под общ. ред. Л. А. Новоселовой. Т. 1: Общие положения.

²² См.: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (части четвертой): в 2 т. (постатейный) / отв. ред. Л. А. Трахтенгерц. 2-е изд. М.: ИНФРА-М. 2016. Т. 1.

второго вида информационных посредников не могут нести лица, которые не имеют возможности прекратить нарушение. Как указывает А. П. Рабец, «критерием, свидетельствующим о достаточности мер, предпринимаемых информационным посредником, будет являться то обстоятельство, что указанные меры полностью пресекают действия, нарушающие интеллектуальные права или создающие угрозу их нарушения в результате размещения материалов в сети Интернет»²³.

Исходя из этого, ответственность в качестве этого вида информационного посредника может нести, например, провайдер хостинга в рамках предоставления оборудования для хранения информационного материала, – поскольку он может по адресу сайта или сетевому адресу определить конкретное оборудование (сервер), на котором хранится материал, и принять меры к его отключению от сети.

И при этом не может нести ответственность как информационный посредник второго вида оператор поисковой системы применительно к предоставлению гиперссылок на материал или регистратор доменных имен применительно к деятельности по делегированию доменного имени сайта, на котором неправомерно размещен материал, – поскольку даже если оператор поисковой системы удалит гиперссылку из поисковой выдачи, а регистратор прекратит делегирование доменного имени, материал все равно останется доступен по сетевому адресу и нарушение все равно не прекратится. Аналогичную позицию в отношении регистраторов доменных имен высказывает С. А. Копылов²⁴.

Что касается третьего вида информационных посредников, – к ним относятся лица, которые в рамках их деятельности делают доступным конкретный материал либо предоставляют информацию для получения материала, но при этом такой доступ в результате передачи материала не возникает, и у данного лица нет контроля над оборудованием и программным обеспечением, с помощью которого осуществляется передача материала (первый вид информационных посредников), или в результате размещения материала и при этом у такого лица нет возможности полностью прекратить нарушение (второй вид информационных посредников). Соответственно к названным лицам, по мнению автора, как раз можно отнести операторов поисковых систем в рамках их основной деятельности, – поскольку они предоставляют информацию (гиперссылку), делающую материал доступным. К ним при этом нельзя отнести лиц, которые делают воз-

²³ Протокол № 10 заседания рабочей группы Научно-консультативного совета при Суде по интеллектуальным правам от 22 апреля 2015 г.

²⁴ Протокол № 16 заседания Научно-консультативного совета при Суде по интеллектуальным правам от 28 апреля 2017 г.

возможным доступ к материалам в Интернете в целом, но не к конкретному материалу. Например, к информационным посредникам третьего типа не должны относиться разработчик веб-браузера, производитель смартфона или поставщик электроэнергии.

Следует отметить, что в отношении информационных посредников третьего вида ГК РФ не предусматривает обязанности ограничивать доступ к материалам на основании внесудебного обращения правообладателя. При этом к таким лицам могут быть предъявлены в общем порядке требования о защите интеллектуальных прав, не связанные с применением мер гражданско-правовой ответственности, – на основании п. 4 ст. 1253.1 ГК РФ.

4. НАЛИЧИЕ ВИНЫ КАК УСЛОВИЕ ДЛЯ ПРИВЛЕЧЕНИЯ ИНФОРМАЦИОННЫХ ПОСРЕДНИКОВ К ОТВЕТСТВЕННОСТИ

В соответствии с п. 1 ст. 1253.1 ГК РФ лица, осуществляющие определенную в статье деятельность информационного посредника, несут ответственность за нарушение интеллектуальных прав в сети на общих основаниях, предусмотренных ГК РФ, при наличии вины с учетом особенностей, установленных п. 2 и 3 этой статьи.

Как указано в п. 3 ст. 1250 ГК РФ, привлечение к ответственности за нарушение интеллектуальных прав в принципе допускается по общему правилу при наличии вины, а в отношении лиц, осуществляющих предпринимательскую деятельность, – независимо от вины, если иное не определено иными нормами ГК РФ. В абз. 1 п. 77 Постановления Пленума ВС РФ от 23 апреля 2019 г. № 10 указано, что особенности ответственности информационного посредника, закрепленные в ст. 1253.1 ГК РФ, как раз и являются одним из исключений из правил, предусмотренных п. 3 ст. 1250 ГК РФ. Ответственность информационных посредников наступает при наличии вины – даже в отношении нарушений, совершенных в ходе осуществления предпринимательской деятельности.

С учетом указанных разъяснений ВС РФ и формулировки п. 1 ст. 1253.1 ГК РФ возникает вопрос о соотношении условия о вине информационного посредника с установленными в п. 2 и п. 3 критериями ответственности.

С одной стороны, указание на то, что информационный посредник несет ответственность на общих основаниях предполагает – с учетом положений п. 1 ст. 1229 ГК РФ – совершение самим информационным посредником действий по использованию объектов интеллектуальной собственности. В этом случае теоретически информационный посредник, не совершивший непосредственно действия, составляющие нарушение, не несет ответственности даже в случае несоблюдения требований,

предусмотренных п. 2 или п. 3 указанной статьи, поскольку вина в его собственных действиях отсутствует. Иными словами, для привлечения к ответственности необходимо одновременное соблюдение условия о совершении нарушения и наличии вины, предусмотренного п. 1 ст. 1229 и критериев ответственности, закрепленных п. 2 или п. 3.

Данной позиции придерживается, например, Л. В. Кузнецова: рассматривая вопрос о привлечении к ответственности в качестве информационных посредников агрегаторов интернет-коммерции, она указывает, что агрегатор может нести ответственность за размещение такой информации исключительно при наличии вины, а также при одновременном соблюдении иных условий, предусмотренных ст. 1253.1 ГК РФ, в частности, если он являлся инициатором такого размещения, изменял соответствующий материал, знал или должен был знать о его противоправном характере²⁵.

Однако в таком случае получается, что информационный посредник освобождается от ответственности, если он выполнил критерии, содержащиеся в п. 2 и п. 3 ст. 1253.1 ГК РФ, даже если он при этом умышленно своими собственными действиями непосредственно совершил нарушение. Такой вывод в принципе не соответствует природе ответственности за нарушение исключительного права, выраженной, в частности, в п. 1 ст. 1229 ГК РФ. Никто не может использовать ОИС без согласия правообладателя или без прямо предусмотренных законом условий для свободного использования.

С другой стороны – соотношение условия о наличии вины и критерии ответственности информационных посредников, предусмотренные п. 2 и п. 3 ст. 1253.1, можно рассматривать в качестве альтернативных. То есть информационный посредник несет ответственность либо на общих основаниях в случае совершения нарушения, но только при наличии вины, даже если он осуществляет предпринимательскую деятельность. Либо информационный посредник несет ответственность независимо от наличия или отсутствия вины, когда он не соблюдает соответствующие его деятельности критерии привлечения к ответственности, – даже если информационный посредник не ведет предпринимательскую деятельность. Данную позицию описывает, в частности, В. О. Калятин, указывая, что «безвиновная» ответственность при несоответствии критериям освобождения от ответственности информационного посредника распространяется в том числе и на рядовых пользователей сети – физических лиц²⁶.

²⁵ Кузнецова Л. В. Вопросы гражданско-правовой ответственности агрегаторов электронной коммерции. / E-commerce и взаимосвязанные области (правовое регулирование): сборник статей / рук. авт. кол. и отв. ред. М. А. Рожкова. М.: Статут. 2019.

²⁶ Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации (поста-

В рамках обсуждения условия о наличии вины информационных посредников на заседании Научно-консультативного совета Суда по интеллектуальным правам, В. О. Калятин указал: «в пункте 1 статьи 1253.1 ГК РФ говорится про вину в общем плане ... далее следуют пункты 2 и 3, в которых, по сути, речь идет о безвиновной ответственности». Таким образом, по мнению В. О. Калятина «информационный посредник в пунктах 2 и 3 статьи 1253.1 ГК РФ всегда несет ответственность, за исключением тех случаев, которые перечислены в данных пунктах»²⁷.

Если принять эту позицию, то получается объяснить необходимость критериев ответственности информационного посредника, предусмотренных п. 2 и п. 3 ст. 1253.1 ГК РФ. Однако в таком случае получается, что информационный посредник несет ответственность за нарушение, совершенное другим лицом, а не за собственные действия. Такой подход противоречит приведенной позиции КС, в соответствии с которой лицо, оказывающее лишь технические интернет-услуги, не может нести ответственность за действия, совершенные другим лицом. Кроме того, неясно, чем деятельность информационного посредника настолько опасна, чтобы распространить безвиновную ответственность на любых лиц, даже на тех, кто предпринимательскую деятельность не ведет.

Представляется правильным следующий способ толкования норм п. 1 ст. 1253.1 ГК РФ в соотношении с критериями ответственности информационных посредников, изложенных в п. 2 и п. 3 ст. 1253.1 ГК РФ.

Положения п. 1 ст. 1253.1 ГК РФ предусматривают условия ответственности лиц, осуществляющих деятельность информационного посредника, за нарушения в сфере интеллектуальной собственности. Информационные посредники несут ответственность в общем порядке, то есть только за собственные нарушения. Суд при этом может установить, как и в ситуациях, не связанных с деятельностью информационного посредника, совершение информационным посредником действий, составляющих нарушение, совместно с его пользователем или прийти к выводу, что информационный посредник действовал по поручению или заданию его пользователя.

При этом за нарушения в сфере интеллектуальной собственности информационный посредник отвечает только при наличии вины (умысла или неосторожности), даже если он осуществляет предпринимательскую деятельность.

тейный) / Отв. ред. Е. А. Павлова. М.: ИЦЧП им. С. С. Алексеева при Президента РФ. 2018. С. 177–178.

²⁷ Протокол № 16 заседания Научно-консультативного совета при Суде по интеллектуальным правам от 28 апреля 2017 г.

Положения п. 2 и п. 3, содержащие критерии ответственности информационных посредников, в свою очередь, предусматривают особый *sui generis* состав правонарушения информационного посредника. Информационный посредник, не отвечающий критериям ответственности, несет ответственность перед правообладателем, – но не за нарушение в сфере интеллектуальной собственности, то есть не за незаконное использование объекта интеллектуальной собственности, исключительное право на который принадлежит правообладателю. Его ответственность наступает за то, что он не выполнил возложенные на него законом обязанности информационного посредника, вне связи с нарушением.

Данной позиции придерживается, в частности, В. С. Гербутов – по его мнению, «ответственность информационных посредников состоит не в том, что они непосредственно, своей волей, размещают те или иные противоправные материалы, а в том, что они виновно создают условия для нарушения интеллектуальных прав третьих лиц»²⁸. О. Н. Фомина также указывает, что «посредник отвечает не за использование чужого объекта интеллектуальной собственности и нарушение интеллектуальных прав, а за то, что своими виновными действиями (или скорее бездействием) допускает такое нарушение другими»²⁹.

Условия привлечения информационного посредника к ответственности на основании п. 2 или п. 3 ст. 1253.1 ГК РФ в таком случае определяются на общих основаниях, то есть при наличии вины, а для лиц, осуществляющих предпринимательскую деятельность, – независимо от вины. Кроме того, такая ответственность все равно наступает только по иску заинтересованного лица – правообладателя, имеющего законный интерес в предъявлении требований в виде нарушенного исключительного права.

Но при этом привлечение к данной ответственности не должно, например, давать право на предъявление регрессных требований к нарушителю, предусмотренное п. 4 ст. 1250 ГК РФ, – поскольку информационный посредник несет ответственность за его собственные действия, не составляющие нарушение исключительного права. По этой же причине информационный посредник, привлеченный к ответственности на основании п. 2 или п. 3 ст. 1253.1 ГК РФ, и непосредственный нарушитель не должны нести солидарную ответственность на основании п. 6.1 ст. 1252 ГК РФ – они совершают разные действия с разными критериями для привлечения к ответственности.

²⁸ Протокол № 10 заседания рабочей группы Научно-консультативного совета при Суде по интеллектуальным правам от 22 апреля 2015 г.

²⁹ Фомина О. Н. Правовая природа ответственности информационного посредника // Гражданское право. 2022. № 2. С. 33–36.

В рамках приведенного подхода положения ст. 1253.1 ГК РФ соответствуют общим условиям привлечения к гражданско-правовой ответственности (только за собственные действия), а также изложенной позиции КС РФ, согласно которой лица, оказывающие технические интернет-услуги, не несут ответственности за непосредственно распространение информации.

Данный метод толкования положений ст. 1253.1 ГК РФ находит косвенное отражение и в судебной практике. Так, СИП, рассматривая вопрос о возможности взыскания убытков (в виде выплаченной правообладателю компенсации) по иску информационного посредника (хостинг-провайдера) к непосредственным нарушителям, поддержал вывод нижестоящих судов о том, что информационный посредник не имеет права на взыскание убытков в такой ситуации, поскольку «именно неправомерное бездействие ... по пресечению нарушений исключительных прав на объекты авторских прав и товарные знаки, а не само по себе размещение на сайтах в информационно-коммуникационной сети Интернет объектов интеллектуальной собственности ... явилось причиной привлечения общества к гражданско-правовой ответственности и несения им убытков»³⁰.

Таким образом, СИП также пришел к выводу, что информационный посредник, не исполняющий требования п. 2 или п. 3 ст. 1253.1 ГК РФ, совершает самостоятельное нарушение, вне связи с нарушением исключительного права.

Следует в том числе отметить, что коль скоро информационный посредник, не соблюдая требования п. 2 или п. 3 ст. 1253.1 ГК РФ, совершает собственное нарушение, не связанное с нарушением исключительного права, и для определения размера компенсации в отношении информационного посредника должны использоваться не критерии, связанные с нарушением исключительного права, а те, которые касаются деятельности информационного посредника.

Неисчерпывающий перечень критериев, которые учитываются при определении размера компенсации, взыскиваемой за нарушение исключительного права, приводится, например, ВС РФ: «обстоятельства, связанные с объектом нарушенных прав (например, его известность публике), характер допущенного нарушения (в частности, размещен ли товарный знак на товаре самим правообладателем или третьими лицами без его согласия, осуществлено ли воспроизведение экземпляра самим правообладателем или третьими лицами и т. п.), срок незаконного использования результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации,

³⁰ Постановление СИП от 18 октября 2022 г. № С01-1916/2022 по делу № А40-217487/2021.

наличие и степень вины нарушителя (в том числе носило ли нарушение грубый характер, допускалось ли оно неоднократно), вероятные имущественные потери правообладателя, являлось ли использование результатов интеллектуальной деятельности или средств индивидуализации, права на которые принадлежат другим лицам, существенной частью хозяйственной деятельности нарушителя...» (абз. 4 п. 62 Постановления Пленума ВС РФ от 23 апреля 2019 г. № 10).

Однако эти критерии имеют мало общего с деятельностью информационного посредника. Если остановиться на том, что информационный посредник несет ответственность не за нарушение исключительного права, а за собственные действия или бездействие, создающие условия для нарушения, то можно прийти к выводу, что при определении размера компенсации суд должен опираться на иные ориентиры. Например, могут использоваться приведенные критерии, сформулированные ВАС РФ, в том числе факт получения прибыли и ее объем, степень вовлечения информационного посредника в деятельность нарушителя, условия пользовательского соглашения, применение специальных технических мер, направленных на пресечение нарушения. По сути перечисленные критерии позволяют определить степень вины информационного посредника, которая учитывается при определении суммы компенсации, даже если сама ответственность наступает независимо от вины.

С учетом предложенного подхода можно разрешить и неопределенность, связанную с ответственностью информационных посредников, предоставляющих возможность доступа к материалу в сети или информации, необходимой для его получения. В соответствии с п. 5 ст. 1253.1 ГК РФ на таких лиц распространяются режим информационного посредника в целом, однако для них не предусмотрено специальных критериев ответственности, аналогичных тем, которые содержатся в п. 2 и п. 3 ст. 1253.1 ГК РФ.

Исходя из изложенного, можно сделать вывод, что лица, предоставляющие возможность доступа в сети к материалу /информации, необходимой для получения доступа к материалу в сети, не несут специальной ответственности информационного посредника за создание условий для совершения нарушения. Такие лица могут быть привлечены к ответственности только в общем порядке – за самостоятельно или совместно совершенное нарушение исключительного права – и только при наличии вины, даже если эти лица осуществляют предпринимательскую деятельность.

ВЫВОДЫ

Наиболее часто встречающаяся в доктрине и научных дискуссиях характеристика положений ст. 1253.1 ГК РФ – то, что они не являются в достаточной степени определенными и нуждаются в доработке. Положения указанной статьи, по всей видимости, были сформулированы весьма широко для того, чтобы быть примененными судом независимо от специфики деятельности тех или иных субъектов в сети или уровня развития и разнообразия технологий. Однако сформулированные таким образом положения даже не всегда позволяют однозначно определить, на кого именно распространяется режим информационного посредника и в каких случаях информационного посредника можно привлечь к ответственности.

Представляется правильным разделять непосредственно нарушение исключительного права и нарушение требований к информационному посреднику, предусмотренных в п. 2 и п. 3 ст. 1251.1 ГК РФ. В первом случае информационный посредник должен нести ответственность, только если он непосредственно вовлечен в нарушение и лишь при наличии вины. Во втором – информационный посредник несет ответственность именно за несоблюдение им самим требований закона – вне связи с нарушением прав на объект интеллектуальной собственности.

Р. Л. Лукьянов

ОГРАНИЧЕНИЕ ДОСТУПА К ИНФОРМАЦИОННЫМ РЕСУРСАМ КАК СПОСОБ ЗАЩИТЫ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНЫХ ПРАВ

Термины «блокировка пиратского сайта» или «блокировка пиратского контента» благодаря средствам массовой информации сегодня стали привычными далеко за пределами юридического сообщества. Например, решение Московского городского суда о блокировке популярного торрент-трекера RuTracker¹ до сих пор является информационным поводом для российских и зарубежных порталов. В то же время, как показывает практика, существо таких «блокировок», равно как и процедуру их реализации, их телеологическое значение, понимают даже не все юристы, не говоря об обычных пользователях и администраторах информационных ресурсов.

Используя терминологию законодателя, под блокировкой сайта (или иного информационного ресурса) понимается ограничение доступа к нему. Данный юридический механизм впервые появился в российском законодательстве с принятием Федерального закона от 2 июля 2013 г. № 187-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросам защиты интеллектуальных прав в информационно-коммуникационных сетях», внесшего (применительно к блокировкам) поправки в ГПК РФ и в Закон об информации.

Изначально механизм блокировок был доступен только правообладателям фильмов и не предполагал постоянного ограничения доступа к сайтам и иным информационным ресурсам. При этом с процессуальной точки зрения были установлены следующие фундаментальные правила реализации ограничения доступа: иски об ограничении доступа к сайтам с «пиратским» контентом следовало подавать в Мосгорсуд (исключительная компетенция); иску в обязательном порядке должно было предшествовать принятие Мосгорсудом определения о предварительных обеспечительных мерах. За исполнение судебных актов Мосгорсуда по данной категории споров ответственным органом государственной власти была назначена федеральная служба по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций (Роскомнадзор).

С принятием Федерального закона от 24 ноября 2014 г. № 364-ФЗ «блокировки» стали доступны правообладателям всех объектов авторского права и смежных прав, кроме фотографических произведений и произ-

¹ Решение Мосгосуда от 4 декабря 2015 г. по делу № 3-726/2015.

ведений, полученных способами, аналогичными фотографии. Этим Федеральным законом также введена процедура постоянного ограничения доступа к сайтам в сети Интернет, на которых неоднократно и неправомерно размещалась информация, содержащая объекты авторских и (или) смежных прав, или информация, необходимая для их получения с использованием информационно-телекоммуникационных сетей, в том числе сети Интернет. На практике это означает следующее. Если один и тот же правообладатель обращается в Мосгорсуд в отношении одного и того же сайта второй раз, имея на руках вступившее в законную силу решение Мосгорсуда по первому иску, доступ к такому сайту ограничивается на постоянной основе. При этом контент, в отношении которого подается второй иск, а также ответчик по такому иску могут не совпадать с контентом и ответчиками в первом деле.

1 июля 2017 г. был принят Федеральный закон № 156-ФЗ, дополнивший механизм блокировок новой процедурой: ограничением доступа к копиям заблокированных сайтов (так называемым «зеркалам»). Необходимость этой дополнительной процедуры была обусловлена тем, что даже несмотря на возможность постоянного ограничения доступа к «пиратскому» сайту, администраторы таких сайтов очень быстро запускали их на новых доменных именах, изменяя различные атрибуты (дизайн, контакты и т. д.). Причем скорость, с которой принимался судебный акт в отношении сайта и создание его копии, были абсолютно несопоставимы в пользу администраторов «пиратских» сайтов. Комментируемая процедура также предполагает юрисдикционный характер, но не судебный. Заявление об ограничении доступа к копии заблокированного сайта подается в Министерство цифрового развития, связи и массовых коммуникаций РФ, а решение по нему Министерство должно было принять в течение суток. Исполнение этого решения, как в случае с судебным ограничением доступа к «пиратскому» сайту, возложено на Роскомнадзор. Важно отметить, что ограничение доступа к копиям заблокированных сайтов по новой процедуре предполагает постоянный характер. Критерии, подлежащие учету при квалификации сайта в качестве копии заблокированного сайта, установлены Правилами принятия мотивированного решения о признании сайта в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» копией заблокированного сайта, утвержденными постановлением Правительства РФ от 7 октября 2017 г. № 1225. Федеральный закон № 156-ФЗ также возложил на операторов поисковых систем обязанность исключать из поисковой выдачи ссылки на сайты, заблокированные на постоянной основе (включая копии заблокированных сайтов).

Федеральным законом от 8 июня 2020 г. № 177-ФЗ механизм блокировок был распространен на программные приложения (включая мобильные приложения). Необходимость в новых поправках была обусловлена двумя обстоятельствами: тенденцией развития интернет-сервисов, не имеющих сайтов (мобильные, десктопные приложения и т. д.) и спецификой терминологического аппарата Закона об информации, который не учитывал особенности этой тенденции. Примечательно, что в отношении программных приложений законодатель не допустил постоянного ограничения доступа и как следствие – процедуры ограничения доступа к копиям программных приложений.

Представленная краткая хронология развития процедуры блокировки «пиратских» информационных ресурсов позволяет сделать несколько выводов. С одной стороны, активность законодателя по развитию регулирования обсуждаемого механизма свидетельствует о том, что она несовершенна и требует корректировки. Этот тезис является справедливым по-прежнему, сейчас существуют как минимум два законопроекта, направленные на развитие этого института: это Проект федерального закона № 1193590-7², который призван расширить и детализировать процедуру исключения из поисковой выдачи ссылок на «пиратские» ресурсы, и разработанный Министерством экономического развития РФ Проект федерального закона об ответственности за неправомерную блокировку контента в сети Интернет³. С другой стороны – хронология также иллюстрирует востребованность механизма блокировки среди правообладателей, поскольку все законодательные доработки осуществлялись на основе правоприменительной практики. Так, в 2021 г. Роскомнадзор ограничил доступ на постоянной основе к 59 000 «пиратских» ресурсов (в 2020 г. этот показатель был равен 30 000)⁴.

Востребованность блокировок у правообладателей связана с несколькими особенностями данного института. Во-первых, по сравнению с иными юрисдикционными процедурами даже судебная блокировка может быть реализована довольно быстро. Первый ее этап – предварительные обеспечительные меры – позволят за четыре рабочих дня (на практике этот срок может составлять более продолжительный период времени) обеспечить ограничение доступа к «пиратскому» контенту в сети Интернет. Оперативность является важным критерием для правообладателей, желающих обеспечить защиту новому контенту (например, кинопремьерам).

² URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/1193590-7>

³ URL: <https://regulation.gov.ru/projects#StartDate=1.7.2022&departments=6&npa=129830>

⁴ URL: <https://www.kommersant.ru/doc/5206250>

Во-вторых, отсутствием необходимости вкладывать существенные ресурсы, по крайней мере, на первом этапе процедуры, которая не предполагает даже уплаты госпошлин. В-третьих, возможность масштабировать эффект блокировки благодаря административной процедуре ограничения доступа к копиям заблокированных сайтов. В-четвертых, наличие исключительной компетенции по данной категории споров у российского суда. На практике это позволяет инициировать производство по иску правообладателя независимо от наличия иностранного элемента в споре (в том числе и такого, который в иных случаях искового производства исключал бы компетенцию российского суда). Наконец, в-пятых, это широкие возможности и выбору ответчика.

Последняя особенность вытекает из характера ограничения доступа к информационному ресурсу как способа защиты. С точки зрения ст. 1252 ГК РФ ограничение доступа к информационному ресурсу квалифицируется судами как разновидность требования о пресечении действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения (подп. 2 п. 1 ст. 1252 ГК РФ). Согласно указанной норме пресекающее требование может быть предъявлено к лицу, совершающему такие действия или осуществляющему необходимые приготовления к ним, а также к иным лицам, которые могут пресечь такие действия. В контексте блокировок это означает, что пресекающие иски могут быть предъявлены не только непосредственно к владельцу информационного ресурса, которого зачастую невозможно или крайне сложно установить, но и к иным субъектам (провайдеры хостинга, операторы связи и т. д.).

Несмотря на кажущуюся однотипность споров об ограничении доступа к информационным ресурсам, среди них периодически встречаются нестандартные дела, которые позволяют институту блокировок развиваться не только на законодательном уровне, но и на уровне судебного правоприменения. Рассмотрим некоторые такие дела.

Летом 2020 г. Мосгорсуд рассматривал иск ООО «ОНТАРГЕТ» к *Google LLC*. Основанием для иска послужил факт размещения на видеохостинге Youtube пяти образовательных видеороликов, исключительные права на которые принадлежали истцу. Это был второй иск ООО «ОНТАРГЕТ» к *Google LLC*, что формально позволяло истцу требовать постоянной блокировки видеохостинга. Истец этим правом воспользовался. Фактически дело носило прецедентный характер: впервые правообладатель требовал постоянной блокировки столь крупного информационного ресурса.

Решением от 23 июля 2020 г. Мосгорсуд отказал в удовлетворении требования о постоянной блокировке⁵. Свою позицию суд мотивировал следующим: спорное произведение было размещено на конкретной странице сайта; ответчик не создавал условия для неправомерно использования произведения на других страницах сайта; сайт относится к числу «легальных контентов»; программно-аппаратный комплекс видеохостинга предусматривает специальные административные интерфейсы для блокировки доступа к контенту через публичные ссылки и форму коммуникаций с правообладателями; специальные административные программы позволяют ответчику заблокировать публичные ссылки на нелегальный контент; истец не обращался к ответчику в досудебном порядке; решение по первому делу было исполнено ответчиком; мера ответственности (требование истца о постоянной блокировке) не соразмерна допущенному нарушению исключительных прав истца на спорное произведение⁶.

Данное решение породило в профессиональном юридическом сообществе дискуссию. С одной стороны, все те обстоятельства, которыми суд обосновывал свое решение об отказе в постоянном ограничении доступа к видеохостингу Youtube, не предусмотрены законодательством как обязательные для удовлетворения такого искового требования. По смыслу ч. 3 ст. 26 ГПК РФ условиями для удовлетворения требования о постоянной блокировке являются: неоднократность неправомерного размещения произведения на сайте; в момент обращения в Мосгорсуд с иском о постоянной блокировке сайта имеется вступившее в силу решение Мосгорсуда, вынесенное этим же судом в пользу этого же истца по другому делу о защите авторских и (или) смежных прав в информационно-телекоммуникационных сетях. В рассматриваемом деле указанные условия правообладателем были соблюдены.

С другой – тезис суда о несоразмерности заявленного требования вряд ли у кого-то может вызвать сомнение в его справедливости. Действительно, ограничение доступа на постоянной основе к информационному ресурсу, когда из нескольких миллионов видеороликов пять размещены на нем неправомерно, представляется чрезмерным.

В рассматриваемом споре суд оказался в сложной ситуации, когда прямое следование положениям ч. 3 ст. 26 ГПК РФ приводит к несправедливому решению. Если попытаться кратко сформулировать ключевой вопрос данной ситуации, то он, вероятно, должен звучать следующим образом:

⁵ Решение Мосгорсуда от 23 июля 2020 г. по делу № 3-200/2020.

⁶ Идентичная мотивировка использовалась Первым апелляционным судом общей юрисдикции в определении от 22 июня 2022 г. по делу № 66-1833/2022.

вправе ли суд при наличии указанных ч. 3 ст. 26 ГПК РФ условий отказать в требовании о постоянной блокировке и, если да, то каким образом это можно обосновать нормативно?

Среди практикующих юристов сложилось мнение, что наличие предусмотренных ч. 3 ст. 26 ГПК РФ условий непременно должно приводить к постоянной блокировке информационного ресурса. Определенная часть юридического сообщества критикует сам институт блокировки в том числе и за это. Указанное мнение не в полной мере соответствует действительности. Как следует из комментируемой нормы, Мосгорсуд, установив описанные в ней обстоятельства, разрешает вопрос о постоянном ограничении доступа к сайту в сети Интернет. Термин «разрешает» вовсе не означает, что суд непременно должен принять решение в пользу истца. Разрешение предполагает совершение судом действий, направленных на исследование и анализ обстоятельств спора, по итогу которых суд должен принять обоснованное решение, которое в том числе соответствует требованиям процессуального законодательства.

По смыслу ч. 1 ст. 195 ГПК РФ решение суда должно быть законным и обоснованным. Обе эти характеристики раскрываются подробнее в Постановлении Пленума ВС РФ от 19 декабря 2003 г. № 23 «О судебном решении». Так, в соответствии с п. 2 указанного Постановления решение является законным в том случае, когда оно принято при точном соблюдении норм процессуального права и в полном соответствии с нормами материального права, которые подлежат применению к данному правоотношению, или основано на применении в необходимых случаях аналогии закона или аналогии права. Согласно п. 3 того же Постановления решение является обоснованным тогда, когда имеющие значение для дела факты подтверждены исследованными судом доказательствами, удовлетворяющими требованиям закона об их относимости и допустимости, или обстоятельствами, не нуждающимися в доказывании, а также тогда, когда оно содержит исчерпывающие выводы суда, вытекающие из установленных фактов.

Применительно к законности решения в контексте споров о постоянной блокировке информационных ресурсов справедливо сделать следующий вывод: в современном российском законодательстве нет нормативно закрепленных критериев, которыми суд однозначно может руководствоваться при разрешении данного вопроса. В упомянутой ч. 3 ст. 26 ГПК РФ сформулированы лишь обстоятельства, при наличии которых суд должен этот вопрос рассмотреть. Из этого в свою очередь следует другой вывод: разрешая материально-правовое требование о постоянной блокировке информационного ресурса, суд должен применить общие материально-

правовые нормы, аналогию закона и (или) аналогию права. Этот вывод вытекает из содержания ч. 4 ст. 1 ГПК РФ, ст. 6 ГК РФ и п. 2 Постановления Пленума ВС РФ от 19 декабря 2003 г. № 23.

Так, в комментируемом споре суд мог использовать в качестве материально-правового обоснования норму п. 1 ст. 10 ГК РФ, согласно которой не допускается осуществление гражданских прав исключительно с намерением причинить вред другому лицу, действия в обход закона с противоправной целью, а также иное заведомо недобросовестное осуществление гражданских прав (злоупотребление правом). Несмотря на вполне универсальный характер ст. 10 ГК РФ, справедливо все же отметить, что в контексте рассматриваемого дела ее применение может выглядеть неочевидным: в конце концов истец требование о постоянной блокировке формулировал с целью защитить его исключительные права. Возникает, однако, вопрос: насколько добросовестным применительно к обстоятельствам спора было именно такое требование.

Так, в соответствии с Определением ВС РФ от 4 декабря 2015 г. № 303-ЭС15-15181 злоупотребление правом должно сопровождаться нарушением прав и законных интересов других лиц. В Определении ВС РФ от 2 октября 2015 г. № 310-ЭС15-11445 по делу № А48-2255/2014 под злоупотреблением правом понимается умышленное поведение лица, управомоченного осуществлять принадлежащее ему гражданское право, сопряженное с нарушением установленных в ст. 10 ГК РФ пределов осуществления гражданских прав, причиняющим вред третьим лицам или создающим условия для наступления вреда. Видеохостинг Youtube используется в России не только миллионами граждан, но и многими коммерческими организациями и даже органами государственной власти. Безусловно, в случае постоянной блокировки видеохостинга их права были бы затронуты решением по частному спору между двумя хозяйствующими субъектами в негативном ключе. Потенциально такое положение вещей может свидетельствовать о злоупотреблении в споре между ООО «ОНТАРГЕТ» и Google LLC.

Суд мог применить по аналогии ст. 14 ГК РФ – в той части, где содержится прямое указание на необходимость соблюдения соразмерности способов самозащиты нарушению. Фактически суд упомянул в решении критерий соразмерности, но не обосновал его нормативно.

По аналогии также могли бы быть применены судом положения п. 1 ст. 1302 ГК РФ, согласно которым суд вправе принять соразмерные объему и характеру правонарушения обеспечительные меры, направленные на пресечение неправомерного использования произведений в информационно-телекоммуникационных сетях, в частности, на ограничение доступа

материалам, содержащим незаконно используемые произведения. Совершенно очевидно, что критерий соразмерности должен учитываться не только на стадии обеспечительных мер, но и на стадии назначения санкции.

Не стоит исключать и возможность применения по аналогии положений подп. 3 п. 3 ст. 61 ГК РФ с учетом положений п. 28 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации». Согласно подп. 3 п. 3 ст. 61 ГК РФ юридическое лицо ликвидируется по решению суда по иску государственного органа или органа местного самоуправления, которым право на предъявление требования о ликвидации юридического лица предоставлено законом, в случае осуществления юридическим лицом деятельности, запрещенной законом, либо с нарушением Конституции РФ, либо с другими неоднократными или грубыми нарушениями закона или иных правовых актов. В соответствии с п. 28 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23 июня 2015 г. № 25 неоднократность нарушения законодательства сама по себе не может служить основанием для принятия судом решения о ликвидации юридического лица. Такая исключительная мера должна быть соразмерной допущенным юридическим лицом нарушениям и вызванным ими последствиям. Хотя речь в ст. 61 ГК РФ идет о совершенно иной санкции, модель ее применения в истолковании ВС РФ очень схожа с вопросом о постоянной блокировке информационного ресурса.

Анализ решения Мосгорсуда по спору между ООО «ОНТАРГЕТ» и Google LLC позволяет сформулировать следующий вывод: оно представляется справедливым, но не вполне точно обоснованным. Кроме того, что решению очевидно не достает нормативного обоснования, оно также формирует базу для правовой неопределенности, что входит в противоречие с некоторыми задачами гражданского судопроизводства, сформулированными в ст. 2 ГПК РФ (например, способствовать укреплению законности и правопорядка, предупреждению правонарушений).

В решении Мосгорсуда по комментируемому делу постоянное ограничение доступа к видеохостингу Youtube квалифицировано как мера ответственности. Соотношение понятий «мера ответственности» и «способ защиты» в гражданско-правовом споре о защите интеллектуальных прав имеет существенное значение. Правильная квалификация может влиять на исход судебного спора. Так, применительно к способам защиты, не являющимся мерой ответственности, отсутствует необходимость исследовать вопрос вины ответчика (п. 5 ст. 1250 ГК РФ, п. 4 ст. 1253.1 ГК РФ), в то время как применение мер ответственности к некоторым субъектам сопряжено с необходимостью установить их вину в совершении вменяемого

правонарушения (п. 3 ст. 1250 ГК РФ, п. 2-5 ст. 1253.1 ГК РФ).

В качестве мер ответственности за нарушение интеллектуальных прав в п. 3 ст. 1250 ГК РФ названы следующие: возмещение убытков и взыскание компенсации за нарушение исключительных прав. В то же время в соответствии с п. 4 ст. 1253.1 ГК РФ требование об ограничении доступа к информации, нарушающей исключительные права, изъято из перечня мер ответственности.

С учетом изложенного представляется, что в комментируемом фрагменте решения Мосгорсуда содержится ошибка. Между тем вопрос о квалификации требования о постоянном ограничении доступа к информационному ресурсу все-таки требует дополнительного анализа.

Н. В. Витрук отмечает, что любые меры юридической ответственности, к которым относятся в том числе меры гражданско-правовой ответственности в сфере интеллектуальной собственности, представляют собой правовую форму государственного принуждения⁷. По мнению Н. В. Витрука, различие мер защиты и мер юридической ответственности состоит в том, что меры защиты используются потерпевшим, права которого нарушены, а меры ответственности – правосстановительной и карательно-штрафной – применяются компетентными юрисдикционными органами и обращены к правонарушителю.

Д. Н. Кархалев называет универсальным критерием для разграничения мер защиты и мер ответственности «наличие внеэквивалентных имущественных лишений, характерных для гражданско-правовой ответственности»⁸.

С точки зрения О. С. Иоффе, меру ответственности от меры защиты отличают последствия: мера ответственности связана с наличием лишений имущественного характера⁹.

Р. Л. Хачатуров указывает, что меры защиты направлены на обеспечение неприкосновенности прав, а юридическая ответственность, кроме того, на предупреждение правонарушений, наказание виновных. Мера юридической ответственности характеризуется наличием закрепленной юридической обязанности правонарушителя претерпеть осуждение и ограничения имущественного или личного неимущественного характера¹⁰.

Из приведенных доктринальных позиций следует, что в действительности постоянное ограничение доступа к информационному ресурсу обладает набором признаков, характерных для меры ответственности. Реше-

⁷ Витрук Н. В. Общая теория юридической ответственности. М., 2008. С. 37.

⁸ Кархалев Д. Н. Соотношение мер защиты и мер ответственности в гражданском праве России: дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург. 2003. С. 8.

⁹ Иоффе О. С. Обязательственное право. М., 1975. С. 95.

¹⁰ Хачатуров Р. Л. Общая теория юридической ответственности. СПб, 2007. С. 123, 143.

ние о постоянном ограничении доступа к информационному ресурсу всегда выражается в решениях компетентных органов или должностных лиц, уполномоченных государством. Такая мера часто может приводить к негативным для правонарушителя последствиям имущественного характера, к внеэквивалентным имущественным лишениям (ограничивается доступ не только к РИД, исключительные права на который принадлежат истцу, но и ко всему информационному ресурсу, который в том числе нередко используется в целях извлечения имущественной выгоды). И хотя действующим законодательством такая мера отнесена к способам защиты, не являющимся мерой ответственности (а в решении Мосгорсуда присутствует формальная ошибка по данному вопросу), этот вопрос, очевидно, требует более глубокого научного исследования и осмысления. В случае, если меры по постоянному ограничению доступа к информационному ресурсу все-таки будут когда-либо отнесены законодателем к мерам ответственности, это приведет к значительному усложнению соответствующей категории споров (необходимость исследовать вопрос вины, невозможность привлекать иных лиц, кроме самого правонарушителя, и др.), что само собой скажется на эффективности защиты интеллектуальных прав в цифровой среде. В то же время, если в результате научных исследований постоянное ограничение доступа к информационному ресурсу будет однозначно квалифицировано в качестве меры ответственности, будет весьма непоследовательным использовать в законодательстве данную меру иначе. В любом случае этот вопрос требует дополнительной проработки со стороны как науки, так и субъектов законодательной инициативы.

Наконец, в рассматриваемом споре Мосгорсуд сформулировал следующий вывод: спорное произведение было размещено на конкретной странице сайта <https://www.youtube.com/watch?v=BBEnD0NNIDs>, ответчик не создавал условия для неправомерно использования произведения на других страницах сайта <https://youtube.com> и данное обстоятельство не доказано истцом в ходе рассмотрения дела, отсутствуют правовые основания для удовлетворения исковых требований о запрете создания технических условий, обеспечивающих размещение, распространение, доступ и любое иное использование спорного произведения на сайте информационно-телекоммуникационной сети Интернет. Иными словами, суд при вынесении решения не только отказал в постоянном ограничении доступа к видеоконтенту Youtube (что представляется верным), но также ограничил запрет на размещение спорных произведений по конкретным ссылкам, но не на сайте в целом. В этой части решение суда представляется небесспорным.

Вопрос о соотношении запрета неправомерно размещать произведения на сайте в целом или на конкретной странице сайта в российской

судебной практике существует довольно давно. Возникает он, как правило, в спорах с владельцами таких информационных ресурсов, которые могут наполняться материалами в результате действий третьих лиц, то есть с владельцами, обладающими признаками информационного посредника.

С учетом современного развития информационных технологий запрет неправомерно размещать и иным образом использовать объекты авторского права и (или) смежных прав такому информационному посреднику только на конкретных страницах сайта является крайне неэффективным и зачастую практически лишенным какого-либо правосстановительного и тем более превентивного воздействия. Данный подход приводит к тому, что еще во время спора или сразу после его завершения спорный контент может появиться на сайте по другой ссылке и это никаким образом не будет противоречить решению суда. При этом для правообладателя нарушение фактически не будет устранено, а для нарушителя не возникнет никаких препятствий для извлечения из такого повторного размещения прямых или косвенных выгод (прямое или опосредованное извлечение прибыли, сохранение привлекательности информационного ресурса для пользователей и т. д.).

Президиум ВАС РФ еще в постановлении от 1 ноября 2011 г. № 6672/11 сформулировал правовую позицию, согласно которой, рассматривая дело о защите исключительных прав по иску к информационному посреднику¹¹, суды должны учитывать в том числе «наличие специальных эффективных программ, позволяющих предупредить, отследить или удалить размещенные контрафактные произведения». Наличие таких программ предполагает, что последующее появление на сайте произведения, которое стало предметом спора, должно превентивно пресекаться владельцем такого сайта.

В ст. 15.7. Закона об информации, определяющей порядок реализации внесудебных мер по прекращению нарушения авторских и (или) смежных прав в сети Интернет, предусмотрено, что в заявлении о нарушении авторских и (или) смежных прав владельцу сайта должно содержаться указание на доменное имя и (или) сетевой адрес сайта. Иными словами, действующее законодательство не устанавливает для правообладателя обязанность указывать конкретную ссылку на страницу сайта, на которой непосредственно размещен спорный материал.

¹¹ По состоянию на 1 ноября 2011 г. термин «информационный посредник» еще не был введен в российское законодательство, однако судебная практика выработала весьма основательные подходы к разрешению вопросов о применении способов защиты и мер ответственности к субъектам, которые традиционно сегодня относятся к информационным посредникам

В сегодняшней судебной практике стремление пресечь нарушение по конкретной ссылке, а не на сайте в целом, часто обуславливается разъяснением п. 57 Постановления Пленума ВС РФ от 23 апреля 2019 г. № 10, в котором сформулирована следующая правовая позиция: требования об общем запрете конкретному лицу в будущем использовать результат интеллектуальной деятельности, например, о запрете размещения информации в сети Интернет, не подлежат удовлетворению. Между тем, в указанном подходе нет ничего, что указывало бы на запрет заявлять пресекательные требования применительно к сайту в целом, а не к конкретной его странице.

Как прямо следует из упомянутого п. 57, содержащаяся в нем правовая позиция детерминирована содержанием абз. 3 п. 1 ст. 1229 ГК РФ. Указанная норма содержит следующее законоположение: другие лица не могут использовать соответствующий результат интеллектуальной деятельности без согласия правообладателя, за исключением случаев, предусмотренных ГК РФ; использование результата интеллектуальной деятельности, если такое использование осуществляется без согласия правообладателя, является незаконным и влечет ответственность, установленную ГК РФ, другими законами, за исключением случаев, когда использование результата интеллектуальной деятельности лицами иными, нежели правообладатель, без его согласия допускается ГК РФ. Применительно к спорам о блокировках «пиратского» контента речь в данной норме идет о случаях свободного использования произведений и объектов смежных прав (правообладатель не может запретить такое использование произведения или объекта смежных прав, которое прямо разрешено ГК РФ, без получения согласия правообладателя).

Технически соблюдение этого пункта судами в спорах о блокировке может быть исполнено с помощью добавления термина «неправомерно» в резолютивной части решения суда перед перечислением тех действий, в отношении которых удовлетворяется пресекательное требование. Само же по себе требование о запрете использования конкретного произведения или объекта смежных прав на конкретном сайте не является общим применительно к правовой позиции ВС РФ. Суть такого требования всегда ограничена лишь сегментом сети Интернет, причем, как правило, весьма небольшим по отношению ко всей сети и – по крайней мере – в случае, если иск предъявлен к владельцу сайта – к сегменту, который контролируется ответчиком, – конкретному сайту или сайтам.

Господствующий в сегодняшней судебной практике подход, когда, как было указано, пресечение распространяется только на одну конкретную ссылку, фактически приводит к кратному понижению защитного эффекта

от судебного решения, к культивации нарушений в цифровой среде, а в совокупности с подходом судов в виде не всегда достаточно обоснованного отказа в постоянной блокировке – к потенциальной утрате институтом блокировки какого-либо правового значения. Это, конечно, не должно означать, что, рассматривая спор об ограничении доступа к информационному ресурсу (в том числе на постоянной основе), суд всегда должен удовлетворять пресекательное требование ко всему сайту или во всех случаях удовлетворять требование истца о постоянной блокировке, если установлены предусмотренные ч. 3 ст. 26 ГПК РФ обстоятельства. Справедливо предположить, что, определяя конкретную санкцию, суд должен на основе представленных в дело доказательств учитывать множество факторов или ориентироваться на общеизвестность соответствующих фактов (материально-правовые требования истца, оценка действий истца и ответчика применительно к ст. 10 ГК РФ, статус ответчика, техническое и функциональное устройство сайта и другие).

В судебной практике о блокировке «пиратских» информационных ресурсов встречаются и иные правовые вопросы, разрешение которых не является очевидным.

Так, автор обратился в Мосгорсуд с заявлением о принятии предварительных обеспечительных мер по факту использования в переработанном виде музыкального произведения, правообладателем которого он являлся, в составе телепередачи, запись которой была размещена в сети Интернет. Мосгорсуд в удовлетворении заявления отказал, указав следующее:

- автор не является правообладателем телепередачи;
- музыкальное произведение непосредственно на сайте не размещено;
- суд не вправе давать оценку законности создания произведений.

В данной ситуации автор оказался лишенным возможности защитить его авторские права в связи с тем, что нарушение, допущенное в сети Интернет, было связано не с непосредственным размещением оригинального музыкального произведения на сайте, а было включено в состав сложного объекта – аудиовизуального произведения (телепередачи) в переработанном виде.

Данный правовой подход представляется не вполне точно отражающим содержание положений ч. 3 ст. 26 ГПК РФ и ст. 144.1 ГПК РФ. Как следует из указанных норм, речь в них идет о любом нарушении авторских прав (кроме нарушения прав на фотографии), допущенном в сети Интернет. В связи с этим представляется целесообразным уточнить, в случае нарушения каких именно прав автор или иной правообладатель вправе обратиться в Мосгорсуд с заявлением о предварительных обеспечительных мерах.

Так, по смыслу ст. 1255 ГК РФ авторские права являются интеллектуальными правами на произведения науки, литературы и искусства. К авторским правам относятся:

- исключительное право на произведение;
- право авторства;
- право автора на имя;
- право на неприкосновенность произведения;
- право на обнародование произведения;
- право на вознаграждение за служебное произведение;
- право на отзыв, право следования;
- право доступа к произведениям изобразительного искусства.

Таким образом, нарушение любого из указанных прав, если оно связано с использованием произведения в сети Интернет, формально является основанием для принятия предварительных обеспечительных мер в соответствии со ст. 144.1 ГПК РФ.

В описанном случае автор обращался в Мосгорсуд с заявлением о принятии предварительных обеспечительных мер по факту размещения (доведения до всеобщего сведения) музыкального произведения, правообладателем которого он являлся, в переработанном виде в составе телепередачи. Является ли такое использование разновидностью нарушения, которое охватывается содержанием ч. 3 ст. 26 ГПК РФ и ст. 144.1 ГПК РФ?

По смыслу ст. 1270 ГК РФ под исключительным правом на произведение понимается исключительное право использовать произведение в любой форме и любым не противоречащим закону способом, в том числе способами, прямо перечисленными в п. 2 комментируемой статьи. В соответствии с подп. 9 п. 2 ст. 1270 ГК РФ переработка (то есть создание производного произведения) является способом использования произведения и входит в состав исключительного права.

Согласно п. 3 ст. 1260 ГК РФ автор производного произведения осуществляет свои авторские права при условии соблюдения прав автора произведения, использованного для создания производного произведения. Использование производного произведения, созданного без согласия автора оригинального произведения, в том числе в сети Интернет, является нарушением исключительного права автора оригинального произведения. Данное правило прямо сформулировано в п. 88 Постановления Пленума ВС РФ от 23 апреля 2019 г. № 10.

Таким образом, факт использования в сети Интернет произведения в переработанном виде – при условии, что переработка была осуществлена без согласия автора оригинального произведения, – является нарушением и охватывается содержанием ч. 3 ст. 26 ГПК РФ и ст. 144.1 ГПК РФ.

В отношении включения произведения в состав сложного объекта (в описанном случае – аудиовизуального произведения, телепередачи), необходимо обратиться к ст. 1240 ГК РФ. Согласно указанной норме лицо, организовавшее создание сложного объекта, включающего несколько охраняемых результатов интеллектуальной деятельности (кинофильма, иного аудиовизуального произведения, театрально-зрелищного представления, мультимедийного продукта, базы данных), приобретает право использования указанных результатов на основании договоров об отчуждении исключительного права или лицензионных договоров, заключаемых таким лицом с обладателями исключительных прав на соответствующие результаты интеллектуальной деятельности.

Включение произведения в состав сложного объекта и последующее использование произведения в составе сложного объекта не поименованы прямо в ст. 1270 ГК РФ как отдельные способы использования произведения. Однако сложившаяся судебная практика признает использование произведения в составе сложного объекта отдельным способом использования. Такая квалификация отражена в п. 113 Постановления Пленума ВС РФ от 23 апреля 2019 г. № 10, а также в ряде судебных актов СИП.

Таким образом, все перечисленные в упомянутом деле способы использования являются таковыми по смыслу российского гражданского законодательства. При условии, что эти способы реализуются в сети Интернет без согласия автора или иного правообладателя, можно утверждать, что есть основания для удовлетворения заявления об обеспечительных мерах в соответствии со ст. 144.1 ГПК РФ.

Правоприменительная практика по ст. 144.1 ГПК РФ долгое время была связана преимущественно с прямыми нарушениями, то есть с непосредственным размещением и использованием произведения или объекта смежных прав в сети Интернет. В связи с этим среди юристов укоренилось мнение, что указанная норма распространяется лишь на случаи так называемого прямого «цифрового пиратства». В действительности же содержание этой нормы значительно шире и охватывает разные виды нарушений: использование в сети Интернет производных произведений, созданных без согласия автора или иного правообладателя оригинальных произведений, использование произведений в составе сложных объектов, оригинальных произведений в составных произведениях и т. д.

Нарушения, связанные с переработкой произведений и (или) включением в состав сложного объекта произведений, с юридической точки зрения представляются более сложными, чем простое размещение произведения в сети Интернет. Так, по смыслу ст. 144.1 ГПК РФ Мосгорсуд при разрешении вопроса о предварительных обеспечительных мерах должен

установить два факта: принадлежности прав заявителю и использования произведения и (или) объекта смежных прав в сети Интернет. В приведенном примере Мосгорсуд отказал автору оригинального произведения в том числе в связи с тем, что суд не вправе давать оценку законности создания произведений. Однако это не совсем верно.

Как было указано, переработка, использование производного произведения или использование произведения в составе сложного объекта – это самостоятельные способы использования произведения. Если они осуществляются без согласия автора или иного правообладателя в сети Интернет, суд в соответствии со ст. 144.1 ГПК РФ должен установить факт законности создания и использования переработки или законность включения произведения в состав сложного объекта и его последующее использование в сети Интернет, так как именно эти действия составляют факт правонарушения. Установить эти обстоятельства в сравнении с обычным незаконным размещением в сети Интернет произведения или объекта смежных прав сложнее, поскольку при таких нарушениях речь фактически идет об использовании объекта не в оригинальной форме (производное произведение или в составе сложного объекта).

Вопрос переработки (производного характера произведения) является вопросом факта. Применительно к другой категории результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации – к товарным знакам – используется понятие «схожий до степени смешения». В судебной практике давно сложился подход, согласно которому вопрос схожести до степени смешения относится к вопросам факта. Однако он не закрепился так же убедительно применительно к переработкам, хотя содержательно эти понятия довольно близки. В одном из судебных актов СИП прямо указал, что при оценке фактов наличия или отсутствия переработки произведения изобразительного искусства либо дизайна суды вправе по аналогии использовать общие критерии оценки комбинированных обозначений, включающих изобразительные и словесные элементы, изложенные в Правилах составления, подачи и рассмотрения заявки на регистрацию товарного знака. Иными словами, была допущена аналогия в вопросе квалификации проверки схожести до степени смешения и установления производного характера произведения.

Каким же образом суд при рассмотрении заявления о предварительных обеспечительных мерах может установить факт нарушения авторских прав, допущенных в форме переработки или использования производного произведения? С учетом квалификации оценки производного характера как вопроса факта, в первую очередь, можно говорить о непосредственном сравнении двух произведений. Если это музыкальные произведения,

то речь должна идти о прослушивании как оригинального произведения, так и производного (при условии, что соответствующие доказательства представлены заявителем). В некоторых случаях на производный характер использованного в сети Интернет произведения может указывать и текстовое описание, которым сопровождается размещенное в Интернете произведение. Нельзя при этом отрицать, что бывают и весьма сложные ситуации, когда суд не может самостоятельно установить производный характер произведения, так как для этого требуются специальные знания и навыки (например, когда речь идет о программах для ЭВМ). Суд также лишен возможности назначить экспертизу на стадии рассмотрения заявления о предварительных обеспечительных мерах. В данном случае можно допустить, что решением могло бы стать внесудебное исследование о производном характере произведения, представленное заявителем вместе с самим заявлением. В отсутствие такого доказательства, а также иных доказательств, свидетельствующих о производном характере произведения, суду следует в удовлетворении заявления о предварительных обеспечительных мерах отказать.

Аналогичным образом обстоит дело в ситуации использования произведения в составе сложного объекта (как правило, аудиовизуального произведения). Описанные способы проверки факта нарушения, допущенного в такой форме, могут быть применены и в этом случае.

Для исследования нарушения, допущенного в форме включения и последующего использования произведения в составе сложного объекта, представляет интерес апелляционное определение Первого апелляционного суда общей юрисдикции от 12 мая 2021 г. по делу № 66-2282/2021 (№ 2и-2389/2021 в первой инстанции). Заявитель – правообладатель музыкального произведения – обратился в Мосгорсуд с заявлением о предварительных обеспечительных мерах по факту использования данного музыкального произведения в составе кинофильма, размещенного в сети Интернет. Мосгорсуд в удовлетворения заявления отказал, указав, что заявитель не является обладателем исключительных прав на аудиовизуальное произведение, а также на то, что на стадии принятия обеспечительных мер суд не вправе давать оценку законности создания произведений, правообладателем которых заявитель не является.

Первый апелляционный суд общей юрисдикции не согласился с таким подходом и отменил определение Мосгорсуда и одновременно удовлетворил заявление правообладателя о предварительных обеспечительных мерах. Суд исходил из того, что заявителем в материалы дела был представлен протокол осмотра нотариусом сайта в сети Интернет, где было размещен кинофильм, в составе которого использовалось спорное музыкальное

произведение. При этом в апелляционном определении также содержится следующая формулировка: при рассмотрении данного заявления суд не вправе решать вопрос о том, подлежит ли защите нарушенное право заявителя на РИД, а также о достаточности представленных заявителем доказательств, равно как их допустимости и относимости, поскольку в соответствии с разъяснениями, содержащимися в п. 55 Постановления Пленума ВС РФ от 23 апреля 2019 г. № 10, оценка допустимости доказательств производится при рассмотрении дел о защите нарушенных интеллектуальных прав.

Несмотря на то, что по существу вопроса я полностью согласен с принятым судебным актом, последний тезис о пределах полномочий суда при рассмотрении заявления о предварительных обеспечительных мерах в части оценки доказательств требует дополнительного внимания и анализа.

Прочитированная правовая позиция Первого апелляционного суда общей юрисдикции фактически означает, что Мосгорсуд при рассмотрении заявления о предварительных обеспечительных мерах не вправе оценивать доказательства («суд не вправе решать вопрос о...достаточности представленных заявителем доказательств, равно как их допустимости и относимости»). Такая правовая позиция предложена со ссылкой на п. 55 Постановления Пленума ВС РФ от 23 апреля 2019 г. № 10. Между тем, в указанном разъяснении Пленума такой правовой позиции нет. В нем говорится о свободе выбора правообладателем доказательств, подтверждающих, по его мнению, факт правонарушения. При этом в п. 55 презюмируется, что любые средства доказывания, представленные правообладателем, во-первых, являются доказательствами по смыслу процессуального законодательства, а во-вторых, отвечают критерию допустимости. Кроме того, в указанном положении также указано, что суд вправе (но не обязан) принять такие доказательства. Иными словами, при определенных обстоятельствах суд может и не принять представленные правообладателем доказательства правонарушения. Данная конструкция представляется логичной, так как суд оценивает доказательства с точки зрения не только допустимости, но и достаточности и относимости.

С учетом комментируемого подхода Первого апелляционного суда общей юрисдикции, а также правовой позиции Мосгорсуда, согласно которой суд не вправе давать оценку законности создания произведений (применительно к производным произведениям) возникает вопрос: должен и вправе ли Мосгорсуд при рассмотрении заявления о предварительных обеспечительных мерах оценивать доказательства и в каких пределах?

Из ст. 55 ГПК РФ следует, что доказательствами по делу являются полученные в предусмотренном законом порядке сведения о фактах, на основе

которых суд устанавливает наличие или отсутствие обстоятельств, обосновывающих требования и возражения сторон, а также иных обстоятельств, имеющих значение для правильного рассмотрения и разрешения дела.

В соответствии с ч. 4 ст. 144.1 ГПК РФ при подаче заявления о предварительном обеспечении защиты авторских и (или) смежных прав в сети Интернет заявитель представляет в суд документы, подтверждающие факт использования в сети Интернет объектов исключительных прав и права заявителя на данные объекты. Непредставление указанных документов в суд является основанием для отказа в предварительных обеспечительных мерах. С учетом данной формулировки, а также положений ч. 1 ст. 55 ГПК РФ можно с уверенностью сделать вывод о том, что документы, которые заявитель должен представить суду, являются доказательствами и подлежат оценке по правилам ст. 67 ГПК РФ. Иное толкование означало бы, что заявитель вправе представить произвольный набор документов или иных доказательств при обращении с заявлением о предварительных обеспечительных мерах, и суд должен такое заявление удовлетворить.

Кроме того, что такое положение вещей видится абсолютно нелогичным, содержание ч. 4 ст. 144.1 ГПК РФ также исключает подобное толкование, так как предусматривает право суда отказать в удовлетворении заявления. Между тем суд, конечно, не может принять решение о процессуальной судьбе заявления о предварительных обеспечительных мерах произвольно. Оно должно быть обоснованным. Само же обоснование процессуального решения суда не может вытекать из каких-либо иных факторов, кроме оценки представленных заявителем доказательств.

Одновременно с этим следует отметить, что суд также не вправе оценивать доказательства на стадии рассмотрения заявления о принятии предварительных обеспечительных мер только по критерию допустимости, который, как было указано, презюмируется п. 55 Постановления Пленума ВС РФ от 23 апреля 2019 г. № 10, поскольку это противоречит правилам оценки доказательств, установленным в ст. 67 ГПК РФ, а иные правила оценки доказательств не установлены законом для стадии рассмотрения заявления о предварительных обеспечительных мерах.

В целом вопросы, связанные с процедурой рассмотрения заявления о предварительных обеспечительных мерах, вытекают из специфики данной процессуальной стадии, которая в ГПК РФ в должной мере не регламентирована. На момент рассмотрения заявления о предварительных обеспечительных мерах отсутствуют лица, участвующие в деле, как нет и самого дела, в то время как большая часть норм ГПК РФ посвящена установлению процессуального порядка именно «в деле». Однако в соответствии с положениями ч. 4 ст. 1 ГПК РФ в случае отсутствия нормы процессуаль-

ного права, регулирующей отношения, возникшие в ходе гражданского судопроизводства, федеральные суды общей юрисдикции и мировые судьи применяют норму, регулирующую сходные отношения (аналогия закона), а при отсутствии такой нормы действуют исходя из принципов осуществления правосудия в Российской Федерации (аналогия права).

Для некоторых видов произведений (программы для ЭВМ, видеоигры, музыкальные произведения) нарушения авторских прав в сети Интернет довольно часто выражаются в форме переработки и последующего использования результата переработки, включения произведения в состав сложного объекта или составного произведения. Доказывание таких форм нарушений – процесс всегда более трудоемкий для правообладателя и сложный с точки зрения оценки доказательств для суда. Тем не менее, исключение из сферы применения ч. 3 ст. 26 ГПК РФ и ст. 144.1 ГПК РФ указанных форм нарушений лишь по той причине, что доказательства правонарушения более сложны по своему составу и содержанию, не соответствует данным нормам. Рассматривая заявление о предварительных обеспечительных мерах по правилам ст. 144.1 ГПК РФ суд должен установить два факта: принадлежности прав заявителю и правонарушения. Сделать это суд может только путем оценки представленных заявителем доказательств по общим правилам, установленным для данного процессуального действия, поскольку иных правил российское законодательство не предусматривает.

К юридическому механизму ограничения доступа к информационным ресурсам в профессиональном сообществе возникает много вопросов, которые не были рассмотрены в настоящей работе. Почему нормы о блокировке «пиратских» информационных ресурсов не распространяются на фотографии, чем обусловлена исключительная компетенция Мосгорсуда по данной категории споров, как поступить с информационным ресурсом, в отношении которого принято решение о постоянной блокировке, если основания для такой блокировки отпали (полная смена содержания ресурса, сделка сторон спора и т. д.). Все они требуют дополнительно изучения со стороны юридической науки, а в некоторых случаях – поиска решений на законодательном уровне.

Вместе с тем нельзя отрицать, что институт ограничения доступа к информационным ресурсам в современном мире является эффективным инструментом защиты, необходимым прогрессивному законодательству с учетом уровня и динамики развития информационных технологий, глобальной цифровизации общества. Ключевой же задачей доктрины и законодателя, как и в случае с любым другим новым юридическим институтом, является поиск баланса и тонкой настройки этого инструмента.

А. И. Тунова

ПОСЛЕДСТВИЯ НАРУШЕНИЯ УСЛОВИЙ OPEN SOURCE-ЛИЦЕНЗИЙ И СПОСОБЫ ЗАЩИТЫ ПРАВ ЛИЦЕНЗИАРОВ

ВВЕДЕНИЕ

В настоящее время особое внимание привлекает Open Source-программное обеспечение, в котором заинтересованы различные субъекты: коммерческие организации, планирующие успешно коммерциализировать их продукт, пользователи, в том числе программисты-энтузиасты, а также государственные органы разных стран, осознающие преимущества использования Open Source. Например, в 2021 г. в России был разработан проект «Стратегия развития программного обеспечения с открытым кодом в России до 2024 года»¹, а также прошел ряд мероприятий для его обсуждения и популяризации². В ЕС Европейская комиссия утвердила Стратегию в области программного обеспечения с открытым исходным кодом на 2020–2023 годы³. Более того, в соответствии с результатами исследования экономического воздействия программного и аппаратного обеспечения с открытым исходным кодом (2021)⁴, Open Source-технологии внесли вклад в европейскую экономику в размере 65–95 млрд евро. Указанное свидетельствует о востребованности Open Source.

ОБЩАЯ ИНФОРМАЦИЯ ОБ OPEN SOURCE-ЛИЦЕНЗИЯХ

В первую очередь необходимо перевести и определить англоязычный термин «Open Source». В переводе с английского *Open Source* означает «открытый исходный код». Под исходным кодом в зарубежной практике понимается набор компьютерных команд, написанный на языке программирования и предназначенный для чтения людьми (в человекочитаемом формате)⁵.

¹ Проект Стратегии развития программного обеспечения с открытым кодом в России до 2024 года // Онлайн-издание D-russia.ru. URL: https://d-russia.ru/wp-content/uploads/2021/10/proekt_strategii_opo_30_09_21.pdf

² Например, встреча «Как зарабатывать на Open Source?», Russia Open Source Summit. См.: Анненков А. Russia Open Source Summit – что это было // Онлайн-издание D-russia.ru. URL: <https://d-russia.ru/russia-open-source-summit-cto-jeto-bylo.html>

³ Open source software strategy 2020–2023 // European Commission // URL: https://ec.europa.eu/info/departments/informatics/open-source-software-strategy_en

⁴ Study about the impact of open source software and hardware on technological independence, competitiveness and innovation in the EU economy // European Commission. 6 сентября 2021 г. (URL: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/study-about-impact-open-source-software-and-hardware-technological-independence-competitiveness-and>).

⁵Следует отметить терминологическое различие между общеупотребительным переводом, принятым в профессиональном сообществе программистов, и терминами, закрепленными в ГК РФ. Статья 1261 ГК РФ, определяя содержание термина «программа для ЭВМ», оперирует двумя терминами: «исходный текст» и «объектный код», где под первым понимается человекочитаемый текст на одном из языков программирования, а под вторым – промежуточное представление кода в формате, непригодном для чтения человеком⁶. Во избежание возможной терминологической путаницы далее термины «исходный текст» и «исходный код» используются в качестве синонимов и означают набор компьютерных команд, написанный на языке программирования в человекочитаемом формате.

В российских законодательных и иных нормативных правовых актах не закреплено понятие Open Source-программного обеспечения и лицензий, а также не разъяснены их существенные признаки. Подход, который реализуется в иностранных государствах (США⁷, ЕС⁸), видится более оптимальным: государственные органы издают акты «мягкого права», носящие рекомендательный характер (например, руководства) и объясняют сущность Open Source, его преимущества и недостатки.

Говоря об определении Open Source-лицензии, безусловно важно опираться на дефиницию, разработанную организацией Open Source Initiative⁹, которая выступает своеобразным координатором движения Open Source. Наиболее важными с юридической точки зрения являются следующие особенности:

Лицензия предусматривает свободу воспроизведения, модификации, изучения программного обеспечения, а также свободу распространения копий и модифицированного программного обеспечения (производных произведений).

Лицензия имеет универсальный характер, который проявляется в отсутствии ограничений по времени и территории предоставления прав, а также в неисключительном характере лицензии.

⁵ См., например: *Bangia R.* Dictionary of Information Technology. New Delhi: Laxmi Publications Ltd. 2010. P. 101; Source Code Definition. The Linux Information Project (LINFO) // URL: http://www.lininfo.org/source_code.html

⁶ Исходный, Машинный и Объектный коды — Разница? // Хабр: информационный портал (URL: <https://qna.habr.com/q/569879>).

⁷ Department of Defense Chief Information Officer's Memorandum «Clarifying Guidance Regarding Open Source Software (OSS)» // U.S. Department of Defense. 16 октября 2009 г. (URL: <https://dodcio.defense.gov/portals/0/documents/foss/2009oss.pdf>).

⁸ Open source software strategy 2020–2023 // European Commission (URL: https://ec.europa.eu/info/departments/informatics/open-source-software-strategy_en).

⁹ The Open Source Definition // Open Source Initiative (URL: <https://opensource.org/osd>).

Лицензия заключается в упрощенном порядке, является договором присоединения.

Большая роль профессионального сообщества (организаций Open Source Initiative, Free Software Foundation) в регулировании лицензий (процедура одобрения лицензий, экспертные комментарии и т. д.). В соответствии с информацией, представленной на сайте компании WhiteSource, в мире насчитывается более 200 Open Source-лицензий¹⁰. Более точная информация представлена на сайте Open Source Initiative, одобренной на настоящий момент (сентябрь 2022 г.) 115 лицензий (включая различные версии)¹¹. Для лучшего понимания различий между лицензиями, а также их особенностей требуется их классификация.

Поскольку Open Source носит междисциплинарный характер (затрагивает как юридические, так и технические вопросы), следует обратиться к принятой в профессиональном сообществе классификации. Выделяют две группы лицензий – разрешительные (пермиссивные, от англ. *permissive*) и копилефтные (взаимные, вирусные лицензии, от англ. *reciprocal, copyleft*). Как отмечает А. И. Савельев, в качестве критерия указанной классификации выступают условия предоставления прав¹².

Разрешительные лицензии гарантируют пользователям свободу использования, модификации и распространения программного обеспечения, а также не ограничивают возможность создания проприетарного программного обеспечения на основе производных произведений, возникших в результате модификации программного обеспечения. Разрешительные лицензии налагают минимальные ограничения на то, каким образом другие могут использовать компоненты с открытым исходным кодом.

Разрешительные лицензии часто содержат условия, касающиеся соблюдения личных неимущественных прав, а также иных «информационных» обязанностей, например, указать авторов, предоставить лицензионную информацию пользователям-лицензиатам, включить в текст лицензии дисклеймер об исключении гарантий (ответственности). Некоторые из разрешительных лицензий (в частности, лицензия BSD-3-Clause) содержат оговорку о запрете использования имен авторов и правообладателей для рекламы и (или) продвижения производного программного обеспечения в отсутствие письменного согласия. Помимо этого, лицензии не накладывают существенных ограничений на возможность последующего распространения модификаций программного обеспечения, отчего

¹⁰ См.: Goldstein A. Open Source Licenses Explained // WhiteSource Software. URL: <https://www.whitesourcesoftware.com/resources/blog/open-source-licenses-explained/>

¹¹ Licenses by Name // Open Source Initiative. URL: <https://opensource.org/licenses/alphabetical>

¹² Савельев А. И. Лицензирование программного обеспечения в России: законодательство и практика. М.: Инфотропик Медиа. 2012. С. 356.

и получили свое название. Классическими примерами разрешительных лицензий выступают MIT, Apache, BSD (различные версии).

Вторую группу лицензий именуют «копилефтом» (от англ. *«copyleft»*). Применяя такую лицензию, автор-правообладатель предоставляет пользователям право использовать, изменять и распространять копии программного обеспечения при условии соблюдения принципа взаимности обязательств. Под «взаимностью» понимается обязанность раскрыть исходный код для использования другими и соответственно раскрыть изменения, внесенные в исходный код. Иными словами, получая открытый исходный код, пользователь должен сохранить его открытость.

Названную группу можно поделить на две подгруппы.

Лицензии с «вирусным эффектом» (также именуется «строгим копи-лефтом») характеризуются двумя особенностями. Во-первых, в случае использования в процессе разработки компонента под вирусной лицензией возникает необходимость распространять условия такой лицензии на все программное обеспечение. Во-вторых, учитывая принцип взаимности, из указанного следует обязанность открыть исходный код на все программное обеспечение, а не только на компонент под указанной лицензией (по запросу любого пользователя или путем публикации исходного кода в открытом доступе). Безусловно, такие лицензии влекут для бизнеса большие риски, например, потенциальную возможность «загрязнения» проприетарного программного обеспечения лицензиями с «вирусным эффектом». Примерами «строгого копи-лефта» являются General Public License v. 3.0, Affero General Public License, Open Software License.

Лицензии из второй подгруппы («share alike»-лицензии, в некоторых источниках фигурирует наименование «слабый копи-лефт») не влекут обязанности лицензировать все программное обеспечение под копи-лефтной лицензией, если при разработке был использован компонент под соответствующей лицензией. Это становится возможным благодаря специальным положениям лицензий и техническим особенностям программирования. В качестве примера «слабого» копи-лефта часто приводят лицензию Mozilla Public License, в соответствии с которой обязанность лицензировать модифицированный исходный код на тех же условиях распространяется только на *файлы*, содержащие первоначальный код либо модификации к нему, а не на все программное обеспечение (которое может состоять из множества файлов).

На сайте Open Source Initiative в разделе «Часто задаваемые вопросы» (FAQ)¹³ в описании копи-лефта отмечается, что для приведения копи-лефтных положений в действие необходимы определенные условия.

¹³ Frequently Answered Questions // Open Source Initiative. URL: <https://opensource.org/faq>

Во-первых, открытие исходного кода требуется в случаях, когда правообладатель программного обеспечения предоставляет третьим лицам право использования программного обеспечения путем его воспроизведения (в частности, путем предоставления возможности загрузки программного обеспечения на компьютер пользователя) или распространяет экземпляры программного обеспечения (что в настоящее время не так актуально). Если же программное обеспечение предназначено исключительно для внутреннего использования, Open Source-лицензии не накладывают каких-либо ограничений, поскольку отсутствует так называемое «распространение». Коммерциализация программного обеспечения по модели SaaS (предоставление удаленного доступа к программному обеспечению) на практике распространением не признается, поэтому копилефтные условия не приводятся в действие. Исключением является лицензия Affero GPL v.3, налагающая обязанность раскрывать исходный код в том числе и при использовании модели SaaS (раздел 13 лицензии).

Во-вторых, копилефтные положения применяются только в случае модификации (переработки) программного обеспечения, т. е. при создании производного программного обеспечения. Если же переработка отсутствует, то нет и обязанности лицензировать получившееся программное обеспечение под такой копилефтной лицензией. Следует отметить, что понятие и критерии переработки (модификации), а также принадлежность исключительного права на производное произведение зависят от норм национального законодательства и судебной практики, рекомендаций, принятых в Open Source- сообществе, а также положений отдельных Open Source-лицензий. Указанные вопросы требуют самостоятельного изучения.

Сложно найти статистику о частоте использования Open Source-лицензий, что обусловлено множественностью Open Source-проектов. Компания WhiteSource провела исследование более 4 млн проектов и 130 млн файлов с открытым исходным кодом и выявила наиболее популярные Open Source-лицензии в 2021 г. Результаты показали, что разрешительные лицензии Apache 2.0 (34,1 %) и MIT (29,7 %) популярнее, чем семейство копилефтных лицензий GPL.

Приведенная статистика свидетельствует о популярности использования компонентов под Open Source-лицензиями при разработке программного обеспечения. Это в свою очередь подчеркивает важность соблюдения условий таких лицензий, а также необходимость понимать последствия их нарушения для разработчиков программного обеспечения и соответствующих пользователей.

ПОСЛЕДСТВИЯ НАРУШЕНИЯ УСЛОВИЙ OPEN SOURCE ЛИЦЕНЗИЙ И СПОСОБЫ ЗАЩИТЫ ПРАВ ЛИЦЕНЗИАРОВ

Требуется рассмотреть следующие вопросы:

- какие последствия для лицензиата, а также для пользователей, которым было предоставлено право использования программного обеспечения, влечет нарушение лицензиатом условий Open Source-лицензий;
- каким образом квалифицировать нарушение условий Open Source-лицензий – как нарушение авторских прав или как нарушение договора;
- какие требования к нарушителю может предъявить лицензиар.

Рассмотрим указанные вопросы на примере судебной практики ряда государств. Далее проанализированы судебные решения, связанные с нарушением условий копилефтных лицензий (преимущественно GNU GPL v. 2.0 и v. 3.0), поскольку соблюдение лицензиатами предусмотренных в них обязательств вызывает наибольшие трудности на практике (как отмечалось, необходимо распространить условия такой лицензии на все программное обеспечение, а также открыть исходный код на все программное обеспечение). Вместе с тем общетеоретические выводы применимы к Open Source-лицензиям в целом.

Одним из первых дел, рассмотренных в судах США, стало дело *Jacobsen v. Katzer* (2008)¹⁴. Истец Robert Jacobsen являлся разработчиком исходного кода, использование которого он разрешил в соответствии с условиями Artistic License¹⁵. Ответчик Matthew Katzer (Kamind Associates Inc.) разработал коммерческое программное обеспечение, применив исходный код истца, не соблюдая при этом условия названной лицензии. В частности, ответчик не обозначил авторство истца, не привел ссылки на его веб-сайт, а также не указал на изменения, которые были сделаны в сравнении с оригинальным исходным кодом истца. Истец предъявил иск о нарушении авторских прав и запрете дальнейшего использования программного обеспечения. Суд первой инстанции посчитал, что рассматриваемая Open Source-лицензия является неисключительной, предоставляет лицензиатам неограниченные полномочия, в связи с чем истец-лицензиар может предъявить иск только о нарушении договора, но не правомочен заявлять требование о нарушении авторских прав. Таким образом, суд первой инстанции отклонил требование о запрете использования программного обеспечения.

¹⁴ *Jacobsen v. Katzer*. 535 F. 3d 1373 (Fed. Cir. 2008).

¹⁵ Artistic License 2.0 // Open Source Initiative (URL: <https://opensource.org/licenses/Artistic-2.0>).

Суд апелляционной инстанции не согласился с такими выводами. В указанной Open Source-лицензии содержались определенные ограничения, касающиеся права лицензиатов перерабатывать и предоставлять переработанное программное обеспечение последующим пользователям; указанные ограничения были квалифицированы судом как ограничения лицензионного, а не договорного характера. Нарушение установленных лицензией ограничений и выход за ее пределы представляет собой нарушение авторских прав.

Еще один важный вывод, сделанный судом апелляционной инстанции, касался экономической природы Open Source-лицензий. Безвозмездность, присущая Open Source- программному обеспечению, не означает отсутствие экономического потенциала использования Open Source. Он может выражаться, например, в увеличении доли программного обеспечения на рынке за счет бесплатности его использования, формировании репутации на национальном и международном уровнях, улучшении качества программ. Таким образом, экономический потенциал использования Open Source не ограничен традиционно принятым денежным вознаграждением за использование программного обеспечения. В связи с изложенным наиболее оптимальным способом защиты прав лицензиара является запрет дальнейшего использования программного обеспечения или требование от ответчика соблюдения условий соответствующей Open Source-лицензии, а не возмещения убытков, расчет которых в данном случае является «спекулятивным». Тем не менее стороны заключили мировое соглашение, по условиям которого ответчик должен был выплатить компенсацию в размере 100 000 долл и не мог больше использовать программное обеспечение истца¹⁶.

В 2007–2010 гг. суды США рассматривали ряд исков, касающихся нарушения авторских прав на программное обеспечение BusyBox, по которым представителем истца выступала организация Software Freedom Law Center. Суть нарушений была аналогична: ответчики использовали исходный код программного обеспечения BusyBox в своих программах¹⁷, не публикуя при этом исходный код BusyBox. Примечательно, что истцы настаивали на публикации исходного кода только в отношении программы BusyBox, а не всего программного обеспечения ответчиков.

¹⁶ См. текст мирового соглашения по делу: URL: https://web.archive.org/web/20110717083835/http://www.trainpriority.com/court_docs/402-1.pdf

¹⁷ В исковых требованиях не было уточнено, была ли использована точная копия или модифицированный исходный код, судом указанный вопрос также не рассматривался, поскольку стороны заключили мировое соглашение.

В одном из первых в указанной серии дел стороны заключили мировое соглашение, в соответствии с которым ответчику было разрешено использование BusyBox при условии назначения лица, ответственного за соблюдение требований лицензии GNU GPL v. 2.0, публикации исходного кода на его вебсайте, а также обязанности уведомить всех, кто получил программное обеспечение от компании, об их правах в соответствии с лицензией GNU GPL v. 2.0. Ответчик Monsoon также согласился выплатить компенсацию разработчикам BusyBox, сумма которой не разглашается¹⁸. Позднее были поданы аналогичные иски против Xterasys¹⁹, High-Gain Antennas²⁰, Verizon Communications²¹, Bell Microproducts²², SuperMicro²³, которые также были урегулированы мировыми соглашениями с описанными условиями.

В деле *Free Software Foundation, Inc. v. Cisco Systems, Inc.*²⁴ истец заявил о нарушении его авторских прав, поскольку компания Cisco распространяла программы, в которых содержался исходный код истца, без предоставления такого исходного кода. Истец потребовал запретить компании Cisco распространять программное обеспечение Linksys, содержащее исходный код истца, а также возместить убытки. В конечном итоге стороны заключили мировое соглашение, по условиям которого компания Cisco согласилась назначить лицо, ответственное за соблюдение требований Open Source-лицензий, предпринять определенные шаги с целью уведомить пользователей продуктов Linksys, в которых содержится исходный код истца, об их правах в соответствии с условиями лицензии GNU GPL, и опубликовать уведомление об использовании соответствующей лицензии на веб-сайте Linksys. Помимо этого компания Cisco должна была разместить на своем веб-сайте исходный код, принадлежащий истцу и используемый в текущих продуктах Linksys, а также выплатить определенное вознаграждение, размер которого не разглашался²⁵. Примечательно, что исходя из

¹⁸ *Erik Andersen and Rob Landley v. Monsoon Multimedia Inc.* No. 07-CV-8205. U.S. District Court for the Southern District of New York (2007). См. также информацию, полученную на сайте Software Freedom Law Center: URL: <https://softwarefreedom.org/news/2007/oct/30/busybox-monsoon-settlement/>, <https://softwarefreedom.org/news/2007/sep/20/busybox-complaint.pdf>

¹⁹ *Andersen v. Xterasys Corp.* No. 07-CV-10455 (S.D.N.Y. 2007) (settled).

²⁰ *Andersen v. High-Gain Antennas, L.L.C.* No. 07-CV-10456 (S.D.N.Y. 2007) (settled).

²¹ *Andersen v. Verizon Commc'ns, Inc.* No. 07-CV-11070 (S.D.N.Y. 2007) (settled).

²² *Andersen v. Bell Microproducts, Inc.* No. 08-cv-5270 (S.D.N.Y. 2008) (settled).

²³ *Andersen v. Super Micro Computer, Inc.* No. 08-CV-05269-RMB (S.D.N.Y. 2008) (settled).

²⁴ *Free Software Foundation, Inc. v. Cisco Systems, Inc.* No. 1:08-cv-10764 (S.D.N.Y. 2009).

²⁵ FSF Settles Suit Against Cisco // Free Software Foundation (URL: <https://www.fsf.org/news/2009-05-cisco-settlement.html>).

имеющейся информации истец не требовал публикации исходного кода всего программного обеспечения Linksys как производного произведения, а лишь той части, права на которую принадлежат Free Software Foundation.

Интересным является дело *Artifex Software, Inc. v. Hancom, Inc.*²⁶, рассмотренное в 2017 г. В отличие от описанных ранее дел, в нем был рассмотрен вопрос квалификации нарушения условий GNU GPL 3.0 (как нарушение авторских прав или как нарушение договора). В двух постановлениях суд сделал важные выводы.

Несмотря на то, что ответчик являлся южнокорейской компанией и настаивал на отсутствии компетенции суда США рассматривать спор, суд отклонил указанный довод. Ответчик не представил доказательств, опровергающих вывод о том, что по крайней мере часть нарушений произошла на территории США, в связи с чем суд был наделен компетенцией рассматривать дело в соответствии с правом США.

Истец Artifex использовал модель двойного лицензирования, предлагая свое программное обеспечение Ghostscript как под проприетарной (платной) лицензией для тех, кто хочет включить Ghostscript в продукты с целью дальнейшей коммерциализации, так и под лицензией GNU GPL 3.0. При этом последняя содержала условия о том, что если пользователи не приобретают коммерческую лицензию, то использование исходного кода Ghostscript означает согласие с условиями лицензии GNU GPL 3.0 и, следовательно, требует соблюдения таких условий²⁷. Суд согласился с указанным аргументом и подтвердил наличие лицензионного договора между сторонами, несмотря на аргумент ответчика об отсутствии подписи. Более того, суд рассмотрел нарушение условий лицензии GNU GPL 3.0 как нарушение договора.

В соответствии с общераспространенным подходом нарушение лицензии влечет нарушение авторских прав. Однако в рассматриваемом деле суд проанализировал условия, при которых может быть подан иск о нарушении договора и соответственно, когда такой иск не «вытесняется» иском о нарушении авторских прав. Для этого иск должен содержать дополнительный элемент (англ. *extra element*), отличающийся от сферы авторских прав и меняющий тем самым природу исковых требований. Ссылаясь на ранее рассмотренное дело *Versata Software, Inc. v. Ameriprise Fin., Inc.* (2014)²⁸,

²⁶ *Artifex Software, Inc. v. Hancom, Inc.* No. 16-cv-06982-JSC (N.D. Cal. Sep. 12, 2017).

²⁷ Интересно, что веб-сайт ответчика содержал указание на то, что в его программном обеспечении используется Ghostscript в соответствии с условиями GNU GPL 3.0, однако в их нарушение ответчик исходный код не предоставлял.

²⁸ *Versata Software, Inc. v. Ameriprise Fin., Inc.*, 2014 WL 950065, at *5 (W.D. Tex. Mar. 11, 2014).

суд отметил, что законодательство об авторском праве не содержит обязательств, касающихся Open Source, в частности, обязательства по предоставлению исходного кода в отношении производного программного обеспечения. Такое обязательство и является необходимым дополнительным элементом, достаточным для предъявления иска из нарушения договора и, следовательно, требований о возмещении убытков.

Суд установил, что для расчета убытков, которые понес правообладатель программного обеспечения, лицензируемого в соответствии с GNU GPL 3.0, можно принять во внимание стоимость коммерческой лицензии на использование программного обеспечения (учитывая модель двойного лицензирования, которую применял истец). Ответчик утверждал, что нарушение условий GNU GPL 3.0 не может привести к денежному ущербу, поскольку использование программного обеспечения осуществляется на безвозмездной основе. Суд не согласился с таким аргументом, сославшись на ранее упомянутое дело *Jacobsen v. Katzer* (2008) и указав, что отсутствие вознаграждения за использование программного обеспечения под Open Source-лицензией не означает отсутствия экономического потенциала. Указанный вывод направлен на обеспечение интересов лицензиаров, использующих модель двойного лицензирования для коммерциализации Open Source-программного обеспечения, и предотвращение недобросовестного поведения лицензиатов, которые пытаются избежать платы за коммерческую лицензию, выбирая использование программного обеспечения в соответствии с условиями Open Source-лицензий без соблюдения соответствующих обязательств.

В результате стороны заключили мировое соглашение, условия которого конфиденциальны. Тем не менее в данном деле заслуживает внимания отличие решений суда от ранее сложившегося подхода. Суд рассмотрел нарушение положений копилефтных лицензий как нарушение договора, ссылаясь на тот факт, что законодательство об авторском праве не содержит обязательств, схожих с вытекающими из копилефтных лицензий.

Обратимся к делу *Digital Heaven v. YouZi*²⁹, рассмотренному Судом по интеллектуальной собственности Пекина, о нарушении условий лицензии GNU GPL v. 3.0. Истец Digital Heaven подал иск, утверждая, что ответчик

²⁹ *Digital Paradise (Beijing) Network Technology Co., Ltd. v. Youzi (Beijing) Mobile Technology Co., Ltd.* (2015) Jingzhi Min Chu Zi, No. 631. Информация получена на сайте Суда по интеллектуальной собственности Пекина // URL: <https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXS4/index.html?docId=3dda58dbda1140afa44bab0d002c50a3>. Доступ для зарегистрированных пользователей.

YouZi³⁰ воспроизвел исходный код трех плагинов, разработанных к программному обеспечению HBuilder, также принадлежащему истцу. Программное обеспечение Hbuilder лицензировалось в соответствии с условиями GNU GPL v. 3.0.

Истец утверждал, что плагины являются самостоятельным программным обеспечением, не производны от HBuilder, в связи с чем на них не распространяются требования GNU GPL v. 3.0. Дополнительно истец представил свидетельства о регистрации авторского права на плагины как самостоятельные программы. Ответчик настаивал на противоположном, полагая, что плагины также лицензируются в соответствии с условиями GNU GPL v. 3.0 как производные произведения, в связи с чем он имеет право использовать их исходный код без отдельного согласия истца.

Суд установил нарушение ответчиком авторских прав истца. В результате технической экспертизы было установлено, что указанные модули могли функционировать отдельно от программного обеспечения Hbuilder. Исходный код плагинов содержался в трех отдельных папках, при этом файл с копиелефтнй лицензией отсутствовал как в этих папках, так и в корневом каталоге Hbuilder. Таким образом, суд пришел к выводу, что плагины не являются производными произведениями, на них не распространяются условия GNU GPL v. 3.0, и, следовательно, ответчик не мог использовать исходный код без согласия истца-правообладателя. Дело примечательно тем, что для ответа на вопрос о том, является ли программное обеспечение и используемые с ним плагины производным произведением, суд сослался на техническую экспертизу, в том числе на «структуру» программного обеспечения (в каких файлах содержится исходный код).

Среди стран ЕС наибольший интерес представляет судебная практика Германии³¹.

Суды Германии часто рассматривают дела, касающиеся Open Source-лицензий (как правило, GNU GPL v. 2.0 или v. 3.0), не только признавая за ними юридическую силу³², но и разъясняя наиболее сложные

³⁰ Фактически ответчиками выступали два лица со схожими наименованиями (Youzi (Beijing) Technology Co., Ltd. и Youzi (Beijing) Mobile Technology Co., Ltd.), однако далее они собирательно именуется «YouZi».

³¹ Суды Франции также рассматривают дела, связанные с Open Source-лицензиями, однако решения судов Германии характеризуются большей детализацией и глубиной исследования, в связи с чем далее будут рассмотрены последние. См. Решения французских судов: *Educafix v. CNRS, Université Joseph Fourier et autres*. TGI Paris, 3ème chambre, 1ère section, 28.03.2007; *Edu4 v. AFRA. Cour d'appel de Paris*, 16 сентября 2009 г.

³² Landgericht Munich I, 19 May 2004, 21 O 6123/04, CR 2004, 774; Landgericht Berlin, 21 February 2006, 16 O 134/06, CR 2006, 735; Landgericht Bochum, 20 January 2011, 8 O 293/09; Landgericht Berlin, 8 November 2011, 16 O 255/10 - Surfsitter, GRUR-RR 2012, 107, 111.

вопросы. Чаще всего немецкие суды рассматривают нарушение условий лицензии GNU GPL v. 2.0 и v. 3.0 (например, недоступность исходного кода, отсутствие текста лицензии и указания на применение условий GPL к исходному коду³³) как нарушение авторских прав.

В деле *Harald Welte v. Fantec* (2013)³⁴ ответчик использовал в своем программном обеспечении исходный код истца в нарушение условий лицензии GNU GPL v. 2.0, в частности, без предоставления соответствующего исходного кода для пользователей. Суд признал нарушение авторских прав и потребовал от ответчика Fantec выплатить договорный штраф (неустойку) в связи с нарушением прежней договоренности сторон о прекращении нарушения со стороны ответчика³⁵. Примечательно, что, по мнению суда, лицо не должно полагаться на заверения своих контрагентов (сторонних разработчиков) о том, что разработки не нарушают права третьих лиц. Напротив, оно должно предпринять необходимые усилия для проверки программного обеспечения, даже если это требует дополнительных расходов.

В другом деле³⁶ суд ответил на ряд технических вопросов о выполнении условий лицензии GNU GPL v. 2.0. Суд сделал вывод о том, что если дистрибутив программы предлагается для загрузки на сайте, то исходный код к компонентам, используемым в соответствии с условиями лицензии GNU GPL v. 2.0, может быть предоставлен в электронном виде. Отсутствует необходимость предоставления материального носителя с исходным кодом. Второй важный вывод, сделанный судом, касался предоставления текста лицензии. Суд посчитал недостаточным предоставление лишь ссылки на лицензию. Весь текст лицензии должен быть включен в дистрибутив (например, в виде текстового файла). Указанный вывод противоречит общепринятой практике использования гиперссылок на текст лицензии.

В деле *Christoph Hellwig v. VMware* (2016)³⁷ были рассмотрены особенности процессуального доказывания авторства в отношении Open Source-программного обеспечения. Истец являлся активным разработчиком ядра операционной системы Linux, которое использовалось в программном обеспечении ответчика. Ключевым вопросом, который рассмо-

³³ См., например: Landgericht München I, 19 May 2004, 21 O 6123/04; Landgericht Frankfurt, 6 September 2006, 2–6 O 224/06.

³⁴ Landgericht Hamburg, 14 June 2013, 308 O 10/13.

³⁵ Убытки были рассчитаны в связи с нарушением ранее сделанного заявления Fantec о прекращении нарушения условий лицензии GNU GPL v. 2.0, а не с нарушением авторских прав как таковых.

³⁶ Landgericht Leipzig, 2 June 2015, 05 O 1531/15.

³⁷ Landgericht Hamburg, 8 July 2016, 310 O 89/15.

трел суд, являлись средства доказывания авторства (соавторства). Истец предъявил ряд доказательств, в частности, выдержки из Git-репозитория ядра Linux (находится в общем доступе), где отражены все изменения, а также их авторство; особые файлы «.blame», которые также позволяют отследить вносимые изменения и их авторов; электронные сообщения от ответчика, в которых указано, какие части исходного кода разработал истец; часть исходного кода, открытую ответчиком, где два файла содержат «заголовки» с указанием на авторство истца и др. Тем не менее, суд посчитал указанные доказательства недостаточными, отклонив иск. Он отметил, что если разработчик программного обеспечения заявляет об авторских правах на определенные части программной операционной системы (в указанном деле – на ядро операционной системы Linux), то он должен обосновать и – при необходимости – доказать, какие части программы и каким образом он модифицировал.

В еще одном деле³⁸ суд еще раз подтвердил установившуюся практику, в соответствии с которой непредоставление копии лицензии, а также исходного кода программы признается нарушением условий лицензии GNU GPL, что в свою очередь представляет собой нарушение авторских прав. Наиболее важный вывод касался способов защиты прав истца. Суд установил, что истец имеет право только на запрет дальнейшего использования программного обеспечения³⁹, в то время как требование о возмещении убытков было отклонено исходя из следующего. Решающим было то, что истец распространял спорное программное обеспечение безвозмездно независимо от целей использования и таким образом по существу полностью отказался от любого денежного вознаграждения. «Объективная ценность» использования рассматриваемой версии программы была равна нулю. Обосновывая требования о возмещении убытков, истец ссылаясь на модель «двойного лицензирования», однако суд пришел к выводу, что такой модели в рассматриваемом деле не было (отсутствовала коммерческая альтернатива, и программное обеспечение предлагалось к использованию только в соответствии с условиями лицензии GNU GPL).

Наконец, интересно недавнее дело⁴⁰, которое идет вразрез со сложившейся судебной практикой. Ранее судебная практика соглашалась с тем, что нарушение условий лицензии GNU GPL влечет прекращение прав

³⁸ Oberlandesgericht Karlsruhe Hamm, 13 June 2017, 4 U 72/16.

³⁹ Дополнительно суд установил, что истец имеет право требовать возмещения понесенных расходов «на адвоката», что предусмотрено законодательством Германии, однако не является предметом настоящего исследования.

⁴⁰ Oberlandesgericht Karlsruhe, 27 January 2021, 6 U 60/20.

лицензиата на такое программное обеспечение⁴¹. Вместе с тем в рассматриваемом деле суд подверг данный тезис сомнению.

Истцу принадлежали права на «темы» для программного обеспечения WordPress, которые были разработаны другой компанией на основании договора с истцом⁴² и истец предоставлял их к использованию на коммерческой основе. Программное обеспечение WordPress в свою очередь предлагалось к использованию в соответствии с лицензией GNU GPL v.2.0. Ответчик, будучи пользователем, потребовал от истца опубликовать исходный код указанных тем, ссылаясь на тот факт, что темы являются модификацией WordPress, который лицензируется в соответствии с копи-лефтной лицензией, и на них также распространяются условия лицензии GNU GPL v.2.0. В ответ на это истец подал исковое заявление о запрете публикации исходного кода его тем ответчиком⁴³.

Суд указал, что переработка оригинального программного обеспечения не может рассматриваться как подразумеваемое согласие на лицензирование производных произведений (модификаций) в соответствии с условиями GNU GPL v.2.0. Истец и программисты, создавшие исходный код тем, такое согласие не выразили.

Нарушение условий GNU GPL v.2.0 (когда лицо, осуществившее переработку, не лицензирует модификации в соответствии с условиями GNU GPL v.2.0) влечет утрату *права использования* оригинального произведения и модификаций (в соответствии с разделом 69с (2) Закона об авторском праве Германии⁴⁴), но не затрагивает сами по себе авторские права на модификации. Данный вывод суда отражает один из подходов к последствиям нарушения условий лицензии GNU GPL. Лицо, осуществившее переработку и не соблюдающее условия названной лицензии, теряет права использовать оригинальное программное обеспечение, а также модификации, которые оно внесло, но сохраняет другие права: личные неимущественные права, право на запрет использования модификаций третьими лицами и право на защиту в отношении модификаций. В указанном деле истец сохранил право запрещать публикацию исходного кода ответчиком.

⁴¹ Landgericht München, 19 May 2004, 21 O 6123/04; Landgericht Frankfurt, 6 September 2006, 2-6 O 224/06; Landgericht Bochum, 3 March 2016, I-8 O 294/15.

⁴² В соответствии с условиями договора исключительное право на разработанное программное обеспечение (темы) перешло к истцу.

⁴³ Следует отметить, что ответчик пригрозился опубликовать исходный код тем самостоятельно.

⁴⁴ Copyright Act of 9 September 1965, as last amended by Article 25 of the Act of 23 June 2021 // Federal Law Gazette I, p. 1858. URL: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_urhg/englisch_urhg.html#p0611

Также суд акцентировал внимание, что третьи лица не могут обеспечить выполнение обязательств в соответствии с GNU GPL v.2.0, если лицо, осуществившее переработку, нарушает условия такой лицензии. Данная прерогатива принадлежит лицензиару, поскольку лицензия является договором и ее условия обязательны только для сторон. В частности, третьи лица не имеют права опубликовать исходный код.

Данное решение опровергает утверждение о «вирусности» копилефтных лицензий и кардинально отличается от ранее существовавшей судебной практики. Лицо, осуществившее переработку оригинального программного обеспечения под лицензией GNU GPL, должно явно выразить свое желание лицензировать модификации на таких же условиях; условия GNU GPL автоматически на такие модификации не распространяются.

Наконец, обратимся к судебной практике российских судов. Следует отметить, что по сравнению с другими странами, количество дел, касающихся Open Source-программного обеспечения и соответствующих лицензий, значительно меньше.

Истец ООО «Амперика» обратился в суд с требованием о взыскании вознаграждения в соответствии с сублицензионным договором с ответчика ООО «Стрела». Ответчик в свою очередь обратился со встречным иском о признании сделки недействительной и расторжении сублицензионного договора. Разработка спорного продукта была осуществлена физическим лицом-разработчиком на основе двух программ для ЭВМ, являющихся открытыми и распространяемыми на основе лицензии GNU GPL 2.0. Истец по первоначальному иску приобрел исключительное право на основании договора об отчуждении. Ответчик заявил, что ни истец, ни первоначальный разработчик не обладали исключительными правами на переданное программное обеспечение в связи с нарушениями условий лицензии GNU GPL v.2.0. Суд первой инстанции отказал в удовлетворении встречного искового требования⁴⁵, а суд апелляционной инстанции оставил апелляционную жалобу без удовлетворения⁴⁶, аргументировав свои решения отсутствием надлежащим образом заверенного перевода лицензии на русский язык. Неофициальный перевод допустимым доказательством признан быть не может. Примечательно, что ООО «Амперика» (истец по первоначальному иску) представило в материалы дела несколько переводов лицензии GNU GPL v.2.0, тексты которых отличались друг от друга и от предоставленного ООО «Стрела» (ответчиком по первоначальному иску).

⁴⁵ Решение Арбитражного суда Омской области от 9 июня 2016 г. по делу № А46-15663/2015.

⁴⁶ Постановление Восьмого арбитражного апелляционного суда от 22 сентября 2016 г. № 08АП-9127/2016 по делу № А46-15663/2015.

Другое дело, рассмотренное Арбитражным судом города Москвы⁴⁷, касалось обжалования решения Минцифры России об исключении программного обеспечения ООО «Алми Партнер» из Единого реестра отечественного программного обеспечения. По мнению Минцифры, программное обеспечение было «идентично по степени смешения офисному пакету LibreOffice и, следовательно, на него распространялись условия лицензии Mozilla public license version 2.0». Минцифры исключило программное обеспечение из реестра из-за его несоответствия условиям для включения в него (отсутствует информация о возможности получения исходного кода, уведомление об авторских правах и распространении отдельных компонентов производного программного обеспечения на базе MPL v. 2.0). ООО «Алми Партнер» обжаловало решение Минцифры, в результате чего суд первой инстанции признал приказ незаконным. Минцифры нарушило Правила формирования и ведения единого реестра⁴⁸ и не представило надлежащих и допустимых доказательств в подтверждение нарушения лицензии MPL v. 2.0. В итоге суд пришел к выводу о том, что на дату принятия решения об исключении программного обеспечения из реестра программа AlterOffice соответствовала всем требованиям, предъявляемым к программам для включения в реестр. Примечательно, что суд привел выдержки из результатов проверки ФГУП НИИ «Восход», подтверждающие соблюдение требований лицензии (например, возможность получения исходного кода в соответствии с п. 3.2 лицензии, наличие уведомления о лицензии в соответствии с п. 3.4 лицензии).

Наконец, особый интерес представляет Постановление КС РФ от 16 июня 2022 г. № 25-П⁴⁹, не только внесшее ясность в спор между А. Е. Мамичевым, его прежним работодателем ООО «Интервим» и материнской компанией Виам Софтваре Групп ГмБХ, но которое можно без преувеличения назвать знаменательным для судебной практики по вопросам защиты прав на программное обеспечение, созданное с использованием Open Source-компонентов.

⁴⁷ Решение Арбитражного суда города Москвы от 10 сентября 2020 г. по делу № А40-114871/20-121-616.

⁴⁸ Постановление Правительства РФ от 16 ноября 2015 г. № 1236 (в ред. от 20 июля 2021 г.) «Об установлении запрета на допуск программного обеспечения, происходящего из иностранных государств, для целей осуществления закупок для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (вместе с Правилами формирования и ведения единого реестра российских программ для электронных вычислительных машин и баз данных и единого реестра программ для электронных вычислительных машин и баз данных из государств – членов Евразийского экономического союза, за исключением Российской Федерации).

⁴⁹ «По делу о проверке конституционности пункта 3 статьи 1260 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданина А. Е. Мамичева».

В основе дела, рассматриваемого в судах общей юрисдикции, лежал вопрос о принадлежности авторства и исключительного права на спорную программу. Истец А. Е. Мамичев утверждал, что является автором и правообладателем спорной программы, требовал признать нарушением удаление информации об авторском праве из указанной программы, взыскать компенсацию за нарушение исключительного права, а также запретить ее использование ответчиком и обязать последнего опубликовать судебное решение. В свою очередь прежний работодатель не согласился с требованиями истца, полагая, что программное обеспечение является служебным произведением.

Суд первой инстанции удовлетворил требования истца частично, согласившись с основными из них, однако суд апелляционной инстанции отменил решение первой инстанции и отказал в защите авторских прав истца. Суд обратил внимание на условия лицензий компонентов, использованных при создании программы, – большая часть компонентов распространялась в соответствии с условиями Open Source-лицензий, в частности GNU GPL v. 2.0. По мнению суда, истец нарушил условия названной лицензии, поскольку предлагал использование спорной программы на платной основе. Суд подчеркнул, что истцом не доказано наличие у него права использовать программные продукты, права на которые принадлежат другим правообладателям, и создавать спорную программу на основе таких программ. Примечательно, что суд апелляционной инстанции посчитал спорную программу составным произведением, указав, что она состоит из файлов библиотек, являющихся частью веб-приложения и использующихся для выполнения важнейших его функций, а также что без этих библиотек веб-приложение не будет работать. Следует отметить, что вопрос о том, является ли вновь созданная программа составным или производным произведением, выходит за рамки настоящего исследования.

Возвращаясь к Постановлению КС РФ, проанализируем основные выводы, играющие важное значение для дел, связанных с защитой прав на программное обеспечение, созданное с использованием Open Source компонентов. Основная мысль, объединяющая выводы КС, может быть сформулирована следующим образом: несоблюдение авторских прав авторов (правообладателей) произведений, использованных при создании составного или производного произведения, ограничивает осуществление авторских прав автором такого производного или составного произведения, но не может являться основанием отказа в защите его авторских прав.

Возникновение авторских прав автора программы для ЭВМ как составного произведения, а также их последующая защита не могут быть поставлены в зависимость от волеизъявления третьих лиц, а именно от

получения согласия авторов (правообладателей) использованных объектов (программ для ЭВМ) на использование их в составном произведении. При этом осуществление таких авторских прав, включая использование составной программы, действительно возможно только при получении названного согласия. Указанное находит свое отражение и в постановлении Пленума ВС от 23 апреля 2019 г. № 10 (п. 88).

КС акцентировал внимание на том, что авторы (правообладатели) компонентов, использованных при создании составного программного обеспечения, вправе самостоятельно определять, защищать ли им свое нарушенное право (принцип диспозитивности в гражданском праве). Данный вывод четко ограничивает круг субъектов, правомочных предъявлять требования о нарушении условий Open Source-лицензий.

При создании программы как составного произведения наряду с объектами, права на которые принадлежат иным авторам (правообладателям), истец использовал разработки, созданные его собственным творческим трудом. Соответственно в отношении указанных частей он является автором и правообладателем и вправе осуществлять авторские права на них в полном объеме (включая исключительные права).

Создателю программы для ЭВМ как составного произведения не может быть отказано в защите права авторства, права автора на имя и исключительного права в части предъявления требования о пресечении нарушающих право автора действий в случаях, когда ответчик также не вправе использовать такие объекты (программы для ЭВМ). Интересно отметить, что КС в своих выводах не исключает защиту имущественных интересов автора программы для ЭВМ, являющейся составным произведением, в том числе путем взыскания компенсации за нарушение другими лицами его исключительного права.

Несмотря на то, что в Постановлении КС программы для ЭВМ рассматривались как составные произведения, полагаю, что выводы в равной степени применимы и в отношении программного обеспечения, квалифицируемого как производное произведение.

Подводя итог, нельзя не отметить схожесть выводов КС с подходом, сформулированным в одном из недавних решений немецкого суда, рассмотренном ранее⁵⁰. Проанализированное Постановление КС является переломным моментом и, безусловно, призвано оказать положительное влияние на судебную практику рассмотрения аналогичных споров. Можно предположить, что в перспективе подход российских судов может стать схожим с подходом европейских судов, что повысит шансы успешной защиты прав разработчиков Open Source-программного обеспечения в России.

⁵⁰ Oberlandesgericht Karlsruhe, 27 January 2021, 6 U 60/20.

ВЫВОДЫ

Учитывая проанализированную судебную практику, целесообразно вернуться к поставленным в разделе 3 вопросам.

Какие последствия для лицензиата, а также для пользователей, которым было предоставлено право использования программного обеспечения, влечет нарушение лицензиатом условий Open Source-лицензий.

В случае нарушения условий копилефтных лицензий лицом, от которого пользователи получили программное обеспечение, последствия для пользователей зависят от условий конкретной лицензии. Например, в соответствии с условиями лицензий GNU GPL v. 2.0 (п. 4), GNU GPL v. 3.0 (п. 8), MPL v. 2.0 (п. 5.3) в случае прекращения действия лицензии лица, осуществившего переработку, в связи с нарушением условий лицензии полученные пользователями от такого лица лицензии не будут прекращены. Пользователи смогут продолжить использование программы на основании лицензии, полученной от первоначального автора.

Такие последствия обеспечиваются специальными положениями (п. 6 в GNU GPL v. 2.0 и п. 10 в GNU GPL v. 3.0), которые, как отмечает А. И. Савельев, направлены на установление прямых отношений между лицензиатом и пользователем. При каждом последующем распространении программы, в том числе в модифицированном виде, пользователь автоматически получает лицензию от первоначального лицензиара на копирование, распространение и модификацию программы на условиях данной лицензии. При этом права на модификации к первоначальной программе пользователь приобретает от лица, сделавшего их, при условии соблюдения условий GNU GPL. По мнению А. И. Савельева на это косвенно указывают положения лицензии: «Стороны, которые получили от вас экземпляры программы или права на основании данной лицензии...» (п. 4 в GNU GPL v. 2.0 и п. 8 в GNU GPL v. 3.0)⁵¹.

При этом учитывая, что указанные условия содержатся в пунктах, касающихся прекращения действия лицензии, можно предположить, что в случае, если лицо нарушило условия лицензии, другие пользователи могут использовать не только оригинальное программное обеспечение (поскольку права на программу пользователь приобретает непосредственно от ее правообладателя), но и модификации, которые были внесены лицом, нарушившим лицензию. Данный вывод следует из буквального толкования условий лицензии, однако видится спорным в контексте авторских прав, так как отсутствует единое мнение о последствиях неправомерной переработки для исключительного права осуществившего ее лица.

⁵¹ Савельев А. И. Указ. соч. С. 369.

Исходя из условий рассмотренных копилефтных лицензий, если при разработке программного обеспечения лицензиат нарушает условия таких лицензий, его исключительное право «автоматически» прекращается. При этом лицензии GNU GPL v. 3.0 (п. 8) и MPL v. 2.0 (п. 5.1) предусматривают наличие возможности устранить нарушение условий лицензии, в результате чего права будут «восстановлены». Если нарушение не устраняется, то исключительное право на использование оригинального произведения прекращается. Возникает вопрос: что происходит с правом на производное произведение и каковы пределы зависимости осуществления интеллектуальных прав на производное произведение от прав автора и правообладателя оригинального произведения?

Следуя наиболее строгому, формальному подходу и исходя из сущности производного произведения как основанного на уже существующем оригинальном произведении, можно предположить, что с прекращением прав на последнее прекращаются права и на производное программное обеспечение.

Более логичным видится комплексный подход, который учитывает структуру интеллектуальных прав. Интеллектуальные права включают в себя личные неимущественные права и исключительное право; некоторые юрисдикции выделяют и другие группы (например, «иные права» в российском законодательстве).

Надо согласиться с В. И. Елисеевым в том, что осуществление личных неимущественных и некоторых иных интеллектуальных прав, не входящих в категорию личных неимущественных, не может быть поставлено в зависимость от соблюдения прав на первоначальный объект и усмотрения правообладателя первоначального объекта, поскольку в противном случае такая обусловленность подчиняла бы идентификацию автора и созданного им РИД воле правообладателя оригинального произведения и искажала бы объективно существующую связь между РИД и его создателем⁵².

Ограничения распространяются на осуществление исключительного права на производные объекты. При этом логичным видится предположение, что соблюдение исключительного права на первоначальный объект требуется только для реализации правомочия на использование производного произведения своими действиями (например, для воспроизведения и распространения экземпляров программного обеспечения). При этом осуществление правомочия запрещать использование производного объекта и правомочия на защиту не затрагивает исключительное право на более

⁵² Елисеев В. И. Осуществление интеллектуальных прав на производные объекты // Журнал Суда по интеллектуальным правам. 2017. № 18. С. 58–68.

ранний объект⁵³. Следовательно, такие правомочия могут быть реализованы автором производного произведения независимо.

Таким образом, в случае нарушения условий копилефтных лицензий лицо, осуществившее переработку, сохраняет личные неимущественные права (может считаться автором модификаций и т. д.), право запрещать использование модификаций, а также право на защиту в их отношении. Вместе с тем нарушитель теряет право использования как оригинального программного обеспечения, так и модификаций. Как отмечалось, указанный подход нашел свое отражение в одном из решений немецких судов⁵⁴, а также в недавнем Постановлении КС РФ от 16 июня 2022 г. № 25-П.

Как уже отмечалось, оптимальным представляется рассмотренный комплексный подход⁵⁵.

Каким образом квалифицировать нарушение условий Open Source-лицензий – как нарушение авторских прав или как нарушение договора?

Исходя из проанализированной судебной практики, можно сделать вывод, что суды склонны признавать нарушение условий Open Source-лицензий нарушением авторских прав. Внимание заслуживает рассмотренное в США дело *Artifex Software, Inc. v. Hancorn, Inc.*⁵⁶ и вывод суда о том, что, когда требования выходят за пределы сферы авторского права, нарушение положений копилефтных лицензий следует рассматривать как нарушение договора. Так, обязательство предоставить исходный код в законодательстве об авторском праве отсутствует, что может свидетельствовать о нарушении договора.

Какие требования лицензиар может предъявить к нарушителю?

Ответ на вопрос зависит, во-первых, от квалификации нарушения условий копилефтных лицензий (нарушение авторских прав или договора), а, во-вторых, от предоставляемых национальным законодательством средств правовой защиты. Если рассматривать нарушение условий лицензии как нарушение авторских прав (когда нарушитель использует программное обеспечение в нарушение условий лицензии), то наиболее распространенным способом защиты исключительного права является запрет использования программного обеспечения. Такой способ предусмотрен законодательством стран, судебная практика которых была рассмотрена ранее.

⁵³ Елисеев В. И. Указ. соч.

⁵⁴ Oberlandesgericht Karlsruhe, 27 January 2021, 6 U 60/20.

⁵⁵ Следует отметить, что существует альтернативный подход – в случае нарушения условий копилефтной лицензии исключительное право сохраняется, однако наступает договорно-правовая ответственность. Вместе с тем комплексный подход видится более обоснованным.

⁵⁶ *Artifex Software, Inc. v. Hancorn, Inc.* No. 16-cv-06982-JSC (N.D. Cal. Sep. 12, 2017).

Помимо запрета использования программного обеспечения можно требовать исполнения обязательства в натуре. Например, предоставления исходного кода конкретному пользователю по его запросу, уведомления пользователей о правах, принадлежащих им в соответствии с условиями лицензии, и т. д. Указанный способ видится эффективным и реализуемым на практике.

В качестве примера можно привести судебную практику российских судов. В одном из дел был сделан вывод, что гражданское законодательство (в частности ст. 12, 1252, 1235 ГК РФ) не исключает возможность правообладателя исключительного права понудить лицензиата к исполнению обязательства в натуре в отношении условий лицензионного договора⁵⁷. Учитывая довольно консервативный подход российских судов и их согласие с возможностью исполнения обязательства в натуре, можно сделать вывод, что такой способ реализуем и в других юрисдикциях (например, в США подобные условия включают в мировые соглашения).

Возмещение убытков как способ защиты исключительного права на практике вызывает сложности с точки зрения их расчета, что обусловлено безвозмездностью Open Source-лицензий, поэтому его эффективность остается под вопросом. Вместе с тем такой способ может быть реализуем, если лицо использует модель двойного лицензирования, предлагая программное обеспечение как под проприетарной (платной), так и под Open Source-лицензией. В таком случае ориентиром для расчета убытков может выступать стоимость проприетарной лицензии.

Следует признать также, что в случае нарушения условий Open Source-лицензий требовать защиты прав может лицензиар-правообладатель, а не конечные пользователи и иные лицензиаты. Такой подход отвечает относительной природе правоотношений, возникающих в связи с заключением лицензионного договора. При этом правообладатель оригинального программного обеспечения, которое изначально предоставлялось в использование на основании Open Source-лицензии, может требовать защиты его прав в отношении такого оригинального произведения. В свою очередь лицензиат, осуществивший переработку оригинального произведения в нарушение условий лицензии (например, без открытия исходного кода), сохраняет право на защиту в отношении произведенных им модификаций, поскольку выступает по отношению к ним автором и правообладателем.

⁵⁷ Суд сослался на п. 22 постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 24 марта 2016 г. № 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств» (см. постановления Девятого арбитражного апелляционного суда от 7 апреля 2016 г. по делу № А40-66891/2014; СИП от 4 июля 2016 г. по делу № А40-66891/2014).

Н. В. Бузова

ФОТОГРАФИИ КАК РЕЗУЛЬТАТЫ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ: СЛУЧАИ НЕПРАВОМЕРНОГО ИСПОЛЬЗОВАНИЯ И НЕКОТОРЫЕ АСПЕКТЫ ЗАЩИТЫ

Для изготовления рекламного буклета, оформления сайта или иллюстрирования статьи иногда используются фотографии, скопированные из информационно-телекоммуникационных сетей. Выбирая понравившейся снимок в сервисе «Яндекс Картинки», «Google Images» либо на других информационных ресурсах, некоторые пользователи не всегда задумаются о наличии в отношении этой фотографии прав третьих лиц. И, приобретая в суде статус ответчика, пользователи, позаимствовавшие без разрешения правообладателей фотографии для творческих работ или коммерческих проектов, пытаются апеллировать к тому, что такие объекты находились в свободном доступе в сети, в «месте, свободном для посещения», и не имели каких-либо ограничений для копирования и предупредительных надписей, забывая или игнорируя законодательство об интеллектуальных правах.

В связи со стремительным технологическим развитием, которое наблюдается во второй половине XX – начале XXI вв., большая часть фотографических произведений была создана за последние пятьдесят лет. Надо понимать, что в отношении фотографий признаются интеллектуальные права, и для их использования, в том числе в информационно-телекоммуникационных сетях, необходимо разрешение фотографа (либо иного правообладателя) и/или соблюдение иных требований законодательства в сфере интеллектуальной собственности.

Фотографии неслучайно рассматриваются как художественные произведения. Так же, как и графика, архитектура, скульптура и живопись, фотографические произведения относятся к категории изобразительного пластического искусства¹, поскольку данные произведения позволяют воспроизвести «с различной мерой чувственной достоверности визуально воспринимаемую действительность»². Фотография является одним из универсальных средств «фиксации момента действительности для демонстрации обществу увиденного предмета»³.

¹ См.: *Абросимова Н. В.* Понятие фотографии и факторы создания художественного фотообраза // Вестник Ленинградского государственного университета им. А. С. Пушкина. 2015. С. 217.

² См.: *Штаничева Н. С., Денисенко В. И.* Живопись: Учебное пособие. М.: Академический проект. 2009. С. 132.

³ Популярность фотографий обусловлена тем, что они способны более точно зафиксировать внешний вид объектов материального мира в двумерном пространстве, в том числе предметы, пейзажи, людей, результаты научных экспериментов и происшествий. В отличие от картины, на которой художник, изображая какое-либо событие из реальной жизни, факт, передает свое отношение к отображенному на полотне, настроение, переживание, в фотографии, фиксирующей какой-то определенный момент, присутствует большая точность и реальность происходящего.

В соответствии с действующим российским законодательством фотографические произведения и произведения, полученные способами, аналогичными фотографии, относятся к объектам, охраняемым авторским правом (п. 2 ст. 1259 ГК РФ). При этом ни в указанной статье, ни других статьях ГК РФ не приводится определение понятия «фотография» или «фотографическое произведение». Вместе с тем в некоторых законодательных актах зарубежных стран можно встретить дефиниции данного понятия. Например, согласно п. 2 ст. 4 Закона Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии от 15 ноября 1988 г. «Об авторском праве, промышленных образцах и патентах» фотография представляет собой запись света или другого излучения на любом носителе, на котором изображение воспроизведено или с которого изображение может быть воспроизведено любыми средствами. (Одновременно в указанной норме сделана оговорка о том, что часть такого изображения не является частью фильма⁴. То есть кадр фильма не рассматривается как фотография, хотя такой подход характерен не для всех государств).

В качестве объектов авторского права фотографии охраняются в большинстве стран мира. На международном уровне к числу охраняемых авторским правом произведений фотографии были отнесены 13 ноября 1908 г. при Берлинском пересмотре Бернской конвенции.

В России авторско-правовая охрана фотографий также имеет довольно продолжительную историю. В дореволюционный период положения о правовой охране фотографий нашли отражение в Законе от 20 марта 1911 г. об авторском праве (отд. 6), хотя судебная практика, как отмечал Я. А. Канторович, выводила заключение о защите фотографий и из ст. 1185 тома X части I Свода Законов Гражданских, в которой содержалось упоминание о фотографии⁵. Фотографические произведения указывались

³ См.: *Воронцова Е. А.* Становление фотографии как искусства сквозь призму трансформации мироощущения человека // Вестник Тамбовского университета. Серия: Гуманитарные науки. 2011. Выпуск 2 (94). С. 296.

⁴ Copyright, Designs and Patents Act 1988. //URL: <https://wipolex.wipo.int/en/text/474029>.

⁵ *Канторович Я. А.* Авторское право на литературные, музыкальные, художественные и фотографические произведения. Пг., 1916. С. 275.

как охраняемые авторским правом объекты в Основах авторского права СССР 1925 г. (п.2), Основах авторского права СССР 1928 г. (п. 4), Гражданском кодексе РСФСР от 11 июня 1964 г. (ст. 475), Основах гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г. (п. 2 ст. 134), Законе РФ от 9 июля 1993 г. № 5351-1 «Об авторском праве и смежных правах» (ст. 7).

Еще в начале XX в., когда авторское право как правовой институт в некоторых странах только зарождалось или находилось на начальной стадии развития, высказывались различные мнения о целесообразности такой охраны ввиду того, что творческий вклад в создание фотографий отмечался как незначительный. Поскольку процесс фотографирования и изготовления фотографий представляет собой сочетание физических и химических процессов с применением для этих целей технических средств, деятельность фотографа некоторые исследователи относили к ремеслу, а фотографии – к техническому процессу⁶. Согласно второму подходу «в деятельности фотографа следует видеть элемент творчества, ибо красота, художественность и сама удача снимка зависят от умения пользоваться освещением, от выбора места для постановки аппарата, придания снимаемому предмету известного положения, группировки предметов и, наконец, отделки негатива, требующей художественно-технической подготовки»⁷. Третий подход основывался на том, что суду в каждом конкретном случае следует решить, может ли определенная фотография быть признана художественным произведением⁸.

За прошедшее столетие дискуссии об охраноспособности отдельных видов фотографий продолжаются, особенно при рассмотрении споров в суде об их неправомерном использовании.

В соответствии с российским законодательством – так же, как и законодательными актами многих государств, – отсутствуют специальные условия признания авторско-правовой охраны в отношении фотографий. Достаточным условием признания за фотографом интеллектуальных прав является внесение творческого вклада при создании такого объекта. Подобный подход согласуется с положениями Бернской конвенции, не устанавливающей специальных требований к фотографиям и не выделяющей их в качестве каких-либо особых объектов среди других художественных произведений.

В случае возражений ответчика против заявления истца о наличии у него исключительных прав на фотографию, поскольку такой снимок не является объектом авторского права, суд обращает внимание на элементы,

⁶ Канторович Я. А. Указ. соч. С. 272.

⁷ Канторович Я. А. Указ. соч. С. 273.

⁸ Там же.

характеризующие деятельность фотографа как творческую. Так, судом были отклонены возражения ответчика, указывающие на то, что фотография истца представляет собой обычную фиксацию объекта городской инфраструктуры (железнодорожного вокзала г. Омска). По мнению суда, фотография содержала «художественный замысел, направленный на формирование иного эстетического представления о месте чем то, которое может получить любой наблюдатель соответствующего фона. Изображение, подобное созданному автором, не может быть получено при обычном фотографировании объекта городской инфраструктуры, оно содержит такой творческий прием, как рисование светом в условиях ночной съемки. На фотографии сохранены следы фар движущегося автомобиля, а также неестественным образом отражен свет фонарей, расположенных у вокзала»⁹.

Перечень элементов, которые могут характеризовать деятельность фотографа как творческую, нашел отражение в российской судебной практике рассмотрения споров, касающихся нарушений авторских прав вследствие неправомерного использования фотографий. В судебных актах неоднократно отмечалось, что «под творческой деятельностью фотографа следует понимать действия по созданию результата интеллектуальной деятельности: выбор экспозиции, размещение объекта фотоснимка в пространстве, выбор собственной позиции для совершения фотосъемки, установка света и/или адаптация своего местонахождения и места нахождения объекта фотосъемки под имеющееся освещение, подбор световых фильтров для объектива, установка выдержки затвора, настройка диафрагмы, настройка резкости кадра, проявление фотопленки (для пленочных фотоаппаратов), проявление фотографий (для пленочных фотоаппаратов), обработка полученного изображения при помощи специальных компьютерных программ (для цифровых фотоаппаратов). Соответственно процесс создания любой фотографии или видеозаписи обладает признаками творческой деятельности, представляющей собой фиксацию с помощью технических средств различных отражений постоянно изменяющейся действительности»¹⁰.

Как и в отношении других произведений, для возникновения авторско-правовой охраны фотографии в России (и во многих зарубежных государствах) не требуется выполнения каких-либо формальностей. Хотя в советский период для признания авторского права в отношении фотографических произведений ряд формальностей предусматривался законодательством. Так, в соответствии ст. 475 ГК РСФСР 1964 г. авторское право

⁹ Решение Центрального районного суда г. Омска от 21 марта 2014 г. по делу № 2-1137/2014.

¹⁰ См., например, решение Арбитражного суда Тульской области от 19 ноября 2021 г. по делу № А68-4197/2020, постановление СИП от 3 февраля 2022 г. № С01-2382/2021 по делу № А57-213/2021.

на фотографические произведения и произведения, полученные способами, аналогичными фотографии, признается, если на каждом экземпляре произведения указаны имя автора, место и год выпуска произведения в свет. Указание фирмы или имени, фамилии и места жительства фотографа, а также года выпуска в свет фотографического произведения требовалось и согласно Основам авторского права СССР 1925 и 1928 гг.

Вместе с тем как в России, так и за рубежом, создаются специальные сервисы и организации, предоставляющие услуги по депонированию фотографических произведений, и в случае конфликтных ситуаций правообладатели приводят сведения из таких сервисов для подтверждения существования фотографий в объективной форме на определенную дату.

Бернская конвенция не делит их на творческие и нетворческие, профессиональные и любительские, хотя и не исключается возможность ограничения охраны на национальном уровне отдельных видов фотографий¹¹.

Однако в законодательных актах ряда зарубежных государств, например, Австрии, Германии, Дании, Исландии, Испании, Италии и Финляндии, помимо авторско-правовой охраны фотографических произведений предусмотрен специальный правовой режим для так называемых «простых» фотографий. В отличие от фотографических произведений, охраняемых авторским правом, простые фотографии рассматриваются как объекты смежных прав. В странах, предоставляющих, как и Россия, фотографическим произведениям авторско-правовую охрану, охраняемые объекты должны являть собой результат индивидуального творчества, который может достигаться путем не только выбора предмета для снимка и его ракурса, определения перспективы, но и подбора светотени, фокусировки, установления резкости и контраста, использования различных фильтров, специальных линз и других технологий, дополнительной обработки фотографии посредством ретуши, монтажа, коллажа, других спецэффектов, кадрирования и т. д. Семейные фотографии, селфи, снимки мероприятий и иные фотографии, сделанные фотоаппаратом в автоматическом режиме, могут быть отнесены к простым фотографиям. Считается, что таким фотографиям, как правило, не хватает творчества.

В частности, в Италии к простым фотографиям относят фотографии людей или элементы либо факты естественной и общественной жизни, полученные фотографическим процессом или посредством аналогичного процесса, включая репродукции произведений изобразительного искусства и кадры из кинофильмов (ст. 87 Закона Италии от 22 апреля 1941 г.

¹¹ См.: Мазуе К. Бернская конвенция об охране литературных и художественных произведений. Комментарий // Международные конвенции об авторском праве. Комментарии / Под ред. Э. П. Гаврилова. М.: Прогресс. 1982. С. 37.

№ 633 «Об охране авторского права и других прав, связанных с его осуществлением» (с изменениями)¹²). Исключения составляют фотографии писем, документов, деловых документов, материальных объектов, технических чертежей и аналогичных изделий, которые не относятся к охраняемым фотографиям, рассматриваются как фотографические репродукции и могут свободно использоваться.

Как правило, правовые режимы, применяемые к фотографическим произведениям и «простым» фотографиям, очень похожи. Например, в Германии отличия выражаются в сроке действия исключительного права, который для «простых» фотографий короче, и вместо 70 лет после смерти ее автора составляет 50 лет после ее опубликования или изготовления (§ 72 Закона Германии от 9 сентября 1965 г. «Об авторском праве и смежных правах» (с изменениями)¹³). В Австрии после решения Верховного Суда 2001 г. по делу Eurobike почти все фотографии стали рассматриваться как фотографические произведения, охраняемые авторским правом, за исключением тех, в которых различия вызваны техническими характеристиками использованного для фотографирования средства, в частности, автоматически изготовленные снимки на документы, аэрокосмические снимки. Однако некоторые правопорядки предусматривают и более существенные отличия.

Особо следует отметить, что в Италии для «простых» фотографий также установлены дополнительные формальности, несоблюдение которых может помешать судебной защите нарушенных прав на них. Экземпляры фотографий должны содержать имя фотографа или название организации, нанимающей фотографа, или клиента, дату года изготовления фотографии, а, если было сфотографировано произведение искусства, то также указывается и имя автора произведения. Если эти формальные требования не выполнены, фотограф может воспользоваться своим исключительным правом на воспроизведение и распространение, только доказав недобросовестность пользователя.

В связи с этим при взаимодействии с зарубежными фотографами или при вступлении в правоотношения по использованию фотографии, в которых присутствует иной иностранный элемент, имеет смысл обращать внимание на национальные особенности применимого к таким правоотношениям законодательства.

¹² Legge 22 aprile 1941, n. 633 sulla protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio // URL: <https://wipo.int/en/text/585941>.

¹³ Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte. // URL: <https://www.gesetze-im-internet.de/urhg/BJNR012730965.html>.

Современные технологии и цифровая среда расширили возможности создания оригинальных фотографий, позволили приобщиться к фотографии даже обладателям смартфона и делиться творческими результатами со всем миром. Фотографии не только печатаются в художественных фотоальбомах, хранятся в архивах, иллюстрируют книги, журналы и газеты, но и рекламные объявления, анонсы, сообщения в блогах, на новостных лентах, размещаются на сайтах организаций и государственных органов, личных страницах и в социальной сети. С одной стороны, информационно-телекоммуникационные сети стали доминирующей площадкой для использования фотографий, а с другой – в настоящее время наибольшее количество нарушений интеллектуальных прав на фотографии допускаются именно в информационно-телекоммуникационных сетях.

Однако положения ст. 15.2 Закона об информации (с изменениями) и ст. 144.1 ГПК РФ не распространяются на фотографические произведения и произведения, созданные способами, аналогичными фотографии. В России положения о возможности наложения предварительных обеспечительных мер в отношении фотографий не применяются. Споры о нарушении интеллектуальных прав на фотографии, в том числе в информационно-телекоммуникационных сетях, рассматриваются в общем порядке – в зависимости от субъектного состава лиц, участвующих в деле.

В России большое количество споров, связанных с неправомерным использованием фотографий, обусловлены нарушением правил цитирования, относящегося к исключениям из авторских прав. В соответствии с российским законодательством допускается цитирование произведений (подп. 1 п. 1 ст. 1274 ГК РФ), включая фотографии, что подтверждает и судебная практика (особо отмечено в подп. «а» п. 98 Постановления Пленума ВС РФ от 23 апреля 2019 г. № 10).

Для применения положений ГК РФ об исключении и правомерного использования фотографии посредством цитирования должны быть соблюдены следующие условия:

- фотография должна быть правомерно обнародована;
- воспроизведение и последующее использование должно осуществляться в научных, полемических, критических информационных, учебных целях или с целью раскрытия творческого замысла автора;
- объем используемого объекта должен быть оправдан целью цитирования (в то же время российская судебная практика исходит из того, что процитирован может быть не только фрагмент фотографии, но и вся фотография в целом);
- требуется обязательное указание имени автора и источника заимствования.

Все условия, указанные в подп. 1 п. 1 ст. 1274 ГК РФ и приведенные ранее, должны быть соблюдены одновременно, на что обращается внимание в Обзоре судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 3 (2017), утвержденном Президиумом ВС РФ 12 июля 2017 г.

Если на сайте, на котором фотография доводится до всеобщего сведения, не указана ссылка на источник заимствования, требование цитирования считается несоблюденным, и использование такой фотографии рассматривается как нарушение интеллектуальных прав¹⁴.

Помимо скриншотов и видеозаписей посещения сайта ответчика в качестве одного из доказательств неправомерного использования фотографий в сети Интернет получило распространение протоколирование автоматизированного осмотра информации с помощью автоматизированной системы «Вебджастис». Данная система является программным комплексом по фиксации информации в сети Интернет (свидетельство о государственной регистрации Программы для ЭВМ № 2018666835, дата государственной регистрации в Реестре программ для ЭВМ 21 декабря 2018 г.)¹⁵. С помощью данной автоматизированной системы «Вебджастис» фиксируется страница в сети Интернет по URL-адресу... с наличием на ней информации (текст, фотография и т. д.) на определенную дату и отсутствие ссылок на правообладателя использованной ответчиком фотографии¹⁶.

В то же время указание только ссылки на источник заимствования, без указания имени автора, также не является достаточным условием для соблюдения интеллектуальных прав автора (или иного правообладателя).

Встречаются ситуации, когда популярная фотография была размещена на нескольких информационных ресурсах и на некоторых из них не указано имя автора используемого фотографического произведения. В качестве доводов в свою защиту ответчики указывают на отсутствие информации об авторе фотографии на информационных ресурсах, которые являлись источниками заимствования.

При рассмотрении дела № 2-192/2021 ответчик ссылался на то, что использованная им фотография размещена на других сайтах в сети Интернет с указанием иных, нежели истец, лиц в качестве автора. Однако представить доказательства авторства иного лица не смог. Как указано в решении суда, сама по себе ссылка на Интернет-страницы, где размещена

¹⁴ Например, решение Арбитражного суда г. Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 16 ноября 2022 г. по делу № А56-102233/2021.

¹⁵ Например, см.: постановление Третьего арбитражного апелляционного суда от 24 августа 2022 г. по делу № А33-33358/2021.

¹⁶ Постановление Двадцатого арбитражного апелляционного суда от 18 апреля 2022 г. № 20АП-1126/2022 по делу № А68-6327/2021.

спорная фотография, не свидетельствует об ином авторе данной фотографии, а лишь подтверждает ее использование другими лицами без указания имени автора¹⁷.

Действительно, установление авторов некоторых фотографий в отдельных случаях может быть затруднительно практически. Такие ситуации возможны не только в связи с использованием фотографий в информационно-телекоммуникационных сетях. Например, аналогичным образом будет оцениваться использование фотографий из семейного или личного альбома, сделанных много лет назад и подаренных другом, коллегой или иным близким человеком. Фактически автором фотографии и соответственно первоначальным правообладателем является тот, кто нажимает на кнопку фотоаппарата и таким образом делает снимок. Именно это лицо выражает свою волю, осуществляет определенные действия, направленные на создание фотографического произведения, даже в том случае, если фотокамера является автоматической. Фотографию мог сделать даже случайный прохожий, делая снимок лица, являющегося владельцем фотоаппарата. В связи с этим иногда крайне сложно найти человека, который является автором фотографии. При этом не имеет значения, хранится эта фотография на бумажном или цифровом носителе. В некоторых государствах предусмотрены правовые механизмы, которые применимы к «сиротским» произведениям. То есть в тех случаях, когда автор или иной правообладатель не известен, существует возможность обратиться в компетентный орган, заявить о невозможности установить автора или иного правообладателя, в отдельных случаях заплатить установленную плату и использовать необходимое произведение. В рамках действующего в настоящее время в Российской Федерации законодательства, если лицо, не знает, кто является автором фотографии, и не хотело бы нарушать установленные нормы, ему не следует использовать такое фотографическое произведение.

Но несмотря на отсутствие предпринимательского интереса и коммерческих целей, правомерно процитировать, воспроизвести в качестве иллюстрации или иным образом свободно использовать фотографию в информационных, научных, учебных или культурных целях, предусмотренных ст. 1274 ГК РФ, без указания имени автора будет проблематично.

Как отмечено Двадцатым апелляционным судом, *норма статьи 1274 ГК РФ не ставит правомерность использования произведения в зависимость от возможности или невозможности установления авторства,*

¹⁷ Решение Куйбышевского районного суда г. Санкт-Петербурга от 11 февраля 2021 г. по делу № 2-192/2021.

а императивно устанавливает возможность свободного использования произведения (в том числе в информационных целях) исключительно с обязательным указанием автора произведения. Невозможность установления авторства на спорное фотографическое произведение не является основанием для освобождения ответчиков от ответственности за незаконное использование произведения. Таким образом, не имеет юридического значения тот факт, из какого именно источника ответчик скопировал спорные фотографии, так как в любом случае – при использовании данных фотографий ответчик не должен был допускать нарушения прав правообладателя¹⁸.

Положения законодательства таковы, что за пределами случаев свободного использования может оказаться и доведение до всеобщего сведения в сети Интернет без указания автора фотографии пропавшего человека или сбежавшего котенка. Представляется, что такие действия также должны осуществляться в соответствии с общими требованиями законодательства. То есть неуказание имени автора фотографии даже в информационном сообщении, с точки зрения законодательства об интеллектуальной собственности, будет признаваться нарушением интеллектуальных прав. Обратится ли фотограф за защитой его нарушенных авторских прав в суд или посчитает нецелесообразным воспользоваться существующим механизмом защиты, учитывая цель поиска сбежавшего котенка, зависит от решения фотографа. Но такая правовая возможность как элемент его субъективного интеллектуального права у него существует. При этом полагаю, что степень добросовестности воспроизведения и/или доведения до всеобщего сведения фотографии, условия и характер обстоятельств, в которых используется фотография, могут быть учтены судом при вынесении решения о наложении мер ответственности на лиц, использовавших фотографию без разрешения и/или указания имени фотографа.

В ст. 1274 ГК РФ не предусмотрено каких-либо исключений из приведенных в этом пункте требований к свободному использованию. Однако представляется, что исключение все-таки возможно. В качестве исключения можно рассматривать случаи, когда решение использовать свои фотографии анонимно (без указания своего имени), в том числе посредством доведения до всеобщего сведения, было принято автором самостоятельно.

Кроме того, возможна ситуация, когда содержание фотографии «А», созданной фотографом «Н», и фотографии «В», изготовленной фотографом «М», может быть практически одинаковым (одновременная съемка

¹⁸ Постановление Двадцатого арбитражного апелляционного суда от 14 июля 2021 г. по делу № А68-7211/2020.

разными фотографиями одного и того же предмета или события, съемка статического предмета). В этом случае при наличии спора об авторстве фотографий или источнике заимствования могут сравниваться как технические, так и художественные характеристики данных фотографий.

Фотографии исследуются на наличие водяных знаков, которые применяются в целях самозащиты для подтверждения авторских прав на произведение, анализируются сведения метаданных EXIF, представляющие собой дополнительную текстовую информацию, содержащуюся в специальных полях файла с цифровым фотоизображением¹⁹. Также важной информацией, учитываемой судом при установлении авторства и правообладателя, являются сведения о дате размещения аналогичной фотографии в другом источнике, позиционируемом как источник заимствования.

Как отмечено в п. 110 Постановления Пленума ВС РФ от 23 апреля 2019 г. № 10, об авторстве конкретного лица на фотографию в числе прочего может свидетельствовать представление этим лицом необработанной фотографии.

Как правило, в информационно-телекоммуникационной сети фотографии размещаются в формате JPEG, который занимает меньше места и удобен при обработке посредством программного обеспечения.

К форматам цифровых файлов изображений, содержащих необработанные данные, относят формат RAW, что в переводе с англ. означает «сырой». Такой формат иногда именуют «цифровым негативом»²⁰, поскольку изображение в данном формате еще не было обработано программным обеспечением, в частности, таким как графические редакторы.

Снимки в данном формате зачастую представляют истцы для подтверждения авторства и наличия интеллектуальных прав на фотографические произведения.

В то же время ответчик может возражать против доводов истца о наличии у него интеллектуальных прав на фотографии, указывая на иные источники получения фотографии и наличие на использование такой фотографии разрешения, данного иным лицом, считающим себя правообладателем. При рассмотрении кассационной жалобы, касающейся неправомерного использования фотографии в сети Интернет, СИП признал недостаточно обоснованным вывод судов первой и апелляционной инстанций о том, что сам факт наличия у автора и истца исходных фотографических произведений в формате RAW является бесспорным доказательством

¹⁹ Решение Арбитражного суда г. Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 11 февраля 2022 г. по делу № А56-109766/2021.

²⁰ См.: Белов Н. Все секреты. Классическая пейзажная фотография. ЛитРес. 2020. С. 218.

авторства²¹. При наличии спора о правомерности использования фотографии, в том числе спора об авторстве, должны быть исследованы не только необработанные файлы, но и другие доказательства, подтверждающие или опровергающие доводы сторон и свидетельствующие об авторстве и источнике получения фотографии и прав на нее.

Как отмечается в судебной практике, фотографии в формате RAW не могут являться единственным и определяющим доказательством наличия права на спорную фотографию, *так как в силу закона (части 2, 4 и 5 статьи 71 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации)* ни одно доказательство не является определяющим, рассматриваются и все другие доказательства по делу в их общей совокупности²².

Целесообразно иметь в виду, что в некоторых фотоаппаратах при применении ряда режимов формат RAW автоматически меняется на JPEG. Формат RAW может быть отключен и самим фотографом для сохранения на карте памяти большего количества снимков²³, поскольку размер файлов со снимком в формате RAW может быть в два раза больше. Также нужно учитывать, что не все фотокамеры, особенно непрофессиональные, могут поддерживать формат RAW. Следует принимать во внимание, что RAW-форматы не унифицированы и для разных фотоаппаратов различаются²⁴ – так же, как различается расширение файлов в формате RAW для разных фотоаппаратов.

То есть не исключены случаи, когда оригинал фотографии может находиться не в RAW, а JPEG или ином формате. Учитывая технические особенности фотокамер, при представлении доказательств вместе с файлами фотографий в формате RAW (или JPEG) предъявляются и инструкции к соответствующему устройству, использовавшемуся для изготовления спорной фотографии.

При рассмотрении спора в суде также обращается внимание на максимальный размер фотографии, который согласно инструкции к фотоаппарату характерен для данного типа устройств. Как было отмечено в постановлении Двадцатого арбитражного апелляционного суда, при отключении функции сохранения файлов в формате RAW подтвердить оригинальность снимка возможно представлением фотографии более высокого качества (по количеству пикселей, алгоритмам сжатия, фокусировки)²⁵.

²¹ Постановление СИП от 20 декабря 2021 г. № С01-1959/2021 по делу № А45-8252/2021.

²² Постановление СИП от 9 февраля 2022 г. № С01-2157/2021 по делу № А63-5329/2021.

²³ Постановление Двадцатого арбитражного апелляционного суда от 18 апреля 2022 г. № 20АП-1126/2022 по делу № А68-6327/2021.

²⁴ См.: Келби С. Обработка цифровых фотографий в Adobe Photoshop CS2. 2008. Р. 100.

²⁵ Постановление Двадцатого арбитражного апелляционного суда от 18 апреля 2022 г. № 20АП-1126/2022 по делу № А68-6327/2021.

Спорные ситуации возникают также при вступлении фотографа в обязательственные отношения, связанные с созданием и использованием фотографий. На практике фотографии создаются не только во исполнение обязательств по договору авторского заказа, который заключается непосредственно между фотографом и заказчиком и предполагает создание обусловленного договором произведения, но и по договорам возмездного оказания услуг, подряда и др. Проблемным аспектом в части заключения таких договоров являются условия об отчуждении исключительного права или о предоставлении заказчику права использования фотографии. В ряде случаев фотографы и заказчики забывают договориться о таких условиях, в результате чего возникают спорные ситуации, связанные с последующим использованием.

Необходимо учитывать, что в соответствии с п. 3 и 4 ст. 1288 ГК РФ в договоре авторского заказа, предусматривающем отчуждение исключительного права или предоставление права использования, будут применены правила договора об отчуждении, закрепленные ГК РФ, если из существа договора не вытекает иное, или соответственно о лицензионном договоре, установленные ст. 1286 и 1287 ГК РФ. Такие правила касаются в том числе формы договора. Как отметил СИП, сама по себе фактическая передача истцом спорных фотографических произведений ответчику не означает автоматического возникновения у последнего права использования ОИС, и выполнение ответчиком требований закона при использовании произведений²⁶.

В ст. 1288 ГК РФ указано на возможность, а не на обязанность предусмотреть условия, касающиеся отчуждения исключительного права или предоставления права использования. Если такие условия договором авторского заказа не определены, такой договор не считается незаключенным.

Вместе с тем, рассматривая споры, связанные с использованием фотографий, созданных по договору авторского заказа, судами анализируются не только договоры и переписка между сторонами, но и оцениваются фактические действия сторон. При рассмотрении дела № А56-93136/2020, касающегося создания календаря с фотографиями, суды исследовали и оценивали в совокупности не только договор, который был отнесен по своей природе к договорам авторского заказа, а также переписку сторон. При этом судами был принят во внимание п. 7 Обзора судебной практики по спорам, связанным с признанием договоров незаключенными, утвержденного информационным письмом Президиума ВАС РФ от 25 февраля 2014 г. № 165, в котором отмечено, что если стороны не согласовали

²⁶ Постановление СИП от 3 февраля 2022 г. № С01-2382 по делу № А57-213/2021.

какое-либо условие договора, относящееся к существенным, но затем совместными действиями по исполнению договора и его принятию устранили необходимость согласования такого условия, то договор считается заключенным²⁷.

Расценив поведение истца, выразившееся в предоставлении ответчику ссылки для скачивания фотографий с веб-хостинга, как согласие на использование ответчиком результата его работ и установив, что ответчики использовали спорные фотографии именно тем способом, с той целью и в тех объемах, ради которых и заказали их создание предпринимателю, суды признали недоказанным факт нарушения ответчиками исключительных прав истца на фотографические произведения и отказали в иске²⁸.

Договор об отчуждении исключительного права и лицензионный договор могут быть заключены и после выполнения обязательств по созданию фотографии. Но на практике для исключения спорных ситуаций следует заранее определять порядок последующего использования созданных фотографий и принадлежность исключительного права на них.

Специалисты обращают внимание на то, что в случае заключения договора авторского заказа следует также учитывать положения ст. 1291 ГК РФ об отчуждении оригинала произведения, которые касаются и фотографий. Согласно ст. 1291 ГК РФ при отчуждении оригинала произведения заказчик на основании закона приобретает и право использования такого произведения²⁹. Если исключительное право не перешло по договору приобретателю его оригинала, которым может выступать и заказчик, приобретатель может без согласия автора или иного правообладателя демонстрировать, воспроизводить произведение в каталогах и использовать его иными способами, указанными в п. 2 ст. 1291 ГК РФ³⁰.

Другая распространенная категория дел, на которую хотелось бы обратить внимание, связана с автоматическим копированием фотографий посредством специального программного обеспечения.

Современные сервисы и приложения позволяют агрегировать информацию из различных источников в сети Интернет и создавать подборки по интересующим потребителей темам. Агрегирование информации и

²⁷ См.: постановление СИП от 27 октября 2021 г. № С01-1557/2021 по делу № А56-93136/2020.

²⁸ Определение ВС РФ от 24 февраля 2022 г. № 307-ЭС21-29506 по тому же делу.

²⁹ См.: Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации (постатейный) / Отв. ред. Е. А. Павлова. С. 301.

³⁰ Подробнее см.: *Калятин В.* О правовых последствиях отчуждения оригинала произведения // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2016. № 7. С. 5–16.

создание подборок может осуществляться в автоматическом режиме посредством специального программного обеспечения. Как уже было отмечено, цитирование в информационных целях допустимо для соблюдения установленных законодательством условий. Однако программное обеспечение, осуществляя подборку материала, воспроизводит его в том виде, в котором оно представлено на другом информационном ресурсе, «как есть», без проверки правомерности использования объектов авторского права и смежных прав на другом ресурсе. То есть, если использование результата интеллектуальной деятельности на исходном информационном ресурсе было осуществлено с нарушением законодательства, в частности, без указания имени автора фотографии или другого произведения, то и информационным ресурсом-агрегатором такие требования не будут учтены, и размещение на его площадке информационного фрагмента с изображением будет нарушать интеллектуальные права на охраняемые результаты.

В ряде случаев искивые требования предъявляются к лицам, которые считают себя информационными посредниками, и, по мнению ответчиков, должны освобождаться от гражданско-правовой ответственности за нарушение авторских и/или смежных прав. Обосновывая их позицию, они ссылаются на того, что сайты или страницы сайтов, на которых были размещены спорные фотографии, представляли собой автоматические агрегаторы новостей по заданным критериям из разных источников с гиперссылками на исходные материалы.

В частности, при рассмотрении одного из споров ответчик мотивировал свою позицию тем, что его деятельность была ограничена индексацией, аннотированием и систематизацией в автоматическом режиме информации, предоставляемой третьими лицами и/или полученной автоматически из открытых источников. Но, несмотря на указанный автоматический режим, суд не посчитал возможным применить к ответчику положения ст. 1253.1 ГК РФ об освобождении от ответственности информационных посредников, поскольку ответчик своими волевыми действиями создал программу-робот, размещающую информацию на его сайте в автоматическом режиме. Поскольку способ заполнения сайта выбран самим ответчиком, он тем самым принял на себя риск наступления для него негативных последствий³¹.

Аналогичный подход был применен и при рассмотрении другого спора о фотографии, автоматически скопированной программой-роботом с сайта третьих лиц. Суд отклонил доводы ответчика, учитывая то, что алгоритмы работы программы задаются его пользователем, при должной

³¹ См. решение Арбитражного суда г. Москвы от 5 июля 2021 г. по делу № А40-48686/21-5-334.

и надлежащей степени осмотрительности и внимательности пользователь, то есть ответчик, обязан был изучить сайт, контент которого он планирует использовать на своем сайте, и настроить работу программы в соответствии с правилами, которые размещены на сайте, чтобы не нарушать права третьих лиц³².

При использовании фотографий не только пользователю, но и самому фотографу целесообразно при фотографировании проявлять внимательность в части соблюдения прав третьих лиц. В отношении объектов, которые снимаются на камеру, могут быть установлены специальные правовые режимы, положения о которых закреплены как в ГК РФ, так и в других законодательных актах.

При этом, получая право на использование фотографии, следует учитывать, что наличия такого права для ее правомерного использования может быть недостаточно, поскольку, например, на фотографии может быть изображено физическое лицо, объект авторского права, музейный предмет или объект культурного достояния.

Лицо, намеревающееся использовать фотографию, не должно своими действиями нарушать предусмотренное ст. 152.1 ГК РФ право изображенного на фотографии лица. Обнародование и последующее использование фотографий, на которых изображено физическое лицо, допускается с его согласия, а после его смерти – с согласия детей и пережившего супруга, а при их отсутствии – с согласия родителей. Не требуется подобное согласие в трех случаях: если гражданин позировал за плату, использование изображения осуществляется в государственных, общественных или иных публичных интересах или изображение гражданина получено при съемке, которая проводится в местах, открытых для свободного посещения, или на публичных мероприятиях (собраниях, съездах, конференциях, концертах, представлениях, спортивных соревнованиях и подобных мероприятиях), за исключением случаев, когда такое изображение является основным объектом использования.

Для изготовления и реализации предприятиями, учреждениями и организациями продукции (в том числе рекламной) с изображением (воспроизведением) объектов культуры и культурного достояния в соответствии со ст. 53 Основ законодательства о культуре необходимо получить официальное разрешение владельцев соответствующих объектов. Из перечня лиц, которым необходимо получить разрешение, исключены физические лица – в связи с этим можно предположить, что для создания предметов с изображением объектов культуры или культурного достояния, предназна-

³² Постановление Седьмого арбитражного апелляционного суда от 11 октября 2022 г. по делу № А27-7116/2022.

ченных для личного использования (в личных целях), специального разрешения не требуется. Несмотря на то, что фотографы являются физическими лицами, они могут иметь статус индивидуального предпринимателя, и их деятельность может быть направлена на получение прибыли либо они могут осуществлять фотографирование в порядке выполнения служебных обязанностей или служебного задания. В таких случаях предполагается, что положение ст. 53 Основ законодательства о культуре о необходимости разрешения будет распространяться и на фотографов. Разрешение потребуется и в случае размещения фотографий культурных объектов на сайте туристических организаций, предлагающих экскурсионные туры.

В соответствии с российским законодательством получение разрешения необходимо и для производства изобразительной, печатной, сувенирной и другой тиражированной продукции и товаров народного потребления с использованием изображений музейных предметов и музейных коллекций, зданий музеев, объектов, расположенных на территориях музеев, а также их названий и символики. Выдача таких разрешений отнесена к компетенции дирекций музеев (ст. 36 Закона о музейном фонде).

Кроме того, если на фото запечатлены объекты авторского права, то следует помнить и об интеллектуальных правах на них. По общему правилу, предусмотренному ст. 1270 ГК РФ, воспроизведение (в том числе путем фотографирования) и доведение до всеобщего сведения в информационно-телекоммуникационных сетях объекта авторского права требуют разрешения его правообладателя. Исключение установлено ст. 1276 ГК РФ для фотографирования произведений, постоянно находящихся в месте, открытом для свободного посещения (указанное положение не распространяется на объекты, находящиеся на временных выставках³³). При этом должны быть соблюдены дополнительные условия: изображенные объекты не должны быть основным объектом использования либо изображение произведения не должно использоваться в целях извлечения прибыли (п. 1 ст. 1276 ГК РФ). В качестве примера можно упомянуть спор, касающийся использования в путеводителе фотографии памятника «Основатели города Екатеринбург В. Н. Татищев и В. И. де Геннин» (скульптор П. П. Чусовитин)³⁴, по результатам рассмотрения которого в пользу скульптора была взыскана компенсация за нарушение исключительного права на произведение.

³³ См.: Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации (постатейный) / отв. ред. Е. А. Павлова. С. 269.

³⁴ Подробнее см., в частности, решение Арбитражного суда Свердловской области от 31 мая 2019 г., постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 23 декабря 2021 г., постановление СИП от 31 мая 2022 г., определение ВС РФ от 21 сентября 2022 г. № 309-ЭС20-12797 по делу № А60-53343/2018. См. также судебные акты по делам № А60-52742/2018, № А50-29022/2018.

В отношении произведений архитектуры, градостроительства и произведений садово-паркового искусства, расположенных в месте, открытом для свободного посещения или видных из этого места, специальных условий не установлено, их изображения могут свободно использоваться путем воспроизведения, в том числе посредством фотографии, распространения изготовленных экземпляров или доведения до всеобщего сведения, которое допускается без согласия автора или иного правообладателя и выплаты им вознаграждения (п. 2 ст. 1276 ГК РФ).

Таким образом, несмотря на то, что создание фотографий возможно только благодаря использованию технических средств, которые в результате физических и химических процессов фиксируют изображение на каком-либо материальном носителе, и при использовании заранее установленного технического функционала фотограф в определенной степени ограничен в свободе творчества и самовыражения – созданные посредством таких устройств и технологий объекты относят к результатам интеллектуальной деятельности. Для создания творческих объектов он может использовать не только имеющийся в техническом устройстве функционал, но и самостоятельно выбирать освещение, ракурс, угол обзора, границы фотографии и т. д. Как было отмечено, в отношении фотографа как автора фотографического произведения признаются интеллектуальные права, которые в России, как и в большинстве государств, относятся к авторским. Вместе с тем в отдельных государствах в отношении фотографических снимков, рассматривающихся как «простые фотографии», могут признаваться смежные права, что требует особого внимания при использовании фоторабот с иностранным элементом.

Ввиду простоты копирования и последующего использования цифровых фотографий, в том числе в информационно-телекоммуникационных сетях, которые являются хорошими иллюстрациями, делающими любые сообщения более информативными и привлекающими внимание большего числа читателей, участились случаи их неправомерного использования. В Российской Федерации уже разработана существенная судебная практика рассмотрения дел, связанных с неправомерным использованием фотографий, в том числе в сети Интернет. В настоящем материале приведены только некоторые позиции судов Российской Федерации, касающиеся защиты авторских прав на фотографические произведения. Но развитие технологий ставит перед правоприменением все новые вопросы, которые требуют дальнейшего исследования.

Н. А. Айранетов

ПРИНЦИП ДОБРОСОВЕСТНОСТИ И ИСКОВАЯ ДАВНОСТЬ В СПОРАХ О НАРУШЕНИИ ИСКЛЮЧИТЕЛЬНОГО ПРАВА

Целью принципа добросовестности является защита интересов всех участников гражданского оборота. В ситуациях, когда правообладатель умышленно затягивает срок для обращения в суд с требованием о взыскании компенсации/убытков и на законных основаниях пользуется предоставленным ему сроком исковой давности, вряд ли можно назвать его поведение добросовестным, поскольку умышленное затягивание обращения в суд приводит к увеличению размера взыскиваемой компенсации.

В спорах о нарушении прав на объекты интеллектуальной собственности одним из ключевых вопросов является расчет правообладателем убытков или суммы компенсации. Согласно подп. 2 п. 1 ст. 1252 ГК РФ правообладатель имеет право защищать свое исключительное право путем предъявления требования о возмещении убытков. Однако в силу п. 3 ст. 1252 ГК РФ правообладатель вместо возмещения убытков имеет право взыскать компенсацию, которая может рассчитываться несколькими способами: 1) в твердой сумме (от 10 000 до 5 000 000 рублей); 2) в двукратном размере стоимости права использования товарного знака, определяемой исходя из цены, которая при сравнимых обстоятельствах обычно взимается за правомерное использование товарного знака; или 3) в двукратном размере стоимости товаров, на которых незаконно размещен товарный знак. В зависимости от наличия определенных доказательств или обстоятельств дела правообладатель вправе самостоятельно выбрать подходящий ему способ расчета компенсации. При любом способе расчета компенсации ключевое значение будет иметь срок допущенного нарушения.

Компенсация в двукратном размере стоимости контрафактных товаров может быть определена, исходя из сведений о примерной выручке ответчика за периоды, предшествовавшие обращению правообладателя в суд¹, например, на основании *сведений о примерной валовой прибыли ответчика в месяц за периоды, предшествовавшие обращению истца в суд*². В качестве дополнительного способа расчета возможно проведение

¹ См.: *Власов Р. Б., Айранетов Н. А.* Нужно рассчитать двукратную стоимость контрафактных товаров. Доказательства, которые помогут в суде // *Арбитражная практика для юристов.* 2020. № 4(56). С. 38–43.

² Постановления Девятого арбитражного апелляционного суда от 9 сентября 2016 г. по делу № А54-4857/2015, Президиума ВАС РФ от 2 апреля 2013 г. № 15187/12 по делу № А42-5522/2011.

экономической экспертизы по определению размера причиненных правообладателю убытков, которая также будет учитывать срок допущенного нарушения. Практика проведения экспертизы для определения стоимости контрафактного товара широко распространена в рамках уголовного³ и административного судопроизводства по ст. 180 Уголовного кодекса РФ и ст. 14.10 Кодекса об административных правонарушениях РФ. Во всех случаях расчета длительный срок нарушения прямо влияет на размер итоговой компенсации, поскольку чем дольше правообладатель затягивает с обращением в суд, тем больше спорных товаров будет введено в гражданский оборот.

Заявляя требование о взыскании компенсации в размере двойной стоимости права использования, правообладатель обязан обосновать взыскиваемую сумму документами, подтверждающими стоимость права использования⁴ именно тем способом, который использовал нарушитель⁵, и при этом учитываются условия лицензионных договоров, которые ранее заключались правообладателем, и их соотношение с обстоятельствами допущенного нарушения⁶. Условия лицензионного договора, которые суд должен соотнести с допущенным нарушением, включают в себя в том числе срок действия лицензионного договора, способы использования, предусмотренные договором, объем предоставленных прав и территорию использования⁷. При этом для расчета используются лицензионные договоры на тот же или аналогичный объект интеллектуальной собственности⁸ по неисключительным лицензиям⁹. Вместе с тем в судебной практике встречаются случаи, когда суд учитывал договоры о предоставлении исключительной лицензии, но с поправкой на разницу в стоимости исключительного и неисключительного использования¹⁰.

³ Абзац 4 п. 25 постановления Пленума ВС РФ от 26 апреля 2007 г. № 14 «О практике рассмотрения судами уголовных дел о нарушении авторских, смежных, изобретательских и патентных прав, а также о незаконном использовании товарного знака».

⁴ Абзац 2 п. 61 Постановления Пленума ВС РФ от 23 апреля 2019 г. № 10.

⁵ Абзац 5 п. 61 Постановления Пленума ВС РФ от 23 апреля 2019 г. № 10.

⁶ Постановления СИП от 21 октября 2020 г. № С 01-1070/2020 по делу № А7518112/2019, от 14 марта 2019 г. № С01-303/2017 по делу № А709233/2016, от 6 июня 2014 г. по делу № А40126600/2013, от 24 мая 2017 г. по делу № А46-12028/2016, от 14 января 2022 г. по делу № А54-3645/2016.

⁷ Пункт 31 Обзора судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 2 (2021), Определение ВС РФ от 26 января 2021 г. № 310-ЭС20-9768 по делу № А48-7579/2019.

⁸ Постановление СИП от 25 октября 2018 г. № С01-665/2017 по делу № А43-7247/2016.

⁹ Постановления ФАС Дальневосточного округа от 15 января 2013 г. № Ф03-6025/2012 по делу № А04-3711/2012, СИП от 24 мая 2018 г. по делу № А40-208600/2016, от 24 апреля 2018 г. по делу № А75-9720/2017.

¹⁰ Постановление СИП от 21 июня 2018 г. № С01-386/2017 по делу № А54-3645/2016.

Кроме лицензионных договоров правообладатель или нарушитель могут представить суду для обоснования заключение оценщика¹¹, определившего конкретную цену и ставку лицензионного вознаграждения, которая будет исчисляться от суммы реализованного нарушителем товара. При анализе оценщик будет учитывать срок предоставленной лицензии и срок допущенного нарушения. Правообладатель также может произвести расчет компенсации по двойной стоимости права использования на основании ставки авторского вознаграждения¹², полученного нарушителем¹³, или по размеру выделенного гранта¹⁴.

В практике бывают споры, когда одним действием нарушаются права на несколько объектов интеллектуальной собственности. В данной ситуации произойдет снижение компенсации/убытков¹⁵, если правообладатель пытался рассчитать их за каждый объект отдельно или для расчета компенсации используется лицензионный договор, заключенный с аффилированным лицом. В этом случае у суда возникнет вопрос о влиянии такой аффилированности на установленный в договоре размер лицензионного вознаграждения. Указанные обстоятельства могут привести к снижению размера взыскиваемой компенсации, но никак не будет учитываться то, что правообладатель затягивал момент обращения в суд, а наличие длительного срока нарушения, о котором было известно правообладателю, прямо влияет на размер взысканной компенсации

Как видно из проведенного анализа практики расчета взыскиваемой суммы, для определения итоговой суммы взыскания в пользу правообладателя срок допущенного нарушения может иметь принципиальное значение. Достоверный расчет направлен на достижение основной цели взыскания компенсации/убытков, а именно восстановления имущественного положения пострадавшей стороны, и взыскание не должно приводить к неосновательному обогащению истца, поскольку правообладатель должен быть поставлен в имущественное положение, в котором находился, если бы объект интеллектуальной собственности использовался правомерно¹⁶.

¹¹ Определение Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 26 января 2021 г. № 310-ЭС20-9768 по делу № А48-7579/2019, постановления СИП от 5 апреля 2022 г. по делу № А32-36309/2020, от 1 апреля 2022 г. № С01-1377/2020 по делу № А56-121341/2018, от 17 февраля 2022 г. № С01-61/2022 по делу № А41-52135/2020, от 10 февраля 2022 г. по делу № А32-14690/2021, от 19 января 2022 г. по делу № А65-4153/2021, от 14 января 2022 г. по делу № А54-3645/2016.

¹² Утверждена Постановлением Правительства РФ от 21 марта 1994 г. № 218 «О минимальных ставках авторского вознаграждения за некоторые виды использования произведений литературы и искусства».

¹³ Апелляционное определение Мосгорсуда от 18 октября 2018 г. по делу № 33-40548/2018.

¹⁴ Апелляционное определение Мосгорсуда от 12 сентября 2019 г. по делу № 33-40814/2019.

¹⁵ Абзац 2 п. 56 Постановления Пленума ВС РФ от 23 апреля 2019 г. № 10.

¹⁶Однако если правообладатель сам умышленно своими действиями по затягиваю обращения в суд создал ситуацию, при которой сумма взыскания гораздо больше той, с помощью которой могло быть восстановлено его имущественное положение, то применение института исковой давности в спорах о защите исключительного права при заявлении материального требования вряд ли может служить основной целью исковой давности. В этом случае представляется, что действия правообладателя, направленные на такое умышленное увеличение взыскиваемой суммы, должно быть наказуемо в виде ограничения его возможных материальных требований к нарушителю, но не к любому, а именно к тому, о котором ему было известно задолго до даты обращения с иском в суд. Как отмечается в судебной практике, «При нормальных условиях гражданского оборота предполагаемое добросовестное поведение лица, выявившего факт нарушения принадлежащих ему исключительных прав, предусматривает принятие мер, направленных на пресечение такого нарушения»¹⁷.

В связи с этим встает вопрос: насколько безусловное применение института исковой давности в описанных ситуациях является целесообразным и не подлежит ли право лица обратиться с требованием в суд в течение установленного срока исковой давности разумному ограничению.

Многие труды таких отечественных правоведов, как Г. Ф. Шершеневич, И. Е. Энгельман, Е. В. Васьяковский, О. С. Иоффе, М. А. Гурвич, И. Б. Новицкий, посвящены вопросам исковой давности и ее значению в отечественной правовой системе.

Институт исковой давности имеет целью упорядочить гражданский оборот, создать определенность и устойчивость правовых связей, дисциплинировать их участников, способствовать соблюдению договоров, обеспечить своевременную защиту прав и законных интересов субъектов гражданских правоотношений, поскольку отсутствие разумных временных ограничений для принудительной защиты нарушенных гражданских прав приводило бы к ущемлению охраняемых законом прав и интересов ответчиков и третьих лиц, которые не всегда могли бы заранее учесть необходимость собирания и сохранения значимых для рассмотрения дела сведений и фактов. Применение судом по заявлению стороны в споре исковой давности защищает участников гражданского оборота от необоснованных притязаний и одновременно побуждает их своевременно заботиться об

¹⁶ Постановление ВАС РФ от 20 ноября 2012 г. № 8953/12 по делу № А40-82533/2011.

¹⁷ Постановления СИП от 15 октября 2020 г. № С01-1141/2020 по делу № А56-108297/2019 и от 20 ноября 2020 г. № С01-1254/2020 по делу № А21-1160/2020.

осуществлении и защите их прав¹⁸. Задача института исковой давности состоит в том, чтобы, не расшатывая правоотношения, не подрывая их прочность, устранить при этом неопределенность в них¹⁹.

Вместе с тем исковая давность – не единственный правовой механизм, который позволяет ограничить судебные притязания кредитора в отношении его должника временными границами по защите его права. В странах англо-саксонской правовой семьи в дополнение к исковой давности используется *laches*²⁰ — выработанное судебной практикой правовое средство, основанное на праве справедливости, согласно которому сторона может быть лишена права на предъявление иска из-за необоснованной задержки в подаче иска²¹. Исковая давность — это средство защиты, установленное законом, а *laches* – механизм, разработанный судебной практикой. Один из юридических словарей определяет *laches* как средство защиты, используемое в праве справедливости, заключающееся в том, что суд отказывает в удовлетворении иска, если истец настолько затянул предъявление соответствующих требований, что это повлекло за собой причинение вреда ответчику²². Ключевой, однако не единственный, элемент концепции *laches* — это неоправданная задержка в инициировании разбирательства²³. Ответчик в таком случае доказывает: (1) знание истцом фактов, составляющих причину иска, или разумную возможность обнаружить такие факты; (2) необоснованную задержку истца в инициировании иска; и (3) ущерб ответчика, наличие вреда, причиненного длительным непредъявлением иска²⁴, поскольку одного затягивания для ее применения недостаточно²⁵.

Суть данного средства защиты в том, что оно стимулирует истца к своевременному предъявлению иска и применяется не по инициативе суда,

¹⁸ Постановления КС РФ от 24 июня 2009 г. № 11-П; от 27 апреля 2001 г. № 7-П; от 14 июля 2005 г. № 9-П; от 15 февраля 2016 г. № 3П; Определение КС РФ от 3 ноября 2006 г. № 445-О.

¹⁹ См.: *Новицкий И. Б.* Сделки. Исковая давность. М. 1954. С. 150.

²⁰ Термин *laches* произошел от старофранцузского слова «*laschesse*», а указанное слово от латинского «*laxus*» – нераспорядительность, нерадивость.

²¹ *Eastlake Lofts Condominium Association v. Hoover* (№78266-5-1).

²² *Black's law dictionary*. 10th ed. / ed. by Bryan A. Garner. USA: Thomson Reuters. 2014. P. 1068.

²³ См.: *Савин А. Г.* Исковая давность в современном отечественном и зарубежном гражданском праве. Дисс. канд. юрид. наук. Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ. М. 2019.

²⁴ *Davidson v. State*, 116 Wn.2d 13, 25, 802 P.2d 1374 (1991), *Fort K. E.* The New Laches. Creating Title Where None Existed (August 8. 2008). MSU Legal Studies Research Paper. № 06-15. 16 Geo. *Mason L. Rev.* 357 (Winter.2009). P. 372.

²⁵ *Cattley* против *Pollard* (2006) [2007. EWHC B 16 (Ch). 2007. EWHC 5561 (Ch).].

а только по заявлению ответчика. Одного промедления с подачей иска для применения *laches* недостаточно, необходимо доказать причинение от этого должнику вреда, и при этом суд рассматривает законодательный срок для предъявления иска в качестве ориентировочного и свободен в зависимости от обстоятельств спора в его изменении в большую или меньшую сторону²⁶. Политико-правовое значение *laches* по отношению к исковой давности заключается в том, что «халатность и небрежность никогда не одобряются, именно поэтому с самого зарождения юриспруденции всегда были ограничения для судебной защиты»²⁷. В данном случае поведение истца, своевременно не предъявившего иск, квалифицируется как отказ от права²⁸.

Использование *laches* аналогично применению понятия «злоупотребление правом» в отечественном праве²⁹. В решениях зарубежных судов отмечается, что *laches* основан на оценочном восприятии³⁰ и на усмотрении суда³¹, поэтому *laches* – это вопрос факта, который в каждом конкретном случае основан на определенных обстоятельствах³².

Как отмечается в американской судебной практике, в отличие от установленного законом срока исковой давности, *laches* — это вопрос не просто времени, а справедливости и несправедливости, при этом справедливость должна быть учтена в отношении обеих сторон³³.

Похожий правовой механизм, именуемый *Verwirkung*, существует и в Германии. Он основан на принципе добросовестности и означает утрату, лишение права вследствие длительного промедления правообладателя с защитой. *Verwirkung* защищает правомерный интерес ответчика, когда

²⁶ См.: *Vaquer A. Verwirkung versus Laches: A Tale of Two Legal Transplants // SSRN Electronic Journal. February 2009. P. 1–5; Virgo G. The Principle of the law of Restitution. Oxford., 2015. P. 741–743; Zimmermann R., Whittaker S. Good faith in European Contract Law. Cambridge. 2000. P. 528–530; Кожевников Б. О. Некоторые вопросы применения исковой давности в англо-американской системе права // Материалы секции права. ТПП СССР. Вып. 31. М., 1978. С. 45–46; Гражданское и торговое право капиталистических государств. М., 1993. С. 189 (автор гл. VIII – Ю. И. Свядосц).*

²⁷ *Smith v. Clay // Casetext: Smarter Legal Research // URL: https://casetext.com/case/smith-v-clay.*

²⁸ Приводится по: *Furmston M. P. Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract. 17-th Ed. P. 643.*

²⁹ *Мальшева В. Г. Концепции исковой давности в праве Великобритании и Соединенных Штатов Америки // Правоведение. 2020. Т. 64, № 4. С. 483–495.*

³⁰ Дело *Penny v. Allen* 1857 г., дело *Lindsay Petroleum v. Hurd* 1874 г.

³¹ См. подробнее: *McGee A. Limitation periods. Sweet & Maxwell/ 2012. § 3.022; Furmston M. P. Op. cit. P. 64, Gardner v. Panama Railroad Co. 1951 г.*

³² *Stewart v. Johnston, 30 Wn.2d 925, 935-36, 195 P.2d 119 (1948), Lopp v. Peninsula Sch. Dist. No. 401, 90 Wn.2d 754, 759, 585 P.2d 801 (1978)*

³³ *Gallihier v. Cadwell. 1892 г.*

он не препятствует предъявлению иска заинтересованной в этом стороне (истцу) и, исходя из внешних обстоятельств, вправе полагаться на бездействие потенциального истца. В отличие от исковой давности, период задержки для *Verwirkung*, как и для *laches*, не установлен, однако обычно он короче срока исковой давности, что очевидно, поскольку он направлен на его ограничение. В сравнении с *laches* для *Verwirkung* не обязательно наличие вреда или ухудшение правового положения должника из-за запоздалой подачи иска (последнее условие применяется не во всех странах, воспринявших концепцию)³⁴.

Применительно к российской практике в настоящий момент ни разъяснения СИП или ВС РФ, ни ГК РФ никак не позволяют ограничить срок исковой давности, установленный ст. 196 ГК РФ. Нарушения исключительного права часто носят длящийся характер, и взыскание компенсации/убытков за периоды, большие трехлетнего срока, невозможно. Как отмечается в судебной практике, «законом не установлены иные правила исчисления исковой давности для требований о защите исключительных прав на товарный знак, в связи с чем к спорным правоотношениям подлежит применению общий срок исковой давности и не исключает применение исковой давности к требованию о взыскании денежной компенсации к тем периодам неправомерного использования, которые находятся за пределами исковой давности»³⁵.

Вместе с тем правовое значение термина «стало известно» или «реальное знание», которое является важным для установления с целью применения механизма *laches*, присутствует в российской практике и его можно найти в актах КС РФ по ст. 198 АПК РФ: «начало течения этого срока определяется в каждом конкретном случае судом на основе установления момента, когда заинтересованное лицо реально узнало о соответствующем нарушении»³⁶.

Востребованность критерия «реального знания о нарушении» подтверждается также судебной практикой по делам об оспаривании продления патентов³⁷, когда суды приходили к выводу, что заинтересованное

³⁴ См.: *Zimmermann R. & Whittaker S.* Op. cit. P. 516, 530; *Storrie M. E.* Good Faith and the Contents of Contracts in European Private Law. Vol 7.1 // *Electronic Journal of Comparative Law* (March 2003) // <http://www.ejcl.org/71/art71-1.html>; *Манфред Ф.* Фашизм и германское гражданское право. М. 1936. С. 25–26.

³⁵ Постановление ВАС РФ от 2 апреля 2013 г. № 15187/12 по делу № А42-5522/2011.

³⁶ Определение КС РФ от 2 декабря 2013 г. № 1908-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы общества с ограниченной ответственностью «Строительная компания «Строй-Инвест» на нарушение конституционных прав и свобод положением части 4 статьи 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации».

³⁷ См. подробнее о проблеме оспаривания продления патентов: *Малахов Б. А., Айрапетов*

лицо реально узнало о нарушении его прав и законных интересов при продлении патента, был предъявлен иск о нарушении исключительного права³⁸ или при подготовке к судебному разбирательству с участием патентообладателя³⁹.

Применение механизма ограничения исковой давности в силу неосновательного промедления истца будет прямо соответствовать принципу добросовестности, поскольку при его оценке следует исходить из поведения, ожидаемого от любого участника гражданского оборота, учитывающего права и законные интересы другой стороны⁴⁰. При этом действия по затягиванию с подачей иска для увеличения размера взыскиваемой компенсации явно не соответствуют принципу добросовестности. Доказательствами же реального знания истца о допущенном ответчиком нарушении могут служить, например, факт сосуществования брендов/продуктов на рынке в течение длительного времени, реализация товара через одних и тех же дистрибьюторов, упоминание товаров в одних и тех же рейтингах, профильных обзорах и публикациях, на форумах или в социальных сетях. Кроме того, однозначным маркером для применения ограничения исковой давности может служить факт направления претензии и длительная задержка с предъявлением иска, основанного на такой претензии, когда правообладатель дожидается увеличения оборота продажи товара его конкурентом. Когда истец ждет, пока стоимость его иска вырастет, то такие действия являются основанием для ссылки на *laches* для сокращения срока исковой давности иностранными судами⁴¹.

Гражданское законодательство в ст. 1 ГК РФ определяет базовые принципы гражданских правоотношений. Одним из таких принципов является принцип добросовестности, в соответствии с которым нельзя извлекать выгоду из своего недобросовестного поведения, например, не допускается недобросовестная конкуренция⁴². Отдельно в ст. 10 ГК РФ установлен запрет на злоупотребление правом и тем самым ввел рамки, в которых участники гражданских правоотношений могут действовать, а именно использовать гражданские права для причинения вреда кому-либо, действовать

тов Н. А. Особенности оспаривания продления патентов в РФ // Журнал Суда по интеллектуальным правам. 2022. № 1(35). С. 97–102.

³⁸ Решение СИП от 7 февраля 2017 г. по делу № СИП-327/2016.

³⁹ Постановление Президиума СИП от 8 декабря 2014 г. № С01-1193/2014 по делу № СИП-155/2014.

⁴⁰ Абзац 3 п. 1 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25.

⁴¹ См. примеры: *Lick Oil Co. v. Marbury*, 91 U.S. 587, 592-593 (1875); *Haas v. Leo Feist, Inc.*, 234 F. 105, 108 (S.D.N.Y. 1916) (Hand J.).

⁴² Пункт 30 Постановления Пленума ВС РФ от 4 марта 2021 № 2 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением судами антимонопольного законодательства».

в обход закона, чтобы достичь противоправных целей и иным образом использовать свои права заведомо недобросовестно. Злоупотребление правом – это особый тип гражданского правонарушения, совершаемого управомоченным лицом при осуществлении им принадлежащего ему права, связанный с использованием недозволенных конкретных форм в рамках дозволенного ему законом общего типа поведения⁴³. Гражданский закон не имеет исчерпывающего списка запретов, поскольку в ст. 10 ГК РФ присутствует формулировка «иное заведомо недобросовестное осуществление гражданских прав». Определять такое «иное» осуществление права необходимо со ссылкой на общие принципы гражданского права⁴⁴. КС РФ указывал, что запреты, установленные в ГК РФ, а в данном случае – запрет на злоупотребление правом – необходимы, чтобы обеспечить исполнение положений ст. 17 Конституции РФ и работают на то, чтобы пресечь недобросовестное поведение⁴⁵. Как отмечал ВС РФ, лицо, которое злоупотребляет своим правом «поступает вопреки норме, предоставляющей ему соответствующее право, не соотносит поведение с интересами общества и государства, не исполняет корреспондирующую данному праву юридическую обязанность»⁴⁶.

Эффект от ограничения норм об исковой давности на основании недобросовестности правообладателя или прямого злоупотребления правом, выражающегося в затягивании подачи иска с целью увеличения суммы взыскиваемой компенсации, заключается в том, что соответствующее средство правовой защиты (неосновательное промедление с подачей иска) подлежит такому же ограничению, что и параллельно установленный законом период (исковая давность), поэтому они не будут противоречить другу.

⁴³ См.: *Грибанов В. П.* Осуществление и защита гражданских прав. М.: Статут, 2000. Серия: Классика российской цивилистики. С. 63.

⁴⁴ Определение КС РФ от 18 января 2011 г. № 8-О-П «По жалобе открытого акционерного общества “Нефтяная компания Роснефть” на нарушение конституционных прав и свобод положением абзаца первого пункта 1 статьи 91 Федерального закона “Об акционерных обществах”».

⁴⁵ Определение КС РФ от 17 июля 2014 г. № 1808-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Шуклина Александра Александровича на нарушение его конституционных прав абзацем первым пункта 1 и пунктом 2 статьи 10 Гражданского кодекса Российской Федерации».

⁴⁶ Определение Судебной коллегии по гражданским делам ВС РФ от 3 февраля 2015 г. № 32-КГ14-17.

Раздел 4.

**НОВЫЕ НАПРАВЛЕНИЯ В ПРАВЕ
ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ
И СМЕЖНЫХ ОТРАСЛЯХ**

*М. Ю. Козлова,
Д. В. Кожмякин, О. А. Сергачева*

АНТИМОНОПОЛЬНОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ И ЗЛОУПОТРЕБЛЕНИЕ ИСКЛЮЧИТЕЛЬНЫМ ПРАВОМ

ВВЕДЕНИЕ

История становления и развития права интеллектуальной собственности неразрывно связана с поиском баланса как частных и публичных интересов, так и разнонаправленных частных интересов. Поиск такого баланса связан с природой правовой охраны результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации и целеполаганием законодателя при введении данной охраны.

Так, если говорить о результатах интеллектуальной деятельности, то цели их правовой охраны заключаются в необходимости организовать механизм получения справедливого вознаграждения за интеллектуальный труд, затраченный при их создании, с одной стороны, и необходимости обеспечить благоприятные условия для свободы творчества, развития культуры, науки и техники – с другой. По меткому выражению А. Линкольна, такая охрана призвана добавить «... топлива интереса в огонь гения ради открытия и производства новых полезных вещей»¹. Указанный целевой характер можно обнаружить на конституционном уровне в нормах, гарантирующих охрану интеллектуальных прав. Наиболее показательным примером в этом плане является американская конституция. Так в разд. 8 ст. 1 Конституции США указано, что Конгресс наделен властью способствовать прогрессу наук и полезных искусств посредством закрепления на ограниченный срок за авторами и изобретателями исключительных прав на их сочинения и открытия². Схожим образом и российская Конституция в ч. 1 ст. 44 указывает на то, что интеллектуальная собственность охраняется законом. При этом охрана интеллектуальной собственности позиционируется как следствие и одновременно средство обеспечения свободы литературного, художественного, научного, технического и других видов творчества.

Такое целеполагание в меньшей степени проявляется в отношении средств индивидуализации, однако и здесь цель правовой охраны не исчерпывается простой защитой интересов правообладателя. Правовая охрана

¹ *Lincoln A. Lecture on Discoveries and Inventions. Jacksonville. Illinois. February 1859. cited in: Novak M. The Fire of Invention. Lanham. MD: Rowman & Littlefield. 1997. P. 53, 58–59.*

² *The Constitution of the United States: A Transcription // National Archives and Records Administration // URL: <https://www.archives.gov/founding-docs/constitution-transcript>.*

средств индивидуализации тесным образом связана с необходимостью обеспечения честной конкуренции на рынках, а также защитой правомерных ожиданий субъектов, ориентирующихся на такие средства при приобретении товаров, работ и услуг.

Целевой характер предоставления правовой охраны результатам интеллектуальной деятельности и средствам индивидуализации имеет огромное значение, поскольку должен выступать в качестве фундаментального предела осуществления интеллектуальных прав на данные объекты. Так, его наличие предполагает невозможным, а вернее недопустимым, их осуществление в противоречии с целями предоставления. Между тем существование такого фундаментального предела еще не означает появления эффективного правового механизма, блокирующего осуществление интеллектуальных прав в противоречии с изначальными целями их предоставления.

Одним из инструментов такого механизма могут выступать положения антимонопольного законодательства. Далее предпримем попытку проанализировать действующий механизм антимонопольного регулирования в контексте его способности пресекать злоупотребления исключительными правами.

1. АНТИМОНОПОЛЬНЫЕ ОГРАНИЧЕНИЯ НА ОСУЩЕСТВЛЕНИЕ СУБЪЕКТИВНЫХ ГРАЖДАНСКИХ ПРАВ

Цели политики в области защиты конкуренции обычно связываются с поддержкой и поощрением процесса состязательности, защитой свободы экономической деятельности субъектов рынка для достижения благосостояния потребителей и эффективности конкуренции³.

Закон о защите конкуренции направлен на достижение таких публичных интересов, как обеспечение единства экономического пространства, свободное перемещение товаров, свобода экономической деятельности в Российской Федерации, защита конкуренции и создание условий для эффективного функционирования товарных рынков.

Конкурентное законодательство использует различные инструменты для того, чтобы обеспечить развитие конкуренции. КС РФ отмечает: «конституционный запрет экономической деятельности, направленной на монополизацию и недобросовестную конкуренцию, подразумевает наличие

³ The 2022 OECD Global forum on competition discussed the goals of competition policy // URL: <https://www.oecd.org/competition/globalforum/the-goals-of-competition-policy.htm>; *Ezrachi A. Competition and Antitrust Law: A Very Short Introduction.* Oxford University Press. 2021. С. 48.

адекватных конкретным условиям механизмов выявления и пресечения нарушений антимонопольного законодательства, включая возможность применения в отношении соответствующих лиц мер государственного принуждения»⁴.

Антимонопольное законодательство использует различные правовые средства – запреты, ограничения, предупреждения, стимулирующие меры. При этом запретительные меры занимают центральное место среди указанных инструментов (так, запрещаются злоупотребление хозяйствующим субъектом доминирующим положением, ограничивающие конкуренцию соглашения и согласованные действия хозяйствующих субъектов, недобросовестная конкуренция и т. п.)⁵. Кроме того, предусмотрена возможность непосредственного воздействия на деятельность хозяйствующих субъектов, например, путем установления контроля за ценами.

Выявив и рассмотрев дело о нарушении антимонопольного законодательства, антимонопольный орган полномочен выдавать предписание о прекращении нарушения, о недопущении действий, которые могут являться препятствием для возникновения конкуренции и (или) могут привести к ограничению, устранению конкуренции и нарушению антимонопольного законодательства; об устранении последствий нарушения антимонопольного законодательства, и т. д.

В ст. 10 ГК РФ установлено общее правило о недопустимости злоупотребления при осуществлении гражданских прав. Упоминается и о недопустимости ограничения конкуренции и злоупотребления доминирующим положением. Возникает ряд вопросов, связанных с соотношением гражданского и антимонопольного законодательства: является ли злоупотребление доминирующим положением и ограничение конкуренции разновидностью злоупотребления субъективным гражданским правом; представляет ли собой недобросовестная конкуренция злоупотребление субъективным гражданским правом; устанавливает ли антимонопольное законодательство ограничения на осуществление гражданских прав.

Существуют несколько концепций злоупотребления субъективным гражданским правом, в том числе диаметрально противоположных. Так, есть теория, в соответствии с которой злоупотреблением правом можно

⁴ Определение КС РФ от 27 октября 2015 г. № 2541-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы Екатеринбургского муниципального унитарного предприятия «Трамвайно-троллейбусное управление» на нарушение конституционных прав и свобод частями 1 и 2 статьи 39.1 Федерального закона «О защите конкуренции»».

⁵ См.: Рыженков А. Я. Состояние правовой политики России в сфере монополистической деятельности // Юрист. 2015. № 11. С. 19–23.

считать только шикану (И. А. Покровский, М. М. Агарков)⁶. Разработана позиция, отрицающая значимость злоупотребления правом как самостоятельной категории (В. Н. Кудрявцев, Н. С. Малейн)⁷. Распространена также концепция, согласно которой злоупотребление – это особый тип гражданского совершаемого субъектом права правонарушения, представляющего собой использование недозволенных конкретных форм в рамках дозволенного ему законом общего типа поведения (В. П. Грибанов)⁸.

Российский законодатель, как представляется, воспринимает концепцию широкого понимания злоупотребления, считая его особым гражданским правонарушением. В судебной практике злоупотребление правом трактуется как превышение пределов дозволенного гражданским правом осуществления правомочий с незаконной целью или незаконными средствами и нарушение при этом прав и законных интересов других лиц⁹.

Можно выделить несколько подходов к решению вопроса о соотношении злоупотребления правом (ст. 10 ГК РФ), ограничения конкуренции и злоупотребления доминирующим положением

Первый – ограничение конкуренции и злоупотребление доминирующим положением – как разновидность злоупотребления субъективным гражданским правом (О. А. Поротикова, Т. С. Яценко)¹⁰. Возможны действия, обладающие одновременно признаками и злоупотребления правом, и действия, направленного на ограничение конкуренции. В последнем случае речь может идти как об использовании гражданских прав с целью причинить вред другому лицу, так и о действиях в обход закона с противоправной целью.

Второй – действия, направленные на ограничение конкуренции, нельзя рассматривать как злоупотребление гражданским правом (А. В. Волков, С. Д. Радченко). Между конкурентами, борющимися за потребителей (рынками сбыта), наличествуют прежде всего конкурентные, то есть экономические, отношения, а средством злоупотребления является не право

⁶ См.: Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. М.: Статут, 2001 (Классика российской цивилистики); Агарков М. М. Проблема злоупотребления правом в советском гражданском праве // Цивилистическая практика. Информационный бюллетень. Екатеринбург. 2002. Вып. 5. С. 97–108.

⁷ Кудрявцев В. Н. Правовое поведение: норма и патология. М.: Наука. 1982; Малейн Н. С. Юридическая ответственность и справедливость. М. 1992.

⁸ Грибанов В. П. Указ. соч.

⁹ См., например, Определение ВАС РФ от 19 июля 2013 г. № ВАС-9038/13 по делу № А57-3140/2011; Определение ВС РФ от 4 декабря 2015 г. № 303-ЭС15-15181 по делу № А51-25601/2014.

¹⁰ Поротикова О. А. Проблема злоупотребления субъективным гражданским правом. М.: Волтерс Клувер. 2007; Яценко Т. С. Категория шиканы в гражданском праве: история и современность. М.: Статут. 2003.

(и не право на конкуренцию), а те или иные экономические свободы, возможности, конъюнктуры, ситуации¹¹.

Недобросовестная конкуренция нередко отождествляется с ограничением конкуренции в контексте анализа ст. 10 ГК РФ (А. В. Волков). Однако согласно российскому законодательству ограничение конкуренции представляет собой последствие соглашений и согласованных действий хозяйствующих субъектов. Недобросовестная конкуренция может приводить к такому результату, но не во всех случаях, и этот факт для квалификации действий как недобросовестной конкуренции не имеет значения.

Очевидно, что в ст. 10 ГК РФ идет речь о злоупотреблении субъективным гражданским правом – даже применительно к ограничению конкуренции и злоупотреблению доминирующим положением.

Существует точка зрения о том, что есть самостоятельное субъективное право на конкуренцию субъектов предпринимательской деятельности, состоящее в возможности состязаться с конкурентами за приоритетное приобретение его товаров (работ, услуг) потребителями (покупателями)¹². Представляется, что право на осуществление предпринимательской или иной законной экономической деятельности предполагает и возможность использовать любые добросовестные средства для получения преимуществ на рынке.

Антимонопольное законодательство налагает ряд ограничений на действия физических и юридических лиц при осуществлении субъективных гражданских прав. Так, ограничиваются свобода экономической деятельности и свобода договора. Например, субъектам, занимающим доминирующее положение на рынке, запрещается навязывание контрагенту условий договора, невыгодных для него или не относящихся к предмету договора, экономически или технологически необоснованные отказ либо уклонение от заключения договора с отдельными покупателями (заказчиками). Данный запрет применяется, если последствием будет недопущение, ограничение, устранение конкуренции и (или) ущемление интересов других лиц (хозяйствующих субъектов) в сфере предпринимательской деятельности либо неопределенного круга потребителей (ст. 10 Закона о защите конкуренции). Между субъектами-конкурентами по общему правилу запрещаются соглашения, влекущие ограничение конкуренции (ст. 11 Закона о защите конкуренции).

¹¹ Радченко С. Д. Злоупотребление правом в гражданском праве России. М. Волтерс Клувер. 2010; Волков А. В. Теория концепции «злоупотребление гражданскими правами». Волгоград: Станица-2. 2007.

¹² Парацук С. А. Конкуренция: от экономической многозначности к правовой определенности // Хозяйство и право. 1998. № 12. С. 11–20, 17.

В п. 11 Постановления Пленума ВС РФ «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением судами антимонопольного законодательства» от 4 марта 2021 г. № 2 ВС предписывает оценивать поведение доминирующего субъекта на рынке как злоупотребление, применяя абз. 1 ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции во взаимосвязи с п. 3, 4 ст. 1 и абз. 2 п. 1 ст. 10 ГК РФ.

Если нарушение касается договорных отношений, то оно может рассматриваться и как гражданское правонарушение – включение в договор несправедливых условий.

Деятельность, составляющая недобросовестную конкуренцию, может интерпретироваться и как злоупотребление субъективным гражданским правом, и как гражданское правонарушение, и как нарушение законодательства о защите конкуренции.

Законодательство о защите конкуренции устанавливает пределы осуществления субъективных гражданских прав, в том числе связанных с обладанием результатами интеллектуальной деятельности и средствами индивидуализации. Юридические и физические лица, осуществляющие экономическую деятельность, должны принимать во внимание ограничения законодательства о защите конкуренции.

Так, Закон о защите конкуренции содержит перечисление неприемлемых вариантов поведения. В целом не допускается злоупотребление правом, действия, нарушающие требования закона, добропорядочности, разумности и справедливости. Например, не допускается получение преимуществ в предпринимательской деятельности путем приобретения и использования исключительного права на средства индивидуализации с намерением причинить убытки хозяйствующим субъектам – конкурентам. Не допускается паразитарная конкуренция, состоящая в использовании коммерческой ценности средств индивидуализации другого хозяйствующего субъекта и его деловой репутации в целях привлечения спроса к вводимым в оборот товарам и (или) оказываемым услугам.

Недобросовестная конкуренция обычно связывается с действиями, противоречащими не только закону, но и добросовестным коммерческим практикам. Так, ст. 10^{bis} Парижской конвенции называет недобросовестной конкуренцией любой акт конкуренции, противоречащий честным обычаям в промышленности и торговых делах. В российском Законе о защите конкуренции упоминается о противоречии обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости.

Такой подход «...расширяет область судебного усмотрения в сфере пресечения недобросовестной конкуренции и связано с многообразием

форм и методов недобросовестной конкуренции, не все из которых могут прямо противоречить законодательству или обычаям делового оборота»¹³.

Использование оценочных категорий обеспечивает гибкость понятия недобросовестной конкуренции и возможность применения к новым формам, не поименованным в законе. Если действия, имеющие признаки недобросовестной конкуренции, нарушают конкретную норму закона, их можно отнести к правонарушениям. В том случае, если прямой запрет того или иного поведения отсутствует, а деяние нарушает обычаи, требования разумности и т. д., то его можно отнести к злоупотреблению правом.

Суд с помощью понятийного аппарата антимонопольного законодательства может обосновывать отказ в защите того или иного субъективного права в соответствии с п. 2 ст. 10 ГК РФ на основе исследования конкурентной тактики правообладателя¹⁴. В то же время, неправомерное использование охраняемого результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации само по себе не означает совершение акта недобросовестной конкуренции¹⁵.

Норма подп. 6 п. 2 ст. 1512 ГК РФ как будто бы противопоставляет недобросовестную конкуренцию и злоупотребление правом: «предоставление правовой охраны товарному знаку может быть оспорено и признано недействительным: полностью или частично в течение всего срока действия правовой охраны, если связанные с государственной регистрацией товарного знака действия правообладателя признаны в установленном порядке злоупотреблением правом либо недобросовестной конкуренцией».

Очевидно, такой подход свидетельствует о том, что действие, составляющее недобросовестную конкуренцию, можно рассматривать с позиций гражданского и конкурентного законодательства. Совершение

¹³ Определение КС РФ от 1 апреля 2008 г. № 450-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы закрытого акционерного общества «Московский завод плавленных сыров «КАРАТ» на нарушение конституционных прав и свобод положениями статьи 4 и пункта 2 статьи 10 Закона РСФСР «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках», статьи 4 и части 2 статьи 14 Федерального закона «О защите конкуренции», пункта 1 статьи 10 Гражданского кодекса Российской Федерации».

¹⁴ Определение КС РФ от 15 мая 2007 г. № 370-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы закрытого акционерного общества «Эвалар» на нарушение конституционных прав и свобод положениями пунктов 2 и 3 статьи 10 Закона РСФСР «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках», подпункта 4 пункта 1 и абзаца четвертого пункта 3 статьи 28 Закона Российской Федерации «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров»».

¹⁵ Пункт 30 Постановления Пленума ВС РФ от 4 марта 2021 г. № 2 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением судами антимонопольного законодательства». Решение Арбитражного суда Московской области от 18 декабря 2015 г. по делу № А41-64029/2014.

действия, которое квалифицировано как недобросовестная конкуренция, может повлечь за собой как административно-правовые, так и гражданско-правовые последствия.

Закон о защите конкуренции регулирует отношения, связанные с защитой от злоупотребления доминирующим или монопольным положением, и отношения, связанные с защитой от недобросовестной конкуренции. Данный факт служит предпосылкой для вывода о существовании соответственно антимонопольного и конкурентного права. Действительно, это совершенно разные сферы регулирования, имеющие различную правовую природу.

Выделяются – как минимум – четыре основных модели регулирования отношений, связанных с недобросовестной конкуренцией.

1. Регулирование осуществляется на основании подходов, выработанных судебной практикой (Великобритания).

2. Антимонопольное законодательство регулирует и отношения, связанные с деятельностью доминирующих на рынке субъектов, и отношения, возникающие в связи с осуществлением недобросовестной конкуренции (Россия, Венгрия, Болгария).

3. Недобросовестная конкуренция рассматривается как деликт и регулируется в соответствии с гражданским законодательством (Франция, Нидерланды, Италия).

4. Существует самостоятельный нормативный правовой акт, запрещающий недобросовестную конкуренцию (ФРГ, Испания, КНР)¹⁶.

Антимонопольное законодательство направлено на защиту конкуренции, а законодательство о пресечении недобросовестной конкуренции – на защиту конкурентов и потребителей от нечестных методов предпринимательской деятельности¹⁷. Поэтому «...включая пресечение недобросовестной конкуренции в компетенцию антимонопольного органа, законодатель обязывает его выполнять функции, не свойственные его природе, осуществлять борьбу с правонарушениями, не оказывающими отрицательного влияния на уровень конкуренции в целом»¹⁸. Однако таким образом защищается конкуренция и обеспечивается свобода экономической деятельности участников рынка.

¹⁶ См.: Трубинова Е. И. Модель нормативной регламентации недобросовестной конкуренции в правовой системе России // Вестник Пермского университета. Юридические науки. Выпуск 1 (23) 2014.

¹⁷ См.: Кондратовская С. Н. Правовые проблемы пресечения недобросовестной конкуренции на товарных рынках Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2005. С. 4.

¹⁸ См.: Карибаева А. Е. Аннотация дис. ... «доктор философии» (PhD) по специальности 6D030100 – Юриспруденция. Государственно-правовое регулирование конкуренции и ограничения монополистической деятельности. Казахстан и зарубежный опыт // URL: <https://www.enu.kz/downloads/doctorantura/annotacia-karibaeva-rus.pdf>

Следует отметить, что в настоящее время единственным инструментом российского антимонопольного законодательства, эффективно применяющегося к правоотношениям в области осуществления исключительных прав, являются положения о запрете недобросовестной конкуренции. Во многом это связано с тем фактом, что изначально запрет недобросовестной конкуренции, закрепленный в ст. 10bis Парижской конвенции, выступал институтом права интеллектуальной собственности. Это позволило без особых противоречий применять данные положения для пресечения злоупотребления исключительными правами и тогда, когда полномочия по выявлению и пресечению недобросовестной конкуренции были предоставлены антимонопольному органу.

Примечательно, что в рамках правоприменительной практики антимонопольный орган применял не только прямо поименованные составы недобросовестной конкуренции, обусловленной осуществлением исключительного права, – такие как запрет недобросовестной конкуренции, связанной с приобретением и использованием исключительного права на средства индивидуализации (ст. 14.4 Закона о защите конкуренции). Так, действующая правоприменительная практика позволяет квалифицировать в качестве акта недобросовестной конкуренции не только связку действий по приобретению и использованию исключительного права на средства индивидуализации, но и одно приобретение – в том случае, если антимонопольный орган или суд придут к выводу, что недобросовестная цель во время получения правовой охраны уже сформировалась, но в связи с недавним сроком такой регистрации или намеренного неиспользования средства индивидуализации в рамках его использования не раскрылась. Данные действия квалифицируются правоприменителем по открытому составу ст. 14.8 Закона о защите конкуренции.

Благодаря Постановлению КС РФ от 13 февраля 2018 г. № 8-П¹⁹ по данному открытому составу антимонопольный орган также стал квалифицировать действия правообладателя по воспрепятствованию ввозу оригинального товара по параллельному импорту в отсутствие разумного экономического интереса как недобросовестную конкуренцию²⁰.

¹⁹ «По делу о проверке конституционности положений пункта 4 статьи 1252, статьи 1487 и пунктов 1, 2 и 4 статьи 1515 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобой общества с ограниченной ответственностью «ПАГ»».

²⁰ См., например, дело № 1-14-163/00-08-18 // Официальный сайт ФАС России. URL: <https://br.fas.gov.ru/ca/upravlenie-kontrolya-reklamy-i-nedobrosovestnoy-konkurentsii/d15f1a64-a63b-4209-b593-3594d2fdf13c/>, дело № 1-14-164/00-08-18 // Официальный сайт ФАС России URL: <https://br.fas.gov.ru/ca/upravlenie-kontrolya-reklamy-i-nedobrosovestnoy-konkurentsii/ad852a41-6834-4834-aa0e-ac2b15149c77/>, дела № А40-222446/2020 и № А40-221391/2020/.

Между тем, куда менее благополучно дело обстоит с применением к правоотношениям, связанным с осуществлением исключительных прав, иных институтов конкурентного права, а именно запрета злоупотребления доминирующим положением и запрета заключения антиконкурентных соглашений, в отношении которых установлены антимонопольные иммунитеты.

2. АНТИМОНОПОЛЬНЫЕ ИММУНИТЕТЫ И ЗЛУПОТРЕБЛЕНИЕ ИСКЛЮЧИТЕЛЬНЫМИ ПРАВАМИ

Согласно ч. 4 ст. 10 и ч. 9 ст. 11 Закона о защите конкуренции положения о запрете злоупотребления доминирующим положением и запрет заключения антиконкурентных соглашений не применяются к действиям и соглашениям правообладателей по осуществлению исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации.

Указанные положения, называемые «антимонопольными иммунитетами», вытекают из рассмотрения исключительного права как права легальной монополии на использование результатов интеллектуально деятельности и средств индивидуализации. Именно так данное право было охарактеризовано КС РФ в Определении от 22 апреля 2004 г. № 171-О²¹. Данный подход на долгое время закрепил представление, что пределы исключительного права и ограничения должны устанавливаться преимущественно в рамках гражданско-правового регулирования и соответственно базироваться на специальном перечне ограничений и общей норме о пределах осуществления субъективных гражданских прав, закрепленной в ст. 10 ГК РФ. В то же время взгляд на исключительное право как санкционированную монополию предполагает невозможность применения положений антимонопольного законодательства по отношению к правообладателям в части осуществления ими исключительных прав.

Однако с течением времени точка зрения отечественных правоведов о невозможности применения норм антимонопольного права претерпела эрозию. Так, уже в Постановлении от 13 февраля 2018 г. № 8-П КС РФ, разрешая вопрос относительно положений об исчерпании исключительного права на товарный знак и возможных злоупотреблениях правообладателя, отметил, что действующие в антимонопольном праве иммунитеты «не могут интерпретироваться и применяться как полностью выводящие

²¹ «Об отказе в принятии к рассмотрению жалоб общества с ограниченной ответственностью “К-2” и гражданки Бузулуцкой Виктории Викторовны на нарушение конституционных прав и свобод пунктом 2 статьи 4 Закона Российской Федерации “О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров”».

коллизии интересов правообладателей товарных знаков и иных участников правоотношений по поводу товаров, на которых размещены соответствующие товарные знаки, и связанную с этим возможность оценки поведения сторон как недобросовестного из-под действия механизмов обеспечения баланса конституционно значимых ценностей». Соответствующее указание не привело к исчезновению антимонопольных иммунитетов как таковых, однако обозначило движение в сторону допустимости вмешательства антимонопольного органа в вопросы осуществления исключительного права. В свою очередь ФАС последовательно на протяжении многих лет придерживается позиции о необходимости отмены антимонопольных иммунитетов²². Наличие антимонопольных иммунитетов критикуется и рядом ученых: с такой критикой выступали Е. А. Войниканис, Д. А. Гаврилов, В. А. Дозорцев, А. Ю. Иванов и др.²³ по причине охранительного уклона таких иммунитетов по отношению к «транснациональным» правообладателям в ущерб интересам российских потребителей и предпринимателей.

Схожим образом дискуссия о соотношении антимонопольного законодательства и права интеллектуальной собственности развивается и в Европе. Так, в европейской научной литературе традиционным долгое время считался подход, согласно которому²⁴ цели правового регулирования законодательства об интеллектуальной собственности и антимонопольного законодательства фактически противоположны: если право интеллектуальной собственности направлено на защиту частных интересов правообладателя и способствует монополизации такого права, исключению его из свободного оборота, если того хочет правообладатель, то антимонопольное законодательство, напротив, преследует цель обеспечения торговли, конкуренции, защищает публичные интересы, контролируя использование прав частными лицами и ограничивая такие права в случаях злоупотребления ими с целью избежать конкуренции. Иными словами, конкуренции и свободному рыночному обращению тех или иных благ (в рассматриваемом случае – исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации) противопо-

²² См.: *Склярова Я. В.* Защита конкуренции и право интеллектуальной собственности на современном этапе: в поисках баланса // *Интеллектуальные права: вызовы 21-го века: сборник докладов IV Международной конференции (09–12 ноября 2022 г.)* / под ред. Э. П. Гаврилова, С. В. Бутенко и др. Томск. 2022. С. 3–14.

²³ См.: *Иванов А. Ю.* Мифы о легальной монополии, или сказ о том, почему в России не развиваются инновации при упорной охране интеллектуальной собственности // *Закон.* 2020 №2. С. 88

²⁴ *Tritton G.* Intellectual Property in Europe. London. 2002. P. 572-573; *Govaere I.* The Use and Abuse of Intellectual Property Rights in E.C. Law. London. 1996. par. 2.08 ss.

ставлена своего рода монополия правообладателя, имманентно присущая отношениям в сфере интеллектуальной собственности.

Вместе с тем к настоящему времени приведенная точка зрения утратила свои позиции, и в доктрине устоялось и иное мнение²⁵: считается, что антимонопольное законодательство и законодательство об интеллектуальной собственности преследуют общую цель, заключающуюся в обеспечении экономической эффективности. Таким образом, некоторые противоречия в инструментариях рассматриваемых отраслей заключаются только в способах достижения общей цели: обеспечения инноваций и экономического благополучия в рыночных отношениях.

Важной причиной эрозии взглядов на допустимость антимонопольного регулирования в области осуществления исключительных прав, на наш взгляд, является недостаточная эффективность гражданско-правовых механизмов их ограничения. Главным образом ввиду того, что гражданско-правовой механизм, во-первых, не предполагает защиту неопределенного круга лиц от злоупотреблений правообладателя, а, во-вторых, не использует вмешательство государства в целях пресечения злоупотреблений со стороны правообладателей, оставляя это на откуп частным субъектам. Между тем, с учетом развития технологий и роста влияния правообладателей на рынки, в том числе в части ограничения конкуренции, устранение государства от пресечения злоупотреблений в области осуществления исключительных прав и сохранение антимонопольных иммунитетов становится все более противоречивым решением.

Наличие антимонопольных иммунитетов формально выводит из-под контроля антимонопольной службы и норм о защите конкуренции целый ряд недобросовестных практик, что может нести существенные риски для конкретной среды. Так, к недобросовестным практикам в области осуществления исключительных прав можно отнести:

- отказ в заключении лицензионного договора в отсутствие экономических и (или) технологических причин;
- установление монопольно высокой цены на предоставление права использовать результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации;
- установление различных сумм вознаграждения за использование результата интеллектуальной деятельности при прочих равных условиях;
- предоставление права на использование результата интеллектуальной деятельности в совокупности с другими объектами (например, «пакетное» лицензирование);

²⁵ *Korah V. Intellectual Property Rights and the EC Competition Rules. Oxford. 2006. P. 1–3.*

– включение в лицензионный договор условий о приобретении товара, работ, услуг, в том числе являющихся результатами интеллектуальной деятельности или создаваемых с их использованием, не относящихся к предмету лицензионного договора («связывания»);

– установление в договоре запрета контрагенту заключать иные договоры с конкурентами правообладателя («положения об избежании конкуренции»);

– проведение качественной, количественной и ассортиментной дискриминации по отношению к определенным рынкам;

– установление монопольно высокой цены на товары, в том числе в рамках государственных закупок;

– иные недобросовестные практики.

Следует отметить, что в зарубежных правовых порядках применение норм антимонопольного законодательства и, в частности, норм о запрете злоупотребления доминирующим положением к отношениям в области осуществления исключительных прав, является допустимым. Так, в контексте злоупотребления доминирующим положением при помощи исключительного права исследователи выделяют два базовых сценария: ситуацию, когда исключительное право непосредственно является объектом посягательства при злоупотреблении доминирующим положением, и ситуацию, когда для злоупотребления доминирующим положением исключительное право является инструментом. В первом случае речь идет о приобретении в результате злоупотребления доминирующим положением исключительного права, что приводит в дальнейшем к ограничению конкуренции; во втором – обладание исключительным правом позволяет правообладателю, например, отказываться от заключения лицензионных соглашений с другими компаниями в целях препятствования появлению нового товара, на который существует потенциальный потребительский спрос, что в конечном итоге может привести к исключению возможности возникновения конкуренции на вторичном рынке. Судебная практика в таких обстоятельствах идет по пути обязывания правообладателя выдать лицензию с одновременным определением разумного размера роялти, что также свидетельствует о преимуществе публичного интереса над частным в случаях установленного злоупотребления доминирующим положением с использованием исключительного права.

Применение антимонопольных иммунитетов в российском праве также нельзя назвать безусловным. Так, в настоящий момент антимонопольным органом выработаны подходы, позволяющие избежать их применения. В частности, антимонопольный орган при анализе действий правообладателя старается отграничить правоотношения по осуществлению

исключительных прав (которые не могут быть предметом проверки на соответствие антимонопольному законодательству) от действий и соглашений, относящихся к введению в оборот товаров, хотя бы таковые и были произведены с использованием объектов интеллектуальных прав.

Данный подход был проявлен в деле о нарушении п. 5 ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции со стороны *Teva Pharmaceutical Industries Ltd.* Антимонопольный орган пришел к выводу, что действия компании по уклонению от поставки лекарственного средства «Копаксон» являются злоупотреблением доминирующим положением. При этом антимонопольные иммунитеты не подлежат применению в связи с тем, что в рамках заключенных договоров компания не предоставляла покупателю товара право использования товарного знака, следовательно, действия по продаже товара с товарным знаком не являлись реализацией исключительного права со стороны правообладателя²⁶.

Аналогичным образом антимонопольный орган поступил и в споре о злоупотреблении доминирующим положением со стороны компании *Google Inc.* В указанном деле компания ссылаясь на то, что положения антимонопольного законодательства не распространяются на ее действия по предустановке программного обеспечения на мобильные устройства и смартфоны в связи с наличием исключительных прав на операционную систему Android и программное обеспечение. Однако указанные аргументы были отклонены судами, поскольку соглашения, заключаемые Google Inc., носили смешанный характер, ими были урегулированы вопросы как лицензирования, так и поставки, распространения, внедрения продукта с определением ограничительных условий именно в части распространения. «Поскольку Договоры ... являются смешанными, условия, не относимые к лицензионным, должны соответствовать установленным антимонопольным законодательством требованиям»²⁷.

Таким образом, в ситуации, когда антимонопольный орган может четко разграничить действия по осуществлению исключительного права и действия по вводу в оборот товаров, применение антимонопольных иммунитетов является ограниченным.

К сожалению, столь четкое разграничение условий договора возможно не всегда. Так, антимонопольный орган прекратил дело в отношении Координационного центра национального домена сети Интернет и Технического центра Интернет, возбужденное по заявлению группы регистраторов доменных имен по признакам злоупотребления доминирующим положе-

²⁶ Дело № А40-42997/2014.

²⁷ Решение Арбитражного суда города Москвы от 15 марта 2016 г. по делу № А40-240628/2015.

нием, выразившегося в установлении и поддержании монопольно высокой цены на предоставление доступа к реестру доменных имен. В ходе рассмотрения антимонопольным органом было установлено, что увеличение цены доступа к реестру со стороны Технического центра Интернет было обусловлено выплатой вознаграждения по лицензионному договору с Координационным центром на использование базы данных доменных имен. Законность решения антимонопольного органа была подтверждена судами²⁸.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Ситуация злоупотребления интеллектуальными правами и, в частности, исключительным правом возникает в силу изначально целевого характера введения правовой охраны результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации. Цель установления такой правовой охраны выступает в качестве общего предела осуществления исключительных прав, не допуская их реализацию в противоречии с целями предоставления. Однако правовой механизм, способный блокировать осуществление интеллектуальных прав в противоречии с целями их предоставления, не всегда эффективен. В частности, гражданско-правовые средства преодоления злоупотреблений исключительными правами не защищают неопределенный круг лиц от злоупотреблений правообладателя и не предполагают вмешательства государства в целях пресечения злоупотреблений со стороны правообладателей.

Поэтому важную роль в данном механизме играют положения законодательства о защите конкуренции, устанавливающие пределы осуществления субъективных гражданских прав. Субъекты, занимающиеся экономической деятельностью, должны принимать во внимание ограничения законодательства о защите конкуренции.

В настоящий момент единственным эффективным механизмом конкурентного права, блокирующим злоупотребления со стороны правообладателей, является запрет недобросовестной конкуренции. В то же время применение иных инструментов антимонопольного регулирования – таких, как запрет злоупотребления доминирующим положением и антиконкурентных соглашений, – заблокировано положениями об антимонопольных иммунитетах, вводимых в качестве следствия монопольной природы исключительного права. Наличие антимонопольных иммунитетов, несмотря на существующие подходы к их преодолению, существенным образом

²⁸ Дело № А40-114041/2019.

ограничивает возможности антимонопольного органа по пресечению случаев злоупотребления исключительными правами. Между тем, существующие воззрения на исключительное право как монополию, положенные в основу введения названных иммунитетов, в настоящее время не согласуются ни с позицией КС РФ, ни с целевым характером правовой охраны результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации, в силу чего можно отметить тенденцию стремления к их обходу, а также говорить о необходимости их отмены или существенного сужения.

А. А. Жуковская, Е. С. Хохлов

DIGITAL MARKETS ACT В ЕС – НОВАЯ СТРАНИЦА АНТИМОНОПОЛЬНОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ В ЦИФРОВУЮ ЭПОХУ?

В настоящее время в науке все большее внимание уделяется так называемой цифровой экономике. К ней принято относить экономическую активность в сфере информационных технологий и традиционную часть экономики, использующую Интернет (например, электронная коммерция). К особенностям цифровой экономики относится то, что товар в основном имеет форму услуги и фактически отсутствует потребность в его транспортировке: с технологической точки зрения товар может быть без существенных затрат доставлен в любую точку мира. Это далеко не единственные особенности, отличающие цифровую экономику от экономики традиционной, однако нет сомнений в том, что цифровая экономика – такая же часть экономики, как и иные ее отрасли.

Между тем, основные механизмы антимонопольного регулирования и институты конкурентного права выработывались в условиях традиционной экономики и в отношении оборота «физических» товаров. Поэтому на первой стадии активного развития цифровой экономики перед антимонопольными органами и учеными встал вопрос: а могут ли меры антимонопольного регулирования в принципе применяться к поведению хозяйствующих субъектов в цифровой среде? На этот счет были разные точки зрения, и для целей настоящей статьи мы не будем вдаваться в эту дискуссию. Однако в целом возобладала позиция о том, что антимонопольное регулирование должно применяться и к цифровой экономике.

В данный момент разворачивается второй раунд обсуждений, касающийся вопроса о том, приспособлены ли традиционные меры антимонопольного регулирования и институты конкурентного права к противодействию процессам монополизации в сфере цифровой экономики. Дискуссия еще далека от завершения, но появились две позиции. В рамках первой предлагается адаптировать имеющиеся в традиционном антимонопольном регулировании подходы к особенностям цифровых рынков. Вторая предполагает если не полный уход от антимонопольного регулирования, то как минимум особое регулирование цифровых рынков, которое отделено от традиционного антitrustа.

Следует подчеркнуть, что рассматриваемые в настоящей работе вопросы имеют не только теоретическую, но и практическую значимость. ФАС России является одним из мировых лидеров в применении антимо-

нопольного законодательства к цифровым рынкам. За последние несколько лет она рассмотрела несколько дел о злоупотреблении доминирующим положением в данной сфере (дела в отношении Google, Microsoft, Apple, Booking.com). Помимо этого ФАС России также исследовала несколько сделок экономической концентрации в сфере информационных и иных технологий, в частности, о создании совместного предприятия между компаниями Яндекс и Uber в сфере агрегаторов такси, о слиянии компаний Bayer и Monsanto, об обмене активами между Яндексом и VK.

В настоящее время обсуждается так называемый «Пятый антимонопольный пакет», которым предлагается закрепить особенности антимонопольного правоприменения в сфере цифровой экономики. Таким образом, Россия полагает целесообразным применять к цифровым рынкам подходы традиционного антимонопольного регулирования, несколько модифицированные применительно к особенностям данных рынков.

Европейский союз же пошел по другому пути и ввел для цифровых рынков особое регулирование, прямо не относящееся к антимонопольному, которому и посвящена настоящая работа.

ИСТОКИ ПОЯВЛЕНИЯ И ОБЗОР DIGITAL MARKETS ACT

18 июля 2022 г. получил финальное одобрение Европейского Совета Digital Services Package, который включает в себя Digital Services Act¹ (далее – DSA) и Digital Markets Act² (Regulation on contestable and fair markets in the digital sector) (далее – DMA). DSA направлен на регулирование электронной торговли, обращения нелегального контента в Интернете. DMA имеет другой предмет регулирования в виде отношений на цифровых рынках, участниками которых являются особые субъекты под названием “gatekeepers” («гейткиперы»). Далее будет подробно рассмотрен DMA, поскольку именно он касается вопросов конкуренции на цифровых рынках.

DMA регулирует деятельность крупных цифровых платформ. Они представляют собой интернет-площадки, на которых взаимодействуют как минимум две категории пользователей. Первую составляют лица, использующие платформу для продвижения своих услуг или товаров с целью получения прибыли. Они получили название «*бизнес-пользователи*».

¹ Regulation (EU) 2022/2065 of the European Parliament and of the Council of 19 October 2022 on a Single Market For Digital Services and amending Directive 2000/31/EC (Digital Services Act) // URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32022R2065>

² Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council of 14 September 2022 on contestable and fair markets in the digital sector and amending Directives (EU) 2019/1937 and (EU) 2020/1828 (Digital Markets Act) // URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32022R1925>

К таким лицам относятся, например, продавцы товаров, разработчики мобильных приложений, создатели видеороликов и т. д. Ко второй относятся *конечные пользователи*, так или иначе потребляющие те услуги и товары, которые предлагаются платформой или бизнес-пользователями. Задача цифровых платформ привлечь как можно большее число пользователей, чтобы иметь возможность за счет сетевых эффектов зарабатывать на своей платформе. Для этого владельцы платформ устанавливают условия доступа на них и определяют правила поведения в их рамках (и зачастую за их пределами) для всех категорий пользователей.

Поскольку цифровые платформы обладают определенной свободой усмотрения в установлении правил для пользователей, они могут прибегать к недобросовестным бизнесам-стратегиям. Например, крупные платформы могут ограничивать бизнес-пользователей в возможности информировать конечных пользователей о том, что последние могут купить цифровую подписку с помощью альтернативных источников. Бизнес-стратегии отличаются большим разнообразием и предопределяются моделью функционирования платформы, то есть тем, каким образом и какие услуги на ней предоставляются. Такие недобросовестные стратегии могут оказывать негативное влияние, во-первых, на пользователей обеих категорий, поскольку на них накладываются чрезмерные ограничения – в возможности переключения на иные платформы, сужение свободы выбора и т. п. Во-вторых, данные стратегии способны навредить конкурентам цифровой платформы, поскольку последняя всеми способами, в том числе недобросовестными, стремится привлечь пользователей к своей платформе и лишить такой возможности других участников рынка.

Возможности цифровых платформ и характеристики, присущие им, в совокупности с бизнес-стратегиями крупных компаний наделяют последних «пропускной» способностью, поскольку именно такие компании обеспечивают доступ бизнес-пользователей на рынок, что дает возможность получить доступ к конечным пользователям. По этой причине такие субъекты получили название гейткиперов.

DMA был принят с целью обеспечения добросовестной конкуренции на цифровых рынках с участием гейткиперов. На первый взгляд может сложиться впечатление, что DMA – не что иное, как акт конкурентного права. Однако это не так. Методы регулирования, предлагаемые DMA, существенно отличаются от тех, которые использует конкурентное право. Именно для того, чтобы восполнить предполагаемые недостатки антимонопольного регулирования, и был принят DMA.

По мнению разработчиков DMA, антимонопольное регулирование распространяется лишь на некоторые случаи обладания рыночной властью

и не всегда охватывает специфическое поведение гейткиперов на цифровых рынках. При этом гейткиперы не всегда имеют рыночную власть в понимании конкурентного права, то есть необязательно занимают доминирующее положение, а значит, они не всегда могут быть объектом антимонопольного регулирования. Тем не менее, их поведение способно оказать влияние на функционирование единого рынка ЕС.

Кроме того, привлечение к ответственности за нарушение законодательства о конкуренции происходит ретроспективно и предполагает проведение долгих и тщательных расследований в отношении зачастую очень сложных фактических обстоятельств. Это прослеживается на примере антимонопольных разбирательств, проводимых Европейской комиссией. Например, расследование в отношении Google в связи со злоупотреблением его доминирующим положением на рынке поисковых систем (дело Google Shopping) было начато в 2010 г., формальное обвинение было предъявлено компании в 2015 г., а итоговое решение вынесено в 2017 г.³ Аналогичным образом другое расследование в отношении Google, касающееся злоупотребления им доминирующим положением в рамках операционной системы Android (дело Google Android), было начато в 2013 г., а итоговое решение вынесено в 2018 г.⁴ За каждым обвинительным решением следует и длительный процесс судебных обжалований, который может длиться еще порядка десяти лет.

Затяжные антимонопольные разбирательства Европейской комиссии связаны в том числе с недостатками регулирования, например, отсутствием в законодательстве конкретных сроков рассмотрения дела и в целом очень осторожным отношением регулятора к процедурным аспектам. К моменту, когда решение вступает в силу, пострадавшие от нарушения уже могут уйти с рынка именно вследствие действий нарушителя, и потому для целей восстановления конкуренции решение становится бесполезным. Именно так и произошло, например, в случае с делом Google Shopping, когда к моменту вынесения обвинительного решения фактически не осталось конкурентов, ради которых это дело и затевалось⁵.

В отличие от методов конкурентного права, метод регулирования DMA предполагает не привлечение субъектов к ответственности за совершенное нарушение, а упреждающее возложение обязательств на участников

³ Commission decision of 27 June 2017, Google Search (Shopping), case AT.39740.

⁴ Commission decision of 18 July 2018, Google Android, case AT.40099.

⁵ См., например: Google Shopping remedy has failed, study claims // URL: <https://global-competitionreview.com/article/google-shopping-remedy-has-failed-study-claims>; The Google Shopping European Court judgment and its wider implications // URL: <https://www.cliffordchance.com/content/dam/cliffordchance/briefings/2021/11/google-shopping-client-alerter.pdf>

рынка, получивших статус гейткиперов. Предполагается, что соблюдение таких обязательств позволит не допустить ущемления прав пользователей цифровой платформы, а также обеспечить сохранение конкуренции на рынке. За нарушение обязательств, возложенных на гейткиперов, DMA предусматривает ответственность в виде оборотных штрафов.

В то же время в DMA прямо указано, что он применяется без ущерба для союзных и национальных норм о конкуренции. Это означает, что наложение штрафов за нарушение DMA не препятствует Европейской комиссии привлечь к ретроспективной ответственности гейткипера в случае, если в его действиях имеется также состав нарушения антимонопольного законодательства.

Такой подход порождает проблему двойной ответственности, поскольку на гейткиперов за одно деяние дважды может быть возложена обязанность по уплате оборотных штрафов: за нарушение DMA и норм конкурентного права. Данный вопрос еще не нашел разрешения и обсуждается специалистами. Следует учитывать, что общеправовой принцип исключения двойной ответственности за одно и то же нарушение подразумевает, что речь идет о нарушении одной и той же обязанности (запрета). В связи с этим возникает аргумент о том, что DMA – не акт антимонопольного регулирования и устанавливает самостоятельные обязанности в дополнение к нормам конкурентного права. Поэтому его нарушение не исключает возможность привлечения к ответственности за нарушение антимонопольных запретов (в случае, если соответствующий состав нарушения будет установлен). Сам DMA не разрешает данную проблему и оставляет Европейской комиссии простор для усмотрения.

Действие DMA, как было указано ранее, распространяется на определенных участников рынков – гейткиперов. Для того, чтобы попасть под действие DMA, компания должна соответствовать в совокупности следующим условиям:

- владеть платформой, оказывающей ключевые для цифровых рынков услуги;

- отвечать определенным качественным и количественным критериям;
- пройти процедуру присвоения статуса гейткипера.

Рассмотрим каждое из условий в отдельности.

Платформа, принадлежащая гейткиперу и оказывающая ключевые услуги, обладает рядом характеристик, которые позволяют отнести ее к таковой для целей DMA. Такая платформа:

- способна объединять большое число пользователей благодаря сетевым эффектам и многосторонности;
- обладает эффектом блокирования пользователей на платформе;

- создает эффект экономии масштаба за счет практически нулевых издержек на выход пользователей на платформу;
- владелец платформы преследует в своей деятельности коммерческие цели.

К ключевым для цифровых рынков услугам DMA относят: посреднические услуги; онлайн-поиск; социальные сети; услуги видеошеринга; независимые от номера услуги межличностной связи (например, услуги мессенджеров); услуги операционных систем; услуги облачных систем; рекламные услуги (как ключевые рассматриваются в случае, если предоставляются в процессе оказания любой другой услуги, предусмотренной в настоящем перечне); услуги веб-браузера; услуги виртуальных помощников.

Для того, чтобы получить статус гейткипера, компания должна отвечать ряду качественных и количественных критериев.

К качественным критериям относятся следующие:

- оказание гейткипером существенного влияния на единый рынок ЕС;
- предоставление услуги основной платформы, у которой имеется выход на конечного пользователя;
- устоявшееся и прочное положение в данной сфере деятельности.

К количественным критериям статуса гейткипера отнесены следующие параметры:

- годовой оборот компании на территории Европейского союза составляет не менее 7,5 млрд евро в каждом из последних трех финансовых лет либо ее средняя рыночная капитализация составила 7,5 млрд евро в последнем финансовом году при условии, что компания предоставляет свою основную услугу минимум в трех государствах-членах ЕС;
- основная платформа в последнем финансовом году имеет не менее 45 млн ежемесячных активных конечных пользователей, а также не менее 10 тыс. ежегодных активных бизнес-пользователей;
- показатели по числу пользователей платформы были достигнуты в каждом из трех последних финансовых лет.

В первоначальном проекте DMA показатель годового оборота составлял 6,5 млрд евро, в итоговом был повышен до 7,5 млрд евро.

DMA предусматривает три сценария присвоения статуса гейткипера:

В том случае, если показатели деятельности компании по какой-либо услуге, оказываемой платформой, достигают всех количественных и соответствует всем качественным критериям, презюмируется, что компания является гейткипером. По достижении всех показателей компания в течение двух месяцев должна уведомить Европейскую комиссию об этом и предоставить ей соответствующие сведения. Если компания не уведомила

Европейской комиссии о достижении пороговых значений, Европейская комиссия, тем не менее, уполномочена по собственной инициативе на основании имеющейся у ней информации инициировать процедуру присвоения статуса гейткипера. После получения всей информации Европейская комиссия в течение 45 рабочих дней принимает решение о присвоении компании статуса гейткипера.

Если показатели деятельности компании соответствует только количественным критериям, компания вместе с уведомлением имеет право представить в Европейскую комиссию обоснование о несоответствии качественным критериям. Если Европейская комиссия считает, что аргументы, представленные компанией, недостаточно обоснованы, она их отклоняет. В том случае если Европейская комиссия считает обоснование убедительным, она инициирует процедуру анализа рынка с целью выявления необходимости присвоения компании статуса гейткипера. По результатам анализа рынка Европейская комиссия принимает решение о присвоении статуса.

Если показатели деятельности компании соответствуют всем качественным, но только некоторым количественным критериям, Европейская комиссия проводит анализ рынка с учетом таких дополнительных факторов, как размер компании, включая оборот и рыночную капитализацию, число бизнес-пользователей и конечных пользователей, сетевые эффекты и преимущества, основанные на данных, любые эффекты масштаба и охвата, от которых компания получает выгоду, блокировка бизнес-пользователей или конечных пользователей, включая затраты на переключение, конгломератная корпоративная структура и вертикальная интеграция компании, например, позволяющая ей объединять данные из различных источников, другие структурные характеристики бизнеса или сервисов. По результатам анализа Европейская комиссия принимает решение о присвоении статуса гейткипера.

ОБЯЗАТЕЛЬСТВА, ПРЕДУСМОТРЕННЫЕ DMA

Как было указано ранее, метод регулирования DMA состоит в возложении на гейткиперов обязательств: как в виде активных обязанностей, так и в форме запретов.

Большинство обязательств, предусмотренных в DMA, сформулированы исходя из опыта разбирательств Европейской комиссии и национальных органов в отношении техно-гигантов. При этом стоит отметить, что многие разбирательства, лежащие в основе некоторых обязательств, в настоящий момент еще не завершены, следовательно, факты нарушений до

конца еще не установлены. Однако, по мнению разработчиков DMA, даже неподтвержденные практики заслуживают трансформации в обязательства, неисполнение которых может навредить конкуренции.

DMA предусматривает три категории обязанностей, возлагаемых на гейткиперов:

Обязательства, которые гейткипер обязан исполнять в отношении каждой из своих основных платформы, перечисленных в решении о присвоении статуса гейткипера («категорические обязательства») (“black list”).

Обязательства, порядок исполнения которых может подлежать согласованию с Европейской комиссией («опциональные обязательства») (“grey list”).

Обязательства в отношении мессенджеров.

В DMA также предусмотрен ряд обязательств, которые основываются на общеправовых началах и не связаны с прецедентными разбирательствами против техно-гигантов.

«КАТЕГОРИЧЕСКИЕ» ОБЯЗАТЕЛЬСТВА В РАМКАХ DMA

Рассмотрим категорические обязательства. В DMA предусматривается запрет гейткиперам на совершение ряда действий с персональными данными конечных пользователей, а именно:

- обработка персональных данных пользователей основной платформы для целей онлайн-рекламы;
- объединение персональных данных пользователей основной платформы с персональными данными, полученными в результате оказания иных услуг гейткипером или третьими лицами;
- перекрестное использование персональных данных, полученных в результате оказания услуг основной платформой, для цели оказания гейткипером иных услуг;
- регистрация пользователей в других сервисах гейткипера с целью объединения данных.

Совершение перечисленных действий допустимо, только если пользователь выразил на это свое согласие в значении п. (11) ст. 4 и ст. 7 Регламента ЕС 2016/679 Европейского Парламента и Совета ЕС от 27 апреля 2016 г.⁶. Если согласие было отклонено или отозвано конечным пользователем, гейткипер не должен повторно направлять запрос на получение согласия для совершения тех же действий более одного раза в течение одного года.

⁶ Regulation (EU) 2016/679 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and the free movement of such data // URL: <https://eur-lex.europa.eu/EN/legal-content/summary/general-data-protection-regulation-gdpr.html>

В Европейском союзе впервые вопрос об использовании данных пользователей стал предметом антимонопольного разбирательства в деле о слиянии Facebook и WhatsApp в 2014 г.⁷ Facebook дважды (сначала – в рамках согласования сделки, впоследствии – в ответ на запрос Европейской комиссии) предоставил сведения о том, что автоматизированного обмена между аккаунтами пользователей в Facebook и WhatsApp не происходит, однако было установлено, что это не соответствовало действительности, и на Facebook был наложен штраф.

Аналогичное дело было рассмотрено в отношении Facebook в Германии в 2019 г.⁸ Антимонопольный орган Германии установил, что Facebook злоупотреблял своим доминирующим положением на рынке посредством сбора информации о пользователях без их информирования об этом и без получения на то согласия. Согласно решению регулятора принадлежащим компаниям сервисам, включая WhatsApp и Instagram, допускается собирать данные, однако запрещено объединять эту информацию с основным Facebook-аккаунтом до тех пор, пока пользователь не выразит явного согласия на такие действия. Данное решение находится в стадии судебного обжалования, и суд первой инстанции уже признал решение антимонопольного органа незаконным⁹.

Вопросы использования персональных данных конечных пользователей являются предметом антимонопольных разбирательств против Google и Facebook, связанных с онлайн-рекламой. В отношении Google летом 2021 г. было начато официальное расследование¹⁰, в рамках которого в том числе изучаются следующие практики компании: обязательство использовать рекламные сервисы Google для размещения и покупки рекламы на YouTube; ограничения, наложенные Google на способы, с помощью которых сервисы-конкуренты могут размещать рекламу на YouTube; ограничения, накладываемые Google на возможность третьих сторон – таких, как рекламодатели, издатели или конкурирующие посредники в сфере онлайн-рекламы, получать доступ к данным пользователей, которые доступны собственным рекламным службам Google, и т. д.

⁷ Commission decision of 3 October 2014, Facebook/WhatsApp, case M.7217.

⁸ Fallbericht vom 15. Februar 2019: Facebook; Konditionenmissbrauch gemäß § 19 Abs. 1 GWB wegen unangemessener Datenverarbeitung (Entscheidungsdatum: 6. Februar 2019).

⁹ См.: *Matthiesen R., Herbers B.* ECJ to issue preliminary ruling on German FCO-Facebook case, 2021 // URL: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=e4e57715-55e6-4559-ae92-3ec63669a6a0>.

¹⁰ См.: URL: https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_AT_40670

Летом 2021 г. было начато официальное расследование Европейской комиссии против Facebook¹¹ с целью выяснить, нарушил ли Facebook правила конкуренции Европейского союза, используя рекламные данные, полученные, в частности, от рекламодателей, чтобы конкурировать с ними на рынках, где Facebook ведет активную деятельность, например, на рынке рекламы на сайтах-классифайдах. В ходе официального расследования также предполагается установить, связывает ли Facebook свой онлайн-сервис Facebook Marketplace со своей социальной сетью в нарушение конкурентного права Европейского союза.

Несмотря на то, что расследования в отношении рекламных практик Facebook и Google еще далеки от завершения, исследователи¹² связывают с ними следующие категорические обязательства, предусмотренные DMA:

– запрет устанавливать требование конечным пользователям или бизнес-пользователям о взаимодействии со службой идентификации, веб-браузером, платежной службой или техническими службами, которые поддерживают предоставление платежных услуг этого гейткипера, в процессе оказания бизнес-пользователями услуг с использованием основной платформы этого гейткипера;

– запрет на «связывание»: гейткиперу запрещается устанавливать требование приобретать подписку или иные услуги основной платформы как условие доступа к другим услугам основной платформы;

– обязанность ежедневно на бесплатной основе обеспечивать рекламодателей и издателей по их запросу информацией, касающейся цен, уплачиваемых ими, вознаграждений, получаемых ими, а также метрик, на основе которых рассчитываются суммы в отношении размещенной публикации.

Также DMA запрещает гейткиперам устанавливать условия о паритете цен. Гейткиперу запрещается препятствовать бизнес-пользователям предлагать те же продукты или услуги конечным пользователям через любые иные каналы продвижения (широкий паритет) или через свой собственный онлайн-канал продаж (узкий паритет) по ценам или на условиях, которые отличаются от тех, которые предлагаются через гейткипера. Первоначальный проект DMA предусматривал запрет только на широкий паритет, в то время как в итоговой версии акта закреплён запрет как на широкий, так и на узкий паритет цен.

¹¹ См.: URL: https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_AT_40684

¹² См., например: *Caffara C., Scott F.* The Digital Markets Act: a translation. 2021 // URL: <https://www.worldcommercereview.com/html/caffarra-and-scott-morton-the-digital-markets-act-a-translation.html>

Впервые вопрос о паритете цен был поднят в расследовании Европейской комиссии против Apple и ряда издательств в 2012 г.¹³ Издательства осуществили переход от модели ведения бизнеса, при которой розничная цена электронных книг определялась розничным продавцом, к агентской модели. Агентские договоры между Apple и издательствами содержали оговорку о паритете розничных цен (“retail price most-favoured nation clause”), исключающую возможность продажи книг по ценам ниже, чем через Apple, и устанавливающую максимальные розничные цены и соответствующую комиссию, выплачиваемую Apple, в размере 30%. По результатам расследования Apple и издательства с согласия Европейской комиссии приняли на себя обязательства расторгнуть действующие агентские договоры, не устанавливать условие о паритете цен в новых договорах в течение пяти лет, а также обеспечить двухлетний «период охлаждения», в течение которого розничные продавцы смогут свободно предлагать скидки на розничные цены электронных книг в размере, равном комиссии, которую розничный торговец получает от издателя в течение одного года.

Аналогичное дело было рассмотрено Европейской комиссией в отношении Amazon в 2017 г.¹⁴ Паритетные оговорки в соглашениях между Amazon и издателями электронных книг включали в себя обязательства последних информировать Amazon о более благоприятных или альтернативных условиях, включаемых в условия сотрудничества с конкурентами Amazon, или предлагать Amazon такие условия. Оговорки также предполагали, что издательства предлагают Amazon альтернативные бизнес-модели распространения книг, предоставляют определенный каталог электронных книг. По результатам расследования Amazon принял на себя обязательства не применять такие оговорки в договорах с издателями электронных книг в течение пяти лет.

Большое распространение условия о паритете цен получили в деятельности компаний на рынке предоставления услуг агрегаторов информации о средствах размещения (“online travel agents”). Оговорки о паритете цен, устанавливаемых компанией Booking.com, были предметом многочисленных антимонопольных разбирательств в странах Европейского союза. По итогам разбирательств ряд стран признали допустимость узкого паритета цен (Великобритания), в то время как в других странах признавался нарушением как узкий, так и широкий паритет цен (Германия, Франция, Австрия, Бельгия).

¹³ См.: URL: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_12_983

¹⁴ Commission decision of 3 August 2017, E-book MFNs and related matters (Amazon), case AT.40153

К категорическим относится запрет на «запирающие» правила (“anti-steering rules”). Гейткипер, с одной стороны, должен разрешить бизнес-пользователям бесплатно информировать конечных пользователей о возможности приобретения продуктов бизнес-пользователя за пределами основной платформы, а также не препятствовать заключению договоров в отношении таких продуктов вне зависимости от того, используется ли для этого основная платформа. С другой стороны – гейткипер должен разрешить конечным пользователям получать доступ к контенту, подпискам, функциям или другим элементам с помощью программного обеспечения бизнес-пользователя, включая случаи, когда конечные пользователи приобретали такой доступ у бизнес-пользователя без использования услуг основной платформы.

Запрет на anti-steering rule связывают с разбирательствами в отношении Apple. В настоящее время Европейская комиссия проводит расследования¹⁵ в отношении следующих практик Apple:

- возложение на разработчиков обязанности использовать исключительно платежный механизм Apple In-App Purchase. За каждую продажу внутри приложений Apple взимает комиссию в размере 30%;
- применение правил, ограничивающих возможности разработчиков информировать пользователей об альтернативных способах покупки вне приложений.

Приведенные практики Apple были предметом рассмотрения и национальных антимонопольных органов. В частности, в декабре 2021 г. нидерландский антимонопольный орган обязал Apple скорректировать правила, предусмотренные для доступа в App Store, которые применялись к разработчикам приложений для знакомств¹⁶.

«ОПЦИОНАЛЬНЫЕ» ОБЯЗАТЕЛЬСТВА В РАМКАХ ДМА

ДМА предусматривает большое количество обязательств, являющихся опциональными. Меры по исполнению таких обязательств могут подлежать согласованию с Европейской комиссией. Гейткипер имеет право обратиться к Европейской комиссии с тем, чтобы она оценила эффективность мер, которые гейткипер намерен реализовать или реализовал для

¹⁵ См.: URL: https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_AT_40716, https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_AT_40437, https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_AT_40652

¹⁶ См.: *Mijnlieff M.* ACM obliges Apple to adjust unreasonable conditions for its App Store. 2021 // URL: <https://www.acm.nl/en/publications/acm-obliges-apple-adjust-unreasonable-conditions-its-app-store>; URL: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/#!/details?id=ECLI:NL:RBROT:2021:12851>

соблюдения опциональных обязательств. В проекте DMA 2020 г. предусматривалось, что Европейская комиссия обязана вступить в так называемый «регуляторный диалог». В финальной версии DMA Европейская комиссия уполномочена по своему усмотрению принять решение о том, вступить ли ей в «регуляторный диалог» с гейткипером.

К опциональным относится запрет на использование в процессе конкуренции с бизнес-пользователями данных, не являющихся общедоступными и полученных гейткипером от бизнес-пользователей в процессе осуществления ими деятельности на платформе соответствующего гейткипера. Данный запрет актуален для гейткиперов, которые не только выполняют функцию владельца платформы, но и осуществляют на ней деятельность в качестве бизнес-пользователя.

Например, Amazon играет на своей платформе двойную роль: (i) предоставляет торговую площадку, на которой бизнес-пользователи продают товары конечным потребителям; и (ii) продает товары в качестве розничного продавца на этой же площадке, конкурируя с бизнес-пользователями. В качестве владельца платформы Amazon имеет доступ к непубличным коммерческим данным сторонних продавцов (количество заказанных и отправленных единиц продукции, доходы продавцов на площадке, количество посещений конечными пользователями, данные о доставке товаров и т. д.).

В 2020 г. Европейская комиссия выдала Amazon заключение об обстоятельствах, предварительно установив, что некоторые из методов работы ее торговой площадки являются антиконкурентными. Европейская комиссия установила, что Amazon использует непубличные бизнес-данные независимых продавцов, торгующих на ее торговой площадке, в интересах собственного розничного бизнеса Amazon. По результатам расследования Amazon представил Европейской комиссии обязательства (“commitments”), которые компания может добровольно принять на себя для урегулирования проблемы использования непубличных данных. Данные обязательства в итоге были приняты Европейской комиссией в декабре 2022 г. и включают в себя ограничения на использование Amazon непубличных данных продавцов, необходимость применения объективных и недискриминационных критериев предложений потребителям в поисковой выдаче, обеспечение свободы продавцов при формировании условий взаимоотношений с торговыми сетями, защиты информации, касающейся отношений продавцов и торговых сетей и ряд иных обязательств¹⁷.

¹⁷ Commitments to the European Commission. Case COMP/AT.40462 and Case COMP/AT.40703 – Amazon // URL: https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_AT_40462

Гейткиперы должны соблюдать запрет на предустановку программного обеспечения, а именно обеспечить конечным пользователям возможность удалять любое программное обеспечение с операционной системы гейткипера, а также изменять настройки по умолчанию операционной системы, виртуального помощника и веб-браузера гейткипера, которые способствуют использованию конечными пользователями продуктов или услуг, предоставляемых гейткипером. Данный запрет связывают с делом Microsoft, который применял практику, впоследствии признанную антиконкурентной, а именно осуществлял предустановку плеера Windows Media Player в составе пакета Windows. Аналогичные антиконкурентные действия Google осуществлял в деле Android: в случае предустановки на мобильном устройстве магазина приложений Google Play компания обязывала производителей также устанавливать весь пакет приложений и сервисов Google Play Services. Кроме того, иконки приложений и сервисов Google должны были размещаться на наилучших позициях на основном экране устройства, а его поиск должен был быть настроен как поиск по умолчанию во всех точках ввода поискового запроса на устройстве.

На своих основных платформах гейткиперы должны обеспечивать установку и эффективное использование сторонних приложений или магазинов приложений, взаимодействующих с операционной системой гейткипера, разрешать доступ к этим приложениям или магазинам приложений средствами, отличными от соответствующих услуг основной платформы этого гейткипера. На уровне Европейского союза вопрос использования сторонних приложений был поднят компанией Epic, и в настоящее время его заявление рассматривается Европейской комиссией¹⁸. Epic добавил в свое приложение Fortnite собственную платежную систему, благодаря которой пользователи могли совершать внутриигровые покупки, не оплачивая комиссию Apple в размере 30%, из-за чего Fortnite была удалена из App Store.

DMA содержит запрет совершения гейткипером действий, направленных на создание преимуществ своим собственным сервисам в ущерб сервисам конкурентов, например, при ранжировании сервисов в поисковой выдаче (запрет на “self-preferencing”). Ключевым делом такого рода стало дело Google Shopping, решение по которому было вынесено в 2017 г. Google осуществлял намеренную выдачу собственного сервиса сравнения покупок на первых позициях в результатах общего поиска, что приводило к перераспределению трафика с конкурирующих сервисов сравнения

¹⁸ См.: URL: https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_AT_40716

покупок на сервис Google. Аналогичные дела в отношении Google были рассмотрены во Франции. Антимонопольный орган Франции посчитал антиконкурентной практику Google по предоставлению преимуществ собственным рекламным технологиям (DFP и AdX)¹⁹.

Гейткиперу запрещается ограничивать технически или иным образом возможность конечных пользователей получать доступ к приложениям и услугам способами, отличными от доступа к ним с использованием услуг основной платформы. Данное обязательство также проистекает из описанных ранее антимонопольных разбирательств в отношении Apple в сфере встроенных покупок.

DMA предписывает гейткиперу обеспечить на бесплатной основе функциональную совместимость аппаратных средств, с помощью которых осуществляется предоставление услуг основной платформы, с программными решениями поставщиков. Данное обязательство является предметом текущего разбирательства в отношении Apple по поводу обеспечения третьим лицам доступа к функции NFC (технология беспроводной передачи данных малого радиуса действия)²⁰. Ограничение усматривается в том, что Apple Pay в настоящее время является единственным мобильным платежным решением, имеющим доступ к технологии NFC, которая встроена в мобильные устройства на базе iOS.

Разбирательства в отношении Google и Facebook в отношении их рекламных технологий связывают также с обязательством гейткипера предоставлять рекламодателям и издателям на бесплатной основе по их запросу доступ к средствам оценки эффективности гейткипера и данным, необходимым рекламодателям и издателям для проведения собственной оценки эффективности своих рекламных объявлений.

Гейткипер обязан предоставить любой компании, владеющей системой онлайн-поиска, по ее запросу доступ на справедливых, разумных и недискриминационных условиях (“FRAND”) к данным о рейтинге, запросах, кликах и просмотрах в отношении бесплатного и платного поиска, осуществленного конечными пользователями в его системах онлайн-поиска. Если такие сведения представляют собой персональные данные, они должны быть анонимизированы. Такое обязательство также проистекает из дела Google Shopping.

Наконец, гейткипер должен применять справедливые, разумные и недискриминационные общие условия доступа для бизнес-пользователей

¹⁹ ADLC. Decision No. 21-D-11 on practices implemented in the Internet advertising sector. June 7, 2021.

²⁰ См.: URL: https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_AT_40452

к своим магазинам приложений, онлайн-поисковым системам и услугам социальных сетей. Такое обязательство также проистекает из разбирательств Европейской комиссии против Google (дело Google Shopping) и против Apple в связи с установлением ограничений на использование альтернативных способов оплаты покупок в приложениях.

ИНЫЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВА В РАМКАХ DMA

В DMA закрепляется ряд иных обязательств, прямо не связанных с прецедентными антимонопольными разбирательствами против технологических гигантов.

В качестве категорического DMA устанавливает требование о том, что гейткипер не должен прямо или косвенно препятствовать бизнес-пользователям или конечным пользователям обращаться в государственные органы по вопросу соблюдения гейткипером союзного или национального законодательства.

К обязательствам-стандартам, имеющим опциональный характер, относятся обязательства гейткипера, предполагающие:

- предоставление конечным пользователям по их просьбе на бесплатной основе эффективную переносимость их данных, которые конечный пользователь предоставил гейткиперу в процессе получения соответствующей услуги основной платформы, на иные платформы и сервисы;
- обеспечение бизнес-пользователям бесплатного, эффективного, высококачественного, непрерывного доступа к данным (операционная совместимость);
- установление соразмерных условий прекращения доступа к услугам основной платформы.

В итоговой версии DMA особняком выделено обязательство гейткипера, предоставляющего независимые от номера услуги межличностной связи (например, услуги мессенджеров), обеспечить функциональную совместимость своей платформы с аналогичными услугами другого провайдера, оказывающего такие услуги в Европейском союзе, путем предоставления необходимых функциональных возможностей, по запросу и на бесплатной основе. Такие функциональные возможности включают в себя сквозной обмен текстовыми сообщениями, обмен изображениями, голосовыми сообщениями, сквозные голосовые и видеозвонки и т. д. Отсутствие функциональной совместимости позволяет гейткиперам, оказывающим услуги мессенджеров, получать выгоду от сетевых эффектов и фактически «запирать» пользователей внутри своей платформы, что способствует ослаблению конкуренции. Кроме того, услуги связи зачастую предоставляются как часть услуг экосистемы платформы, что еще больше усиливает

входные барьеры для альтернативных поставщиков таких услуг и увеличивает затраты конечных пользователей на переключение на другие источники.

ПРОЦЕДУРНЫЕ АСПЕКТЫ DMA

DMA отличается многоступенчатой процедурой введения в действие. Формально DMA вступил в силу 1 ноября 2022 г., но применение предусмотренных им правил начнется по истечении шести мес. со дня вступления в силу, а именно 2 мая 2023 г. В срок не позднее 3 июля 2023 г. компании должны направить в Европейскую комиссию уведомление для оценки своей деятельности на предмет соответствия критериям, предусмотренным DMA. Присвоение компаниям статуса гейткипера должно быть осуществлено не позднее 6 декабря 2023 г., а начало применения к гейткиперам правил, установленных DMA, состоится в марте 2024 г.

Обеспечение соблюдения гейткиперами требований DMA возложено на Европейскую комиссию. В связи с этим ей предоставлены широкие полномочия, сопоставимые с классическими полномочиями антимонопольного органа. Так, Европейская комиссия уполномочена:

- анализировать рынок с целью присвоения статуса гейткипера;
- мониторить эффективность выполнения обязательств, предусмотренных DMA;
- проводить проверки, аналогичные антимонопольным;
- проводить расследования в случае несоблюдения требований DMA; отличительной чертой расследований по DMA – в отличие от антимонопольных расследований – являются установленные DMA сроки – расследование не должно превышать одного года;
- получать информацию о любых, в том числе небольших с точки зрения оборота компаний, сделках с участием гейткиперов; данному полномочию корреспондирует обязанность гейткипера информировать Европейскую комиссию о любых сделках с его участием; полномочие Европейской комиссии получать информацию – в том числе о небольших с точки зрения оборота компаний – сделках позволит, во-первых, надлежащим образом оценивать статус гейткипера, во-вторых, анализировать состояние конкуренции на цифровых рынках, где многие товары предоставляются условно бесплатно, и соответственно сделки с участием даже небольших с точки зрения оборота компаний могут оказать существенное влияние на рынок, в-третьих, информировать национальные органы по конкуренции о таких сделках для осуществления ими контроля за экономической концентрацией;

– принимать обеспечительные меры в случае потенциального нарушения DMA;

– применять к гейткиперам штрафные санкции, составляющие вплоть до 5% от их мирового оборота, за нарушения, связанные с непредставлением гейткиперами запрашиваемой Европейской комиссией информации, доступа к цифровым алгоритмам в рамках запроса информации, нарушения при проведении проверок соблюдения DMA и иные процедурные нарушения;

– накладывать на гейткиперов штрафы за несоблюдение DMA, составляющие 10% от их мирового оборота, а при повторном нарушении в течение восьми лет – до 20% от мирового оборота;

– устанавливать дополнительные обязательства для гейткиперов и освобождать от них;

– применять к гейткиперам структурные и поведенческие меры;

– вносить изменения в DMA;

– принимать пояснительные акты (руководства) по любому вопросу, предусмотренному в DMA.

Кроме того, Европейская комиссия уполномочена создавать группы из представителей иных органов Европейского союза с целью проведения консультаций и получения экспертных мнений по различным вопросам применения DMA.

В рамках обеспечения исполнения DMA Европейская комиссия уполномочена взаимодействовать с национальными органами стран-членов ЕС, в том числе с судами.

Европейская комиссия также предоставляет Европейскому Парламенту и Совету ЕС ежегодный отчет о выполнении DMA.

В декабре 2022 г. Европейская комиссия опубликовала проекты документов, направленных на имплементацию DMA²¹, а именно:

– проект Регламента проведения процедур, предусмотренных DMA (в частности, порядок уведомления Европейской комиссии в случае соответствия критериям гейткипера, регламентация права компании быть услышанной и иметь доступ к материалам, связанным с присвоением статуса гейткипера и т. д.);

– проект формы заявления о присвоении статуса гейткипера, которое включает в себя сведения о компании, услугах основной платформы, обороте компании и т. п.;

– проект формальных требований, которым должно соответствовать заявление о присвоении статуса гейткипера.

²¹ См.: URL: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13540-Digital-Markets-Act-implementing-provisions_en

Стоит отметить, что Европейская комиссия предлагает довольно формальный подход к подаче заявления о присвоении статуса гейткипера. Например, как указывалось ранее, если показатели деятельности компании соответствует только количественным критериям, компания вместе с уведомлением имеет право представить в Европейскую комиссию обоснование несоответствия качественным критериям, при этом такое обоснование не должно превышать 25 страниц. Для того, чтобы превысить предусмотренные формальные требования к объему документов, компания должна предоставить Европейской комиссии соответствующий мотивированный запрос, что усложняет процедуру. Эксперты отмечают, что подобный формальный подход свидетельствует о недостаточно серьезном отношении Европейской комиссии к порядку присвоения статуса гейткипера по сравнению, например, с порядком осуществления контроля за экономической концентрацией, в рамках которого компании направляют Европейской комиссии документы, составляющие несколько сотен страниц²².

Несмотря на потенциальные существенные последствия принятого Европейской комиссией решения о присвоении статуса гейткипера, компании будут ограничены в возможности диалога с Европейской комиссией, в том числе в части предоставления обоснования позиции компании, что увеличивает риск оспаривания решений Европейской комиссии в суде, усложняет и затягивает предусмотренные DMA процедуры.

Одним из преимуществ регулирования, установленного DMA, в отличие от законодательства о конкуренции, должна была стать ограниченность процедур во времени, а именно понятные и прозрачные сроки рассмотрения дел против цифровых компаний (в противовес годам рассмотрения антимонопольных дел). В то же время решения, принятые Европейской комиссией на основе DMA, будут очевидно так же обжаловаться компаниями в судах, что также грозит затягиванием сроков принятия решений в соответствии с DMA. Эксперты высказывают мнения о том, что компании могут оспаривать не только решения в отношении своей деятельности, но и отдельные положения самого DMA²³. Таким образом, ускорения процедуры рассмотрения споров в отношении техно-гигантов ожидать не стоит. Напротив, чрезмерность формальных требований и регулирования деятельности цифровых компаний приведет к многочисленным судебным разбирательствам.

²² См.: *Geradin D.* The draft Implementing Regulation of the Digital Markets Act: Initial thoughts. 2022. // URL: <https://thepatformlaw.blog/2022/12/12/the-draft-implementing-regulation-on-the-digital-markets-act-initial-thoughts/>

²³ См.: *Geradin D.* The DMA has been published: Now the real challenges start. 2022. // URL: <https://thepatformlaw.blog/2022/10/12/the-dma-has-been-published-now-the-real-challenges-start/>

РОССИЙСКИЕ ПОДХОДЫ К АНТИМОНОПОЛЬНОМУ РЕГУЛИРОВАНИЮ ЦИФРОВЫХ РЫНКОВ

В России также происходит развитие антимонопольного регулирования цифровых рынков. Как отмечалось, ФАС России накоплен передовой опыт в борьбе с нарушениями на цифровых рынках, который во многом опередил опыт Европейской комиссии.

Еще в 2016 г. было анонсировано внесение в Закон о защите конкуренции поправок, связанных с антимонопольным регулированием на цифровых рынках (получивший название «Пятый антимонопольный пакет»). Только в июле 2022 г. финальная версия законопроекта была согласована Правительством РФ и внесена на рассмотрение в Государственную Думу РФ, а в ноябре 2022 г. законопроект был принят в первом чтении²⁴.

Законопроект предлагает внесение следующих изменений в части регулирования цифровых рынков:

- введение понятия «сетевые эффекты», которые ФАС России будет учитывать при проведении анализа на цифровых рынках;
- дополнение Закона о защите конкуренции ст. 10¹, предусматривающей запрет монополистической деятельности, осуществляемой хозяйствующим субъектом, использующим программу для ЭВМ, которая обеспечивает взаимодействие иных лиц, выступающих продавцами и покупателями определенных товаров, посредством сети Интернет, в целях обеспечения возможности совершения между ними сделок.

Пятый антимонопольный пакет предусматривает, что при установлении доминирующего положения хозяйствующего субъекта, владеющего транзакционной платформой, антимонопольный орган учитывает сетевые эффекты. В первоначальном проекте антимонопольного пакета предусматривалось, что антимонопольный орган дает оценку не только сетевым эффектам, возникшим от деятельности хозяйствующего субъекта, но и данным, которые находятся в его распоряжении²⁵. При оценке того, злоупотребил ли доминант на цифровом рынке своим положением, антимонопольный орган анализирует следующие факторы: действие сетевого эффекта от использования программы для ЭВМ; превышение доли сделок, совершенных с помощью программы для ЭВМ, 35% от общего объема сделок на данном рынке; превышение выручки доминирующего субъекта порога в размере двух млрд руб. При этом каких-либо особенностей при установлении злоупотребления доминирующим положением в первоначальном проекте Пятого антимонопольного пакета не предусматривалось.

²⁴ Проект федерального закона № 160280-8 «О внесении изменений в Федеральный закон «О защите конкуренции» // URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/160280-8>

²⁵ См.: URL: <https://regulation.gov.ru/projects#npa=79428>

Несмотря на то, что проект Пятого антимонопольного проекта был принят в первом чтении без поправок по сравнению с внесенным в Государственную Думу проектом, Комитет Государственной Думы по защите конкуренции рекомендовал во втором чтении учесть, что сетевым эффектом обладают не только транзакционные платформы, но и иные цифровые сервисы. В связи с этим *«в целях обеспечения здоровой конкурентной среды на цифровых рынках необходимо расширить понятие «сетевого эффекта», распространив его на все правоотношения, формирующиеся вследствие использования программ для ЭВМ в информационно-телекоммуникационных сетях»*²⁶. Таким образом, предлагается расширить действие Пятого антимонопольного пакета на участников цифровых рынков, владеющих иными, помимо транзакционных, платформами.

Пятый антимонопольный пакет предлагает реформировать также и регулирование контроля за экономической концентрацией. В частности, предлагается новый критерий, при достижении которого сделка будет подлежать предварительному согласованию с ФАС России, – цена сделки. Несмотря на то, что данная поправка напрямую не относится к цифровым нововведениям, ее принятие может оказать влияние и на цифровые рынки. Необходимость закрепления такого критерия, как цена сделки, обусловлена тем, что в современных условиях критерии выручки или величины активов могут не учитывать реальное влияние на рынок компаний, участвующих в сделках. Все большее воздействие на экономику оказывают небольшие инновационные компании, выручка или активы которых могут не достигать предусмотренных в законе критериев, но которые в силу своего конкурентного потенциала оцениваются для целей сделки высоко.

Кроме того, предлагаются поправки в Кодекс об административных правонарушениях РФ, дополняющие статью об ответственности за заключение ограничивающих конкуренцию соглашений, осуществление согласованных действий, ответственностью за совершение таких действий с использованием программ для ЭВМ для исполнения соглашения в автоматическом режиме²⁷. В настоящее время законопроект принят Государственной Думой в первом чтении.

Пятый антимонопольный пакет предусматривает внесение изменений именно в Закон о защите конкуренции, а не создание нового пласта норм для регулирования цифровых рынков, методы которых кардинально отличались бы от антимонопольного регулирования. Поправки предусма-

²⁶ Заключение Комитета Государственной Думы по защите конкуренции // URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/160280-8>

²⁷ Проект федерального закона № 160278-8 «О внесении изменений в Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях» // URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/160278-8>

твивают уточнение запретов монополистической деятельности на цифровых рынках, то есть запретов на противоправное поведение, в случае осуществления которого будет применена ретроспективная ответственность. Запрет распространяется на владельцев программ для ЭВМ, обеспечивающих оказание транзакционных услуг с помощью цифровых платформ и отвечающих предусмотренным Пятым антимонопольным пакетом критериям, которые отличаются от критериев «классического» доминирования.

В отличие от DMA Пятым антимонопольным пакетом:

- является актом антимонопольного регулирования;
- предусматривает применение ретроспективной ответственности, то есть хозяйствующий субъект привлекается к ответственности за совершенное нарушение, а упреждающие обязательства на него не накладываются;
- распространяется исключительно на лиц, занимающих доминирующее положение, хотя его определение и подразумевает существенные особенности по сравнению с «классическим» доминированием;
- содержит перечень составов нарушений на цифровых рынках, который не отличается от общего перечня, предусмотренного ст. 10 Закона о защите конкуренции, что обеспечивает универсальный характер норм о защите конкуренции.

В случае нарушения запрета, вводимого Пятым антимонопольным пакетом, антимонопольный орган будет проводить подробное расследование, предполагающее анализ рынка, представление участниками процесса правовых позиций и доказательств, привлечение экспертов, оценки влияния поведения хозяйствующего субъекта на конкуренцию на рынке. Процедура антимонопольного разбирательства подробным образом регламентирована как на уровне закона, так и на уровне подзаконных актов и правоприменительной практики.

Пятым антимонопольным пакетом основан на подходе, который был воспринят при модернизации германского и австрийского законов о конкуренции еще в 2017 г. Девятым Законом об изменении Закона о защите конкуренции Германии, вступившим в силу в 2017 г., было установлено, что для субъекта многостороннего рынка при определении его доминирующего положения учитываются прямые и косвенные сетевые эффекты, параллельное использование нескольких услуг и расходы пользователя на смену контрагента, экономия от масштаба, доступ к данным, влияние инноваций на конкуренцию²⁸. В 2017 г. в австрийский Закон о картелях была

²⁸ См.: URL: <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Artikel/Wirtschaft/gwb-novelle.html>; Перевод поправок в немецкий Закон о конкуренции приведен по: Цариковский А. Ю., Иванов А. Ю., Войничанис Е. А. Антимонопольное регулирование в цифровую эпоху: как защищать конкуренцию в условиях глобализации и четвертой промышленной революции. М.: ВШЭ. 2019. С. 372–374.

внесена поправка, связанная с учетом критерия суммы сделки как основания контроля за экономической концентрацией²⁹. В 2021 г. в Австрии при определении доминирующего положения было предложено учитывать такие критерии, как значимость посреднических услуг для доступа предпринимателей к рынку, сетевые эффекты и доступ к данным³⁰. Таким образом, российское конкурентное законодательство развивается в русле германского и австрийского подходов к регулированию цифровых рынков, предусматривая не отдельное регулирование для них, а адаптируя применение антимонопольного регулирования к особенностям цифровых рынков.

В то же время в отличие от других стран в России активно развивается саморегулирование на цифровых рынках. В 2021–2022 гг. *Экспертный совет при ФАС России по развитию конкуренции в области информационных технологий* разработал Принципы взаимодействия участников цифровых рынков³¹ (далее – Принципы), к которым присоединились ключевые игроки российского ИТ-рынка³². Принципы представляют собой акт саморегулирования, что предполагает добровольное взятие на себя участниками цифровых рынков обязательств. За нарушение Принципов как таковых специальной ответственности не установлено; тем не менее, нарушение Принципов может одновременно являться и нарушением законодательства, санкции за которое предусмотрены, прежде всего, Законом о защите конкуренции, а также Законом о защите прав потребителей и Законом об информации.

В отличие от Пятого антимонопольного пакета в текущей редакции, регулирующей деятельность доминирующих субъектов, действие Принципов распространяется *«на цифровые платформы, обеспечивающие опосредованное (через платформу) или прямое взаимодействие различных групп пользователей, помимо самой платформы, включая, но не ограничиваясь, агрегаторами товаров, работ, услуг, поисковыми системами, сайтами объявлений, рекламными системами, операционными системами, магазинами приложений, социальными сетями»*. Таким образом, Принципы распространяются на любые платформы вне зависимости от наличия у них рыночной власти и потому охватывают больший круг общественных отношений, нежели Пятый антимонопольный пакет.

²⁹ Перевод поправок в австрийские законы приведен в работе: Цариковский А. Ю., Иванов А. Ю., Войничанис Е. А. Указ. соч. С. 375–377.

³⁰ См.: URL: <https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVII/I/00951/index.shtml>, <https://www.haslinger-nagele.com/en/news/what-goes-around-comes-around-the-kawerag-2021-at-a-glance/>

³¹ См.: URL: <https://fas.gov.ru/p/protocols/1666>

³² 1С, Авито, Aliexpress, Wildberries, VK, Lamoda, Ozon, Руссофт, Сбер, Циан, Яндекс, Ассоциация компаний интернет-торговли (АКИТ).

Принципы перечисляют риски и возможные недобросовестные практики участников цифровых рынков, среди которых:

- манипулирование выдачей информации (например, умышленное искажение результатов ранжирования);
- навязывание товаров, работ услуг, не относящихся непосредственно к деятельности платформы;
- предоставление преимуществ собственным сервисам на связанных (смежных) товарных рынках;
- необоснованное ограничение самостоятельного поведения пользователей платформы;
- включение в договоры формулировок, допускающих неограниченное усмотрение, чрезмерно расширительное толкование платформой, отсутствие четких и прозрачных правил рассмотрения обращений пользователей, отсутствие обязанности платформы обосновывать собственные действия по ограничению/блокировке пользователей и (или) ресурсов пользователей.

Закрепляются следующие принципы и правила поведения:

- платформа осуществляет деятельность на основе принципов разумности, добросовестности и в пределах, установленных законодательством;
- платформа не вправе необоснованно ограничивать создание, получение, распространение информации, ограничивать права пользователей, определять поведение пользователей;
- требования платформы к пользователям должны быть едиными и обеспечивать достижение целей функционирования платформы, качество сервиса, безопасность функционирования платформы и безопасность и права пользователей;
- платформа устанавливает в открытом доступе понятные и прозрачные правила своей работы, включая порядок ранжирования (без раскрытия коммерчески чувствительной информации), позволяющие пользователям принимать осознанное решение о использовании платформой, в том числе на основе анализа и прогнозирования собственной деятельности с учетом объема данных, которые платформа готова предоставить пользователю, в том числе о других пользователях, с которыми происходит взаимодействие на платформе;
- платформа устанавливает единый порядок рассмотрения обращений пользователей в разумные сроки, предоставляя достаточную информацию о ее действиях и намерениях по отношению к пользователю;
- платформа обеспечивает недискриминационное отношение к сервисам, услугам, распространению информации – вне зависимости от их принадлежности к платформе – аффилированным с ней лицам или иным лицам;

– установление правил пользования платформой, не содержащих необоснованного ограничения самостоятельного поведения пользователя платформы, включая ограничение или запрет на способы информирования его потребителей, распространение информации и (или) рекламы, самостоятельное установление условий приобретения (получения) товаров, работ, услуг, включая ценообразование;

– платформа обеспечивает установление в правилах пользования платформой формулировок, не допускающих чрезмерно расширительное толкование, неограниченное усмотрение собственника платформы, которые могут приводить к необоснованному блокированию, ограничению пользователей, расторжению договора, а также информирует пользователей об изменении правил и договоров в разумный срок способами, обеспечивающими получение такой информации пользователями.

Реализация Принципов возложена на *Экспертный совет при ФАС России по развитию конкуренции в области информационных технологий, на рассмотрение которого может быть вынесен вопрос о соответствии деятельности компании Принципам.*

Саморегулирование на цифровых рынках основано на уже апробированных подходах, реализуемых на рынках потребительских товаров уже более 10 лет. Одним из ярких актов саморегулирования в данной сфере является Кодекс добросовестных практик взаимоотношений между торговыми сетями и поставщиками потребительских товаров, принятый в 2012 г.³³. Практика применения Кодекса добросовестных практик дополняет регулирование, предусмотренное Законом о торговле, и позволяет повышать эффективность взаимоотношений между торговыми сетями и поставщиками.

В результате анализа обязательств, предусмотренных DMA и Принципами, можно провести ряд параллелей между теми правилами, которые каждый из актов устанавливает для участников цифровых рынков. Например, категорическое обязательство – запрет на применение «запирающих правил» (“anti-steering rules”) коррелирует с предусмотренным в Принципах положением об установлении правил пользования платформой, не содержащих необоснованного ограничения самостоятельного поведения пользователя платформы, включая ограничение или запрет на способы информирования его потребителей, распространение информации и (или) рекламы, самостоятельное установление условий приобретения (получения) товаров, работ, услуг, включая ценообразование.

³³ См.: URL: <https://codeofconduct.ru>

Помимо Принципов, в России в 2022 г. также приняты Стандарты по взаимодействию маркетплейсов с продавцами товаров (далее – Стандарты)³⁴. Стандарты имеют более узкий охват применения, нежели Принципы, поскольку регулируют исключительно сферу интернет-торговли. Кроме того, в то время как основная цель Принципов – обеспечение конкуренции на цифровых рынках, Стандарты в большей степени ориентированы на обеспечение прав потребителей и регулируют права и обязанности не только маркетплейсов, но и продавцов товаров на маркетплейсах. Например, в Стандартах закреплено, что маркетплейс и продавцы товаров совершают превентивные действия и содействуют друг другу в борьбе с реализацией потребителям контрафактной и несертифицированной продукции. Стандарты – так же, как и Принципы, – являются актом саморегулирования и не носят принудительный характер.

ВЫВОДЫ И ПЕРСПЕКТИВЫ

Для того, чтобы обеспечить конкуренцию на цифровых рынках, в Европейском союзе используются следующие уровни законодательства:

- DMA;
- национальные нормы о конкуренции;
- союзные нормы конкуренции, в частности, Договор о функционировании Европейского союза.

Кроме того, в отношении применения национальных и союзных норм о конкуренции существует многолетняя устоявшаяся практика. Напротив, регулирование, предусмотренное DMA, вызывает многочисленные вопросы и подвергается критике.

Обязательства и количественные критерии деятельности гейткипера, предусмотренные в DMA, сформулированы специфическим образом. Действие DMA охватывает преимущественно американских техно-гигантов, в меньшей степени затрагивая европейские компании. Высказываются мнения, согласно которым DMA целенаправленно ограничивает рыночную власть заранее определенных компаний³⁵, чем и обусловлено формулирование очень узких обязательств, применимых исключительно к конкретному бизнесу конкретной компании.

В то же время таким узким обязательствам разработчики DMA старались придать универсальный характер, в связи с чем предполагается

³⁴ См.: URL: <https://upgrade.ecomrussia.ru/standarty-po-vzaimodetviyu-marketpleov-s-prodavcami-tovarov>

³⁵ См.: Heather S. Striking Similarities: Comparing Europe’s Digital Markets Act to the American Innovation and Choice Online Act. 2022 // URL: <https://www.uschamber.com/finance/antitrust/striking-similarities-dma-american-innovation-act>

применение данных обязательств без учета конкретных бизнес-моделей гейткиперов, за что DMA также подвергается критике.

DMA критикуют и за чрезмерное урегулирование деятельности техно-гигантов. Накладывание упреждающих обязательств на технологические компании может привести к снижению стимулов инновационной деятельности, поскольку любое новшество, предложенное компанией, будет подвергаться серьезным ограничениям. Такие ограничения могут включать в себя необходимость обеспечения компанией доступа третьих лиц к ее разработкам. В свою очередь, это может ослабить стимулы к конкурентной борьбе, поскольку у конкурентов техно-гигантов будет доступ к разработкам без необходимости прикладывать усилия для создания собственных инновационных продуктов.

Кроме того, в отношении многих обязательств, предусмотренных в DMA, не доказано, что они могут навредить конкуренции, поскольку многие разбирательства, на основе которых сформулированы правила DMA, на момент принятия акта еще не были завершены.

DMA, хотя и направлен на обеспечение конкуренции, не относится к актам о защите конкуренции и предусматривает отличную от таких актов методологию. За нарушение норм о конкуренции в случае установления факта причинения вреда охраняемым законом интересам по результатам длительного разбирательства применяется ретроспективная ответственность. В отличие от законодательства о конкуренции, DMA накладывает на гейткиперов упреждающие обязательства, за нарушение которых предусмотрен оборотный штраф. При этом привлечение к ответственности за нарушение DMA не исключает ответственности по законодательству о конкуренции в случае, если в действиях гейткипера также имеется состав нарушения антимонопольного законодательства.

Столь многослойное и жесткое государственное регулирование может серьезным образом сказаться на деятельности цифровых компаний, которые могут сократить свои инвестиции.

Особого внимания заслуживает регулирование поведения техно-гигантов в вышедшей из состава ЕС Великобритании³⁶, на которую DMA не распространяется. В Великобритании предполагается создание проконкурентного режима на цифровых рынках, обеспечением которого займется Отдел по регулированию цифровых рынков (The Digital Markets Unit, далее – DMU) – подразделение Управления по конкуренции и рынкам (The Competition and Markets Authority). DMU будет на основе фактических

³⁶ См.: URL: <https://www.gov.uk/government/consultations/a-new-pro-competition-regime-for-digital-markets/consultation-document-html-version>

данных анализировать цифровые рынки и выявлять компании, способные оказать существенное влияние на рынок, и наделять их стратегическим для цифровых рынков статусом (strategic market status) (далее – SMS-компания). При этом DMU будет уполномочен группировать схожие услуги (товары) с целью определения стратегического статуса компании, не проводя при этом формального анализа рынка. В отношении SMS-компаний будут действовать принципы деятельности на цифровых рынках, которые предполагается закрепить либо в отдельном Кодексе поведения, либо в законодательстве. При этом закрепление принципов в законодательстве приведет к тому, что такой проконкурентный подход будет менее гибким, поскольку любое изменение принципов потребует длительного процесса внесения поправок в закон. В случае принятия отдельного Кодекса поведения разработкой и изменением принципов, а также адаптацией их к бизнес-модели конкретной компании будет заниматься DMU. Он же будет уполномочен применять на цифровых рынках проконкурентные меры – такие, как защита данных и обеспечение прав потребителей, – а также осуществлять контроль за сделками с участием SMS-компаний. В отличие от DMA, предполагающего возложение на техно-гигантов конкретных обязательств, в Великобритании деятельность техно-гигантов будет определяться общими принципами и вероятно саморегулированием. Однако это не исключает ужесточения регулирования деятельности техно-гигантов в Великобритании в будущем и введения в отношении них конкретных обязательств наподобие тех, что закреплены в DMA.

В отличие от Европейского союза, в России выстроен баланс государственного регулирования и саморегулирования цифровых рынков. Принципы предусматривают правила, которые по своей сути и направленности во многом схожи с обязательствами, предусмотренными в DMA. Однако Принципы и иные акты саморегулирования, хотя не имеют принудительной силы, создают для участников цифровых рынков некие ориентиры, границы, нарушение которых может привести к ограничению конкуренции. В то же время самостоятельной ответственности за нарушение Принципов и Стандартов не предусмотрено. Кроме того, создаются различные органы, например, Комиссия по разрешению споров маркетплейсов и продавцов при Министерстве промышленности и торговле, деятельность которой направлена на урегулирование конфликтов на цифровых рынках до возбуждения официальных антимонопольных разбирательств.

Таким образом, можно сделать вывод о том, что регулирование, предусмотренное DMA, отличается чрезмерной регламентацией деятельности цифровых компаний, наложением на них обременительных обязательств,

что может привести к сокращению стимулов к инновационной деятельности. Напротив, регулирование деятельности крупных технологических компаний, которое формируется в России, способно обеспечить надлежащий баланс публичных и частных интересов, поскольку, с одной стороны, эффективно применяется запрет злоупотребления доминирующим положением на цифровых рынках (который устанавливается с учетом особенностей цифровых рынков), а с другой – развиваются механизмы саморегулирования, способные оказать упреждающее воздействие на цифровые компании. Именно регулирование по модели сочетания государственного принуждения и саморегулирования способно предотвратить нарушение конкуренции, но в то же время не навредить инновационному развитию, поскольку у крупных компаний остается достаточно свободы действий на цифровых рынках.

С. А. Чеховская

ЦИФРОВЫЕ ТЕХНОЛОГИИ И ПРАВО ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ

ВВОДНЫЕ ПОЛОЖЕНИЯ

Технологические изменения в обществе и их влияние на сферу интеллектуальной собственности занимают умы исследователей уже несколько десятилетий, хотя являются лишь одним из факторов, влияющих на развитие права интеллектуальной собственности (наряду с экономическими, социальными, политическими, экологическими и др.). Справедливости ради нужно сказать, что перспективы развития права интеллектуальной собственности связывают не только с данным фактором. Еще до технологического бума за рубежом начались дискуссии о концептуальном пересмотре правового механизма охраны прав на результаты интеллектуальной деятельности. Наиболее заметной публикацией стала вышедшая в 1996 г. работа П. Драхоса «Философия интеллектуальной собственности», в которой подвергался критике действовавший режим охраны результатов интеллектуальной деятельности, ставились вопросы о необходимости закрепления обязанностей правообладателей наряду с их привилегиями в сфере интеллектуальной собственности¹.

Позднее в условиях стремительного развития Интернета и информационных технологий в продолжение идеи о смене парадигмы развития права интеллектуальной собственности также обращалось внимание на чрезмерную правовую защиту интеллектуальной собственности, что мешает осуществлению технологических инноваций. В связи этим предполагалось, что киберпространство должно быть зоной, свободной от авторских прав². Такой подход и подвергался критике³, и поддерживался⁴.

Научные дискуссии перекликались с вопросами, рассматриваемыми WIPO, которая и сфокусировала свое внимание на развитии инноваций для устойчивого развития путем пересмотра прав и обязанностей государств-членов в сфере интеллектуальной собственности⁵. Таким образом,

¹ *Drahos P. A Philosophy of Intellectual Property. Applied Legal Philosophy Series. Dartmouth. 1996.*

² См.: *Lessig L. The Future of Ideas. Random House. New York. 2001; Litman J. Digital Copyright. Prometheus Books. Amherst. NY. 2001.*

³ См.: *Spinello R.A. The future of intellectual property// Ethics and Information Technology. 5. 2003// (PDF) The future of intellectual property (researchgate.net).*

⁴ См.: *Global Intellectual Property Rights: Knowledge, Access and Development / ed. by P. Drahos and R. Mayne. Palgrave Macmillan. 2002.*

⁵ См.: *Ethics, technology and the future of humanity (wipo.int).*

процесс поиска модели, наиболее соответствующей современным потребностям развития общества и законным интересам всех вовлеченных в отношения по поводу создания и использования интеллектуальной собственности, был и остается актуальным в настоящее время.

Более того, разрыв между скоростью развития технологий, с одной стороны, и возможностями традиционных институтов по правовой защите в сфере их применения – с другой наталкивает ученых на мысль, что может быть создан альтернативный способ оборота, фиксации и охраны прав интеллектуальной собственности. Так, одной из таких возможностей называют технологии блокчейн⁶. Предполагается, что эта технология может заменить правовые нормы, обеспечивающие охрану прав, вернее они могут быть закодированы и автоматически исполняемы. Можно спрогнозировать, что по мере расширения сферы применения блокчейн правообладатели будут иметь возможность выбирать режим охраны (технический или традиционный).

Кроме того, во втором десятилетии нынешнего столетия в научной литературе обозначается как общее направление развития частного права по пути его социализации⁷, так и применительно к авторскому праву обосновывается необходимость обеспечения интересов общества в доступе к результатам научной и иной творческой деятельности, свободном обмене информацией путем создания правовых основ для обеспечения этих интересов⁸. Так, В. И. Сенчищев на основе анализа российского законодательства делает вывод о том, что процесс социализации наблюдается во всех или почти во всех подотраслях и институтах частного права, когда законодательное развитие институтов частного права сдерживается вопреки, казалось бы, очевидным внутрисистемным потребностям отрасли⁹. Р. И. Ситдикова отстаивает социальную и юридическую природу частных, общественных и публичных интересов, охраняемых авторским правом, а также в отношении авторского права делает вывод о том, что степень обеспеченности справедливого баланса частных, общественных и публичных интересов является мерой эффективности правового регулирования

⁶ См.: The future of Intellectual Property – towards omni-IP management systems | Denemeyer.com

⁷ См.: Сенчищев В. И. Социализация частного права: размышления о некоторых тенденциях развития законодательства // Гражданское право социального государства: сборник статей, посвященный 90-летию со дня рождения профессора А. Л. Маковского (1930–2020) / Архипова А. Г., Асосов А. В., Безбах В. В. и др.; отв. ред. В. В. Витрянский, Е. А. Суханов. М.: Статут, 2020.

⁸ См.: Ситдикова Р. И. Гражданско-правовой механизм охраны частных, общественных и публичных интересов авторским правом. Автореф. дис. ... докт. юрид. наук. Казань, 2013.

⁹ Сенчищев В. И. Указ. соч.

отношений по поводу использования результатов интеллектуальной деятельности¹⁰.

Таким образом, помимо вызовов технологического развития внутренние трансформации права интеллектуальной собственности еще находятся в общем русле частнопроводимых изменений.

СОСТОЯНИЕ ИССЛЕДУЕМОЙ ТЕМЫ В НАУЧНОЙ ЛИТЕРАТУРЕ

Анализ российской и зарубежной литературы последнего десятилетия позволяет выделить несколько основных обсуждаемых групп вопросов применительно к перспективам развития права интеллектуальной собственности:

– смена парадигмы права интеллектуальной собственности, в рамках которой основным принципом становится не защита правообладателя с позиций государственного патернализма, а защита прав всех субъектов, имеющих отношение к обороту объектов интеллектуальной собственности¹¹;

– развитие концепции децентрализованной интеллектуальной собственности (De-IP)¹²; токенизация произведений искусства (правовой режим NFT)¹³;

– концептуальные недостатки законодательства об интеллектуальной собственности, не предназначенного для регулирования отношений в цифровой среде в связи с принципиальными изменениями носителей результатов интеллектуальной деятельности, способов и средств создания объектов интеллектуальной собственности, методов и разновидностей нарушений интеллектуальных прав, появлением новых объектов интеллектуальной собственности¹⁴;

¹⁰ Ситдикова Р. И. Указ. соч. С. 14.

¹¹ См.: Войниканис Е. А. Право интеллектуальной собственности в цифровую эпоху: парадигма баланса и гибкости. М.: Юриспруденция, 2013; The Future of Intellectual Property. ATRIP Research Handbook in Intellectual Property // ed. by D. Gervais. Edward Elgar Publishing, 2021.

¹² См.: Lee Ed. NFTs as Decentralized Intellectual Property// University of Illinois Law Review. Vol. 2023. 2023 //ssrn.com/abstract=4023736 or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4023736>; Chen J., Friedmann D. Jumping from Mother Monkey to Bored Ape: The Value of NFTs from an Artist's and Intellectual Property Perspective (September 8, 2022). 31(1) Asia Pacific Law Review 2023 (online publication September 2022) Peking University School of Transnational Law Research Paper // SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4213536>

¹³ См.: Харитонова Ю. С. Указ. соч. С. 65–73; Шербак Н. В. Digital art в условиях электронной коммерции // ИС. Авторское право и смежные права. 2022. № 7. С. 43–61.

¹⁴ См.: Цивилистическая концепция интеллектуальной собственности в системе российского права: монография / Богустов А. А., Глонина В. М., Рожкова М. А. и др.; под общ. ред. М. А. Рожковой. М.: Статут, 2018; Гайдук В. П. Эволюция права интеллектуальной собственности в цифровую эпоху // Журнал российского права. 2020. № 2. С. 72–84.

- создание условий для оборота прав на результаты интеллектуальной деятельности в цифровой экономике¹⁵;
- существенный пересмотр законодательства о праве интеллектуальной собственности в части урегулирования отношений в сфере облачных технологий¹⁶;
- правовая охрана цифровых произведений, в том числе трехмерных цифровых объектов¹⁷;
- вопросы взаимодействия сфер искусственного интеллекта (далее – ИИ) и интеллектуальной собственности¹⁸, в том числе определение правовой судьбы объектов, создаваемых системами ИИ¹⁹.

Как видим, продолжается осмысление концептуальных направлений развития права интеллектуальной собственности по пути создания сбалансированного режима, включающего не только права на результаты интеллектуальной деятельности, но и обязанности в области интеллектуальной собственности, а также обеспечение правовой защиты прав всех субъектов, включенных в отношения по поводу создания и оборота объектов интеллектуальной собственности. В противовес современному правовому порядку, основанному на охране прав, предлагаемый²⁰ подход

¹⁵ См.: *Кирсанова Е. Е.* Правовое регулирование оборота прав на результаты интеллектуальной деятельности в цифровой экономике: монография. М.: Юстициформ, 2022.

¹⁶ См.: *Нестерова И. А.* Правовое регулирование отношений, возникающих при использовании облачных технологий. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2017. С. 5.

¹⁷ См.: *Ерохин С. В.* Проблема подлинности произведений цифрового изобразительного искусства // Вестник Тамбовского университета. Серия: Гуманитарные науки. 2008. Вып. 10 (66). С. 159–165; *Гурко А. В.* Правовая охрана трехмерных цифровых объектов. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2020; *Михайлова А. С.* К вопросу о нотариате и современном цифровом искусстве // Нотариус. 2022. № 2. С. 3–9.

¹⁸ См.: *Research Handbook on Intellectual Property and Artificial Intelligence* / ed. by R. Abbott. Edward Elgar Publishing. 2022.

¹⁹ См.: *Морхат П. М.* Правосубъектность искусственного интеллекта в сфере права интеллектуальной собственности: гражданско-правовые проблемы; *Сесицкий Е. П.* Проблемы правовой охраны результатов, создаваемых системами искусственного интеллекта. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2019; *Харитонова Ю. С., Савина В. С.* Технология искусственного интеллекта и право: вызовы современности // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2020. № 3. С. 524–549; *Ивлиев Г. П., Егорова М. А.* Юридическая проблематика правового статуса искусственного интеллекта и продуктов, созданных системами искусственного интеллекта // Журнал российского права. 2022. № 6. С. 32–46; *Yanisky-Ravid, Shlomit and Liu, Xiaoqiong (Jackie).* When Artificial Intelligence Systems Produce Inventions: The 3A Era and an Alternative Model for Patent Law (March 1. 2017). 39 *Cardozo Law Review*. 2215–2263 (2018) // <https://ssrn.com/abstract=2931828> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2931828> и др.

²⁰ *Phoebe L.* Intellectual Property for Humanity: A Manifesto // *The Future of Intellectual Property*. ATRIP Research Handbook in Intellectual Property/ ed. by Daniel Gervais. Edward Elgar Publishing. 2021 // <https://ssrn.com/abstract=3727764>; *Phoebe L. Patents, mass innovation and the Xiaokang society* // *WIPO Journal*. 2016. 8 (1). P. 97–108 // www.researchgate.net/publication/322682454_Patents_mass_innovation_and_the_xiaokang_society/

(с учетом закрепления обязанностей) будет основой для формирования новой политики в области интеллектуальной собственности, сокращения неравенства, восстановления солидарности, поддержания конкуренции, содействия совместным инновациям в областях, где это будет наиболее эффективным способом (например, в здравоохранении).

Другими словами, право интеллектуальной собственности могло бы быть оптимизировано в целях стимулирования использования объектов интеллектуальной собственности путем закрепления соответствующих обязанностей правообладателей. Для этого Ли Фиби предлагает в качестве таких обязанностей рассматривать самоограничение и самоконтроль, совместное использование выгод, открытые инновации и обязательное распространение объектов интеллектуальной собственности.

Помимо дискуссий концептуального характера обсуждаемые в литературе проблемы также показывают, что идет процесс научного наблюдения и осмысления процесса создания и эксплуатации отдельных технологий, оценки применимости действующего законодательства к новым объектам.

Необходимость переоценки механизма правовой охраны прав на результаты интеллектуальной деятельности в отношении цифровых объектов продиктована, прежде всего, существенным изменением содержания прав всех субъектов отношений, возникающих по поводу таких объектов. Так, в литературе отмечается, что применение цифровых технологий ставит новые задачи не только в области охраны прав правообладателя цифровых произведений, но и защиты от его чрезмерного фактического контроля личного использования произведения в сети Интернет – в противовес принципу исчерпания права, в соответствии с которым не требуется разрешение правообладателя на чтение, просмотр или прослушивание произведения²¹. Тем самым в случае использования цифровых объектов интеллектуальной собственности пользователь оказывается в менее выгодном положении, чем обладатель материального экземпляра²². Таким образом, действующий режим интеллектуальной собственности непропорционально защищает законные интересы всех участников отношений по поводу интеллектуальной собственности.

При этом все еще дискуссионными остаются²³ вопросы содержательного определения понятия интеллектуальной собственности, разграничения терминов «объект интеллектуальной собственности», «интеллек-

²¹ См.: *Калятин В. О.* Проблема ослабления имущественных прав в цифровой среде // *Вестник гражданского права.* 2018. № 6. С. 30–40.

²² См.: *Савельев А. И.* Электронная коммерция в России и за рубежом: правовое регулирование. 2-е изд. М.: Статут, 2016.

²³ См.: *Кирсанова Е. Е.* Указ. соч.

туальные права», «результаты интеллектуальной деятельности» и другие ключевые понятия права интеллектуальной собственности.

В рамках данной статьи рассмотрим лишь наиболее значимые тренды развития права ИС, имеющие на современном этапе концептуальный характер.

ДЕЦЕНТРАЛИЗОВАННАЯ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНАЯ СОБСТВЕННОСТЬ (DE-IP)

Для формирования современной цифровой среды наибольшее внимание уделяется развитию «сквозных» цифровых технологий, под которыми понимаются компоненты робототехники и сенсорики, искусственный интеллект, технологии виртуальной и дополненной реальности, промышленный интернет, новые производственные технологии, большие данные, технологии беспроводной связи, технологии распределенного реестра (distributed ledger technology, DLT), квантовые технологии. Большинство систем распределенных реестров функционируют на базе технологии блокчейн, но далеко не все²⁴. Как было замечено, на технологию блокчейн в области интеллектуальной собственности возлагают большие надежды.

В Российской Федерации согласно Дорожной карте развития «сквозной» цифровой технологии «Системы распределенного реестра»²⁵ к суб-технологиям систем распределенного реестра относят:

технологии организации и синхронизации данных – совокупность методов и инструментов, направленных на определение, организацию и усовершенствование взаимосвязей между частями и элементами распределенных баз данных, а также на обеспечение их согласованности и приведение к соответствию;

2) технологии обеспечения целостности и непротиворечивости данных (консенсус) – совокупность методов и инструментов, направленных на приведение в соответствие имеющихся в децентрализованной сети данных к единой внутренней логике и структуре по заранее определенным правилам, а также обеспечение синхронизации и согласования данных между узлами децентрализованной сети;

3) технологии создания и исполнения децентрализованных приложений и смарт-контрактов – совокупность методов и инструментов, направленных на создание приложений, обеспечивающих взаимодействие неограниченного числа участников распределенной системы, и на разработку,

²⁴ Например, протокол Ripple предполагает потранзакционный процессинг без формирования блоков, базируется на открытой разделенной базе данных, использует процесс согласования, что позволяет делать обмен в распределенном процессе.

²⁵ Подписана 10 октября 2019 г. // <https://digital.gov.ru/ru/documents/6670/>

поддержание и выполнение компьютерных алгоритмов, предназначенных для автоматизации процессов исполнения контрактов. Децентрализованные приложения обладают прозрачной и открытой логикой, обеспечивающей гарантированное исполнение заданных функций в рамках систем распределенного реестра.

Согласно ч. 7 ст. 1 Закона о цифровых финансовых активах для целей данного Закона под распределенным реестром понимается совокупность баз данных, тождественность содержащейся информации в которых обеспечивается на основе установленных алгоритмов (алгоритма).

Итак, блокчейн – это реестр, созданный для использования в цифровой среде, построенный на основе технологий распределенного реестра и криптографии для проверки транзакций между сторонами. Инфраструктура, позволяющая использовать эту технологию, представляет собой сеть устройств, называемых узлами, соединенных между собой через Интернет. Термин «блокчейн» тесно связан с его функционированием: каждый узел (блок) в сети играет определенную роль в проверке информации, отправляя ее следующему в цепочке, состоящей из таких блоков. Системы, работающие на основе блокчейн, могут выпускать токены, которые являются, по сути, цифровыми ключами, обеспечивающими доступ к системе блокчейн.

На основе приведенной функциональной характеристики блокчейн в настоящее время в зарубежной литературе начинает разрабатываться концепция децентрализованной интеллектуальной собственности (De-IP)²⁶. При этом одну из ключевых ролей в ней отводят невзаимозаменяемым²⁷ токенам (non-fungible token, далее – NFT).

NFT, как любой токен, является записями кода, созданными компьютерными программами, отслеживающими все транзакции, связанные с каждым токеном, хранящимся в блокчейне, работающими как аутентифицированный реестр с использованием однорангового программного обеспечения. Каждый NFT имеет уникальный идентификатор. Токен может удостоверить право как на уже созданное произведение в традиционной форме, так и быть цифровым результатом интеллектуальной деятельности.

Постановка вопроса о создании De-IP вполне логична, поскольку сейчас расширяется использование системы децентрализованных финансов (decentralized finance, DeFi), которая является блокчейн-протоколами, позволяющими предоставлять финансовые услуги без участия традиционных посредников с использованием технологии блокчейн и криптовалют,

²⁶ См.: *Lee Ed.* Op. cit.

²⁷ Но, например, биткойн, напротив, взаимозаменяем в рамках его собственного класса криптовалют, что означает, например, что один биткойн, хранящийся в блокчейне, эквивалентен другому биткойну.

а значит, De-Fi может быть включена в De-IP систему для выполнения полной цепочки операций, связанных с оборотом объектов интеллектуальной собственности.

Но более всего это обусловлено техническим переходом от централизованного интернета платформ к децентрализованному интернету, так называемому Web3, поскольку пользователи и разработчики могут владеть частями интернет-сервисов, обладая токенами – как невзаимозаменяемыми, так и взаимозаменяемыми. Такие технологические перестройки важно принимать во внимание при построении возможных сценариев правового развития, поскольку технологии могут брать на себя обеспечение выполнения определенных правил поведения путем их кодирования и выполнения с помощью смарт-контрактов.

Основные контуры концепции De-IP состоят в следующем:

- фундаментом De-IP является невзаимозаменяемый токен (NFT), который создается и поддерживается блокчейн-системой;
- любой NFT имеет ценность как объект ИС;
- отказ от традиционного способа охраны прав на интеллектуальную собственность (централизованной системы интеллектуальной собственности); создание децентрализованной (De-IP) системы, удостоверяющей цифровое владение и поддерживающей оборот NFT;
- срок охраны NFT не лимитирован;
- выдача лицензий на контент NFT, предоставляющих владельцам NFT права на коммерческое использование и допускающих децентрализованное сотрудничество, включая право создавать производные произведения.

Несмотря на то, что с научной точки зрения очертания разрабатываемой концепции De-IP еще пока до конца не ясны и некоторые ее элементы весьма спорны, начатая дискуссия показывает важное направление на пути поиска наиболее адекватной модели регулирования интеллектуальной собственности в условиях цифровизации. Убеждают в этом уже предлагаемые на практике блокчейн-сервисы для интеллектуальной собственности (например, InvArch блокчейн-протокол²⁸), которые стимулируют научное наблюдение и осмысление происходящего.

На этом направлении встречаются и радикальные шаги, предпринятые такими успешными проектами NFT, как Nouns²⁹ и Moonbirds³⁰, которые приняли лицензии Creative Commons 0³¹ и полностью отказались от авторских прав на их произведения цифрового искусства.

²⁸ InvArch: An Intellectual Property & Decentralized Development Network For Web 3.0 | by InvArch | Medium.

²⁹ Nouns DAO.

³⁰ Moonbirds: The official PROOF PFP.

³¹ CC0 (creativecommons.org).

Таким образом, Web3 и цифровые технологии меняют ролевое участие всех вовлеченных субъектов, поскольку владельцы цифровых объектов из простых пользователей могут превращаться в соавторов и совладельцев³², а также для выполнения основных правил оборота цифровых объектов интеллектуальной собственности можно использовать смарт-контракты при условии обеспечения надежности и безопасности таких систем. При наличии соответствующих принятых стандартов для создаваемых блокчейн-сервисов технологические возможности существенно повлияют на концептуальную систему права интеллектуальной собственности, а также создадут технически поддерживаемый механизм оборота цифровых результатов интеллектуальной деятельности, на начальном этапе предлагаемый для добровольного альтернативного использования правообладателями.

ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНАЯ СОБСТВЕННОСТЬ И ИСКУССТВЕННЫЙ ИНТЕЛЛЕКТ³³

Прогнозируется, что цифровая экономика в большей степени будет формироваться с использованием ИИ, поскольку он будет пронизывать экономику и общество в целом. Именно поэтому отмечают особое значение прорывов именно в сфере ИИ, так как наблюдается ожесточенное соперничество между государствами, заинтересованными в лидерстве в этой сфере³⁴.

Чтобы в полной мере реализовать потенциал ИИ для содействия инновациям и благосостоянию, ключом к созданию надлежащей правовой базы для ИИ является оценка того, как взаимодействуют ИИ и право интеллектуальной собственности, в какой мере действующее законодательство в сфере интеллектуальной собственности пригодно для создания и эксплуатации систем ИИ, как ИИ может повлиять на развитие права интеллектуальной собственности.

³² См.: *Lee Ed. Creators Take Control: How NFTs Revolutionize Art, Business, and Entertainment*. Harper Business. 2023.

³³ В рамках данного исследования общие вопросы правового режима/статуса ИИ не будут затрагиваться. В литературе уже обобщены различные подходы по этому вопросу. См., например: *Морхат П. М. Искусственный интеллект: Правовой взгляд; Регулирование робототехники: введение в «робоправо». Правовые аспекты развития робототехники и технологий искусственного интеллекта / Архипов В. В., Бакуменко В. В., Волынец А. Д. и др.; под ред. А. В. Незнамова. М.: Инфотропик Медиа, 2018.*

³⁴ Стенограмма конференции по искусственному интеллекту 24 ноября 2022 г. – Президент России (prezident.org) // URL: <http://prezident.org/tekst/stenogramma-konferencii-po-iskusstvennomu-intellektu-24-11-2022.html?ysclid=lclpc1geq7344208560>

Вопросы, затрагивающие те или иные аспекты интеллектуальной собственности применительно к созданию и эксплуатации систем ИИ, лежат в трех плоскостях:

- поиск места ИИ в системе объектов интеллектуальной собственности;
- применение «исходных» данных, необходимых для разработки системы ИИ и поддержания ее дельнейшей эксплуатации, которые подпадают под охрану права интеллектуальной собственности;
- «выходные» данные систем ИИ, их правовая охрана.

Как одна из цифровых «сквозных» технологий технология ИИ является комплексом технологических решений, позволяющих имитировать когнитивные функции человека (включая самообучение и поиск решений без заранее заданного алгоритма) и получать при выполнении конкретных задач результаты, сопоставимые как минимум с результатами интеллектуальной деятельности человека. Комплекс технологических решений включает в себя информационно-коммуникационную инфраструктуру, программное обеспечение (в том числе с использованием методов машинного обучения), процессы и сервисы по обработке данных и поиску решений (п. 5). В соответствии с ГОСТом 33707-2016 (ISO/IEC 2382:2015) ИИ (AI) определяется как способность функционального блока выполнять функции, обычно ассоциирующиеся с интеллектом человека, – такие как, например, рассуждение и обучение (п. 4.464).

Подобные определения не позволяют выявить характеристики ИИ, имеющие непосредственно правовое значение. Тем не менее, в качестве одной из общепромышленных задач правового регулирования применения технологий ИИ и робототехники, закрепленных в Концепции развития регулирования отношений в сфере технологий искусственного интеллекта и робототехники до 2024 года, утвержденной распоряжением Правительства РФ от 19 августа 2020 г. № 2129-р, определено совершенствование порядка охраны прав на результаты интеллектуальной деятельности (п.12). В частности, установлено, что необходимо выработать подходы к наиболее спорным вопросам:

- целесообразно ли расширить толкование понятия творческого вклада и (или) предоставить правовую охрану таким результатам, как объекты интеллектуальной собственности, в другом формате. Если целесообразно, кто должен быть субъектом, обладающим исключительным правом на результаты интеллектуальной деятельности, в каком режиме и с какими возможными изъятиями должна быть предоставлена правовая охрана таким результатам;

– при каких условиях допустимо использование при разработке и эксплуатации систем ИИ и робототехники (в частности, при машинном обучении) результатов интеллектуальной деятельности третьих лиц. Другим аспектом проблемы является необходимость совершенствования порядка закрепления прав на результаты интеллектуальной деятельности, созданные с использованием технологий ИИ и робототехники.

Очевидно, что эти вопросы сложно решать в парадигме юриспруденции, ориентированной на человека и для человека. И потому любые рассуждения упираются в барьер такого восприятия. Но по мере накопления научных наблюдений за происходящими технологическими изменениями необходимо будет делать первые шаги по созданию юридико-технологических конструкций, которые смогут решить поставленные задачи. Указанные задачи стоят сейчас перед всеми странами, заинтересованными занять лидерские позиции в области ИИ. Например, в Швейцарии Центр интеллектуальной собственности и конкурентного права (Center for Intellectual Property and Competition Law, CIPCO) совместно со Швейцарским институтом интеллектуальной собственности (Swiss Intellectual Property Institute, IPI) в 2021 г. приступили к осуществлению исследовательского проекта «AI/IP Research Project» (Исследовательский проект ИИ/ИС), в рамках которого намечено построить прогнозную модель будущего права интеллектуальной собственности в контексте ИИ³⁵.

В ЕС активно разрабатываются вопросы, касающиеся правового обеспечения создания и эксплуатации систем ИИ, в том числе релевантные вопросы интеллектуальной собственности. В связи с этим 2 октября 2020 г. Европейским Парламентом был опубликован «Отчет о правах интеллектуальной собственности на развитие технологий искусственного интеллекта» («Report on intellectual property rights for the development of artificial intelligence technologies»)³⁶. Наиболее значимыми положениями этого отчета являются следующие:

– ЕС должен рассматривать различные аспекты ИИ посредством определений, которые являются технологически нейтральными и достаточно гибкими, чтобы охватить будущие технологические разработки, а также последующее использование (п.7);

³⁵ Информация о проекте см.: *Picht P. G., Brunner V., Schmid R. Artificial Intelligence and Intellectual Property Law: From Diagnosis to Action* (May 28, 2022). Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper No. 22-08//ssrn.com/abstract=4122985 or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4122985>

³⁶ REPORT on intellectual property rights for the development of artificial intelligence technologies | A9-0176/2020 | European Parliament (europa.eu) // URL: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2020-0176_EN.html

– математические методы как таковые не являются патентоспособными, если они не используются для технических целей в контексте технических изобретений, которые сами по себе являются патентоспособными только при соблюдении применимых критериев, касающихся изобретений (п.12);

– патентная охрана может быть предоставлена при условии, что изобретение является новым, не самоочевидным и отвечает критерию изобретательского уровня; технологии ИИ должны быть открытыми для образовательных и исследовательских целей – таких как более эффективные методы обучения (п.13);

– произведения, созданные с помощью ИИ, должны быть защищены, чтобы стимулировать инвестиции и повысить правовую определенность; произведения, автономно созданные искусственными агентами и роботами, могут не подпадать под защиту авторских прав, чтобы соблюсти принцип оригинальности, связанный с физическим лицом, и поскольку концепция «интеллектуального творчества» касается личности автора; необходимо поддержать горизонтальный, основанный на фактах и технологически нейтральный подход к общим единообразным положениям об авторском праве, применимым к произведениям, созданным с помощью ИИ, в Союзе, если считается, что такие произведения могут быть способными к охране авторским правом; рекомендуется, чтобы права, если таковые имеются, предоставлялись только физическим или юридическим лицам, которые создали произведение на законных основаниях, и только в том случае, если правообладатель предоставил разрешение на использование материалов, защищенных авторским правом, если не применяются исключения или ограничения авторского права (п.16).

Безусловно, изложенная концептуальная позиция ЕС по исследуемому вопросу требует дальнейшего научного осмысления для выработки конкретных положений, составляющих основу правового регулирования в этой сфере.

В связи с этим представляют интерес исследования, осуществляемые учеными Института инноваций и конкуренции Макса Планка, в рамках проводимых серий исследовательских проектов, посвященных ИИ и интеллектуальной собственности³⁷, в целях выработки рекомендаций по

³⁷ См.: *Drexel J., Hilty R., Beneke F., Desautnettes-Barbero L., Finck M., Globocnik J., Gonzalez O., Begoña and Hoffmann, Jörg and Hollander, Leonard and Kim, Daria and Richter, Heiko and Scheuerer, Stefan and Slowinski, Peter R., and Thonemann J.* Technical Aspects of Artificial Intelligence: An Understanding from an Intellectual Property Law Perspective (October 8. 2019). Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper No. 19-13 // <https://ssrn.com/abstract=3465577> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3465577>; *Drexel J., Hilty R., Desautnettes-Barbero L., Globocnik J. Gonzalez O., Begoña and Hoffmann, Jörg and Kim, Daria*

формированию политики в данной области, которые будут разделены на уровни исследования, внедрения и системных задач. В рамках проводимых исследований предполагается, что на первом этапе рекомендации ученых будут касаться лишь совершенствования действующего законодательства об интеллектуальной собственности. Исследования намечено активизировать в междисциплинарном направлении³⁸, а также продолжать решать и правовые проблемы. В частности, ставится вопрос о разработке соответствующего стандарта распределения ответственности между разработчиками, контролерами и/или пользователями ИИ, поскольку он взаимосвязан с распределением прав интеллектуальной собственности на ИИ.

Важным шагом по пути создания условий для внедрения систем ИИ является обеспечение использования «исходных» данных для ИИ, попадающих под охрану законодательства об интеллектуальной собственности путем отказа от соблюдения установленных требований в этих случаях. В настоящее время уже предпринимаются соответствующие меры в этом направлении. Так, в Законе Сингапура об авторском праве 2021 г. (Singapore Copyright Act 2021)³⁹ установлено исключение для копирования произведений и исполнений, защищенных авторским правом, с целью компьютерного анализа данных, например, анализа настроений, интеллектуального анализа текста и данных и обучения машинному обучению, при этом разрешено как коммерческое, так и некоммерческое использование, и исключение не может быть отменено по контракту.

В разделе 243 указанного Закона закреплено, что анализ вычислительных данных в отношении произведения или записи защищенного исполнения включает:

- (а) использование компьютерной программы для идентификации, извлечения и анализа информации или данных из произведения или записи;
- (б) использование произведения или записи в качестве примера типа информации или данных для улучшения функционирования компьютерной программы в отношении этого типа информации или данных.

and *Kulhari, Shradhdha and Richter, Heiko and Scheuerer, Stefan and Slowinski, Peter R. and Wiedemann, Klaus*, Artificial Intelligence and Intellectual Property Law – Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition of 9 April 2021 on the Current Debate (April 9 2021). Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper No. 21-10 // <https://ssrn.com/abstract=3822924> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3822924>; *Picht P. G., Brunner V., Schmid R.* Artificial Intelligence and Intellectual Property Law: From Diagnosis to Action (May 28, 2022). Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper No. 22-08 // <https://ssrn.com/abstract=4122985> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4122985>

³⁸ *Picht P. G., Brunner V., Schmid R.* Op.cit.

³⁹ Copyright Act 2021 – Singapore Statutes Online (agc.gov.sg).

Примером анализа вычислительных данных в соответствии с п. «б» является, в частности, использование изображений для обучения компьютерной программы распознаванию изображений.

В разделе 244 данного Закона определен порядок копирования или передача для анализа вычислительных данных, и для этого в подразделе 1 установлено, что если условия подраздела 2 настоящего раздела соблюдены, лицу разрешается использовать копию любого из материалов:

- (a) произведение;
- (b) запись защищенного исполнения.

2. Условия являются следующими:

- (a) копия сделана с целью:
 - (i) анализа вычислительных данных; или
 - (ii) подготовки работы или записи для анализа вычислительных данных;
- (b) лицо не использует копию для каких-либо других целей;
- (c) лицо не предоставляет (посредством связи или иным образом) копию какому-либо лицу, кроме как с целью:
 - (i) проверки результатов анализа вычислительных данных, проведенного данным лицом; или
 - (ii) совместного исследования, относящегося к цели проведенного анализа вычислительных данных;
- (d) лицо имеет законный доступ к материалу (называемому в этом разделе первой копией), с которого сделана копия.

Что касается «выходных» данных, то в связи с тем, что в настоящее время применяемые системы⁴⁰ ИИ в подавляющем большинстве случаев не имеют полной автономии действий (то есть являются объектами права)⁴¹,

⁴⁰ Хотя все чаще стала появляться информация, свидетельствующая о серьезной конкуренции систем ИИ и человека, в которой может победить ИИ. Так, в 2020 г. система ИИ Alpha Fold сгенерировала результаты, которые выиграли конкурс, направленный на предсказание трехмерной структуры белков по двумерным аминокислотным последовательностям (AlphaFold developers win US\$3-million Breakthrough Prize (nature.com)).

⁴¹ Российские суды исходят из традиционных подходов, при которых для признания права на созданное произведение необходим творческий вклад конкретного лица, использование технических средств, включая программное обеспечение, рассматривается лишь как применение инструмента. То есть при создании РИД без участия человека такой результат будет признаваться неохраноспособным. Это подтверждает Постановление Пленума ВС РФ от 23 апреля 2019 г. № 10: творческий характер создания произведения не зависит от того, создано произведение автором собственноручно или с использованием технических средств. Вместе с тем результаты, созданные с помощью технических средств в отсутствие творческого характера деятельности человека (например, фото- и видеосъемка работающей в автоматическом режиме камерой видеонаблюдения, применяемой для фиксации административных правонарушений), объектами авторского права не являются.

возникает лишь один вопрос о творческом вкладе человека в его создание при решении правовой судьбы результата, создаваемого ИИ. Другими словами, этот вопрос решается, исходя из традиционных подходов к регулированию прав на такие результаты интеллектуальной деятельности, но при этом оставляет проблему не до конца решенной в случаях, когда творческий вклад человека практически невозможно определить. Но, как уже было отмечено, по мере повышения уровня автономности систем ИИ и расширения сферы их применения правовые решения должны быть найдены с помощью новых правовых конструкций.

В отношении «выходных» данных систем ИИ следует заметить, что предстоит не только решить вопрос об их правовом режиме, но также использовать их для создания приложений-поисковых систем, позволяющих осуществлять поиск, например, схожих товарных знаков. В связи с этим интересен опыт Управления интеллектуальной собственности Сингапура (IPOS), которое представило для коммерческого использования IPOS Go Mobile⁴² как коммерческую поисковую систему на основе изображений с использованием ИИ.

Бюро интеллектуальных патентов Великобритании (UKIPO) также использует определенные типы ИИ. Так, консультационная служба по предварительному применению торговой марки помогает идентифицировать существующие и аналогичные товарные знаки и ориентироваться на группы товаров и услуг для предлагаемого товарного знака.

И в заключение следует обратить внимание еще на один аспект развития ИИ, который необходимо учитывать и рассматривать в дальнейшем как общеправовую и этическую задачу, требующую выполнения посредством в том числе и законодательства об интеллектуальной собственности. Широкое использование систем ИИ для создания результатов интеллектуальной деятельности может создать угрозу вытеснения человека с рынка интеллектуальных продуктов, тем самым его дискриминации. Предлагается, что право интеллектуальной собственности должно будет выполнять новую функцию минимизации такого риска – для этого необходимо ввести соответствующую классификацию объектов интеллектуальной собственности, дифференцируя их по правовому режиму охраны прав в зависимости от объема участия человека в производстве, создаваемом системой ИИ, и разработать соответствующий компенсационный механизм.

⁴² IPOS | IPOS Go Mobile.

ОСНОВНЫЕ ВЫВОДЫ

Проведенный анализ позволяет прийти к следующим выводам:

– развитие цифровых технологий и обновление права интеллектуальной собственности происходят во взаимном влиянии: правовые и этические требования будут определять приоритеты и параметры процесса технологических изменений, в свою очередь, технологии позволят заменить многие традиционные формы контроля и защиты прав на объекты интеллектуальной собственности;

– несмотря на то, что дискуссии по поводу взаимодействия цифровых технологий и права интеллектуальной собственности ведутся уже более 10 лет, нельзя говорить о сформировавшихся единых подходах к определению конкретных шагов по разработке контуров права интеллектуальной собственности для цифровой среды, продолжается этап поиска наиболее адекватных инструментов правового воздействия;

– по мере увеличения уровня автономности систем ИИ вопрос о создании для таких систем правовой конструкции, позволяющей учитывать все отношения, возникающие в связи с их созданием и эксплуатацией, необходимо разработать порядок классификации таких систем в зависимости от уровня их автономности. Кроме того, это затронет фундаментальные категории права, например, можно будет говорить об определенной «подвижности» разделительной линии между объектом и субъектом права, поскольку те, и другие могут идентифицироваться как определенные коды в цифровой среде. При этом выбранная терминология для обозначения таких новых правовых субстанций («динамичные» объекты гражданского оборота или цифровые лица) не должна иметь определяющего значения – главным будет закрепление комплекса параметров, позволяющих их идентифицировать и установить соответствующие правовые требования;

– применение «сквозных» цифровых технологий наряду с традиционным порядком может позволить создать альтернативную технологическую систему фиксации и оборота цифровых объектов интеллектуальной собственности;

– широкое распространение объектов интеллектуальной собственности в цифровой среде потребует изменения действующего законодательства в целях обеспечения равной охраны прав на объекты интеллектуальной собственности независимо от их формы;

– в целях выполнения поставленных задач по созданию и распространению систем ИИ потребуются введение специального правового режима для данных, охраняемых в настоящее время правом интеллектуальной собственности и используемых для обучения и эксплуатации таких систем;

– перед правом, в том числе правом интеллектуальной собственности, будут стоять задачи минимизации рисков, связанных с вытеснением и дискриминацией человека по мере все большего вовлечения интеллектуальных систем разного уровня автономности в сферу интеллектуальной собственности.

ПРОВЕДЕНИЕ IP DUE DILIGENCE ДЛЯ СТАРТАПОВ

ПОНЯТИЕ, ЦЕЛИ И ЭТАПЫ ПРОВЕДЕНИЯ IP DUE DILIGENCE

Due Diligence (с англ. – «должная осмотрительность») – комплексная проверка, процесс сбора и систематизации информации, направленный на то, чтобы узнать как можно больше о целевом бизнесе или активе. IP Due Diligence, то есть исследования должной осмотрительности в отношении интеллектуальной собственности компании, обычно проводятся междисциплинарными группами специалистов, обладающих знаниями в области права интеллектуальной собственности, экономики, а также техники и технологии.

Целью IP Due Diligence является получение системной информации о структуре и ценности портфеля объектов интеллектуальной собственности компании, а также связанных с ним рисками.

IP Due Diligence может потребоваться, например, в следующих ситуациях:

1. продажа компании или ее нематериальных активов заинтересованному лицу (покупателю);
2. инвестиционная (венчурная) сделка с инвестором («бизнес-ангелом», венчурным фондом), желающим вложить средства в развитие стартапа;
3. заключение лицензионного соглашения с партнером, заинтересованным в использовании интеллектуальной собственности компании;
4. получение финансирования под залог интеллектуальной собственности (банковское кредитование).

Регламент проведения проверки может отличаться в каждом конкретном случае – в зависимости от поставленных задач, сферы деятельности и специфики компании, ее организационной структуры и иных индивидуальных факторов.

С учетом рекомендаций European IP Helpdesk¹ структура IP Due Diligence может включать следующие этапы:

1. *Идентификация объектов интеллектуальной собственности*, включая патенты на изобретения и полезные модели, промышленные образцы,

¹ European IP Helpdesk – служба, финансируемая Европейской комиссией и управляемая Исполнительным агентством по делам малых и средних предприятий (EASME). European IPR Helpdesk, 'Fact Sheet IP due diligence: assessing value and risks of intangibles' // <https://pdfslide.net/documents/fact-sheet-ip-due-diligence-assessing-value-and-risks-of-intangibles.html?page=1>

товарные знаки и иные средства индивидуализации (а также связанные с ними доменные имена), объекты авторских прав, секреты производства (ноу-хау) и другие объекты.

В рамках отдельно взятой проверки определенные объекты интеллектуальной собственности или их виды могут являться критически значимыми и требовать более пристального внимания со стороны специалистов, проводящих аудит.

2. Проверка наличия и обстоятельств возникновения прав на объекты интеллектуальной собственности. На данном этапе проверки изучению подлежат аспекты создания нематериальных активов, условия и фактические обстоятельства возникновения и приобретения компанией прав на эти активы.

Документы, подлежащие изучению на этом этапе, включают гражданско-правовые и трудовые договоры, технические задания, акты и отчеты об их выполнении, локальные нормативные акты компании, иные письменные документы между заказчиками и исполнителями, работодателями и сотрудниками-авторами, касающиеся создания объектов интеллектуальной собственности, включая документы, подтверждающие выплату авторских вознаграждений. Проверяются также свидетельства о регистрации, выданные патенты, и другие документы и сведения, подтверждающие наличие у компании прав на интеллектуальную собственность и проясняющие обстоятельства появления этих прав.

3. Выявление ограничений и обременений, связанных с возможностью использования и распоряжения правами на объекты интеллектуальной собственности. На этом этапе более подробно изучаются предыдущие сделки компании, связанные с интеллектуальной собственностью, включая документы о передаче прав, лицензионные и дистрибьюторские соглашения, соглашения о совместных предприятиях и сотрудничестве, залоговые обязательства и т. д., идентифицируются соответствующие стоп-факторы.

Ранее заключенные компанией соглашения и взятые на себя обязательства могут служить серьезным препятствием для дальнейшей коммерциализации интеллектуальной собственности. К примеру, на практике встречаются ситуации, когда компания-разработчик планирует последующее лицензирование охраноспособных решений, созданных ею при исполнении договора заказа в интересах третьего лица (заказчика). В результате оказывается, что коммерциализация невозможна, поскольку исключительные права на такие решения в полном объеме перешли к заказчику, а у исполнителя осталось лишь право использования созданных результатов для собственных нужд на условиях простой (неисключительной) лицензии.

4. *Проверка текущего статуса, качества и устойчивости объектов интеллектуальной собственности.* На данном этапе аудита проверяются сроки действия исключительных прав и соблюдение порядка уплаты патентных пошлин за поддержание охранных документов в силе. Исследуется документация, связанная с патентными заявками и заявками на товарные знаки (история делопроизводства), включая запросы и уведомления патентного ведомства (ведомств), ответы на такие запросы и уведомления, внесенные в материалы заявок изменения.

Также предполагается проверка объема охраны объектов интеллектуальной собственности. Объем полученной патентной охраны – ключевой аспект оценки качества патента, прямо влияющий на перспективы судебных разбирательств, связанных с защитой исключительного права на запатентованную технологию, устройство или вещество, лицензионные и инвестиционные возможности, дальнейшую патентную стратегию компании и т. д. Это правило применимо и к товарным знакам. Объем охраны товарного знака зависит от самого обозначения, наличия или отсутствия в нем дисклаимированных элементов и перечня товаров и/или услуг, указанных в свидетельстве.

Кроме этого, может быть проведено (или изучено ранее проведенное) исследование возможности признания патента недействительным (так называемое *validity search*), которое позволит сделать выводы об устойчивости патента при попытке его оспаривания третьими лицами. Аналогично могут быть оценены риски оспаривания предоставления правовой охраны товарному знаку и ее досрочного прекращения в связи с неиспользованием и по другим основаниям.

5. *Оценка потенциальных споров о нарушении.* На указанном этапе анализу подлежат любые существующие или потенциальные претензии и споры, касающиеся нарушения компанией исключительных прав на объекты интеллектуальной собственности третьих лиц или, наоборот, нарушения третьими лицами исключительных прав компании.

Названный этап также может предусматривать проведение (или проверку ранее проведенного) исследования патентной чистоты объекта (*freedom-to-operate (FTO) search*). Такое исследование позволяет определить, может ли предлагаемый стартапом продукт свободно использоваться без рисков нарушения чьих-либо патентов. Принимая во внимание территориальную природу исключительных прав на интеллектуальную собственность, FTO search непременно должен учитывать географию использования и распространения продукта, его целевые рынки.

ВАРИАНТЫ ПРОВЕДЕНИЯ IP DUE DILIGENCE: ПРОВЕРКА ПО ЗАКАЗУ ПРОДАВЦА И ПО ЗАКАЗУ ПОКУПАТЕЛЯ. ВОЗМОЖНЫЕ ПОСЛЕДСТВИЯ

IP Due Diligence может проводиться как по поручению компании (стартапа), являющейся правообладателем интеллектуальной собственности (объектом инвестиций, продавцом), так и в интересах потенциального покупателя или инвестора. Первый вариант проверки можно охарактеризовать как внутренний, подготовительный аудит компании и ее активов, который может проводиться до появления инвестора (покупателя), в то время как второй – внешний, как правило, проводится командой покупателя (инвестора) непосредственно на этапе переговоров и подготовки к сделке.

Выход стартапа на переговоры по сделке без предварительно проведенного внутреннего IP Due Diligence увеличивает следующие риски:

1. стоимость сделки может быть уменьшена, если в результате проверки активов командой покупателя (инвестора) будут выявлены их дефекты;

2. сделка может быть отложена из-за необходимости устранения недостатков. Например, стартапу может потребоваться получить согласие совладельца прав на ОИС, приобрести дополнительные лицензионные права, пересмотреть или расторгнуть договоры, налагающие ограничения на распоряжение исключительными правами. Временные издержки сами по себе могут привести к утрате интереса контрагента и его отказу от сделки;

3. устранение недостатков, выявленных при проведении проверки продавцом (инвестором), может обернуться для стартапа необходимостью дополнительных переговоров с партнерами (например, с лицензиарами, совладельцами интеллектуальной собственности, сотрудниками). В этом случае для получения лицензии, согласия или оформления переуступки прав компании возможно придется пойти на существенные уступки;

4. если в результате внешнего IP Due Diligence в объекте сделки будут обнаружены неустраняемые дефекты – так называемые deal killer(s), покупатель прекратит дальнейшие переговоры².

В связи с этим целесообразно проводить проверку значительно ранее возможной будущей сделки с покупателем, инвестором, лицензиатом и т. д., рассматривая внутренний аудит нематериальных активов как часть стратегии компании в области интеллектуальной собственности. Основное преимущество предварительного заказа IP Due Diligence для стартапа заключается в том, что дефекты активов обнаруживаются им самим,

² WIPO, 'DL 450 IP Management. Module V. IP Commercialisation' Version 1.5. С. 15–16.

а не контрагентом по сделке. Следовательно, недостатки могут быть ограничены или даже полностью устранены заранее, что поможет удержать цену актива, избежать затяжных переговоров и значительно быстрее осуществить сделку³.

Пример 1: негативный сценарий

Для наглядной демонстрации обозначенных рисков смоделируем следующую ситуацию.

ООО «Клауд Техно» – начинающая компания с молодой и динамичной командой, создающая облачные программные решения и сервисы, являющаяся резидентом одного из российских технопарков. После года исследований и разработок инициативная группа из трех инженеров-разработчиков создала патентоспособное изобретение и уведомила об этом работодателя. ООО «Клауд Техно» подала в Роспатент заявку на выдачу патента на изобретение 1 февраля 2021 г., указав в качестве авторов изобретения двух разработчиков, внесших наибольший творческий вклад в его создание, выплатив им авторское вознаграждение, размер которого был определен в соглашении сторон. Третий разработчик, который не был упомянут в качестве изобретателя, подал заявление об увольнении по собственному желанию и был уволен 3 марта 2021 г. Патент РФ был выдан 1 ноября 2021 г.

С целью получения финансирования дальнейших разработок ООО «Клауд Техно» удалось получить кредит в банке под залог исключительного права на изобретение. Однако продолжение развития продукта компании требовало привлечения дополнительных инвестиций. В результате поисков и серии переговоров компании удалось найти «бизнес-ангела», заинтересованного вывести изобретение на рынки стран ЕАЭС и Турции. После обсуждения базовых параметров инвестиционной сделки и подписания 1 апреля 2022 г. первичного соглашения о намерениях – так называемого *term sheet* – ООО «Клауд Техно» согласилось с предложением инвестора провести IP Due Diligence, чтобы выявить и оценить связанные со сделкой риски. Задача была адресована внешнему юридическому консультанту, специализирующемуся в вопросах охраны и коммерциализации интеллектуальной собственности.

В ходе IP Due Diligence консультант идентифицировал объекты интеллектуальной собственности компании, отметив в качестве ключевого объекта технологию, охраняемую патентом РФ на изобретение. Затем проанализировал основания возникновения у компании исключительных

³ См.: Там же.

прав, возможные ограничения и обременения, изучил вопрос качества и устойчивости объектов интеллектуальной собственности, а также риски судебных споров.

В результате проведенного аудита консультант выявил следующие препятствия для совершения сделки.

1. Монополизировать технологию, права на которую защищены патентом Российской Федерации, на рынках стран ЕАЭС и Турции будет невозможно. ООО «Клауд Техно» пропустила установленный ст. 4 Парижской конвенцией 12-месячный срок для подачи заявки в другие страны с правом испрашивать приоритет по дате первой подачи. Поэтому если компания подаст заявки в интересующие инвестора страны на то же изобретение, российский патент, выданный 1 ноября 2021 г., будет противопоставлен зарубежными патентными ведомствами как порочащий новизну изобретения. Невозможность получить патентную охрану на рынках предполагаемого присутствия также означает, что любое лицо сможет использовать изобретение в этих странах.

2. Тот факт, что компания не включила третьего инженера-разработчика в состав авторов изобретения при подаче заявки, является серьезным недостатком, который может привести к возможности аннулирования российского патента. Этот недостаток можно исправить, но для этого – наиболее вероятно – потребуются дополнительные переговоры с уволившимся сотрудником, выплата ему вознаграждения, а также внесение в государственный реестр изобретений и в патент изменений, связанных с изменением состава авторов.

3. Второй риск также влечет за собой возможные проблемы с договором залога и предоставленным банковским кредитом. В случае аннулирования патента банк может потребовать замены предмета залога другим имуществом.

Исправление второго недостатка может быть потенциально достижимым и приемлемым для «бизнес-ангела», хотя это займет время и, возможно, станет фактором, влияющим на снижение цены сделки. Однако первый дефект скорее всего является тем самым deal killer, поскольку он оттолкнет инвестора от вывода на рынки ЕАЭС и Турции технологии, которую может скопировать любой желающий.

В результате ООО «Клауд Техно» и «бизнес-ангел» решили отложить переговоры о дальнейшем сотрудничестве. В стартапе задумались о пересмотре стратегии управления интеллектуальной собственностью.

Пример 2: позитивный сценарий

Теперь смоделируем иную ситуацию – с положительным финалом.

ООО «Юникорн Деливер» – технологический стартап, разработчик мобильного приложения, отвечающего на потребительские запросы по доставке товаров в одном из регионов России. В команде стартапа два штатных инженера-программиста, чьими усилиями был написан код программы. Для создания внешнего вида интерфейса приложения был привлечен сторонний дизайнер.

Для целей оформления взаимоотношений компании с авторами-разработчиками, последующего сопровождения процедур обеспечения охраны и коммерциализации интеллектуальной собственности компания ООО «Юникорн Деливер» обратилась к юридическому консультанту.

По совету консультанта в компании было введено положение об интеллектуальной собственности, внедрены процедуры и документы, регламентирующие порядок создания служебных объектов интеллектуальной собственности и выплаты авторских вознаграждений, внесены необходимые изменения в трудовые договоры с сотрудниками. Консультантом был предложен проект договора заказа с привлеченным сторонним дизайнером, регулирующего процесс создания дизайна интерфейса, предусматривающий отчуждение заказчику исключительного права на созданный объект, а также передачу заказчику права на получение патента.

Перед началом тестирования прототипа будущего продукта на востребованность с помощью потенциальных потребителей компания подала в Роспатент заявку на товарный знак, индивидуализирующий ее мобильное приложение. Заявка была принята к рассмотрению 20 января 2020 г.

В феврале 2020 г. созданный сервис получил положительные отклики компаний, желающих продавать их товары онлайн, а также конечных пользователей, удовлетворенных удобством приложения.

По завершении создания дизайна интерфейса приложения 30 апреля 2020 г. на полученное решение внешнего вида ООО «Юникорн Деливер» была подана заявка на промышленный образец.

Вскоре последовал рост прибыли, и компания расширила географию присутствия сервиса на другие регионы России. Учитывая открывшиеся перспективы, а также имеющиеся деловые контакты стартапа в Казахстане, по совету консультанта 20 июля 2020 г. компания также подала заявки на товарный знак и промышленный образец в патентное ведомство этой страны.

В дальнейших планах ООО «Юникорн Деливер» была коммерциализация ее продукта по модели лицензирования в Казахстане. В связи с этим перед вступлением в переговоры с потенциальными партнерами-лицензиатами компания поручила своему юридическому консультанту провести IP Due Diligence.

В ходе проверки в августе 2020 г. консультант идентифицировал объекты интеллектуальной собственности компании, среди которых отмечены собственно мобильное приложение, включающее такие элементы, как программный код и дизайн интерфейса, охраняемые авторским правом, а также заявки на товарные знаки и промышленные образцы в России и Казахстане. Затем консультант проверил основания возникновения у компании исключительных прав, возможные ограничения и обременения, качество и устойчивость объектов интеллектуальной собственности, а также оценил возможность потенциальных споров.

В своем заключении консультант обозначил, что компанией соблюдены все требования в части надлежащего оформления возникновения исключительных прав на объекты интеллектуальной собственности. Также было отмечено, что национальные заявки на товарный знак и промышленный образец были поданы в ведомство Казахстана в течение шести месяцев с даты их подачи в Роспатент. В связи с этим компания правомерно воспользовалась правом испрашивания конвенционного приоритета по дате первой подачи (ст. 4 Парижской конвенции). По результатам проведенных поисков по товарным знакам консультант также отметил отсутствие для компании серьезных рисков неполучения правовой охраны в отношении товарного знака на территории Казахстана.

В сентябре 2020 г. компания начала переговоры с потенциальным партнером в Казахстане, заинтересованным в предложении сервиса ООО «Юникорн Деливер» на местном рынке. Отчет компании-стартапа о проведенном внутреннем IP Due Diligence, представленный деловому партнеру в рамках переговоров, позволил сторонам быстрее перейти к этапу согласования существенных условий лицензионного соглашения, которое было заключено вскоре после регистрации товарного знака и получения патента на промышленный образец в Республике Казахстан.

Выводы

IP Due Diligence, т. е. проверка должной осмотрительности в отношении объектов интеллектуальной собственности компании позволяет получить системную информацию о портфеле объектов интеллектуальной собственности и связанных с ним рисках. Такой аудит может потребоваться при подготовке компании к будущей сделке, предусматривающей

распоряжение правами на интеллектуальную собственность. Стартапам рекомендуется проводить IP Due Diligence до момента появления потенциального контрагента, рассматривая внутренний аудит нематериальных активов как часть стратегии компании в области интеллектуальной собственности. Это позволяет выявить возможные дефекты активов на раннем этапе, минимизировать их или даже устранить, что впоследствии поможет удержать стоимость объектов интеллектуальной собственности, избежать затяжных переговоров и быстрее совершить сделку.

Р. Р. Ахметов

КРИПТОДЕПОНИРОВАНИЕ: ПОНЯТИЕ, ПРИЗНАКИ, ЗНАЧЕНИЕ

ВВЕДЕНИЕ

Депонирование произведений уже длительное время не только обсуждается в юридической среде, но и применяется на практике¹. Результат депонирования – свидетельство (в широком смысле, не только как документ) третьего лица – является одним из доказательств возникновения результата творческой деятельности в определенный момент времени, а точнее – ранее/до этого момента. Осуществляемое автором или иным лицом в его интересах депонирование также призвано подтвердить авторство.

Причины появления такого явления для специалистов очевидны: в отсутствие необходимости регистрации или иных формальных процедур для возникновения исключительного права на произведение при подтверждении авторства возникают сложности. Депонирование в таком случае существенно облегчает задачу и способствует воплощению в жизнь презумпции авторства (п. (1) ст. 15 Бернской конвенции, ст. 1257 ГК РФ), а выдаваемое свидетельство содержит информацию об авторском праве (ст. 1300 ГК РФ).

ДЕПОНИРОВАНИЕ ОБЪЕКТОВ АВТОРСКИХ ПРАВ

Депонирование можно кратко охарактеризовать следующим образом. Депонент (лицо, желающее осуществить хранение произведения, зафиксировав тем самым время и авторство) передает депозитарию (организации,

¹ См., например: *Близнец И. А.* Регистрация и депонирование прав – проект Российского профессорского собрания // Российская юстиция. 2020. № 8. С. 39–42; *Близнец И. А., Витко В. С.* Персонаж как объект авторско-правовой охраны в законодательстве России. М., 2022; *Близнец И. А., Кадовченко В. Д.* Создание единого реестра авторских и смежных прав и его влияние на решение вопросов наследования // Наследственное право. 2021. № 1; *Воробьев Н. С.* Интеллектуальная собственность в цифровую эпоху: проблемы международно-правового и национального регулирования // Журнал российского права. 2022. № 7. С. 137–146; *Гаврилов Э.* «Формат» аудиовизуального произведения и некоторые вопросы права интеллектуальной собственности // Хозяйство и право. 2016. № 3. С. 64–79; *Гончаров А. И., Иншакова А. О., Матыцин Д. Е.* Имплементация цифровых технологий в правовое регулирование оборота результатов интеллектуальной деятельности и совершенствование защиты прав их авторов // Юрист. 2022. № 2. С. 15–28; *Новоселова Л. А., Гринь О. С.* Реализация интеллектуальных прав в качестве предмета залога (процедурные аспекты) // Вестник гражданского процесса. 2020. № 5. С. 64–82; *Харитонов Ю. С.* Правовое значение фиксации интеллектуального права с помощью технологий распределенных реестров // Право и экономика. 2018. № 1. С. 15–21.; *Saunders K. M.* Intellectual Property and the Law of Ideas. New York. 2021. P. 19; *Narayanan P.* Intellectual Property Law. Kolkata, 2019. P. 367–371.

оказывающей такие услуги) объект творческой деятельности на материальном носителе, как правило, в цифровом или оцифрованном виде. Депозитарий обязуется за плату хранить или организовать хранение полученного объекта, дополнительно выдавая свидетельство/сертификат о депонировании.

Такое классическое депонирование характеризуется следующими негативными для депонента чертами.

Во-первых, передаваемая для хранения информация раскрывается (или может быть раскрыта) третьим лицам. По меньшей мере сотрудники депозитария получают доступ к информации депонента.

Во-вторых, стабильность и долгосрочность хранения могут быть ограничены такими факторами, как прекращение деятельности организации-депозитария, уничтожение/порча оборудования, используемого для хранения, перебои в работе облачных сервисов, изменение законодательства, технические ограничения, изъятие оборудования уполномоченными органами и т. д. Депонент в таком случае может столкнуться с трудностями при доказывании авторства без обращения к депозитарию.

В-третьих, нельзя с уверенностью исключить ситуации конфликта интересов, ангажированности и недобросовестности депозитария, которые могут появиться или проявиться с течением времени.

В-четвертых, стоимость хранения для депонента может быть обусловлена объемом файла, сроком хранения. Некоторые депозитарии взимают дополнительную плату за продление срока хранения. Кроме того, себестоимость депонирования может измениться под влиянием внешних обстоятельств.

В-пятых, в современных условиях нельзя исключать фактор государства, которое может вольно или невольно оказать негативное воздействие в каждом из перечисленных аспектов.

КРИПТОДЕПОНИРОВАНИЕ

На первый взгляд обозначенные проблемы носят общий характер для ведения практически любой деятельности и купировать такие риски невозможно. Однако современные технологии позволяют в значительной степени избежать их. Использование технологии блокчейн позволяет в определенных случаях осуществлять депонирование, не раскрывая информацию о депонируемом объекте.

Для таких явлений предлагаю использовать новый термин – «крипто-депонирование» (от греч. *kryptos* «тайный, скрытый»; лат. *dēpōnō* «кладу, оставляю»). Упомянутое понятие нуждается в более подробном рассмотрении с точки зрения формы и содержания.

С позиции дериватологии (словообразования) данное слово образовано путем словосложения, то есть соединения двух или более корней (основ). Правилами русского языка допускается сложение корней, происходящих из разных иностранных языков, например, слово автомобиль является сложением греч. *autos* «сам» и лат. *mobilis* «двигающийся».

С точки зрения семантики термин «криптодепонирование» буквально означает «тайное хранение», что наиболее точно отражает сущность рассматриваемого явления. Для объяснения этого обратимся к механизму депонирования с использованием технологии блокчейн.

Блокчейн представляет собой распределенную непрерывную децентрализованную базу данных (реестр записей, цепочку блоков)². Доступ к блокчейн-платформе осуществляется с помощью сети Интернет. База данных содержится не на каком-то конкретном сервере, а на сотнях, тысячах, иногда даже десятках тысяч устройств (узлов), расположенных по всему миру (в зависимости от конкретной блокчейн-платформы), и верифицируется каждым из них. Поэтому выпадение конкретных устройств из этой цепи никак не влияет на достоверность, полноту содержащихся в ней данных, непрерывность цепочки блоков.

Блокчейн-платформы могут быть классифицированы по признаку децентрализации на две категории: 1) открытые (публичные) с неограниченным количеством устройств и свободным присоединением участников; 2) закрытые (частные) с ограниченным количеством устройств и возможностью присоединения к платформе только с согласия администратора либо на определенных им условиях³.

Если первые являют собой классический, «настоящий» блокчейн с его очевидными преимуществами для рассматриваемых автором целей, то вторые не всегда обладают необходимой степенью независимости, децентрализации, стабильности, чтобы можно было говорить об отсутствии человеческого фактора при проверке данных, содержащихся в цепочке. Закрытую блокчейн-платформу можно создать, например, на двух десятках узлов, принадлежащих одной компании или учреждениям, контролируемым государством. Говорить о независимости в данных ситуациях

² См., например: *Мозайар У.* Блокчейн для бизнеса. М. 2018. С. 26–55; *Рожкова М. А.* Категории «цифровое право», «цифровые права» и «цифровая валюта» в российском праве // *Право цифровой экономики*. М. 2021. С. 52–53; *Рузакова О. А., Гринь Е. С.* Применение технологии blockchain к систематизации результатов интеллектуальной деятельности // *Вестник Пермского университета. Юридические науки*. 2017. № 4. С. 508–520; *Руйе Н.* Криптовалюты: современные реалии, философские принципы и правовые механизмы // *Право цифровой экономики*. М. 2021. С. 71–72; *Санникова Л. В., Харитонов Ю. С.* Цифровые активы: правовой анализ: монография. М. 2020; *Свон М.* Блокчейн. Схема новой экономики. М. 2017. С. 12.

³ См., например: *Рузакова О. А., Гринь Е. С.* Указ. соч.

не приходится. Это отнюдь не означает ущербности такого подхода. Напротив, для определенных целей (например, в качестве альтернативы корпоративной базе данных) технология закрытого блокчейна вполне подходит. Однако представляется, что для криптодепонирования технология открытого (публичного) блокчейна является более предпочтительной.

Используя упомянутую технологию, любой интернет-пользователь имеет возможность, внося плату (как правило, несущественную), создать транзакцию (запись) в цепи блокчейн-платформы и поместить в нее определенную информацию ограниченного объема, например, о произведении. Однако, во-первых, не каждое произведение можно представить в компактной форме. Во-вторых, не всегда у автора есть желание публиковать результаты творческой деятельности непосредственно после создания, а на блокчейн-платформе такая информация сразу становится доступной неопределенному кругу лиц.

Решение задачи конфиденциальности депонируемой информации заключается в применении технологии хеширования (шифрования путем создания, вычисления уникального кода в результате криптографической операции). Хеш (от англ. hash – «мешанина») представляет собой буквенно-числовой код, состоящий из фиксированного количества символов⁴. Независимо от объекта хеширования при использовании одного и того же алгоритма (программы) для вычисления хеша количество символов будет оставаться неизменным — как для файла с двумя строками текста, так и для видеофайла большого размера.

Важными являются следующие существенные черты хеш-функции.

Во-первых, невозможно выполнить операцию обратного вычисления и получить файл, имея только хеш.

Во-вторых, один и тот же файл при применении одного и того же алгоритма хеширования даст одинаковый результат (хеш), подтверждая тем самым идентичность первоначального и проверяемого файлов. При этом даже незначительные изменения первоначального файла приведут к другому результату, позволяя сделать однозначный вывод об отсутствии идентичности первоначального и проверяемого файлов.

Последовательно применяя технологии хеширования и внесения записи в блокчейн, получаем независимое подтверждение существования файла в конкретный момент времени и его неизменность на момент проверки по сравнению с первоначальным объектом. Содержание файла остается конфиденциальным, так как хранится только у депонента. Здесь

⁴ См., например: Хеш-функция, что это такое? 23 декабря 2020 г. // URL: <https://habr.com/ru/post/534596/>; Хеш-функция // URL: <https://ru.wikipedia.org/wiki/Хеш-функция>.

кроется, наверное, единственный недостаток криптодепонирования – необходимость самостоятельно хранить файл. Депонент таким образом выбирает между надежностью, стабильностью и независимостью системы подтверждения, с одной стороны, и его дополнительной обязанностью физически сохранить первоначальный файл – с другой. По моему мнению, выбор здесь очевиден.

Рассмотрев применение указанных технологий, мы убедились, что термин «криптодепонирование» точно отражает суть явления. Внесение хеша (уникального цифрового кода) объекта депонирования в блокчейн полностью выполняет функцию подтверждения времени и авторства при сохранении полной конфиденциальности содержания объекта, хранящегося исключительно у автора. В итоге получаем «тайное хранение», фактически – хранение хеша на блокчейн-платформе. Ни сервис, предоставляющий услугу, ни блокчейн-платформа, на которой размещается только хеш, не имеют доступа к содержанию и параметрам файла.

Таким образом, признаками криптодепонирования являются:

- 1) вычисление хеша файла, хранящегося на стороне пользователя;
- 2) внесение хеша (а не самого файла) на блокчейн-платформу;
- 3) полная конфиденциальность информации, обеспечиваемая отсутствием необходимости ее хранения со стороны оператора, блокчейн-платформы или других третьих лиц;
- 4) достоверная независимая верификация даты и времени (проставление т. н. метки времени при использовании технологии блокчейн);
- 5) бессрочность и независимость хранения хеша файла;
- 6) способ подтверждения авторства, заключающийся в сравнении хешей проверяемого и исходного файлов.

СУБЪЕКТНЫЙ СОСТАВ КРИПТОДЕПОНИРОВАНИЯ

Сторонами отношений по депонированию выступают депонент и депозитарий. При этом депозитарий либо осуществляет хранение самостоятельно, либо организует хранение, привлекая для этого третьих лиц, например, облачный сервис, на котором в цифровом виде размещаются (хранятся) депонируемые объекты.

Криптодепонирование в этом смысле – не исключение. Предполагающее размещение хеша файла на блокчейн-платформе криптодепонирование может осуществляться как самой блокчейн-платформой, так и третьим лицом – сервисом, организующим такое хранение. Упомянутые субъекты также являются депозитариями.

Предлагаю именовать стороны рассматриваемых отношений криптодепонентом и криптодепозитарием. Введение таких терминов позволит

выделить указанных лиц из числа иных подобных субъектов – депозитариев, подчеркнув важную отличительную характеристику: полная конфиденциальность информации и отсутствие доступа к ней у криптодепозитариев; наличие технического доступа к объекту депонирования у депозитариев.

СООТНОШЕНИЕ СО СМЕЖНЫМИ ПОНЯТИЯМИ

Криптодепонирование по отношению к депонированию обладает дополнительными признаками: полная конфиденциальность и использование технологии блокчейн. При этом депонирование с помощью технологии блокчейн может не быть конфиденциальным, то есть не являться криптодепонированием, продолжая при этом оставаться депонированием.

С точки зрения логики понятия «депонирование», «депонирование с помощью технологии блокчейн» и «криптодепонирование» расположены в данном предложении по убыванию объема. При этом объем каждого предыдущего понятия включает в себя объем последующего, то есть предыдущее является родовым по отношению к последующему (видовому).

Депонирование было рассмотрено ранее и предполагает довольно большое количество способов технической реализации и их сочетания (сервер, удаленный сервер, облачное хранилище, блокчейн-платформа и др.).

Депонирование с помощью технологии блокчейн, как следует из названия, использует упомянутую технологию. Но при этом, в отличие от криптодепонирования, депонирование с помощью блокчейна не всегда является конфиденциальным. Как было отмечено ранее, депонент может разместить на блокчейн-платформе информацию без предварительного вычисления хеша файла (если это позволяют объем и формат такой информации и технические характеристики конкретной блокчейн-платформы). Или же депонент первоначально загружает файлы на сайт (хранилище), а затем на блокчейн-платформу в соответствующую запись (транзакцию) вносится ссылка на страницу сайта, где расположен депонируемый объект (файл). В обоих случаях не приходится говорить о криптодепонировании, поскольку «тайное хранение» здесь отсутствует. Напротив, любой желающий может получить доступ к объекту депонирования.

Криптодепонирование обладает большим содержанием (и соответственно меньшим объемом) по сравнению с рассмотренными понятиями, так как предполагает дополнительный признак – полную конфиденциальность депонируемой информации от любых третьих лиц, включая криптодепозитария. Этот признак расширяет сферу применения депонирования, позволяя использовать его, например, для охраны секретов производства.

Криптодепонирование можно классифицировать на криптодепонирование с использованием открытого (публичного) блокчейна и криптодепонирование с использованием закрытого (частного) блокчейна. Отличие состоит в степени независимости и децентрализации используемой платформы и, как следствие, надежности хранения.

СФЕРА ПРИМЕНЕНИЯ КРИПТОДЕПОНИРОВАНИЯ

Применение криптодепонирования, как и депонирования в целом, не ограничивается сферой авторского права. Оно актуально для научно-технических разработок, креативных индустрий, создателей контента в Интернете, юридических документов и других областей, где автору результата интеллектуальной деятельности важно зафиксировать факт и время создания объекта (результата некой интеллектуальной деятельности, пусть не всегда носящего творческий характер и не всегда являющегося объектом интеллектуальной собственности).

Криптодепонирование вместе с тем обладает более широкой сферой применения по сравнению с другими вариантами депонирования. Так, криптодепонирование можно использовать, в частности, в следующих случаях:

- при создании секретов производства (ноу-хау), позволяя фиксировать дату и время, сохраняя при этом конфиденциальность информации;
- в случаях, когда авторы произведений не желают их обнародовать в конкретный момент времени;
- при необходимости фиксации хода переговоров сторон или информации о событиях, действиях, которая должна сохраняться в тайне и может впоследствии иметь юридическое значение.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Развитие технологий, способствующее появлению новых общественных отношений, предлагает новые решения для традиционных задач. Сфера правового регулирования интеллектуальной собственности находится на переднем крае таких изменений. Эффективность и скорость восприятия правом новых явлений действительности может свидетельствовать о правильном векторе развития правовой системы и правореализации как ее части. Одна из задач ученых и практиков в связи с этим – участвовать в выработке и обсуждении новых правовых терминов, суждений, концепций. В данной работе была предпринята такая попытка в отношении сферы депонирования объектов авторских прав с использованием технологии блокчейн.

Раздел 5.

***КОММЕНТАРИИ СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ
В СФЕРЕ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ
СОБСТВЕННОСТИ***

А. А. Куминова

ПРОДЛЕНИЕ СРОКА ДЕЙСТВИЯ ИСКЛЮЧИТЕЛЬНОГО ПРАВА НА ИЗОБРЕТЕНИЕ И ДОПОЛНИТЕЛЬНЫЕ ПАТЕНТЫ. ПРОЦЕССУАЛЬНЫЕ АСПЕКТЫ

Норма о продлении патентов на изобретения, относящиеся к лекарственному средству, пестициду или агрохимикату, содержалась еще в Патентном законе РФ от 23 сентября 1992 г. № 3517-1. Позднее положение было перенесено в ст. 1363 ГК РФ.

Продление срока действия исключительного права является своего рода компенсаций правообладателю за тот период, пока он не мог использовать данное изобретение.

Несмотря на то, что такое продление с точки зрения компенсации разрешительных процедур является обоснованным, наличие и предоставляемые преференции в отношении продления срока действия охранных документов затрудняют другим производителям, в частности, производителям дженериков, оценку времени выхода их препарата на рынок, что приводит к значительным финансовым издержкам¹. Кроме того, продление срока действия исключительного права на изобретение порождает последствия в отношении неопределенного круга лиц, препятствуя развитию науки и бизнеса.

Ранее продление патента было возможно только в случае, если со дня подачи заявки на выдачу патента до дня получения первого разрешения на применение такого изобретения прошло более пяти лет при условии, что патентообладатель подал заявление о продлении не позднее шести месяцев со дня получения первого разрешения или даты выдачи патента (в зависимости от того, какой срок истекает позднее). Патент мог быть продлен на время, прошедшее со дня подачи заявки на выдачу патента до дня получения первого разрешения на применение, за вычетом пяти лет, но не более, чем на пять лет.

Информация о продлении публиковалась в реестре изобретений с указанием пунктов формулы, в отношении которых было осуществлено такое продление.

Федеральным законом от 12 марта 2014 г. № 35-ФЗ «О внесении изменений в части первую, вторую и четвертую Гражданского кодекса Россий-

¹ См.: *Лысков Н. Б., Полякова А. А.* Актуальные вопросы интеллектуальной собственности в фармацевтике // Роль интеллектуальной собственности в прорывном научно-технологическом развитии общества: XXIII Междунар. конф. Роспатента. М.; 16–17 октября 2019 г.: / Роспатент. ФИПС; сост. Е. В. Королева, М. С. Борисова. М.: ФИПС. 2019.

ской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» в ст. 1363 ГК РФ были введены изменения, которые вступили в силу с 1 января 2015 г.

С 1 января 2015 г. при продлении срока действия исключительного права выдается дополнительный патент с формулой, содержащей совокупность признаков запатентованного изобретения, характеризующую продукт, на применение которого получено разрешение.

Условиями продления срока действия исключительного права являются:

- изобретение относится к продукту (лекарственное средство, пестицид, агрохимикат);
- с даты подачи заявки до дня получения первого разрешения на применение прошло более пяти лет;
- заявление о продлении подано патентообладателем в течение шести месяцев со дня получения первого разрешения на применение продукта или с даты выдачи патента (в зависимости от того, какой из этих сроков истекает позднее).

Дополнительный патент выдается на время, прошедшее с даты подачи заявки на выдачу патента на изобретение до дня получения первого разрешения на применение продукта, за вычетом пяти лет, но не более чем на 5 лет.

Следовательно, продление (выдача дополнительного патента) увеличивает срок действия исключительного права, что позволяет правообладателю продлить его «монополию» на срок до пяти лет. Таким образом, максимальный срок действия исключительного права на изобретение, относящегося к лекарственному препарату, пестициду или агрохимикату, составляет 25 лет.

Основное отличие прежде действовавшей нормы от текущей редакции ст. 1363 ГК РФ состоит в том, что ранее продление осуществлялось в отношении всей формулы изобретения или ее части независимо от признаков самого продукта. Дополнительный патент, в свою очередь, характеризует конкретный продукт.

Публичный интерес, заключающийся в том, чтобы неправомерно выданные патенты не препятствовали развитию науки и ведению третьими лицами деятельности с использованием неохраноспособных технических решений, сохраняется, пока длится действие патента или возможность его восстановления².

Оспаривание неправомерно продленного патента преследует те же цели, что и оспаривание основного патента, так как срок действия основного патента в отношении продукта, охватываемого изобретением,

² Постановление Президиума СИП от 18 октября 2021 г. № С01-435/2021 по делу № СИП-461/2020.

продлевается путем выдачи дополнительного патента. Более того, возможность оспаривания продленного патента (выдачи дополнительного патента) является одним из способов борьбы с «вечнозелеными патентами».

На практике неоднократно возникали вопросы о законности продления патентов (выдачи дополнительного патента). Процедура оспаривания такого продленного патента (выдачи дополнительного патента) и судебная практика по данному вопросу на протяжении долгого времени оставались неизменными.

ПРОЦЕДУРА ОСПАРИВАНИЯ. ИСТОРИЯ

До вступления в силу Федерального закона от 7 октября 2022 г. № 386-ФЗ «О внесении изменения в статью 1363 части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации». ГК РФ отдельно не предусматривал процедуру оспаривания продления (дополнительного патента). Такое оспаривание осуществлялось в рамках ст. 198 АПК РФ, которой регулируется процедура оспаривания ненормативных правовых актов, решений и действий (бездействия) органов и должностных лиц.

Согласно ст. 198 АПК РФ срок оспаривания составляет три месяца с момента, когда заинтересованному лицу стало известно о нарушении прав и законных интересов. Хотя ч. 4 ст. 198 АПК РФ предоставляет законодателю возможность предусмотреть нормами материального права иной срок обжалования решений и действий государственных органов (в том числе и более длительный в сравнении с общим сроком три месяца)³, в отношении оспаривания продления патента иной срок законом не установлен.

Учитывая сокращенный процессуальный срок в три месяца и суженный круг заявителей (только заинтересованные лица, чьи права и законные интересы нарушены), оспаривание продления патента ранее было значительно затруднено и ставило заявителей в заведомо обременительное положение, не позволяя защитить права и законные интересы в должной мере. Указанные критерии приводили к тому, что в большинстве споров данной категории исследование вопроса соблюдения процессуального срока и заинтересованности выходило на первый план⁴.

³ Например, п. 8 ст. 22 Федерального закона от 8 августа 2001 г. № 129-ФЗ «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей» установлено: «исключение юридического лица из единого государственного реестра юридических лиц может быть обжаловано кредиторами или иными лицами, чьи права и законные интересы затрагиваются в связи с исключением юридического лица из единого государственного реестра юридических лиц, в течение года со дня, когда они узнали или должны были узнать о нарушении своих прав».

⁴Так, при оспаривании в рамках ст. 198 АПК РФ заинтересованному лицу, прежде всего, необходимо доказать, что не пропущен трехмесячный срок со дня, когда ему стало известно о нарушении его прав и законных интересов.

Заявление о продлении срока действия исключительного права на изобретение согласно п. 2 ст. 1363 ГК РФ должно быть подано патентообладателем в период действия патента до истечения шести месяцев с даты получения первого разрешения на применение продукта или даты выдачи патента в зависимости от того, какой из этих сроков истекает позднее. Решение о продлении публикуется в Государственном реестре изобретений.

Информация о продлении срока действия исключительного права на изобретение становится общедоступной в период действия основного патента на соответствующее изобретение. На эту дату производители дженериков, потенциально заинтересованные в производстве аналогов продуктов, защищаемых патентом, могут находиться на различных этапах планирования разработки дженерика.

С целью минимального сохранения баланса интересов КС РФ⁵ конкретизировал правовое значение термина *«стало известно»* из ч. 4 ст. 198 АПК РФ: *«Начало течения этого срока определяется в каждом конкретном случае судом на основе установления момента, когда заинтересованное лицо реально узнало о соответствующем нарушении»*.

Поскольку решение Роспатента о продлении патента (выдачи дополнительного патента) может затрагивать интересы третьих лиц, заинтересованных в использовании такого патента, но становится известным им не сразу, а спустя длительное время после его принятия, с такой позицией КС РФ можно только согласиться.

В делах об оспаривании продления патентов критерий *«реального знания о нарушении»* активно применяется судами. Так, заинтересованное лицо может считаться реально узнавшим о нарушении его прав и законных интересов при продлении патента не с даты публикации в Государственном реестре изобретений решения Роспатента о продлении (выдачи дополнительного патента), а когда был предъявлен иск о нарушении

⁴ Постановления Президиума СИП от 7 октября 2019 г. № С01-901/2019 по делу № СИП-744/2018, от 11 марта 2016 г. по делу № СИП-308/2015.

⁵ Определение КС РФ от 2 декабря 2013 г. № 1908-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы общества с ограниченной ответственностью «Строительная компания «Строй-Инвест» на нарушение конституционных прав и свобод положением ч. 4 ст. 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации».

исключительного права⁶ или при подготовке к судебному разбирательству с участием патентообладателя⁷.

Более того, согласно позиции СИП⁸ потенциальный заявитель не обязан систематически отслеживать публичные реестры в сфере объектов интеллектуальной собственности. В ином случае для целей определения срока обжалования решения о продлении патента наличие такой обязанности не соответствовало бы принципу добросовестности. Суды указывают на необходимость и обоснованность применения наиболее широких критериев срока и заинтересованности для поощрения дальнейшей инновационной деятельности⁹.

ПРОТИВОРЕЧИЕ РОССИЙСКОГО И ЕВРАЗИЙСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

Необходимо также обратить внимание на несоответствия российского и евразийского законодательств в этой части.

Согласно ст. 1346 ГК РФ в Российской Федерации равным образом признаются исключительные права на изобретения, удостоверенные как российскими, так и евразийскими патентами. Срок действия и тех и других патентов составляет 20 лет, и в предусмотренных случаях может быть продлен до пяти лет. Однако в части оспаривания продления патентов российское законодательство (ст. 1363 ГК РФ в ранее действовавшей редакции) и евразийское законодательство не совпадали.

Так, оспаривание продления евразийских патентов возможно в любое время после даты публикации сведений о продлении срока действия евразийского патента до даты истечения этого срока. Возражение против продления срока действия евразийского патента в Евразийское ведомство может подать любое лицо¹⁰.

Следовательно, несмотря на предоставление одинакового правового режима российским и евразийским патентам оспаривание продления российских патентов значительно усложнялось за счет заградительных критериев, установленных ст. 198 АПК РФ. В спорах о продлении российских патентов такая правовая коллизия не позволяла в должной мере защитить права и законные интересы заявителей, ставя их в заведомо обременительное положение в сравнении с правообладателями евразийских патентов.

⁶ Решение СИП от 7 февраля 2017 г. по делу № СИП-327/2016.

⁷ Решение СИП от 8 декабря 2014 г. № С01-1193/2014 по делу № СИП-155/2014.

⁸ Решении СИП от 26 июня 2019 г. по делу № СИП 737/2018.

⁹ Определение ВС РФ от 29 января 2015 г. № 300-ЭС14-1301 по делу № СИП-222/2013.

¹⁰ Пункт (7) правила 16 Патентной инструкции к Евразийской патентной конвенции» (Утверждена 1 декабря 1995 г.) (с изм. и доп. от 11–12 апреля 2022 г.).

Такие несоответствия на практике могли привести к тому, что при одновременном продлении российского и евразийского патентов на один и тот же лекарственный препарат возражение об оспаривании продления патента являлось бы допустимым с точки зрения Патентной инструкции к Евразийской патентной конвенции и недопустимым с точки зрения российских законов.

Необходимо также заметить, что критерии для оспаривания продления исключительного права, установленные в РФ, выбивались не только из евразийской, но и из европейской практики. В частности, в Европе применяются более широкие возможности для оспаривания сертификата дополнительной защиты, то есть аналог дополнительного патента (прим. мое. – А. К.): *«Любое лицо вправе подать заявление или возражение об аннулировании сертификата в орган, ответственный по национальному праву за признание патента недействительным»*¹¹.

Таким образом, ранее действовавшее законодательство в какой-то мере нарушало баланс интересов общества и правообладателей патентов на лекарственные средства, пестициды и агрохимикаты, поскольку законность продления срока действия исключительного права (выдачи дополнительного патента) на дополнительные пять лет фактически не могла быть оспорена.

ПОЗИЦИИ КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА РФ И СУДА ПО ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНЫМ ПРАВАМ

Учитывая наличие заградительных критериев для оспаривания продления и противоречие российского и евразийского законодательства, описанная процедура оспаривания продления патентов стала предметом рассмотрения КС РФ.

Так, в ходе рассмотрения кассационной жалобы по делу № СИП-461/2020 Президиум СИП направил в КС РФ запрос о проверке соответствия положений ч. 4 ст. 198 АПК РФ во взаимосвязи с п. 2 ст. 1248, п. 2 и 5 ст. 1363 и п. 2 ст. 1398 ГК РФ Конституции РФ.

В рамках указанного дела заявитель пытался оспорить продление патента на лекарственный препарат, которое было, по его мнению, осуществлено с нарушением п. 2 ст. 1363 ГК РФ. Суд первой инстанции отказал в удовлетворении заявления, придя к выводу, что заявителю стало известно

¹¹ Статья 15 Регламента № 469/2009 Европейского парламента и Совета Европейского Союза от 6 мая 2009 г. «О дополнительных сертификатах охраны для лекарственных средств (кодифицированная версия)» (Вместе с Отмененным Регламентом с перечнем его последовательных изменений..., Корреляционной таблицей) (Страсбург, 6 мая 2009 г.).

о принятии Роспатентом указанного решения более чем за три месяца до момента подачи. Такая осведомленность была обоснована судом косвенными доказательствами (публикации в СМИ, выступление работников заявителя на конференции и т. п.). Тем самым суд ужесточил подход, введя, по сути, презумпцию осведомленности производителя дженерика о факте продления патента оригинатора.

Заявитель, не согласившись с применением судом первой инстанции столь жесткого критерия, в процессе рассмотрения кассационной жалобы в Президиуме СИП обратился с ходатайством о направлении запроса в КС РФ.

По мнению заявителя, установленный ч. 4 ст. 198 АПК РФ трехмесячный срок на судебное оспаривание решения о продлении срока действия исключительного права на изобретение, относящееся к лекарственному средству, пестициду или агрохимикату, по требованию заинтересованного лица во взаимосвязи с положениями ст. 1248, 1363 и 1398 ГК РФ противоречит ч. 1 ст. 19, ч. 1 ст. 34, ч. 1 ст. 45 и ч. 1 ст. 46 Конституции РФ.

КС РФ посчитал запрос СИП не отвечающим критериям допустимости такого рода обращений и отказал в дальнейшем его рассмотрении в заседании КС РФ. В Определении КС РФ¹² указал на отсутствие противоречия между нормами материального и процессуального права, поскольку п. 2 ст. 1248 и п. 2 ст. 1363 ГК РФ не применяются при оспаривании решений Роспатента о продлении патента, а п. 2 ст. 1398 ГК РФ не регулирует вопросы процессуальных сроков на обращение в суд.

Кроме того, КС РФ отметил: *«...в ходе рассмотрения заявления об оспаривании действий Роспатента, связанных с продлением срока действия исключительного права на изобретение, суд не лишен возможности установить на основании фактических обстоятельств дела момент, когда лицу, оспаривающему решения, действия (бездействие) Роспатента, в том числе по продлению срока действия исключительного права на изобретение, стало известно о нарушении его прав, и решить вопрос о соблюдении или пропуске этим лицом процессуального срока обращения в суд»*, по сути, подтвердив свою позицию, изложенную в Определении от 2 декабря 2013 г. № 1908О.

Вывод КС РФ об отсутствии противоречий положения ч. 4 ст. 198 АПК РФ и п.2 ст. 1248, п. 2 ст. 1363 и п. 2 ст. 1398 ГК РФ, конечно, является

¹² Определение КС РФ от 20 июля 2021 г. № 1377-О «По запросу Суда по интеллектуальным правам о проверке конституционности положений части 4 статьи 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации во взаимосвязи с пунктом 2 статьи 1248, пунктами 2 и 5 статьи 1363 и пунктом 2 статьи 1398 Гражданского кодекса Российской Федерации».

спорным, поскольку конкуренция норм материального и процессуального права в данном случае очевидна.

Президиум СИП с учетом Определения КС РФ, безусловно, оставил решение суда первой инстанции в силе, однако впервые сформулировал позицию относительно оспаривания продления патентов (выдачи дополнительного патента).

В Постановлении Президиум СИП¹³ пришел к следующему выводу: *«Правовая охрана в отношении продукта, продленная в нарушение условий абзаца первого пункта 2 статьи 1363 Кодекса, может быть оспорена; по аналогии закона также подлежат применению пункт 1 статьи 6 и подпункт 1 пункта 1 статьи 1398 ГК РФ».*

Президиум СИП отметил также наличие пробела в регулировании данного вопроса и подчеркнул, что его устранение способствует реализации гарантированного ст. 46 Конституции РФ права на судебную защиту.

Кроме того, суд отметил, что, поскольку законом не предусмотрен административный порядок, такое оспаривание должно осуществляться в порядке искового производства. При этом компетентным судом для данной категории споров является СИП.

Следовательно, СИП прямо указал на возможность оспорить в общем судебном порядке сам факт продления исключительного права на изобретение, совершенного в нарушение п. 2 ст. 1363 ГК РФ, а не решения государственного органа (Роспатента) о продлении и, как следствие, применения ст. 198 АПК РФ, сняв тем самым требование о необходимости соблюдения трехмесячного срока при обращении в суд. В свою очередь, суд сохранил необходимость применения критерия заинтересованности по данной категории дел – заявитель, оспаривающий продление патента в рамках искового производства, обязан доказать свою заинтересованность.

Таким образом, по результатам рассмотрения кассационной жалобы по делу № СИП461/2020 СИП, по сути, предусмотрел еще один способ оспаривания продления патентов (выдачи дополнительного патента), перераспределив бремя доказывания в части подтверждения соблюдения срока, предусмотренного ст. 198 АПК РФ.

Принятая позиция СИП была позднее подтверждена в постановлении Президиума СИП от 22 ноября 2021 г. № С01-1219/2021 по делу № СИП-1030/2020. В рамках данного дела суд не просто подтвердил принципиальную возможность использования искового механизма, но и однозначно определил компетенцию национального суда в спорах об оспаривании продления евразийского патента.

¹³ Постановление Президиума СИП от 18 октября 2021 г. по делу № СИП-461/2020.

Поскольку решение по делу об оспаривании продления евразийского патента было принято уже после решения по делу № СИП-461/2020, можно предположить, что выводы по указанному делу прямо повлияли на позицию суда в деле № СИП-1030/2020.

Таким образом, Президиум СИП постановлением по делу № СИП-461/2020 устранил некую неопределенность и наглядно проиллюстрировал необходимость внесения изменений в процедуру оспаривания продления патентов (выдачи дополнительного патента) с целью поиска баланса интересов участников рынка.

НОВАЯ РЕДАКЦИЯ СТ. 1363 ГК РФ

Логическим продолжением рассмотренного постановления Президиума СИП стал Федеральный закон от 7 октября 2022 г. № 386-ФЗ, которым были внесены изменения в п. 5 ст. 1363 ГК РФ.

Изменения предусматривают возможность оспаривания продления срока действия исключительного права на изобретение, относящегося к лекарственному средству, пестициду или агрохимикату, и действия удостоверяющего его дополнительного патента путем подачи возражения в Роспатент в соответствии с порядком, установленным п. 2 ст. 1398 ГК РФ, если были нарушены условия такого продления, предусмотренные п. 2 ст. 1363 ГК РФ.

В случае если продление будет признано недействительным, патент на изобретение прекратит действие по истечении общего срока действия исключительного права (20 лет), а дополнительный патент будет аннулирован.

Таким образом, действующая редакция ст. 1363 ГК РФ прямо предусматривает как возможность оспаривания продления срока действия исключительного права, так и порядок такого оспаривания (п. 2 ст. 1398 ГК РФ). При этом изменения применяются ретроспективно – к дополнительным патентам на изобретение, выданным до даты вступления Закона в силу, и к продлению срока действия патентов на изобретение, выданных до 1 января 2015 г.

В пояснительной записке к законопроекту законодатель прямо указал, что внесение изменений продиктовано имеющимся в законе пробелом, который требует устранения с целью соблюдения гарантий, предусмотренных ст. 46 Конституции РФ, и будет способствовать стабильности гражданского оборота и обеспечению защиты прав обладателей патентов на изобретения и лиц, признанных в установленном законом порядке заинтересованными в оспаривании соответствующих патентов.

Следовательно, новая редакция п. 5 ст. 1363 ГК РФ способствует сохранению баланса интересов общества и патентообладателя, не давая правообладателям незаконно продленных патентов возможность сохранять монополию и ограничивать тем самым вывод аналогов на рынок. Уточнение порядка оспаривания продления патента (выдачи дополнительного патента), совершенного с нарушениями, позволит третьим лицам использовать изобретение после его перехода в общественное достояние, что будет способствовать стабильности гражданского оборота.

ЗАРУБЕЖНАЯ ПРАКТИКА

Стоит отметить, что принятые изменения в целом соответствуют мировой практике, которая в последнее время демонстрировала возрастающий интерес регуляторов, судов и участников рынка к выработке и достижению баланса по вопросу оспаривания продления фармацевтических патентов. Так, европейская практика идет по пути расширения возможностей для оспаривания дополнительных патентов.

В частности, в рамках дела *Абракис Биосайнс v. Генеральный контроллер по патентам*¹⁴ Европейский суд указал, что регистрационное удостоверение на лекарственное средство, представляющее собой новую лекарственную форму уже известного активного вещества, не может рассматриваться в качестве первого разрешения на применение, если ранее уже были получены регистрационные удостоверения на такое активное вещество. Соответственно и срок действия патента, охраняющего такое лекарственное средство, не может быть продлен.

В рамках дела *Сантэн v. Национальный институт промышленной собственности Франции*¹⁵ Европейский суд отметил, что использование известного действующего вещества в рамках нового терапевтического применения, в новой дозировке или лекарственной форме не означает, что возникает новый продукт, в связи с чем продление патента на новый лекарственный препарат не допускается.

По результатам рассмотрения спора между дженериковыми компаниями (*Тева, Люпин и др.*) v. Гилеад Сайенсиз¹⁶ Европейский суд пришел

¹⁴ Решение от 21 марта 2019 г. по делу № C-443/17 // URL: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=212011&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5051162>

¹⁵ Решение от 9 июля 2020 г. по делу № C-673/18 // URL: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=228371&text=&dir=&doclang=EN&part=1&occ=first&mode=DOC&pageIndex=0&cid=8536870>

¹⁶ Решение от 25 июля 2018 г. по делу № C-121/17 // URL: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=204388&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5051162>

к выводу, что продукт, на который выдается свидетельство дополнительной охраны (аналог дополнительного патента), не может считаться охраняемым действующим основным патентом по смыслу ст. 3 (а) Регламента № 469/2009, если он прямо не указан в формуле этого патента или если формула не относится к этому продукту обязательно и конкретно. И, как следствие, продление такого патента невозможно.

Таким образом, Европейский суд, давая толкование норм о продлении срока действия патента, ограничивает возможности правообладателей увеличивать срок законной «монополии», предоставляя дженериковым компаниям возможность выводить их продукты на рынок. Тем самым Европейский суд способствует развитию науки и бизнеса и обеспечивает баланс интересов общества и правообладателей.

Поскольку российское законодательство основывается на тех же нормах международного права, что и европейское, а СИП систематически изучает практику Европейского патентного ведомства и Европейского суда¹⁷, приведенные подходы могут оказать влияние на дальнейшую практику по вопросу продления патентов и в России.

В США регуляторы также придерживаются принципа сохранения баланса интересов общества и правообладателей и ограничивают возможности продления патента. Согласно Закону Хэтча-Ваксмана¹⁸ первостепенное значение в целях продления срока действия патента имеет то, что продукт до введения в оборот или использования был проверен регулятором, и полученное регистрационное удостоверение на него является первым. При этом само право на продление патента неограничено. Так, право на продление срока действия патента на продукт распространяется только на одобренное регулятором использование того или иного продукта. Согласно ст. 37 Свода федеральных законов 1.785 США, если заявления на продление на основании одного продукта подаются в отношении разных патентов, сертификат о продлении выдается по заявлению в отношении патента, имеющего более раннюю дату выдачи, если только сам заявитель не укажет один патент, в отношении которого испрашивается продление¹⁹.

¹⁷ См.: Корнеев В. А. Практика Европейского Суда по вопросу о продлении срока действия патентов на изобретения // Журнал Суда по интеллектуальным правам. Декабрь 2020 г. № 4 (30). С. 4–5.

¹⁸ Art. 35 USA Hatch-Waxman Act.

¹⁹ Multiple Applications for Extension of Term of the Same Patent or of Different Patents for the Same Regulatory Review Period for a Product [R-10.2019] // URL <https://www.uspto.gov/web/offices/pac/mpep/s2761.html>

В соответствии с законодательством Канады свидетельство дополнительной охраны на срок до двух лет может быть выдано в отношении фармацевтических продуктов, охраняемых патентом на изобретение. При этом правообладатель может продлить срок действия только одного патента на изобретение, относящегося к лекарственному средству или комбинации лекарственных средств. Продление срока действия исключительного права возможно только после выдачи уведомления о соответствии в отношении нового лекарственного средства. Лекарственное средство является новым, если оно не было ранее одобрено в Канаде или если оно представляет собой новый вариант ранее одобренного лекарственного средства. Например, полиморфная форма известного лекарственного средства не является новым лекарственным средством для целей продления срока действия патента.

Таким образом, общие подходы теории патентной монополии, а также анализ законов и практик промышленно развитых государств по продлению срока действия патента, относящегося к лекарственному средству, показывают, что дополнительный срок действия исключительного права на фармацевтический препарат призван стимулировать вывод на рынок нового продукта и компенсировать оригинатору временные и финансовые затраты на его клинические испытания²⁰.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

В заключение следует отметить, что изменение процедуры оспаривания продления срока действия исключительного права на фармацевтическое изобретение устраняет прежние пробелы регулирования и способствует сохранению баланса интересов дженериковых компаний и патентообладателей.

²⁰ См.: Залесов А. В. Правовая природа продления монопольного патентного права на лекарственное средство // Патенты и лицензии. 2022. № 6. С. 6–12.

В. С. Витко

ПРАВОВАЯ КВАЛИФИКАЦИЯ ПЕРСОНАЖА «МЕДВЕЖОНОК ТЕДДИ» В СУДЕБНОЙ ПРАКТИКЕ

В предмет доказывания по искам о защите исключительных прав на произведения включается наличие определенного объекта интеллектуальной собственности, принадлежность авторских прав на этот объект истцу, а также незаконное использование объекта ответчиком¹. Немалый, не только практический, но и научный интерес представляет исследование вопроса о том, какие обстоятельства надлежит доказывать в делах о защите исключительного права на части произведений, включая персонажи.

Согласно п. 7 ст. 1259 ГК РФ «авторские права распространяются на часть произведения, на его название, на персонаж произведения, если по своему характеру они могут быть признаны самостоятельным результатом творческого труда автора и отвечают требованиям, установленным пунктом 3 настоящей статьи». Как видно, в понимании п. 7 ст. 1259 ГК РФ персонаж – это часть произведения. Исходя из этого, в требовании о защите исключительного права на персонаж произведения истцу необходимо доказать существование персонажа как части определенного произведения.

Однако нередко суды оставляют без внимания вопрос о том, частью какого именно произведения является спорный персонаж. В качестве примера разберем несколько характерных дел о взыскании компенсации за нарушение исключительного права на персонаж «медвежонок Me To You Tetty Teddy» (далее – медвежонок «Тэтти Тедди»), отличительными чертами которого являются: серая шерсть, серая мордочка, пропорции и характерное расположение его черт, брюшко и типичная сидячая поза, квадратная заплатка на голове справа и квадратная заплатка на животе слева, а также овальная заплатка на каждой задней лапе с восемью декоративными стежками, равномерно распределенными по краям, на одной из которых нанесены слова “Me To You” («Тебе от меня»).

В деле № А43-2921/2016 британская компания Carte Blanche Greetings Limited (далее – истец, компания) обратилась с иском к индивидуальному предпринимателю (далее – ответчик) о взыскании компенсации за нарушение исключительного права на персонаж «медвежонок Тэтти Тедди»².

¹ См.: постановление Суда по интеллектуальным правам от 4 августа 2022 г. № С01-904/2022 по делу № А56-117845/2020.

² Предметом этого, а также ряда других исков компании является также взыскание компенсации за нарушение исключительного авторского права на товарный знак «медвежонок Тэтти Тедди».

Суд первой инстанции установил, что истец является обладателем исключительного права на данный персонаж. Это обстоятельство компания подтверждает в том числе апостилированным affidavitом С. Морт-Хилла, представленным в материалы дела, с нотариальным переводом М. Пол Кэмпс, трудовым договором между компанией «Карт Бланш Гринтингс Лимитед» и С. Морт-Хиллом, экземпляром произведения «Удивительная история Тэтти Тедди»/«Серый мишка с синим носом».

При этом, однако, суд не определил, персонажем какого именно произведения является медвежонок. Можно предположить, что персонажем литературного произведения «Удивительная история Тэтти Тедди» / «Серый мишка с синим носом», экземпляр которого был представлен в качестве одного из доказательств обладания компанией исключительным правом на спорный персонаж. Но одновременно с этим допустимо признать медвежонок персонажем произведения изобразительного искусства, поскольку истец в обоснование требования указывал на то, что мягкая игрушка, реализованная ответчиком, является неправомерным использованием изображения медвежонка. Поэтому суд устанавливал сходство мягкой игрушки с изображением медвежонка.

Кроме того, невыясненным остался вопрос авторства на спорное произведение. Представляется, что выявление автора – с учетом положения п. 3 ст. 1228 ГК РФ, согласно которому «исключительное право на результат интеллектуальной деятельности, созданный творческим трудом, первоначально возникает у его автора. Это право может быть передано автором другому лицу по договору, а также может перейти к другим лицам по иным основаниям, установленным законом», – позволило бы установить правовое основание возникновения у истца исключительного права на спорное произведение. Исходя из этого, не вполне ясно, как суд пришел к выводу о том, что компания является обладателем исключительного права на персонаж «медвежонок Тэтти Тедди»³. Таким образом, разрешая спор о нарушении исключительного права на персонаж, суд первой инстанции не посчитал необходимым установить произведение, частью которого является спорный персонаж⁴.

³ В этом выводе обращает на себя внимание признание судом самостоятельного исключительного права на персонаж «медвежонок Тэтти Тедди». Таковую же позицию занял суд апелляционной инстанции по этому делу, указав на то, при определенных установленных законом условиях персонаж произведения может быть признан объектом авторского права.

⁴ См.: решение Арбитражного суда Нижегородской области от 2 августа 2016 г. по делу № А43-2921/2016.

Суд апелляционной инстанции также оставил без внимания вопрос о том, персонажем какого именно произведения является «медвежонок Тэтти Тедди»⁵. Суд кассационной инстанции, отметив, что истец, обращаясь с иском, указал, что ему принадлежит исключительное право на персонаж литературного произведения – «медвежонок Тэтти Тедди», что подтверждается affidavitом автора иллюстрации произведения С. Морт-Хилла и трудовым договором с ним, признал тем самым медвежонок персонажем литературного произведения⁶.

Примечательным является дело № А08-4620/2015, в котором компания Carte Blanche Greetings Limited заявила требование о взыскании компенсации за нарушение исключительных авторских прав на персонаж литературного произведения с иллюстрациями «Серый мишка с голубым носом? История Ми Ту Ю» – «медвежонок Тэтти Тэдди».

Факт принадлежности истцу авторских прав на персонаж упомянутого литературного произведения с иллюстрациями подтверждается следующими материалами дела. Литературное произведение «Серый мишка с синим носом» (автор Миранда, художник С. Морт-Хилл) издано компанией Carte Blanche Greetings Limited (2003) и содержит иллюстрации персонажа – «медвежонок Тэтти Тедди». Из трудового договора, заключенного между компанией и С. Морт-Хиллом, следует, что в 2000 г. последний был принят на работу в качестве главного художника серии «Тебе от меня» («Me to You»). По условиям договора авторские права на все материалы, созданные художником в связи с исполнением трудовых обязанностей, принадлежат компании. Принимая во внимание, что именно С. Морт-Хилл указан на представленном в материалы дела экземпляре книги «Удивительная история Тэтти Тедди»/«Серый мишка с синим носом»⁷ в качестве автора иллюстраций к этому литературному произведению, а также исходя из презумпции авторства, апелляционный суд пришел к выводу о том, что исключительное право на спорный персонаж принадлежит компании⁸.

Как видим, истцом было заявлено требование о взыскании компенсации за нарушение исключительного права на персонаж литературного

⁵ См.: постановление Первого арбитражного апелляционного суда от 8 декабря 2016 г. по делу № А43-2921/2016.

⁶ См.: постановление СИП от 24 мая 2017 г. № С01-197/2017 по делу № А43-2921/2016.

⁷ В делах, связанных с «медвежонок Тэтти Тедди», литературное произведение называется также «Серый мишка с голубым носом? История Ми Ту Ю», «Серый мишка с синим носом», книга историй «Ми Ту Ю». В материалах дела отмечено, что объем книги составляет 32 страницы.

⁸ См.: постановление Девятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 23 июня 2016 г. по делу № А08-4620/2015.

произведения, автором которого является Миранда. Исходя из этого, установлению должен был подлежать переход исключительного права на литературное произведение от его автора к компании. Однако суды подвергли исследованию возникновение и переход авторских прав на другие произведения – иллюстрации, созданные художником С. Мортгом-Хиллом, являющиеся произведениями изобразительного искусства. При этом предмет иска – взыскание компенсации за нарушение исключительного права на литературное произведение. Возможно предположить, что истец подразумевал взыскание компенсации за нарушение исключительного права на персонаж изобразительных произведений, ошибочно полагая, что иллюстрации к литературному произведению являются неотъемлемыми его частями.

В деле № А40-124997/2017 суды установили, что персонаж «медвежонок Тэтти Тедди» является персонажем серии произведений⁹. При этом, однако, также не было определено, частью какого именно произведения является спорный персонаж¹⁰.

Помимо приведенных дел еще в целом ряде судебных споров по искам компании Carte Blanche Greetings Limited о взыскании компенсации за нарушение исключительных авторских прав на персонаж – «медвежонок Тэтти Тедди» – не был исследован вопрос об установлении произведения, частью которого является спорный персонаж.

Думается, что одной из причин такого подхода является выработанная судами, основанная на нормах п. 1, 3, 7 ст. 1259 ГК РФ устойчивая позиция, согласно которой при определенных установленных законом условиях персонаж произведения может быть признан самостоятельным объектом авторского права. Тем самым несуществующий в законе (ст. 1225 ГК РФ) объект – часть произведения – предлагается считать объектом авторского права. Следствием такого представления о правовой природе персонажа является признание собственного («своего») исключительного права на персонаж. Поэтому, как правило, суды исследуют вопрос об обладании истцом исключительным правом на персонаж, а не на произведение в целом.

⁹ См.: постановление СИП от 11 мая 2018 г. № С01-260/2018 по делу № А40-124997/2017.

¹⁰ Суд первой инстанции указал: «медвежонок Tatty Teddy является популярным произведением, персонажем аудиовизуальных произведений, персонажем различных картинок, открыток, популярной игрушкой, используется в оформлении различных товаров, подлежит правовой охране и как самостоятельное произведение живописи (часть 1 статьи 1259 ГК РФ), и как персонаж различных аудиовизуальных произведений, и как произведение живописи (часть 7 статьи 1259 ГК РФ). В подтверждение данного обстоятельства Истец представляет заверенную копию апостилированного аффидевита Джона Энтони Уиллиса с нотариальным переводом». (См.: решение Арбитражного суда г. Москвы от 21 декабря 2017 г. по делу № А40-124997/17-105-965).

Часто можно видеть, что суды при разрешении споров, связанных с нарушением авторских прав, справедливо указывают на правовую позицию, изложенную в п. 14 Постановления Пленума ВС РФ от 19 июня 2006 г. № 15 «О вопросах, возникших у судов при рассмотрении гражданских дел, связанных с применением законодательства об авторском праве и смежных правах»¹¹, согласно которой ответчик обязан доказать выполнение им требований закона при использовании произведений и (или) объектов смежных прав, а истец должен подтвердить факт принадлежности ему авторского права и (или) смежных прав или права на их защиту, а также факт использования данных прав ответчиком. Полагаю, что совсем не лишним было бы выражение – «истец должен подтвердить факт принадлежности ему авторского права» дополнить словосочетанием «на произведение». Ведь в силу подп. 1 п. 2 ст. 1255 ГК РФ исключительное право возникает на произведение в целом, а не на отдельные его части. В таком случае суды устанавливали бы наличие у истца исключительного права на конкретное произведение, а не на персонаж (хотя, как мы уже отмечали, это является уже сложившейся практикой). Однако нарушено может быть только исключительное право на произведение, даже если незаконно используется не целое произведение, а какая-либо его часть, охраноспособная в смысле п. 7 ст. 1259 ГК РФ. По этой причине обязательной является квалификация спорного персонажа в качестве части определенного произведения.

По моему твердому убеждению, персонаж произведения *de lege lata* не может быть признан самостоятельным объектом авторского права (произведением) с признанием на него отдельных авторских прав¹². По этой причине сложно поддержать точку зрения о возможности квалификации персонажа в качестве самостоятельного объекта права, которая не раз высказывалась как в обширной судебной практике, так и в доктрине. В ее обоснование, например, указывается на то, что «по смыслу п. 95¹³ Постановления Пленума ВС РФ от 23 апреля 2019 г. № 10 исключительное право на использование персонажа возникает только в том случае, если персонаж получил правовую охрану в качестве самостоятельного объекта авторских прав (п. 7 ст. 1259 ГК РФ)... Иными словами, из смысла п. 95

¹¹ Постановление утратило силу с 23 апреля 2019 г. в связи с принятием Постановления Пленума ВС РФ № 10/2019 и по этой причине содержащиеся в нем разъяснения с указанной даты применению не подлежат.

¹² См. об этом подробнее: *Витко В. С.* О квалификации незаконного одновременного использования нескольких частей (персонажей) одного произведения // Копирайт. 2021. № 3. С. 61–79; *Близнец И. А., Витко В. С.* Указ. соч.; *Витко В. С.* Попытка толкования вопросов, возникающих при применении п. 7 ст. 1259 ГК РФ // Хозяйство и право. 2022. № 9. С. 74–105.

¹³ Здесь, полагаем, досадная описка. Скорее всего речь идет о п. 81 Постановления.

Постановления Пленума ВС РФ от 23 апреля 2019 г. № 10 следует, что если персонаж произведения не получил правовую охрану в качестве самостоятельного объекта авторских прав, то он относится к неохраемым элементам произведения, что допускает возможность его использования третьими лицами без согласия правообладателя произведения»¹⁴.

Признавая, что в доктрине авторского права пока не утвердилось общее мнение о юридической природе понятия «часть произведения», позволю себе не согласиться с этим мнением хотя бы потому, что, во-первых, персонаж как часть произведения получает авторско-правовую охрану в момент создания произведения как целого, то есть с момента создания произведения в объективной форме в качестве результата творческого труда¹⁵, – независимо от того, используется он отдельно или в составе произведения как целого. Во-вторых, из требования, сформулированного высшей судебной инстанцией, о том, что «истец должен обосновать, что такой персонаж существует как самостоятельный результат интеллектуальной деятельности» (абз. 2 п. 82 Постановления Пленума ВС РФ от 23 апреля 2019 г. № 10), сомнительно утверждать, что персонаж – это самостоятельный объект авторского права. Хотя нельзя не признать, что к такому выводу подталкивает выражение «самостоятельный результат интеллектуальной деятельности». Прав М. А. Федотов, когда говорит, что, поскольку самостоятельность результата означает отдельность произведения, а самостоятельность творческого труда – отдельность автора, отдельность его творческого вклада, следовало бы использовать другое понятие – «результат самостоятельного творческого труда»¹⁶. Разделяя этот взгляд, считаю, что условие охраноспособности части произведения можно свести к признанию результатом творческого труда автора произведения¹⁷. Исходя из этого, представляется, что смысл абз. 2 п. 82 Постановления Пленума ВС РФ от 23 апреля 2019 г. № 10 заключается в том, что если описание (изображение) действующего лица не является результатом творческого труда, то такое лицо, хотя и является действующим (героем), не признается

¹⁴ Рожкова М. А. Сиквел, приквел, спин-офф и производные произведения // Sequel, prequel, spin-off and derivative works // Закон.ру. 7 сентября 2022 // URL: https://zakon.ru/blog/2022/9/7/sikvel_prikvel_spin-off_i_proizvodnye_proizvedeniya__sequel_prequel_spin-off_and_derivative_works

¹⁵ См. об этом п. 4 Постановления КС РФ от 16 июня 2022 г. № 25-П «По делу о проверке конституционности пункта 3 статьи 1260 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданина А. Е. Мамичева».

¹⁶ См.: Протокол № 29 заседания Научно-консультативного совета при Суде по интеллектуальным правам.

¹⁷ См.: Витко В. С. О содержании пункта 7 статьи 1259 ГК РФ // Патенты и лицензии. Интеллектуальные права. 2021. № 4. С. 29.

персонажем произведения в смысле п. 7 ст. 1259 ГК РФ, и поэтому на него не распространяются авторские права, возникшие на произведение в целом, то есть он не подлежит правовой охране. Итак, по смыслу п. 7 ст. 1259 ГК РФ часть произведения подлежит авторско-правовой охране, когда является результатом творческого труда автора данного произведения. На такую часть произведения распространяются авторские права, возникшие на произведение в целом.

Резюмируя сказанное, считаю возможным сформулировать вывод о том, что поскольку на персонаж, не являющийся самостоятельным объектом авторского права, распространяются авторские права, возникшие на произведение в целом, в спорах о защите исключительного права на персонаж истцу необходимо доказать наличие у него такого права на определенное произведение в целом, частью которого является спорный персонаж (описание, изображение или иное выражение идеи действующего лица произведения, созданное творческим трудом автора данного произведения).

Следует заметить, что по ряду дел СИП сформулировал схожий подход. Так, по одному спору, суд, полагая, что при соблюдении установленных законом условий персонаж произведения может быть признан объектом авторского права, указал, что незаконное использование части произведения (персонажа), даже являющейся самостоятельным объектом гражданского оборота, означает нарушение исключительного права на само произведение, поскольку использование части произведения – это фактически способ использования этого произведения. Поэтому, обращаясь с иском в защиту нарушенных исключительных авторских прав, компании необходимо доказать наличие у нее таких прав на само произведение, персонажем которого является «медвежонок Тэтти Тедди»¹⁸.

Возвращаясь к анализу судебных споров с участием компании Carte Blanche Greetings Limited, хотел бы заметить, что истец, как кажется, не до конца ясно представляет, о персонаже какого именно произведения им заявляются требования о взыскании компенсации за нарушение исключительного права. В качестве примера можно привести дело № А76–1534/2014, в котором, как указал СИП, судом первой и апелляционной инстанций¹⁹ не дана оценка тому обстоятельству, что в исковом заявлении истец ссылаясь на наличие исключительных прав на произве-

¹⁸ См.: постановление СИП от 2 марта 2015 г. по делу № А76-1530/2014.

¹⁹ См.: решение арбитражного суда Челябинской области от 10 июня 2014 г. по делу № А76-1534/2014, постановление Восемнадцатого арбитражного апелляционного суда от 28 августа 2014 г. № 18АП-7995/2014, № 18АП-8335/2014, № 18АП-8609/2014 по делу № А76-1534/2014.

дение изобразительного искусства (открытки) и руководство по корпоративному стилю, а в суде апелляционной инстанции появилась ссылка на совершенно другое произведение – литературное произведение «Серый мишка с синим носом» с иллюстрациями²⁰.

Основываясь на материалах ряда дел, объектом исковых требований которых был спорный «медвежонок Тэтти Тедди», попробую ответить на следующий вопрос: персонажем какого произведения – литературного или изобразительного – может быть признан этот медвежонок?

Начнем с того, что, исходя из понимания под персонажем действующее лицо произведения (литературы или искусства), наделенное автором этого произведения характером, персонаж всегда является частью определенного произведения²¹. Ведь абсурдно говорить о возможности объективного существования части в отсутствие целого. По этой причине не может быть «абстрактного» персонажа, существующего самого по себе, вне какого-либо произведения. Итак, нет произведения – нет и персонажей (частей произведения).

«Медвежонок Тэтти Тедди» может быть признан персонажем литературного произведения, которое в ряде дел носит заглавие «Удивительная история Тэтти Тедди»/ «Серый мишка с синим носом». На экземпляре произведения, изданного компанией в 2003 г., в качестве автора указана Миранда, а автором иллюстраций к нему – С. Морт-Хилл²². В таком случае согласно разъяснению, содержащемуся в п. 82 Постановления Пленума ВС РФ от 23 апреля 2019 г. № 10, «медвежонок Тэтти Тедди» как персонаж литературного произведения – это часть произведения, содержащая описание замысла (характера) медвежонка как действующего лица в письменной форме.

В рассматриваемых случаях литературное произведение может быть использовано в смысле ст. 1270 ГК РФ двумя возможными способами: путем воспроизведения или переработки. Воспроизведение персонажа литературного произведения – это создание экземпляра части литературного произведения, содержащей описание действующего лица, в материальной форме. Тем самым экземпляр медвежонка как персонажа литературного произведения – это материальный объект, к примеру, бумага, в котором отображены фразы и предложения, передающие характерные черты (замысел) медвежонка. Спорная мягкая игрушка, конечно, не представляется воспроизведением (копией) словесного описания «медвежонка Тэтти Тедди».

²⁰ См.: постановление СИП от 15 октября 2014 г. по тому же делу.

²¹ См. об этом: *Витко В. С.* Указ. соч. // *Хозяйство и право*. 2022. № 9. С. 74–105.

²² См.: постановление СИП от 15 октября 2014 г. по делу № А76–1534/2014.

Литературное произведение может быть использовано путем переработки, которая предполагает создание нового (производного) самостоятельного произведения на основе уже существующего. В отсутствие возможности ознакомиться с литературным произведением, содержащим описание «медвежонка Тэтти Тедди», квалификация спорной мягкой игрушки в качестве производного произведения: выражением характерных черт (замысла) медвежонка, первоначально переданных фразами и предложениями (словесной формой), иными выразительными средствами – совокупностью абстрактных плоских и объемных геометрических фигур, образующих объемно-пространственную форму, с закреплением в материале, – представляется невыполнимой²³. Исходя из этого, можно заключить, что предметом иска компании может быть взыскание компенсации за незаконное использование части литературного произведения «Удивительная история Тэтти Тедди» / «Серый мишка с синим носом» – совокупности описаний действующего лица (спорного медвежонка) – путем переработки. Можно заметить, что, как кажется, компания в спорах не заявляла исков о незаконном использовании ответчиками производного произведения, созданного на основе части литературного произведения – описания «медвежонка Тэтти Тедди».

Теперь поставим вопрос о том, можно ли спорного «медвежонка Тэтти Тедди» признать персонажем произведения изобразительного искусства. Для разрешения этого вопроса воспользуемся материалами дела № А76–1534/2014. Из них следует, что в суд апелляционной инстанции истцом был представлен экземпляр литературного произведения «Удивительная история Тэтти Тедди»/«Серый мишка с синим носом» (2003 г., автор – Миранда²⁴), содержащий выполненные художником С. Морт-Хиллом иллюстрации персонажа этого литературного произведения – «медвежонка Тэтти Тедди», характерными признаками которого являются цветное сочетание: серая, серая мордочка с голубым носом, пропорции и характерное расположение его черт, квадратная заплатка на голове справа

²³ В рассказе (сказке) «Серый мишка с голубым носиком», авторство которого приписывается художнику М. Пэйну (Миранда), находим такие черты медвежонка: «серый (седой) мех», «синий нос», «печальный, грустный взгляд», «заплатки». Можно сказать, что «медвежонок Тэтти Тедди» – это медвежонок с печальным взглядом, серой шерсткой, заплатками и синим носом.

²⁴ «Миранда» – это псевдоним художника М. Пейна со времен, когда он работал в Inland Revenue и занимался рисованием поздравительных открыток с медвежонком Тэтти Тедди, подписывая их этим псевдонимом. Кажется странным, что М. Пейн – создатель образа медвежонка Тэтти Тедди – является автором литературного произведения, действующим лицом которого является «медвежонок Тэтти Тедди», иллюстрации к которому, поясняющие замысел медвежонка, нарисованы С. Морт-Хиллом.

и квадратная заплатка на животе слева с декоративными стежками на каждом краю заплатки, а также овальная заплатка на каждой задней лапе с восемью декоративными стежками, равномерно распределенными по краям²⁵. По условиям договора о найме, заключенного между компанией и С. Морт-Хиллом, последний был принят на работу в качестве главного художника – с тем, что авторские права на созданные им произведения серии Ми Ту Ю принадлежат компании. Таким образом, компания является правообладателем произведений изобразительного искусства – иллюстраций персонажа литературного произведения – «медвежонок Тэтти Тедди», то есть рисунков, иллюстрирующих основную идею текста (литературного произведения)²⁶. При этом каждый из рисунков является самостоятельным произведением изобразительного искусства (объектом авторского права), на которое признается отдельное («собственное») исключительное право.

Поддерживая вывод суда о том, что автором иллюстраций к литературному произведению «Удивительная история Тэтти Тедди»/«Серый мишка с синим носом» – изображений «медвежонок Тэтти Тедди» является художник С. Морт-Хилл, нельзя не заметить, что возникли определенные сомнения в том, что автором спорного произведения – рисунка «медвежонок Тэтти Тедди» – является он же. Они обусловлены тем, что образ медвежонок с печальным взглядом, серой шерсткой, заплатками и синим носом был создан еще в 1987 г. художником М. Пейном для поздравительных открыток.

В поддержку сделанного предположения укажем на решение по делу № А76-1530/2014, в котором сказано, что из содержания руководства по использованию корпоративного стиля следует, что серия открыток с участием оригинального и запоминающегося персонажа – «медвежонок Тэтти Тедди» (уникальные особенности – серая шерсть, серая мордочка и т. д.) – создана компанией в 1995 г. Первые иллюстрации для медвежонок Ми ту Ю были созданы для компании ее основным художником М. Пейном и использовались на открытках. С 1995 г. М. Пейном и иными сотрудниками компании (включая художников С. Сивьер и С. Морт-Хилла) в процессе

²⁵ См.: постановление Восемнадцатого арбитражного апелляционного суда от 28 августа 2014 г. № 18АП-7995/2014, № 18АП-8335/2014, № 18АП-8609/2014 по делу № А76-1534/2014.

²⁶ *Ожегов С. И.* Толковый словарь русского языка. С. 208. По моему мнению, в качестве иллюстрации может быть использовано не только произведение изобразительного искусства, например, рисунок, а любое произведение (или его охраняемая часть) науки, литературы и искусства, содержащееся в перечне, приведенном законодателем в п. 1 ст. 1259 ГК РФ. См.: *Витко В. С.* К вопросу разграничения понятий «цитирование» и «иллюстрирование» // Юрист. 2021. № 9. С. 6.

работы с компанией создано множество рисунков и иллюстраций медвежонок Ми ту Ю. Обладателем исключительных прав на существующие рисунки, иллюстрации и персонажи является компания²⁷.

Далее суд, исходя из совокупности представленных в материалы дела доказательств, заключил, что персонаж «медвежонок Тэтти Тедди» создан не позднее 1995 г. и представлял собой в том числе составную часть выпущенных компанией серии открыток и шоколадных оберток. В дальнейшем этот персонаж дорабатывался, в том числе в произведении «Удивительная история Тэтти Тедди» / «Серый мишка с синим носом» (автор Миранда), впервые опубликованном в 2003 г. с иллюстрациями художника С. Морт-Хилла. Кроме того, поскольку именно С. Морт-Хилл указан на представленном в материалы дела образце книги «Серый мишка с синим носом» в качестве автора иллюстраций к этому литературному произведению, именно он признается автором изображения рассматриваемого персонажа – пока не доказано иное, а потому доказательства передачи этим лицом истцу прав на изображенный персонаж (на основании заключенного договора найма) сами по себе являются достаточными для подтверждения исключительных прав истца²⁸.

Итак, вот выводы суда, с которыми следует согласиться: 1) рисунок «медвежонок Тэтти Тедди» создан до 1995 г., автором является М. Пейн (Миранда)²⁹; 2) иллюстрации к литературному произведению, опубликованному в 2003 г., выполнены С. Морт-Хиллом и в силу условий договора о найме принадлежат компании.

Исходя из этого, предметом иска компании может быть требование о взыскании компенсации за нарушение исключительного права на следующие произведения изобразительного искусства: 1) рисунок «медвежонок Тэтти Тедди», созданный М. Пейном в 1987 г.; 2) иллюстрации (рисунки) литературного произведения С. Морт-Хилла, представляющие собой, по всей видимости, переработки рисунка М. Пейна. В таком случае спорные игрушки, распространяемые ответчиками, могут являться переработкой рисунка медвежонок, созданного М. Пейном либо С. Морт-Хиллом. Однако ни по одному делу не был подвергнут исследованию вопрос о том, какое именно произведение изобразительного искусства (рисунок) было переработано ответчиком. Представляется, что в действительности спорный объект иска может составить собой не часть литературного или изобразительного произведения (персонаж), а самостоятельное произведение изобразительного искусства.

²⁷ См.: решение арбитражного суда Челябинской области от 27 мая 2015 г. по делу № А76-1530/2014.

²⁸ Там же.

Резюмируя, в качестве общего вывода можно сформулировать следующее положение.²⁹

В судебных спорах, связанных с нарушением исключительного права на персонаж, без установления конкретного произведения, частью которого является спорный персонаж, не представляется возможным полагать доказанным наличие у истца исключительного права на произведение, распространяющегося на его охраноспособные части, включая персонажей. Поэтому в делах о защите нарушенного исключительного права на произведение в связи с незаконным использованием части этого произведения (персонажа) истец должен доказать наличие у него исключительного права на само произведение, частью которого является спорный персонаж.

Исходя из этого, в предмет доказывания по искам о защите исключительных прав на персонажи как части произведений (литературы или искусства) включаются: 1) установление определенного произведения, частью которого является спорный персонаж; 2) принадлежность истцу исключительного права на это произведение или права на его защиту; а также 3) незаконное использование ответчиком части конкретного произведения (персонажа) определенным способом, в частности, поименованным в п. 2 ст. 1270 ГК РФ.

²⁹ По всей видимости, рисунок «медвежонок Тэтти Тедди» создан М. Пейном в 1987 г.



В. О. Нюняев

АКТУАЛЬНАЯ ПРАКТИКА РАЗРЕШЕНИЯ СПОРОВ О РЕГИСТРАЦИИ ТОВАРНЫХ ЗНАКОВ

СПОРЫ О РАЗЛИЧИТЕЛЬНОЙ СПОСОБНОСТИ ТОВАРНЫХ ЗНАКОВ



Одним из наиболее распространенных оснований для отказа в регистрации и оспаривания товарных знаков является отсутствие их различительной способности. Споры о различительной способности являются одними из наиболее многочисленных. В настоящей работе приводятся заметные в последнее время дела, формирующие правоприменительную практику.

Франчайзинг торговой сети SPAR – ООО «СПАР Миддл Волга» (далее – СПАР) оспорил охраноспособность серии товарных знаков сети пельменных «Лепим и Варим»: ¹²

	– № 586449, зарегистрированного в отношении услуг 43 класса МКТУ ¹ ;
	– № 704806, зарегистрированного в отношении услуг 35 и 43 классов МКТУ ² ;

¹ Решение Роспатента от 29 апреля 2022 г. по заявке № 2015723004/33, принятое по результатам рассмотрения на заседании коллегии Палаты по патентным спорам 14 марта 2022 г. возражения от 14 сентября 2021 г., поданного ООО «СПАР Миддл Волга» против предоставления правовой охраны товарному знаку (знаку обслуживания) // <https://new.fips.ru/SearchPPS/doc?oper=doc&PPSN=64734>

² Решение Роспатента от 29 апреля 2022 г. по заявке № 2018723550/33, принятое по результатам рассмотрения на заседании коллегии Палаты по патентным спорам 14 марта 2022 г. возражения от 14 сентября 2021 г., поданного ООО «СПАР Миддл Волга» против предоставления правовой охраны товарному знаку (знаку обслуживания) // <https://new.fips.ru/SearchPPS/doc?oper=doc&PPSN=64739>

<p>ЛЕПИМ и ВАРИМ Свежие-пельмени</p>	<p>– № 764000, зарегистрированного в отношении услуг 39 и 40 классов МКТУ³;</p>
	<p>– № 764001, зарегистрированного в отношении услуг 39 и 40 классов МКТУ⁴;</p>
	<p>– № 644097, зарегистрированного в отношении услуг 35 класса МКТУ⁵;</p>
<p>ЛЕПИМ и ВАРИМ Свежие-пельмени</p>	<p>– № 644098, зарегистрированного в отношении услуг 35 и 43 классов МКТУ⁶;</p>

³⁴⁵⁶Указанные знаки принадлежат оператору сети пельменных «Лепим и Варим» – ООО ИК «Молодые и красивые».

³ Решение Роспатента от 29 апреля 2022 г. по заявке № 2019730347/33, принятое по результатам рассмотрения на заседании коллегии Палаты по патентным спорам 14 марта 2022 г. возражения от 14 сентября 2021 г., поданного ООО «СПАР Миддл Волга» против предоставления правовой охраны товарному знаку (знаку обслуживания) // <https://new.fips.ru/SearchPPS/doc?oper=doc&PPSN=64736>

⁴ Решение Роспатента от 29 апреля 2022 г. по заявке № 2019730354/33, принятое по результатам рассмотрения на заседании коллегии Палаты по патентным спорам 14 марта 2022 г. возражения от 14 сентября 2021 г., поданного ООО «СПАР Миддл Волга» против предоставления правовой охраны товарному знаку (знаку обслуживания) // <https://new.fips.ru/SearchPPS/doc?oper=doc&PPSN=64737>

⁵ Решение Роспатента от 29 апреля 2022 г. по заявке № 2017705400/33, принятое по результатам рассмотрения на заседании коллегии Палаты по патентным спорам 14 марта 2022 г. возражения от 14 сентября 2021 г., поданного ООО «СПАР Миддл Волга» против предоставления правовой охраны товарному знаку (знаку обслуживания) // <https://new.fips.ru/SearchPPS/doc?oper=doc&PPSN=64738>

⁶ Решение Роспатента от 29 апреля 2022 г. по заявке № 2017705402/33, принятое по результатам рассмотрения на заседании коллегии Палаты по патентным спорам 14 марта 2022 г. возражения от 14 сентября 2021 г., поданного ООО «СПАР Миддл Волга» против предоставления правовой охраны товарному знаку (знаку обслуживания) // <https://new.fips.ru/SearchPPS/doc?oper=doc&PPSN=64735>



ЛЕПИМ • ВАРИМ

При этом самому ООО «СПАР Миддл Волга» принадлежит товарный знак № 829254, зарегистрированный в отношении товаров 29 и 30 классов МКТУ с неохраняемым словесным элементом «Лепим. Варим». Поскольку оба правообладателя реализуют пельмени с использованием слов «Лепим» и «Варим», тот, у кого этот элемент охраняется – ООО ИК «Молодые и красивые» – предъявило СПАР требование о прекращении использования обозначения и выплате компенсации. Это и определило заинтересованность СПАР в признании предоставления правовой охраны товарных знаков ООО ИК «Молодые и красивые» недействительной.

Коллегия Палаты по патентным спорам отказала заявителю и оставила регистрации в силе, мотивируя это тем, что «многозначность анализируемых лексических единиц русского языка («Лепим» и «Варим») приводит к тому, что для установления семантики данных элементов, соединенных между собой союзом «и», среднему российскому потребителю необходимы будут дополнительные рассуждения и домысливания».

СПАР обжаловал данные решения Роспатента и шесть дел (№ СИП-670/2022, № СИП-671/2022, № СИП-673/2022, № СИП-674/2022, № СИП-675/2022, № СИП-676/2022) в соответствии с количеством оспариваемых знаков, которые СИП рассмотрит в ближайшее время.

Дело интересно в связи с необходимостью ответа на вопрос: допустимо ли при неохраноспособности обозначения для товаров (в данном случае пельменей) сохранить их охраноспособность в отношении услуг по их изготовлению (40 класс МКТУ), транспортировке (39 класс МКТУ), рекламе (35 класс МКТУ), предложению их в общественном питании (43 класс МКТУ). В случае, если СПАР удастся доказать, что для услуг, связанных с изготовлением и реализацией пельменей, эти обозначения являются описательными – так же, как они являются описательными непосредственно для пельменей, – он будет иметь возможность оспорить вынесенные против него решения о нарушении знаков по вновь открывшимся обстоятельствам в соответствии с подходом, изложенным в п. 142 Постановления Пленума ВС РФ от 23 апреля 2019 г. № 10.

2. ООО «Альфа» обратилось в Роспатент с заявкой о государственной регистрации словесного товарного знака МЕНДЕЛЕЕВО / MENDELEEVO в отношении широкого перечня товаров 01, 17 классов МКТУ. В результате экспертизы заявки по существу принято решение об отказе в регистрации в связи с тем, что обозначение представляет собой наименование поселка в Московской области и является описательным.

Палата по патентным спорам признала данный вывод необоснованным, поскольку поселок городского типа Менделеево, население которого составляет около 7500 человек, является малоизвестным. Представляется маловероятным, что средний российский потребитель будет ассоциировать данное название именно с данным географическим объектом. Кроме того, словесный элемент «МЕНДЕЛЕЕВО» представляет собой также название иных сел и поселков (население которых также является малочисленным), поэтому для того, чтобы сформулировать описательную характеристику заявленного обозначения «МЕНДЕЛЕЕВО», требуются дополнительные домысливания и рассуждения. Таким образом, заявленное обозначение не противоречит п. 1 ст. 1483 ГК РФ, так как оно имеет несколько значений и не может являться описательным. В связи с тем, что заявленное обозначение не является прямым указанием на конкретное географическое наименование, как было указано в решении Роспатента от 14 ноября 2020 г., оно не может ввести потребителя в заблуждение относительно места нахождения изготовителя товаров 01, 17 классов согласно требованиям подп. 1 п. 3 ст. 1483 ГК РФ⁷.

При этом Палата нашла иное основание для отказа в регистрации обозначения. Входящий в состав заявленного обозначения словесный элемент «МЕНДЕЛЕЕВО» (в транслитерации английского языка «MENDELEEV») воспринимается в качестве производного от фамилии физического лица – Менделеева, вызывает однозначные ассоциации с великим русским химиком Д. И. Менделеевым, что не отрицается заявителем. Регистрация заявленного обозначения испрашивается в отношении товаров 01 класса МКТУ, представляющих собой вещества химические простые, вещества и материалы растительного и животного происхождения, вещества и материалы различного функционального назначения, вещества и материалы для использования в различных отраслях промышленности, вещества и материалы для использования в сельском хозяйстве, садоводстве и лесоводстве, а также в отношении товаров 17 класса МКТУ, которые относятся к средствам и материалам защитным, изоляционным и для уплотнения, к смолам синтетическим, пластмассе и изделиям из них, к латексу и продуктам его обработки/изделиям из латекса, к трубам и арматуре для труб. Коллегия отмечает, что предоставление правовой охраны товарному знаку, включающему словесный элемент «МЕНДЕЛЕЕВО»,

⁷ Решение Роспатента от 26 апреля 2022 г. по заявке № 2020773163, принятое по результатам рассмотрения на заседании коллегии Палаты по патентным спорам 1 апреля 2022 г. возражения от 3 ноября 2021 г., поданного ООО «Альфа» на решение об отказе в государственной регистрации товарного знака (знака обслуживания) // <https://new.fips.ru/SearchPPS/doc?oper=doc&PPSN=64675>.

на имя одного лица, а именно заявителя, в отношении товаров, связанных с химическими веществами и с химическим производством, способна ущемить права третьих лиц в этой же сфере деятельности на использование фамилии «Менделеев», ставшей общественным достоянием, а, следовательно, противоречит общественным интересам. Так, наличие права на товарный знак, включающий словесный элемент «МЕНДЕЛЕЕВО», исключительно у заявителя наделяет его не только возможностью использования этого обозначения при продвижении его деятельности, но и вероятностью запрета иным лицам осуществлять использование этого не обладающего различительной способностью обозначения в аналогичной сфере, связанной с производством продукции химической промышленности. Таким образом коллегия не нашла оснований для удовлетворения возражения и предоставления правовой охраны товарному знаку по заявке №2020773163 как противоречащему требованиям подп. 2 п. 3 ст. 1483 ГК РФ.

В этом деле обнаруживается иная проблема – проблема допустимости ухудшения положения заявителя в результате обжалования решения экспертизы в Палате по патентным спорам. Представляется, что в силу принципа законности и правовой определенности государственный орган должен быть связан его выводами.

3. Общество с ограниченной ответственностью «Инновационная фирма «Марк»», которой принадлежит исключительное право на товарный знак «Офтальмоферон», оспорило решение Роспатента от 7 сентября 2020 г. об отказе в государственной регистрации товарного знака по заявке № 2019722727 (ИНТЕРФЕРОНОПТАЛЬМО)⁸. Роспатент посчитал, что обозначение представляет собой словосочетание двух значимых слов, указывающих на вид белка, используемого в терапевтических целях для сопротивления инфекции, и воспринимается потребителями в таком сочетании как лекарство для глаз, а значит, для части товаров и услуг будет указывать на их вид, назначение и свойство, и таким образом не обладает различительной способностью, тогда как для другой, не имеющей отношения к лечению глаз, – вводит потребителя в заблуждение относительно их вида и назначения.

⁸ Решение Роспатента от 7 сентября 2020 г. по заявке № 2019722727/33, принятое по результатам рассмотрения на заседании коллегии Палаты по патентным спорам 27 августа 2020 г. возражения от 4 июня 2020 г., поданного ООО «Инновационная фирма «Марк»» на решение об отказе в государственной регистрации товарного знака (знака обслуживания) ИНТЕРФЕРОНОПТАЛЬМО // <https://new.fips.ru/SearchPPS/doc?oper=doc&PPSN=60794>

Регистрация испрашивалась в отношении товаров 03-го «продукты косметические и туалетные нелечебные; пасты зубные нелечебные; продукты парфюмерные, масла эфирные», 05-го «изделия фармацевтические, препараты медицинские и ветеринарные; изделия гигиенические для медицинских целей; диетическое питание и вещества для медицинских или ветеринарных целей, детское питание; пищевые добавки для человека и животных; пластыри, перевязочные материалы; материалы для пломбирования зубов и изготовления зубных слепков; дезинфицирующие средства; препараты для уничтожения вредных животных; фунгициды, гербициды», 10-го «приборы и инструменты хирургические, медицинские, стоматологические и ветеринарные» и 4 услуг 35-го реклама; менеджмент в сфере бизнеса; административная деятельность в сфере бизнеса; офисная служба, 44-го «медицинские услуги; ветеринарные услуги; услуги в области гигиены и косметики для людей и животных» классов МКТУ.

Дело рассматривалось в СИП дважды. Решением от 16 марта 2021 г. по делу № СИП-1022/2020 отказ патентного ведомства был признан незаконным, ему надлежало повторно рассмотреть возражение заявителя. Суд указал: то обстоятельство, что слово «ИНТЕРФЕРОН» указывает на вид белка, используемого в терапевтических целях для сопротивления инфекции, вопреки утверждению Роспатента, еще не свидетельствует о том, что слитное написание «ИНТЕРФЕРОНОФТАЛЬМО» представляет собой словосочетание двух значимых слов, воспринимающихся потребителями как лекарство для глаз и не обладает различительной способностью. При этом, как было отмечено, не указал, для каких товаров 03, 05, 10-го и услуг 35, 44-го классов МКТУ, связанных с глазами, словесное обозначение «ИНТЕРФЕРОНОФТАЛЬМО» было признано указывающим на вид, назначение, свойства, а для каких, не имеющих отношения к лечению глаз, – ложным, вводящим потребителя в заблуждение относительно их вида, назначения.

При повторном рассмотрении Роспатент снова отказал в регистрации знака⁹. Он отметил, что смысловое значение заявленного обозначения «ИНТЕРФЕРОНОФТАЛЬМО» в целом указывает на свойства и назначение части заявленных товаров и услуг. Наличие ранней регистрации «ОФТАЛЬМОФЕРОН» на имя заявителя не меняет выводов коллегии, поскольку данное обозначение построено по другому принципу.

⁹ Решение Роспатента от 31 мая 2021 г. по заявке № 2019722727, принятое по результатам рассмотрения на заседании коллегии Палаты по патентным спорам 25 мая 2021 г. возражения от 16 марта 2021 г., поданного ООО «Инновационная фирма «Марк»» на решение об отказе в государственной регистрации товарного знака (знака обслуживания) ИНТЕРФЕРОНОФТАЛЬМО // <https://new.fips.ru/SearchPPS/doc?oper=doc&PPSN=62493>

Суд снова признал решение незаконным (дело № СИП-813/2021), указав, что, руководствуясь примененной административной органом методикой определения смыслового значения спорного обозначения, общий смысл словесного обозначения «ОФТАЛЬМОФЕРОН» устанавливается, исходя из смыслового значения его словесных частей «ОФТАЛЬМО» и «ФЕРОН». Смысловое значение словесной части «ОФТАЛЬМО» очевидно тождественно выявленному Роспатентом значению «относящийся к органу зрения, к зрению». При этом словесная часть «ФЕРОН», хотя и не тождественна словесной части спорного обозначения «ИНТЕРФЕРОН», однако по-прежнему имеет отношение к распространенному типу названия противовирусных лекарственных препаратов, поскольку словесная часть «ферон» происходит от латинского «ferire» – «бить, наносить удар, толкать, т. е. что-то, что борется, в частности, с вирусами». На данное обстоятельство было указано самим Роспатентом в отзыве на заявление по делу. Иными словами, несмотря на отсутствие полного тождества между смысловым значением обозначений «ОФТАЛЬМОФЕРОН» и «ИНТЕРФЕРОНОФТАЛЬМО», тождество заложенных в эти обозначения понятий и идей является очевидным, что не могло быть оставлено административным органом без внимания.

Президиум же СИП, куда с кассационной жалобой на решение суда первой инстанции обратился Роспатент, усмотрел в деле иную очевидность. Он буквально указал следующее: «позиция суда первой инстанции об отсутствии вероятного семантического восприятия потребителями слова «ИНТЕРФЕРОНОФТАЛЬМО» противоречит материалам дела и фактам объективной действительности – при рассмотрении дела суд не вправе отрицать очевидное» и сам принял судебный акт об отказе в удовлетворении требований заявителя.

4. Впервые приведенные категоричные формулировки Президиум СИП использовал в деле № СИП-600/2021, в котором рассматривался спор индивидуального предпринимателя Ибатуллина Азамата Валерьяновича и АО «Эссен продакшн АГ», которому принадлежит находящийся в городе Йошкар-Ола торговый центр с названием YOLKA.

Индивидуальному предпринимателю принадлежит словесный товарный знак 694583 «ЁЛОЧКА» с приоритетом 28 сентября 2007 г., зарегистрированный в отношении услуг 35 класса МКТУ «демонстрация товаров, продвижение товаров [для третьих лиц], распространение образцов» и он оспорил в Палате по патентным спорам Роспатента правовую охрану товарного знака 548809 с приоритетом 24 апреля 2014 г., зарегистрированного

The logo for 'Yolka' features the word in a stylized, multi-colored font. The 'Y' is red, the 'o' is yellow, the 'l' is green, the 'k' is blue, and the 'a' is purple. The letters are bold and sans-serif.

АО «Эссен продакшн АГ» в отношении классов МКТУ: 30 – кондитерские изделия, кофе, чай, какао, хлебобулочные изделия; 35 – продвижение товаров для третьих лиц, включая магазины оптовой и розничной продажи товаров; реклама; менеджмент в сфере бизнеса; административная деятельность в сфере бизнеса; офисная служба.

По мнению А. В. Ибатуллина, указанная регистрация была произведена в нарушение требований п. 6 ст. 1483 ГК РФ, поскольку приведенные обозначения являются сходными до степени смешения. Предприниматель просил о признании предоставления правовой охраны товарному знаку недействительным в отношении услуг 35 класса МКТУ «продвижение товаров для третьих лиц, включая магазины оптовой и розничной продажи; реклама».

Палата по патентным спорам Роспатента не усмотрела сходства обозначений до степени смешения и отказала в признании предоставления правовой охраны товарному знаку недействительной.

СИП Решением от 26 октября 2021 года по делу № СИП-600/2021 отказал в признании решения патентного ведомства недействительным, отметив существенное фонетическое различие сопоставляемых обозначений, указав на то, что товарные знаки существенно отличаются, поскольку характеризуются различным количеством слогов, разным порядком букв и звуков. Судебная коллегия пришла к выводу, что в рассматриваемом случае низкая степень сходства не компенсируется однородностью услуг, для индивидуализации которых зарегистрированы товарные знаки.

Но Президиум СИП отменил решение суда первой инстанции, отправив дело на новое рассмотрение. Он не согласился с судом первой инстанции в том, что товарный знак «Yolka» не является лексической единицей какого-либо языка и не обладает каким-либо самостоятельным значением, поэтому провести анализ по семантическому признаку сходства не представляется возможным. Судьи согласились с А. В. Ибатуллиным, указавшим на наличие семантического значения спорного товарного знака для среднего российского потребителя, поскольку представляет собой транслитерацию слова «ЁЛКА». Буква «ё», – указал Президиум, – имеет латинскую транслитерацию «yo». По мнению Президиума, прочтение спорного товарного знака «YOLKA» как «Й'ОЛКА», то есть точно так же, как читается русское слово «ЁЛКА», является очевидным, а соответственно бесспорно вызывает у рядового потребителя ассоциации именно со словом «ЁЛКА» – независимо от знания таким потребителем иностранных языков. Таким образом, – указал Президиум, – выводы суда первой инстанции об отсутствии вероятного семантического восприятия слова «Yolka»

и об отсутствии у данного слова такого же звучания, что и у слова «ЁЛКА» (с которым предлагается сравнивать противопоставленный товарный знак), противоречат материалам дела и фактам объективной действительности – при рассмотрении дела суд не вправе отрицать очевидное. Методология установления сходства обозначений, примененная судом первой инстанции, основана на отрицании общеизвестных фактов, – указал Президиум, – а любым россиянам, учившимся в начальной школе, известно, что русское слово «ЁЛКА» звучит как «Й’ОЛКА», а, следовательно, так же, как и спорный товарный знак. Помимо этого общеизвестно, что «ёлочка» представляет собой уменьшительно-ласкательную форму слова «ЁЛКА».

При новом рассмотрении дела суд первой инстанции указал, что с учетом выводов Президиума СИП при оценке сходства сравниваемых товарных знаков по фонетическому и семантическому признакам сходства следует сравнивать семантически близкие обозначения «Елка» и «Елочка». Суд отменил акт Роспатента и обязал его повторно рассмотреть возражения предпринимателя.

Вопрос, неизбежно возникающий при анализе данной практики, – не выходит ли Президиум за пределы полномочий суда кассационной инстанции, делая подобные выводы, являющимися суждениями о фактах. Представляется, что основной вопрос, относящийся к фактам в данной категории дел, – это вопрос восприятия спорных обозначений (например, как сходных до степени смешения, как описательных для товаров и услуг, для которых он заявлен, и пр.)

Обозначение воспринимается рядовым потребителем в целом и, если оно оценено как охраноспособное, несмотря на неохраноспособность отдельных элементов или другие их особенности (в том числе соответствие транслитерации, фонетические, семантические, графические характеристики), вызывает сомнения право кассационной инстанции отменять такую общую оценку, основываясь на своей оценке данных особенностей, даже если они общеизвестны.

Поэтому ссылка на п. 30 постановления Пленума ВС РФ от 30 июня 2020 г. № 13 «О применении Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации при рассмотрении дел в арбитражном суде кассационной инстанции», в котором указано, что суд кассационной инстанции при проверке законности судебных актов вправе основывать свои выводы на общеизвестных обстоятельствах, не является убедительной.

Президиум СИП, как правило, следует разделению компетенции суда первой и кассационной инстанции. Так, он оставил в силе противоположные судебные решения по обозначениям «ГПН» (№ СИП-454/2018)

и «GPN» (№ СИП-453/2018), несмотря на очевидность их соответствия друг другу как транслитерации.

Несмотря на отсутствие в делах об оспаривании решений Роспатента апелляционной инстанции, что, безусловно, является недостатком процесса, не следует восполнять его вторжением суда кассационной инстанции в вопросы переоценки фактических обстоятельств.

СПОРЫ ОБ ОБЩЕИЗВЕСТНЫХ ТОВАРНЫХ ЗНАКАХ

Отсутствие универсальных критериев общеизвестности и каких-либо устойчиво сложившихся подходов при рассмотрении Роспатентом заявлений правообладателей о соискании указанного статуса товарных знаков обуславливает довольно небольшое количество таких товарных знаков в соответствующем реестре в России.

Например, такие товарные знаки, как RAFAELLO, УАЗ, RED BULL, добились данного статуса только в результате обжалования первоначальных отказов патентного ведомства.

Долгое время, несмотря на отсутствие у суда ограничений в выборе восстановительной меры при признании незаконными решений государственного органа, СИП не принимал самостоятельных решений о признании тех или иных обозначений общеизвестными товарными знаками, лишь обязывая патентный орган рассмотреть заявление повторно. Впервые такое решение он принял по делу об обозначении «АВИТО», прямо обязав Роспатент включить его в реестр общеизвестных товарных знаков (Решение от 5 декабря 2019 г. по делу № СИП-186/2019).

После этого СИП вынес еще ряд таких решений:

ДОШИРАК – от 27 мая 2020 г. по делу № СИП-1099/2019;

РОЛЛТОН – от 14 августа 2020 г. по делу № СИП-961/2019;

ROCKWOOL – от 22 февраля 2022 г. по делу № СИП-1148/2021;

МЕРКАТОР – от 16 июня 2022 г. по делу № СИП-55/2022;

В других случаях СИП, отменяя решения, отправлял дело на повторное рассмотрение в Роспатент:

RED BULL - решение от 16 декабря 2019 г. по делу N СИП-25/2019;

ОТ МАРТИНА – решение от 30 января 2020 г. по делу N СИП-458/2019;

Общий вид АЗС Газпромнефть – решение от 27 января 2021 г. по делу № СИП-411/2019;

МЕЗИМ – решение от 14 сентября 2022 г. по делу № СИП-230/2022.

Полагаем, что для того, чтобы в целях процессуальной экономии разрешить дело окончательно, определяющей является достаточность доказательств. Так, в деле № СИП-155/2021 в отношении товарного знака «О'КЕЙ» суд первой инстанции отправлял вопрос общеизвестности на

повторное рассмотрение в Роспатенте, по Президиум суда решил, что именно суду надлежит признать товарный знак общеизвестным, изменив решение суда первой инстанции в части избранной восстановительной меры. Президиум учел, что заявление о признании обозначения общеизвестным на территории РФ товарным знаком уже рассматривалось Роспатентом трижды и при каждом новом рассмотрении патентное ведомство выдвигало новые основания для отказа в таком признании. Президиум прямо указал, что такое поведение административного органа не может быть признано допустимым как не соотносящееся с гарантированной ч. 1 ст. 45 Конституции РФ государственной защитой прав. Требование к Роспатенту исследовать самому рассмотренные и оцененные судом обстоятельства и наконец вынести законное и обоснованное решение при его юридической корректности, по существу, нарушает законные ожидания общества «О'КЕЙ» на своевременное надлежащее рассмотрение государством его заявления и принятие по нему решения. Как неоднократно отмечал КС РФ, государство обязано учитывать и законные ожидания.

Можно отметить, что усилившаяся роль СИП в вопросах признания товарных знаков общеизвестными в Российской Федерации привел к изменению практики Роспатента, последний стал удовлетворять такие заявления чаще и несколько смягчил свой консервативный подход к оценке общеизвестности.



Например, Санкт-Петербургское государственное унитарное предприятие «Петербургский метрополитен» добилось в Роспатенте признания приведенного здесь изобразительного обозначения общеизвестным в Российской Федерации знаком обслуживания в отношении услуги 39-го класса «перевозки пассажирские» МКТУ, несмотря на то, что первоначально Роспатент отказал в таком признании и его решение было оставлено в силе СИП (дело № СИП-666/2019). Роспатент, ранее полагавший, что «интенсивное использование обозначения для маркировки услуг 39 класса МКТУ «пассажирские перевозки» ограничено только одним городом – Санкт-Петербургом, что не позволяет сделать обоснованный вывод о том, что это обозначение получило известность на всей территории Российской Федерации в связи с осуществляемой деятельностью по пассажирским перевозкам Петербургского метрополитена» учел позицию СИП, что для целей признания обозначения общеизвестным географический критерий интенсивного использования товарного знака не является определяющим, и знак, используемый только в одном городе, может быть общеизвестным в РФ в целом.

Самым заметным делом в практике применения норм об общеизвестных товарных знаках стало дело о товарном знаке «Песняры» (№ СИП-914/2020), фабула которого заключалась в следующем.

Белорусский государственный ансамбль «Песняры» (далее – Ансамбль) – правообладатель исключительного права на признанный в 2010 г. общеизвестным в Российской Федерации с 1 января 1985 г. товарный знак «Песняры» по свидетельству Российской Федерации № 92 в отношении услуг 41-го класса МКТУ «организация и проведение концертов; шоу-программы», – оспорил словесный товарный знак «ПЕСНЯРЫ» по свидетельству Российской Федерации № 259213, зарегистрированный по заявке № 2003718140 от 19 сентября 2003 г. в отношении товаров 9-го класса МКТУ «аппаратура для записи, передачи, воспроизведения звука или изображений; магнитные носители информации, диски звукозаписи», 16-го класса МКТУ «печатная продукция; фотоснимки; календари; изделия для упаковки бумажные или пластмассовые», 33-го класса МКТУ товаров «алкогольные напитки (за исключением пива)»; услуг 35-го класса МКТУ «менеджмент в сфере бизнеса, в том числе продвижение товаров (для третьих лиц), продажа аукционная, менеджмент в области творческого бизнеса; административная деятельность в сфере бизнеса; офисная служба», 38-го класса МКТУ «вещание телевизионное, вещание телевизионное кабельное, радиовещание, агентства печати новостей, телеконференции (интернет)»; услуг «мюзик-холлы, дискотеки, сочинение музыки, услуги студий записи, издание книг (издательская деятельность), информация по вопросам развлечений, клубы культурно-просветительные и развлекательные, микрофильмирование, монтаж видеозаписей, монтирование теле- и радиопрограмм, организация балов, в том числе организация досугов, организация и проведение мастер-классов (обучение), организация конкурсов учебных и развлекательных, организация лотерей, организация спектаклей (услуги импресарио), передачи развлекательные телевизионные, предоставление оборудования для караоке, представления театрализованные, производство видеофильмов, производство кинофильмов, прокат аудио- и звукозаписей, прокат аудиооборудования, прокат декораций для шоу – программ, публикация текстовых материалов (за исключением рекламных), радиопередачи развлекательные, развлечения, служба новостей, составление шести программ встреч (развлечение), 41-го класса МКТУ «услуги оркестров, услуги по написанию сценариев, фотографирование, фоторепортажи, видеосъемка»; 43-го класса МКТУ «рестораны; кафе; кафетерии; услуги баров; гостиницы; мотели».

Таким образом, Роспатент установил такие квалифицирующие признаки, как сходство сравниваемых товарных знаков, близкая область деятельности владельцев сравниваемых знаков в одном сегменте рынка, однородность товаров и услуг спорного и противопоставляемого товарных знаков. Оценив установленные обстоятельства в совокупности, Роспатент признал спорный товарный знак вводящим потребителей в заблуждение относительно изготовителя товаров (лица, оказывающего услуги), то есть не соответствующим требованиям п. 3 ст. 6 Закона РФ от 23 сентября 1992 г. № 3520-1 «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров» (далее – Закон о товарных знаках) в отношении указанной части товаров 9-го, 16-го классов МКТУ и части услуг 35-го и 41-го классов МКТУ.

Ансамбль просил признать правовую охрану спорного товарного знака недействительной ввиду несоответствия п. 3 ст. 6, п. 1 ст. 7 Закона, а также подп. 4 п. 2 ст. 1512 и п. 3 ст. 1508 ГК РФ.

При рассмотрении дела Ансамбль представил письменные пояснения, в которых заявил об уточнении оснований заявленных требований, исключив доводы о несоответствии оспариваемого решения п. 1 ст. 7 Закона о товарных знаках и дополнительно сославшись на то, что действия общества по приобретению исключительных прав на спорный товарный знак представляют собой злоупотребление правом.

Решением СИП от 9 июля 2021 г. требования ансамбля «Песняры» удовлетворены: решение Роспатента от 23 июля 2020 г признано недействительным в части как не соответствующее нормам п. 3 ст. 1508 и подп. 4 п. 2 ст. 1512 ГК РФ в отношении товаров 9-го класса «аппаратура для записи, передачи, воспроизведения звука или изображений», 16-го класса «изделия для упаковки бумажные или пластмассовые», 33-го класса «алкогольные напитки (за исключением пива)» и услуг 35-го класса «менеджмент в сфере бизнеса, в том числе продвижение товаров (для третьих лиц), продажа аукционная, административная деятельность в сфере бизнеса; офисная служба», 38-го класса «вещание телевизионное, вещание телевизионное кабельное, радиовещание, агентства печати новостей, телеконференции (интернет)», 41-го класса «издание книг (издательская деятельность), организация и проведение мастер-классов (обучение), организация конкурсов учебных, организация лотерей, публикация текстовых материалов (за исключением рекламных), служба новостей, фоторепортажи», 43-го класса «рестораны; кафе; кафетерии; услуги баров; гостиницы; мотели» МКТУ.

СИП применил подп. 4 п. 2 ст. 1512 ГК РФ, согласно которому предоставление правовой охраны товарному знаку может быть оспорено и признано недействительным полностью в течение всего срока действия правовой охраны, если правовая охрана была предоставлена товарному знаку с более поздним приоритетом по отношению к признанному общеизвестным зарегистрированному товарному знаку иного лица, правовая охрана которого осуществляется в соответствии с п. 3 ст. 1508 ГК РФ. В свою очередь, согласно п. 3 ст. 1508 ГК РФ правовая охрана общеизвестного товарного знака распространяется также на товары, неоднородные с теми, в отношении которых он признан общеизвестным, если использование другим лицом этого товарного знака в отношении указанных товаров будет ассоциироваться у потребителей с обладателем исключительного права на общеизвестный товарный знак и может ущемить законные интересы такого обладателя.

Направляя на новое рассмотрение, Президиум СИП исходил из того, что суд первой инстанции в результате неправильного применения норм материального права не исследовал обстоятельства, связанные с признанием общеизвестным товарного знака «Песняры», а именно: являлся ли этот знак, зарегистрированным товарным знаком или обозначением, которое использовалось в качестве товарного знака, не имея правовой охраны на территории Российской Федерации.

В данном деле был поднят целый ряд вопросов правового регулирования общеизвестности товарных знаков. Некоторые из них были при рассмотрении дела в суде кассационной инстанции адресованы авторитетным ученым в сфере правовой охраны средств индивидуализации.

В частности, необходимо было ответить на вопрос о правомерности применения судом первой инстанции к рассматриваемой ситуации норм части четвертой ГК РФ.

Одни ученые (Д. В. Мурзин и Р. И. Ситдикова) полагают, что к спорным правоотношениям применяются соответствующие нормы ГК РФ, поскольку определение оснований оспаривания регистрации товарного знака и возможности признания предоставления правовой охраны недействительным должно осуществляться по законодательству, действующему на момент обращения правообладателя за защитой права. Другие (С. В. Бутенко, Е. А. Войниканис и В. В. Орлова) считают, что в рассматриваемом случае необходимо применять то законодательство, которое действовало на дату подачи заявки на регистрацию спорного товарного знака, то есть Закон о товарных знаках. Президиум СИП согласился с мнением последних.

Исходя из даты приоритета спорного товарного знака (19 сентября 2003 г.), с учетом правила о применении части четвертой ГК РФ только к тем правам и обязанностям, которые возникли после введения ее в действие, п. 27 Постановления Пленума ВС РФ от 23 апреля 2019 г. № 10, применимым законодательством для оценки его охраноспособности является Закон о товарных знаках.

Тот факт, что спорному товарному знаку противопоставлен общеизвестный в Российской Федерации товарный знак по свидетельству Российской Федерации № 92, признанный таковым в 2010 г., т. е. после даты подачи заявки № 2003718140, не может исключать применение изложенного в п. 27 Постановления Пленума ВС РФ от 23 апреля 2019 г. № 10 подхода по определению применимого законодательства. В Определении КС РФ от 19 сентября 2019 г. № 2145-О указано, что приоритет общеизвестного товарного знака устанавливается на дату, самостоятельно указываемую его правообладателем в заявлении о признании товарного знака (используемого в качестве товарного знака (обозначения)) общеизвестным, если на названную дату товарный знак (обозначение) отвечает признакам общеизвестности. Общеизвестность товарного знака (используемого в качестве товарного знака (обозначения)) является фактом объективной действительности и процедура признания такого товарного знака (обозначения) общеизвестным товарным знаком имеет целью подтверждение или опровержение данного факта, а не его возникновение.

Поскольку общеизвестность товарного знака (используемого в качестве товарного знака (обозначения)) является фактом объективной действительности, в случае, если товарный знак (обозначение) признан общеизвестным ранее даты подачи заявки на регистрацию другого сходного с ним товарного знака, возникает презумпция того, что обозначение было известно потребителям ретроспективно. Роспатент лишь констатирует общеизвестность товарного знака с определенной даты вплоть до даты такой констатации.

Факт общеизвестности в Российской Федерации обозначения «Песняры» установлен с 1 января 1985 г., т. е. до даты приоритета спорного товарного знака (19 сентября 2003 г.). Следовательно, обозначение «Песняры» было общеизвестным в Российской Федерации на дату приоритета спорного товарного знака. Таким образом, несмотря на то что общеизвестный в Российской Федерации товарный знак по свидетельству Российской Федерации № 92 признан таковым в 2010 г., то есть в период действия части четвертой ГК РФ, для проверки охраноспособности спорного товарного знака должен применяться Закон о товарных знаках, действовавший на дату приоритета спорного товарного знака.

Этот вопрос существенно важен для разрешения дела в силу следующего. Суд констатировал, что нормы как ГК РФ, так и Закона о товарных знаках, допускают возможность противопоставления регистрируемому товарному знаку общеизвестного товарного знака, признанного таковым хотя и после даты приоритета оспариваемого знака, но ретроспективно. При этом не менее важно то, что такое противопоставление возможно, независимо от того, получили ли статус общеизвестного товарного знака ранее зарегистрированный товарный знак или незарегистрированное обозначение. Но значительное различие в правовых режимах ГК РФ и Закона о товарных знаках заключается в том, что правовая охрана общеизвестного товарного знака в отношении неоднородных товаров в соответствии с положениями абз. 2 п. 2 ст. 19.1 Закона о товарных знаках применяются только в отношении признанного общеизвестным товарным знаком уже зарегистрированного товарного знака. Как подчеркнул Президиум, это с очевидностью следует из соотношения п. 1 и п. 2 ст. 19.1 этого Закона.

При новом рассмотрении дела суд установил, что в качестве общеизвестного товарного знака признано обозначение «Песняры», которое ранее не было зарегистрировано в качестве товарного знака. И поскольку пятилетний срок оспаривания регистрации товарного знака в отношении однородных товаров в соответствии с п. 1 ст. 7 Закона о товарных знаках на дату обращения Ансамбля с возражением против его регистрации истек¹⁰, в данном деле при повторном рассмотрении применены только положения п. 3 ст. 6 Закона о товарных знаках о недопустимости регистрации обозначений, способных ввести в заблуждение относительно товара или его изготовителя.

СПОРЫ О ПРОТИВОПОСТАВЛЕНИИ ЧАСТНЫХ ПРАВ ТРЕТЬИХ ЛИЦ ПРИ РЕГИСТРАЦИИ ТОВАРНЫХ ЗНАКОВ

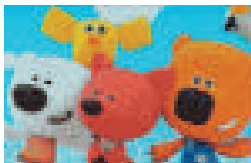
Существенное значение для последующей практики имеет выработанная СИП в отношении невозможности противопоставления прав третьих лиц при применении подп. 1 п. 3 ст. 1483 ГК РФ.

На регистрацию в качестве товарного знака было заявлено обозначение по заявке N 2019729966 в отношении товаров 30-го класса МКТУ.



¹⁰ Примечательно, что в ранее рассмотренном судами споре о противопоставлении товарных знаков «Лошадиная сила» и «Лошадиная доза», в рамках которого по инициативе СИП появилось известное Определение КС РФ от 19 сентября 2019 г. № 2145-О, дата, с которой товарный знак был признан общеизвестным, предшествовал дате приоритета оспариваемого знака всего на два дня.

Роспатент принял решение от 24 марта 2020 г. об отказе в государственной регистрации товарного знака, мотивированное несоответствием заявленного обозначения требованиям подп. 1 п. 3 ст. 1483 ГК РФ, в соответствии с которыми не допускается государственная регистрация в качестве товарных знаков обозначений, представляющих собой или содержащих элементы, являющиеся ложными или способными ввести в заблуждение потребителя относительно товара либо его изготовителя.



Рассмотрев возражение общества, административный орган отказал в его удовлетворении, отметив, что изобразительные элементы спорного обозначения вполне могут быть восприняты именно в качестве изображений персонажей того или иного мультипликационного фильма, а весьма характерные внешние очертания голов круглой формы с перекошенными в сторону ртами обуславливают их сходство в целом с персонажами популярного детского мультсериала «МИМИМИШКИ»¹¹, обладающими точно такими же характерными запоминающимися чертами, акцентирующими на себе внимание¹².

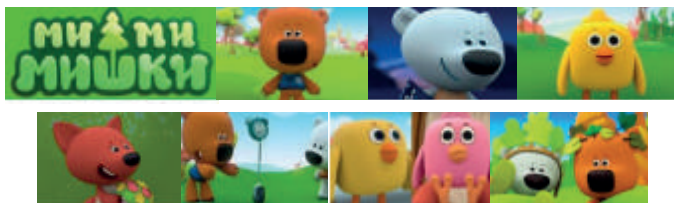
Роспатент также сделал вывод о несоответствии заявленного обозначения требованиям п. 9 ст. 1483 ГК РФ, сочтя, что изобразительные элементы заявленного обозначения являются сходными с персонажами аудиовизуального произведения, являющегося объектом авторского права, в то время как заявителем не были представлены какие-либо документы в подтверждение наличия у него исключительных прав на данное произведение либо согласия правообладателей на регистрацию заявленного обозначения в качестве товарного знака на его имя.

Суд первой инстанции (дело № СИП-607/2021) согласился с выводом административного органа о широкой известности противопоставленного аудиовизуального произведения (ч. 1 ст. 69 АПК РФ), однако отметил, что Роспатент в оспариваемом решении и в процессуальных документах не представил сведения, отражающие ассоциативные связи потребителей.

Самостоятельно оценив спорное обозначение с позиции рядового потребителя товаров 30-го класса МКТУ и сопоставив его с названием и изображением персонажей упомянутого аудиовизуального произведения, приведенным административным органом в оспариваемом решении,

¹¹ <https://mimimishki.net/about>

¹² Решение Роспатента от 15 марта 2021 г. по заявке № 2019729966/33, принятое по результатам рассмотрения на заседании коллегии Палаты по патентным спорам 22 января 2021 г. возражения от 18 июля 2020 г., поданного ООО «Кондитерская фабрика «Виктория». на решение об отказе в государственной регистрации товарного знака (знака обслуживания) КОТОМИШКИ // <https://new.fips.ru/SearchPPS/doc?oper=doc&PPSN=61720>.



включая иные изображения, размещенные в указанном Роспатентом источнике информации, суд первой инстанции пришел к выводу об ошибочности соответствующего вывода Роспатента.

Суд первой инстанции указал также на противоречие закону и материалам дела вывода Роспатента о несоответствии заявленного обозначения подп. 1 п. 9 ст. 1483 ГК РФ. Суд отметил, что предусмотренное названной нормой основание к отклонению притязаний лица на правовую охрану товарного знака является так называемым относительным основанием к отказу в регистрации, защищает сугубо частный интерес правообладателя объекта авторского права и не может применяться без установления факта наличия у определенного лица исключительного права на то или иное произведение творчества, а потому вопрос о его применении не должен решаться в отсутствие на это воли такого правообладателя. Установление факта наличия исключительного права на объект авторского права и других фактических обстоятельств должно происходить в условиях состязательной процедуры рассмотрения спора с предоставлением его сторонам возможности демонстрировать доказательства, заявлять доводы и возражения. Государственный орган не может подменить собой сторону спора. При этом в обсуждаемом деле такое заинтересованное лицо свое возражение не подавало, в административной процедуре не участвовало.

Суд первой инстанции обязал административный орган зарегистрировать спорное обозначение в качестве товарного знака на имя общества.

В кассационной жалобе Роспатент указал, что он вправе был оценить по своей инициативе возможность регистрации обозначения с точки зрения его соответствия нормам подп. 1 п. 9 ст. 1483 ГК РФ, поскольку иное толкование допускает ситуацию, при которой административный орган будет принимать заведомо незаконное решение, нарушающее права добросовестного правообладателя.

Правовая позиция Президиума СИП РФ относительно данного довода Роспатента сводится к тому, что Роспатент не вправе заменять должное доказывание возможности введения спорным обозначением потребителя в заблуждение только на том основании, что оно сходно с персонажами известного мультфильма.

Президиум СИП также резко раскритиковал Роспатент, обратив внимание на то, что норма подп. 1 п. 3 ст. 1483 ГК РФ является абсолютным основанием для отказа в предоставлении правовой охраны товарному знаку (знаку обслуживания), в то время как в решениях административного органа по результатам экспертизы и рассмотрения возражения общества упомянутая норма применена с учетом отсутствия согласия правообладателей объектов авторского права на регистрацию заявленного обозначения в качестве товарного знака (знака обслуживания). Данное обстоятельство свидетельствует об искусственной квалификации обстоятельств, связанных с выявлением препятствующих регистрации обозначения объектов авторского права, в качестве оснований для применения подп. 1 п. 3 ст. 1483 ГК РФ. По сути, административный орган ссылается на то, что на стадии экспертизы он применил нормы подп. 1 п. 3 ст. 1483 ГК РФ, исходя из наличия фильма «МИМИМИШКИ». Вместе с тем фактически это означает, что Роспатент заменил основание, которое он не может проверить на стадии экспертизы (подп. 1 п. 9 ст. 1483 ГК РФ), основанием, проверяемым на стадии экспертизы (подп. 1 п. 3 ст. 1483 ГК РФ). Эксперты административного органа, знающие о том, что они не вправе применять подп. 1 п. 9 ст. 1483 ГК РФ на стадии экспертизы, в том числе обстоятельства, которые охватываются этим подпунктом, искусственно подводят под подп. 1 п. 3 ст. 1483 ГК РФ. Впоследствии на стадии рассмотрения возражения Палата по патентным спорам «переквалифицирует» перечисленные обстоятельства в соответствии с подп. 1 п. 9 ст. 1483 ГК РФ. Президиум СИП полагает невозможным поддерживать очевидно недобросовестные действия государственного органа, которые он совершает в обход закона.

В силу прямого указания п. 1 ст. 1499 ГК РФ в ходе проведения экспертизы проверяется соответствие заявленного обозначения требованиям ст. 1477 и п. 1-7, подп. 3 п. 9 (в части промышленных образцов), п. 10 (в части средств индивидуализации и промышленных образцов) ст. 1483 ГК РФ. Таким образом, на стадии экспертизы Роспатент не проверяет по собственной инициативе соответствие заявленного обозначения требованиям п. 8 и подп. 1 и 2 п. 9 ст. 1483 ГК РФ (по инициативе правообладателя или известного лица такая проверка возможна, но лишь при наличии их обращения (п. 1 ст. 1493 ГК РФ)). Равным образом перечисленные основания не применяются по инициативе административного органа при рассмотрении возражения лица, подавшего заявку, и на стадии оспаривания отказа в государственной регистрации товарного знака. Данная стадия последовательно продолжает стадию регистрации товарного знака. Исключение подп. 1 п. 9 ст. 1483 ГК РФ из числа проверяемых Роспатентом оснований

(и введение в круг оснований, для которых возможен только последующий контроль) – не ошибка законодателя, а следствие того, в чьих интересах установлены соответствующие требования. Норма подп. 1 п. 9 ст. 1483 ГК РФ направлена на защиту частного интереса правообладателя. Роспатент не может защищать этот частный интерес по собственной инициативе.

Н. А. Рошупкин

ВОПРОСЫ ВЗЫСКАНИЯ ПРОТИВОПРАВНОГО ДОХОДА, ПОЛУЧЕННОГО В РЕЗУЛЬТАТЕ НАРУШЕНИЯ ИСКЛЮЧИТЕЛЬНОГО ПРАВА

ГК РФ предусмотрено, что в случае нарушения исключительного права правообладатель применительно к имущественным способам защиты права вправе выбрать либо возмещение убытков, либо взыскание компенсации.

Одно из главных отличий между названными способами защиты в том, что верхняя граница компенсации ограничена:

– либо 5 млн. рублей (если речь идет о способе расчета по п. 1 ст. 1301, п. 1 ст. 1406.1, подп. 1 п. 4 ст. 1515, подп. 1 п. 2 ст. 1537 ГК РФ),

– либо двукратной стоимостью контрафактных изделий (если речь идет о способе расчета по п. 2 ст. 1301, п. 2 ст. 1406.1, подп. 2 п. 4 ст. 1515, подп. 2 п. 2 ст. 1537 ГК РФ),

– либо двукратным размером стоимости предоставления права использования по лицензионному договору (если речь идет о способе расчета по п. 3 ст. 1301, подп. 2 п. 4 ст. 1515 ГК РФ).

В отличие от компенсации, верхняя граница убытков законодателем не ограничена. Теоретически правообладатель вправе возместить все понесенные им убытки, которые в ряде случаев многократно превышают тот или иной размер компенсации. Тем более, что взыскание компенсации как имущественный способ защиты нарушенного исключительного права далеко не всегда является универсальным.

К примеру, если правообладатель не заключал с иными лицами лицензионных договоров, он не может рассчитать компенсацию как двукратный размер стоимости предоставления права использования. Кроме того, даже при наличии у правообладателя лицензионных договоров в рамках судебного процесса неизбежно возникает вопрос о сопоставлении условий лицензионного договора (территория, срок, на который предоставлена лицензия, способы использования) с допущенным нарушением (по тем же критериям) для установления цены, которая обычно взимается «при сравнимых обстоятельствах за правомерное использование» того или иного объекта интеллектуальных прав. Между тем, нередко это становится камнем преткновения, поскольку нередко в лицензионном договоре указано на предоставление права использования на всей территории Российской Федерации любыми способами использования, не запрещенными законом, на всем протяжении срока действия исключительного права,

в то время как нарушение состоялось только на территории одного субъекта Российской Федерации и только одним способом использования (например, посредством введения спорного изделия в гражданский оборот).

Равным образом, не всегда может быть применен такой способ расчета компенсации, как «двукратная стоимость контрафактных товаров», поскольку это предполагает точный и документально подтвержденный объем спорных изделий, в которых незаконно использован тот или иной объект интеллектуальной собственности, в то время как такие сведения по очевидным причинам у правообладателя отсутствуют (возможность же получения данных сведений путем истребования документов в судебном или ином порядке всегда в той или иной мере неопределенна), особенно когда речь идет о рядовых потребительских товарах, закупаемых вне государственных закупок или по иным причинам неотслеживаемых или отслеживаемых со значительными трудностями.

По этой причине правообладатели нередко, выбирая тот или иной способ расчета компенсации, останавливаются на компенсации «по усмотрению суда», то есть в размере «от 10 тыс. руб. до 5 млн. руб.», что далеко не всегда отражает их реальные имущественные потери.

Так, если речь идет о нарушении исключительного права на изобретение, полезную модель или промышленных образец, компенсация согласно ст. 1406.1 ГК РФ может быть рассчитана либо как «от 10 тыс. руб. до 5 млн. руб.», либо как двукратная стоимость предоставления права использования по лицензионному договору, исходя из цены, которая при сравнимых обстоятельствах обычно взимается за правомерное использование соответствующих изобретения, полезной модели, промышленного образца тем способом, который использовал нарушитель.

Как видно, для случаев нарушения исключительного права на изобретение, полезную модель, промышленный образец, законодатель не предусмотрел такого способа расчета компенсации, как двукратная стоимость спорного изделия, в котором использован один из перечисленных объектов патентных прав.

Соответственно правообладатель изобретения, полезной модели или промышленного образца, не заключавший лицензионные договоры, может выбирать из двух имущественных способов защиты исключительного права: или взыскание компенсации в размере «от 10 тыс. руб. до 5 млн. руб.», или возмещение убытков. В случае если максимальный размер компенсации (5 млн. руб.) не соразмерен допущенному нарушению, остается только один вариант – возмещение убытков.

Однако на практике данный способ защиты вряд ли можно назвать эффективным. По моему мнению, норма п. 2 ст. 15 ГК РФ, предусматривающая возмещение убытков в виде упущенной выгоды, является неработающей. Этот тезис будет продемонстрирован на примере судебного дела, в котором правообладателю, уже доказавшему факт нарушения исключительного права на полезную модель, равно как и совершение ответчиком акта недобросовестной конкуренции, было отказано во взыскании убытков.

Отметим, что поскольку нарушение состоялось до 1 января 2015 г. – момента введения в ГК РФ ст. 1406.1¹, – у правообладателя был единственный имущественный способ защиты его права – возмещение причиненных ему убытков, т. е. правообладатель, которому по итогам рассмотрения дела было отказано во взыскании упущенной выгоды, в принципе был лишен права на какое-либо имущественное возмещение при том, что факт правонарушения уже был установлен.

Внимания заслуживает также и тот факт, что в этом деле наблюдалось противостояние правовых позиций СИП и ВС РФ. СИП последовательно поддерживал позицию правообладателя и дважды публиковал на сайте своего журнала краткое резюме по результатам рассмотрения дела в суде кассационной инстанции². ВС РФ занимал иную позицию.

Дело № А34-5796/2016 рассматривалось по существу чуть менее пяти лет (2016–2021 гг.) и дважды прошло два полных «круга» рассмотрения (и на втором «круге» СИП направил его на третий «круг» рассмотрения, но ВС РФ отменил этот судебный акт, оставив в силе решения судов первой и апелляционной инстанций). Таким образом, рассмотрение дела развивалось следующим образом:

- суд первой инстанции: на первом «круге» – отказать в иске полностью; на втором «круге» – отказать в иске полностью;
- суд апелляционной инстанции: на первом «круге» – удовлетворить иск полностью; на втором «круге» – отказать в иске полностью;
- СИП: на первом «круге» – постановление суда апелляционной инстанции оставить в силе; на втором «круге» – судебные акты нижестоящих инстанций отменить, направить дело на новое рассмотрение (то есть на третий «круг» рассмотрения);
- ВС РФ: на первом «круге» – отменить все судебные акты нижестоящих инстанций; на втором «круге» – отменить постановление СИП, оставить в силе судебные акты судов первой и апелляционной инстанций.

¹ Федеральный закон от 12 марта 2014 г. № 35-ФЗ.

² <http://ipcmagazine.ru/news/4013-news2791>; <http://ipcmagazine.ru/news/5719news-4333>

В рамках дела № А34-5796/2016 было предъявлено одно имущественное требование – о взыскании упущенной выгоды за нарушение исключительного права на полезную модель, поскольку к этому моменту в пользу правообладателя по другому делу уже были вынесены судебные акты (дело № А34-5780/2012 о нарушении исключительного права, которое рассматривалось на протяжении четырех лет и также прошло два «круга»), подтвердившие факт нарушения его исключительного права на полезную модель.

Помимо этого в рамках судебных актов по неимущественному иску уже было установлено, что:

– ответчик на протяжении длительного периода времени незаконно использовал полезную модель истца при изготовлении, предложении о продаже, продаже и ином введении в гражданский оборот спорного изделия, а нарушение по своему характеру является существенным;

– спорное изделие было поставлено ответчиком во исполнение как минимум двух договоров поставки;

– объем поставок спорных изделий составил – 470 шт., что в судебном порядке было признано ответчиком;

– сам факт причинения убытков истцу был также был установлен судом.

Кроме того, к моменту инициирования дела о взыскании убытков вступило в законную силу также и решение антимонопольного органа³, которым было установлено **наличие причинно-следственной связи** (здесь и далее выделено мной. – *Н. Р.*) между действиями ответчика по «поставке контрафакта» и убытками правообладателя «путем сокращения потенциальных потребителей, снижения объема продаж и уменьшения прибыли».

Казалось бы, единственный вопрос, который при таких обстоятельствах мог рассматриваться, – это размер упущенной выгоды, поскольку факт и нарушения, и противоправности действий ответчика, и наличие причинно-следственной связи между нарушением и возникновением убытков уже были установлены. Да ответ на него и теоретически не должен был вызывать особых сомнений – ведь иск был заявлен по абз. 2 п. 2 ст. 15 ГК РФ, согласно которому «если лицо, нарушившее право, получило вследствие этого доходы, лицо, право которого нарушено, вправе требовать возмещения наряду с другими убытками упущенной выгоды **в размере не меньшем, чем такие доходы**».

Иными словами, было заявлено требование о взыскании противоправного дохода. Это породило вопрос: что считать доходом? Прибыль ли это

³ Решение Курганского УФАС от 9 декабря 2016 г. № 04-12/6258-9 по делу № АМЗ-41/2016.

(то есть доходы минус затраты на производство изделия) или выручка (то есть увеличение экономических выгод в результате поступления активов (денежных средств, иного имущества))⁴.

Определение дохода как увеличения экономических выгод в большей степени соответствует определению, данному в Положении по бухгалтерскому учету «Доходы организации» ПБУ 9/99. В п. 14 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25 о доходе также говорится как об увеличении имущественной массы, что ближе к термину «выручка».

Однако здесь возникает проблема. Взыскание противоправного дохода регламентировано в качестве упущенной выгоды, а упущенная выгода является убытками. Убытки же, как известно, характеризуются компенсаторной функцией, сводящейся к тому, чтобы было восстановлено имущественное положение кредитора, но не было получено ничего сверх этого, то есть штрафная (карательная функция) должна отсутствовать, а значит, доход как выручка (все полученное от реализации спорных изделий) не соответствует природе убытков.

Такое несоответствие порождает подход: даже если абз. 2 п. 2 ст. 15 ГК РФ – это отдельный способ защиты права, до тех пор, пока законодателем он регламентируется как упущенная выгода, он должен рассчитываться как упущенная выгода. То есть должны быть учтены разумные затраты кредитора, которые он понес бы для получения дохода, если его право не было бы нарушено.

Фактически это означает формулу «доход минус расходы». В рассматриваемом деле такой подход и был поддержан.

На изложенном, если говорить обобщенно, зиждется дискуссия о правовой природе абз. 2 п. 2 ст. 15 ГК РФ.

С одной стороны, это самостоятельный способ защиты права, поскольку по своей диспозиции имеет «штрафную» функцию и функцию превенции правонарушений, но почему в таком случае он помещен в статью об убытках, которые преследуют цель восстановления имущественного положения кредитора, существовавшего до нарушения?

С другой – куда этот способ защиты регламентируется статьей об убытках, а именно пунктом об упущенной выгоде, это и есть упущенная выгода, но тогда в чем отличие от классической упущенной выгоды (обстоятельства, входящие в предмет доказывания, не меняются)?

Попытка «примирить» эти две позиции выразилась в идее том, что норма абз. 2 п. 2 ст. 15 ГК РФ – это способ расчета упущенной выгоды. Однако если это только иной способ расчета, он не должен менять

⁴ Утверждено Приказом Минфина России от 6 мая 1999 г. № 32н.

существо убытков как исключительно компенсаторного способа защиты права, в то время как «противоправный доход» нарушителя эту функцию не обеспечивает.

Противоправный доход может быть значительно меньше упущенной выгоды правообладателя, поскольку классическая упущенная выгода рассчитывается по доходам и затратам кредитора, то есть самого правообладателя. Соответственно, если нарушитель произвел спорное изделие из более дешевых материалов и ввел его в гражданский оборот по цене, меньшей чем оригинальное, правообладатель недополучит упущенную выгоду и его имущественное положение не будет восстановлено. Если же речь идет о высокомаржинальных продуктах, когда затраты невелики, а стоимость во многом зависит от эффективности продвижения товара на рынке (а это практически все ситуации, когда стоимость формируется, исходя из «приобщения к ценностям бренда»), противоправный доход может оказаться выше классической упущенной выгоды правообладателя и тогда правообладатель получит сверх того, что потерял, а упущенная выгода, рассчитанная как противоправный доход, приобретет штрафной характер.

Подобная вариативность, по моему мнению, не позволяет говорить о том, что абз. 2 п. 2 ст. 15 ГК РФ – это способ расчета упущенной выгоды, поскольку всякая норма как часть нормативного правового акта характеризуется тем, что обязательна для неопределенного круга лиц и рассчитана на неоднократное применение (что должно приводить к достижению одной цели, в данном случае – восстановлению имущественного положения, существовавшего до нарушения права).

Постановление Пленума ВС РФ ясность не вносит, поскольку в нем абз. 2 п. 2 ст. 15 ГК РФ лишь цитируется, но не разъясняется.

Полагаю, включение противоправного подхода в абз. 2 п. 2 ст. 15 ГК РФ являет собой не более чем недостаток юридической техники – то, что должно было быть отдельным способом защиты права, было включено в статью об убытках. И даже если не воспринимать его как самостоятельный способ защиты права, а только как способ расчета, то он ближе к способу расчета компенсации, нежели упущенной выгоды.

Тем не менее, именно нахождение «противоправного дохода» в статье об убытках обусловило невозможность его эффективного применения.

К примеру, согласно абз. 1 п. 1 ст. 15 ГК РФ расчет упущенной выгоды осуществляется по формуле: доходы, которые получил бы кредитор, если бы его право не было нарушено, и затраты кредитора, которые он должен был бы понести для получения такого дохода.

В случае с процитированной классической упущенной выгодой все понятно – применительно и к гипотетическим доходам, и гипотетическим расходам, речь идет о доходах и расходах кредитора. Но не нарушителя.

Но как эту формулу применить к взысканию противоправного дохода нарушителя, а точнее, затраты какой стороны необходимо учитывать: кредитора (правообладателя) или должника (нарушителя)?

В деле № А34-5796/2016 ВС РФ, несмотря на то, что иски были заявлены непосредственно по абз. 2 п. 2 ст. 15 ГК РФ, указал: *«при определении размера упущенной выгоды учитываются предпринятые кредитором для ее получения меры и сделанные с этой целью приготовления (пункт 4 статьи 393 ГК РФ)»*.

Но нельзя взять противоправный доход нарушителя, рассчитанный, к примеру, по товарным накладным, оформляющим реализацию контрафактных изделий, и вычесть из него затраты кредитора на производство оригинального изделия. Это и несправедливо, и нелогично, что объясняется следующим.

Во-первых, затраты на производство оригинальных изделий, как правило, выше (любое техническое решение сначала нужно разработать, пройти путь «проб и ошибок», прежде чем внедрить его в серийное производство, в то время как нарушитель такой путь не проходит, а, напротив, все эти этапы «срезает», так как до него его прошел правообладатель).

Во-вторых, абз. 1 п. 2 ст. 15 ГК РФ говорит о доходах и затратах кредитора (не должника). Почему в таком случае применительно к взысканию противоправного дохода по абз. 2 п. 2 ст. 15 ГК РФ что-то должно измениться. Тем более, что диспозиция этой нормы об этом ничего не упоминает, да и судебная практика, в том числе самого ВС РФ, тоже.

В-третьих, некорректно исходить из доходов бизнеса недобросовестного лица (нарушителя) и затрат добросовестного лица (правообладателя). Это несопоставимые условия – нарушитель зачастую имеет возможность реализовывать контрафактные изделия по куда более низкой цене и активно этой возможностью пользуется, поскольку низкая цена контрафактных изделий является одним из основных их преимуществ. Соответственно совокупный противоправный доход нарушителя, формируемый из более низкой цены единиц контрафактных изделий, может быть меньше, чем доход правообладателя от продажи более дорогих оригинальных изделий. При этом правообладатель нередко несет более высокие расходы, связанные с упомянутыми разработкой, испытаниями, модернизацией оригинальных изделий. В конечном итоге это означает, что из сниженного противоправного дохода нарушителя необходимо вычесть более высокие

затраты правообладателя, что делает подобные формулы и способы расчета в корне некорректными.

Это еще одна причина, по которой мне ближе концепция, согласно которой взыскание противоправного дохода – это самостоятельный способ защиты права. Совместить противоправный доход и классическую упущенную выгоду, в том числе именуя противоправный доход способом расчета упущенной выгоды, нельзя – либо противоправный доход нарушителя, из которого по определению не вычитаются ничьи затраты (ни нарушителя, ни кредитора), либо классическая упущенная выгода кредитора, рассчитываемая с учетом затрат кредитора.

Между тем, проблема размера упущенной выгоды и порождаемые ею вопросы о правовой природе рассматриваемого способа защиты в данном конкретном деле не имела столь большого значения для судебных инстанций, отказавших правообладателю в имущественной компенсации за факт совершенного правонарушения.

Как суды первой и апелляционной инстанций, так и ВС РФ, пришли к выводу, что вопрос о размере убытков в сущности можно и не рассматривать, поскольку в любом случае отсутствует причинно-следственная связь (отметим интересный факт: несмотря на это, в суде первой инстанции определение размера убытков на втором «круге» рассмотрения дела осуществлялось на протяжении одного года и трех месяцев, и это без учета того времени, в течение которого дело было приостановлено для проведения судебной экспертизы по определению размера упущенной выгоды).

Вывод об отсутствии причинно-следственной связи был обоснован ссылкой на то, что один договор поставки был заключен в рамках конкурсных процедур и нарушитель по предлагаемой цене был на первом месте (то есть цена изделия нарушителя была наименьшей), в то время как правообладатель по цене его оригинальных изделий оказался на третьем месте, то есть перед правообладателем помимо ответчика было еще одно лицо, а раз так, то даже если бы нарушитель не участвовал в этих процедурах, то с правообладателем все равно не был бы заключен договор (по логике судов он должен был быть заключен с лицом, занявшим второе место). В закупочных же процедурах, предшествовавших заключению второго договора, правообладатель не участвовал.

Не вступая в заочную дискуссию с судами, сделавшими вывод о наличии конкурсных процедур (данный факт оспаривался), отметим, что ни факт участия в каких бы то ни было процедурах, ни вид этих процедур, ни цена оригинального изделия и соотношение ее с ценой контрафактного изделия в принципе не могут влиять и уж тем более определять наличие или

отсутствие убытков, их размер, равно как наличие или отсутствие причинно-следственной связи между нарушением и возникновением убытков у правообладателя.

Однако именно эту позицию постулировал ВС РФ⁵:

«Таким образом, заявляя в настоящем деле требование о взыскании упущенной выгоды ввиду нарушения его исключительного права и связывающая размер упущенной выгоды с заключением ответчиком указанных договоров по результатам конкурсных процедур, истец должен доказать, что им были предприняты необходимые меры для получения дохода и сделаны необходимые для этой цели приготовления, что заключение с ответчиком данных договоров являлось единственным препятствием, свидетельствующим о невозможности получения им дохода, на который он мог рассчитывать».

В первую очередь ВС РФ указал, что возникновение упущенной выгоды правообладатель связал с фактом заключения договоров, по которым впоследствии были поставлены контрафактные изделия.

На всем протяжении спора правообладатель связывал возникновение у него упущенной выгоды не с фактом заключения договоров, а с фактом нарушения его исключительного права. Как в данном конкретном деле, так и в любом другом, правообладателю в сущности безразлично, какие договоры и кем заключаются. Само по себе заключение договора исключительного права не нарушает. Любое лицо, заключившее договор, вправе купить у правообладателя оригинальные изделия и уже затем поставить их по заключенному им договору. Квалификация действий лица как нарушения права обусловлена не заключением договора (если только речь не о нарушении правил проведения закупки, которые, впрочем, к нарушению интеллектуальных прав отношения не имеют), а тем, какие изделия по нему поставлены.

Что касается последовательного предъявления исков, когда сначала предъявляется неимущественный иск, а затем имущественный, у суда, рассматривающего вопрос о взыскании убытков или компенсации, уже есть судебный акт, которым факт нарушения установлен. И в этом судебном акте неизбежно будет указано, что нарушение исключительного права на изобретение, полезную модель или промышленный образец выразилось в тех или иных способах использования, совершенного ответчиком без законных к тому оснований. Способы же использования изобретения, полезной модели или промышленного образца в силу закона предпола-

⁵ Определение Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 13 апреля 2021 г. № 309-ЭС-17-15659 по делу № А34-5796/2016.

гают наличие самого изделия, в котором таковые реализованы, но никак не само по себе заключение договора на поставку изделий в будущем.

Таким образом, упущенная выгода в силу самого нормативного регулирования, регламентирующего использование таких объектов интеллектуальной собственности, как изобретения, полезные модели, промышленные образцы, не может быть связана с фактом заключения того или иного договора. Особенно в ситуации, когда до взыскания убытков или компенсации в пользу правообладателя было вынесено решение, подтвердившее факт нарушения, выразившийся в том или ином способе использования (будь то производство, введение гражданский оборот, применение или иное).

Некоторые авторы, обратившие внимание на судебные акты по данному делу, указывали, что позиция ВС РФ верна, поскольку если перед правообладателем в ходе конкурсных процедур помимо нарушителя было еще какое-то лицо (то есть правообладатель не был на втором месте), то причинно-следственная связь отсутствует.

По изложенным причинам такая позиция, равно как и позиция ВС РФ, представляется как минимум спорной. Особенно в свете того, что сам ВС РФ в своем Определении указывал, что упущенной выгодой правообладатель считает доходы нарушителя, полученным им от реализации спорных изделий (от реализации, а не от заключения договоров поставки), поскольку в таких изделиях без разрешения правообладателя была использована принадлежащая ему полезная модель: *«Убытками в виде упущенной выгоды истец считает доходы ответчика, полученные им от реализации изделий ... по договорам ..., поскольку данные изделия были произведены последним с использованием полезной модели, исключительное право на которую принадлежит обществу “Квант”»*.

Таким образом, даже исходя из законов формальной логики, изложенная позиция не может быть признана обоснованной.

Но даже если не учитывать сказанное, а рассмотреть такой подход по существу, окажется, что он противоречит как самой сущности исключительного права, так и ст. 15 ГК РФ.

Так, ВС РФ указал: *«общество “Квант” [правообладатель. – прим. мое. – Н. Р.] не могло получить доход в заявленном размере в любом случае, поскольку по проведенному конкурсу, предшествовавшему заключению договора от 26.09.2011 № МНХ-0051/12, с ним не мог быть заключен договор ввиду того, что стоимость предлагаемого им товара не являлась наименьшей после заявки ответчика, а в конкурсных процедурах, предшествовавших заключению договора от 20.02.2014 № ОН-0323/14, истец не участвовал...»*.

Как видно из приведенной цитаты, наличие причинно-следственной связи между нарушением и возникновением у правообладателя убытков, ВС РФ связал с двумя фактами: неучастием правообладателя в одной закупке и меньшей стоимостью изделий иных лиц, нежели изделие правообладателя, – в другой. Во-первых, это не соответствует ни абз. 2 п. 2 ст. 15 ГК РФ («противоправный доход»), ни абз. 1 п. 2 ст. 15 ГК РФ (упущенная выгода). Диспозиции названных норм не связывают ни наличие убытков, ни наличие причинно-следственной связи ни с ценой какого бы то ни было изделия, ни с процедурой, в результате которой контрафактное изделие было введено в гражданский оборот.

Во-вторых, подобные обстоятельства противоречат сущности исключительного права. Как известно, согласно ст. 1229, 1358 ГК РФ правообладатель вправе по своему собственному усмотрению распоряжаться исключительным правом, равно как и любым образом использовать результат интеллектуальной деятельности, правообладателем которого он является. Так, правообладатель вправе:

- одновременно выступать и как производитель оригинальных изделий, и непосредственно самому участвовать в закупках, вводя свои изделия в гражданский оборот;
- быть только производителем, то есть вообще не участвовать в закупках, а производить оригинальные изделия по заказу тех лиц, которые заключили или собираются заключить договоры на поставку таких изделий;
- быть исключительно разработчиком технических решений, то есть и не участвовать в закупках, и не производить никакие изделия, а, к примеру, предоставлять право использования его технических решений по лицензионным договорам тем лицам, которые желают такие технические решения производить и/или продавать.

И это лишь некоторые из способов коммерциализации интеллектуальной собственности, которые к тому же могут сочетаться в любых комбинациях. И все они указывают на то, что правообладателю вовсе не обязательно самому производить и/или вводить в гражданский оборот изделия, в которых использованы принадлежащие ему результаты интеллектуальной деятельности. При этом – независимо от способов использования интеллектуальной собственности – правообладатель вправе рассчитывать, что в случае нарушения его исключительного права он сможет взыскать убытки с нарушителя.

Однако в обсуждаемом деле ВС РФ продемонстрировал иной подход, связав причинно-следственную связь с тем, участвовал ли правообладатель в процедурах закупки оригинальных изделий и по какой по сравнению с другими участниками цене.

Фактически процитированная позиция означает, что для того, чтобы взыскать убытки, правообладатель должен:

А) Непосредственно самому участвовать в процедурах закупки изделий, при этом конкретно в той закупке, в которой участвовал нарушитель, – в ином случае, как указывает ВС РФ, «истец не участвовал» в конкурсных процедурах.

На практике это означает также, что правообладатель должен участвовать во всех закупках, которые проводятся, поскольку заранее не известно, когда и где произойдет нарушение.

Б) Предлагать такую цену за свои оригинальные изделия, которая бы была второй после цены, заявленной нарушителем, а иначе, как указывает ВС РФ, «стоимость предлагаемого им [правообладателем – прим. мое. – Н. Р.] товара не являлась наименьшей после заявки ответчика».

Когда речь идет о ситуациях, когда участникам закупочной процедуры не известна стоимость, заявленная другими участниками, правообладателю придется как минимум либо положиться на случай, либо проявить выдающиеся способности прогнозирования.

Это наглядно демонстрирует, насколько описанный подход ВС РФ не соответствует ни сущности исключительного права, ни институту «упущенной выгоды», ни взысканию «противоправного дохода», какова бы ни была его правовая природа.

Но даже если не брать в расчет перечисленные обстоятельства, стоит отметить, что и в этом случае указанная правовая позиция ВС РФ, на мой взгляд, противоречит и позиции СИП, и предшествовавшим подходам самого ВС РФ.

Так, на втором «круге» рассмотрения дела СИП указал: «Нарушение исключительного права истца посредством вывода на рынок контрафактного товара *естественным образом влечет для правообладателя снижение его доходов, соответственно возникновение у правообладателя упущенной выгоды в результате нарушения ответчиком исключительного права является обычным последствием и не требует доказывания*».

Такая позиция СИП основана на подходе ВС РФ, сформулированном в п. 5 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств», согласно которому: «Если возникновение убытков, возмещения которых требует кредитор, является *обычным последствием* допущенного должником нарушения обязательства, то наличие причинной связи между нарушением и доказанными кредитором убытками *предполагается*. Должник,

опровергающий доводы кредитора относительно причинной связи между своим поведением и убытками кредитора, не лишен возможности представить доказательства существования иной причины возникновения этих убытков».

Иными словами, ВС РФ не только указал, что причинно-следственная связь в очевидных случаях должна презюмироваться, но и распределил между сторонами бремя доказывания таким образом, что если последствие нарушения является обычным для того или иного рода нарушений, то уже не кредитор, а должник должен доказывать, что в действительности возникновение убытков не связано с допущенным им нарушением.

Несмотря на то, что позиция СИП соответствовала подходу высшей судебной инстанции, ВС РФ не согласился с тем, что вывод на рынок контрафактной продукции естественным образом влечет убытки правообладателя и между этими явлениями есть причинно-следственная связь: *«Указывая на то, что вывод на рынок контрафактного товара естественным образом влечет для правообладателя снижение его доходов и соответственно возникновение у правообладателя упущенной выгоды в результате нарушения ответчиком исключительного права, суд кассационной инстанции не учел, что данное обстоятельство не является основанием для освобождения правообладателя от доказывания наличия совокупности условий, необходимой для взыскания с лица, которым, по его мнению, нарушены его права и законные интересы, убытков в виде упущенной выгоды».*

При этом, какую еще совокупность условий, необходимых для взыскания с нарушителя упущенной выгоды, имел в виду ВС РФ, не известно, поскольку и факт нарушения, и противоправность действий ответчика, и стоимость контрафактных изделий, и количество этих изделий, и доход, полученный от их реализации по договорам поставки, – все это было установлено и прямо указано в ранее состоявшихся преюдициальных судебных актах.

Учитывая, что в качестве обстоятельств, нивелирующих наличие причинно-следственной связи, ВС РФ указал на то, что правообладатель в одной закупке не участвовал, а в другой предложил такую стоимость, которая не шла сразу же за ценой, предложенной нарушителем, всем правообладателям, по всей видимости, надо как минимум: а) участвовать во всех закупочных процедурах и б) участвовать с ценой, которая шла бы сразу же за ценой изделия нарушителя. Иных способов коммерциализации интеллектуальной собственности, судя по рассматриваемому Определению ВС РФ, не предполагается, что делает беззащитными различные проектные,

инжиниринговые компании и даже университеты технического профиля, которые самостоятельно введением в гражданский оборот не занимаются.

В итоге в данном деле сложилась парадоксальная ситуация – **нарушение исключительного права есть и установлено преюдициальными судебными актами, а убытков у правообладателя нет**. Нет их потому, что:

– введение в оборот контрафактных изделий само по себе не влечет возникновения у правообладателей убытков (по всей видимости правы те нарушители, которые заявляют, что продажа ими контрафактных товаров не то, что не создает у правообладателя имущественных потерь, а, напротив, способствует продвижению оригинальных товаров и способствует росту их популярности);

– если непосредственно сам правообладатель не участвовал в конкретной закупке, значит, он ничего и не потерял;

– если правообладатель, хотя и участвовал в закупке, такая закупка предполагала ранжирование участников (распределение по местам), и правообладатель предложил цену, которая не была второй после цены нарушителя.

Применительно к делам о взыскании убытков за нарушение исключительного права, по моему мнению, в целом нет каких-либо сугубо юридических причин для подобного рода заградительных позиций. Возможно, такая ситуация обусловлена стремлением уберечь российские предприятия от исков крупных иностранных компаний (к примеру, фармацевтических) с многомиллионными требованиями. Но если причины таковы, это имеет мало общего с юриспруденцией.

Но каковы бы ни были причины, в настоящее время успешные дела о взыскании убытков за нарушение исключительного права – явление не частое. Правообладателям в большинстве случаев остается довольствоваться предельными суммами, которые предоставляет тот или иной способ расчета компенсации, и заранее готовиться к нарушению их прав, формируя, к примеру, такую корпоративную структуру, в которой заключались бы реально исполняемые лицензионные договоры.

Если бы взыскание противоправного дохода законодателем было выделено в самостоятельный способ защиты либо противоправный доход позиционировался как способ расчета компенсации, он мог бы быть эффективным инструментом защиты исключительного права, который благодаря уже выработанной судебной практикой критериям для снижения компенсации не превратился бы для недобросовестных истцов в инструмент заработка, а равно и прочих злоупотреблений.

Анализ современного права / IP & Digital Law

Выпуск 19

**ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНЫЕ ПРАВА
В ЦИФРОВУЮ ЭПОХУ:
ИЗБРАННЫЕ АСПЕКТЫ**

Коллективная монография

Редактор *Т. М. Брагинская*
Компьютерная верстка *Б. В. Яблоков*

Подписано в печать 24.08.2023 г.
Формат 60×90/16. Усл. печ. л. 30
Тираж 500 экз. Заказ № 2023-08/ГП

ГАУГН ПРЕСС
e-mail: press@gaugn.ru
<http://press.gaugn.ru>

Отпечатано в соответствии
с предоставленными материалами
в ФГБУ Издательство «Наука»
121099, г. Москва, Шубинский пер., д. 6

ISBN 978-5-6049894-5-6



9 785604 989456

Все права защищены. Никакая часть настоящей книги не может быть воспроизведена или распространена в какой бы то ни было форме и какими бы то ни было средствами, а также размещена в интернете, если на то нет письменного разрешения правообладателя.