

ОХРАНА «ИМИДЖЕВЫХ ПРАВ» В РОССИИ И ЗА РУБЕЖОМ

Аннотация. В статье рассматриваются подходы разных правовых порядков к правовой охране имиджевых прав. Указанный институт достаточно слабо разработан в российской доктрине, устойчивая судебная практика также не сформирована. Автор исследует правовую природу имиджевых прав, а также с учетом опыта зарубежных стран выдвигает предложения по совершенствованию правового регулирования данного института в РФ.

Ключевые слова: имидж, имиджевые права, бренд, товарный знак.

Новым вызовом для отечественного гражданского права стали так называемые имиджевые права, отраженные прямо в законодательстве исключительно как права спортсменов, которые являются объектами интеллектуальной собственности в области физической культуры и спорта¹. Подобный подход представляется чрезмерно ограничительным. Но в то же время возникает вопрос: можно ли говорить о необходимости выделения «имиджевых прав» в качестве особого, самостоятельного объекта правовой охраны? Представляется, что правильный ответ на поставленный вопрос не может быть получен без учета анализа зарубежного опыта.

Примечательно, что первой в мире юрисдикцией, принявшей закон, в котором регламентирован порядок регистрации имиджа², стал Гернси — *The Image Rights Ordinance*³ (далее — Закон Гернси).

¹ Письмо Министерства спорта РФ от 27.07.2017 № ПН-05-10/5493 «Методические рекомендации о направлениях совершенствования правового регулирования прав на результаты интеллектуальной деятельности (включая авторские и смежные права) и средств индивидуализации в области физической культуры и спорта» (СПС «КонсультантПлюс»).

² В оригинальном тексте используется понятие «*image*». Учтявая, что этот термин включает в себя не только изображение, но и ряд других индивидуализирующих лицо свойств, в отношении данного закона будет использоваться именно понятие «имидж» во избежание неопределенности.

³ Guernsey Legal Resources (URL: <http://www.guernseylegalresources.gg/article/6325/Home> (дата обращения: 15.01.2020)).

В Законе Гернси раскрывается сущность понятия «имидж»: это не только изображение человека, но и иные идентифицирующие его признаки – такие как имя, голос, жесты, силуэт, выражения (как письменные, так и устные). При этом закон оставляет данный перечень открытым, допуская возможность отнесения к имиджу и иных признаков. Такой подход позволяет обеспечивать наиболее комплексную и полную защиту имиджевых прав, избегая излишнего формализма.

Еще одним значимым положением Закона Гернси является то, что зарегистрированное право на имидж рассматривается в данной юрисдикции как имущественное право со всеми вытекающими из этого последствиями: права на имидж вследствие этого становятся оборотоспособными и могут переходить и передаваться от лица к лицу для достижения в том числе и коммерческих целей (что актуально, например, для известных футболистов).

Вместе с тем необходимо отметить, что правовой режим «имиджевых» прав существенно различается в разных государствах – нет единства даже относительно их правовой природы. В связи с этим представляется целесообразным выделить два основных вектора развития: проамериканский или «имущественный» подход и проевропейский или «личный» подход. Данные наименования являются в определенной мере условными и предложены автором в целях обеспечения наглядности заключений¹.

«Имущественный» подход

Соединенные Штаты Америки. Избранный в США способ правового регулирования имиджевых прав доказал свою эффективность на практике и считается наиболее прогрессивным в мире: именно в данном государстве рассматриваются дела об охране имиджевых прав знаменитостей международного масштаба. Несмотря на значительное количество возникающих в рассматриваемой сфере споров, судебная практика не является единообразной, а в доктрине по-прежнему не прекращается исследование данной проблематики.

В настоящее время правовая охрана имиджевых прав обеспечивается посредством статутного регулирования отдельных штатов (например, ГК штата Калифорния) либо посредством применения

¹ При этом указанные понятия совсем не означают, что в рамках указанных направлений регулирование в государствах является идентичным: в работе анализируются особенности, свойственные различным правопорядкам.

судами положений общего права. Закрепление указанного статутного регулирования стало лишь отражением наработок научной доктрины и судебной практики.

Так, У. Проссер достаточно подробно проанализировал природу права на публичность, как понятия, включающего в себя отдельные аспекты правовой охраны частной жизни, деликтного права и права собственности¹. Ученый выделил четыре вида нарушений, среди которых для настоящего исследования имеет значение присвоение имени или сходства какого-либо лица в интересах другого лица². При этом автор отметил, что защищаемый в данном случае интерес является имущественным, подчеркнув: «представляется совершенно бессмысленным спорить о том, следует ли такое право классифицировать как «собственность». Если это не так, то это, по крайней мере, когда оно защищено законом, право ценности, на котором истец может заработать, продавая лицензию»³. Право на публичность не тождественно праву на неприкосновенность частной жизни и представляет собой самостоятельную правовую категорию: оно призвано защищать финансовые интересы лиц в использовании их имиджа (схожая идея положена в основу охраны товарных знаков), в отличие от права на неприкосновенность частной жизни, направленного на охрану «эмоциональных» интересов⁴.

Нью-Йорк стал первым штатом, который признал необходимость охраны имиджевых прав, что было отражено в § 50–51 *Civil rights law*⁵. Вплоть до 1995 г. статут предусматривал охрану только имени и изображения (портрета), т.е. не распространялся на охрану иных индивидуализирующих личность свойств, а также не создавал право, которое могло бы переходить наследникам после смерти лица.

Неэффективность подобного подхода наиболее четко обозначена судом в деле *White v. Samsung Electronics*: «Узкое правило, которое

¹ Prosser, William L. Privacy. California Law Review, vol. 48, no. 3, August 1960, p. 389 (URL: <https://home.heinonline.org/> (дата обращения: 16.01.2020)).

² Интересен тот факт, что в большинстве проанализированных судебных решений содержатся ссылки на данную работу, что в очередной раз доказывает ее значение для американской практики.

³ Prosser, William L. Op. cit. P. 406.

⁴ *Ventura v. Titan Sports, Inc.* Такой же подход был отражен в делах *McFarland v. E K Corp.*, *Uhlaender v. Henricksen.*, *Cain v. State Farm Mut.*, *Hendrickson V. California Newspapers, Inc.* (1975), *Werner v. Times-Mirror Co.* (1961); *Kelly v. Johnson Publishing Co.* (1958) (URL: <https://casetext.com/> (дата обращения: 16.01.2020)).

⁵ New York consolidated laws services. Civil rights law (URL: <https://rightofpublicity.com/statutes/new-york> (дата обращения: 16.01.2020)).

гласит, что право на публичность может быть нарушено только посредством использования девяти различных методов присвоения идентичности, просто бросает вызов умной рекламной стратегии, чтобы придумать десятый»¹. В настоящее время § 51 данного статута предусматривает ответственность в виде возмещения убытков за несанкционированное использование не только имени или изображения, но также голоса.

Штат Калифорния в данном отношении является более прогрессивным: согласно § 3344 ГК штата Калифорния правовая охрана изначально распространялась не только на имя и изображение лица, но и на его голос и подпись. При этом минимальный размер ответственности составляет 750 долл. либо реальный ущерб, а также любые доходы от несанкционированного использования, которые относятся к использованию и не учитываются при расчете фактического ущерба. Указанные права подлежат охране, в том числе после смерти лица (независимо от того, использовало ли лицо при жизни в коммерческих целях свой имидж), но только в течение 70 лет.

В штате Флорида согласно § 540.08 *Florida statutes* правовая охрана также распространяется не только на имя, но и на любые иные сходства, однако срок охраны существенно меньше, чем в Калифорнии, и составляет 40 лет после смерти лица².

Указанными выше обстоятельствами обусловлено разнообразие судебной практики в данной области: в юридической литературе отмечается, что исход дел по охране указанных прав зависел от «колеса фортуны», поскольку одно и то же требование может быть удовлетворено в Калифорнии, но отклонено в Нью-Йорке³. Другой причиной расхождения судебной практики является применение разных тестов, призванных разрешить конфликт между интересами общества, охраняемыми провозгласившей свободу слова и прессы Первой поправ-

¹ *White v. Samsung Electronics*. В данном деле ответчик создал робота, который по манере движения и общему впечатлению напоминал истца — знаменитость. При вынесении решения суд указал, что право на публичность не ограничивается присвоением буквального имени или сходства, но также включает в себя общую «идентичность» человека (URL: <https://www.lexisnexis.com/community/casebrief/p/casebrief-white-v-samsung-elecs-am-inc> (дата обращения: 16.01.2020)).

² 2019 Florida Statutes (URL: <https://www.flsenate.gov/Laws/Statutes/2020/Chapter540> (дата обращения: 18.01.2020)).

³ *Jacoby, D.* (2006). Image rights, rights of privacy opportunities and limitation: legal overview from us perspective. *Convergence*, 2 (1), p. 20 (URL: https://www.schiffhardin.com/Templates/Media/files/archive/binary/jacoby-image_rights.pdf (дата обращения: 18.01.2020)).

кой к Конституции США¹, и интересами знаменитостей. Судебной практикой было разработано несколько ключевых подходов², которые представляется верным раскрыть подробнее.

1. Обращение к доктрине *fair use*, или «трансформирующий тест» (штат Калифорния).

Данный тест возник благодаря заимствованию из авторского права элемента известного *fair use test*, а именно, цели и характера использования: необходимо определить, является ли работа «преобразующей», т.е. создающей нечто сущностно новое либо же это просто дополнение к известному ранее образу. Об эффективности данного теста свидетельствует то, что он применялся в целом ряде дел звезд мировой величины, имидж которых использовался в различных формах.

Так, в деле *Hart v. Elec. Arts, Inc.* известный футболист судился с компанией EA за то, что его внешность и биографию использовали в игре. В итоге суд постановил, что возможность изменять внешность героя в игре сама по себе не свидетельствует о трансформирующем характере использования имиджа спортсмена³.

В деле *Winter v. DC Comics*. образ двух братьев-истцов был использован без их согласия в комиксах в виде полуплющей-полумонстров. Суд встал на защиту ответчика, отметив, что создание нового облика в виде полукровки (человек и монстр), принимая во внимание также широкую сюжетную линию, очевидно, является чем-то существенно преобразующим⁴. Это решение критикуется в связи с колебаниями суда относительно необходимости оценки иных критериев *fair use test*, а именно, экономического фактора: отвергая потребность в учете

¹ Практически все имиджевые споры в США построены на поиске баланса между Первой поправкой к Конституции США и интересами отдельных лиц. Данный вопрос длительное время являлся дискуссионным в доктрине, поскольку многие ученые придерживались подхода, исключающего возможность знаменитостей контролировать использование их имиджа в принципе.

² *Rosenthal Kwall, Roberta*. The Right of Publicity vs. The First Amendment: A Property and Liability Rule Analysis. 70 Indiana Law Journal 47 (1994), p. 4 (URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=849745(дата обращения: 18.01.2020)).

³ *Hart v. Elec. Arts, Inc.* (URL: <https://www.lexisnexis.com/community/casebrief/p/casebrief-hart-v-elec-arts-inc> (дата обращения: 16.01.2020)). Примечательно, что в данном деле было также особое мнение судьи, который не согласился с позицией коллег и отметил, что нельзя недооценивать значительность усилий, приложенных создателями игры: видеоряд, эффекты и реалистичная анимация позволяют говорить о достаточном трансформирующем характере.

⁴ *Winter v. DC Comics* (URL: <https://www.lexisnexis.com/community/casebrief/p/casebrief-winter-v-dc-comics> (дата обращения: 16.01.2020)).

влияния действий ответчика на рынок, суд тем не менее обращает внимание на то, что покупатели изображений братьев *Winter* сочтут их крайне «неудовлетворительными»¹.

В американской доктрине калифорнийский тест активно критикуется. Во-первых, он не предлагает никаких критериев «преобразующего» характера: пародия является наиболее очевидным проявлением, но в иных ситуациях неясно, чем руководствоваться².

Во-вторых, нет единства мнений относительно допустимости применения норм авторского права к защите имиджа. Основные аргументы сторонников сводятся к тому, что вовлечение в оборот как объектов интеллектуальных прав, так и права на публичность, имеет схожий экономический эффект: интеллектуальные права, так же, как и права, связанные с личностью (например, право контролировать использование изображения), закрепляются за товарами таким образом, что их нельзя снять, как обременение. Более того, лицо может по собственной воле предоставлять лицензию на использование, например изображения, подобно обладателю интеллектуальных прав. Обе доктрины имеют своей целью предотвратить несанкционированное использование имущественных прав. Закрепление права на публичность в контексте интеллектуальных прав признавало экономические инвестиции в личность знаменитости, придавая им коммерческую ценность³. Противники данного подхода ссылались на то, что объектом права на публичность являются не созданные творческим трудом человека продукты, а сама по себе личность⁴. Также отмечалось, что Закон об авторском праве предназначен скорее для защиты материальных, а не личных интересов: экономическая компенсация для владельца авторских прав, который может быть или не быть создателем произведения, превозносится над компенсацией за личные права создателей в их произведениях. Право на публичность же носит сугубо личный характер, что отмечалось также в судебной практике⁵.

¹ *Peles, Gil.* (2004). The right of publicity gone wild. *UCLA Entertainment Law Review*, 11 (2), p. 316.

² *Ibid.*

³ *Schwenzer, I., Hachem, P., Kee, Ch.* Part VII Obligations of the Seller, 33 *Industrial and Intellectual Property Rights. Product: International Commercial Law [ICML]* Published in print: 26 January 2012 ISBN: 9780199572984.

⁴ *Hart v. Elec. Arts, Inc.* (URL: <https://www.lexisnexis.com/community/casebrief/p/casbrief-hart-v-elec-arts-inc> (дата обращения: 16.01.2020)).

⁵ В деле *Midler v. Ford Motor Company*, в котором суд пришел к выводу, что несанкционированное присвоение голоса певицы Бетт Мидлер в коммерческих целях пред-

2. Тест «на связанность» (штат Флорида).

В штате Флорида был разработан тест «на связанность» (*relatedness*): действия не являются нарушением права на публичность до тех пор, пока использование имиджа лица осуществляется в связанной с ним продукции, если же такая связь отсутствует и имеет место реклама, то право на публичность подлежит защите.

В деле *Bosley v. WildWetT.com* истица, бывшая ведущая новостей в штате Огайо (приобретшая региональную известность), будучи в отпуске, приняла участие в конкурсе мокрых маек, что было заснято ответчиком и размещено на сайте товаров (игрушки для взрослых). В данном случае суд встал на сторону потерпевшей и обратил внимание на то, что изображение истицы использовалось, в частности, в рекламных целях, что повлекло увеличение прибыли ответчика¹.

G. Peles отмечает, что преимущество теста «на связанность» заключается в том, что он устраняет проблему чрезвычайно широкого усмотрения суда, свойственную калифорнийскому тесту, согласно которому суду приходится каждый раз определять, достаточно ли было преобразование образа. Однако есть и недостатки: недобросовестные предприниматели часто создают внутренне не утилитарные продукты, для использования имиджа в которых не нужно получать лицензию (например, копилка с изображением Тома Круза может продаваться как статуэтка или плакат с Бредом Питтом, как произведение искусства, изображающее знаменитость)². Судам придется каждый раз устанавливать, является ли продукт двойного назначения связанным продуктом в конкретном деле.

3. Тест Роджерс (штат Нью-Йорк).

В деле *Rogers v. Grimaldi* известная актриса подала иск против создателей фильма, название которого содержало имя ее и ее коллеги, вводящее, по мнению знаменитости, публику в заблуждение и создающее дополнительную рекламу фильму. В целях разрешения спора было обращено внимание на законодательство о товарных знаках: согласно разделу 43 (а) Закона Ланхем лицо подлежит ответственности, если оно использует любое слово в коммерческих целях вводящим в заблуждение публику образом³. Поскольку в конкретном споре на-

ставляет собой деликт, суд отметил, что хотя ее голос не защищен авторским правом, он тем более нуждается в охране в силу особо личного характера объекта.

¹ *Bosley v. WildWetT.com* (URL: <https://casetext.com/> (дата обращения: 16.01.2020)).

² *Peles, Gil*. Op. cit., p. 321.

³ <https://www.bitlaw.com/source/15usc/1125.html> (16.01.2020).

звание кинокартины было достаточно тесно связано со сценарием фильма, а сам сюжет не имел никакого отношения к истцу, суд встал на сторону ответчика.

Главным недостатком данного теста является ограниченность его применения: если в отношении названия произведения мы можем им воспользоваться, то он абсолютно непригоден применительно к общему содержанию произведения или иным формам, в которых используется имидж знаменитости. Данная позиция была подтверждена в уже упоминавшемся ранее деле *Hart v. Elec. Arts, Inc.*: «Право на публичность является более широким и, следовательно, защищает более широкий круг имущественных интересов. Таким образом, было бы неразумно для нас принимать тест, который так тесно связан с традиционными принципами товарных знаков¹.

Таким образом, выработанные в судебной практике США тесты не являются универсальными, в связи с чем доктрина по-прежнему находится в поиске наиболее оптимального теста для охраны имиджевых прав. Полагаем, что данный факт нельзя отнести к недостаткам американского подхода, поскольку столь большое разнообразие подходов свидетельствует лишь о попытках индивидуально подходить к каждому спору и разработать наилучший подход. В целом же очевидно, что американская практика единодушно признала имущественный характер имиджевых прав. При этом важно отметить, что распространение режима права собственности на объект имиджа является не столько осознанным догматическим решением, сколько признанным наиболее эффективным подходом для целей практики, что отмечается как в указанной выше работе Проссера, так и в судебных решениях. Полагаем, что такой подход просто не может не стать предметом массовых дискуссий, но при этом нельзя отрицать, что он доказал свою эффективность.

Великобритания. В Соединенном Королевстве, в отличие от США, отсутствуют специальные положения законодательства, направленные на обеспечение охраны имиджевых прав: английские суды все чаще расширяют границы существующих прав, чтобы найти баланс между конкурирующими интересами и признать коммерческую ценность имиджевых прав. На практике имиджевые права защищаются следующими средствами: доктрина *passing off*, защита неприкосновенности частной жизни, правовая охрана товарных знаков.

¹ *Hart v. Elec. Arts, Inc.* (URL: <https://www.lexisnexis.com/community/casebrief/p/casbrief-hart-v-elec-arts-inc> (дата обращения: 16.01.2020)).

Сущность доктрины *passing off* («коммерция под чужим именем») заключается в том, что защита предоставляется лицу в случаях, когда будет доказано сразу несколько факторов: наличие репутации у истца (*goodwill*), факт искажения в глазах потребителей (введения в заблуждение относительно наличия одобрения истца), а также факт причинения или возникновения угрозы причинения материального ущерба репутации или бизнесу.

Данная доктрина была эффективно применена в деле *Fenty & Ors v. Arcadia Group Brands Ltd. & Anor*: известная певица Риана подала иск против магазина, который производил футболки с изображением знаменитости. Маркетинговая политика магазина в целом была направлена на создание у потребителей ассоциации с певицей: ранее магазин проводил конкурс среди покупателей, главным призом в котором была возможность лично встретиться с Рианой, также знаменитость один раз посещала магазин, что впоследствии было активно отражено ответчиком в СМИ. Суд отметил: «...порок не в использовании образа Рианы, а в том, что такое использование вызвало искажение...»¹. Недостаток доктрины — в узкой сфере ее применения: она не подлежит применению, если нет факта введения в заблуждение потребителей (*Fenty & Ors v. Arcadia Group Brands Ltd. & Anor*).

Иным механизмом, который позволяет предоставить правовую охрану имиджу знаменитости, является возможность зарегистрировать элементы последнего в качестве товарного знака: охрана в данном случае обеспечивается посредством § 14–16 *Trade Marks Act 1994*². Однако сложности в данном случае возникают, прежде всего, на стадии регистрации, поскольку для того, чтобы известное имя могло претендовать на регистрацию товарного знака, имя знаменитости должно рассматриваться публикой как указание на происхождение, а не просто как указание на предмет. Из этого следует, что знаменитость должна стремиться создать в глазах потребителей товарный знак как идентификатор источника, а не как общее название для своих товаров и (или) услуг.

В деле *Douglas v. Hello* знаменитая супружеская пара Дуглас обратилась с иском к издательству журнала, опубликовавшему фотографии со свадьбы пары, хотя право на публикацию фотографий с мероприятия было предоставлено только журналу *Ok!*. В данном случае суд

¹ *Fenty & Ors v. Arcadia Group Brands Ltd. & Anor* (URL: <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2015/01/fenty-others-v-arcadia-others1.pdf> (дата обращения: 18.01.2020)).

² *Trade Marks Act 1994* (URL: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1994/26/section/15> (дата обращения: 16.01.2020)).

истолковал действия ответчика как нарушение права на неприкосновенность частной жизни, отметив отсутствие потребности в создании новой «ортодоксальной» формы интеллектуальной собственности, информация в данном случае подлежит защите вследствие того, что она обладает коммерческой ценностью, что предоставляет возможность истцам налагать на других обязательства по ее нераспространению. Недостаток заключается в том, что данный механизм не используется тогда, когда не содержится «частной информации». Очень показательный пример приводит Блэк: производитель пива использует изображение празднующего победу спортсмена. В данном случае, в отличие от предыдущего дела, нельзя говорить о нарушении конфиденциальности, поскольку снимок был сделан на публичном мероприятии, свадьба Дугласов же была закрытым мероприятием, доступ на которое разрешался только по приглашениям, а гости предупреждались заранее о запрете на фото и видеосъемку¹.

Таким образом, несмотря на то, что Великобритания так же, как и США, относится к странам общего права, подход к правовой охране имиджевых прав существенно отличается: применяемые в Соединенном Королевстве механизмы не способны обеспечить всестороннюю защиту, являются «точечными» и, как следствие, неэффективными.

Личный подход

В отличие от представителей общего права, государства континентально-правовой семьи не рассматривают персону в качестве разновидности имущества, осуществляя правовую охрану имиджевых прав в рамках охраны прав личности.

Германия (монистическая модель)

Необходимость обеспечивать правовую охрану имиджевых прав исторически вытекала из положений § 1 и 2 Конституции Германии. Нормативной основой для охраны имиджевых прав в Германии сегодня являются § 12 ГГУ, запрещающий несанкционированное использование имени другого лица, и § 22 *Kunsturheberrechtsgesetz (Act on Copyright in Works of Visual Arts of 1907 – KUG)*, согласно которому портрет человека

¹ *Black, G. Publicity and image rights in scots law // EdinburghLawReview, 2010, 14 (3), p. 370 (URL: https://www.pure.ed.ac.uk/ws/files/8145309/Publicity_and_image_rights_in_Scots_law.pdf (дата обращения: 16.01.2020)).*

может быть выставлен или распространен только с согласия изображенного лица¹. В 1954 г. *Bundesgerichtshof* (Федеральный Верховный суд — *BGH*) постановил, что названные права дополняются «общим правом личности» (*allgemeines Persönlichkeitsrecht*), которое защищает все аспекты личности (как нематериальные, так и экономические) от нарушений. Охрана обеспечивается преимущественно в рамках доктрины свободы личности в ее частной жизни: в случае если указанное право нарушается другими лицами, потерпевший может предъявить требование о возмещении убытков, либо же из неосновательного обогащения, а также вправе требовать компенсацию.

Поскольку «общее право личности» было разработано в судебной практике и не закреплено прямо в законодательстве, оно не имеет четких границ, поэтому бывает достаточно трудно подобрать необходимый набор оснований для предъявления иска². В немецкой доктрине ведется спор относительно эффективности такого подхода: с одной стороны, столь расплывчатое понятие дает простор и гибкость судам, с другой — слишком большое поле для субъективизма.

Представленную в Германии модель называют монистической, поскольку германская доктрина не выделяет в общем праве личности экономический (как следствие, допустимый в оборот) и нематериальный (неотчуждаемое личное право) аспекты, рассматривая право личности как единое целое. Однако это не означает, что суды отрицают наличие материальной заинтересованности в использовании собственного имиджа. В одном из дел наследница актрисы *Марлен Дитрих* предъявила иск против автора мюзикла о жизни актрисы, который не только продавал товары, используя образ знаменитости, но еще разрешил изготовителю автомобилей производить особую модель под названием «Марлен». Суд в данном случае констатировал, что право на имидж — это гибридное право, защищающее как неэкономические, так и экономические интересы³.

Большинство ученых объясняет возможность предоставлять иным лицам право использовать элементы имиджа посредством теории

¹ Согласно § 22 *KUG* согласие считается полученным, если изображенное лицо получило вознаграждение. Если же его больше нет в живых, то согласие родственников может быть получено в течение 10 лет после смерти (к родственникам относятся супруги, дети, а если их нет, то родители).

² *Beverly-Smith, H., Ohly, A., Lucas-Schloetter, A. Privacy, Property and Personality*, Cambridge 2005, p. 65 (URL: <https://home.heinonline.org/> (дата обращения: 17.01.2020)).

³ *Marlene Dietrich Case BGH 1 ZR 49/97* (URL: <https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=726> (дата обращения: 17.01.2020)).

лицензирования: она в наименьшей мере ограничивает интересы лицензиара, поскольку может быть отозвана в исключительных обстоятельствах и строго ограничена разрешенными действиями. Природа лицензии схожа с лицензиями в авторском праве: как и авторские права, права личности не могут быть присвоены в полном объеме, объем лицензии определяется целью соглашения, передача прав из лицензии третьему лицу допускается только с согласия лицензиара, кроме того, лицензия может быть изменена в случае перемены взглядов лица¹.

Отдельные элементы имиджа также регистрируют в качестве товарных знаков: немецкий Закон о товарных знаках (*Markengesetz*) распространяется, в том числе, на незарегистрированные товарные знаки и другие отличительные знаки. Таким образом, имидж может охраняться не только вследствие регистрации товарного знака, но и вследствие его фактического использования, что повлекло его узнаваемость (§ 4 *MarkenG*)². Однако в научной литературе отмечается, что наиболее эффективным способом охраны имиджевых прав по-прежнему является охрана в рамках доктрины общего права личности, поскольку законодательство о товарных знаках имеет более узкую функцию, а именно: указание происхождения товара³.

При анализе использования чужого имени проводится трехступенчатый текст: использование идентичного или сходного названия, вызывающее риск путаницы, является неоправданным, приводит к нарушению интересов истца. Кроме того, стоит отметить, что правовая охрана не ограничивается только изображением или именем знаменитости — она распространяется и на иные индивидуализирующие свойства лица (например, его голос)⁴.

На практике в Германии возникают трудности в выборе наиболее подходящего иска. Но одним из наиболее распространенных является предъявление иска из неосновательного обогащения.

¹ *Beverley-Smith, H., Ohly, A., Lucas-Schloetter, A. Op. cit, p. 132–134.*

² Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen (Markengesetz – MarkenG) (URL: https://www.gesetze-im-internet.de/markeng/_4.html (дата обращения: 17.01.2020)).

³ *Peifer. Individualität im Zivilrecht (2001), 294 et seq. Цит. по: Beverley-Smith, H., Ohly, A., Lucas-Schloetter, A. Op. cit., p. 124.*

⁴ В деле OLG Hamburg GRUR 1989, 666 – *Heinz Erhardt* типичный стиль и голос Хайнца Эрхарда, известного комика, был использован в рекламе. Суд констатировал, что это дело аналогично несанкционированному использованию имени или портрета другого лица.

Так, в 1956 г. актер *Пауль Дальке*, фотографии которого были представлены в рекламе без его согласия, выиграл иск о неосновательном обогащении. Суд отметил, что средства правовой защиты, доступные для нарушения прав интеллектуальной собственности, также доступны в случаях несанкционированного коммерческого использования личных изображений или имен. Таким образом, истец может выбирать между ущербом, рассчитанным на основе упущенной выгоды, разумной лицензионной платой или возмещением прибыли, полученной в результате нарушения¹.

Однако иск о взыскании неосновательного обогащения не является панацеей, поскольку такое требование подлежит удовлетворению только в том случае, если правообладатель был бы готов дать лицензию на использование своего имиджа, но ответчик несанкционированно использовал последний. Иными словами, в случаях, если ответчик использовал имидж знаменитости, например, в рекламе оружия (когда очевидно, что знаменитость не дала бы свое согласие на использование имиджа в подобной рекламе), иск о неосновательном обогащении будет невозможен. Например, в деле знаменитости Катерины Валенте, имя которой было использовано в рекламе крема для вставных зубов, наследники не смогли доказать наличие оснований для такого иска, поскольку потребителям было очевидно, что знаменитость не могла одобрить такую рекламу, поскольку уже умерла².

На практике суды в некоторых случаях отступают от указанного принципа. В деле *Oscar Fontaine* суд отметил, что отсутствие намерения истца на выдачу лицензии на совершение определенных действий с использованием элементов его имиджа (в данном случае подавший в отставку министр был изображен в рекламе сатирического характера, высмеивающей данное событие) не является препятствием для удовлетворения иска о взыскании неосновательного обогащения, поскольку ответчик осуществлял коммерческое использование изображения, следовательно, придавал ему экономическую ценность³. Данную точку зрения разделяют в доктрине: достаточно гипотетической возможности

¹ *Beverley-Smith, H., Ohly, A., Lucas-Schloetter, A.* Op. cit., p. 102.

² В данном случае отмечается, что рационально было бы расширить подход по аналогии с *Article 5 (2) EC Trade Marks Directive*, согласно которой не допускается использование товарного знака, даже если и не приводящее к путанице, но наносящее ущерб репутации знака.

³ *I ZR 182/04* (URL: <https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=1502> (дата обращения: 17.01.2020)).

предоставить лицензию истцом, но совсем не обязательно учитывать его реальное субъективное намерение сделать это¹.

В деле *Gentleman show-jumper* (“*Herrenreiter*”) фотография известного спортсмена была использована в рекламе препарата для повышения потенции без согласия последнего². Суд отметил, что в данном случае несправедливо присуждать в пользу истца сумму, рассчитанную на основе среднего лицензионного сбора, по указанным выше причинам. Однако было установлено, что истец, не понеся материальных потерь, защищал скорее свой нематериальный интерес, в связи с чем ему была присуждена значительная компенсация на основе применения § 847 ГГУ по аналогии³. Такой подход критикуется в немецкой доктрине, поскольку присужденные посредством данного механизма суммы обычно являются произвольными и менее значительными, чем присуждаемые в случае удовлетворения требования из неосновательного обогащения.

Таким образом, охрана имиджа в Германии осуществляется преимущественно в рамках общего права личности, иными словами, немецкая доктрина придерживается монистической концепции, не расщепляя общее право личности на несколько элементов⁴. Но судебная практика при этом не отрицает наличие экономического аспекта в данном праве. Отсутствие специального законодательного регулирования исключает возможность применения особых способов защиты, вследствие чего суды пытаются адаптировать уже известные институты для охраны имиджа, сталкиваясь при этом с обозначенными выше трудностями.

Франция (дуалистический подход)

Французское законодательство не признает прав двойного характера, защищающих как экономические, так и нематериальные интересы, т.е. имущественное право обладателя имиджа отделено от нематериальных прав⁵. Применение доктрины *Droit à l’image*, охраняющей

¹ *Beverley-Smith, H., Ohly, A., Lucas-Schloetter, A.* Op. cit., p. 143–144.

² BGHZ 26, 349 = NJW 58, 827 (URL: <https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=739> (дата обращения: 17.01.2020)).

³ Данная норма предусматривает компенсацию морального вреда в случаях причинения вреда жизни или здоровью, неправомерного лишения свободы.

⁴ Вследствие такого подхода «отделить» конституционное право личности от субъективного имиджевого права представляется достаточно трудным в германском правовом порядке.

⁵ *Black, G.* (2010). Op. cit., p. 373.

ранее только неприкосновенность частной жизни, было расширено также на защиту имиджа от несанкционированной коммерческой эксплуатации: эта доктрина защищает изображение, голос, фотографию, портрет или воспроизведение видео.

Во французском законодательстве, в отличие от немецкого, господствует принцип генерального деликта: согласно ст. 1382 ФГК возмещению подлежит любой причиненный вред¹. По мнению французских юристов, возникновение права публичности в США обусловлено слабой системой деликтов, неспособной обеспечить надлежащую правовую охрану. Таким образом, неправомерное использование имиджа лица во Франции есть лишь частный случай деликта.

Доказательством последнего тезиса является разработанная во Франции, в частности, для охраны имиджевых прав, доктрина «паразитизма». Поскольку законодательство о недобросовестной конкуренции, применяемое в случаях правонарушений лиц-конкурентов, априори неспособно охватить все аспекты охраны имиджа, французская практика создала доктрину «паразитизма», которая обеспечивает защиту любой экономической ценности, независимо от ее природы и происхождения: истец должен доказать факт причинения ему вреда, причинно-следственную связь между действиями ответчика и причиненным вредом. Отличительной особенностью доктрины является то, что при выявлении факта «паразитизма» вина нарушителя презюмируется, что облегчает положение истца, но не исключает право ответчика опровергнуть презумпцию². Превращению доктрины в почву для злоупотреблений правообладателей препятствует применение критерия «предварительной косвенной оговорки»: если правообладатель создает препятствия для свободного использования объекта охраны, то несанкционированное использование является неправомерным. Имидж человека, будучи тесно связанным с традиционными правами личности, сам по себе является юридическим препятствием: если предмет охраны в рамках ноу-хау лицо охраняет своими фактическими действиями (засекречиванием), то право на имидж охраняется автоматически вследствие своей правовой природы.

Защита имиджевых прав зачастую также обеспечивается посредством удовлетворения требований из неосновательного обогащения. Сущностно доктрина «паразитизма» отличается от предыдущей тем,

¹ Code civil (URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/> (дата обращения: 17.01.2020)).

² *Beverly-Smith, H., Ohly, A., Lucas-Schloetter, A. Op. cit., p. 163.*

что в этом случае вина ответчика презюмируется, а вот при втором подходе сам факт использования чужого имиджа, которые не причиняет вреда правообладателю, не является правонарушением, следовательно, презумпция вины здесь отсутствует. Применение как первой, так и второй доктрины исключает необходимость создавать новую разновидность интеллектуальной собственности¹.

В отличие от Германии, возможность предоставления другим лицам права использовать элементы имиджа рассматривается как согласие, представляющее собой не отказ от права, а отказ от осуществления данного права в отношении определенного лица, что не является нарушением запрета на отказ от прав, поскольку не исключает возможность защищать свои права от других лиц. Согласие при этом может быть отозвано в любое время, однако только перспективно, а не ретроактивно.

В деле *Mrs X v. SARL Denim* модель участвовала в фотосессии для дальнейшего размещения фотографий в каталогах. Однако эти фотографии были использованы в широкой рекламной кампании, о чем заранее истец не был уведомлен. Суд встал на сторону истца, отметив, что из соглашения сторон не следовало, что модель согласна на использование изображения в крупной рекламной кампании, а толковать ее согласие на фотосессию расширительно недопустимо². Данное дело наглядно демонстрирует основную тенденцию французской судебной практики: неопределенные формулировки толкуются ограничительно в пользу предоставления согласия на использование элементов имиджа единожды. Следовательно, французским судам не нужно рассматривать вопросы отзыва согласия в подобных ситуациях, поскольку считается, что оно не давалось нарушителю в принципе.

Таким образом, французское право так же, как и немецкое, пошло по пути адаптации имеющихся институтов и доктрин для разрешения имиджевых споров.

Проведенный анализ показывает, что сложилось два доминирующих подхода к пониманию правовой природы имиджевых прав: американский, который рассматривает имиджевые права в качестве разновидности имущества, и более консервативный европейский, относящий их к личным правам. Полагаем, что разделение европейского подхода на дуалистический (Франция) и монистический (Германия) имеет скорее догматическое, нежели практическое значение: не от-

¹ *Beverley-Smith, H., Ohly, A., Lucas-Schloetter, A. Op. cit., p. 166.*

² *Mrs X v. SARL Denim* (URL: <https://law.utexas.edu> (дата обращения: 17.01.2020)).

рекаясь от идеи «общего права личности» немецкие суды все же признают наличие в нем экономической составляющей, позволяющей предоставлять возможность осуществлять коммерческую эксплуатацию элементов имиджа на основе лицензии.

В целях обеспечения правовой охраны имиджевых прав государства прибегают к различным механизмам, которые, будучи эффективными в одной категории дел, могут быть абсолютно бесполезными в другой, поскольку имеют ограниченную сферу применения¹. На первый взгляд кажется очевидным, что для правовой охраны имиджевых прав необходимо использовать законодательство о товарных знаках или же нормы антимонопольного права. Несостоятельность данного мнения, как мы полагаем, прямо вытекает из изложенного выше: законодательство о товарных знаках, хоть и предоставляет широкую охрану правообладателю, все же имеет основной функцией указание на источник происхождения товара, что препятствует обеспечению полной и всесторонней охраны имиджа лица, направленной на защиту интересов личности от несанкционированной коммерческой эксплуатации (что показано на примере Германии). Законодательство о недобросовестной конкуренции также имеет значительно более узкую сферу. Применение деликтного законодательства в данной сфере эффективно только в государствах с развитой системой деликтового права (Франция), однако, как показал анализ, это также не панацея, поскольку французские суды также обращаются к доктрине неосновательного обогащения, причем применение последней не лишено трудностей для правоприменителей, хотя суды и находят способы их преодоления.

Таким образом, отдать предпочтение одному из подходов представляется достаточно трудным, поскольку успешно применимое в одном государстве может быть абсолютно недопустимым в другом. Полагаем, что для развития доктринальных основ в области охраны имиджевых прав в России необходимо учитывать не только положительный опыт сторонников как американского (имущественного), так и европейского (личного) подходов, а также специфику российского правопорядка.

¹ Так, подобный рассмотренному в США казус футболиста, чей образ был несанкционированно использован в видеоигре, в Германии также был разрешен в пользу футболиста с указанием на то, что использование имиджа последнего носило коммерческий, а не информационный характер (не попадало под исключения параграфа 22 KUG), а в США посредством применения трансформационного теста.

Правовое регулирование имиджевых прав в Российской Федерации

В российском законодательстве понятие «имиджевых прав» фигурирует только в упомянутом в начале работы письме Министерства спорта, согласно которому под ними стоит понимать права, приобретенные в результате профессиональной деятельности человека, направленные на защиту его имени, деловой репутации, неприкосновенности частной жизни, иных нематериальных благ и результатов интеллектуальной деятельности.

В научной литературе отмечается, что правовая охрана имиджевых прав в России осуществляется посредством обращения к различным правовым институтам: авторское право, законодательство о товарных знаках, о недобросовестной конкуренции, а также нормы гражданского законодательства о нематериальных благах и общие принципы гражданской ответственности¹. Вместе с тем главная проблема заключается в неясности правовой природы имиджевых прав. Учитывая, что Россия очевидно ближе к континентальным правовым порядкам, чем к странам — представителям общего права, можно предположить, что имиджевые права представляют собой личные права, которые подлежат правовой защите в соответствии с гражданским законодательством.

В ст. 128 ГК РФ установлен перечень объектов гражданских прав, среди которых указаны также нематериальные блага, что критикуется в доктрине, поскольку нематериальные блага, будучи неотчуждаемыми, не являются объектами субъективных гражданских прав². Среди указанных в ст. 150 ГК РФ нематериальных благ необходимо особо выделить право на имя гражданина, а также установленное в ст. 152.1 право на изображение.

Не вызывает сомнений то, что право на имя человека тесно связано с личностью обладателя данного имени. В отличие от псевдонима, который возникает без регистрации вследствие использования лицом определенного наименования и создания собственного творческого имиджа, имя дается человеку от рождения. Однако, как верно отмечает М.А. Рожкова, право на псевдоним является разновидностью «общегражданского» права на имя в широком понимании (охватывающим

¹ *Вострикова Е.А., Полухина Р.Э.* Имиджевые права спортсменов в России как институт частного права // Современное право. 2013. № 12. С. 87–95.

² *Рожкова М.А.* Комментарий к статье 128 ГК РФ // Гражданский кодекс Российской Федерации. Постатейный комментарий к главам 6–12 / под ред. Л.В. Санниковой. М.: Статут, 2014 (СПС «КонсультантПлюс»).

Ф. И. О., псевдонимы, прозвища, сетевые ники и т.п.)¹. Вследствие того, что право на имя, согласно ст. 150 ГК РФ, входит в перечень нематериальных благ, следует предположить, что имя не является объектом субъективных гражданских прав, будучи неотчуждаемым. Однако из изложенного выше компаративного анализа следует, что исключение возможности распоряжаться правом на имя не соответствует общемировым тенденциям.

В данном отношении показательным является известное дело исполнителя Димы Бирана². Артист заключил договор с продюсером, согласно которому последний обязался создать «имидж» исполнителя (псевдоним, образ, пропаганда творчества и т.д.), при этом исключительное право на имидж принадлежало продюсеру. Истец, в свою очередь, полагал, что право на псевдоним «Дима Биран» является правом на имя, следовательно, личным и неотчуждаемым.

По данному делу суд отметил следующее: *«Право на творческое имя не совпадает с общегражданским правом на имя, принадлежащим любому физическому лицу»*. Данное дело было направлено на новое рассмотрение, при этом суд указал на необходимость определить *«являются ли имя, изображение, образ, личностные характеристики Артиста (имеется ли при этом определенное зафиксированное обозначение, подлежащее идентификации) и его творческое имя (псевдоним) “Дима Биран” объектами права, подлежащими отчуждению, и могли ли они быть в соответствии с законом переданы истцу, являются ли они вследствие этого нарушенными правами истца»*. В решении суд указал, что под правом на творческое имя понимается личное неимущественное право на имя исполнителя, которое в действующем законодательстве установлено в подп. 3 п. 1 ст. 1315 ГК РФ. Таким образом, в данном деле суд признал псевдоним в качестве объекта интеллектуальных прав, а не как составную часть общегражданского права на имя³. К сожалению, дальнейшая история рассмотрения дела неизвестна.

Можно предположить, что наиболее эффективно охрана имиджевых прав может осуществляться в рамках зарегистрированного товарного знака. Стоит отметить, что отечественное законодательство, действительно, предусматривает ряд мер, направленных на превенцию нару-

¹ Рожкова М.А. Использование имени и псевдонима, в том числе в качестве товарного знака // Хозяйство и право. № 8. 2017. С. 26.

² Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 19.11.2008 № КГ-А40/8332-08 по делу № А40-26824/07-27-240.

³ Рожкова М.А. Использование имени и псевдонима, в том числе в качестве товарного знака. С. 26.

шений имиджевых прав путем использования товарных знаков: подп. 2 п. 9 ст. 1483 ГК РФ препятствует регистрации в качестве товарного знака имени (ст. 19), псевдонима (п. 1 ст. 1265 и подп. 3 п. 1 ст. 1315) или производному от них обозначению, портрету или факсимиле известного в России на дату подачи заявки лица, без согласия этого лица или его наследника, которое должно быть представлено в письменной форме¹. Но, как упоминалось ранее, основная функция товарного знака — указание на источник происхождения товара, что несколько отличается от преследуемой в рамках охраны имиджевых прав цели защиты личности от несанкционированного коммерческого использования имиджа. Так, в приказе Роспатента от 23.03.2001 № 39 «Об утверждении Рекомендаций по отдельным вопросам экспертизы заявленных обозначений» отмечается: *«Фамилии целесообразно предоставить правовую охрану, если представленные заявителем материалы подтверждают то, что заявленная фамилия воспринималась потребителем как обозначение товаров производителя, а не как фамилия, до даты подачи заявки»*.

В судебной практике, несмотря на незначительное количество споров, имеются примеры, демонстрирующие трудность доказывания наличия различительной способности.

Так, суд отказал известной певице Ханне в иске о признании недействительным решения Роспатента о регистрации товарного знака «Ханна» ответчиком в целях оказания услуг 44 класса МКТУ (салоны красоты). Примечательно, что певица Ханна также является создателем ряда салонов красоты (*X-Lashes By Hanna*), однако суд признал, что представленные доказательства (информация об открытии салона до даты приоритета ответчика, договоры аренды, публикации в социальных сетях) не свидетельствуют о наличии у потребителей стойких ассоциативных связей, следовательно, отсутствует факт введения их в заблуждение. Доказательства известности лица (наличие собственного сайта, блога, участие в известных шоу (например «Вечерний Ургант» и т.д.) либо не были признаны достаточными, либо не принимались во внимание вследствие размещения после даты приоритета оспариваемого товарного знака².

¹ Приказ ФГБУ ФИПС от 20.01.2020 № 12 «Об утверждении Руководства по осуществлению административных процедур и действий в рамках предоставления государственной услуги по государственной регистрации товарного знака, знака обслуживания, коллективного знака и выдаче свидетельств на товарный знак, знак обслуживания, коллективный знак, их дубликатов».

² Решение Суда по интеллектуальным правам от 22.05.2019 по делу № СИП-858/2018.

Имеются и обратные примеры: приоритет ранее известного псевдонима «Guf» над товарным знаком был установлен в деле ООО «Ай-конмедиа»: истец, обладатель одноименного товарного знака, пытался запретить носителю псевдонима размещать его на афишах, в чем ему было отказано в силу особой известности псевдонима исполнителя¹.

Несомненным достоинством предоставления охраны в рамках товарных знаков является возможность получения значительно более крупной компенсации согласно ст. 1515 ГК РФ. Однако такой подход имеет и недостатки.

Во-первых, могут возникнуть трудности с регистрацией, поскольку, как было указано ранее, товарный знак обязательно должен обладать различительной способностью.

Во-вторых, товарный знак, как мы полагаем, не способен охватить все аспекты имиджа лица. На примере других право порядков было показано, что нарушение может проявляться не только в неправомерной коммерческой эксплуатации имени или изображения, но также голоса, походки, стиля и т.д. Несмотря на то что действующее законодательство позволяет регистрировать товарные знаки не только в словесной и изобразительной форме, но и в звуковой и даже запаховой, можно предположить, что на практике достаточно трудно предугадать все варианты возможных правонарушений, зарегистрировав в качестве товарного знака абсолютно все аспекты имиджа лица.

В-третьих, как неоднократно упоминалось ранее, цель товарного знака — указание источника происхождения товара, но не защита личности от несанкционированного коммерческого использования.

Таким образом, регистрация отдельных элементов имиджа лица в качестве товарного знака вполне допустима и может быть эффективным, однако, не всеохватывающим механизмом защиты. Схожим недостатком обладает применение в подобных случаях законодательства о недобросовестной конкуренции, поскольку оно применимо только при определенных категориях правонарушений.

Полагаем, что признать имидж в качестве нового объекта интеллектуальных прав нецелесообразно по нескольким причинам. Во-первых, в отличие от объектов интеллектуальных прав, имидж не является творением человека в общепринятом в праве интеллектуальной собственности понимании: имидж неотделим от личности. Кроме того, все упоминавшееся ранее аргументы относительно недопустимости

¹ Рожкова М.А. Использование имени и псевдонима, в том числе в качестве товарного знака. С. 34.

применения норм об охране интеллектуальных прав в других юрисдикциях также имеют место и в России. Во-вторых, российская правовая наука способна обеспечить правовую охрану имиджевых прав посредством иных механизмов, уже известных отечественному правопорядку, вследствие чего нецелесообразно создавать новый объект интеллектуальных прав.

Таким образом, возвращаясь к делу «Димы Бирана», мы полагаем, что право на псевдоним «Дима Биран», безусловно, является неотчуждаемым, что не препятствует правообладателю предоставлять право использовать как имя, так и иные элементы имиджа (например, изображения) другим лицам.

Сложности с определением правового режима имиджевых прав связаны с тем, что мы привыкли рассуждать в рамках хорошо известной парадигмы: права бывают имущественные и неимущественные. Однако указанная концепция более не соответствует реалиям современной жизни, имиджевые права являются ярким тому примером.

В развитии сказанного хотелось бы обратиться к позиции С.А. Зинченко, который разрабатывал иное видение права собственности, выделяя в нем три вида прав: абсолютные вещные имущественные права собственности, неимущественные имущественные права собственности, неимущественные права собственности¹. К первой группе относятся привычные нам вещи. Ко второй — объекты интеллектуальных прав, поскольку, например, в праве на товарный знак очевидно отсутствие вещного элемента, но при этом неоспоримо наличие имущественного элемента — исключительного права. К третьей — нематериальные блага, измерить ценность которых мы не можем, поскольку здесь отсутствует и вещный, и имущественный элементы. Права на образ С.А. Зинченко относит к группе неимущественных-имущественных: право может быть вовлечено в оборот, но сохраняя при этом особенности неимущественной природы². Полагаем, что данная концепция может быть положена в основу правовой охраны имиджевых прав: их природа является дуалистической, совмещающей в себе как личные, так и имущественные элементы.

Имущественная составляющая права на имидж выделяется не только в зарубежных правопорядках, но и некоторыми учеными в отече-

¹ Зинченко С.А., Галов В.В. Собственность и производные права (доктрина, законодательство, правоприменение). Ростов-н/Д.: Профпресс, 2013. С. 63–74.

² Зинченко С.А., Лапач В.А., Шпансгов Д.Ю. Проблемы объектов гражданских прав. Ростов-н/Д., 2001. С. 33.

ственной доктрине. Так, М.А. Рожкова отмечает, что применительно к имени и псевдониму усматривается та же триада имущественных правомочий правообладателя: обладание, пользование и распоряжение¹. Индивидуализирующие свойства человека относят в литературе к объектам, обладающим экономической ценностью для участников гражданского оборота, предусматривающие возникновение в отношении их субъективных гражданских прав, но допускающие передачу (переход) только прав на эти объекты, но не самих этих объектов по причине нематериального характера последних².

Таким образом, учитывая, что образ человека тесно связан с его личностью, предполагаем, что его отчуждение недопустимо, что не исключает возможность предоставлять возможность его использования. Действующая редакция ст. 152.1 ГК РФ стала своего рода шагом в сторону развития института охраны имиджевых прав, однако она имеет ряд недостатков.

Во-первых, ст. 152.1 ГК РФ рассматривает изображение достаточно узко, относя к нему только вид человека в определенный момент времени (например, фотоснимок), но не внешний облик лица³.

Во-вторых, данная норма предоставляет возможность давать согласие на использование изображения лица, которое можно в любой момент отозвать (п. 49 постановления Пленума ВС РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации»). Такой подход вполне оправдан: поскольку согласие представляет собой сделку, то в силу закрепленного в п. 2 ст. 1 ГК РФ принципа о приобретении прав и обязанностей только по воле самих граждан, исключать право на отзыв согласия недопустимо⁴. Можно при этом согласиться с учеными, ограничительно толкующими п. 49 упомянутого постановления Пленума ВС РФ № 25, допуская возможность отозвать согласие только

¹ *Рожкова М.А.* Об имущественных правах на нематериальные объекты в системе абсолютных прав (часть вторая – общее о правах на новые объекты, деловая репутация и некоторые «нематериальные блага») (URL: https://zakon.ru/blog/2018/12/23/ob_imuschestvennyh_pravah_na_nematerialnye_obekty_v_sisteme_absolyutnyh_prav_chast_vtoraya_obschee (дата обращения: 15.01.2020)).

² *Рожкова М.А.* Комментарий к статье 128 ГК РФ // Гражданский кодекс Российской Федерации. Постатейный комментарий к главам 6–12.

³ *Гаврилов Э.* Защита внешнего облика и охрана изображения гражданина // *Хозяйство и право.* 2015. № 10. С. 13–25.

⁴ *Михеева Л.Ю.* Объекты гражданских прав: правовые позиции, содержащиеся в постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации // *Судья.* 2015. № 10. С. 11–18.

в случае злоупотребления контрагентом правом: такой подход позволял бы обеспечить стабильность и «привлекательность» оборота имиджевых прав, создавая разумный баланс интересов, поскольку столь широкие возможности по отзыву согласия должны быть компенсированы дополнительными механизмами защиты контрагента¹.

Согласно подп. 3 п. 1 ст. 152.1 ГК РФ позирирование за плату исключает потребность в получении согласия для использования изображения. Абсолютно справедливо в связи с этим Э. Гаврилов отмечает, что данная норма противоречива сама по себе: если лицо позирирует за плату, то очевидно, что у него с контрагентом есть соглашение, следовательно, согласие лица все же имеет место². Автор приходит к выводу, что данная норма исключает дальнейшее применение к взаимоотношениям сторон ст. 152.1 ГК РФ (и разъясняющие эти нормы положения постановления Пленума ВС РФ № 25), т.е. согласие является безотзывным и не может содержать никаких условий, относящихся к порядку использования полученного изображения. Полагаем, что такой подход также нельзя признать верным по указанным ранее причинам.

Таким образом, ст. 152.1 ГК РФ, очевидно, нуждается в доработке: если обратиться к германскому опыту, то § 22 *KUG* говорит лишь о презумпции наличия согласия в случае позирирования за плату, а не об отсутствии необходимости его получения. Такой подход представляется гораздо более логичным, чем заложенный в настоящее время в ГК РФ.

В развитие сказанного хотелось бы обратить внимание на описанный ранее опыт французской практики, толкующей согласие достаточно узко: в договоре необходимо прописывать все условия использования изображения, широкие формулировки типа «право использовать фотографии» необходимо толковать не как возможность фактически неограниченного использования, а в качестве единоразово предоставленного разрешения на конкретные действия³. Такой подход будет обеспечивать необходимую защиту обладателю имиджа, одновременно стимулируя контрагента максимально полно раскрывать информацию, прописывая все возможные виды использования.

¹ Гаврилов Э. Указ. соч.

² Там же.

³ Такой подход уже встречается в некоторых решениях. Так, в Апелляционном определении Верховного суда Удмуртской Республики от 30.09.2013 отмечено, что истец давал разрешение на создание фотографий до и после ортодонтического лечения, однако в соглашении не было указано на возможность использовать изображение в рекламной кампании клиники.

В-третьих, ст. 152.1 ГК РФ предоставляет потерпевшей стороне ограниченные возможности по защите своих прав. Предусмотренные в норме способы защиты фактически идентичны содержащимся в ст. 12 ГК РФ восстановлению положения, существовавшего до нарушения прав, и пресечению действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения и прекращению или изменению правоотношения¹. Таким образом, можно предположить, что применение ст. 152.1 ГК РФ исключает возможность ссылаться на иные способы защиты, кроме прямо предусмотренных в данной норме. Наиболее ярко рассматриваемая проблематика проявляется в сфере спорта, поскольку в ней распространены договоры, предусматривающие условия об оплате клубом приобретения права на использование образа спортсмена, договоры, содержащие условие об обязанности игрока подписать соглашение со специализированной организацией по управлению его образом в коммерческих целях².

Полагаем, что предоставление согласия на использование элементов имиджа вполне допустимо – недопустимо лишь полное отчуждение последнего в силу личного характера прав. Поскольку клуб (или же продюсер артиста) создает конкретный образ знаменитости, затрачивая на это определенные ресурсы, вполне справедливо предоставлять ему возможность использовать элементы имиджа в определенных соглашениях пределах. Также является правомерным ограничение в контракте возможностей спортсмена на заключение контрактов с конкурентами (в том числе конкурентами спонсоров). Не вызывает нареканий ст. 1033 ГК РФ, которая допускает ограничение права пользователя на заключение договоров коммерческой концессии с конкурентами, на реализацию аналогичных товаров, работ и услуг под обозначением других правообладателей и т.д. Очевидно, что данные нормы призваны защитить интересы правообладателя, поскольку он создает для пользователя все необходимые условия для осуществления предпринимательской деятельности, следовательно, заинтересован в том, чтобы контрагент способствовал развитию его продукции и не сотрудничал с конкурентами. В связи со сказанным неясно, что препятствует применить такую же логику в отношении имиджевых прав: спортивный клуб создает футболисту необходимые условия для раз-

¹ *Гаврилов Э.* Указ. соч.

² *Синицына Н.И.* Элементы и правовая природа права на образ спортсмена. М.: АНО «Правовое просвещение», 2017. С. 91–104.

вития карьеры, следовательно, заинтересован в сотрудничестве только с ним и его спонсорами.

Возникает вопрос о правовой квалификации указанных договоров. Некоторые исследователи предполагают, что указанные договоры являются трудовыми, что, по нашему мнению, неверно в силу следующего. Во-первых, Федеральная налоговая служба рассматривает данную категорию договоров как гражданско-правовые договоры возмездного оказания услуг¹. Во-вторых, указанные договоры обладают рядом особенностей в части мер ответственности, которые могут применяться к работнику: трудовое законодательство не предусматривает возможность назначения работнику наказания в виде штрафа, однако, такая практика является повсеместной в спортивной сфере². Кроме того, договоры спортсменов с клубами могут содержать нетипичные условия, связанные с соблюдением спортсменом не только определенного режима, но и моральных норм (постановление Пленума ВС РФ от 24.11.2015 № 52 «О применении судами законодательства, регулирующего труд спортсменов и тренеров»). Очевидно, что данные договоры, как и анализируемые ранее соглашения об использовании изображений³, являются скорее непоименованными контрактами, чем договорами оказания услуг, поскольку в предоставлении возможности пользоваться элементами имиджа как таковой услуга отсутствует. Анализируемые соглашения в литературе также называют спортивными контрактами⁴.

Как было отмечено ранее, в Германии и Франции в целях защиты имиджевых прав используются давно известные механизмы, в частности, доктрина неосновательного обогащения. Учитывая близость России к континентальным правовым порядкам, полагаем, что обращение к данному институту также актуально в контексте охраны имиджевых прав, учитывая наличие рассмотренной выше их имущественной со-

¹ Письмо ФНС от 29.01.2018 № ГД-4-11/1538@.

² Савин: Слуцкий отучил меня от глупых желтых карточек штрафом в \$ 5 тыс. // Чемпионат. 2015. 4 нояб. (URL: <https://www.championat.com/football/news-2291024-savin-sluckij-otuchil-menja-ot-glupykh-zhjoltykh-kartochek-shtrafom-v--5-tys.html> (дата обращения: 22.01.2020)).

³ Данная категория договоров неоднократно относилась в доктрине к категории непоименованных контрактов (см., например: *Каранетов А.Г., Савельев А.И.* Свобода договора и ее пределы: в 2 т. Т. 2: Пределы свободы определения условий договора в зарубежном и российском праве. М.: Статут, 2012).

⁴ *Алексеев С.В.* Спортивное право России: учебник / под ред. П.В. Крашенинникова. М., 2015. С. 139.

ставляющей, позволяющей применять как установленные для нематериальных благ способы защиты, так и имущественные.

К сожалению, на практике суды придерживаются иного подхода. Так, в одном из дел спортсмен заключил контракт о передаче неисключительных прав на использование имиджа, однако ответчик, имея задолженность перед спортсменом, продолжал использовать имидж знаменитости после истечения срока действия договора¹. Суд отказал в удовлетворении требования о взыскании неосновательного обогащения, мотивировав это тем, что соглашение является договором об оказании услуг, а не договором о передаче исключительных прав, а также имеется лишь только факт нарушения нематериального блага, следовательно, могут применяться исключительно предусмотренные ст. 152.1 ГК РФ способы защиты. Предоставление потерпевшему возможности взыскать неосновательно сбереженную сумму в размере платы по контракту могло бы стать достаточно эффективным средством охраны имиджа.

Таким образом, ст. 152.1 ГК РФ обладает определенным потенциалом в части охраны имиджа, но нуждается в существенной доработке и, возможно, переосмыслении. Кроме того, в целях охраны имиджевых прав не исключается применение также законодательства о товарных знаках (если элементы имиджа регистрируются в качестве товарного знака), а также законодательства о недобросовестной конкуренции, если имеются факты его нарушения.

Заключение

Проведенный анализ правового регулирования имиджевых прав в России и за рубежом продемонстрировал сложность исследуемого института. Его появление связано с развитием экономического оборота, к которому право не всегда может быстро адаптироваться. Думается, что законодателю придется внести определенные изменения в действующее законодательство в целях совершенствования правового регулирования имиджевых прав, поскольку с течением времени потребность в этом будет только усиливаться. Но такие реформы должны быть тщательно продуманы с целью исключения коллизий.

¹ Апелляционное определение Санкт-Петербургского городского суда от 27.07.2017 № 33-13238/2017 по делу № 2-596/2017.

Пристатейный библиографический список

1. *Алексеев С.В.* Спортивное право: учебник / под ред. П.В. Крашенинникова. 5-е изд., перераб. и доп. М.: ЮНИТИ-ДАНА: Закон и право, 2017.

2. *Валеев Д.Х., Габов А.В., Илюшина М.Н.* и др. Гражданский кодекс Российской Федерации. Постатейный комментарий к главам 6–12 / под ред. Л.В. Санниковой. М.: Статут, 2014.

3. *Вострикова Е.А., Полухина Р.Э.* Имиджевые права спортсменов в России как институт частного права // Современное право. 2013. № 12. С. 87–95.

4. *Гаврилов Э.* Защита внешнего облика и охрана изображения гражданина // Хозяйство и право. 2015. № 10. С. 13–25.

5. *Зинченко С.А., Галов В.В.* Собственность и производные права (доктрина, законодательство, правоприменение). Ростов-н/Д.: Проф-пресс, 2013.

6. *Зинченко С.А., Ланач В.А., Шапсугов Д.Ю.* Проблемы объектов гражданских прав. Ростов-н/Д., 2001.

7. *Караетов А.Г., Савельев А.И.* Свобода договора и ее пределы: в 2 т. Т. 2: Пределы свободы определения условий договора в зарубежном и российском праве. М.: Статут, 2012.

8. *Михеева Л.Ю.* Объекты гражданских прав: правовые позиции, содержащиеся в постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации // Судья. 2015. № 10. С. 11–18.

9. *Рожкова М.А.* Об имущественных правах на нематериальные объекты в системе абсолютных прав (часть вторая – общее о правах на новые объекты, деловая репутация и некоторые «нематериальные блага») (URL: https://zakon.ru/blog/2018/12/23/ob_imuschestvennyh_prah_na_nematerialnye_obekty_v_sisteme_absolyutnyh_prav_chast_vtora-ya_obschee (дата обращения: 16.01.2020)).

10. *Рожкова М.А.* Использование имени и псевдонима, в том числе в качестве товарного знака // Хозяйство и право. № 8. 2017. С. 25–34.

11. *Синицына Н.И.* Элементы и правовая природа права на образ спортсмена. М.: АНО «Правовое просвещение», 2017.

12. *Beverley-Smith, H., Ohly, A., Lucas-Schloetter, A.* Privacy, Property and Personality, Cambridge 2005.

13. *Black, G.* (2010). Publicity and image rights in scots law. *Edinburgh Law Review*, 14(3), p. 364–384.

14. Coors Coorina & Peter Mezei, Image Rights: Exploitation and Legal Control in English and Hungarian Law, 57 Hung. J. Legal Stud. 10 (2016), p. 215–247.

15. *Jacoby, D.* (2006). Image rights, rights of privacy opportunities and limitation: legal overview from us perspective. *Convergence*, 2(1), p. 17–30.

16. *Kwall, R.* The Right of Publicity vs. The First Amendment: A Property and Liability Rule Analysis. 70 *Indiana Law Journal* 47 (1994) (URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=849745\ (дата обращения: 16.01.2020)).

17. *Ordish, R.* Sports Marketing in China: an IP perspective, *Bond Univ. SportsL. eJournal* (2007) (URL: <http://epublications.bond.edu.au/slej/3/> (дата обращения: 16.01.2020)).

18. *Peles, G.* (2004). The right of publicity gone wild. *UCLA Entertainment Law Review*, 11 (2), p. 301–330.

19. *Peter L. Felcher & Rubin E.* Privacy, Publicity, and the Portrayal of Real People by the Media, 88 *YALE L.J.* 1577 (1979).

20. *Prosser, William L.* “Privacy”. *California Law Review*, vol. 48, no. 3, August 1960, p. 383–423.

21. *Schwenzer, I., Hachem, P., Kee, C.* Part VII Obligations of the Seller, 33 *Industrial and Intellectual Property Rights. Product: International Commercial Law [ICML]* Published in print: 26 January 2012.