

Рожкова М. А.,

главный научный сотрудник ИЗиСП, доктор юридических наук,
президент IP CLUB

Исаева О. В.,

юрист, аспирант ИЗиСП

Фактическая передача фотографий, созданных на условиях устного соглашения, не влечет автоматического возникновения у получателя права использования этих фотографий в сети «Интернет»

Как показало проведенное исследование, российское законодательство закрепляет сразу несколько правовых режимов фотографии, которые в разных случаях могут получить различную правовую охрану¹. В этих условиях крайне интересными являются дела, в которых спорящие стороны, стремясь получить защиту своих прав, обращаются к использованию нескольких правовых режимов фотографий. Одним из таких примеров стало дело, рассмотренное Судом по интеллектуальным правам, которое и будет предметом анализа в рамках настоящего комментария.

Как следовало из материалов дела, индивидуальный предприниматель без образования юридического лица Г. (далее — ИП) обратился в арбитражный суд с иском к обществу с ограниченной ответственностью «Медицинский центр Аксон» (далее — Центр) о взыскании компенсации в размере 470 тыс. руб. за нарушение исключительных прав на 47 фотографических произведений (с учетом уточнений иска), а также расходов по оплате государственной пошлины.

¹ См.: Рожкова М. А., Исаева О. В. Правовые режимы фотографии в российском праве // Журнал Суда по интеллектуальным правам. 2021. № 32. С. 55-69. URL: <http://ipcmagazine.ru/legal-issues/legal-regimes-of-photography-in-russian-law>

В обоснование своих исковых требований ИП указывал, что с 2015 по 2018 г. на основании устного соглашения с Центром на возмездной основе занимался технической поддержкой и продвижением в сети «Интернет» веб-сайта Центра, размещенного на доменном имени akson-mc.ru (администратором доменного имени является Центр). В период с мая по ноябрь 2018 г. ИП осуществил фотосъемку сотрудников Центра с последующей обработкой и редактированием полученных снимков. Созданные снимки передавались ИП руководству Центра по мере их создания посредством электронной почты или на материальных носителях.

Впоследствии ИП обнаружил, что на веб-сайте Центра размещены указанные 47 фотографий (это подтверждено представленным ИП нотариальным протоколом осмотра доказательств). С учетом того, что веб-сайт открыт для всеобщего доступа, в то время как лицензионный договор на использование фотографий с Центром не заключался, ИП заключил, что созданные им фотографические произведения нелегально используются Центром, что нарушает права ИП как автора этих произведений.

Претензия ИП, направленная в адрес Центра, с требованием о выплате компенсации за нарушение исключительных прав на фотографические произведения была Центром отклонена. Данные обстоятельства послужили основанием для обращения ИП с иском в арбитражный суд.

Решением арбитражного суда исковые требования были удовлетворены².

Отметив, что в силу абз. 10 п. 1 ст. 1259 ГК РФ фотографические произведения относятся к объектам авторских прав, причем по смыслу ст. 1228, 1257 и 1259 ГК РФ в их взаимосвязи объектом авторских прав может стать только тот результат, который создан творческим трудом, суд подчеркнул: «Под творческой деятельностью фотографа следует понимать следующие его действия по созданию результата

² Решение Арбитражного суда Саратовской области от 11 августа 2021 г. по делу № А57-213/2021.

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»³.

Указание Центра на то, что фотографирование его сотрудников ИП осуществлял в рамках выполнения обязанностей по договору технической поддержки и продвижения в сети «Интернет» веб-сайта Центра, судом было отклонено со ссылкой на отсутствие соответствующих доказательств. Суд указал: соответствующий договор между сторонами в письменном виде не заключался, представленные Центром платежные поручения за 2015-2016 гг. не содержат указания в назначении платежей на какие-либо услуги фотографа, подтверждения оплаты Центром услуг по фотографированию сотрудников не представлено.

Доводы Центра о том, что ИП сам размещал спорные фотографии на веб-сайте Центра в 2018 г., поскольку именно у него был доступ администратора к веб-сайту Центра и группам Центра в социальных сетях в сети «Интернет», отклонены судом как необоснованные. При этом суд указал на отсутствие доказательств того, что спорные фотографии были размещены непосредственно ИП, поскольку Центр имеет доступ к своему веб-сайту и средствам электронной проверки истории размещения файлов на сайте.

³ Решение Арбитражного суда Саратовской области от 11 августа 2021 г. по делу № А57-213/2021.

Представленные Центром скриншоты, по мнению суда, не подтверждают того обстоятельства, что действия по размещению спорных фотографий выполнялись непосредственно ИП, а не от имени Центра иным лицом, использующим интернет-профиль (аккаунт) администратора сайта (групп в социальных сетях). Скриншоты файлового каталога веб-сайта Центра, по мнению суда, также не подтверждают того, что ИП лично размещал созданные им фотографии на веб-сайте Центра, а лишь указывают на создание в файловом каталоге электронной папки «Григорьев_Юрий» (имя ИП) и размещение в ней файлов в 2018 г. Причем из скриншотов файлового каталога не усматривается наличие всех спорных фотографий.

Исходя из доказанности принадлежности ИП исключительных прав на фотографические произведения и отметив, что сама по себе фактическая передача ИП Центру спорных фотографий не означает автоматического возникновения у Центра права использования этих объектов интеллектуальной собственности, суд признал установленным факт нарушения Центром исключительных прав ИП на фотографии. На этом основании суд удовлетворил иск в полном объеме, указав, что взыскиваемый размер компенсации за нарушение является минимально возможным.

Не согласившись с принятым решением, Центр обратился с соответствующей жалобой в суд апелляционной инстанции, который по результатам пересмотра дела признал, что факт нарушения Центром исключительных прав ИП подтвержден материалами дела и не опровергнут Центром, а доводы, изложенные в апелляционной жалобе, аналогичны обозначенным Центром в суде первой инстанции и получившим надлежащую оценку при разрешении дела в суде первой инстанции. С учетом этого апелляционный суд не нашел оснований для отмены или изменения решения суда первой инстанции⁴.

⁴ См. постановление Двенадцатого арбитражного апелляционного суда от 12 октября 2021 г. № 12АП-8665/2021 по делу № А57-213/2021.

Рассматривая дело в кассационном порядке, Суд по интеллектуальным правам также не нашел оснований для отмены или изменения вынесенных судебных актов, подчеркнув, что фактические обстоятельства, имеющие значение для дела, установлены судами первой и апелляционной инстанций на основании полного, всестороннего и объективного исследования имеющихся в деле доказательств с учетом всех доводов и возражений участвующих в деле лиц, а окончательные выводы судов соответствуют фактическим обстоятельствам и представленным доказательствам, основаны на правильном применении норм материального и процессуального права⁵.

Анализ аргументации, представленной в рамках настоящего дела, позволил усмотреть ряд доводов, которые должны быть прокомментированы:

1. В названных судебных актах основным аргументом, обосновывающим незаконное использование фотографий, является ссылка на то, что сторонами не был заключен *лицензионный договор* (для него в силу п. 2 ст. 1235, п. 2 ст. 1286 ГК РФ письменная форма является обязательной), который мог бы позволить Центру использовать фотографии на своем сайте.

Суд не отвергал наличия между сторонами договорных отношений по техподдержке, сопровождению и продвижению сайта, что подразумевает оказание услуг различного характера. И хотя это не нашло отражения в судебном акте, можно предположить, что в рамках оказания таких услуг стороны вполне могли договориться о создании фотографий на условиях *договора заказа* (ст. 1288 ГК РФ).

В рамках договора заказа условие о принадлежности исключительного права не является существенным условием, и закон предусматривает, что договором авторского заказа может быть предусмотрено отчуждение заказчику исключительного права на произведение, которое должно быть создано автором, или предоставление заказчику

права использования этого произведения в установленных договором пределах.

В то же время в случае отсутствия в договоре условия *об отчуждении исключительного права* на созданный по подговору результат интеллектуальной деятельности такое право не переходит к заказчику в автоматическом режиме с передачей экземпляра созданного в рамках договора объекта. Напротив, в таком случае исключительное право на произведение остается у автора.

Вместе с тем из общего правила, закрепленного в п. 3 ст. 1233 ГК РФ, вытекает, что «если авторским договором заказа не установлено, что в соответствии с ним передаются исключительные права, предметом такого договора являются права в строго определенных договором пределах, такой договор по общему правилу является лицензионным»⁶. То есть по смыслу закона, даже при отсутствии в договоре заказа прямого указания на *предоставление произведения на условиях лицензии*, заказчик вправе использовать произведение в установленных пределах: в течение пяти лет (ввиду отсутствия в договоре условия о сроке предоставления права, как определено в абз. 2 п. 4 ст. 1235 ГК РФ) и исключительно для целей, заранее оговоренных с автором. Иными словами, заказчику предоставляется право использовать произведение определенным способом, тогда как все иные права сохраняются за автором.

К договору авторского заказа в любом случае подлежат применению либо правила о лицензионном договоре, либо правила о договоре об отчуждении исключительного права (если договором авторского заказа прямо предусмотрено отчуждение). При этом, поскольку письменная форма является обязательной и для договора об отчуждении исключительного права (п. 2 ст. 1234 ГК РФ), и для лицензионного договора (п. 2 ст. 1286 ГК РФ), комплексный анализ норм права позволяет заключить, что и договор авторского заказа подлежит заключению

⁵ См. постановление Суда по интеллектуальным правам от 3 февраля 2022 г. № С01-2382/2021 по делу № А57-213/2021.

⁶ Васильев А. С. Комментарий к статье 1288 ГК РФ // Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации к ч. 4 (учебно-практический). 4-е изд. / под ред. С. А. Степанова. М.: Проспект, 2015.

исключительно в письменной форме, несоблюдение которой влечет недействительность сделки и, соответственно, сохранение прав на произведение в полном объеме за автором.

Из вышеизложенного следует, что и для передачи исключительно права, и для предоставления права использования спорных фотографий сторонам комментируемого дела необходимо было заключить договор в письменной форме — именно несоблюдение письменной формы договора привело к тому, что исключительное право на спорные фотографии сохранилось за автором фотографий, а их использование на сайте Центра правомерно признано судами нарушающим исключительные права автора, незаконным.

При этом абсолютно обоснованно замечание суда апелляционной инстанции, отметившего: «Согласно разъяснениям, изложенным в пункте 14 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 19.06.2006 № 15 «О вопросах, возникших у судов при рассмотрении гражданских дел, связанных с применением законодательства об авторском праве и смежных правах», при разрешении вопроса о том, какой стороне надлежит доказывать обстоятельства, имеющие значение для дела о защите авторского права или смежных прав, суду необходимо учитывать, что ответчик обязан доказать выполнение им требований законодательства об авторском праве и смежных правах при использовании произведений и (или) объектов смежных прав. В противном случае физическое или юридическое лицо признается нарушителем авторского права и (или) смежных прав, и для него наступает гражданско-правовая ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации. Истец должен подтвердить факт принадлежности ему авторского права и (или) смежных прав или права на их защиту, а также факт использования данных прав ответчиком»⁷. Несмотря на то что данное постановление Верховного Суда РФ утратило силу, оно подтверждает действующее правило,

⁷ Постановление Двенадцатого арбитражного апелляционного суда от 12 октября 2021 г. № 12АП-8665/2021 по делу № А57-213/2021.

согласно которому именно на заказчика (получателя фотографий) возложена обязанность по доказыванию факта передачи (отчуждения) ему исключительного права или предоставления права использования результата интеллектуальной деятельности — при отсутствии соответствующих доказательств действует презумпция неправомерности использования произведений.

Исходя из обстоятельств комментируемого дела можно заключить, что существование устных договоренностей сторон в отношении создания фотографий и передача спорных снимков Центру не означают предоставления Центру права использовать такие снимки каким-либо образом без предварительного согласия ИП, в связи с чем выводы судов являются правильными.

2. Одним из аргументов Центра было то, что представленные фотографии лишь фиксируют изображения сотрудников ответчика, но не представляют творческой ценности, в связи с чем права истца на спорные фотографии не подлежат защите. Данный аргумент был последовательно отклонен судами всех инстанций, причем суд апелляционной инстанции заметил: «Действующее законодательство не устанавливает никаких специальных условий, которые были бы необходимы для признания фотографических произведений объектом авторского права и для предоставления ему соответствующей охраны, в связи с чем автор (фотограф) уже в силу самого факта создания произведения (любой фотографии) обладает авторскими правами на него вне зависимости от его художественного значения и ценности»⁸.

Комментируя этот довод, следует заметить, что в действительности фотографии изначально, с момента своего появления, подразделялись на *информационные* (закрепляющие определенную информацию, «протокольные») и *эстетические* (творческие, отражающую художественное восприятие автора — создателя фотографии).

В связи с этим нельзя не напомнить сформировавшуюся в германском праве доктрину минимальных стандартов охраноспособности

⁸ Там же.

авторских произведений. К условиям, исключающим творческий характер произведения, германское учение об уровне творческого характера произведения относит, например, объем возможностей автора по созданию оригинального авторского произведения, а также механический либо случайный характер действий создателя продукта, по внешним признакам напоминающего произведение. В той мере, в какой форма произведения определяется факторами, существенно сужающими возможности автора проявить свою индивидуальность в произведении, она не может быть признана индивидуальной (оригинальной), даже если и является объективно новой. В этом смысле отсутствие у автора возможностей по созданию произведения в оригинальной форме исключает творческий характер произведения. Другими словами, германское авторское право охраняет не всякий интеллектуальный продукт, по внешним признакам напоминающий произведение, а только такой, который обладает определенным качеством, позволяющим говорить о тесной связи с личностью автора⁹.

Вышеизложенное не означает абсолютной неохраноспособности фотографий, не отражающих как таковой художественный замысел автора. Примечательно то, что германский Закон об авторском праве и смежных правах (UrhG) 10 упоминает, во-первых, фотографические произведения (нем. Lichtbildwerk), на которые распространяется авторско-правовой режим (§ 2 UrhG), и, во-вторых, «простые» фотографии (нем. Lichtbild), являющиеся объектом смежных прав (§ 72 UrhG). При этом германский закон не устанавливает четких критериев для отнесения фотоизображения к той или иной категории, упоминая лишь, что произведением, по смыслу закона, считается только личное интеллектуальное творение (§ 2 (2) UrhG). И хотя оценка наличия этого критерия осуществляется судами весьма субъективно,

без обозначения определенных границ, в качестве характерных признаков произведения часто выделяют *продуманную постановку и высокую степень индивидуальности*¹¹. При этом, как отмечают исследователи, в случае «простых» фотографий объектом охраны является 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.

Таким образом, в соответствии с германской доктриной не приобретут 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 будут признаваться объектами авторского права — фотографическими произведениями. Хотя выявить четкие критерии для отграничения эстетических фото от информационных довольно затруднительно, в реальности эти виды фотографий серьезно различаются.

Сложившийся в германском праве подход в части требования оригинальности полностью 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

⁹ См., например: Кашанин А. В. Проблема минимальных стандартов охраноспособности произведений в авторском праве. Германский опыт // Вестник гражданского права. 2007. № 4. С. 23-62.

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

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

¹² См.: Ilva Johanna Schiessel. Reichweite und Rechtfertigung des einfachen Lichtbildschutzes gem. § 72 UrhG / Series: Bild und Recht Studien zur Regulierung des Visuellen. Vol. 6. Edition 2020. P. 42. doi.org/10.5771/9783748909620-42

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 обеспечения¹³. Иными словами, европейский подход предусматривает предоставление авторско-правовой охраны не просто только эстетическим фотографиям, но только тем из них, которые отражают личность автора.

Однако в российском праве сложился другой подход, который воспроизведен в постановлении Суда по интеллектуальным правам: «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»¹⁴.

С учетом вышеизложенного, в соответствии со сложившимся в российском праве подходом спорные снимки должны быть в любом случае отнесены к произведениям, охраняемым нормами авторского права.

3. В попытке защитить свои права Центр указывал на отсутствие согласия фотографируемых лиц на производство фотосъемки. Этот довод был отклонен судом первой инстанции (и впоследствии поддержан судами вышестоящих инстанций) со ссылкой на разъяснения, изложенные в п. 47 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23 июня 2015 г. № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации», а также указанием на то, что спорные фотографии использовались

и были обнародованы для неограниченного круга лиц не ИП, а Центром — работодателем фотографируемых лиц.

Комментируя изложенное, прежде всего следует отметить, что отсутствие согласия фотографируемых лиц на производство фотосъемки в любом случае не может рассматриваться как доказательство отсутствия у фотографа прав на созданные им фотографии. В данном случае (если согласие на производство фотосъемки действительно не было получено) правильнее говорить о неправомерности дальнейшего использования (обнародования) таких фотографий любым лицом без согласия изображенных на фотоснимках лиц, в том числе и самим Центром. Иными словами, наличие или отсутствие согласия изображенных на фотоснимках лиц на проведение фотосъемки или на дальнейшее использование снимков само по себе не препятствует возникновению исключительного права на фотографические произведения как объекты авторского права и не ограничивает его действие. Вместе с тем в случае отсутствия такого согласия дальнейшему использованию фотографий препятствует право изображенных на фотографиях лиц на охрану изображения (ст. 152.1 ГК РФ).

Следует отметить, что положения ст. 152.1 ГК РФ по сути не имеют отношения к авторскому праву, а нацелены на охрану интересов лиц в случае их запечатления любым способом (в формате фото, видео, произведения изобразительного искусства или иным образом).

Положения ст. 152.1 ГК РФ создают правовые основы для реализации права гражданина на внешность, традиционно рассматриваемого в качестве одного из неотчуждаемых прав, принадлежащих человеку от рождения¹⁵. Примечательно, что в п. 1 указанной статьи определены случаи возможного использования изображений граждан без их согласия: обстоятельства, при которых созданы фотографии. Среди прочих к таким обстоятельствам относятся получение изображения при съемке, проводимой на публичных мероприятиях, если

¹³ См.: 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.

¹⁴ Постановление Суда по интеллектуальным правам от 3 февраля 2022 г. № C01-2382/2021 по делу № A57-213/2021.

¹⁵ См. подробнее: Рожкова М. А. Комментарий к статьям 128 и 152.1 ГК РФ // Гражданский кодекс Российской Федерации. Постатейный комментарий к главам 6-12 / под ред. Л. В. Санниковой. М.: Статут, 2014.

изображение не является основным объектом использования (подп. 2 п. 1 ст. 152.1 ГК РФ), или при съемке, в рамках которой изображенное лицо позировало за плату (подп. 3 п. 1 ст. 152.1 ГК РФ).

В контексте проведения профессиональных фотосъемок важно отметить, что модель (позирующее лицо) вправе распорядиться правами на получившееся фотографическое изображение (дать согласие на его обнародование и иное использование), однако закон не предусматривает право изображенного лица впоследствии отозвать свое согласие. Вместе с тем, как следует из положений п. 1 ст. 152.1 ГК РФ и подтверждается судебной практикой¹⁶, если факт позирования за плату подтверждается соответствующими доказательствами, использование изображений без предварительного получения согласия модели является правомерным.

Применительно к комментируемому делу для разрешения вопроса о правомерности использования изображений граждан (не фотографических произведений как объектов авторского права) важно определить, какого рода съемка сотрудников Центра была проведена ИП. В случае осуществления портретной съемки необходимо понимать, было ли получено согласие сотрудников на проведение фотосъемки в целях дальнейшего обнародования полученных снимков. Если сотрудникам были известны цели проведения фотосъемки (и данное обстоятельство подтверждается имеющимися у Центра материалами), о согласии на дальнейшее обнародование могут свидетельствовать конклюдентные действия изображенных на снимках лиц — собственно само позирование. Если изображенным на фотоснимках лицам выплачено вознаграждение за участие в проведении фотосъемки, то получение согласия на дальнейшее использование изображений вовсе не является обязательным условием для правомерности осуществленного обнародования. Вместе с тем правомерность использования изображений граждан не означает правомерность использования

фотографических произведений (как объектов авторского права) при отсутствии согласия правообладателя.

Учитывая, что ст. 152.1 ГК РФ помещена в главу Кодекса, посвященную нематериальным благам, данную статью можно расценивать как направленную на ограничение вмешательства в частную жизнь в целом. Следует отметить, что неприкосновенность частной жизни может быть нарушена даже в случае распространения фотоснимков, никоим образом не порочащих честь и достоинство гражданина, но информирующих о моментах его частной (личной) жизни. В частности, к сведениям о частной жизни может относиться информация о месте работы. Указанное означает, что размещение фотоснимков сотрудников на сайте их работодателя является распространением информации о месте работы изображенных на снимках лиц, что относится к их частной жизни. Данное обстоятельство дополнительно обосновывает установленное ст. 152.1 ГК РФ требование об обязательном получении согласия изображенного гражданина на использование его изображения, а в соответствующих случаях — согласия иных лиц, прямо названных в законе.

Таким образом, положения ст. 152.1 ГК РФ устанавливают правила обнародования и дальнейшего использования различных изображений гражданина (фотографий, видеозаписей, произведений изобразительного искусства), на которых запечатлено частное лицо в определенный момент времени. Поскольку ст. 152.1 ГК РФ прямо закрепляет, что субъект изображения вправе предоставить иному лицу право на использование своего фотоизображения, можно говорить о легализации для гражданина возможности распорядиться правом на свое изображение, в том числе и на возмездной основе. То есть в контексте ст. 152.1 ГК РФ речь идет о введении в гражданский оборот права на изображение гражданина, а не произведения, содержащего в себе такое изображение.

Следует подчеркнуть, что ранее действовавшее российское законодательство содержало сходную по содержанию статью — ст. 514 ГК РСФСР (1964). Данная статья входила в разд. IV «Авторское право»

¹⁶ См., например, Апелляционное определение Московского городского суда от 24 ноября 2014 г. по делу № 33-46886.

и должна была решить вопросы, которые воспроизведены в ее названии — «Охрана интересов гражданина, изображенного в произведении изобразительного искусства», то есть вопросы, возникающие при обнаружении и распространении произведения (как объекта авторского права). Так, ранее действовало следующее правило: «Опубликование, воспроизведение и распространение произведения изобразительного искусства, в котором изображено другое лицо, допускается лишь с согласия изображенного, а после его смерти — с согласия его детей и пережившего супруга. Такое согласие не требуется, если это делается в государственных или общественных интересах либо изображенное лицо позировало автору за плату». Иными словами, использование произведений, содержащих изображения граждан, зависело от получения согласия изображенного в соответствующем произведении лица.

По сути действующее регулирование сводится к аналогичному принципу: даже в случае наличия исключительного права на произведение, содержащее изображение гражданина, опубликование, распространение и любое другое использование подобного произведения возможны только при получении согласия изображенного лица на такое использование.

Как следует из приведенного судом в качестве обоснования принятого решения п. 47 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23 июня 2015 г. № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации», согласие, предоставляемое гражданином в порядке ст. 152.1 ГК РФ, может содержать условия (порядок и пределы) обнаружения и использования соответствующего изображения, которые могут охватывать допустимые срок и способы его использования. В случае предоставления согласия на обнаружение и использование изображения в устной форме или путем совершения конклюдентных действий таким согласием охватывается использование изображения в том объеме и в тех целях, которые явствуют из обстановки, в которой оно совершалось.

Иными словами, как следует из указанных разъяснений Верховного Суда РФ, письменная форма не является обязательной для предоставления гражданином согласия на использование его изображения. Вместе с тем необходимо подчеркнуть практическую важность получения подобного согласия именно в письменном виде: в случае возникновения спора (предъявления лицом претензии о неправомерном использовании его изображения) данное им в письменной форме согласие может служить достаточным доказательством правомерности оспариваемых действий. Если же согласие не было оформлено в качестве документа и не предоставлено иным образом в письменной форме (например, в качестве согласительного сообщения по любым средствам связи), доказать согласие лица на обнаружение или иное использование его изображения может быть затруднительно, а в некоторых случаях такие доказательства не могут быть однозначными (остаются оспоримыми). Вместе с тем следует еще раз дополнительно подчеркнуть, что отсутствие согласия лица на использование его изображения не препятствует возникновению исключительного права у автора фотоснимков, однако ограничивает действительные возможности автора (правообладателя) использовать такое произведение.

В контексте комментируемого дела также важно отметить, что администрирование доменного имени akson-mc.ru Центром не может неоспоримо свидетельствовать о размещении спорных фотоснимков на веб-сайте именно Центром.

Выдвигая доводы о наличии у ИП доступа администратора к веб-сайту Центра и группам Центра в социальных сетях в спорный период, Центру следовало основательнее подготовить доказательную базу, подтверждающую заявленную позицию. Как отметил суд первой инстанции, представленные в материалах дела скриншоты файлового каталога сайта Центра не подтверждают того обстоятельства, что действия по размещению спорных фотографий выполнялись непосредственно ИП, а не от его имени иным лицом, использующим интернет-профиль (аккаунт) администратора сайта (групп в социальных сетях). Поскольку у Центра имелся доступ к своему веб-сайту и средствам

электронной проверки истории размещения файлов на сайте, именно эти средства могли бы послужить доказательством размещения спорных фотографий на сайте именно ИП, что освобождало бы Центр от ответственности за нарушение исключительных прав ИП. Между тем такого рода доказательства Центром представлены не были.

4. В апелляционной и кассационной жалобах Центр указывал на необходимость применения к рассматриваемому спору принципа исчерпания прав, ссылаясь на то, что передача материального носителя осуществлялась самим истцом ответчику и третьим лицам. Следствием этого, по мнению Центра, должен стать вывод об отсутствии нарушения исключительных прав ИП.

Между тем, как справедливо отметил Суд по интеллектуальным правам, принцип исчерпания прав не подлежит применению в рамках комментируемого дела. Это связано с тем, что исчерпание исключительного права на авторское произведение является одним из предусмотренных законом случаев свободного использования (ст. 1272 ГК РФ), и его применение возможно только в установленных законом случаях (п. 96 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23 апреля 2019 г. № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации»).

Как следует из положений ст. 1272 ГК РФ, если оригинал или экземпляры произведения правомерно введены в гражданский оборот на территории Российской Федерации путем их продажи или иного отчуждения, дальнейшее распространение оригинала или экземпляров произведения допускается без согласия правообладателя и без выплаты ему вознаграждения, за исключением случая пользования автором правом следования. Обосновывая неприменимость указанного принципа к комментируемому делу, Суд по интеллектуальным правам обратил внимание на следующее: «данный принцип предусматривает возможность участия в гражданском обороте именно экземпляра произведения, правомерно введенного в этот оборот, без дальнейшего согласия правообладателя, не наделяя участников гражданского оборота правом по своему усмотрению использовать сам результат

интеллектуальной деятельности (а не его экземпляр на материальном носителе) без выплаты вознаграждения правообладателю»¹⁷.

Говоря о применении принципа исчерпания прав на результаты интеллектуальной деятельности, необходимо разграничивать два существующих варианта «материализации» (объективизации) этих результатов¹⁸.

«Первичное материальное воплощение», как правило, необходимое для объективизации результата интеллектуальной деятельности и, соответственно, установления его правовой охраны, может быть осуществлено в виде автографа (рукописного варианта литературного или научного произведения), записи на флеш-накопителе или жестком диске компьютера (это характерно в настоящее время для большинства произведений), чертежа на ватмане (если речь идет об изобретении), рисунка (если речь идет о произведении изобразительного искусства) и проч. Материальные носители, подпадающие под категорию закрепляющих «первичное материальное воплощение», могут быть переданы одним лицом другому в качестве индивидуально-определенной вещи.

«Вторичное материальное воплощение» имеет место в случаях, когда результаты интеллектуальной деятельности, получившие правовую охрану в качестве объектов интеллектуальных прав, воспроизводятся в материальных носителях, например, для целей купли-продажи или иного введения в гражданский оборот этих носителей в качестве товаров (родовых вещей).

Таким образом, в отличие от рукописного экземпляра романа, являющегося индивидуально-определенной вещью, в которой воплощено литературное произведение («первичное материальное воплощение»), бумажные экземпляры этого романа, выпущенные в свет

¹⁷ Постановление Суда по интеллектуальным правам от 3 февраля 2022 г. № C01-2382/2021 по делу № А57-213/2021.

¹⁸ См.: Рожкова М. А. О некоторых вопросах оборота исключительных прав и материальных носителей объектов интеллектуальной собственности // Журнал российского права. 2014. № 9. С. 5-11.

издательством, есть родовые вещи, в которых воплощено то же самое литературное произведение («вторичное материальное воплощение») и выступающие в качестве товара. Принцип исчерпания прав применим только ко второму случаю: приобретение читателем бумажного экземпляра романа, правомерно введенного в оборот, позволяет ему свободно использовать приобретение.

В комментируемом деле передача экземпляров фотографий на флеш-накопителе не может рассматриваться как введение этого накопителя в оборот в качестве товара, вследствие чего является верным вывод Суда по интеллектуальным правам о неприменимости принципа исчерпания прав к данному делу.

II. ПРИМЕНЕНИЕ АРБИТРАЖНЫМИ СУДАМИ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА О ЗАКУПКАХ

Беляева О. А.,

главный научный сотрудник отдела гражданского законодательства и процесса, заведующий кафедрой частноправовых дисциплин ИЗИСП, доктор юридических наук, профессор РАН

Планирование при отсутствии потребности в закупке инновационной, высокотехнологичной продукции и лекарственных средств

(постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 25 ноября 2021 г. по делу № А45-3878/2021)

Департаментом финансов и налоговой политики Мэрии города Новосибирска была проведена выездная плановая проверка деятельности по осуществлению закупок муниципального автономного общеобразовательного учреждения города Новосибирска «Образовательный центр — гимназия № 6 «Горностай» (далее — гимназия, учреждение).

В ходе проведения проверки было выявлено нарушение при планировании закупок.

В соответствии с ч. 3 ст. 4 Федерального закона от 18 июля 2011 г. № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее — Закон о закупках) план закупки инновационной продукции, высокотехнологичной продукции, лекарственных средств размещается заказчиком в единой информационной системе на период от пяти до семи лет. Часть 14 Положения о размещении в единой информационной системе информации о закупке, утвержденного постановлением Правительства РФ от 10 сентября