

Вопросы, связанные с определением критериев творческой деятельности на примере фотографических произведений

На заседании Научно-консультативного совета при Суде по интеллектуальным правам, которое состоится 16 февраля 2024 г. в рамках XII Международного юридического форума «Правовая защита интеллектуальной собственности: проблемы теории и практики» на базе Московского государственного юридического университета им. Кутафина, предлагается обсудить следующие вопросы.

1. Какие обстоятельства могут учитываться при анализе охраноспособности фотографических произведений? При каких обстоятельствах можно считать, что при создании фотографии реализовывались творческие способности автора, в фотографии отражена его личность?

2. Зависит ли охраноспособность фотографий как объектов авторского права от цели и момента их создания, от объекта и средств съемки? Какие особенности следует учитывать при оценке охраноспособности, в частности фотографий:

а) событий, образующих информационный повод (например, авария, стихийные бедствия и т.п.), спортивных или культурных мероприятий (футбольный матч, празднование дня города и т.п.);

б) товаров для продажи онлайн, рекламы и т.п.;

в) созданных с помощью аппарата, настроенного на автоматическую съемку, например природы (если да, то в чем разница такой съемки природы и съемки видеорегистратора);

г) полученных в рамках медицинских исследований, в том числе с помощью диагностического оборудования (рентген, компьютерная томография и т.п.);

д) созданных органами государственной власти в ходе выполнения публичных функций (например, правоохранительными органами) или подведомственными им учреждениями (например, судебными экспертами);

е) достопримечательностей, запечатленных с часто используемых ракурсов;

ж) двухмерных объектов изобразительного искусства (живопись, графика);

з) документов.

3. Как определить количество объектов авторского права при создании фотографий в режиме серийной съемки, когда указанные фотографии не имеют видимых различий/практически идентичны, или при создании фотографий в рамках одного творческого процесса в одно время, в отношении одного объекта съемки (например, товара)?

4. Какие обстоятельства следует учитывать при установлении авторства фотографического произведения? Какая деятельность при

создании фотографий является творческой и дает основание для признания авторства? Например, за кем следует признать авторские права, если

лицо предоставило фотоаппарат с установленными этим лицом настройками, но фиксацию объекта съемки осуществляет другое лицо (нажатие на затвор камеры);

лицо управляло беспилотным летательным аппаратом, выполняющим техническую функцию подъема фотокамеры на определенную высоту и нажатие с помощью пульта управления на затвор фотокамеры, а другое лицо выбрало место, время ведения и угол съемки, освещение;

камера принадлежит одному лицу, оно выбирает ракурс съемки, осуществляет контроль за съемочным процессом, но фиксацию осуществляет другое лицо.

5. Возникает ли самостоятельное исключительное авторское право на фотографию, созданную по образцу другой фотографии, т.е. фотограф выбирает тот же объект съемки, подбирает параметры, ракурс, настройки камеры исходя из имеющейся фотографии, созданной другим лицом?

В приложении представлены срез российской судебной практики (раздел I) и иностранные подходы по оценке творческого характера фотографий (раздел II).

I. Срез российской судебной практики

Преамбула

В соответствии с пунктом 1 статьи 1259 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ) объектами авторских прав являются произведения науки, литературы и искусства независимо от достоинств и назначения произведения, а также от способа его выражения.

К числу объектов авторских прав, помимо прочего, отнесены фотографические произведения и произведения, полученные способами, аналогичными фотографии (пункт 1 статьи 1259 ГК РФ).

Как разъяснено в пункте 80 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 23.04.2019 № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» (далее – Постановление № 10), при разрешении вопроса об отнесении конкретного результата интеллектуальной деятельности к объектам авторского права судам следует учитывать, что по смыслу статей 1228, 1257 и 1259 ГК РФ в их взаимосвязи таковым является только тот результат, который создан творческим трудом. Пока не доказано иное, результаты интеллектуальной деятельности предполагаются созданными творческим трудом. 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.

При этом в определении Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации от 27.04.2021 № 5-КГ21-14-К2 отмечено, что при создании произведений должны реализовываться творческие способности автора, в них должна отражаться личность автора.

В силу пункта 5 статьи 1259 ГК РФ не охраняются авторским правом идеи, концепции, принципы, методы, процессы, системы, способы, решения технических, организационных или иных задач, открытия, факты, языки программирования, геологическая информация о недрах. Так, авторским правом не охраняются шахматная партия, методики обучения.

Творческий характер создания произведения не зависит от того, создано произведение автором собственноручно или с использованием технических средств. Вместе с тем результаты, созданные с помощью технических средств в отсутствие творческого характера деятельности человека (например, фото- и видеосъемка работающей в автоматическом режиме камерой видеонаблюдения, применяемой для фиксации административных правонарушений), объектами авторского права не являются.

Таким образом, в указанном разъяснении Верховного Суда Российской Федерации установлена презумпция наличия творческого начала при создании объекта авторского права, которая может быть опровергнута

при рассмотрении конкретного дела применительно к соответствующему произведению.

Творческая деятельность

1.1. Под творческой деятельностью фотографа в практике понимаются различные действия по созданию результата интеллектуальной деятельности: выбор экспозиции, размещение объекта фотоснимка в пространстве, выбор собственной позиции для совершения фотосъемки, установка света и/или адаптация своего местонахождения и места нахождения объекта фотосъемки под имеющееся освещение, подбор световых фильтров для объектива, установка выдержки затвора, настройка диафрагмы, настройка резкости кадра, проявление фотопленки (для пленочных фотоаппаратов), проявление фотографий (для пленочных фотоаппаратов), обработка полученного изображения при помощи специальных компьютерных программ (для цифровых фотоаппаратов) (*постановления Суда по интеллектуальным правам от 03.02.2022 по делу № А57-213/2021, от 28.03.2023 по делу № А56-68029/2022, от 20.01.2023 по делу № А32-15681/2022, от 03.07.2023 по делу № А56-89706/2022, от 31.05.2023 по делу № А63-10133/2022, от 26.09.2022 по делу № А56-105939/2021 и др.*).

1.2. На настоящий момент в практике судов доминирует подход, согласно которому процесс создания любой фотографии или видеозаписи является творческой деятельностью, поскольку представляет собой фиксацию с помощью технических средств различных отражений постоянно изменяющейся действительности (т.е. творчество усматривается в том числе в выборе момента, нуждающегося в фотографировании) (*постановления Суда по интеллектуальным правам от 06.09.2023 по делу № А25-1999/2022, от 17.05.2023 по делу № А13-6781/2022, от 16.10.2023 по делу № А40-214168/2022 и др.*).

Требования законодательства в части наличия творческого начала предъявляются к труду автора (по смыслу статей 1228, 1257 и 1259 ГК РФ), а не к объекту авторского права (*постановление Суда по интеллектуальным правам от 07.09.2021 по делу № А40-139746/2020*).

В основном вывод о наличии творческого характера фотографий делается судами исходя из того, что ответчиком не опровергается презумпция творческого характера фотографических произведений, созданных истцом (*постановления Суда по интеллектуальным правам от 27.06.2023 по делу № А55-31429/2021, от 29.12.2022 по делу № А74-13573/2021, от 11.02.2022 по делу № А40-96272/2020, от 03.02.2022 по делу № А57-213/2021, от 11.08.2015 по делу № А40-15537/2012 и др.*).

2. Обстоятельства, которые суды признали не опровергающими охраноспособность фотографии

2.1. Фотография не обрабатывалась автором

Довод ответчика о том, что автором не обрабатывался фотоснимок,

содержащий изображение города Челябинска, был отклонен как не опровергающий наличие творческого характера труда фотографа (*постановление Суда по интеллектуальным правам от 07.09.2021 по делу № А40-139746/2020*).

2.2. Автор фотографии не изменял стандартные настройки фотоаппарата

Суд кассационной инстанции не согласился с выводом суда апелляционной инстанции, который указал, что при детальном рассмотрении фотографии мужчины за рулем автомобиля, держащего в руке бутылку с алкогольным напитком, видны лишь автофиксация события и типовая настройка резкости и яркости изображения, что не является творческим трудом и не входит в перечень действий творческой направленности (*постановление Суда по интеллектуальным правам от 06.09.2023 по делу № А25-1999/2022*).

2.3. Фотографическое произведение получено в нарушение законодательства Российской Федерации

Доводы ответчика о получении объектов авторских прав (видеоролика с изображением природы, кадры которого впоследствии неправомерно использовались ответчиком) с нарушением законодательства Российской Федерации о беспилотных воздушных судах суд признал несущественными и необоснованными (*постановление Суда по интеллектуальным правам от 08.08.2022 по делу № А40-167756/2021*).

2.4. Ракурс съемки является часто используемым применительно к этому объекту

Суды апелляционной и кассационной инстанций отвергли выводы суда первой инстанции о том, что спорная фотография не является результатом творческого труда фотографа, поскольку использованный ракурс фотографии является одним из наиболее часто встречающихся ракурсов, используемых для запечатления изображенного на фотографии арт-объекта (*постановление Суда по интеллектуальным правам от 30.10.2017 по делу № А40-239418/2016*).

3. Обстоятельства, которые суды признали опровергающими охраноспособность фотографии

3.1. Фотография получена в результате технической фиксации объекта

Судом первой инстанции было установлено, что спорные фотографии промышленной мебели в виде стоек для баллонов не являются результатом творческой деятельности, поскольку представляют собой техническую фиксацию объекта промышленного производства (указанный вывод не оспаривался в суде кассационной инстанции) (*постановление Суда по интеллектуальным правам от 03.12.2020 по делу № А45-31826/2019*).

3.2. Фотография получена в результате автоматической работы устройств, без контроля лица за процессом создания фотографии

Суды первой и апелляционной инстанций указали, что, поскольку спорные фотографии с изображением истцов сделаны ими не самостоятельно, а с помощью фотобудки, автоматическим способом, без их участия, нет оснований для признания таких фотографий объектами авторского права (*апелляционное определение Псковского областного суда от 05.03.2019 по делу № 33-382/2019*).

4. Обстоятельства, которые по-разному оценивались судами

4.1. Фотографии объектов, размещенных в местах, открытых для посещения

4.1.1 Охраноспособность фотографии была опровергнута, поскольку имеется возможность многократного воспроизведения фотографии неопределенным кругом лиц в отсутствие специальной постановки кадра или применения профессиональных фотографических навыков.

Как указал суд первой инстанции, спорная фотография архитектурного объекта в городе Таллине содержала сведения о городской панораме и не является профессиональным результатом труда автора и объектом авторского права.

Съемка объекта была произведена лицом непосредственно на месте его расположения, так как объект находится на открытой для публичной съемки местности, с учетом имеющейся фототехники. Фотограф не выбирает и не контролирует ни качество съемки, ни ракурс, ни освещение, ни наполнение кадра, ни фон и/или контекст съемки, ни поведение объектов съемки и прочие условия, а лишь стремится зафиксировать сооружение, осуществляя такую фиксацию технически, без реализации художественного (творческого) замысла, с сугубо информационной целью.

Кроме того, возможность многократного воспроизведения спорной фотографии неопределенным кругом лиц исключительно техническим способом в отсутствие специальной постановки кадра или применения профессиональных фотографических навыков также подтверждает отсутствие творческого замысла.

Исходя из композиции идентичные фотографии могли выполнить несколько лиц вне зависимости друг от друга, находящиеся в сходном месте фотографирования и способные запечатлеть одинаковый ракурс города.

Таким образом, фотографируемый объект фиксируется на светочувствительном элементе фотоаппарата или иной фототехники в том состоянии, в котором он наблюдается лицом в момент съемки.

Суд апелляционной инстанции поддержал выводы суда первой инстанции (*постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 09.11.2022 по делу № А40-71752/2022*).

4.1.2. Охраноспособность фотографии не была опровергнута

Суд кассационной инстанции указал, что вывод суда первой инстанции о наличии идентичных фотографий арт-объекта, выполненных несколькими

лицами вне зависимости друг от друга, основан только на предположениях (*постановление Суда по интеллектуальным правам от 30.10.2017 по делу № А40-239418/2016*).

В другом деле суд апелляционной инстанции отверг доводы ответчика об отсутствии творческого характера спорной фотографии природных объектов, обоснованный возможностью многократного воспроизведения спорной фотографии неопределенным кругом лиц исключительно техническим способом в отсутствие специальной постановки кадра или применения профессиональных фотографических навыков (*постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 22.02.2023 по делу № А40-192022/2022*).

4.2. Фотография информационного характера

4.2.1. Охраноспособность фотографии была опровергнута в случаях, когда фотография носит информационный характер в рамках актуальной на момент ее съемки новости и является отчетом фоторепортера, получена без помощи специальных методов съемки и является беспристрастным описанием факта, а также не содержит элементов творчества; фотография снята в экстренной ситуации в условиях, предполагающих оперативное реагирование на происходящие события, в отсутствие какого-либо художественного замысла и без специальных методов съемки; цель съемки состоит в фиксации информации об актуальном событии.

Суд первой инстанции указал, что с учетом положений статьи 2 Бернской конвенции по охране литературных и художественных произведений от 09.09.1886 (далее – Бернская конвенция)¹ творческий процесс при создании фотографии кнопок лифта отсутствовал, поскольку фотография имеет только информационный характер в рамках актуальной на момент ее съемки новости о причинах неработающих лифтов (суды вышестоящих инстанций оставили решение суда первой инстанции в силе) (*постановление Суда по интеллектуальным правам от 08.11.2019 по делу № А41-101734/2018*).

Аналогичный подход был также применен в отношении фотографии стеклянного флакона и пластикового стакана, используемой в публикации об употреблении спиртосодержащих веществ лицами, злоупотребляющими алкоголем в качестве дешевого спиртного (*решение Арбитражного суда города Москвы от 09.01.2019 по делу № А40-241424*).

В другом деле суд первой инстанции указал, что фотография происшествия (обрушение моста) не содержит постановочного сюжета, не получена при помощи специальных методов съемки, а содержит исключительно сведения о событиях и носит новостной (информационный) характер, являясь, по сути, отчетом фоторепортера (суд апелляционной инстанции не оценивал указанные доводы) (*постановление Девятого*

¹ Согласно пункту 8 статьи 2 Бернской конвенции охрана, предоставляемая данной Конвенцией, не распространяется на новости дня или на различные события, имеющие характер простой пресс-информации.

арбитражного апелляционного суда от 07.06.2017 по делу № А40-174173/2016).

В *третьем* деле отсутствие творческого характера спорных фотографических произведений уже было установлено судами общей юрисдикции, а именно:

на спорных фотографиях изображены кадры проведения операции правоохранительных органов по выявлению и задержанию предполагаемого преступника, а также последствия применения предполагаемым преступником взрывного устройства;

фотографии сняты в экстренной ситуации в условиях, предполагающих оперативное реагирование на происходящие события, в отсутствие какого-либо художественного замысла и без применения художественных средств выразительности. При этом цель истца (в судебном разбирательстве суда общей юрисдикции; применительно к рассматриваемому в арбитражном суде деле – работник истца) при съемке исходя из характера зафиксированных событий, а также из обстоятельств съемки объективно состояла в достоверной документальной фиксации информации об актуальном событии, а не в создании произведения литературы, науки или искусства;

фотоматериалы являются результатом технической фиксации деятельности правоохранительных органов, были созданы без использования творческого труда и не могут быть признаны результатом интеллектуальной деятельности, подлежащим защите по правилам главы 70 ГК РФ;

фотоматериалы не содержат элементов творчества, представляют собой исключительно документальную информацию о событиях и фактах, являясь, по сути, отчетом фоторепортера.

Суды апелляционной и кассационной инстанции согласились с выводами суда первой инстанции (*постановление Суда по интеллектуальным правам от 03.12.2018 по делу № А40-125323/2017*).

4.2.2 Охраноспособность фотографии не была опровергнута, поскольку фотографии могут быть признаны объектами авторского права, если они являются результатами творческого труда, а не исключительно сообщением о фактах. Фиксация массового события не свидетельствует об отсутствии творческого подхода фотографа при создании фотографии.

Суд кассационной инстанции не согласился с выводами нижестоящих судов о том, что фотография мужчины за рулем автомобиля, держащего в руке бутылку с алкогольным напитком, несла только информационный характер, в рамках актуальной на тот момент новости, а творческий процесс труда при создании фотографии отсутствовал, поскольку из текста обжалуемых судебных актов не усматривается, на основании каких доказательств был сделан указанный вывод (*постановление Суда по интеллектуальным правам от 06.09.2023 по делу № А25-1999/2022*).

В *другом* деле суд кассационной инстанции со ссылкой на статью 2 Бернской конвенции указал, что сообщения, имеющие информационный

характер, могут относиться к объектам авторского права, если будет доказано, что в них присутствуют признаки творчества. Фотографии могут быть признаны объектами авторского права, если они являются результатами творческого труда, а не исключительно сообщением о фактах (*постановление Суда по интеллектуальным правам от 18.10.2023 по делу № А47-17005/2022*).

В еще одном деле суд кассационной инстанции поддержал выводы судов нижестоящих инстанций: то обстоятельство, что фотография является фиксацией события, не может свидетельствовать о наличии или отсутствии творческого характера ее создания (*постановление Суда по интеллектуальным правам от 07.09.2021 по делу № А40-139746/2020*).

В ином деле ответчик заявлял об отсутствии творческого подхода фотографа при создании фотографии, поскольку на ней запечатлено массовое скопление людей на мероприятии в информационном ракурсе, фотография сопряжена с фиксацией массового события. Суд кассационной инстанции отверг этот довод, указав, что он не может являться основанием для опровержения творческого подхода при создании спорной фотографии (*постановление Суда по интеллектуальным правам от 09.08.2021 по делу № А50-23517/2020*).

5. Другие вопросы, возникающие при рассмотрении судами споров о фотографиях

5.1. Можно ли признать сделанные одним автором в одно время несколько фотографий одного объекта (серию фотографий) одним результатом интеллектуальной деятельности?

В одном из дел суд кассационной инстанции указал, что фотографии могут быть квалифицированы как части одного произведения (серии фотографий), если они созданы в рамках одного творческого процесса, в одно время, в отношении одного объекта съемки, если автором не доказано, что конкретная фотография в серии носит иной творческий характер (при осуществлении указанных действий фотографом сделан иной творческий выбор) и поэтому является самостоятельным произведением (*постановление Суда по интеллектуальным правам от 31.03.2023 по делу № А56-99330/2021*).

5.2. При помощи каких средств доказывания может быть установлено авторство лица на фотографию?

Установить авторство конкретного лица могут только доказательства, подтверждающие факт создания произведения конкретным лицом (например, свидетельские показания, публикации, черновики, доказательства, основанные на установлении творческого стиля автора, и т.п.) (*постановления Суда по интеллектуальным правам от 25.01.2021 по делу № А76-40169/2018, от 01.02.2021 по делу № А40-70157/2020, от 22.04.2021 по делу № А40-19944/2020 и др.*).

При этом отсутствует исчерпывающий перечень доказательств авторства, например, об авторстве конкретного лица на фотографию может

свидетельствовать в числе прочего представлением этим лицом необработанной фотографии (пункт 110 Постановления № 10).

Наиболее распространенными средствами доказывания являются:

А. Исходные снимки в форматах RAW и JPEG (*постановления Суда по интеллектуальным правам от 25.05.2023 по делу № А66-5107/2022, от 16.06.2022 по делу № А40-156894/2020, от 12.07.2021 по делу № А43-29843/2020, от 04.05.2023 по делу № А60-51330/2022, от 21.07.2023 по делу № А19-6248/2020, от 31.05.2023 по делу № А63-10133/2022 и др.*).

При этом фотографии в формате RAW не могут являться единственным и определяющим доказательством авторства на спорную фотографию (*постановление Суда по интеллектуальным правам от 24.10.2022 по делу № А82-10506/2021*).

Б. Метаданные фотографий (EXIF) (*постановления Суда по интеллектуальным правам от 03.05.2023 по делу № А73-11658/2022, от 11.08.2023 по делу № А40-192022/2022, от 31.05.2023 по делу № А63-10133/2022 и др.*).

Доводы ответчика о том, что указанные данные могут быть изменены, в том числе информация об авторстве фотографии, как правило, отклоняются судом, поскольку ответчик не указывает конкретное лицо, которое, по его мнению, является автором и правообладателем спорного фотографического произведения (*постановления Суда по интеллектуальным правам от 24.03.2021 по делу № А23-7527/2019, от 11.08.2023 по делу № А40-192022/2022*), а также обстоятельства (признаки), указывающие на то, что в конкретном случае имело место изменение атрибутов файлов (*постановление Суда по интеллектуальным правам от 25.04.2018 по делу № А54-6521/2016*).

При этом сама по себе возможность внесения изменения в метаданные произведения в отсутствие доказательства фактического их изменения не опровергает авторство лица, указанного в таких данных, в отношении спорного произведения (*постановление Суда по интеллектуальным правам от 28.07.2021 по делу № А14-10041/2020*).

В. Нотариальный протокол осмотра доказательств (*постановления Суда по интеллектуальным правам от 11.10.2023 по делу № А25-2990/2021, от 21.07.2023 по делу № А19-6248/2020, от 03.07.2023 по делу № А56-89706/2022, от 23.03.2023 по делу № А75-154/2022 и др.*). В качестве доказательств, в отношении которых нотариусом составляются протоколы, выступают полноразмерные экземпляры фотографического произведения, метаданные фотографий, оригиналы исходных фотографических произведений в формате RAW.

Г. В некоторых случаях представляются непосредственно полноразмерные экземпляры фотографического произведения в высоком разрешении (*постановление Суда по интеллектуальным правам от 02.05.2023 по делу № А40-141765/2022*). Судом отдельно отмечается, что

только у автора спорное фотографическое произведение имеется в полномразмерном экземпляре, никакое иное лицо не сможет предъявить суду указанное фотографическое произведение в таком же либо в большем разрешении (размере). Полноразмерное фотографическое произведение невозможно получить путем копирования, в том числе и при копировании через интернет-систему. Такой формат можно получить только с оригинального носителя, и ввиду этого сам факт наличия у автора исходных фотографических произведений является бесспорным доказательством авторства (*постановления Девятого арбитражного апелляционного суда от 25.03.2020 по делу № А40-251531/2019, от 27.12.2022 по делу № А40-171159/2022*).

Д. Помимо этого, для доказывания авторства на фотографическое произведение могут использоваться распечатки данных с каких-либо сайтов, содержащих сведения о лицах, загрузивших эти фотографии на сайт, – блоги фотографов, сайты-портфолио (*постановления Суда по интеллектуальным правам от 12.07.2021 по делу № А43-29843/2020, от 09.06.2023 по делу № А71-12305/2022, от 22.12.2022 по делу № А42-1062/2022, от 16.08.2022 по делу № А32-1560/2022*).

Е. Принимается судами во внимание также внесудебная экспертиза, проведенная по инициативе предполагаемого автора фотографии в отношении метаданных фотографий и других технических характеристик файлов фотографий для целей установления автора (*постановления Суда по интеллектуальным правам от 09.06.2023 по делу № А71-12305/2022, от 15.09.2023 по делу № А40-276635/2022*).

Ж. Автор определяется на основании знака охраны (статья 1271 ГК РФ) и информации об авторском праве на экземпляре фотографии (пункт 1 статьи 1300 ГК РФ) (*постановления Суда по интеллектуальным правам от 15.09.2023 по делу № А40-276635/2022, от 22.06.2023 по делу № А83-6174/2022, от 09.09.2022 по делу № А40-246220/2021*).

5.3. Какая деятельность при создании фотографий является творческой и дает основание для признания авторства?

Автором является гражданин, чьим творческим трудом создано произведение (статья 1257 ГК РФ). В связи с этим наличие съемочного аппарата у истца, выбор им лучшего ракурса съемки, осуществление контроля за съемочным процессом, выполнением работ по созданию фото и видео не может являться основанием для признания его автором (*постановление Суда по интеллектуальным правам от 18.12.2023 по делу № А56-32829/2022*).

В другом деле функции истца при создании спорных фотографий сводились к управлению беспилотным летательным аппаратом, выполняющим техническую функцию подъема фотокамеры на определенную высоту и нажатие с помощью пульта управления на затвор фотокамеры, что, по мнению суда, не является творческим трудом. При этом выбор места и времени ведения съемки, угла съемки, освещения осуществлял

ответчик, суд признал указанную деятельность творческой, а ответчика – автором фотографий (*определение Второго кассационного суда общей юрисдикции от 05.11.2019 № 88-112/2019*).

II. Иностранные подходы по оценке творческого характера фотографий

США

Закон об авторском праве 1976 года (17 U.S.C. § 102 (2012)) определяет охраняемые авторским правом объекты как «оригинальные произведения автора, зафиксированные на любом материальном носителе». Чтобы определить, какие объекты охраняются авторским правом, суды обращают внимание на то, является ли произведение «оригинальным» и «зафиксированным». В одном из дел Верховный суд США установил, что критерий оригинальности считается соблюденным, если имеется «независимое творение» (т.е. объект не является копированием других произведений) и «капелька креативности» («independent creation plus a modicum of creativity»)².

Таким образом, для того чтобы получить охрану авторским правом, помимо того, что произведение должно быть создано автором самостоятельно, оно также должно обладать минимальным уровнем творчества. В деле *Feist Publications против Rural Telephone Service* Верховный суд США также указал, что оригинальность не означает новизну; произведение может быть оригинальным, даже если оно очень похоже на другие произведения, при условии, что сходство является случайным, а не стало результатом копирования чужой работы³.

В отношении фотографий минимальная степень творчества может означать даже незначительное выстраивание композиции. В одном из дел суд признал спорную фотографию охраняемой авторским правом и отметил творческий подход фотографа, проявившийся в размещении объекта съемки, в подборе «костюма, драпировок и других различных аксессуаров», а также в «расстановке света и тени». Суд отметил, что не все фотографии могут охраняться авторским правом, поскольку многие из них могут быть «простым механическим воспроизведением физических особенностей или очертаний какого-либо объекта, одушевленного или неодушевленного, и не предполагают ... оригинальности мысли или какой-либо новизны в интеллектуальной деятельности, связанной с его визуальным воспроизведением в форме изображения»⁴.

В рамках другого дела суд пришел к тому выводу, что процесс фотографирования пациента врачом (фотография выполненной стоматологической работы – рта пациентки) не включал в себя «творческий вклад». Суд пришел к такому выводу на основании показаний стоматолога о том, что он не помнил, сидела пациентка или стояла, когда он фотографировал ее, в каком положении она была, какую камеру он использовал, а также сделал собственный вывод о том, что (1) в достаточном освещении комнаты, где врач делал свои фотографии, нет ничего

² Дело *Feist Publ'ns v. Rural Tel. Serv. Co.*, 499 U.S. 340, 345 (1991).

³ Там же.

⁴ Дело *Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony*, 111 U.S. 53, 58 59 (1884).

творческого, (2) весь процесс фотографирования занял не более пяти минут, и (3) что выбор врачом ракурса для фотосъемки был простым. Однако окружной суд отменил решение суда первой инстанции, указав, что врач сфотографировал пациентку «до», когда она сидела в кресле стоматолога, и «после», когда она стояла перед фотоэкраном. В своих показаниях врач также пояснил, что только он выбирал тип камеры, которую использовать для съемки, и ракурс фото. При постановке снимка врач указал пациентке: смотреть прямо в камеру, а не под углом или в профиль, а также улыбаться, вместо того чтобы просто продемонстрировать зубы и десны. Он также решил сделать снимки крупным планом, вместо того чтобы снимать лицо пациентки анфас. Хотя суд первой инстанции пришел к выводу о том, что ракурс фотографии доктора являлся «самым элементарным и базовым», окружной суд отметил, что «оригинальность не означает новизну». Несмотря на то, что врач, возможно, не так тщательно подготовил пациентку к съемке и отрегулировал освещение, как это мог бы сделать профессиональный фотограф, это не означает отсутствие оригинальности фотографии, так как она должна обладать лишь минимальной степенью оригинальности. Кроме того, врач выбрал время и тематику фотографий, т.е. он сделал снимки до и после завершения процедуры косметической стоматологии. Тот факт, что фотографии предназначались исключительно для рекламы, никак не влияет на их охрану (*Mitchell A. Pohl, DDS v. MH Sub I LLC*, 407 F. Supp. 3d 1253 (2019)).

Аналогично фотографии мотоциклов, сделанные для рекламы, признаны в другом деле охраняемыми авторским правом, когда фотограф «принимал решения относительно освещения, соответствующего оборудования камеры и объектива, настроек камеры и использования белого фона» (*Latimer*, 601 F.3d at 1230, 1233-35 (2010)).

В ином деле суд указал, что авторское право охраняет оригинальное выражение идей, но охрана не распространяется на идеи как таковые и их неоригинальное (тривиальное) выражение. При этом суд сослался на ключевую теоретическую основу закона об авторском праве, согласно которой идеи не могут охраняться авторским правом⁵. Иными словами, в тех случаях, когда фотограф не вовлечен в создание самого объекта фотографирования, этот объект – будь то человек, здание, пейзаж или что-то еще – эквивалентен идее, которая должна быть в свободном доступе для всех (любой может фотографировать такой объект).

Хотя фотография может в качестве объекта съемки содержать «факт» общественной жизни или предмет общественного достояния, она все равно подлежит охране авторским правом, поскольку предполагает творческое самовыражение ее создателя; однако фотография ограничивается охраной только оригинальных элементов произведения. В связи с этим при оценке творческого характера (оригинальности) фотографии необходимо проводить «надлежащий анализ», включающий оценку авторского выражения при

⁵ Дело *Concrete Mach. Co. v. Classic Lawn. Ornaments, Inc.*, 843 F.2d 600, 606 (1988).

отображении действительности (исполнение). При анализе суд определяет, какие части произведения представляют собой оригинальное авторское выражение. Так, в рамках одного дела суд определил, какие элементы фотографии, по его мнению, являлись творческим выбором автора, благодаря которым фото подлежало охране. Фотография состояла в основном из сюжетов (т.е. «фактов»), в создании которых истец не принимал никакого участия, включая центральный элемент фотографии – дочь, катающаяся на спине отца, в связи с чем суд признал, что истец не мог претендовать на охрану элементов, в создании которых он не участвовал, – таких как поза, одежда, переносимые дочкой и отцом предметы, церковь или голубое небо. И хотя фотография все еще была в какой-то степени оригинальна, объем охраны был намного меньше, чем утверждал истец⁶.

Судебная практика США определяет три варианта оригинальности: оригинальное исполнение, оригинальность в выборе момента и оригинальность в создании объекта фотографирования.

1. Оригинальность в исполнении фотографии

В одном из дел суд указал, что «изобретательские усилия» фотографа в постановке объектов фотографирования, в выборе освещения, фильтров, ракурса, пленки и фотоаппарата, создание желаемого эффекта от фотографии соответствовали необходимому критерию творчества⁷.

2. Оригинальность в выборе момента съемки

Примером оригинальности в выборе момента съемки может быть фото, на котором изображен лосось, который как будто прыгает в разинутую пасть бурого медведя у водопада Брукс в национальном парке Катмай на Аляске⁸. Так, творческий характер фотографии может проявляться не только в выборе фотографом предмета съемки, угла съемки, освещения, но и в определении точного момента съемки, в который фотография произведена⁹.

3. Оригинальность в создании объекта фотографирования

Фотография может быть оригинальной в той мере, в какой фотограф создал саму «сцену или объект для фотографирования», т.е. композиция и стилизация объекта съемки также свидетельствуют об оригинальности (творческом характере) фотографии. Однако при определении наличия оригинальности в создании объекта съемки встает вопрос о разграничении идеи и ее выражения. Идея (в отличие от выражения идеи) авторским правом не охраняется. В основе всех произведений лежат идеи, но самовыражение автора начинается в момент авторской проработки, исполнения и приукрашивания его идей при их применении и реализации. Так, фотограф, сфотографировавший Майкла Джордана, прыгающего к баскетбольному кольцу для броска мяча, «не может защищать авторские права на саму позу и

⁶ Дело *Harney v. Sony Pictures Television, Inc.*, 704 F.3d 173 (2013).

⁷ Дело *Rogers v. Koons*, 960 F.2d 301, 307 (1992). Дело *Mannion v. Coors Brewing Co.*, 377 F. Supp. 2d 444, 455 (2005).

⁸ Данный пример приведен по мотивам дела *Mannion v. Coors Brewing Co.* 377 F.Supp.2d 444 (2006) // Copyright Law (Fisher 2014).

⁹ Дело *Kisch v. Ammirati & Puris Inc.*, 657 F.Supp. 380, 382 (1987).

тем самым запрещать другим фотографировать человека в той же самой позе»¹⁰; аналогично фотографии бутылки водки, сделанные в коммерческих целях, имели лишь слабую охрану авторским правом, защищающую фотографию только от полного ее копирования¹¹.

В деле *Mannion против Coors Brewing Co.* суд сделал противоположный вывод о том, что авторским правом охраняется не только фотография, но и, если фотография является постановочной, сама постановка, которая носит творческий характер и является не идеей, а ее выражением, что делает, например, фотографию человека в белой футболке и с большим количеством украшений охраняемой авторским правом¹². В таком случае охране будет подлежать и сам объект фотографирования. В случае если другое лицо сфотографирует того же человека в том же количестве украшений, в той же позе и т.д., данная фотография будет признана нарушающей авторские права первого фотографа¹³.

Фотографии произведений искусства

В рамках дела *Bridgeman Art Library, Ltd. против Corel Corp.* суд пришел к выводу об отсутствии авторских прав на фотографические диапозитивы, содержащие точное воспроизведение картин, находящихся в общественном достоянии. Несмотря на то что требуется много усилий и, возможно, экспертных знаний фотографа, включая решения о выборе камеры, объектива и пленки, работы были признаны копиями другого произведения. Такие фотографии лишены оригинальности, необходимой для возникновения авторского права, так как они являются простым фотографическим воспроизведением картин (на другом носителе) без какого-либо изменения, трансформации или дополнения оригинальными элементами. В фотографиях отсутствовали какие-либо отличительные черты, выделяющие их из ранее существовавших схожих произведений, т.е. при создании фотографии отсутствовал авторский творческий вклад¹⁴.

В другом деле суд признал фотографию скульптуры достаточно оригинальной для охраны авторским правом, поскольку она включала минимальный творческий подход к «выбору освещения, затенения, времени, ракурса и пленки» для снимка (*Leigh v. Warner Bros., Inc.*, 212 F.3d 1210, 1215 (2000)).

Европейский Союз (ЕС)

Согласно статье 6 Директивы ЕС о сроках охраны авторского права и определенных смежных прав, все государства-члены ЕС должны обеспечить охрану авторским правом любой фотографии, которая является

¹⁰ Дело *Rentmeester v. Nike, Inc.*, 883 F.3d 1111 (2018).

¹¹ Дело *Ets-Hokin v. Skyu Spirits, Inc.*, 323 F.3d 763 (2003).

¹² Дело *Mannion v. Coors Brewing Co.*, 377 F. Supp. 2d 444, 455 (2005).

¹³ Justin Hughes, The photographer's copyright – photograph as art, photograph as database // Harvard Journal of Law & Technology, Volume 25, Number 2 Spring 2012. URL: <https://jolt.law.harvard.edu/articles/pdf/v25/25HarvJLTech327.pdf>.

¹⁴ Дело *Bridgeman Art Library v. Corel Corp.*, 36 F. Supp. 2d 191 (1999).

оригинальной в том смысле, что она является личным интеллектуальным творением (intellectual creation) ее автора, и никакие другие критерии не могут применяться для определения права на охрану¹⁵. Как было разъяснено Судом ЕС в деле *Eva-Maria Painer против Standard Verlags GmbH and Others*, это означает, что всякий раз, когда фотография является результатом свободного и творческого выбора автора в выражении замысла фото, сделанного фотографом при подготовке, исполнении и/или отборе фотографии, она охраняется авторским правом¹⁶.

Так, в рамках данного дела суд указал, что объект интеллектуального труда автора охраняется авторским правом, если он отражает личность автора. Этот критерий соблюдается, если автор смог проявить свои творческие способности при создании произведения, сделав свободный и творческий выбор¹⁷.

При создании портретной фотографии автор может осуществлять свой свободный и творческий выбор несколькими способами и на различных этапах ее создания. На этапе подготовки фотограф может выбрать фон, позу объекта съемки и освещение. Делая портретную фотографию, он может выбрать обрамление, угол съемки и создаваемую атмосферу. Далее при выборе снимка фотограф может выбрать один из множества методов проявки или при необходимости использовать компьютерное программное обеспечение. Делая такой выбор, автор портретной фотографии может передать созданному произведению свою индивидуальность (personal touch). Следовательно, что касается портретной фотографии, то свобода, доступная автору для реализации своих творческих способностей, не обязательно будет незначительной или даже отсутствующей вовсе. В связи с этим портретная фотография может согласно законодательству ЕС охраняться авторским правом, если такая фотография является произведением, созданным творческим интеллектуальным трудом автора, отражающим его личность и выражающим его свободный и творческий выбор в создании этой фотографии (что в каждом конкретном случае определяет национальный суд)¹⁸.

Юридический советник при Суде ЕС по данному делу в своем заключении также указал, что в случае с фотографией наличие оригинальности означает, что фотограф использует имеющуюся у него свободу выбора выражения. Следовательно, определенная степень

¹⁵ Директива № 2006/116/ЕС Европейского парламента и Совета от 12 декабря 2006 года о сроке охраны авторского права и определенных смежных прав (Directive No. 2006/116/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on the Term of Protection of Copyright and Certain Related Rights) // URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX%3A32006L0116>.

Дело *Infopaq International v. Danske Dagblades Forening*, C-5-08, ECLI:EU:C:2009:465.

¹⁶ Дело *Eva-Maria Painer v. Standard Verlags GmbH and Others*, C-145/10, ECLI:EU:C:2011:798.

¹⁷ Объединенные дела *FA Premier League Ltd and Others v QC Leisure and Others* (C-403/08); и *Karen Murphy v Media Protection Services Ltd* (C-429/08), ECLI:EU:C:2011:631.

¹⁸ Директива № 2006/116/ЕС Европейского парламента и Совета от 12 декабря 2006 года о сроке охраны авторского права и некоторых смежных прав (Directive No. 2006/116/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on the Term of Protection of Copyright and Certain Related Rights) // URL: <https://www.wipo.int/wipolex/en/text/443262>

художественного качества или новизны не требуется. Не имеют также значения цель создания фотографии, затраты и себестоимость. Фотограф портретной съемки может определить среди прочего ракурс, положение и выражение лица изображаемого человека, фон, резкость и освещение. Иными словами, решающим фактором является то, что фотограф «оставляет свой след» на фотографии¹⁹.

Суд ЕС также указал, что оригинальность будет отсутствовать в случае, если авторское выражение обусловлено функциональными или техническими ограничениями, так как они могут оказать влияние на творческий выбор автора фотографии. Так, в одном из дел Суд ЕС рассматривал вопрос о том, когда «графический пользовательский интерфейс» подпадает под охрану как обычное произведение (в отличие от компьютерной программы). Суд указал, что оригинальность отсутствует там, где «выражение [компонентов] продиктовано их технической функцией», объяснив, что «критерий оригинальности не соблюдается, поскольку различные методы реализации идеи настолько ограничены, что идея и выражение становятся неразделимыми»²⁰. В другом деле Суд ЕС использовал эквивалентную аргументацию, чтобы объяснить, почему спортивные события не могут рассматриваться как интеллектуальные творения: «футбольные матчи, которые подчиняются правилам игры, не оставляют места для творческой свободы в целях авторского права», из-за ограничений, предусмотренных «правилами игры». Суд обратил внимание на то, что там, где творческий выбор сильно ограничен правилами или функциональными соображениями, результат такого труда вряд ли будет оригинальным²¹. Однако важно понимать, что только потому, что результат труда основан на технических правилах, не означает презумпцию, что он не подлежит охране. Ключевой вопрос всегда заключается в том, обладал ли автор творческой свободой и воспользовался ли он ею, чтобы отразить свою индивидуальность²². Как было сказано ранее, государства-члены ЕС самостоятельно определяют условия охраны авторских прав на фотографии.

Во Франции действует система, согласно которой фотографии охраняются, как и любое другое произведение, до тех пор, пока они имеют оригинальный характер. Французские суды применяют критерий оригинальности, разработанный Судом ЕС, и, следовательно, рассматривают вопрос о том, мог ли автор выразить свою личность в произведении, через «личные решения», проявляющиеся в конкретной форме выражения замысла автора. И напротив, презюмируется отсутствие оригинальности, если создание фотографии обусловлено техническими процессами, содержанием

¹⁹ Заключение юридического советника Трстеньяка от 12.04.2011 в деле *Eva-Maria Painer v. Standard VerlagsGmbH and Others*, C-145/10.

²⁰ Дело *Bezpečnostní softwarová asociace - Svaz softwarové ochrany v. Ministerstvo kultury*, C-393/09, ECLI:EU:C:2010:816.

²¹ Объединенные дела *Football Association Premier League Ltd and Others v. QC Leisure and Others* (C-403/08) и *Karen Murphy v. Media Protection Services Ltd* (C-429/08), ECLI:EU:C:2011:631.

²² Bently L. et al. *Intellectual property law*. – Oxford University Press, 2022. P. 108.

изображения, функциональными характеристиками или другими факторами, которые лишают автора свободы художественного выбора. Французское законодательство не предоставляет никакой охраны неоригинальным фотографиям, независимо от их содержания или технической ценности. Как следствие, например, фотографии документов, фото, сделанные папарацци, или фото спортивных мероприятий лишены охраны²³. Вместе с тем в отношении фотографий произведений искусства, в частности музейных объектов, существовала различная судебная практика²⁴.

В ряде стран, например в Германии, в Италии, «простые фотографии», к которым могут быть отнесены фотоснимки мероприятий, фотографии, созданные в автоматическом режиме, селфи, фотографии с камер наблюдения, медицинские снимки и подобные фотоработы, рассматриваются как объекты смежных прав²⁵.

Так, в Германии охраняются как оригинальные, так и неоригинальные фотографии. «Фотографические произведения», являющиеся «личным интеллектуальным творением» их автора, охраняются авторским правом в соответствии с § 2(1) Закона об авторском праве и смежных правах (UrhG)²⁶. Хотя оценка наличия «личного интеллектуального творения» осуществляется судами субъективно, в качестве характерных признаков произведения выделяют продуманную постановку и высокую степень индивидуальности²⁷. В качестве фотографических произведений охраняются фотографии, в которых автор с помощью целенаправленного использования одного или нескольких нижеуказанных средств выражения оказал влияние на результат отображения таким образом, что создал личное интеллектуальное творение. В качестве существенных средств выражения, имеющих в распоряжении автора, считаются: выбор определенного фрагмента, решение о фокусном расстоянии (которое определяет угол изображения), о глубине резкости через выбор диафрагмы, выбор формата съемки (который определяет разрешение изображения), выбор материала фиксации, которое влияет на выражение. Как правило, не охраняются авторским правом фотографии, которые представляют собой воспроизведение двухмерных объектов, например, картин, поскольку свобода выбора средств выражения относительно низкая.²⁸

Тем не менее в соответствии с немецким законодательством об авторском праве «простые фотографии», которые не соответствуют

²³ URL: <https://copyrightblog.kluweriplaw.com/2022/12/21/copyright-protection-of-photographs-a-comparative-analysis-between-france-germany-and-italy/>.

²⁴ Christophe Caron, *Droit d'auteur et droits voisin*, 5^e éd., LexisNexis, 2017, § 158.

²⁵ Бузова Н.В. Использование фотографий: как не нарушить права фотографа и иных правообладателей // Труды по интеллектуальной собственности (Works on Intellectual Property). 2023. Т. 46. № 3. С. 84–93.

²⁶ Urheberrechtsgesetz (Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte). Gesetz vom 09.09.1965. URL: <https://www.wipo.int/wipolex/ru/text/474263>

²⁷ Damian Kaufmann. Urheberrecht und Bildrechte einfach erklärt – Lichtbild oder Lichtbildwerk? / Zeilenabstand.net // URL: <https://www.zeilenabstand.net/urheberrecht-und-bildrechte-einfach-erklart-lichtbild-oder-lichtbildwerk/>.

²⁸ Wandtke/Bullinger, *Urheberrecht, Praxiskommentar* 2019, S.69-70.

требованию оригинальности исходя из § 2(1) UrhG, могут охраняться в рамках смежных прав на основании § 72 UrhG. Для этого не требуется никакого творческого подхода, а необходимо просто минимальное «личное интеллектуальное усилие» или «исключительно техническое усилие». Данный критерий соблюдается, если фотография не была скопирована и демонстрирует технические навыки автора²⁹. В случае «простых» фотографий объектом охраны является не творческое произведение, а, скорее, личное, техническое, экономическое и/или организационное исполнение, не имеющее творческого характера³⁰. В частности § 72 UrhG охватывает все любительские снимки, которые в повседневной жизни создаются с помощью автоматических камер и смартфонов. Кроме того, данная норма применима к фотографиям объекта или товара, т.е. чисто ремесленному изображению фотографируемого объекта, направленному на максимально точное воспроизведение оригинала³¹.

«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»³².

В Италии для охраны авторским правом фотография должна соответствовать общему порогу «оригинальности» в соответствии с указанным выше правовым подходом, установленным в праве ЕС.

Фотографии, которые не соответствуют порогу оригинальности, охраняются как объекты смежных прав. Согласно статье 87(1) Закона Италии об авторском праве «изображения лиц или аспектов, элементов или событий природной или общественной жизни, полученные фотографическими или аналогичными способами, включая репродукции произведений изобразительного искусства и кадры кинофильмов», охраняются смежным правом³³. Эта форма защиты не требует творческого подхода, а, скорее, фокусируется на технических навыках фотографа и на его способности запечатлеть конкретный момент, представленный на снимке. К этой

²⁹ URL: <https://copyrightblog.kluweriplaw.com/2022/12/21/copyright-protection-of-photographs-a-comparative-analysis-between-france-germany-and-italy/>.

³⁰ 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. URL: <https://doi.org/10.5771/9783748909620-42>.

³¹ Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, Praxiskommentar 2019, S.1483.

³² Рожкова М.А., Исаева О.В. Правовые режимы фотографии в российском праве // Журнал Суда по интеллектуальным правам. 2021, июнь. № 2 (32) С. 55–69.

³³ Legge 22 aprile 1941, n. 633 sulla protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio // URL: <https://www.wipo.int/wipolex/ru/text/585941>.

категории фотографий можно отнести снимки спортивных мероприятий, фоторепортажи и фотографии социальных/политических событий³⁴.

При этом фотографии документов, деловых бумаг, технических чертежей и аналогичных объектов не охраняются вовсе. Если это фотографии документации, которые предназначены для простого воспроизведения существующих объектов или документов, т.е. такие фотографии делаются для того, чтобы просто документировать конкретные объекты, без каких-либо заметных технических или профессиональных усилий со стороны фотографа, то в данном случае законодатель принял позицию, состоящую в том, что общественный интерес к информации превалирует над имущественным правом фотографа³⁵.

Швейцария

В швейцарском законодательстве до 2020 года (закон 2019 года) был принят достаточно высокий порог «индивидуального характера» (оригинальности) произведений, так что фотографии предметов как таковых и, в частности, музейных объектов не охранялись.

С 2020 года фотографии трехмерных объектов охраняются авторским правом, несмотря на отсутствие индивидуального характера (статья 2 пункт 3 bis Закона об авторском праве Швейцарии)³⁶.

³⁴ URL: <https://copyrightblog.kluweriplaw.com/2022/12/21/copyright-protection-of-photographs-a-comparative-analysis-between-france-germany-and-italy/>.

³⁵ Там же.

³⁶ Федеральный закон Швейцарии от 9 октября 1992 г. «Об авторском праве и смежных правах», URL: <https://www.wipo.int/wipolex/ru/legislation/details/19679>.