



Н.И. Капырина,

*docteur en droit (соответствует степени кандидата юридических наук),
доцент кафедры интеграционных процессов МГИМО (У) МИД России,
член редакционной коллегии Журнала Суда по интеллектуальным правам*

Судебная практика показывает, как сложные с точки зрения теории вопросы зачастую решаются при помощи процессуальных механизмов или отесняются другими вопросами, в отношении которых подходы более развиты, а значит меньше рисков правовой неопределенности. Судебная практика также учит гибкости, если не сказать смирению, поскольку идеальные решения с точки зрения теории не могут быть достигнуты в силу множества обстоятельств, зависящих от фабулы дела, процессуального поведения сторон или несовершенства тех или иных аспектов законодательства. «Право – это не тот абсолютизм, о котором мы нередко мечтаем. Несомненно, право – твердь, но люди гнут его во все стороны, подчиняя своим интересам, своим фантазиям, даже своей мудрости. Гибкое право, право без строгости. Стоит ли на это сетовать? Может быть, хорошо, что право – это не дубина, не скипетр, каким мы хотели бы его видеть...»¹.

Между тем все больше значимых вопросов в сфере защиты интеллектуальных прав не только требуют разрешения, но и находят его в практике Конституционного Суда Российской Федерации, в разъяснениях Верховного Суда Российской Федерации. За последние несколько месяцев ряд ключевых вопросов был освещен в тематических и ежеквартальных обзорах Верховного Суда Российской Федерации, в частности в Обзоре судебной практики рассмотрения гражданских дел, связанных с нарушением авторских и смежных прав в информационно-телекоммуникационной сети Интернет, от 29 мая 2024 г. Вспомним также Обзор судебной практики по делам, связанным с оценкой действий правообладателей товарных знаков, от 15 ноября 2023 г. Эти позиции еще ожидают научных комментариев, надеемся, на страницах этого Журнала, и дальнейшего применения на практике, что в свою очередь даст почву для новых статей и обзоров.

В данном весеннем номере следует остановиться на одном вопросе, который относится не к материальному праву, а к процессу. Своими разъяснениями в первом квартальном обзоре за 2024 год. Верховный Суд Российской Федерации «вдохнул» эффективность в механизм, который законодателю было предписано создать по указанию Конституционного Суда Российской Федерации. Речь идет о порядке возмещения расходов, понесенных при оспаривании решений Роспатента или иного органа исполнительной власти в отношении предоставления правовой охраны объектам промышленной собственности².

¹ J. Carbonnier, *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, 6e éd. LGDJ, Paris, 1988 p. 379.

² Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 1 (2024), утв. постановлением Президиума Верховного Суда Российской Федерации от 29.05.2024.

С точки зрения справедливости возможность возмещения расходов, понесенных в ходе квазисудебных процедур в Палате по патентным спорам, представляется достаточно очевидной, поскольку ведение дела об оспаривании выдачи патента или регистрации средства индивидуализации требует от сторон немалых затрат. Как «отбившийся» от возражений правообладатель, так и тот, благодаря кому реестр был очищен от неохраняемого объекта, заслуживают того, чтобы делать это не за свой счет. Вместе с тем при отсутствии необходимого механизма в законодательстве и подзаконных актах и невозможности применения правил арбитражного процесса к административной процедуре такое возмещение было проблематичным.

Если кратко описывать предысторию, то в 2023 году Конституционным Судом Российской Федерации было выявлено нарушение права на судебную защиту из-за отсутствия «эффективного механизма» возмещения лицу, участвующему в деле об оспаривании решения Роспатента, расходов, понесенных им в связи с рассмотрением возражения против выдачи патента на изобретение³. В постановлении № 1-П был установлен временный порядок, применимый до внесения соответствующих поправок в закон арбитражным судом, в случае, если решение Роспатента оспаривается в судебном порядке.

В 2024 году законодатель дополнил пункт 2 статьи 1248 ГК РФ абзацем вторым⁴, в котором установлен несколько иной механизм, чем предполагал временный порядок.

Например, Конституционный Суд Российской Федерации указал, что расходы «могут быть отнесены (...) на проигравшую сторону», тогда как закон определил, что возмещение получает сторона спора, «в чью пользу» Роспатент или иной орган исполнительной власти, принял решение.

Конституционный Суд Российской Федерации отметил необходимость распределения расходов «с учетом результатов предшествующего административного разбирательства», при этом суд должен руководствоваться «правилами(и) возмещения судебных расходов, предусмотренными арбитражным процессуальным законодательством, исходя из универсальных принципов разумности и пропорциональности распределения таких расходов». В новой редакции п. 2 ст. 1248 ГК РФ из положений ст. 110 АПК РФ прямо заимствовано положение о том, что в случае частичного удовлетворения требований, «расходы подлежат возмещению стороне спора пропорционально объему удовлетворенных требований». Также дан детализированный, но открытый перечень подлежащих возмещению расходов.

Законодательное закрепление механизма распределения расходов не решило центральную проблему: законодатель не уточнил, какой орган и в каком порядке принимает решение о возмещении расходов, в каком по-

³ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 10.01.2023 № 1-П «По делу о проверке конституционности статьи 15 и пункта 2 статьи 1248 Гражданского кодекса Российской Федерации, статьи 106 и части 1 статьи 110 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобой общества с ограниченной ответственностью «НИКА-ПЕТРОТЭК».

⁴ Федеральный закон от 30.01.2024 № 4-ФЗ «О внесении изменения в статью 1248 части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации».

рядке рассматриваются споры, возникающие в результате принятия такого решения.

Пробел был восполнен благодаря разъяснениям Верховного Суда, содержащимся в первом квартальном обзоре за 2024 г. Теперь сторона, в пользу которой было вынесено решение административного органа (правообладатель, чей товарный знак или патент был сохранен, или податель возражения, если регистрация была признана недействительной) сможет обратиться в суд в исковом порядке с требованием о возмещении расходов. Компетентным судом в данном случае будет являться арбитражный суд, определяемый по общим правилам территориальности – по адресу ответчика (ст. 35 АПК РФ), а Суд по интеллектуальным правам будет выступать в качестве суда кассационной инстанции. Если же решение административного органа по результатам подачи возражения оспаривается в Суде по интеллектуальным правам, то арбитражный суд, в который подан иск о возмещении расходов, если ему станет известно о таком оспаривании, приостанавливает производство.

Ввиду новой специальной нормы в ст. 1248 ГК РФ требование о возмещении расходов больше не будет приравнено к требованию о возмещении убытков, в чем видел проблему Конституционный Суд Российской Федерации. Верховный Суд Российской Федерации разъяснил, что «сторона, заявляющая требование о возмещении расходов, должна доказать факт их несения, а также связь между понесенными расходами и спором, рассмотренным федеральным органом исполнительной власти с ее участием», т.е. отсечена необходимость доказывать противоправность и вину в действиях стороны, повлекшей убытки.

Если административный орган оставил регистрацию в силе или полностью аннулировал патент или правовую охрану товарного знака, вопрос о том, в чью пользу вынесено решение, кажется очевидным – возмещение расходов положено выигравшей стороне. В сложившейся ситуации подача иска в арбитражный суд необходима в связи с тем, что административный орган не наделен правом выдавать исполнительные документы. Конечно, наделение административного органа полномочиями по вынесению решений о возмещении расходов привело бы к упрощению процедуры и прохождению меньшего числа ступеней для сторон. Потенциальные споры о размере расходов могли бы быть решены установлением максимальных, при этом нефиксированных ставок, которые бы позволили заранее знать, во что может «вылиться» тот или иной исход административного спора.

Сложнее обстоит дело, если требования стороны удовлетворены административным органом частично. Согласно последнему предложению абзаца второго п. 2 ст. 1248 ГК РФ возмещение расходов производится пропорционально объему удовлетворенных требований. Верховный Суд Российской Федерации пояснил, что в таком случае «суд учитывает, в каком объеме в новом патенте сохранена формула оспоренного патента (сколько пунктов предложенной заявителем формулы патента сохранено) и в отношении какого количества товаров (услуг) Международной классификации товаров и услуг для регистрации знаков сохранена правовая охрана товарного знака». Практика покажет, но представляется, что было бы оправданнее законодателю не позволять делить объекты на подобные части. Здесь вспоминается строчка из стихотворения М. Цветаевой: «Что это было? – Чья победа? –

Кто побежден?» (1914, «Под лаской плюшевого пледа»). Если взять в качестве примера товарные знаки, уточнение на законодательном уровне вопроса о возмещении расходов при условии бесспорной победы, т.е. если требование удовлетворено в отношении всех товаров и услуг, перечисленных в возражении, позволило бы побудить подателей возражений более точно указывать те товары и услуги, в отношении которых товарный знак должен, по их мнению, быть аннулирован.

Остается еще ряд вопросов, требующих уточнения. Если в случае полного удовлетворения требований или полного отказа в их удовлетворении сторона сможет обратиться в суд за возмещением расходов сразу или подождать вероятного оспаривания решения Роспатента, то в случае частичного удовлетворения требований любая сторона сможет обратиться как с иском о возмещении расходов, так и с заявлением об оспаривании решения административного органа, в этом случае будут открыты производства потенциально в трех судах (по адресам ответчиков и в Суде по интеллектуальным правам).

Верховный Суд Российской Федерации также указал, что если Судом по интеллектуальным правам решение Роспатента признано незаконным, принятое ранее вступившее в законную силу решение суда о возмещении расходов может быть пересмотрено по новым и вновь открывшимся обстоятельствам (п. 1 ч. 3 ст. 311 и ч. 2 ст. 325 АПК РФ).

На практике необходимо будет решить, что делать в случае, если оспаривание решения в одной или двух инстанциях Суда по интеллектуальным правам приведет к пересмотру возражения в Роспатенте. Потребуется ли в таком случае отдельный иск о возмещении расходов или же можно будет уточнить требования по одному исковому заявлению в арбитражный суд? Поскольку, по всей видимости, трехмесячные сроки, предусмотренные ч. 4 ст. 198 АПК РФ и ч. 2 ст. 112 АПК РФ, в новом механизме не применяются ни прямо, ни по аналогии, для подачи иска о возмещении расходов будет действовать общий трехлетний срок исковой давности (ст. 195 ГК РФ). Это упрощает процедуру и в большинстве случаев позволяет дожидаться итогового решения по существу.

Данный краткий обзор демонстрирует сложные пути становления правового механизма, необходимого для охраны конституционных прав и свобод в сфере интеллектуальной собственности. Эффективность такого механизма будет оцениваться на практике, но Верховным Судом Российской Федерации сделан определяющий шаг в эту сторону.

Многие другие проблемы, касающиеся интеллектуальных прав, еще ожидают нахождения взвешенных решений. При этом не стоит сетовать, если ряд вопросов, более или менее изученных в доктрине, так и не найдет отражения в судебной практике, поскольку опытные юристы заранее взвесят все за и против и сделают «все, чтобы спор не дошел до суда», как ни парадоксально это писать на страницах Журнала Суда по интеллектуальным правам.

Содержание



@IPC_MAG

- 10 Патентное право: публикация 4-го тома второго переработанного и дополненного издания учебника Право интеллектуальной собственности

Колонка суда

- 11 Рекомендации Научно-консультативного совета при Суде по интеллектуальным правам по вопросам, возникающим при рассмотрении требований о пресечении нарушений исключительных прав
- 21 Справка «Вопросы, связанные с определением критериев творческой деятельности на примере фотографических произведений», вынесенная на обсуждение на заседании Научно-консультативного совета при Суде по интеллектуальным правам
- 35 ПРОТОКОЛ № 31 заседания Научно-консультативного совета при Суде по интеллектуальным правам
- 50 Письменные мнения членов Научно-консультативного совета при Суде по интеллектуальным правам и читателей Журнала Суда по интеллектуальным правам по вопросам, связанным с определением критериев творческой деятельности на примере фотографических произведений
- 107 Опрос мнения читателей Журнала Суда по интеллектуальным правам по вопросу охраноспособности фотографий

Общие положения

- 114 *Е.В. Гюльбасарова, А.Г. Королева*
Модели совместного обладания исключительным правом
Развитие механизмов коммерциализации результатов интеллектуальной деятельности требует разработки новых механизмов осуществления интеллектуальных прав. Как показывает практика, исключительное право все чаще оказывается в общем обладании нескольких лиц, поэтому одним из наиболее актуальных направлений для усовершенствования действующего законодательства в сфере интеллектуальных прав является модернизация модели совместного обладания исключительным правом. В статье изучаются существующие модели соправообладания, а также анализируются правовые характеристики действующего режима соправообладания. Особое внимание авторы статьи уделяют исследованию правовой модели долевого обладания исключительным правом, которая на данный момент не признается на уровне законодательства, но может быть использована в целях усовершенствования правового регулирования отношений в рассматриваемой сфере.
- 127 *Е.П. Себякина*
Теория права информационной приватности: классификация правоотношений
В области регулирования обработки и защиты персональных данных в мире наблюдается острая нехватка стройной системы знаний, на которую могли бы опереться законодатели и правоприменители. Без такой системы возникает полифония заблуждений и противоречивых толкований права, воплощающихся не только в регулировании, но и в судебной практике. Целью данной статьи является начало построения системы общей теории права информационной приватности: классификация правоотношений как первый шаг к выявлению проблем правоприменения и поиску способов их решения. Основной метод исследования: выявление сходства между институтами гражданского права и права информационной приватности и, как следствие, установление закономерностей динамики правоотношений в сфере информационной приватности. Применяя гражданско-правовые основания классификации правоотношений к многообразию отношений в сфере информационной приватности автор выявляет 10 уникальных типов правоот-

Главный редактор:

Е.А. Ястребова

Главный научный редактор:

В.А. Корнеев

Ответственный редактор:

Л.В. Назарычева

Редакционная коллегия:

Л.А. Новоселова
В.А. Корнеев
М.А. Рожкова
Е.А. Павлова
В.О. Калятин
В.В. Байбак
А.С. Васильев
Е.А. Войниканис
А.А. Смола
Н.А. Шебанова
Н.И. Капырина
Е.Ю. Борзило
Д.А. Братусь
Д.В. Братусь
Е.С. Четвертакова

Редакционный совет:

Л.А. Новоселова
В.А. Корнеев
В.В. Витрянский
П.В. Крашенинников
Т.К. Андреева
Е.А. Суханов
И.А. Дроздов

Дизайн, верстка, цветокоррекция

Д.В. Авданин

Корректор:

Е.В. Рыжер

ISSN 2313-4852

© Суд по интеллектуальным правам, Фонд «Правовая поддержка», 2024

Учредители:

Суд по интеллектуальным правам (Огородный проезд, д. 5, стр. 2, Москва, 127254),

Фонд «Правовая поддержка» (119991, г. Москва, Ленинские горы, д. 1, стр. 77).

Контакты редакции:

адрес электронной почты: ipc-magazine@garant.ru, телефон: 8 495 647 62 38

ношений: абсолютные, неимущественные, связанные с имущественными, имущественные, организационные, административные, регулятивные, охранительные, процессуальные и деликтные. Эта обособленная таксономия будет в дальнейшем изучаться автором с точки зрения состава и юридических фактов.

Кроме того, настоящая работа нацелена на инициирование научной дискуссии о месте права информационной приватности в системе права, формирование доктрины и постановку актуальных вопросов по общей теории права информационной приватности.

Авторские и смежные права

145 *М.А. Рожкова*

5 признаков (критериев охраноспособности) произведений науки, закрепленных действующим законодательством

Настоящая статья призвана обозначить критерии охраноспособности произведений науки, которые предусмотрены действующим законодательством. По результатам проведенного исследования таких признаков было выявлено пять. Признаваться объектом авторских прав и получить авторско-правовую охрану может произведение науки, которое: (1) создано физическим лицом, обладающим необходимой квалификацией и профессионально занимающимся научной и (или) научно-технической деятельностью; (2) стало результатом творческого труда этого физического лица при осуществлении им научной деятельности; (3) выражено в объективной форме с обязательной фиксацией на информационном (материальном) носителе; (4) было создано самостоятельно – без неправомерных заимствований чужих результатов творческого труда; (5) обладает новизной, под которой подразумевается новизна результатов научного исследования.

153 *В.С. Витко*

К вопросу о содержании творческого труда фотографа

В статье подвергнуты анализу вопросы, поставленные перед Научно-консультативным советом при Суде по интеллектуальным правам, связанные с определением критериев творческой деятельности на примере фотографических произведений.

172 *В.Л. Вольфсон*

Творчество или уникальность? Фотографические произведения в фокусе охраноспособности

Важнейший вопрос авторского права – при каких условиях произведение подлежит охране – до сих пор не имеет однозначного ответа. По мнению автора статьи, представление, согласно которому ответ должен зависеть от того, создано ли произведение творческим трудом, не отражает действительные интересы сторон правоотношений. При этом нигде теоретическая уязвимость и практическая непригодность данного критерия не обнаруживают себя столь наглядно, как при разрешении проблемы охраноспособности фотографий. Эта изобразительная техника обречена производить копии реальности – а значит, неизбежно широка область ее утилитарного применения. Поскольку усмотреть и описать признаки творчества в этих работах, даже если они в них имеются, удастся не всегда, на помощь судам приходит презумпция создания произведения творческим трудом – ее опровержение, в свою очередь, становится для ответчика неразрешимой задачей. Как следствие, растёт пропорция фоторабот, предоставление охраны которым может рассматриваться как насмешка над этой теорией. Автор убеждён, что ценность произведения как предмета правовой охраны для сторон правоотношения, возникающего по поводу его использования, заключается в том, что оно воспринимается как уникальное языковое (художественное) решение. На взгляд автора, этот подход уже используется практикой под маской результата творчества. Цель работы – содействовать его сознательному применению. Для этого нужно убедить в его теоретической верности и практической работоспособности.

196 *А.Т. Бахтиозина, Е.О. Белозёрова*

Объективная форма произведения: может ли аромат быть объектом авторского права?

Парфюмерная индустрия, которая всегда была достаточно закрытой и консервативной, в последнее время стремительно развивается и даже экспериментирует с искусственным интеллектом. Создание аромата требует значительных творческих усилий, мастерства и таланта, а команды парфюмерных брендов находятся в непрерывном поиске новых и коммерчески успешных ароматов. Тем важнее становится охрана созданного продукта от копирования и имитаций. В данной статье проанализирована охраноспособность аромата в качестве объекта авторского права, и авторы приходят к выводу о том, что российское законодательство не препятствует признанию аромата в качестве произведения, охраняемого авторским правом.

Средства индивидуализации

205 *В.В. Калужский*

Аббревиатуры и сочетание букв: возможности регистрации в качестве товарных знаков с учетом актуальной судебной практики

По данным Роспатента, по сравнению с 2022-м годом прирост количества поданных заявок за 11 месяцев 2023 г. составил 38%. На регистрацию в качестве товарных знаков заявляются в том числе и аббревиатуры, однако практика предоставления правовой охраны такой категории обозначений неоднородна. В статье рассматриваются правовое регулирование и правовые позиции Роспатента, Суда по интеллектуальным правам, ведомств по интеллектуальной собственности США и ЕС по вопросам регистрации аббревиатур в качестве товарных знаков, в том числе отличия аббревиатур от сочетания букв. При помощи анализа, синтеза и сравнения в статье формулируются условия, при которых возможна регистрация аббревиатур в качестве товарных знаков. Делается вывод, что регистрация возможна при восприятии обозначения в качестве аббревиатуры потребителями заявляемых товаров или услуг, и что такое восприятие является элементом первоначальной, а не приобретенной различительной способности. В связи с этим при доказывании данного обстоятельства не должны применяться подходы, используемые для определения у обозначения приобретенной различительной способности. Предлагается закрепить указанные правовые позиции на уровне обзора судебной практики или информационной справки Суда по интеллектуальным правам.

214 *М.В. Радецкая, Н.Б. Спиридонова, А.Е. Туркина*

Некоторые аспекты зарубежного законодательства и судебной практики отдельных стран по вопросам соотношения режимов охраны географического указания и наименования места происхождения, а также иных средств индивидуализации сходного назначения, используемых в иностранных правопорядках (часть 2)

В настоящей статье авторами предпринята попытка проанализировать законодательство отдельных стран (ЕС, Германия, Индия, США, Сингапур, Китай, Бразилия, Австралия) на предмет выявления общих и специальных подходов к правовому регулированию географических указаний, наименований мест происхождения товаров, а также иных средств индивидуализации сходного назначения; проблем, связанных с применением существующего зарубежного законодательства. Актуальность исследования обусловлена дополнением в 2020 г. новым средством индивидуализации – географическими указаниями – в дополнение к уже существующим и охраняемым наименованиям мест происхождения товаров. Эта реформа не только поставила перед российским правом задачу выяснения соотношения двух названных институтов, но и потребовала осмысления системы средств индивидуализации в целом.

Поисковая реклама и нарушение прав на товарный знак: российский и зарубежный опыт

В настоящей статье рассматривается вопрос о правомерности использования чужих товарных знаков в качестве ключевых слов, являющихся критериями для показа рекламных объявлений. В рамках настоящей статьи были исследованы и систематизированы сложившиеся в судебной практике России, США и Европейского союза подходы к разрешению споров, связанных с использованием ключевых слов в поисковой рекламе. Автором выявлены ключевые сходства и различия в понимании рассматриваемого явления судами разных юрисдикций. На основе проведенного исследования автором предлагается новый для российской судебной практики подход к разрешению данной категории споров, учитывающий позитивный иностранный опыт и задающий критерии для комплексной оценки фактических обстоятельств дела. По мнению автора, предлагаемый им подход призван обеспечить баланс интересов сторон рассматриваемых правоотношений – исключить необоснованное привлечение рекламодателей к ответственности за нарушения прав на товарный знак и защитить правообладателей от недобросовестного поведения конкурентов при использовании механизмов поисковой рекламы.

Патентное право**Сроки истребования принудительных лицензий в связи с неиспользованием или недостаточным использованием запатентованного объекта**

Предметом исследования в рамках настоящей статьи выступает темпоральный аспект правового механизма предоставления принудительной лицензии по основанию неиспользования или недостаточного использования запатентованного объекта. Рассмотрены предпосылки возникновения и международно-правовые основы рассматриваемого правового механизма, национальное регулирование и судебная практика в соответствующей области. Сделан вывод о том, что установленные п. 1 ст. 1362 Гражданского кодекса Российской Федерации сроки истребования принудительных лицензий представляют собой периоды времени, по истечении которых возникает право на обращение в суд с требованием о предоставлении принудительной лицензии, которое может быть реализовано в течение всего оставшегося срока действия патента при условии наличия предусмотренных данной нормой обстоятельств. При этом обстоятельства использования либо неиспользования спорного объекта должны быть установлены на момент разрешения судом требования о предоставлении принудительной лицензии безотносительно к тому, в какой период действия патента после истечения первых четырех или трех лет соответственно они имеют место. По итогам исследования сформулированы некоторые предложения по совершенствованию действующего законодательства.

Защита интеллектуальных прав**Компенсация за вред, причиненный обеспечением иска, и за нарушение исключительного права: общее и отличное**

Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации помимо взыскания убытков предусматривает такой специальный способ возмещения вреда, причиненного обеспечением иска, как компенсация. Формальные правила определения ее размера и условий выплаты построены по модели компенсации, установленной за нарушение исключительного права на интеллектуальную собственность. Тем не менее утвердившаяся в судебной практике оценка вреда, возникшего вследствие обеспечения иска, в качестве правомерного причиненного исключает такое сопоставление. Отсутствие противоправности в действиях лица, испрашивающего обеспечительную меру, делает невозможным взгляд на компенсацию как меру ответственности, наступающую в связи с гражданским правонарушением. В этой связи указание закона на то, что ее размер должен определяться исходя из характера нарушения, также оказывается неприменимым. Удовлетворение иска о выплате компенсации в настоящий момент требует обоснования факта наступления негатив-

ных последствий вследствие обеспечения иска. Все это позволяет заключить, что такая компенсация представляет собой дискреционный способ определения размера убытков. Этим она принципиально отличается от компенсации за нарушение исключительного права, взыскиваемой в связи с нарушением и не требующей доказывания факта причинения убытков. Автор делает вывод о нежелательности использования такого подхода в праве интеллектуальной собственности, так как он не будет в достаточной степени достигать цели пресечения нарушений исключительного права.

264 *С.П. Быкова*

Коммерческая тайна в стартапе. Шансы на защиту

Данная статья посвящена анализу вопросов защиты коммерческой тайны в стартапах в контексте права. Автор исследует актуальные правовые аспекты, связанные с уникальными вызовами, с которыми сталкиваются предприятия на начальном этапе развития. Особое внимание уделяется физическим лицам как субъектам стартапной деятельности, находящимися на пути к созданию отдельного юридического лица, но пока оформили лишь статус «самозанятых». Также автор рассматривает судебную практику, иллюстрируя сложности, с которыми сталкиваются предприниматели в процессе доказывания факта нарушения прав в суде.

В статье приведены практические рекомендации по разработке эффективных стратегий по защите коммерческой тайны для стартапов, выявлены существенные недостатки действующего законодательства в данной области и продолжены пути решения.

Цифровая среда

270 *А.В. Покровская*

Ответственность посредников за нарушение авторских прав на маркетплейсах: исследование опыта Китая

В данной статье проводится исследование опыта Китая в отношении ответственности посредников за нарушение авторских прав на маркетплейсах. Анализируется законодательство, актуальные судебные решения и практику применения закона в сфере защиты авторских прав на торговых платформах Китая. Статья раскрывает основные аспекты, связанные с ответственностью посредников, включая правовые нормы, определение посредника, их обязанности и роль в предотвращении нарушений авторских прав. В статье также рассматривается эффективность существующих механизмов ответственности, включая системы уведомлений о нарушениях, процедуры претензий и ограничения на доступ к контенту. В результате делаются выводы о том, что Китай имеет развитую и эффективную систему ответственности посредников за нарушение авторских прав на маркетплейсах. При этом выявляются некоторые проблемные области и возможности для усовершенствования законодательства и его применения. В статье предлагаются практические рекомендации по улучшению действующего законодательства Китая в области ответственности платформ электронной коммерции, выступающих в роли посредников, за распространение нелегального контента, нарушающего авторские права третьих лиц.

283 *М.Д. Чернякова*

Правовая охрана голоса в условиях развития искусственного интеллекта

В статье раскрываются способы охраны голоса человека в условиях, когда он может быть синтезирован с помощью искусственного интеллекта. Проводится анализ охраны голоса в рамках таких правовых институтов, как нематериальные блага, персональные данные и институт авторского и смежных прав.



Патентное право: публикация 4-го тома второго переработанного и дополненного издания учебника Право интеллектуальной собственности

Опубликован четвертый том второго переработанного и дополненного издания учебника *Право интеллектуальной собственности* под общей редакцией д.ю.н., профессора Л.А. Новоселовой.

Заключительный том учебника посвящен патентному праву. В ходе работы над изданием в него были внесены существенные дополнения и обновления, с учетом произошедших с 2019 года изменений в законодательстве и сложившейся судебной практики. В работе над четвертым томом принимали участие не только сотрудники кафедры интеллектуальных прав Московского государственного юридического университета им. О.Е. Кутафина (МГЮА), но и другие признанные ведущие специалисты в этой области.

В четвертом томе учебника рассматриваются понятие, история и источники патентного права, анализируются виды и особенности интеллектуальных прав на изобретения, полезные модели, промышленные образцы, а также на селекционные достижения и секрет производства (ноу-хау), исследуются исторический генезис названных объектов интеллектуальной собственности, их виды и соотношение, рассматриваются современные доктринальные точки зрения на их правовую природу. Подробно исследуется процесс патентования результатов интеллектуальной деятельности. Материалы снабжены иллюстрациями и примерами из административной и судебной практики.

Право интеллектуальной собственности. Учебник. Т. 4 / Под общ. ред. д.ю.н., проф. Л.А. Новоселовой. М.: Статут, 2024

Для цитирования:

Рекомендации Научно-консультативного совета при Суде по интеллектуальным правам по вопросам, возникающим при рассмотрении требований о пресечении нарушений исключительных прав // Журнал Суда по интеллектуальным правам. Июнь 2024. № 2 (44). С. 11–20.

DOI: 10.58741/23134852_2024_2_1

Recommendations of the Scientific Advisory Council at the Intellectual Property Rights Court on issues arising when considering claims for the suppression of violations of exclusive rights // Zhurnal Suda po intellektual'nym pravam. June 2024. N 2 (44). Pp. 11–20. (In Russ.).

DOI: 10.58741/23134852_2024_2_1

DOI: 10.58741/23134852_2024_2_1

УТВЕРЖДЕНЫ
постановлением президиума
Суда по интеллектуальным правам
от 18.04.2024 № СП-22/6

Рекомендации Научно-консультативного совета при Суде по интеллектуальным правам по вопросам, возникающим при рассмотрении требований о пресечении нарушений исключительных прав

В целях обеспечения единообразия в толковании и применении норм права Научно-консультативным советом при Суде по интеллектуальным правам по итогам обсуждения на заседании 28.04.2021 вопросов, возникающих при рассмотрении дел о пресечении нарушений исключительных прав, выработаны следующие рекомендации.

Преамбула

Согласно подпункту 2 пункта 1 статьи 1252 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ) защита исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности и на средства индивидуализации осуществляется, в частности, путем предъявления в порядке, предусмотренном указанным Кодексом, требования о пресечении действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения, к лицу,

совершающему такие действия или осуществляющему необходимые приготовления к ним, а также к иным лицам, которые могут пресечь такие действия.

Как отмечено в пункте 57 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 23.04.2019 № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» (далее – Постановление № 10), в случае нарушения исключительного права на соответствующий объект интеллектуальных прав правообладатель вправе осуществлять защиту нарушенного права любым из способов, перечисленных в статье 12 и в пункте 1 статьи 1252 ГК РФ, в том числе путем предъявления требования о пресечении действий, нарушающих исключительное право, в частности о запрете конкретному исполнителю исполнять те или иные произведения.

Требование о пресечении действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения, в силу подпункта 2 пункта 1 статьи 1252 ГК РФ может быть предъявлено не только к лицу, совершающему такие действия или осуществляющему необходимые приготовления к ним, но и к иным лицам, которые могут пресечь такие действия.

Такое требование может быть удовлетворено только в том случае, если противоправное поведение конкретного лица еще не завершено или имеется угроза нарушения права. Так, не подлежит удовлетворению требование о запрете предложения к продаже или о запрете продажи контрафактного товара, если такой принадлежавший ответчику товар им уже продан. Требования об общем запрете конкретному лицу на будущее использовать результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации (например, о запрете размещения информации в информационно-телекоммуникационных сетях, в том числе в сети Интернет) также не подлежат удовлетворению. Такой запрет установлен непосредственно законом (абзац третий пункта 1 статьи 1229 ГК РФ).

1. Допустимо ли в качестве меры защиты исключительного права на товарный знак в случае его неправомерного использования ответчиком в доменном имени в зоне .ru и .рф обязать ответчика передать правообладателю право администрирования спорным доменным именем?

Как следует из пункта 158 Постановления № 10, неправомерное использование товарного знака в доменном имени имеет место в следующих случаях: 1) использование доменного имени, тождественного или сходного до степени смешения с товарным знаком, в отношении товаров, однородных тем, для которых предоставлена правовая охрана этому товарному знаку; 2) сама регистрация доменного имени (например, регистрация доменного имени с использованием общеизвестного товарного знака, недобросовестная кон-

куренция), если данные действия осуществляются без согласия правообладателя (далее именуемые совместно – доменные нарушения).

В первом случае требование о пресечении нарушения может быть заявлено в виде требования о запрете использования доменного имени определенным образом (например, об обязанности удалить информацию о конкретных видах товаров на соответствующем сайте или прекратить адресацию на данный сайт). Во втором случае судом может быть удовлетворено требование об аннулировании регистрации доменного имени (абзац пятый пункта 158 Постановления № 10).

В случае аннулирования регистрации доменного имени в зоне .ru и .рф на основании судебного акта у правообладателя, в пользу которого вынесен указанный акт, в настоящее время имеется преимущественное право регистрации спорного доменного имени на свое имя¹.

По существу, требование о передаче права администрирования доменным именем является альтернативой иску об аннулировании регистрации доменного имени, сопровождающемся перерегистрацией доменного имени на правообладателя на основании названного преимущественного права. Иными словами, у правообладателя есть возможность зарегистрировать спорное доменное имя на себя, воспользовавшись указанным преимущественным правом, или правообладатель может изначально заявить в суд требование о передаче права администрирования доменным именем. С учетом этого требование о передаче права администрирования доменным именем в качестве способа пресечения нарушения допускается в случаях, когда сама регистрация домена признана нарушением (указанный второй случай доменного нарушения) и такая передача не противоречит действующему регулированию, а также не нарушает права третьих лиц.

Аналогичный подход может быть применен в случае неправомерного использования иных средств индивидуализации.

¹ Порядок реализации преимущественного права регистрации доменного имени после вступления в силу судебного акта содержится в пункте 4.2 Положения «О процедурах, подлежащих применению при возникновении споров о доменных именах», утвержденного решением Координационного центра национального домена сети Интернет от 20.09.2012 № 2012-07/47 (ред. от 17.12.2019), действующего на момент составления настоящих Рекомендаций.

2. Если к регистратору домена предъявлено требование о пресечении доменного нарушения, достаточно ли привлечения администратора домена к участию в деле в качестве третьего лица, не заявляющего самостоятельных требований относительно предмета спора, или суд должен предложить истцу привлечь администратора домена как ответчика / второго ответчика? Должно ли требование о пресечении нарушения сначала обязательно быть предъявлено к администратору домена, а лишь во вторую очередь – к регистратору?

Согласно подпункту 2 пункта 1 статьи 1252 ГК РФ требование о пресечении действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения, предъявляется к лицу, совершающему такие действия или осуществляющему необходимые приготовления к ним, а также к иным лицам, которые могут пресечь такие действия.

С учетом этого, по общему правилу, надлежащим ответчиком по иску о пресечении доменного нарушения является администратор доменного имени, который совершает нарушение. Как следует из пункта 159 Постановления № 10, требование о пресечении действий, нарушающих право на товарный знак и выражающихся в незаконном использовании доменного имени (подпункт 2 пункта 1 статьи 1252, подпункт 5 пункта 2 статьи 1484 ГК РФ), может быть предъявлено к администратору соответствующего доменного имени.

Регистратор имеет возможность пресечь доменное нарушение, однако рассмотрение такого требования без привлечения в дело администратора домена в качестве ответчика невозможно, поскольку удовлетворение иска о пресечении зависит от установления факта нарушения этим лицом исключительного права или факта совершения им акта недобросовестной конкуренции.

В связи с этим, если требование о пресечении нарушения предъявлено к регистратору, арбитражный суд первой инстанции привлекает администратора домена к участию в деле как ответчика по ходатайству сторон или с согласия истца согласно части 5 статьи 46 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее – АПК РФ) либо арбитражный суд может по ходатайству или с согласия истца допустить замену ненад-

лежащего ответчика надлежащим в соответствии с частью 1 статьи 47 АПК РФ.

Требование о пресечении доменного нарушения, заявленное к регистратору, может быть удовлетворено только в случае, если им совместно с администратором домена допущено нарушение при регистрации доменного имени (например, согласованные действия регистратора и администратора по регистрации доменного имени в обход преимущественного права других лиц) или если невозможно достоверно установить администратора домена (в частности, если при регистрации представлены недостоверные данные).

Таким образом, требование о пресечении доменного нарушения прежде всего следует предъявить к администратору домена как к лицу, которое несет ответственность за выбор доменного имени, его регистрацию и адресацию на определенный сайт в сети Интернет, а в отсутствие возможности достоверно установить администратора домена – к регистратору как лицу, имеющему техническую возможность пресечь нарушение.

3. Может ли быть заявлено (и при наличии оснований удовлетворено) требование о прекращении делегирования доменного имени к регистратору в случае доменного нарушения или неправомерного использования объектов интеллектуальных прав на сайте при отсутствии доменного нарушения? Могут ли меры пресечения (требование о прекращении делегирования домена) носить временный характер?

Согласно пункту 1.1 Правил регистрации доменных имен в доменах .RU и .РФ, утвержденных решением Координационного центра национального домена сети Интернет от 05.10.2011 № 2011-18/81 (далее – Правила регистрации), делегирование домена – размещение и хранение информации о доменном имени и о соответствующих ему серверах DNS на серверах DNS домена верхнего уровня, что является необходимым условием для функционирования доменной адресации в сети Интернет.

Регистратор может прекратить делегирование доменного имени не только на основании судебного акта, но и в иных случаях, предусмотренных в Правилах регистрации, в частности при

выявлении недостоверности сведений об администраторе в реестре или при непредставлении администратором подтверждающих эти сведения документов по запросу регистратора в установленный срок (пункт 5.6 Правил регистрации).

Требование о прекращении делегирования доменного имени, заявленное как самостоятельное исковое требование в качестве меры пресечения нарушения, по общему правилу, не может быть удовлетворено, поскольку оно не приводит к полному прекращению доменного нарушения и нарушения на сайте, а также, как следует из пункта 2 настоящих Рекомендаций, регистратор, по общему правилу, является ненадлежащим ответчиком по иску о пресечении нарушения.

Вместе с тем такое требование может быть подано в суд в качестве заявления о принятии обеспечительных мер.

По заявлению лица, участвующего в деле, а в случаях, предусмотренных АПК РФ, – и иного лица арбитражный суд может принять срочные временные меры, направленные на обеспечение иска или имущественных интересов заявителя (обеспечительные меры) (часть 1 статьи 90 АПК РФ).

Согласно части 2 статьи 90 АПК РФ обеспечительные меры допускаются на любой стадии арбитражного процесса, если непринятие этих мер может затруднить или сделать невозможным исполнение судебного акта, в том числе если исполнение судебного акта предполагается за пределами Российской Федерации, а также в целях предотвращения причинения значительного ущерба заявителю.

Как следует из пункта 160 Постановления № 10, по требованию о пресечении действий, нарушающих право на товарный знак и выражающихся в незаконном использовании доменного имени, в целях предотвращения причинения значительного ущерба заявителю могут быть применены обеспечительные меры, направленные на сохранение существующего состояния отношений между сторонами.

Как следует из части 1 статьи 91 АПК РФ, обеспечительные меры могут возлагать не только на ответчика, но и на третьих лиц обязанность совершить определенные действия. С учетом этого обеспечительная мера в виде прекращения деле-

гирования доменного имени может быть возложена на регистратора и в том случае, если он не является ответчиком по делу.

В силу части 2 статьи 91 АПК РФ обеспечительные меры должны быть соразмерны заявленному требованию.

При установлении наличия оснований для принятия обеспечительной меры в виде прекращения делегирования доменного имени и при оценке ее соразмерности заявленному требованию необходимо учитывать следующее.

3.1. Неправомерное использование товарного знака в доменном имени

Если истец ссылается на то, что регистрация доменного имени является нарушением исключительного права (подпункт 2 первого абзаца пункта 1 настоящих Рекомендаций), при оценке соразмерности обеспечительной меры в виде прекращения делегирования доменного имени необходимо учитывать, в частности, следующие обстоятельства.

В случае совершения нарушения в результате регистрации доменного имени прекращение делегирования доменного имени не приведет к прекращению нарушения (регистрация доменного имени сохраняется), но администратор доменного имени утратит возможность использовать его для адресации на любой сайт. Непринятие мер по прекращению делегирования не приведет к невозможности или к затруднительности исполнения судебного акта об аннулировании домена.

В то же время заявление о прекращении делегирования доменного имени может быть направлено на предотвращение причинения значительного ущерба заявителю. Оценка возможного ущерба проводится в каждом конкретном случае с учетом обстоятельств дела.

Если истец ссылается на то, что сходное до степени смешения с товарным знаком обозначение используется в доменном имени в отношении однородных товаров/услуг (подпункт 1 первого абзаца пункта 1 настоящих Рекомендаций), при оценке соразмерности обеспечительной меры в виде прекращения делегирования доменного имени необходимо учитывать, в частности, следующие обстоятельства.

В случае использования в доменном имени обозначения, тождественного или сходного до степени смешения с товарным знаком истца, в отношении товаров, однородных тем, для которых предоставлена правовая охрана этому товарному знаку, прекращение делегирования домена может ограничить возможности администратора домена использовать домен в том числе для правомерных целей (в части информации на сайте, не касающейся предложения однородных товаров и услуг, адресации на иной сайт и т.п.).

Однако если на сайте предлагаются лишь спорные товары и услуги (однородные тем, в отношении которых зарегистрирован товарный знак истца) либо ответчик в силу закона или решения суда обязан удалить информацию о спорных товарах и услугах, но уклоняется от исполнения такой обязанности, то требование о прекращении делегирования доменного имени может быть соразмерным.

3.2. Если истец ссылается на то, что на сайте неправомерно размещены объекты интеллектуальной собственности, при оценке соразмерности обеспечительной меры в виде прекращения делегирования доменного имени необходимо учитывать, в частности, следующие обстоятельства.

По общему правилу, ответственность за нарушения на сайте несет владелец сайта (пункт 78 Постановления № 10). Право на доменное имя может быть ограничено лишь в том случае, если администратор домена² и владелец сайта³ совпадают или администратор домена является соучастником нарушения, совершаемого владельцем сайта.

Требование о прекращении делегирования доменного имени в случае нарушения на сайте может быть удовлетворено лишь в исключительных случаях, когда иные средства пресечения нарушения недоступны (например, владелец сайта не удаляет спорный материал с сайта и хостинг-провайдер не прекращает доступ к нему).

4. Может ли требование о пресечении нарушения исключительного права, совершаемого с использованием программы для электронной вычислительной машины, с учетом подпункта 2 пункта 1 статьи 1252 ГК РФ быть предъявлено к правообладателю такой программы? Какие способы пресечения и в отношении каких лиц могут быть применены?

Необходимо разделять две ситуации: правообладатель сам использует программу для ЭВМ, например для оказания услуг третьим лицам, или правообладатель предоставляет третьим лицам право использовать программу.

В первом случае при использовании программы с нарушением прав третьих лиц правообладатель будет непосредственным нарушителем и к нему может быть предъявлено требование о пресечении нарушения, в частности запрет использования программы, которое приводит к нарушению.

Во втором случае необходимо исследовать, может программа для ЭВМ быть использована исключительно для нарушения или она может быть применена как для правомерного, так и для неправомерного использования.

Если программа для ЭВМ может быть использована только для совершения нарушения, суд может, в частности, запретить ее распространение и доведение до всеобщего сведения.

Если материальные носители, в которых выражена программа, распространяются в магазинах и на других площадках третьих лиц, то можно обязать продавца прекратить предложение к продаже экземпляров спорной программы для ЭВМ.

Если программа для ЭВМ может быть применена как для правомерного, так и неправомерного использования (например, если ее использование упрощает работу интернет-сайтов, но в то же время позволяет обходить блокировки сайтов, наложенные судом), то суд может запретить правообладателю или другому пользователю использо-

² Администратор домена – пользователь, на имя которого зарегистрировано доменное имя в реестре (пункт 1.1 Правил регистрации).

³ Владелец сайта – лицо, самостоятельно и по своему усмотрению определяющее порядок использования сайта в сети Интернет, в том числе порядок размещения информации на таком сайте (пункт 17 статьи 2 Федерального закона от 27.07.2006 № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации»).

вать программу конкретными способами, приводящими к нарушению.

Если же правомерность использования зависит не от правообладателя программы для ЭВМ, а непосредственно от пользователя (например, он не получил согласие правообладателей обрабатываемых с помощью программы объектов авторского или смежных прав), то требование о пресечении такого нарушения не может быть предъявлено к правообладателю программы для ЭВМ.

5. Создают ли регистрация в Министерстве здравоохранения Российской Федерации (Минздраве России) лекарственного средства, в котором использовано чужое изобретение по действующему патенту, и осуществление регистрации предельной отпускной цены на лекарственный препарат угрозу нарушения исключительного права на это изобретение? Если в данном случае суд установил угрозу нарушения, то каким образом должно быть сформулировано требование о пресечении угрозы нарушения исключительного права на изобретение?

Регистрация в Минздраве России лекарственного средства, в котором использовано чужое изобретение по действующему патенту, изготовление образцов такого лекарственного средства с целью его регистрации⁴, и осуществление регистрации предельной отпускной цены на лекарственный препарат сами по себе угрозу нарушения исключительного права на это изобретение не создают. При этом такие действия в совокупности с иными факторами, которые должны быть доказаны правообладателем, могут привести к выводу об угрозе нарушения (в частности, следует учитывать, привлекался ли ранее ответчик к ответственности за нарушение патентных прав, осуществлял ли ответчик попытки реализации спорного лекарственного средства, период времени до истечения действия патента, экономические интересы ответчика и т.п.).

Если судом признано наличие угрозы нарушения, в качестве меры пресечения может быть принят запрет введения лекарственного средства по регистрационному удостоверению в граждан-

ский оборот на территории Российской Федерации до истечения срока действия спорного патента (*постановление Суда по интеллектуальным правам от 28.11.2023 по делу № А40-83672/2023*).

6. Какие требования могут быть признаны общим запретом конкретному лицу на будущее использовать результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации? Подлежат ли признанию абстрактными и, соответственно, недопустимыми требования о пресечении нарушения, заявленные следующим образом:

6.1. Запретить ответчику использовать обозначение, сходное до степени смешения с товарными знаками истца, при маркировке товара, однородного товарам, для которых зарегистрированы эти товарные знаки.

Указанное требование является общим запретом, установленным законом. Данное требование может быть удовлетворено, если оно уточнено в части обозначения, которое запрещено использовать (конкретное обозначение, применительно к которому установлено нарушение), и в части товаров (это должны быть конкретные товары / партия товаров, в отношении которых установлено нарушение). Запрет использовать «однородные товары» носит абстрактный характер, следовательно, недопустим.

6.2. Запрет любых действий, нарушающих исключительное право на полезные модели, охраняемые патентами истца, в том числе изготавливать, предлагать к продаже, продавать, иным образом вводить в гражданский оборот на территории Российской Федерации или хранить для этих целей продукцию, в которой использовано спорное техническое решение, поскольку ответчик изготавливал и поставлял изделия, в которых использовался каждый признак полезной модели.

Данное требование сформулировано в качестве общего запрета. Оно не может быть удовлетворено без конкретизации в части продукции, в которой суд установил использование всех существенных признаков формулы патента (например,

⁴ Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 16.06.2009 № 2578/09.

указать артикул; документацию, на основании которой изготавливается продукция; название лекарственного средства и т.п.), и действий, которые запрещено осуществлять в течение срока действия исключительного права.

6.3. Запрет совершать дистанционную продажу контрафактной продукции, на которой размещены товарные знаки истца, посредством сайта в сети Интернет, на котором ответчиком допущено нарушение.

Требование также сформулировано абстрактно и не может быть удовлетворено без уточнения. Так, на ответчика судом может быть возложена обязанность удалить предложение к продаже товаров, в отношении которых установлено нарушение. Запрет использовать «однородные товары» носит абстрактный характер, следовательно, недопустим.

6.4. Запрет предлагать к продаже, продавать товары, маркированные спорными товарными знаками.

См. позицию по пункту 6.3 настоящих Рекомендаций.

6.5. Запрет осуществлять хранение, перевозку, предложение к продаже, продажу, отгрузку товара, на упаковке которого неправомерно использован объект авторского права истца.

Требуется конкретизация товара (партии товаров), на упаковке которого запрещено использовать определенное произведение.

6.6. Требование о запрете использования в отношении определенных товаров обозначения, признанного судом сходным до степени смешения с товарным знаком истца, в спорном доменном имени, на страницах сайта под спорным доменом, в конкретном адресе электронной почты.

Указанные требования не являются общим запретом (определены товары, в отношении которых запрещено использовать конкретное обозначение, и домен / сайт / адрес почты, в которых запрещено использовать обозначение).

Как следует из пункта 158 Постановления № 10, требование о пресечении нарушения (подпункт 2 пункта 1 статьи 1252 ГК РФ), выражающегося в неправомерном использовании доменных имен, тождественных или сходных до сте-

пени смешения с товарным знаком (подпункт 5 пункта 2 статьи 1484 Кодекса), может быть заявлено в виде требования о запрете использования доменного имени определенным образом (например, об обязанности удалить информацию о конкретных видах товаров на соответствующем сайте или прекратить адресацию на данный сайт).

7. Если истец заявляет требование о запрете использования спорного обозначения без указания видов деятельности / товаров / услуг и суд квалифицирует его как абстрактное, то вправе ли суд предложить истцу изменить требование? Каким образом следует поступать суду при отказе истца от изменения требований?

В указанном случае суд может предложить истцу изменить объем требования, а также вынести на обсуждение сторон вопрос о необходимости доказывания иных обстоятельств, имеющих значение для правильного разрешения спора, даже если на эти факты стороны не ссылались (пункт 11 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 20.12.2006 № 65 «О подготовке дела к судебному разбирательству», пункт 36 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 23.12.2021 № 46 «О применении Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации при рассмотрении дел в суде первой инстанции»).

Если истец не изменяет требования, то суд может квалифицировать требование истца исходя из того, на что направлена воля истца и в чем состояло нарушение, и в резолютивной части судебного акта сформулировать запрет более конкретно в пределах того, что заявлено истцом (см. разъяснения по пункту 6 настоящих Рекомендаций), а в удовлетворении остальной части требований отказывает.

Необходимость в более точном формулировании требований обусловлена тем, что принятый по делу судебный акт должен быть исполнимым. Иное означало бы не только отсутствие возможности восстановления нарушенных прав заявителя в объеме, соответствующем объему установленного судом нарушения, но и отсутствие правовой определенности.

8. В случае совершения нарушения в сети Интернет (например, путем размещения на сайте спорного произведения) допустимо ли обязать ответчика принять меры к пресечению повторных аналогичных нарушений, например осуществлять мониторинг, использовать программы фильтрации? Кому – истцу или ответчику – принадлежит право выбора этих мер? Может ли требование быть сформулировано в общем виде: обязать принимать технические меры, ограничивающие доступ к спорным объектам интеллектуальных прав?

Требование о пресечении нарушения может быть удовлетворено только в том случае, если противоправное поведение конкретного лица еще не завершено или имеется угроза нарушения права (пункт 57 Постановления № 10). С учетом обстоятельств конкретного дела, в котором суд установил нарушение, суд может признать наличие угрозы повторных аналогичных нарушений и обязать ответчика принять меры к их пресечению.

Меры пресечения, применяемые к владельцу сайта, не могут заключаться в активном мониторинге всех данных каждого посетителя сайта с целью предотвращения любых будущих нарушений исключительного права через сайт ответчика, однако они могут носить «точечный» характер (в отношении определенных пользователей, которые неправомерно разместили произведение, в отношении конкретных произведений, которые были неправомерно использованы на сайте ответчика).

С учетом посещаемости сайта, количества пользователей, модели функционирования сайта, факта получения прибыли от размещаемого на сайте материала, обычной практики, применяемой иными участниками оборота в соответствующей отрасли, баланса интересов сторон на владельца сайта может быть возложена обязанность принятия соответствующих технических мер, позволяющих отслеживать и предотвращать нарушения прав в отношении конкретных объектов интеллектуальных прав, при этом последний свободен в выборе конкретных мер исполнения этого предписания с учетом принятых в отрасли стандартов. Налагаемые на владельца сайта меры должны быть эффективными и разумными, позволяющими пресечь нарушение, соразмерными, ограниченными по времени, но они не должны со-

здавать препятствия для правомерной деятельности ответчика и не должны приводить к чрезмерно высоким расходам.

Вне зависимости от того, было ли соответствующее предписание суда, наличие специальных эффективных программ, позволяющих предупредить, отследить или удалить размещенные контрафактные произведения, может учитываться при решении вопроса о привлечении информационного посредника к ответственности (постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 01.11.2011 № 6672/11 по делу № А40-75669/08).

9. В случае предъявления требования о защите исключительного права на общеизвестный товарный знак, использованный ответчиком в фирменном наименовании, в отношении каких видов деятельности суд может запретить такое использование?

При рассмотрении такого требования следует учитывать положения пункта 6 статьи 1252 ГК РФ. Если различные средства индивидуализации (фирменное наименование, товарный знак, знак обслуживания, коммерческое обозначение) оказываются тождественными или сходными до степени смешения и в результате такого тождества или сходства могут быть введены в заблуждение потребители и (или) контрагенты, преимущество имеет средство индивидуализации, исключительное право на которое возникло ранее, либо в случаях установления конвенционного или выставочного приоритета – средство индивидуализации, которое имеет более ранний приоритет.

Обладатель такого исключительного права в порядке, установленном ГК РФ, может требовать полного или частичного запрета использования фирменного наименования. Для целей пункта 6 статьи 1252 ГК РФ под частичным запретом использования понимается запрет использования фирменного наименования в определенных видах деятельности.

Истец должен указать в исковом заявлении виды деятельности, которые он просит запретить ответчику осуществлять под спорным фирменным наименованием (например, с помощью ссылки на Общероссийский классификатор видов экономической деятельности (ОКВЭД)). Требование

о полном прекращении использования ответчиком спорного фирменного наименования не может быть удовлетворено. Если истец сформулировал требование о запрете использования фирменного наименования без указания конкретных видов деятельности, суд может предложить истцу уточнить искимые требования и указать конкретные виды деятельности, в отношении которых предполагается введение соответствующего запрета⁵.

При определении видов деятельности, в отношении которых ответчик не вправе использовать спорное обозначение, необходимо учитывать, что правовая охрана общеизвестного товарного знака распространяется не только на однородные товары и услуги, но также на товары, неоднородные тем, в отношении которых он признан общеизвестным, если использование другим лицом этого товарного знака в отношении указанных товаров будет ассоциироваться у потребителей с обладателем исключительного права на общеизвестный товарный знак и может ущемить законные интересы такого обладателя (пункт 3 статьи 1508 ГК РФ).

Соответственно, суд может запретить ответчику использование фирменного наименования, содержащего общеизвестный товарный знак, в части видов деятельности, в отношении которых создается риск введения потребителей/контрагентов в заблуждение. Вместе с тем даже при отсутствии риска введения в заблуждение суд может запретить ответчику использовать фирменное наименование для осуществления таких видов деятельности, которые будут ассоциироваться у потребителей с обладателем исключительного права на общеизвестный товарный знак и могут ущемить законные интересы такого обладателя (пункт 3 статьи 1508 ГК РФ).

Таким образом, с учетом заявленных требований судебный акт должен содержать указание на конкретные виды деятельности, которые запрещено осуществлять ответчику под спорным фирменным наименованием, т.е. виды деятельности, при осуществлении которых нарушается право

на общеизвестный товарный знак ввиду введения потребителей и (или) контрагентов в заблуждение (пункта 6 статьи 1252 ГК РФ) либо ввиду создания у потребителей ассоциаций с обладателем исключительного права на общеизвестный товарный знак и ущемления законных интересов такого обладателя (пункт 3 статьи 1508 Кодекса).

10. Если ответчик, которого суд обязал устранить нарушение права на фирменное наименование, не вносит изменения в Единый государственный реестр юридических лиц и не прекращает использование фирменного наименования в отношении спорных видов деятельности, может ли право выбора порядка пресечения нарушения перейти к правообладателю (с учетом применения пункта 1 статьи 320 ГК РФ об альтернативном обязательстве)?

Согласно абзацу пятому пункта 152 Постановления № 10 выбор способа прекращения нарушения исключительного права – прекращение использования фирменного наименования в отношении конкретных определенных судом видов деятельности или изменение фирменного наименования в силу пункта 4 статьи 1474 ГК РФ принадлежит не истцу, а ответчику. В связи с этим в резолютивной части решения суда, установившего факт нарушения права на фирменное наименование истца, указывается на запрет ответчику осуществлять определенные виды деятельности под определенным фирменным наименованием. Выбор способа исполнения такого решения суда осуществляется ответчиком на стадии исполнения решения суда.

Как следует из поставленного вопроса, проблема заключается в том, что ответчик уклоняется от выбора способа прекращения нарушения и от исполнения судебного акта. В целях обеспечения исполнения судебного акта об обязанности ответчика прекратить нарушение исключительного права на фирменное наименование у правообладателя есть возможность на основании части 4

⁵ Аналогичный подход установлен в пункте 7 Справки о некоторых вопросах, возникающих при применении положений параграфа 1 главы 76 Гражданского кодекса Российской Федерации Судом по интеллектуальным правам как судом кассационной инстанции, утвержденной постановлением президиума Суда по интеллектуальным правам от 04.09.2015 № СИ-23/25.

статьи 174 АПК РФ, статьи 3083 ГК РФ потребовать в суде присудить в его пользу денежную сумму, подлежащую взысканию с ответчика на случай неисполнения судебного акта, в размере, определяемом арбитражным судом на основе принципов справедливости, соразмерности и недопустимости извлечения выгоды из незаконного или недобросовестного поведения.

Как следует из пункта 1 статьи 3083 ГК РФ, в случае неисполнения должником обязательства кредитор вправе требовать по суду исполнения обязательства в натуре, если иное не предусмотрено настоящим Кодексом, иными законами или договором либо не вытекает из существа обязательства. Суд по требованию кредитора вправе присудить в его пользу денежную сумму (пункт 1 статьи 330 ГК РФ) на случай неисполнения указанного судебного акта в размере, определяемом судом на основе принципов справедливости, соразмерности и недопустимости извлечения выгоды из незаконного или недобросовестного поведения (пункт 4 статьи 1 Кодекса).

В силу части 1 статьи 174 АПК РФ при принятии решения, обязывающего ответчика совершить определенные действия, не связанные с взысканием денежных средств или с передачей имущества, арбитражный суд в резолютивной части решения указывает лицо, обязанное совершить эти действия, а также место и срок их совершения.

Арбитражный суд по требованию истца вправе присудить в его пользу денежную сумму, под-

лежащую взысканию с ответчика на случай неисполнения судебного акта, в размере, определяемом арбитражным судом на основе принципов справедливости, соразмерности и недопустимости извлечения выгоды из незаконного или недобросовестного поведения (часть 4 статьи 174 АПК РФ).

Согласно пункту 33 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 24.03.2016 № 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств» судебный акт в части взыскания судебной неустойки подлежит принудительному исполнению только по истечении определенного судом срока исполнения обязательства в натуре. Факт неисполнения или ненадлежащего исполнения решения суда устанавливается судебным приставом-исполнителем.

При наличии обстоятельств, затрудняющих исполнение судебного акта в установленный судом срок, ответчик вправе подать заявление об отсрочке или о рассрочке исполнения судебного акта (статья 324 АПК РФ).

В случае исполнения судебного акта, чтобы прекратить начисление судебной неустойки, ответчик может обратиться к судебному приставу-исполнителю с заявлением об окончании исполнительного производства (статья 47 Федерального закона от 02.10.2007 № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве»).

Для цитирования:

Справка «Вопросы, связанные с определением критериев творческой деятельности на примере фотографических произведений», вынесенная на обсуждение на заседании Научно-консультативного совета при Суде по интеллектуальным правам // Журнал Суда по интеллектуальным правам. Июнь 2024. № 2 (44). С. 21–34.

DOI: 10.58741/23134852_2024_2_2

The reference “Issues related to the definition of criteria for creative activity on the example of photographic works”, submitted for discussion at a meeting of the Scientific Advisory Council at the Intellectual Property Rights Court // Zhurnal Suda po intellektual'nym pravam. June 2024. N 2 (44). Pp. 21–34. (In Russ.).

DOI: 10.58741/23134852_2024_2_2

DOI: 10.58741/23134852_2024_2_2

Справка «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 мероприя-

тий (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 вы-

соту 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 производству.

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 постоян-

но 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 (*по-*

становление 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 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 вырази-

тельности. 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*).

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.

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 интеллек-*

туальным 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 представление 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 полноразмерном 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 «растановке 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 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,

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).

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 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

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

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).

няется. 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 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 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

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

¹¹ Дело *Ets-Hokin v. Sky 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).

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.

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 художественного качества или новизны не требуется. Не имеют также значения цель создания фо-

тографии, 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 во-

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>

¹⁹ Заключение юридического советника Трстеняка 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.

прос 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 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, имеющихся 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 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

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

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 voisins, 5e 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.

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 общест-

венной 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 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.

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>.

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>.

Для цитирования:

ПРОТОКОЛ № 31 заседания Научно-консультативного совета при Суде по интеллектуальным правам // Журнал Суда по интеллектуальным правам. Июнь 2024. № 2 (44). С. 35–49.

DOI: 10.58741/23134852_2024_2_3

Protocol No. 31 of the meeting of the Scientific Advisory Council at the Intellectual Property Rights Court // Zhurnal Suda po intellektual'nym pravam. June 2024. N 2 (44). Pp. 35–49. (In Russ.).

DOI: 10.58741/23134852_2024_2_3

DOI: 10.58741/23134852_2024_2_3

ПРОТОКОЛ № 31 заседания Научно-консультативного совета при Суде по интеллектуальным правам

Москва

16 февраля 2024 г.

Заседание Научно-консультативного совета при Суде по интеллектуальным правам прошло в гибридном формате с использованием видеосвязи в Московском государственном юридическом университете имени О.Е. Кутафина (МГЮА) в рамках XII Международного юридического форума «Правовая защита интеллектуальной собственности: проблемы теории и практики» (IP Форум).

На обсуждение были вынесены вопросы, связанные с определением критериев творческой деятельности на примере фотографических произведений.

В заседании приняли участие:

Новоселова Людмила Александровна – доктор юридических наук, профессор, председатель Суда по интеллектуальным правам, заведующая кафедрой интеллектуальных прав Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) (далее – Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА)), заслуженный юрист Российской Федерации;

Попов Владимир Валентинович – кандидат юридических наук, председатель судебного состава Верховного суда Российской Федерации;

Костенко Наталья Васильевна – депутат Государственной Думы, заместитель председателя комитета Государственной Думы по туризму и развитию туристической инфраструктуры;

Авакян Елена Георгиевна – вице-президент Федеральной палаты адвокатов Российской Федерации, старший преподаватель факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (далее – НИУ ВШЭ);

Андреев Юрий Николаевич – доктор юридических наук, профессор кафедры гражданского права юридического факультета федерального государственного бюджетного образовательного учреждения высшего образования «Юго-Западный государственный университет» (г. Курск), судья в отставке;

Борзило Евгения Юрьевна – доктор юридических наук, судья Суда по интеллектуальным правам;

Борисова Юлия Валерьевна – кандидат юридических наук, судья Суда по интеллектуальным правам;

Братусь Диана Валерьевна – кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры гражданского права Уральского государственного

юридического университета имени В.Ф. Яковлева (далее – УрГЮУ имени В.Ф. Яковлева);

Братусь Дмитрий Александрович – кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского права УрГЮУ имени В.Ф. Яковлева;

Валеева Наталья Георгиевна – кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского права УрГЮУ имени В.Ф. Яковлева;

Васильев Артем Сергеевич – кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры гражданского права УрГЮУ имени В.Ф. Яковлева, доцент кафедры вещного права Уральского филиала Исследовательского центра частного права имени С.С. Алексеева при Президенте Российской Федерации (далее – ИЦЧП имени С.С. Алексеева);

Войниканис Елена Анатольевна – доктор юридических наук, доцент, профессор кафедры интеллектуальных прав Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА);

Вольфсон Владимир Леонович – кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского и трудового права Северо-Западного института управления Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации;

Городов Олег Александрович – доктор юридических наук, профессор кафедры коммерческого права юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета;

Голофаев Виталий Викторович – кандидат юридических наук, судья Суда по интеллектуальным правам;

Гринь Елена Сергеевна – кандидат юридических наук, доцент, заместитель заведующего кафедрой интеллектуальных прав Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА);

Данилов Георгий Юрьевич – заместитель председателя Суда по интеллектуальным правам;

Дякина Олеся Геннадьевна – судья Арбитражного суда Свердловской области;

Зенин Иван Александрович – доктор юридических наук, профессор кафедры гражданского права юридического факультета Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова (далее – МГУ имени М.В. Ломоносова), заслуженный профессор МГУ имени М.В. Ломоносова;

Калятин Виталий Олегович – кандидат юридических наук, профессор ИЦЧП имени С.С. Алексеева, доцент факультета права НИУ ВШЭ;

Кольздорф Мария Александровна – начальник отдела обобщения судебной практики и статистики Суда по интеллектуальным правам, старший преподаватель факультета права НИУ ВШЭ;

Корнеев Владимир Александрович – кандидат юридических наук, заместитель председателя Суда по интеллектуальным правам, профессор ИЦЧП имени С.С. Алексеева;

Матвеев Сергей Юрьевич – кандидат технических наук, президент Федерации интеллектуальной собственности, сопредседатель координационного совета Общероссийской общественно-государственной организации «Российский центр оборота прав на результаты творческой деятельности»;

Мурзин Дмитрий Витальевич – доктор юридических наук, профессор кафедры гражданского права УрГЮУ имени В.Ф. Яковлева, профессор кафедры обязательственного права Уральского филиала ИЦЧП имени С.С. Алексеева;

Новак Денис Васильевич – кандидат юридических наук, профессор кафедры обязательственного права ИЦЧП имени С.С. Алексеева;

Павлова Елена Александровна – кандидат юридических наук, доцент, заведующая кафедрой интеллектуальных прав Российской школы частного права, начальник отдела законодательства об интеллектуальных правах ИЦЧП имени С.С. Алексеева, заслуженный юрист Российской Федерации;

Подрабинок Елена Михайловна – кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского права УрГЮУ имени В.Ф. Яковлева;

Сидорская Юлия Михайловна – председатель судебного состава Суда по интеллектуальным правам;

Ситдикова Роза Иосифовна – доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры предпринимательского и энергетического права юридического факультета федерального государственного автономного образовательного учреждения высшего образования «Казанский (Приволжский) федеральный университет»;

Федотов Михаил Александрович – доктор юридических наук, профессор, директор Международного научно-образовательного центра

«Кафедра ЮНЕСКО по авторскому праву, смежным, культурным и информационным правам» НИУ ВШЭ, заслуженный юрист Российской Федерации;

Четвертакова Елена Сергеевна – кандидат юридических наук, председатель судебного состава Суда по интеллектуальным правам;

Шахназаров Бениамин Александрович – кандидат юридических наук, профессор кафедры международного частного права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА);

Щербак Наталья Валерьевна – кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского права юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова.

В заседании приняли участие также представители органов государственной власти, преподаватели и сотрудники кафедр ведущих высших учебных заведений страны и представители делового сообщества.

Письменные мнения по поставленным к заседанию вопросам представили:

Братусь Диана Валерьевна;
Войниканис Елена Анатольевна;
Вольфсон Владимир Леонович;
Гринь Елена Сергеевна;
Дякина Олеся Геннадьевна;
Зенин Иван Александрович;
Мурзин Дмитрий Витальевич.

Заседание открыла председатель Суда по интеллектуальным правам **Л.А. Новоселова**, выразив признательность руководству Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) и организационному комитету IP Форума за предоставленную для проведения юридического форума площадку. Затем она объявила в качестве модератора заседания **Г.Ю. Данилова** и предоставила приветственное слово **В.В. Попову**.

В.В. Попов пожелал успешной и плодотворной работы участникам заседания.

Первый вопрос, вынесенный на обсуждение, звучал следующим образом: **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?

Г.Ю. Данилов предоставил слово **А.С. Васильеву**. Выступающий отметил, что для объектов, создаваемых посредством технических средств, получение авторско-правовой охраны – это в некотором роде привилегия. Подобно тому, как объект, связанный с землей, должен соответствовать ряду признаков, чтобы считаться объектом недвижимости, фотографии также требуют правовой квалификации.

Самым простым критерием в данном случае, по мнению А.С. Васильева, является воля создателя объекта. Если установлено, что создатель спорной фотографии является по профессии фотографом, презюмируется, что его воля направлена на создание фотографического произведения, следовательно, вопрос об охраноспособности такого объекта решен.

Суду также необходимо выяснить процесс создания объекта, для чего автору фотографии следует предложить описать этот процесс, в частности примененные приемы для создания фотографии. Если суд установит, что спорная фотография была сделана случайным образом, то суду следует отказать в иске о защите исключительного права ввиду отсутствия цели автора объекта создать фотографическое произведение.

С точки зрения выступающего, процесс создания фотоснимка подобен работе генеративного искусственного интеллекта: человек аналогично задает определенные настройки фотоаппарата, как если бы пользователь писал запрос для нейросети с целью создания изображения. Если в настоящий момент снизить требования к творческой составляющей фотографии, то в будущем в судах может возникать множество споров, связанных с защитой изображений, созданных искусственным интеллектом.

Н.В. Щербак указала, что в России существует два подхода в решении обсуждаемого вопроса. Первый подход, поддержанный профессором Э.П. Гавриловым, основан на том, что результат должен быть оценен с точки зрения уникальности, новизны произведения. При таком подходе параллельное творчество невозможно.

Сущность второго подхода состоит в том, что для предоставления авторско-правовой охраны

объекту достаточно любого уровня оригинальности, поскольку российское право исходит из достаточности такой крайне низкой степени творческой составляющей.

Поддерживая позицию А.С. Васильева, выступающая отметила, что оценка объекта должна осуществляться через деятельность субъекта. Необходимо учитывать заметные творческие усилия фотографа по преобразению окружающей действительности. Если фотограф просто копирует окружающую обстановку, то он не вносит своего творческого вклада в объект, следовательно, такая фотография не должна охраняться авторским правом.

Н.В. Щербак упомянула американское законодательство, в котором понятие «оригинальность» употребляется в смысле происхождения произведения от конкретного автора (от англ. глагола to originate). Таким образом, при съемке одного и того же объекта разными лицами практически в одно время американское законодательство предполагает, что на оба объекта возникнут самостоятельные авторские права, поскольку в данном случае ни одно из произведений не скопировано, в них можно обнаружить разного рода различия (например, в технических возможностях средств съемки и др.). Между тем такой подход не является предпочтительным для применения, с точки зрения Н.В. Щербак.

По мнению выступающей, несмотря на то что отечественная цивилистика многое переняла из немецкого гражданского права, в сфере интеллектуальной собственности таких заимствований не произошло. Это можно заметить, в частности, на примере того, что в Германии фотографии охраняются и как объекты авторского права, и в качестве объектов смежных прав. Чтобы установить аналогичный правовой режим в России, необходимо реформировать отечественное законодательство.

Резюмируя свое выступление, Н.В. Щербак заключила, что при использовании технических устройств без изменения автоматических настроек сложно говорить о том, что такая фотография может быть признана произведением и автору следует самостоятельно доказывать наличие его творческого вклада при создании фотографии.

Е.А. Павлова попросила Н.В. Щербак уточнить, действительно ли, с ее точки зрения, автор

должен доказывать наличие творческого начала в его произведении, то есть презумпция наличия творчества не должна быть принята во внимание.

Н.В. Щербак ответила, что в отношении фотографий указанная презумпция скорее не должна применяться, иначе неизбежны ситуации, когда множество одинаковых фотографий одного ландшафта или фотографии из интернет-сервиса для объявлений о продаже товаров будут претендовать на авторско-правовую охрану.

Е.М. Подрабинок задала Н.В. Щербак вопрос: возможно ли введение презумпции нетворческого характера в отношении всех фотографий?

Н.В. Щербак ответила, что в отношении фотографий, возможно, презумпция творчества нуждается в пересмотре на законодательном уровне, поскольку в данном случае ценность представляет именно идея фотографии, а не ее форма, в отличие от других объектов авторского права.

Л.А. Новоселова пояснила, что в первом вопросе речь идет о критериях охраноспособности фотографических произведений, а не о том, кто должен доказывать наличие творческого вклада в созданный объект. Цель данного обсуждения, как отметила Л.А. Новоселова, состоит в выяснении обстоятельств, которые суд должен учитывать, если на них будет ссылаться ответчик, доказывая отсутствие творческого результата.

Е.А. Павлова подчеркнула, что в современном искусстве идея имеет более важную роль, чем ее воплощение. Оценка технической стороны съемки (например, того, кто осуществил обработку фотографии или кто поставил освещение) и определение на этом основании наличия творческого вклада, по мнению выступающей, не являются верным подходом, поскольку такие действия явно не свидетельствуют о наличии творческого вклада в создание фотографического объекта.

Выступающая отметила, что суд не может взять на себя функцию определения того, является ли фотография результатом творческого труда, в том числе на основании технических показателей или других факторов. Единственный возможный вариант в такой ситуации – исходить из того, что каждая фотография, пока это не решено на законодательном уровне, изначально должна рассматриваться как созданная творческим трудом.

В.А. Корнеев обратил внимание участников заседания на то, что основными векторами обсуждения должны стать вопросы о том, какие обстоятельства могут опровергнуть презумпцию творчества и какие фотографии не являются охраноспособными исходя из процесса их создания. В качестве примера выступающий привел изложенную 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) позицию, состоящую в том, что фотографии, созданные с помощью камеры видеонаблюдения для фиксации административных правонарушений, не являются объектами авторского права. Таким образом, возможно существование и других случаев, в которых фотография будет признаваться изначально нетворческой, например, если фотоаппарат используется в качестве сканера и просто фиксирует объективную действительность.

Д.В. Новак предложил участникам заседания ответить на следующий вопрос: обязательно ли вносимый личный творческий вклад в создание фотографии проявляется до процесса фотографирования или он может проявляться и во время этого процесса? С точки зрения выступающего, творческий вклад можно обнаружить и после технической фиксации объекта. Например, из несколько сотен снимков, сделанных фотобудкой или камерой наблюдения и не имеющих творческой составляющей, человек может отобрать несколько интересных снимков и в этом смысле придать им творческий характер. Равным образом творческий вклад может внести не тот, кто настраивал камеру или нажимал на ее кнопку, а тот, кто отбирал из отснятых фотографий наиболее интересные кадры. Таким образом, не во всех случаях должно отвергаться наличие творческого характера, если речь идет об автоматических камерах, даже если результат создан с использованием искусственного интеллекта. Это может выступать одним из обстоятельств, которое должно учитываться судом.

Е.С. Гринь согласилась с мнением Д.В. Новака и в подтверждение сказанного привела пример, когда профессиональный фотограф снимает видео заката на камеру и впоследствии создает фотографии захода солнца посредством отбора из

видеозаписи наиболее интересных кадров. Следовательно, в данном случае имеет место не техническая фиксация в автоматическом режиме, а создание произведения автором. Выступающая указала на то, что более подробно позиция изложена в письменном виде.

Свое мнение по обсуждаемым вопросам озвучила **Д.В. Братусь**. Она отметила, что при определении охраноспособности фотографических произведений должна анализироваться возможность наличия творческого начала и допустимость его проявления при осуществлении конкретного вида фотосъемки. По мнению выступающей, при проведении медицинских, экспертных, криминалогических и иных подобных работ допущение возможности проявления творческого характера деятельности может привести к псевдорезультатам, которые не должны признаваться охраноспособными. В законе стоит сделать оговорку о том, что результаты конкретных видов фотосъемки не могут признаваться объектами авторского права.

Обстоятельством, при котором можно считать, что при создании фотографии реализовывались творческие способности автора и в фотографии отражена его личность, является наличие потенциальной возможности проявления творчества. Если прямо предполагался запрет на внесение творческих изменений в средства фиксации, такие результаты не должны признаваться фотографическими произведениями.

В обсуждение вступил **М.А. Федотов**, поддержав мнение А.С. Васильева о том, что при определении правового режима фотографического произведения очень важно установить цель его создания.

М.А. Федотов подчеркнул, что необходимо различать понятия «фотография» и «фотографическое произведение». В Гражданском кодексе Российской Федерации (далее – ГК РФ) авторское право предусмотрено только в отношении фотографического произведения, поэтому презумпция наличия творческого характера распространяется лишь в отношении него.

Выступающий отметил, что признак охраноспособности фотографического произведения впервые был установлен в отношении фотографии Оскара Уайльда в Соединенных Штатах Америки. Этот признак проявлялся в том, что фото-

граф выбрал позу модели, использовал определенный свет, драпировку и т.д., т.е. совершил конкретные действия по постановке кадра.

С точки зрения М.А. Федотова, дальнейшие рассуждения об охраноспособности фотографии должны развиваться скорее в этом направлении, при этом не следует рассуждать о важности настроек камеры, например, ее резкости. Выступающий отметил, что в современных фотоаппаратах настройка резкости устанавливается автоматически, что не свидетельствует об авторстве фотоаппарата. М.А. Федотов подчеркнул, что настройка резкости может быть элементом творчества только в том случае, когда фотограф намеренно ее выбирает. Например, если при съемке бегущих по стеклу капель дождя фотограф сфокусирует аппарат на стоящем напротив доме, то в кадре будет отображен размытый дом, но если фотограф настроит резкость на капли дождя, то в кадре будут капли, стекающие по стеклу. Фотоаппарат не способен сделать это, только человек может снять подобный кадр, что и является его творческим вкладом.

М.А. Федотов согласился также с мнением Д.В. Новака о том, что творческий вклад можно обнаружить и после создания самого изображения. Изображение изначально еще не является фотографическим произведением, но оно станет им после того, как автор соответствующим образом сделает свой выбор изображения и обработает его. Таким образом, для возникновения произведения обязательно должен быть замысел о создании произведения.

Продолжая дискуссию, **В.О. Калятин** указал на то, что с объективной точки зрения определить признаки творческого начала в фотографии невозможно. По его мнению, даже полное совпадение двух объектов не отрицает наличие творческого характера произведения, поскольку произведения могут быть созданы независимо друг от друга, поэтому непозволительно лишать человека авторских прав на произведение на том основании, что его произведение похоже на чужое. В таких случаях следует учитывать субъективную сторону, т.е. намерение лица, цель создания фотографии. Если фотография создана исключительно как технический инструмент, например, фотография в объявлении о продаже товара, то ясно, что человек не

намеревался осуществить творческую деятельность. Как отметил выступающий, это единственный критерий, которым могут пользоваться суды при оценке охраноспособности фотографии.

С.Ю. Матвеев согласился с позицией В.О. Калятина, добавив, что фотограф действует исходя из замысла или идеи, что не может быть определено на основе формальных обстоятельств. Он высказал идею о том, что только автор может объяснить цель создания им произведения, и это может быть выяснено путем его опроса. Если такое объяснение суд сочтет удовлетворительным, то лицо может считаться автором произведения.

Л.А. Новоселова задала выступающему вопрос о том, как оценивать те фотографии, которые делаются для запоминания, например, фотографии страниц документов, показания счетчика электроэнергии и др.

С.Ю. Матвеев ответил, что, даже в фотографии для запоминания может быть запечатлено что-либо необычное (например, сфотографировав показания счетчика, можно неожиданно обнаружить удивительной формы паутину). Поэтому критерий охраноспособности фотографии может объяснить только автор, а не юрист.

В.А. Корнеев добавил, что в отношении подобных фотографий можно было бы ввести презумпцию нетворческого характера, если бы не множество судебных споров, в которых рассматривается вопрос о неправомерном использовании таких фотографий. Следовательно, такие фотографии востребованы.

Далее выступил **Ю.Н. Андреев**, отметив, что фотография не может быть техническим средством. Фотография создается человеком и является результатом его умственной деятельности. В случае возникновения спора, по мнению выступающего, может быть назначена экспертиза для определения особенностей, выражающих личность конкретного автора в созданной им фотографии, и установления таким образом принадлежность ее автору.

Е.Ю. Борзило высказала мнение, что единственным критерием охраноспособности фотографии может быть вопрос о том, кем сделана фотография – человеком или машиной. Если фотография сделана машиной, например, снимок МРТ, фотографии других медицинских исследований,

то эта фотография не обладает творческой составляющей. Но когда фотография создана человеком, она должна признаваться творческой работой, поскольку любая подобная фотография несет отпечаток личности.

Е.Ю. Борзило возразила на мнение Д.В. Новака о последующей квалификации фотографии. С точки зрения выступающей, Д.В. Новак акцентирует внимание на эмоциональном отклике, но в этом смысле и другие фотографии могут вызывать у наблюдающего разного рода эмоции (например, сообщение о штрафе с приложенной фотографией с камеры фиксации нарушений скоростного режима могут вызывать у получателя негативные эмоции). В связи с этим применимость данного критерия вызывает сомнения.

Излагая свою точку зрения, **И.А. Зенин** согласился с позицией Е.Ю. Борзило, состоящей в том, что только созданная человеком фотография является творческим трудом. Выступающий высказал сомнение по поводу того, что судья сможет на основании, например, ракурса съемки, постановки света и других критериев определить творческий характер фотографии. Он также подверг сомнению тезис о возможности определения творческих намерений фотографа.

И.А. Зенин отметил, что общим правилом для определения охраноспособности фотографии должен быть критерий «результат умственного труда», равнозначный «результату творческого труда» как правовой категории. К этому общему правилу выступающий назвал следующие исключения: 1) результат умственного труда плагиатора нельзя считать творческим; 2) результат умственного труда может быть объектом иных правовых институтов – смежных прав (глава 71 ГК РФ), патентных прав (главы 72, 73 ГК РФ) и других, но не являться объектом авторского права; 3) если результат умственного труда является видом помощи, указанным в статье 1228 ГК РФ, результат творческого труда отсутствует; 4) если в отношении результата умственного труда его разработчиком был введен режим коммерческой тайны, он является объек-

том ноу-хау (секрет производства); 5) если результат умственного труда прямо указан в законе как неохраноспособный объект, например, произведения народного творчества (фольклор), способы клонирования человека и другие; 6) если умственная деятельность направлена на создание вещи как объекта вещных прав, а не объекта творческой деятельности.

Далее выступила **Е.А. Войниканис**. Она сослалась на опыт Франции: в отношении фотографии именно фотографом должно быть доказано наличие творческой составляющей, поскольку при производстве фотографии переплетаются как технические нюансы, так и творчество фотографа, и только автор может объяснить, в чем выражается его творчество. Такой стандарт доказывания позволяет автору отразить, как в его действиях (предпринятых до момента съемки, в момент съемки и после съемки фотографии) им был осуществлен собственный творческий вклад.

Е.А. Войниканис подчеркнула, что в России сегодня действует презумпция творческого вклада при создании объекта авторского права, которая может быть опровергнута при рассмотрении конкретного дела. Это приводит к ситуации, когда ответчик должен доказать отсутствие творческого вклада в объекте авторского права истца. Напротив, во Франции в случае оспаривания оригинальности объекта авторского права, в том числе фотографии, доводы в пользу оригинальности произведения должен привести сам автор. Кассационный суд Франции придерживается следующей позиции: в Кодексе интеллектуальной собственности закреплен принцип охраны произведения без соблюдения каких-либо формальностей и только на основании факта создания оригинальной формы; тем не менее, когда эта охрана оспаривается в рамках защиты ответчика, оригинальность произведения должна быть разъяснена лицом, которое претендует на авторство, только автор в состоянии идентифицировать элементы, отражающие его личность¹.

¹ См., к примеру: Cour de cassation, 1^e chambre civile, 8 novembre 2017, n°16-18.017. («qu'il se déduit de ces dispositions le principe de la protection d'une oeuvre sans formalité et du seul fait de la création d'une forme originale ; que néanmoins, lorsque cette protection est contestée en défense, l'originalité d'une oeuvre doit être explicitée par celui qui s'en prétend auteur, seul ce dernier étant à même d'identifier les éléments traduisant sa personnalité»).

С точки зрения выступающей, в случае с фотографией возложение бремени доказывания на ответчика можно считать особенно несправедливым. Дело в том, что при оценке творческих усилий по созданию фотографии анализируется не столько снимок, сколько действия автора, которые привели к его созданию, а также его намерения и идеи, которые нашли отражение в конкретной фотографии. Все перечисленное – действия, мотивы и их отражение в фотографии – известны только самому автору, но никак не ответчику.

Е.А. Войниканис указала на то, что в отличие от других произведений, творческий вклад, реализация личности автора в фотографиях оценивается в первую очередь не по конечному результату, а по тем действиям фотографа, предваряющим и определяющим данный результат.

Е.А. Войниканис подчеркнула, что при анализе охраноспособности фотографических произведений не следует учитывать такое обстоятельство, как объект съемки. По мнению выступающей, несмотря на склонность человека оценивать творческую составляющую фотографии исходя из объекта, который на ней запечатлен, это тем не менее не свидетельствует о творческих усилиях фотографа.

М.А. Кольздорф продолжила мысль, которую озвучила Е.А. Войниканис. Она отметила, что, действительно, в иностранных юрисдикциях, обращаясь в суд, автор должен доказать творческий характер своей работы. В России творческий характер объекта презюмируется, что является особенностью отечественного правопорядка. Поэтому правообладатель, обращаясь в суд, доказывает лишь свое право на фотографию, в частности тем, что информация об авторском праве указана при ее размещении в Интернете рядом с этой фотографией (например, в блоге).

Выступающая предложила полностью не отказываться от этой презумпции, а применять ее так, как она изложена в Постановлении № 10: пока не доказано иное, результат интеллектуальной деятельности предполагается созданным творческим трудом. Исходя из этого, правообладатели, обращающиеся в суд, должны продемонстрировать, что интеллектуальный труд действительно присутствовал в процессе создания произведения. Таким образом, лишь при демонстрации наличия интеллектуального труда при создании фотогра-

фии может сработать презумпция наличия творческого характера.

Г.Ю. Данилов предложил перейти к обсуждению **второго вопроса** и озвучил его.

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.

Первой взяла слово **Ю.М. Сидорская**, указав на большое количество судебных споров, связанных с защитой прав на фотографии с очевидно низкой творческой составляющей – фотографии кнопок лифта, улиц, значков и др. Выступающая отметила, что с точки зрения правового регулирования и правоприменения на охраноспособность объекта влияет то обстоятельство, произведена ли фотосъемка автоматически с помощью технических средств. Если фотографирование произведено человеком, то, по общему правилу, никакие иные обстоятельства не будут влиять на квалификацию охраноспособности объекта. Выступающая

сослалась на наличие обширной судебной практики о взыскании компенсации за нарушение прав на фотографии стихийных бедствий, достопримечательностей, которые сделаны человеком, и ввиду этого им предоставлена соответствующая защита без учета творческого вклада фотографа.

Ю.М. Сидорская подчеркнула, что фотографии, созданные органами государственной власти в ходе выполнения публичных функций (например, фотографирование экспертом вещественных доказательств посредством специальных средств фиксации), скорее всего не могут быть охраноспособными.

Выступающая обратила внимание на наличие дел, в которых предъявляются требования в защиту прав на фотографии товаров, размещенных на онлайн-маркетплейсах и интернет-ресурсах для размещения объявлений. В связи с этим требуют обсуждения вопросы об охраноспособности таких фотографий и о количестве нарушений авторских прав на данные фотографии. В некоторых случаях истец для получения большей суммы компенсации может представить сотни схожих фотографий, которые сложно отличить друг от друга, поэтому затруднительно установить наличие творческой составляющей в представленных истцом материалах. По мнению выступающей, для решения указанных проблем необходимо внести изменения в законодательные акты.

Д.В. Мурзин отметил противопоставление фотографии в качестве творческого акта и фотографии как документа. Фотография как документ может охраняться с учетом ее коммерческой ценности и интереса публики к ней. По мнению выступающего, в данном случае можно обратить внимание на немецкое законодательство, действовавшее до 1995 года, в котором фотография выступала в качестве «документа современной истории». Такая фотография была объектом смежных прав. После 1995 года под влиянием законодательства Европейского союза произошел отказ от этого понятия.

Д.В. Мурзин сделал акцент на том, что для выделения фотографии в качестве документа современной истории из массы других фотографий можно использовать такой критерий, как выбор момента фотографирования. Он привел в пример известную фотографию «Комбат» времен Великой

Отечественной войны, сделанную советским фотографом Максом Альпертом. Выступающий подчеркнул, что мысль о критерии выбора момента фотографирования (т.е. определение участия человека в этом процессе) схожа с идеей Д.В. Новака об отборе человеком нужных фотографий из их множества. Таким образом, пока российское законодательство не изменено, следует ориентироваться на указанный критерий.

О.Г. Дякина поддержала ранее высказанные мнения о необходимости развития законодательства в отношении фотографических произведений, обладающих очевидно невысоким уровнем творческой составляющей, добавив, что при этом названное развитие может состоять, например, в ограничении размера компенсации, которую суд может взыскать при защите прав на эту фотографию, или в определении срока охраноспособности таких фотографий.

В письменном заключении О.Г. Дякина выразила мнение о том, что понятие «фотографическое произведение» в широком смысле можно определить как объективную форму выражения автором постоянно меняющейся действительности, объектов и субъектов материального мира. Она указала на то, что российский законодатель выделяет критерий творчества в качестве основополагающего признака, позволяющего признать результат интеллектуальной деятельности в качестве произведения, в том числе фотографического, т.е. в качестве объекта авторского права. Поскольку действующее российское законодательство не содержит таких признаков произведения, как оригинальность либо новизна, то можно сделать вывод о том, что основным критерием оценки охраноспособности объекта является исключительно его творческий характер. Этот критерий определяется с точки зрения субъективного подхода.

Таким образом, при оценке охраноспособности фотографии не имеет значения ни цель ее создания, ни объект, который на ней запечатлен, ни средства и условия съемки. Установление данных обстоятельств при разрешении конкретных споров может быть весьма затруднительно, к примеру, ввиду пассивного участия в процессе самого автора фотографического произведения. Вместе с тем указанные обстоятельства могут быть пред-

метом исследования суда и учитываться при определении конкретного размера компенсации.

О.Г. Дякина обратила внимание на то, что не подлежат охране фотографии, полученные в рамках медицинских исследований, в том числе с помощью диагностического оборудования (рентген, компьютерная томография и т.п.), а также с помощью видеорегистратора. Иные фотографии, при условии, что они созданы конкретным субъектом – автором, подлежат охране вне зависимости от эстетических, культурных и иных составляющих.

Вопрос об охраноспособности фотографии возникает в результате незаконного использования объекта, при этом само по себе использование иным субъектом какого-либо результата творческой деятельности свидетельствует о его некоей ценности, так называемой «оборотоспособности», что, в свою очередь, подтверждает необходимость правовой охраны такого объекта. Принимая во внимание значительное количество исков о защите прав на фотографические произведения с учетом характеристик объектов авторских прав, с точки зрения О.Г. Дякиной, видится обоснованным включение законодателем дополнительных критериев охраноспособности объектов авторских прав, а также определение сроков правовой охраны фотографических произведений.

Р.И. Ситдикова отметила, что при оценке охраноспособности фотографий, перечисленных во втором вопросе, следует учитывать цель их создания. Когда эта цель носит информационный характер, то необходимо отойти от презумпции творческого характера фотографии, например, если фотография сделана для получения информации о состоянии здоровья. Лицо, заявившее о наличии творческого характера у подобной фотографии, должно доказать данное обстоятельство. Вместе с тем, поскольку такие объекты, как рентгеновские снимки, нельзя обработать, не потеряв медицинской информативности, они не являются охраноспособными.

Следующим выступил **Д.А. Братусь**. Он подчеркнул, что обозначенный критерий цели его настораживает. По его мнению, при решении вопро-

са о творческой составляющей фотографии нужно основываться на субъекте, а не на объекте. Если лицо, которое проявило волю, направленную на объективацию задуманного, имело определенный концепт, соблюдало дисциплину творческого труда, переживало разного рода эмоции во время создания произведения, то его работа является произведением. В этом смысле даже фотографии товаров, размещенные на странице сервиса для объявлений, могут признаваться произведением.

В.Л. Вольфсон указал на то, что современное право отказывается от критерия творческого труда. Вместо этого на данный момент более актуален интерактивный критерий уникальности произведения, иными словами, восприятие публикой того или иного художественного решения или произведения. Если произведение действительно воспринимается как уникальное, современное право позволяет предоставить ему охрану. При этом сохраняет силу презумпция творческого труда, закрепленная во втором абзаце пункта 80 Постановления № 10, однако она, в свою очередь, понимается как предположение о наличии у спорного произведения объективно воспринимаемой уникальности.

В.Л. Вольфсон также обратил внимание на законодательство Европейского союза, в котором для определения права на охрану фотографии достаточно лишь того, чтобы она являлась личным интеллектуальным творением (*intellectual creation*). По мнению выступающего, такой подход устраняет проблему необходимости выявления творческого начала при создании фотографии и впоследствии – проблему определения охраноспособности объекта в целом. При оценке уникальности также необходимо учитывать цель, которой придерживался автор произведения. Например, если фотография сделана исключительно для утилитарных целей (сообщение о событии, спортивная трансляция, фотографии для продажи товаров или рекламы и др.), это исключает признание уникального характера получившегося произведения.

В.Л. Вольфсон сослался на позицию, содержащуюся в деле *Interlego v. Tyco Industries*², согласно

² Решение Судебного комитета Тайного совета от 5 мая 1988 по делу *Interlego A.G. v (1) Tyco Industries Inc, (2) Tyco (Hong Kong) Limited, (3) The Refined Industry Co. Limited and (4) Denifer Technology Limited* [1989] AC 217.

которой произведения изобразительного искусства охраняются, в том числе в режиме производных произведений, когда они представляют собой «зримые изменения» (visual significant changes) по отношению к ранее созданным работам.

С точки зрения выступающего, перечисленные во втором вопросе обстоятельства, кроме средств съемки, могут влиять на вывод об охраноспособности фотографии. Однако сами по себе эти обстоятельства не являются юридически значимыми для данного вывода. Целеполагание, хотя и является крайне важным обстоятельством при тестировании произведения на уникальность, не предопределяет окончательный вывод об охраноспособности, поскольку необходимо установить, воспринималось ли произведение публикой в соответствии с авторским целеполаганием. Коммуникативная природа произведения чаще всего попадает в фокус обсуждения, когда предстоит ответить, является ли оно сообщением о событиях и фактах с исключительно информационным целеполаганием, – от ответа может зависеть предоставление произведению охраны (пункт 6 статьи 1259 ГК РФ).

О.А. Городов отметил, что текущее обсуждение имеет смысл только в том случае, если презюмируется, что фотография является фотографическим произведением. Поскольку в России произведения охраняются вне зависимости от их достоинств, если фотографическое произведение не было скопировано, оно является уникальным и может охраняться с учетом наличия презумпции творческого характера фотографии.

Ю.В. Борисова не согласилась с ранее озвученной позицией об отсутствии уникальности фотографий товаров, размещаемых на онлайн-маркетплейсах, когда автор не имел соответствующей цели. По мнению выступающей, подобные фотографии не во всех случаях признаются неохраноспособными, особенно когда отсутствуют доводы оппонента, опровергающие творческий характер фотографии. Вместе с тем в некоторых ситуациях истцами предъявляются требования в защиту множества фотографий одного и того же товара с незначительными различиями. В таких случаях целесообразно ставить вопрос о наличии серии фотографий, и тогда использование множества фотографий образует одно правонарушение.

В.В. Голофаев указал, что цели и средства съемки могут иметь различное значение в зависимости от обстоятельств дела. Если в конкретном случае доводы сторон подтверждены доказательствами о том, что при помощи средства съемки (в частности фотоаппарата автоматической фиксации) была создана фотография, которая не отражает личность создателя этого объекта, то, скорее всего, творческое начало в создании этого объекта отсутствует.

Подобным образом можно рассмотреть и цель создания фотографии. Например, нельзя утверждать, что цель запечатления обуви для продажи на маркетплейсе не отвечает критериям творческой деятельности. Поэтому сама по себе цель в данном случае вторична по отношению к тем критериям, которые обсуждались в рамках первого вопроса.

В дискуссию вступил **В.А. Шахназаров**, обративший внимание на то, что утилитарная функция не исключает творческого характера фотографического произведения. Как отметил выступающий, целей может быть несколько, включая дополнительную цель. Если оцениваемая фотография является исключительно утилитарной, то следует учитывать наличие дополнительной цели в действиях и в умысле фотографа. Например, в фотографиях медицинской или криминалистической практики нельзя исключать творческого труда врача, криминалиста, которые позднее могут использовать эти фотографии в учебных материалах, статьях. Такое использование, по мнению выступающего, может быть охарактеризовано как отложенная, дополнительная цель, и это обстоятельство в ситуации правового спора должно быть доказано соответствующими субъектами.

Е.М. Подрабинок попросила В.А. Шахназарова ответить на следующий вопрос: если цель, как внутреннее намерение автора, меняется в течение некоторого периода времени, меняется ли охраноспособность объекта?

В.А. Шахназаров предложил различать цель создания и цель использования объекта. Например, если криминалистическая фотография была размещена лишь в документах уголовного дела и нигде более не была распространена, то можно сделать вывод о том, что дополнительной цели у ее

автора не было. Исходя из этого, вопрос о правонарушении в этом случае не возникнет.

Ю.Н. Андреев отметил, что цель создания фотографии в данном обсуждении не может приниматься во внимание, поскольку результат умственной деятельности всегда является результатом интеллектуальной деятельности независимо от цели.

Слово взяла **Н.Г. Валеева**. Она подчеркнула, что в авторском праве повод для создания произведения, в том числе информационный повод, юридически безразличен. Информационная цель, упомянутая в статье 1274 ГК РФ, касается использования уже созданных и охраняемых объектов. В рамках обсуждаемого вопроса следует обращать внимание не на повод создания фотографии, а на то, что получено в результате ее создания.

С точки зрения выступающей, если фотография является сообщением о событии, творческого вклада фотографа в ней не обнаружено, то, исходя из положений статьи 1259 ГК РФ, такая фотография не является объектом авторского права. Вместе с тем, как отметила выступающая, в искусствоведении момент создания фотографического произведения отнесен к художественной составляющей снимка. Основатель репортажной съемки Анри Картье-Брессон называл это «решающим моментом».

Н.Г. Валеева выразила позицию, состоящую в том, что цель создания фотографии может быть значимой для ситуации, когда творчество недопустимо, например, для снимков, полученных в ходе медицинских исследований. Цель такого исследования – это получение максимально точного изображения тела человека либо его частей для дальнейшей постановки диагноза. Малейшие отклонения от изображаемого объекта могут привести к негативным последствиям, поэтому творчество при создании таких снимков недопустимо. Следовательно, указанные снимки не могут охраняться авторским правом. По словам выступающей, в данном случае можно провести параллель с работой реставратора: восстанавливая чужое произведение, реставратор должен максимально точно воспроизвести то, что было создано автором. Для реставратора собственное творчество исключено.

М.А. Федотов согласился с тезисом о том, что в зависимости от использования фотографии цель может меняться со временем. Например, главное

назначение снимка, сделанного в ходе медицинского исследования, – это точное отражение положения органов в теле человека, и этот снимок не является объектом авторского права. Но если этот снимок включается в монографию, в которой описываются методы лечения, то снимок становится объектом авторского права, поскольку меняется цель его использования, – автор видит в этом изображении именно то произведение, которое ему нужно.

По мнению выступающего, прозвучавший ранее тезис о том, что фотография является произведением, если она создана человеком, вызывает сомнение. Он привел пример с фотографированием на паспорт: независимо от того, кем будет сделана такая фотография – человеком или машинной, результат в виде изображения человека будет аналогичен. Таким образом, не важно, кем сделан снимок, важно лишь наличие творческого начала.

В завершение обсуждения второго вопроса **Н.В. Щербак** добавила, что охрана авторских прав предоставляется независимо от достоинств и назначения произведения, и поэтому ссылки выступающих на намерение, мотивы, вдохновение и цели, которыми руководствовался фотограф, с ее точки зрения, меняют подход к авторскому праву.

Г.Ю. Данилов озвучил **третий вопрос** для обсуждения.

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)?

Излагая свою точку зрения, **Е.С. Четвертакова** отметила, что цель определения количества объектов – установление количества фактов правонарушения, исходя из которого определяется размер компенсации, что имеет существенное значение для правильного разрешения любого спора. Ввиду состязательности процесса следует учитывать, что истец, как правило, стремится к увеличению количества фактов нарушений; ответчик, напротив, пытается минимизировать количество нарушений. **Е.С. Четвертакова** привела примеры дел, рассматриваемых в Суде по интеллектуальным пра-

вам, в которых истец пытался доказать, что каждая фотография из серии, полученной при помощи беспилотного летательного аппарата, обладает характеристиками, необходимыми для признания их охраноспособными. В таких случаях бремя доказывания распределяется следующим образом: истец должен доказать, чем один объект отличается от другого (почему он считает, что это разные объекты), ответчик должен опровергать это и представлять соответствующие доказательства. Ответчик может сослаться на то, что между объектами нет отличий либо указать на правовые подходы об одной экономической цели или единстве намерений, которые изложены в Постановлении № 10. Названные действия позволят суду квалифицировать использование серии фотографий как один факт правонарушения.

Р.И. Ситдикова сделала акцент на том, что ответ содержится в самом вопросе: если среди серийных фотографий нет видимых различий, т.е. они идентичны, то они считаются копией одного и того же произведения.

Г.Ю. Данилов предложил перейти к обсуждению **четвертого вопроса**.

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.**

Обсуждение начал **А.С. Васильев**, который указал на то, что выявить создателя конкретной

фотографии можно только с помощью опроса самого автора. Такой опрос позволит определить характер процесса фотографирования, т.е. наличие творческого начала в его деятельности.

В.А. Корнеев пояснил, что четвертый вопрос вынесен на обсуждение не случайно. На первый взгляд, ответ кажется очевидным: кто делает фотографию, тот и должен признаваться автором, равно как и в случае с беспилотным летательным аппаратом, – лицо, управляющее им, выбирающее ракурс, признается автором. Однако в некоторых ситуациях возникают спорные случаи. Например, когда человек дает собственный смартфон третьему лицу для того, чтобы оно сделало фотографию, то с точки зрения буквы закона, очевидно, что автором будет тот, кто нажал на кнопку. Однако данный подход сложно представить в реальности, поскольку такой автор фотографии не придает своему действию никакого значения, в то время как для лица, которое попросило сделать фотографию, результат является значимым. Таким образом, автора фотографии побудили к тому, чтобы сделать ее в определенный момент. Виду этого следует обсудить вопрос о том, в каких случаях и кто должен признаваться автором, когда есть некоторое взаимодействие разных лиц.

Р.И. Ситдикова выразила позицию, состоящую в том, что ответ содержится в самом вопросе, поскольку в нем указано следующее: «лицо управляло беспилотным летательным аппаратом, выполняющим техническую функцию подъема фотокамеры». Если лицо осуществляло техническую функцию, то невозможно признать его автором фотографии. Иными словами, лицо, оказавшее техническую помощь, не может быть автором данной фотографии, также как и редактор не может быть автором.

Вместе с тем выступающая отметила, что возможны случаи, когда это лицо может выступать соавтором, если оно привносит некоторый творческий вклад, например, в случае выбора ракурса съемки, учета погодных условий, осуществления контроля за съемкой.

Е.А. Павлова обратила внимание на то, что рассматриваемую ситуацию можно сравнить с отношениями автора и литературного записчика. Они являются соавторами, но на практике их отношения определяются договором между ними.

По мнению выступающей, описанная в вопросе ситуация, когда лицо предоставило фотоаппарат с установленными этим лицом настройками, а другое лицо нажало на спуск затвора камеры, демонстрирует соавторство, потому что, кроме нажатия на спуск затвора, это лицо также осуществляло кадрирование, что в некоторых случаях может являться решающим фактором для удачного результата фотосъемки. Хотя в данном случае оба лица являются соавторами, практика показывает, что фотография останется у владельца фотоаппарата, и он будет утверждать, что фотография принадлежит ему.

Е.А. Павлова указала, что подход, согласно которому владельцу технического средства будут принадлежать права на произведения, присутствует в зарубежных странах. Вместе с тем даже при выборе такого подхода в случае с летательным аппаратом потребуется оценка вклада лица, которое управляет аппаратом. Такое лицо выбирает ракурс, направляет камеру, ввиду чего действительно может быть признано автором фотографии.

М.А. Федотов отметил, что в рассматриваемом случае определение соавторства зависит от выполняемой функции оператора летательного аппарата. Если он оказывал техническую помощь, то о соавторстве говорить не приходится. М.А. Федотов прокомментировал пример с просьбой о нажатии на кнопку спуска затвора камеры: по его мнению, если человек осуществлял кадрирование, безусловно, он будет соавтором, а если он этого не делал, то в данном случае отсутствует разница между снимками, сделанными человеком с использованием штатива или при помощи таймера, ввиду чего соавторство не появляется. Равным образом не возникает соавторство при проявке пленки или фотоснимка, поскольку это может быть сделано автоматически.

Дискуссию продолжила **Д.В. Братусь**, подчеркнувшая, что при реализации идеи заказчика посредством съемки летательным аппаратом его оператор должен продемонстрировать не только свои технические навыки, но и творческие способности. С точки зрения выступающей, оператор аппарата должен признаваться соавтором полученных результатов, поскольку от фактически руководящего процессом оператора, невзирая на идеи заказчика, зависят полученные результаты.

Е.Г. Авакян не согласилась с тезисом М.А. Федотова о том, что проявка пленки не может повлечь соавторства, поскольку нередко именно от проявки кадра зависит результат фотосъемки. Выступающая выразила также сомнение в отношении того, что авторские права на снимок могут возникать у оператора летательного аппарата. По ее мнению, управление таким аппаратом – исключительно техническая функция, которая не может быть приравнена к творчеству.

Е.Г. Авакян предложила отказаться от презумпции авторства на законодательном уровне. С ее точки зрения, авторство должно доказываться, что влечет за собой ряд процессуальных вопросов. Так, если при привлечении к ответственности лица за нарушения права на фотографию ответчик оспаривает авторство, такой спор не может быть рассмотрен в порядке упрощенного производства. Суд не может отказать в праве оспорить авторство и не может отказать в назначении экспертизы. Выступающая указала на то, что для доказывания авторства необходимо представление технического средства, которым был осуществлен снимок, и, как правило, представить его может только автор. По ее мнению, с учетом такого требования количество споров в отношении фотографий станет меньше. В целом следует обратить внимание на процессуальные механизмы, поскольку они могут быть достаточны для целей разрешения вынесенных на обсуждение вопросов.

Ю.Н. Андреев добавил, что в отношении фотографий, созданных при помощи летательного аппарата, следует выяснять наличие договоренности между лицами, которые участвовали в такой съемке.

Г.Ю. Данилов озвучил пятый вопрос.

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?

А.С. Васильев высказал мнение о том, что фотография, созданная по образцу другой фотографии, безусловно, является объектом авторского права. В любом случае фотографии не получатся одинаковыми, и обе нуждаются в правовой

охране. Выступающий отметил, что в настоящем обсуждении предпринимается попытка унификации, т.е. искусственного применения правового режима других объектов авторского права в отношении фотографии. Между тем с учетом различия произведений между собой (например, музыкальных и фотографических), по мнению выступающего, требования к фотографии должны быть немного выше.

Р.И. Ситдикова высказалась против позиции А.С. Васильева. С точки зрения выступающей, в вопросе буквально указано, что фотограф выбирает тот же объект съемки, подбирает те же параметры, ракурс, настройки камеры. По мнению выступающей, это не дает оснований для вывода о том, что была создана новая фотография. Если же в фотографии что-то изменилось, то фотограф должен доказать эти различия, иначе в данном случае может иметь место неправомерное заимствование.

Н.В. Щербак привела в пример доктрину бессознательного копирования, существующую в американском праве, согласно которой если лицо несознательно скопировало чужое произведение, то это не считается ни нарушением прав автора первоначального объекта, ни случаем параллельного творчества. Тем не менее такое копирование является основанием для освобождения от ответственности.

По мнению выступающей, если провести параллель между описанной в вопросе ситуацией (полный повтор фотографии) и аналогичной ситуацией в отношении литературного произведения, то можно прийти к следующему выводу. В результате использования лицом персонажа или другого элемента из литературного произведения другого автора в своем произведении может идти речь о переработке. В рассматриваемом в вопросе случае при отсутствии согласия автора на использова-

ние произведения полное заимствование является правонарушением. Другой вариант – применить к этому случаю подход американской доктрины: необходимо оценить, было ли такое копирование сознательным или бессознательным. В последнем случае работа не признается созданной в результате параллельного творчества, но фотограф, создавший похожую фотографию, не привлекается к ответственности.

Слово взял **М.А. Федотов** и обратился к Р.И. Ситдиковой. Он привел в пример ситуацию, при которой два человека стоят рядом и фотографируют один и тот же пейзаж, каждый использует собственный смартфон. Можно ли в названных условиях считать, что при таких обстоятельствах будут созданы два самостоятельных произведения? По мнению выступающего, ответ должен быть положительным. Таким образом, следует исходить из замысла создания автором его произведения, различая при этом фотографию и фотографическое произведение, на которое, в отличие от фотографии, распространяется презумпция наличия творческой составляющей. Резюмируя, выступающий отметил необходимость внесения изменений в законодательство.

Р.И. Ситдикова согласилась с точкой зрения М.А. Федотова на описанную им ситуацию, но призвала к внимательному прочтению поставленного вопроса: в нем речь идет о фотографии, созданной по образцу другой фотографии. В таком случае эта фотография не может быть самостоятельным объектом авторского права.

Подводя итог заседания, **Л.А. Новоселова** выразила признательность всем участникам заседания за активное участие в обсуждении поставленных вопросов, напомнила о возможности направления в адрес суда письменных заключений и пожелала успехов в дальнейшей работе.

Для цитирования:

Письменные мнения членов Научно-консультативного совета при Суде по интеллектуальным правам и читателей Журнала Суда по интеллектуальным правам по вопросам, связанным с определением критериев творческой деятельности на примере фотографических произведений // Журнал Суда по интеллектуальным правам. Июнь 2024. № 2 (44). С. 50–106.

DOI: 10.58741/23134852_2024_2_4

Written opinions of members of the Scientific Advisory Council at the Intellectual Property Rights Court and readers of the Journal of the Intellectual Property Rights Court on issues related to the definition of criteria for creative activity on the example of photographic works // Zhurnal Suda po intellektual'nym pravam. June 2024. N 2 (44). Pp. 50–106. (In Russ.).

DOI: 10.58741/23134852_2024_2_4

DOI: 10.58741/23134852_2024_2_4

Письменные мнения членов Научно-консультативного совета при Суде по интеллектуальным правам и читателей Журнала Суда по интеллектуальным правам по вопросам, связанным с определением критериев творческой деятельности на примере фотографических произведений

К заседанию Научно-консультативного совета при Суде по интеллектуальным правам, которое состоялось в феврале 2024 г., был подготовлен материал, обобщающий российскую судебную практику и подходы в отдельных зарубежных правовых порядках по вопросам, связанным с определением критериев творческой деятельности на примере фотографических произведений.

Некоторые члены Научно-консультативного совета при Суде по интеллектуальным правам прислали свои позиции в письменном виде. Читателям журнала также было предложено направлять свое мнение по вопросам, поставленным в справке. Представляем вашему вниманию поступившие

правовые комментарии. Мнение Вольфсона В.Л. отдельно не публикуется в связи с тем, что оно отражено в статье этого номера.

Авторы комментариев:

Бахтиозина А.Т.

Братусь Д.В.

Васильев А.С.

Витко В.С.

Войниканис Е.А.

Гринь Е.С.

Джалилов Э.А.

Линник Л.Н., Кудakov А.Д.

Моргунова Е.А.

Мурзин Д.В.
Нюняев В.О.
Серго А.Г.
Синельникова В.Н.
Проект «Десятая заповедь»
ООО «Антипиратские технологии»
ИП Седых Е.Н.
ИП Сейитмедов А.Р.
Правовое бюро «Омега»

Бахтиозина А.Т.,
старший юрист ООО «Севен Хиллс Лигал»,
старший преподаватель НИУ «Высшая школа
экономики»

Мнение касательно подходов к оценке охраноспособности фотографических произведений как объектов авторского права

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?

Есть два критерия охраноспособности произведений (в том числе фотографических), которые указаны в ГК РФ: (1) творческий характер создания и (2) объективная форма выражения.

По нашему мнению, «объективной формы» и «творческого характера создания» недостаточно. Целесообразно применять и дополнительный критерий, характеризующий не только саму деятельность, но и полученный в итоге результат. Например, таким дополнительным критерием может стать «оригинальность» полученного результата (или «уникальность»).

Российские суды в своих решениях часто указывают, что отсутствие оригинальности, уникальности не свидетельствует о том, что объект создан не творческим трудом. Суды, к сожалению, слишком механически копируют в решениях пункт 80 Постановления Пленума ВС от 23.04.2019 № 10, который указывает, что «...само по себе отсутствие новизны, уникальности и (или) оригинальности результата интеллектуальной деятельности не может свидетельствовать о том, что такой резуль-

тат создан не творческим трудом и, следовательно, не является объектом авторского права».

Таким образом, принимаются во внимание требования только к самому процессу создания (деятельность должна носить творческий характер) без каких-либо требований (кроме упомянутой объективной формы) к результату. Такой подход неизбежно приводит к тому, что авторско-правовую охрану можно распространить практически на любые фотографии, что, на наш взгляд, представляется ошибочным и, что самое главное, не отвечает цели предоставления авторско-правовой охраны.

В Постановлении Двадцатого арбитражного апелляционного суда от 12.12.2014 по делу N А54-3843/2011 по делу указывается, что основным критерий, отличающий творчество от изготовления (производства) – уникальность его результата: «творчество – это процесс деятельности, в результате которого создаются качественно новые объекты. Основным критерий, отличающий творчество от изготовления (производства), – это уникальность его результата. Результат творчества невозможно прямо вывести из начальных условий. Никто кроме автора не может получить в точности такой же результат, если создать для него ту же исходную ситуацию».

Данный подход также представляется нам совсем верным, так как в данном случае суд смешивает деятельность и результат. На самом деле в результате творческой деятельности могут появиться неоригинальные и неуникальные работы. А может быть и наоборот, в результате нетворческой деятельности могут появиться оригинальные и уникальные работы.

В предлагаемом нами подходе (1) критерий «творческий характер» будет характеризовать саму деятельность, в результате которой возникает объект (то есть человек занимался творчеством, был нацелен на создание культурных или материальных ценностей), а (2) критерий «оригинальность или уникальность результата» будет характеризовать полученный результат. Данный подход представляется нам наиболее сбалансированным.

Гипотетическая ситуация	Есть ли творческий характер деятельности?	Есть ли уникальный / оригинальный результат?	Является ли охраноспособным произведением эта фотография?
Человек ехал с включенным видеорегастратором, но так случилось, что у него появился уникальный, оригинальный кадр или видеозапись	Нет , так как человек не занимался творчеством, не был нацелен на создание культурных или материальных ценностей	Может быть	Нет
Человек фотографировал друга на фоне достопримечательности в популярном для фотографирования месте, в обычной позе, том ракурсе, при котором видно друга и достопримечательность	Да , человек хотел сделать красивую фотографию, занимался творчеством, не просто фиксировал действительность, стремился создать культурную ценность (пусть и не претендуя на широкое общественное признание)	Нет	Нет

Предлагаемый нами подход в принципе не требует изменения закона, а требует лишь соответствующего разъяснения судов и изменения практики правоприменения. Например, европейское право также не содержит прямых указаний об оригинальности произведения в законодательстве, однако правоприменитель выработал позицию о том, что охраноспособным произведением является фотография, которая является оригинальной, отражающей аспекты личности автора.

Далее мы покажем, как предлагаемый нами подход может применяться в различных ситуациях (например, при анализе ситуаций в вопросе 2).

Не только фотограф может являться автором фотографического произведения

Авторы фотографий выбирают:

1. Способ исполнения фотографии (выбор камеры, освещения, постпродакшна, пленки, ракурса, угла, композиции, и т.п.).

2. Момент съемки (конкретная поза модели, конкретный момент, когда определенным образом падает свет).

3. Объект фотографирования (что будет запечатлено, как оно будет выглядеть, где оно будет находиться: например, какая модель, в каком наряде и с каким макияжем, в какой позе).

Автором или авторами фотографического произведения будут являться те лица, которые (1) занимались творчеством в момент создания фотографии (то есть что-то сочиняли, придумывали), и за счет этого вклада, выражения их аспектов личности (персональный стиль, особое видение, особая эстетика) получился (2) уникальный / оригинальный результат. Так, если модель в кадре придумывала необычные позы или ракурсы – то она должна признаваться соавтором фотографии.

Мнение о том, что автором фотографии может являться не только фотограф, почему-то является крайне непопулярным. В дискуссиях и научных, публицистических статьях наиболее часто, когда говорят о фотосъемке с моделью, презюмируют, что у фотографа будут авторские права на фотографию, а у модели – только право на изображение (статья 152.1 ГК РФ).

Однако, по нашему мнению, у фотографа могут быть соавторы – люди, которые создают произведение совместно с ним (п. 1 ст. 1258 ГК). А в некоторых случаях фотограф в принципе не будет автором, например, если он просто технически нажал на кнопку камеры, а особенности фотографии (камеру, свет, ракурс, позы модели, момент съемки), делающие полученный снимок оригинальным, определял другой человек (сама модель или третье лицо – режиссер).

Так, согласно пункту 83 Постановления Пленума ВС от 23.04.2019 № 10,

при рассмотрении спора о том, создано ли произведение в соавторстве (статья 1258 ГК РФ), суду следует устанавливать, принимало ли лицо, претендующее на соавторство, творческое участие в создании произведения, поскольку соавторство на произведение возникает в случае, когда каждый из соавторов по взаимному соглашению (в том числе в устной форме) внес в это произведение свой творческий вклад. При этом соглашение о соавторстве может быть достигнуто на любой стадии создания произведения или после его завершения.

Данное разъяснение, полагаем, может быть применено и к фотографическим произведениям.

Очевидно, что в таком случае может возникнуть много споров, является ли модель или режиссер соавтором (они предложили, например, необычную позу, или это был фотограф), но тем не менее это не отменяет целесообразности признания фотографа и других лиц, внесших творческий вклад в создание уникального/оригинального фотографического произведения, соавторами.

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.):

Журналист в данном случае не имеет возможности и цели сделать фотографию творческим трудом, он сильно ограничен «заданием»: ему нужно максимально четко и понятно запечатлеть тот факт, что горит дом. В данном случае он также выступает в роли ремесленника, а не творца. То есть, в первую очередь, не соблюдается критерий «творческого характера деятельности».

Кроме того, другой журналист, оказавшись на его месте и выполняя ту же работу, наиболее вероятно, получил бы такой же или практически такой же результат. То есть не соблюдается критерий «оригинальности/уникальности» результата.

Поэтому таким фотографиям нецелесообразно предоставлять охрану авторским правом.

б) спортивных или культурных мероприятий (футбольный матч, празднование дня города и т.п.):

Фотографии со спортивных матчей и городских массовых мероприятий, по нашему мнению, обычно могут претендовать на охрану авторским правом. Спортивные фотографы стараются запечатлеть не любой момент, а именно сделать красивые, яркие фотографии, отражающие эмоции игроков на поле, интересные моменты игры, сложные финты (то есть занимаются творчеством).

В таком случае фотограф обладает широким усмотрением и свободой выбора в том, что и как они снимают: когда ему нажать на затвор, какой момент выбрать, под каким углом снять. Несмотря на то что у таких фотографа есть определенная цель (которой фотограф в каком-то смысле ограничен), – запечатлеть футбольный матч как событие, сфотографировать игроков и интересные мо-

Гипотетическая ситуация	Есть ли творческий характер деятельности?	Есть ли уникальный / оригинальный результат?	Охраноспособно?
Журналист фотографирует горящий дом сразу, как только он это видит, так как необходимо просто запечатлеть этот момент и сразу же прислать в новости	Нет , так как человек не занимался творчеством, не был нацелен на создание культурных или материальных ценностей	Нет	Нет

Гипотетическая ситуация	Есть ли творческий характер деятельности?	Есть ли уникальный / оригинальный / результат?	Охраноспособно?
Предметная съемка для каталога: на белом фоне, должен быть сфотографирован продукт в «анфас», сбоку, сверху и снизу	Нет , фотограф также скорее «ремесленник», а не «творец». Его свобода в принятии творческих решений сильно ограничена заданием, ему негде выразить именно аспекты своей личности. Он не занимается творчеством, он делает техническую работу.	Нет , другой фотограф, для которого создана та же исходная ситуация (то есть дано то же задание и тот же продукт), получил бы, наиболее вероятно, тот же или практически тот же результат.	Нет
Предметная съемка, где фотограф в значительно меньшей степени ограничен заданием (то есть ему все еще надо снять продукт/товар четко, но у него широкая свобода усмотрения и он ее реализовывает)	Да , фотограф занимается творчеством, хочет сделать «красиво», выражая аспекты своей личности (что для него красиво, как он видит эстетику)	Да , другой фотограф, для которого создана та же исходная ситуация (то есть дано то же задание «красиво и выгодно отснять продукт» и тот же продукт), получил бы, наиболее вероятно, другой результат.	Да

менты – фотограф обладает достаточной свободой усмотрения и выбор в отношении того, как и что ему сфотографировать.

То же применимо к фотографам городских мероприятий. Это не фотографии стихийных бедствий, которые надо сделать срочно и сообщить об этом в СМИ. Фотографии городских мероприятий предполагают возможность фотографом проявить широкий простор для творчества в выборе ракурса, объекта съемки, композиции.

с) товаров для продажи онлайн, рекламы и т.п.

В каждом случае необходимо отдельно исследовать, насколько соблюдаются критерии «творческого характера деятельности» и «оригинальности/уникальности» результата.

Примеры фотографий предметной съемки, которые, на наш взгляд, должны охраняться авторским правом ввиду того, что созданы в результате творческой деятельности и являются уникальным/оригинальным произведением, приводим ниже:

Предметные фотографии украшений



Авторское право в данном случае может быть и «слабым» (защищающим фотографию только от полного ее копирования) и «сильным» (защищающим фотографию и от переработки), в зависимости от того, насколько фотограф и другие соавторы вкладывают творческий труд в создание объекта фотографирования (даже если сам продукт выдается заказчиком, то дополнительно авторами фотографии могут быть использованы необычные обстоятельства, фон, реквизит и т.п.) и выбора мо-

дента фотографирования и способа исполнения фотографии.

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

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

Гипотетическая ситуация	Есть ли творческий характер деятельности?	Есть ли уникальный / оригинальный результат?	Охраноспособно?
Видео/фото, снятое с аппарата, настроенного на автоматическую съемку природы, когда человек стремился не только зафиксировать действительность, а именно создать красивые, оригинальные кадры, занимается творчеством (с этой мыслью выбирал, куда установить камеру, в какое время суток и при каком свете снимать)	Да	Может быть	Может быть, в зависимости от того, уникальный ли/оригинальный ли результат
Видео/фото, снятое с аппарата, настроенного на автоматическую съемку природы, если целью было исследование поведения животных (узнать, во сколько именно бобр отправляется грызть деревья)	Нет, цель – зафиксировать действительность для последующего анализа, нет занятия творчеством	Может быть	Нет
Видео/фото из «умного» домофона, который снимает площадку перед подъездом – без постановочных действий	Нет	Может быть, если в кадр попадет что-то уникальное/оригинальное случайно	Нет
Видео/фото из «умного» домофона, который снимает площадку перед подъездом – при этом кто-то позирует в камеру, танцует или кривляется	Да, человек занимается творчеством, камера домофона просто используется в качестве средства фиксации	Может быть	Может быть, в зависимости от того, уникальный ли/оригинальный ли результат
Фото из аппарата, настроенного на автоматическую съемку (например, фотобудка) для паспорта	Нет, человек не занимается творчеством, а хочет запечатлеть свое лицо, чтобы его было видно, чтобы соблюсти требования к фотографии и получить паспорт	Нет	Нет

Творческое фото из аппарата, настроенного на автоматическую съемку (например фотобудка): фотографируемые выбирают позы, выражение лица, композицию	Да , единственная цель – создать оригинальное, необычное фото, люди занимаются творчеством	Может быть	Может быть , в зависимости от того, уникальный ли/оригинальный ли результат
Съемка с видеорегистратора (видео, отдельные фотокдры), который просто фиксировал поездку на автомобиле от точки А в точку Б	Нет , водитель автомобиля не занимался творчеством, не был нацелен на создание культурных ценностей, не выражал аспекта своей личности	Может быть	Нет
Видеорегистратор используется как инструмент замены обычной камеры для творческих съемок. Например, в том случае, если автомобилем специально управляют особенным образом, например, едут зигзагом или едут назад, чтобы именно на фото или видео получился необычный эффект.	Да , человек занимается творчеством, хочет сделать необычно и красиво, выражая аспекты своей личности	Да , другой фотограф, для которого создана та же исходная ситуация (то есть дано то же задание «красиво и выгодно отснять продукт» и тот же продукт), получил бы, наиболее вероятно, другой результат.	Да

Та же логика может применяться и к съемкам, полученным в рамках медицинских исследований. Если врач делает снимки органов, зубов пациента с целью последующего анализа состояния пациента, то в данном случае он также ремесленник, а не творец. Он не занимается творчеством. Его цель – сделать наиболее четкий снимок, чтобы увидеть снимаемый объект и проанализировать его. При этом другой врач, для которого создана та же исходная ситуация (тот же пациент и та же задача: например, сделать снимок определенного зуба), получил бы такой же или практически такой же результат.

Тем не менее медицинские аппараты и инструменты в некоторых случаях могут использоваться и для творческих съемок, не преследующих цель «медицинского исследования». В таком случае медицинские аппараты будут использоваться вместо фотокамеры, видеокамеры, чтобы создать именно творческое произведение, так как такие съемки могут давать необычный эстетический эффект. В таком случае на созданное фото или видео может возникнуть авторское право.

3. Какие обстоятельства следует учитывать при установлении авторства фотографического произведения?

Как мы указывали ранее, целесообразно учитывать, что не только фотограф (лицо, которое нажало на кнопку камеры) может признаваться автором фотографического произведения. В некоторых случаях у фотографа могут быть соавторы, а в других – фотограф может и не быть автором (если он технически нажал на кнопку камеры, а особенности фотографии (камеру, свет, ракурс, позы модели, момент съемки), делающие полученный снимок оригинальным, определял другой человек (сама модель или третье лицо – режиссер).

Например, съемки для модных журналов часто становятся результатом слаженной работы творческой команды.

Стилист и визажист зачастую определяют то, как будет выглядеть модель в кадре (часто образ создается их творческим трудом, а результат получается уникальным/оригинальным). Однако в таком случае стилистом и визажистом создаются отдельные произведения (макияж может быть объектом авторского права, а также оригинальная стилизация вещей, по нашему мнению, может быть объектом авторского права). Стилиста и визажиста целесообразно признавать автора

ми отдельных произведений: макияжа и стилизации, но не соавторами фотографического произведения.

А вот позы модели и выражения лица, жесты (которые также могут создаваться творческим трудом и быть оригинальными) отдельно все же не охраняются в качестве какого-то объекта интеллектуальных прав, но они в совокупности с творческим трудом по выбору способа осуществления фотографии (камера, пленка, свет, ракурс и т.п.) и выбору момента съемки могут способствовать получению оригинального / уникального результата в виде фотографии. В данной связи авторство следует признавать не только за фотографом, но и за другими участниками команды, которые внесли творческий вклад в создание фотографического произведения (того, кто придумал позы, выражения лица).

4. 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?

При ответе на этот вопрос так же, как мы указывали при ответе на вопрос 1, наиболее важным представляется учитывать соблюдения критерия «уникальность полученного результата».

Ситуация 1

Человек (фотограф 2) увидел портретную фотографию третьего лица (фотограф 1) в красивом месте на закате и, вдохновившись, в другой день пришел в это место, в то же время на закате, но сфоткал там себя. И у фотографа 1, у и фотографа 2 не возникает авторское право на полученные фотографии. Несмотря на то что оба фотографа занимались творчеством (критерий 1 соблюден), у них не возникает «оригинальный» или «уникальный результат» (критерий 2 не соблюден).

Ситуация 2

Осуществляется съемка, где сама постановка кадра и объект фотографирования были созданы творческим трудом и являются уникальными/оригинальными: например, и локация, и наряды моделей, и их расстановка, и композиция кадра (см. фото ниже). В таком случае авторским правом целесообразно охранять не только саму сделанную фотографию, но и саму постановку, которая является не просто идеей, а ее конкретным выражением (как было указано в деле *Mannion против Coors Brewing Co.*). То есть, на такое фотографическое произведение будет распространяться «сильное» авторское право.

Нарушением будет не только копирование и использование именно этой фотографии, но и создание ее переработки (если кто-то попытается воссоздать объект съемки, подбирать те же параметры, ракурс, настройки камеры, как у имеющейся фотографии).



Ситуация 3

Фотографии, содержащие точное воспроизведение картин, находящихся в общественном достоянии, других фото, документов, на наш взгляд, не охраняются авторским правом.

Действительно, зачастую требуется много усилий и, возможно, экспертных знаний фотографа, чтобы достичь цели сделать хорошую фотографию картины (для помещения ее в каталог или на сайт музея, например) или другой фотографии (например, если она выцветает и рискует исчезнуть), или документа.

Такие фотографии, однако, лишены и творческого труда и уникального/оригинального результата. Фотограф в таком случае делает выбор (какую камеру взять, при каком свете сделать фото), но это выбор нетворческий, а продиктованный технической задачей, так как у фотографа в данном случае есть цель: сделать наиболее точную фотографию, приближенную к оригиналу. В данном случае фотограф также скорее ремесленник, чем творец; он не выражает аспекты своей личности, не привносит свое чувство прекрасного, свое видение эстетики, цвета, композиции, пропорций.

Нет и оригинальности результата. Другой опытный и мастеровитый фотограф с большой долей вероятности получит такой же или практически такой же результат, если создать для него ту же исходную ситуацию и поставить перед ним ту же задачу.

Братусь Д.В.,

кандидат юридических наук,
старший преподаватель кафедры гражданского права Уральского государственного юридического университета имени В.Ф. Яковлева

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?

При анализе охраноспособности фотографических произведений должна анализироваться *возможность наличия творческого начала и допустимость его проявления* при осуществлении

конкретного вида фотосъемки. Очевидно, что при проведении медицинских, экспертных, криминалогических и иных подобных работ появление творчества может привести к псевдорезультатам, а следовательно, данные результаты не должны признаваться охраноспособными. В законе стоит сделать оговорку о том, что результаты конкретных видов фотосъемки не могут признаваться объектами авторского права.

Обстоятельством, при котором можно считать, что при создании фотографии реализовывались творческие способности автора, в фотографии отражена его личность, является наличие **потенциальной возможности проявления творчества**. Если прямо предполагался запрет на внесение творческих изменений в средства фиксации, такие результаты не должны признаваться фотографическими произведениями. Это было бы справедливо и не препятствовало обмену информацией.

Например, при проведении фотографирования больных с целью визуальной фиксации внешних проявлений невропатологических заболеваний исключительно в научных целях данные фотоснимки с разрешения пациента или родных могут стать частью социальных, научных, творческих проектов. Справедливо, что такие средства фиксации могут быть использованы при создании творческих произведений.

2. Зависит ли охраноспособность фотографий как объектов авторского права от цели и момента их создания, от объекта и средств съемки?

Безусловно, что цель и момент создания фотографического произведения должны учитываться при решении вопроса об охраноспособности произведения. Принципиально неверно предоставлять охрану всем результатам, многие из которых являются исключительно средствами фиксации объективной действительности. Например, при осуществлении МРТ-снимков цель исключительно медицинская, не творческая. Помимо наличия медицинской цели необходимо учитывать, что данные результаты не получают охрану по причине *недопустимости проявления творчества при осуществлении исследований, требующих получения достоверных данных*.

Эксперты, криминалисты, врачи рентгенологи и т.д. действуют, руководствуясь **принципом сбора достоверных и объективных данных** и не имеют права фальсифицировать результаты, внося в них даже малейшее творческое начало. Это тот редкий случай, когда в силу специфики профессиональной детальности проявление свободы творчества **недопустимо** и может привести к искажению информации об анализируемом объекте. Речь идет о выполнении строго определенной последовательности действий лицами, которые обязаны проявить объективность и беспристрастность, их деятельность в каком-то смысле обезличена.

Какие особенности следует учитывать при оценке охраноспособности, в частности, следующих 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.)

С учетом технических особенностей создания фотографических произведений и специфики самого объекта нельзя ориентироваться на какие-либо обстоятельства, якобы позволяющие не предоставить охрану фотографическому произведению на том основании, что оно сделано для целей иллюстрирования новостного репортажа, в ходе официальных церемоний или природных катастроф т.д.

Подход, согласно которому фотографическое произведение получает охрану, должен быть универсальным, за исключением прямо предусмотренных в законе изъятий. При решении вопроса, является ли результат объектом авторского права, необходимо, чтобы съемка осуществлялась в соответствии с творческим замыслом автора данного фотоснимка и с его непосредственным участием.

Очевидно, что для фиксации сложных по динамике и стремительной смене «картинок» вышеописанных событий требуется больше профессиональных навыков, творчества и психоэмоциональных затрат, чем при статичных фотосъемках.

Репортажная съемка – искусство в самом подлинном смысле. Более того, для автора важ-

но оставаться создателем моментов, являющихся частью истории. Примеров в мировой истории фотографии множество. Известные фоторепортажи 1891–1892 гг. Максима Дмитриева, запечатлевшего серию сюжетов о голодающем Поволжье. Фотоснимок «Поцелуй на Таймс-сквер» Альфреда Эйзенштадта. Фотоснимок «Комбат» М.В. Альперта. И множество других легендарных фоторабот. В настоящее время фотографические произведения выполняют особую функцию, иллюстрируют текстовый материал. Несправедливо говорить о лишении авторов репортажей авторско-правовой защиты.

Мнение о том, что если футбольный матч происходит по строго обусловленным правилам, следовательно, и фотографы не занимаются творчеством, а лишь фиксируют моменты, представляется несостоятельным.

Знаменитый фотограф Анри Картье Брессон говорил: «Ваш глаз должен видеть композицию кадра, ту, что предлагает вам сама жизнь». Для этого фотоаппараты и были придуманы.

Деятельность журналистов, фотожурналистов априори творческая. Она связана не просто с фиксацией реальной действительности, а призвана показать нашу жизнь во всем многообразии – подлинное искусство.

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

Данный вопрос является, пожалуй, наиболее дискуссионным из предложенных к обсуждению. Очевидно, если речь идет о создании рекламного продукта, то данная деятельность является творческой. Сложно опровергнуть этот тезис, рассуждая и о съемках для продажи товаров на онлайн-платформах. Возможно, стоит ввести критерий «цифровой копии товара», согласно которому, если фотографии сделаны для коммерческих целей с использованием стандартных настроек и представляют собой цифровую копию товара, то такие снимки не должны подлежать авторско-правовой охране. При этом собственник снимков может запретить их использование, применяя другие средства гражданско-правовой защиты (доказывая наличие убытков, возникновение ущерба деловой репутации и т.д.).

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

Снимки, полученные во время проведения медицинских исследований, не могут признаваться произведениями искусства и не являются объектами авторского права. Будучи медицинскими методами послойного исследования внутреннего строения органов человека, они имеют целью фиксацию состояния органов, тканей и протекающих в организме процессов посредством использования соответствующего оборудования специально обученным лицом, совершающим набор действий в строго определенной последовательности. Результат этих действий предопределен клинической картиной пациента.

При ответе на второй вопрос отмечалось, что данные результаты не получают охрану по причине *недопустимости проявления творчества при осуществлении исследований, требующих получения достоверных данных.*

Медицинские сотрудники действуют, руководствуясь **принципом сбора достоверных и объективных данных** и не имеют права фальсифицировать результаты, внося в них даже малейшее творческое начало.

При этом нельзя отрицать, что данные снимки могут быть использованы как часть других творческих произведений или основа для создания таковых.

г) достопримечательностей, запечатленных с часто используемых ракурсов

Нет оснований не признавать фотографии, сделанные в общеизвестных местах, фотографическими произведениями.

«Часто используемый ракурс» – категория бытовая, носящая условный характер.

Возможность непредоставления охраны подобным результатам означала бы низвержение базового принципа автоматической охраны результатов творческой деятельности, что противоречит естественно-правовой концепции, и в том числе поэтому недопустимо.

д) двухмерных объектов изобразительного искусства (живопись, графика)

Репродукционная фотография – технической жанр фотосъемки. Нового творческого объекта при фоторепродуцировании не возникает. Безусловно, что для осуществления такого типа съемки необходима высокая квалификация, но цель нетворческая – создание достоверной копии.

е) документов

В данном случае, если речь идет о способах копирования текстов при помощи фотографических средств, то такие фотографии не должны признаваться произведениями искусства.

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)?

В данной ситуации необходимо определить, что речь идет об одном объекте. Даже если используются все версии, подразумевается, что это копии одного результата творческой деятельности. При ином подходе может получиться, что исключительное право может быть отчуждено разным субъектам на фактически один и тот же снимок, что противоречит принципу разумности.

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)?

1. 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.

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

Поставленные выше вопросы можно обобщить и дать на них один ответ.

Когда речь идет о том, что кто-то без помощи лица, обладающего специальными знаниями, не может единолично создать результат творческой деятельности, возникает ряд сложностей, связанных с правовой классификацией оценки вклада каждого лица, причастного к созданию результата творческой деятельности. Если автор идеи не смог ее реализовать самостоятельно и создать творческий результат, то допустить наличие творческой составляющей нанимаемого лица как минимум необходимо. На мой взгляд, это разумно. Например, при осуществлении съемки дроном (даже при абсолютной попытке реализовать план автора-идеи (заказчика) лицо, осуществляющее съемку (исполнитель), должно сделать все не просто технически безупречно, но красиво, эстетично, творчески! И это решается именно в ходе самой съемки. Меняется ракурс, требуется смена тактики полета дрона и т.д. Что это, как не творческий процесс? Должен быть сделан вывод о том, что лицо, управляющее дроном, признается соавтором полученных результатов. Исполнитель становится соучастником творческого процесса. Исходя из специфики самой съемки (это процесс динамичный), от исполнителя требуется многим больше, чем просто техническая фиксация картинки.

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?

Полагаю, речь идет о заимствовании самой идеи фотосъемки. Идеи не охраняются авторским правом, а результат такого творческого «заимствования» может быть и иным, нежели оригинал.

В данном случае речь не идет о фоторепродуцировании. При такого рода фотографировании результат непредсказуем и оригинален, а следовательно, охраноспособен в силу факта создания, пока не доказано иное.

Васильев А.С.,

к.ю.н., доцент кафедры гражданского права Уральского государственного юридического университета, доцент кафедры вещного права Уральского филиала Исследовательского центра частного права при Президенте РФ имени Алексеева С.С.

О признаках творческого характера фотографии

1. Разрешение вопроса о квалифицирующих признаках фотографии, которые позволяют отнести таковую к охраняемым результатам художественной деятельности, без сомнения, является некой предтечей к ответу на вопрос о предоставлении правовой охраны результатам использования различного рода алгоритмов при создании объектов, внешне напоминающих результаты творческой деятельности. Схожесть между фотографией и продуктами деятельности алгоритмов заключается в высокой степени автоматизации процессов, зачастую требующих минимального приложения личных усилий создателя. Вероятное занижение уровня предоставления фотографии правовой охраны средствами авторского права может иметь весьма печальные последствия; без сомнения, сторонники применения механизированного производства (креативных индустрий) в первую очередь будут апеллировать именно к фотографии при оправдании своего выбора режима авторского права.

Предоставление правовой охраны нормами авторского права – это привилегия, которую надо заслужить. Большая часть результатов творческой деятельности является очевидно охраняемыми авторским правом; избыточная унификация правовых режимов привела к тому, что и неочевидные результаты деятельности человека претендуют на охрану авторским правом. С тем, чтобы исключить предоставление правовой охраны автоматизированной деятельности (результатам деятельности музыкометров и версификаторов),

мыслимо в основание квалификации применить ряд критериев:

– оценка воли создателя фотографии, т.е. последовало ли конкретное лицо целью создать охраняемое произведение или же задача сводилась к копированию окружающего мира;

– оценка процесса создания, т.е. выявление действительного содержания воли создателя (извлечение приемов, использованных при создании).

Приведенные критерии, по меньшей мере, позволят отсеять часть воспроизведений окружающего мира, которые не вправе претендовать на привилегированный режим результата творческой деятельности.

2. Правовая квалификация осуществляется судом *ex officio*, что должно быть прямо донесено до сторон спора, в особенности до ответчика, на которого ложится основной груз бремени опровержения известной презумпции. Процессуально возможно извлечь критерии для квалификации фотографии как объекта авторских прав из процессуальной деятельности истца, который в силу закона должен доказать право на иск.

3. Фотографии уместно делить на утилитарные и изящные (художественные); первые подобно промышленным образцам не отвечают признаку оригинальности, но представляют собой креативный результат (различного рода рекламные буклеты т.п.); вторые – требуют исследования проявления личности художника. Не исключено, что и утилитарная фотография отвечает признакам художественной. Цель – определение интенсивности защиты, во всяком случае при решении вопроса об отыскании морального вреда в отношении исключительно утилитарных фотографий размер должен быть номинальным. В содержании художественных фотографий при определении интенсивности метода защиты следует выяснить, что именно изображал художник; в утилитарных – как, при этом для художественной фотографии в приоритете применение компенсационных способов защиты, в отношении утилитарных – взыскание убытков (стоимости создания, реституционный механизм восстановления прав).

Градация фотографий позволит пресечь сомнительные тактики, применяемые серийными истцами: низкий уровень творчества – низкий

размер компенсации, экономическая нецелесообразность ведения судебных дел, итог для правоприменителя весьма комфортен.

4. Нетворческие фотографии являются неизвестным объектом прав, существующим в неизведанных массивах правового регулирования чаще государственного свойства; мыслимо помещение таких фотографий в правовой режим:

– продукции средства массовой информации с неизвестным инструментарием защиты (Закон РФ от 27.12.1991 № 2124-1 «О средствах массовой информации»);

– информации, охватываемой положениями Федерального закона от 27.07.2006 № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» или Федерального закона от 29.07.2004 № 98-ФЗ «О коммерческой тайне»;

– персональных данных, чтобы за этим ни скрывалось;

– правовой режим нематериальных благ по типу частных писем.

Вероятный способ защиты в указанных «неавторских случаях» определяется сообразно применимым нормам материального права и чаще будет сводиться к запрету использования, взысканию убытков (при наличии), взысканию морального вреда (при наличии оснований).

5. Квалификация объектов гражданских прав – многотрудная задача юриспруденции. Вызывает искреннее недоумение столь легкий доступ к одной из самых комфортных форм правовой охраны объектов гражданских прав – к авторскому праву.

Витко В.С.,

кандидат юридических наук,
доцент кафедры интеллектуальной
собственности Московского университета
имени А.С. Грибоедова

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?

Исходя из поставленного вопроса, возможно предположить, что Суд по интеллектуальным пра-

вам (далее – Суд) полагает возможным изменить существующий подход к критериям творческого труда фотографа, заняв позицию, сформированную Верховным Судом РФ (далее – ВС РФ) по делу № 3-466/201931: *произведение признается созданным творческим трудом, если в нем отражена личность автора*¹.

Прежде чем представить свой взгляд на содержание выдвинутого критерия творческого труда, выскажем мнение о господствующем в судебной практике подходе, имеющем достаточно широкую поддержку в доктрине, согласно которому под творческой деятельностью фотографа понимаются различные действия по созданию результата интеллектуальной деятельности, например, выбор экспозиции, установка света и т.п.

Осмелимся утверждать, что перечисленные действия, будто бы ведущие к созданию результата интеллектуальной деятельности, в действительности *не могут признаваться творческой деятельностью* в смысле ст. 1257 ГК РФ, поскольку являются *фактическими действиями по объективизации* созданного в воображении фотографа художественного образа (формы произведения).

В обоснование этого вывода можно указать следующее.

Под произведением в авторском праве понимается нематериальный результат умственной творческой деятельности по изложению мысли (чувства) – форма изложения мысли или образ, выраженный каким-либо способом в действительный мир, иначе говоря, в какой-либо объективной форме. Тем самым создание произведения подразумевает два обязательных этапа: 1) создание умственным трудом нематериальной формы по изложению мысли, требующее творчества в смысле ст. 1257 ГК РФ, 2) объективизацию созданного нематериального результата. Под объективизацией понимается какое-либо действие, посредством которого созданный идеальный (воображаемый) результат умственного труда становится доступным для восприятия (слухового, зрительного и т.д.) другими лицами, в том числе с помощью технических средств.

Исходя из этого, как нам кажется, вся проблема раскрытия содержания вида и характера труда по созданию фотографических произведений состоит в том, что первый этап – создание человеком художественного образа (формы изложения мысли), подлежащего внешнему выражению, часто просто отсутствует, и все «создание» фотографии сводится даже не к объективизации, поскольку в отсутствии образа нечего вовсе выразить, а к механической фиксации (воспроизведению, копированию) с помощью фототехники предметов (явлений) объективной действительности с надеждой увидеть в полученном фотоснимке какой-то осмысленный образ.

Теперь вернемся к подходу, сформированному ВС РФ.

Если мы правильно поняли мысль суда, то: 1) творческий труд заключается в свободном и творческом *выборе и моделировании формы продукта*, 2) выбор формы признается творческим, если *форма оригинальна*, 3) форма оригинальна, если в ней отражена *личность автора*. Если это так, то сформированная ВС РФ правовая позиция состоит в том, что результат интеллектуального труда подлежит авторско-правовой охране как результат творческого труда, когда является *оригинальным в том смысле, что автор отразил в нем свою личность*. По существу выработанный Судебной коллегией подход содержит два вывода: 1) понятие «творческий труд» характеризуется (раскрывается) признаком оригинальность произведения; 2) оригинальность произведения – это проявление (отражение) в нем личности автора. Подчеркнем: оригинальность понимается ВС РФ не в значении «необычный», «уникальный», а в том смысле, что в произведении отражена личность автора.

Но что следует понимать под требованием отражения в произведении личности автора, представляющим собой весьма субъективный критерий?

По всей видимости, это условие можно свести к тому, что произведение должно иметь *личностное происхождение* (лат. «origo» – происхождение, начало) – быть *результатом собственного умст-*

¹ Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 27 апреля 2021 г. № 5-КГ21-14-К2 по делу № 3-466/201931.

венного труда. Принимая во внимание то, что умственный труд автора по созданию произведения состоит в изложении мысли, полагаем, что выражение (проявление) личности автора в произведении состоит в изложении мысли какими-либо средствами (словами, цветом, звуками и т. д.), личным умственным трудом и, тем самым, в собственной (индивидуальной) форме (словесной, изобразительной и т.д.).

Таким образом, правовую позицию, выраженную ВС РФ, можно сформулировать следующим образом: результат интеллектуальной деятельности подлежит авторско-правовой охране, когда является *результатом личного (самостоятельного) умственного труда человека по изложению завершенной мысли* какими-либо средствами (при условии выражения в объективной форме).

Занимая такую позицию и учитывая, что фотограф может выразить личность изобразительными средствами (линией, цветом и т.д.), можно утверждать, что в фотографии отражена личность фотографа в том случае, когда она является *результатом личного (самостоятельного) умственного труда по изложению завершенной мысли (чувства) в изобразительной форме (совокупностью линий, цвета и т.п.)*.

Завершая, придерживаясь значения слова «мысль» как представления о сущности чего-либо (предмета, явления и т.д.), полагаем возможным заключить, что **фотография должна признаваться объектом авторского права в том случае, когда созданный образ (изобразительная форма) является собственным (личным) выражением сущности (идеи) кого-чего-нибудь**.

Если совсем кратко, творчество фотографа – это представление собственного взгляда на сущность явлений мира (действительного или воображаемого).

Следует заметить, что такой подход начинает утверждаться на уровне кассационной инстанции. Так, в деле о взыскании компенсации за нарушение исключительного права на произведение архитектуры, Суд по интеллектуальным правам указал, что «необходимым критерием признания того или иного объекта творческим результатом, охраняемым нормами авторского права, являются *самостоятельные усилия автора по его созданию*, которые приводят к возникновению произведения,

имеющего отличия от других произведений того же рода». Суд также отметил, что объект получает авторско-правовую охрану при условии, если в нем отражена личность автора (постановление Суда по интеллектуальным правам от 18 декабря 2023 г. № С01-2538/2023 по делу № А40-283847/2022).

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.);

1. Полагаем, что охраноспособность фотографий как объектов авторского права в силу ст. 1257, п. 1. ст. 1259 ГК РФ *не зависит* от цели и момента их создания, от объекта и средств съемки.

2. Согласно подп. 4 п. 6 ст. 1259 ГК РФ не являются объектами авторских прав «сообщения о событиях и фактах, имеющие исключительно информационный характер». Если мы правильно понимаем волю законодателя, правило сводится к тому, что условием охраноспособности сообщений о событиях и фактах является выражение идеи (мысли), т.е. представления о сущности чего-нибудь.

Придерживаясь сформированного ВС РФ подхода, можно утверждать, что фотография подлежит охране в том случае, когда передает личное представление автора (фотографа) о сущности чего-нибудь, т.е. является результатом личного (самостоятельного) труда по изложению определенной идеи. В том случае, когда фотоснимок представляет собой, пусть даже безупречное, воспроизведение предмета, явления и т.д., но при этом не выражает идеи (чувства), его не следует признавать фотографическим произведением.

Таким образом, фотография должна не механически передавать события, факты, сведения, мероприятия и т.п. в изобразительной форме, а выражать авторский (личный) взгляд на их сущность (идею).

В качестве примера можно привести следующий известный случай. 17 мая 1836 г. А.С. Пушкин подарил М.С. Щепкину тетрадь, озаглавил ее «Записки актера Щепкина» и сам же вписал первые строки: «Я родился в Курской губернии Обоянского уезда в селе Красном, что на речке Пенке». Вся фраза – лишь изложение информации о месте рождения актера, поэтому охране авторским правом подлежать не может.

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

Полагаем, что фотографии товаров для продажи онлайн, рекламы и т.п. должны подлежать охране в случаях, когда изображение товаров выражает авторский (личный) взгляд на их сущность, а не потому, например, что товары представлены в наиболее выигрышном и наглядном для потенциального потребителя виде.

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

Согласно ст. 1257 ГК РФ автором произведения признается гражданин, творческим трудом которого оно создано. Поскольку фотоснимки, созданные в автоматическом режиме специальными техническими средствами с функциями фото- и киносъемки, не имеют авторов, поэтому объектами авторского права они не являются (п. 80 постановления Пленума № 10).

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

В рамках медицинских исследований специалисты не создают художественные образы для выражения идеи, а лишь фиксируют объективные, реальные образы действительной жизни. Поскольку создание фотоснимков осуществляется технически, без реализации замысла (идеи), то произведениями они признаны быть не могут.

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

Это случай, с точки зрения авторского права, аналогичен п. г).

е) достопримечательностей, запечатленных с часто используемых ракурсов;

В срезе судебной практики приведено дело, в котором суд первой инстанции спорную фотографию архитектурного объекта в г. Таллине не признал объектом авторского права. В качестве довода указано на то, что 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.

При этом отсутствие творческого замысла, по мнению суда, подтверждается возможностью многократного воспроизведения спорной фотографии неопределенным кругом лиц исключительно техническим способом в отсутствие специальной постановки кадра или применения профессиональных фотографических навыков. 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.

Суд апелляционной инстанции поддержал выводы суда первой инстанции (постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 9 ноября 2022 г. по делу № А40-71752/2022).

Ракурс, понимаемый в фотографии как точка съемки, действительно позволяет не просто фиксировать действительность, а выстроить композицию, выделить главное, т.е. определить, как объект съемки будет выглядеть, и тем самым позволяет передать мысли (чувства) фотографа через изображение. Поэтому, к примеру, фотограф Анд-

реас Гурски всегда пытался сделать кадр с такого ракурса, чтобы его больше никто не мог повторить (арендовал вертолеты, высокие краны, забирался на небоскребы и т.п.).

Однако ракурс – это всего лишь творческий **инструмент** для целей фиксации (объективизации) образа, созданного творческим трудом фотографа. Подчеркнем, что творческий труд фотографа – не в самом по себе выборе ракурса объекта съемки, а в создании воображаемого образа, объективизация которого требует совершения определенных фактических действий для объективизации – выбор ракурса и т.д.

Исходя из этого и соглашаясь с выводом суда, в качестве довода можно было бы указать, что фотоснимок города не признается произведением, поскольку творческим трудом фотографа не создан образ города, точнее **не увиден собственный (творческий) образ города**, объективизация которого непременно бы потребовала построения композиции кадра путем выбора ракурса объекта, собственной позиции для совершения его съемки и пр.

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

Фотоснимок оригинала (копии) произведения изобразительного искусства может быть признан фотографическим произведением (а не экземпляром произведения), когда является реализацией (объективизацией) созданного творческим трудом фотографом художественного образа идеи.

з) документов;

Это случай, с точки зрения авторского права, аналогичен п. г).

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)?

Творческим трудом фотографа создан только один художественный образ, поэтому создание нескольких фотографий в режиме серийной съемки – это не создание ряда самостоятельных объектов авторского права, а осуществление ряда объективизаций одного и того же образа и тем самым создание одного объекта авторского права (оригинала) и копий (в случае выражения на материальном носителе).

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

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

Если настройки служат объективизации художественного образа, созданного автором, то за ним же следует признавать авторское право. Другое лицо не может считаться автором в силу отсутствия творческого вклада в создание образа.

б) 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;

Если лицо выбрало место, время ведения и угол съемки, освещение с целью объективизации созданного его творческим трудом образа, то оно и признается автором.

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

Этот случай разрешается аналогично п. а).

5. Возникает ли самостоятельное исключительное авторское право на фотографию, со-

зданную по образцу другой фотографии, т.е. фотограф выбирает тот же объект съемки, подбирает параметры, ракурс, настройки камеры исходя из имеющейся фотографии, созданной другим лицом?

Создание фотографии по образцу другой фотографии, исключает творческий процесс по созданию художественного образа, а подразумевает только лишь объективизацию образа путем выбора ракурса, объекта съемки и т.д., созданного творческим трудом другого автора. Поэтому на такого рода фотографии в силу ст. 1257 ГК РФ самостоятельное исключительное право не возникает.

Войниканис Е.А.,

д.ю.н., ведущий научный сотрудник
Международного центра конкурентного
права и политики БРИКС Национального
исследовательского университета
«Высшая школа экономики» (НИУ ВШЭ)

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?

В отличие от других произведений, охраняемых авторским правом, творческий вклад, реализация личности автора в фотографиях оценивается в первую очередь не по конечному результату, а по тому, какие действия со стороны фотографа предваряют и в той или иной степени определяют данный результат.

Поскольку практически невозможно привести исчерпывающий перечень обстоятельств, которые могут свидетельствовать о творческом характере деятельности, целесообразно выделить виды таких обстоятельств.

Самая простая и чаще всего используемая классификация действий, отражающих свободный выбор фотографа:

1) действия, предпринятые до момента съемки,

2) действия в момент съемки,

3) действия после съемки фотографии.

Именно такой подход не всегда, но часто применяются в своей практике суды Франции. В судебных решениях, которые касаются фотографий, при рассмотрении вопроса об оригинальности фотографий (*Sur l'originalité des photographies*) в отношении каждой спорной фотографии действия фотографа анализируются в следующей последовательности:

- Phase Préparatoire (подготовительный этап),
- Prise de vue (съемка),
- Post-Production (обработка после съемки)².

Другая возможная классификация.

1. Действия по выбору места и времени съемки. Выбор времени (времени суток или даже определенного мгновения) и конкретного места, а также ракурса и композиции. Такие действия учитываются, к примеру, при оценке фотографий каких-либо событий или диких животных. При этом имеет значение, причины, по которым фотограф делал тот или иной выбор (добиться определенного освещения, дождаться и «поймать» определенный момент и т.д.).

2. Действия, непосредственно связанные с фотосъемкой (настройка фотокамеры и обработка сделанных фотографий). Подготовка камеры к съемке и обработка снятой фотографии в соответствии с определенной идеей, которую автор хотел бы донести до зрителя (продуманный выбор набора установок, фильтров, объектива и т.п., а также доработка, корректировка уже снятой фотографии специальной компьютерной программой или с помощью иных технологий).

3. Действия, связанные с объектами съемки (людьми, предметами или животными). Выбор и предварительная подготовка объекта фотосъемки, отражающая определенный подход, видение автора. Например, расстановка предметов, аксессуаров, освещения, выбор одежды, позы и т.п., лица или лиц, которые позируют для фото-

² См.: Cour d'appel de Paris – Pôle 5 – Chambre 1 – 22 novembre 2023 – n° 21/15679; Cour de cassation, Décision n° 10198 F, 27 mars 2019.

графии. Выбор ракурса, освещения, композиции, если речь идет о съемке неодушевленных предметов, в том числе для целей рекламы. При съемке диких животных выбор в основном касается места и времени (когда фотограф хочет запечатлеть определенные занятия или поведение животных), однако при съемке ручных или домашних животных выбор может быть шире (включая подготовку, тренировку животного и т.д.).

Для анализа обстоятельств, которые могут учитываться при анализе охраноспособности фотографических произведений, следует иметь в виду также и те **обстоятельства, которые не должны учитываться**. Это важно, т.к. имеющие значения обстоятельства нередко (часто неосознанно) подменяются другими, не относящимися к личности фотографа и его свободному выбору. К тому, что не должно учитывать при оценке творческого вклада фотографа, относятся в первую очередь сам объект съемки и его качества, а также качество техники и профессиональные навыки фотографа (следование определенным стандартам). Например, тот факт, что речь идет о фотографии знаменитого писателя, музыканта или модели, т.е. характеристики лиц, их известность, популярность или красота, никак не влияют на личный вклад или действия фотографа и, следовательно, при анализе должны быть вынесены за скобки. Точно так же дорогая техника, как профессионализм фотографа, обеспечивают только качество фотографии, но необязательно свидетельствуют об отражении в фотографии личности ее автора. Перед судом таким образом стоит сложная задача идентифицировать личный творческий вклад фотографа, отделяя его от всего, что может свидетельствовать о достоинстве и новизне фотографии, но не связано с личным выбором автора.

Например, суд Рима в 2019 г. признал простой фотографией, а значит не охраняемой только смежным, но не авторским правом, фотографию, на которой знаменитые судьи Falcone и Borsellino, которые известны в Италии своей борьбой с мафией, разговаривают друг с другом во время конференции.

Суд Рима не признал фотографию авторским произведением по следующей причине: «Что делает эту фотографию особенной, так это исключительный характер сюжета: два магистрата, герои и мученики борьбы Республики с феноменом мафии... Коллегия сомневается, были ли все эти соображения априори в уме или намерениях фотографа, то есть пока он снимал дружескую сцену, изображенную на фотографии; с другой стороны, по-видимому, эта фотография не обрела бы сегодняшнее символическое значение, если бы изображенные на ней персонажи не погибли трагически от рук мафии. Поэтому это, безусловно, красивая, символическая, трогательная фотография, но которую нельзя назвать произведением искусства. Фотография как произведение искусства предполагает долгий и тщательный выбор со стороны фотографа места, предмета, цвета, ракурса, освещения и материализуется в уникальном, неповторимом кадре, в котором автор обобщает свое виденье предмета»³.

Наконец, для установления обстоятельств, которые свидетельствуют о реализации творческих способностей автора фотографии, большое значение имеет распределение бремени доказывания. В России сегодня действует презумпция творческого вклада при создании объекта авторского права, которая может быть опровергнута при рассмотрении конкретного дела. Это приводит к ситуации, когда ответчик, оспаривающий предъявленные истцом претензии, должен доказать отсутствие творческого вклада в соответствующем объекте авторского права. Напротив, во Франции в случае оспаривания оригинальности объекта авторского права, в том числе фотографии, доводы в пользу оригинальности произведения должен привести сам автор. Кассационный Суд Франции придерживается следующей позиции: в Кодексе интеллектуальной собственности закреплен принцип охраны произведения без соблюдения каких-либо формальностей и только на основании факта создания оригинальной формы; что, тем не менее, когда эта охрана оспаривается в рамках защиты ответчика, оригинальность произведения должна быть разъяснена лицом, которое претендует на ав-

³ Tribunale di Roma, Sentenza n. 14758/2019 del 12/07/2019.

торство, только автор в состоянии идентифицировать элементы, отражающие его личность⁴. В случае с фотографией возложение бремени доказывания на ответчика можно считать особенно несправедливым. Дело в том, что, как указывалось ранее, при оценке творческих усилий по созданию фотографии анализируется не столько снимок, сколько действия автора, которые привели к его созданию, а также его намерения и идеи, которые нашли отражение в конкретной фотографии. Все перечисленное – действия, мотивы и их отражение в фотографии – досконально известно только самому автору, но никак не ответчику.

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:

Замечания общего характера

Охраноспособность фотографий как объектов авторского права напрямую не зависит от цели и момента их создания, от объекта и средств съемки. Это следует из п. 1 ст. 1259 ГК РФ (в соответствии с которым все объекты авторского права, включая фотографические произведения, подлежат охране независимо от достоинств и назначения произведения, а также от способа его выражения) и согласуется с требованиями Бернской конвенции⁵.

Несмотря на существенность отличия между профессиональной и любительской фотографией, оно не служит определяющим фактором для установления творческого (личностного) характера фотографии. Профессионализм фотографа и использование им профессиональной техники позволяет говорить о **качестве** фотографии как ее соответствии определенным стандартам, но не о **личном вкладе** фотографа как индивидуальности.

Несмотря на сказанное, **цель и момент съемки** могут иметь значение для оценки личного вклада автора.

Момент съемки в совокупности с ракурсом и композицией имеет значение для оценки «документальных» фотографий, которые запечатлевают яркие мгновения в быстро развивающихся событиях или при съемке животных.

Цель создания имеет значение для оценки имеющегося у фотографа свободного выбора, его пределов. Например, в случае с photographиями продуктов для целей рекламы и наличием технического задания от заказчика.

Напротив, **средства съемки сами по себе не должны учитываться** (это бы означало изначальное предпочтение профессиональным фотографам, что не соответствует общему подходу к охране фотографических произведений). Поскольку речь идет творческой составляющей при создании фотографии, учитывается, какими настройками и другими техническими возможностями воспользовался фотограф при съемке конкретной фотографии.

Объект съемки при оценке творческого вклада автора фотографии по общему правилу не учитывается. Как и средства съемки, объект съемки как таковой исключается из оценки. К примеру, для оценки того, присутствует ли в фотопортрете элемент творчества, не имеет значения, идет ли речь о портрете кинозвезды, модели, известного писателя или обычного прохожего.

Единственный жанр фотографий, которому обычно отказывают в защите, – это **фотографии документов и диагностическая съемка на медицинском оборудовании**. Ситуации, когда автоматическая съемка сочетается с узко-профессиональными целями. Если целью является максимально точная фиксация объекта по определенным правилам и стандартам, пространства для выражения личности автора практически не остается.

⁴ См., к примеру: Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 8 novembre 2017, n°16-18.017. («qu'il se déduit de ces dispositions le principe de la protection d'une oeuvre sans formalité et du seul fait de la création d'une forme originale ; que néanmoins, lorsque cette protection est contestée en défense, l'originalité d'une oeuvre doit être explicitée par celui qui s'en prétend auteur, seul ce dernier étant à même d'identifier les éléments traduisant sa personnalité»).

⁵ См.: Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works. WIPO, Geneva, 1978. P. 13.

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

Исторически фотографы специализировались как в съемке портретов, так и различных событий, в том числе массовых. Раньше такую съемку осуществляли преимущественно профессиональные фотографы. Сегодня участники мероприятий и случайные свидетели тех или иных событий нередко делают собственные фотографии и размещают их в социальных сетях и на иных ресурсах.

Как и в иных случаях, решающим фактором является отражение в фотографии свободного выбора фотографа, обусловленного его представлениями или предпочтениями. Выбор места, времени и композиции фотографии, если он отражает авторское виденье, обычно, является достаточным.

Например, в деле *Alex Cruz v. Cox Media Group*⁶, которое рассматривал суд Нью-Йорка 2020 г., фотограф-любитель Круз оказался свидетелем теракта в районе Трибека в Нью-Йорке в октябре 2017 г. и сфотографировал на свой iPhone момент задержания полицией подозреваемого. Сначала Круз разместил фотографию в Instagram, а затем с его разрешения и с заключением лицензионного соглашения ее опубликовали CNN и NBC. Cox Media Group, достаточно крупная национальная медиакомпания опубликовала фотографию на /нескольких принадлежащих ей сайтах и на своей странице в соцсети без разрешения автора.

В суде ответчик Cox Media не оспаривал воспроизведение фотографий, однако утверждал, что истец не смог доказать, что спорная фотография является достаточно оригинальной и что в действительности Круз «не сделал ни одного творческого выбора». Однако суд пришел к иным выводам: «Как и почти любая фотография, эта фотография отражает творческий выбор, включая настройку

Круза, когда он сделал фотографию». «Человек может создать достойную фотографию, оказавшись в нужном месте в нужное время». Действительно, признание Крузом того, что он считал «большой суматохой» и его решение сделать Фотографию тогда, когда он ее сделал (т.е. когда правоохранительные органы приблизились к Саипову после того, как он был ранен и лежал на земле), были достаточным творческим выбором, чтобы соответствовать низкому порогу, необходимому для защиты авторским правом».

Другим примером может служить решение Парижского суда первой инстанции (*Tribunal de Grande Instance de Paris*) 2011 г⁷. В апреле 2009 г. телеканал France 2 показал репортаж о Кларе Рохас, руководителе предвыборной кампании Ингрид Бетанкур, которая также была похищена FARC. Репортаж был снят в Боготе. При монтаже репортажа телеканал France Television вставил две фотографии, сделанные Ален Келер, не указав его имени, а также исказил фотографии (они были обрезаны и изменены).

Фотограф обратился в суд с иском к компании France Télévision. Ответчик France Télévision утверждал, что фотограф «не предоставил доказательств оригинальности снимков, которые не подлежат охране в силу их документального характера и не защищены авторским правом». В частности, ответчик указал на то, что именно объект съемки определяет ценность фотографии, а также на отсутствие выбора в композиции, кадрировании или освещении.

Отвечая на этот вопрос, суд отметил следующее⁸: «В соответствии со статьей L111-1 CPI автор наделяется правом интеллектуальной собственности с момента создания фотографии, но когда эта защита оспаривается, именно автор должен продемонстрировать оригинальность своего творения, «поскольку только он в состоянии определить элементы, отражающие его индивидуальность»... На первой фотографии Ингрид Бетанкур запечатлена в машине, на пассажир-

⁶ *Alex Cruz v. Cox Media Group, LLC, Case No. 2:18-cv-01041-NGG-AKT (E.D.N.Y. March 13, 2020).*

⁷ *Jugement du 4 novembre 2011, le TGI de Paris (RG 09/17274).*

⁸ *Ibid.*

ском сиденье, с рукой, опирающейся на открытое окно, под которым приклеена табличка с ее именем. Похоже, она видит сон. По другую сторону машины видны пальмы. На второй фотографии она запечатлена с Кларой Рохас, последняя выглядит очень решительно, положив руки на бедра. На двух третях фотографии изображены вооруженные силы Колумбии, с которыми кандидат в президенты Колумбии ведет переговоры. Фотография характеризуется контрастом между двумя женщинами в футболках с лозунгом «Colombia пиева» и военными. ... Для этих двух снимков фотограф выбрал момент съемки и особенности кадрирования, которые подчеркивают характер Ингрид Бетанкур, одинокой перед лицом военных и одинокой перед лицом своей судьбы. Они включают в себя сочетание характерных элементов, которые придают им собственный характер и отражают эстетический подход г-на Келера, несмотря на ограничения репортажной съемки. Это придает фотографиям оригинальность, которая может быть защищена авторским правом».

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

Фотографии охраняются вне зависимости от цели. Цель съемки учитывается в той мере, в которой она сужает пространство для свободного выбора фотографа.

Об ограниченности выбора могут свидетельствовать, в частности:

- принятые условные стандарты – белый фон, определенный ракурс, равномерное нейтральное освещение;
- техническое задания и инструкции со стороны заказчика;
- образцы фотографий, предоставленные заказчиком.

Для доказательства наличия творческих элементов фотограф может описать свой замысел и показать, как, с помощью каких средств он реализован в спорной фотографии.

Например, в деле *Oriental Art Printing v. Goldstar Printing Co.*⁹ суд США пришел к выводу, что фотографии блюд китайской кухни, использованные в меню и скопированные ответчиком, не охраняются авторским правом, однако такой вывод был сделан не на основании рекламной цели как таковой, а из-за неспособности автора показать, в чем именно состояла оригинальность фотографий: «Хотя истцы утверждают, что фотографии были сделаны в 1993 году, за два года до создания дизайна меню, истцы не описывают, как были сделаны фотографии или как они были включены в общий дизайн меню, охраняемый авторским правом. Нган утверждает, что он работал с фотографом над “освещением” и “ракурсами”, он не дает описания ни освещения, ни ракурсов, ни желаемого результата. Из представленных материалов дела видно, что и освещение, и ракурс на всех фотографиях одинаковы. Наконец, очевидно, что фотографии, о которых идет речь, не были созданы с творческим или художественным замыслом. Напротив, фотографии истцов служат чисто утилитарной цели: помочь клиентам ресторана идентифицировать блюда в меню на вынос, чтобы клиенты могли лучше понять, что содержит то или иное блюдо».

Другой пример касается интернет-рекламы косметических продуктов. В ноябре 2023 г. Апелляционный суд Парижа принял решение по делу, которое касалось рекламных фотографий, выполненных для компании L'OREAL¹⁰. Профессиональный фотограф с 2015–2017 гг. выполняла заказ компании L'OREAL на фотографии нескольких продуктов ее бренда KERASTASE. На каждую линейку продуктов фотограф направила компании L'OREAL пакет фотографий и лицензию на эксплуатацию на срок от 12 до 18 месяцев. После истечения срока компания продолжала использовать фотографии, и фотограф обратилась в суд.

Суд пришел к выводу, что фотографии не являются оригинальными с учетом следующих обстоятельств:

⁹ *Oriental Art Printing v. Goldstar Printing Co.* 175 F.Supp.2d 542 (2001).

¹⁰ Paris Court of Appeal – Pôle 5 – Chamber 1 – November 22, 2023 – n° 21/15679.

• фотографии представляют собой изображения продуктов по отдельности или группами на простом фоне, без какой-либо конкретной постановки, и предназначены для рекламирования продуктов в каталоге или на веб-сайте. Из этого следует, что выбор фотографа был неизбежно ограничен;

• выбор фотографа на подготовительном этапе, а также при съемке и при последующей обработке фотографий является сугубо «техническим выбором» (выбор используемых фотографических инструментов, ракурсов съемки, освещения, контрастов, поиска улучшения фотографируемых продуктов), который связан с фотографической техникой и мастерством профессионального фотографа;

• компания L'OREAL предоставила фотографии «упаковки» продукции Kerastase, сделанные в период с 2009 по 2020 год, которые показывают, что фотографии «упаковки» истца ничем не отличаются от изображений, снятых другими фотографами, и что все изображения, независимо от авторов, достоверно представляют, с техническим качеством, ожидаемым от профессиональных фотографов, контейнеры с продуктами Kerastase.

Наконец, в деле со сходными обстоятельствами, в котором речь шла о фотографиях косметики бренда Bourjois, впоследствии купленного группой компаний Coty, решающее значение в решении суда сыграло техническое задание заказчика¹¹. В результате анализа инструкций (технического задания), которое было направлено фотографу вместе с образцами фотографий, суд пришел к следующему выводу: «Из очень точных инструкций от компании Bourjois, а также из примеров представления продуктов, которыми сопровождалась инструкция, следует, что выбор, на который опирается Mr. X, такие как контрастные эффекты между флаконом с его насыщенными цветами на полностью белом фоне, постановка и ориентация продукта, игра переливов и отражений, раскрывающих материалы объекта, последовательность отражений от белого к серому, создающая впечатление, что свет исходит из задней части продукта,

являются результатом не произвольных решений Mr. X, а точных указаний компании Bourjois, и примеров, которые фотограф попытался воспроизвести как в плане постановки, так и в плане эффектов блеска и отражения».

Гринь Е.С.,

кандидат юридических наук, доцент, кафедра интеллектуальных прав Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

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?

В юридической науке есть разные точки зрения по поводу критериев охраноспособности рассматриваемых объектов. Так, под фотографическим произведением предлагается понимать воплощенные на материальном носителе изображения объектов окружающего мира в некоторый момент времени, предназначенные для зрительного восприятия, в том числе с помощью или посредством технических средств. Предлагается учитывать цель, которая изначально лежала в основе создания фотографии – была ли у фотографа цель создать фотопроизведение, либо была цель технической фиксации и передачи информации (сообщения, новости), либо охрана фотографических произведений основывается на фактической презумпции творческого характера деятельности по получению фотографических изображений (Судаиков С.А., И. А. Близнач, К. Б. Леонтьев).

На основе содержащихся в действующем законодательстве норм доктрина выводит следующие критерии (специальные признаки), которым должен отвечать результат интеллектуальной деятельности для признания его произведением, то есть объектом авторского права.

Первый критерий – критерий творчества: объективный и субъективный.

Согласно субъективному подходу, произведение должно отражать личность автора, его автор-

¹¹ Cour d'appel de Paris, Pôle 5 – chambre 2, 22 janvier 2021, n° 19/10814.

ский стиль. В.А. Дозорцев указывал, что творчество является «сферой чисто индивидуальной деятельности, представленной лишь живым трудом, олицетворяемым личностью автора». Объективный подход основан на предположении о том, что оценивать следует не труд автора, а сам результат. Например, В.Я. Ионас отмечал, что для отнесения объекта к числу охраняемых авторским правом необходимо оценить существенные элементы такого объекта; они должны отвечать критериям новизны, отличающей конкретное произведение от других произведений, сравниваемых с ним.

Можно встретить и такие определения фотографических произведений, которые, как представляется, больше следуют иному подходу: к фотографическим произведениям относятся художественные фотографии, отражающие творческое видение фотографа как художника.

Следует согласиться с предложениями, которые указаны в п. 1.1. проекта к справке НКС. Также это можно охарактеризовать как минимальный уровень творчества (по аналогии с опытом англо-американских стран, который указан в справке к НКС Суда).

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.

Если это автоматизированная съемка, то в данном случае речь скорее идет о технической части, а не о творчестве.

Если же фотограф, например, поставил фотоаппарат для съемки заката или природного события и смонтировал затем из отснятого материала кадры, то в данном случае речь идет о творческой работе.

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)?

При определении данного вопроса следует согласиться с практикой Суда по интеллектуальным правам, представленной в п. 5.1

4. Какие обстоятельства следует учитывать при установлении авторства фотографического произведения? Какая деятельность при создании фотографий является творческой и дает основание для признания авторства?

Основной признак, который относится к творчеству лица, следует толковать из ст. 1257 ГК РФ, и творчество определяется как самостоятельный умственный труд человека по созданию формы изложения заверченной мысли.

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?

Спорный результат интеллектуальной деятельности, выраженный в объективной форме, следует анализировать по следующим признакам: является ли это результатом умственного труда человека; является ли процесс создания произведения изложением определенной заверченной мысли и является ли такие действия лица результатом самостоятельного труда. Если речь идет о полной идентичности фотографий, то речь может идти чисто о техническом, а не творческом действии.

Джалилов Э.А.,
кандидат юридических наук,
член Научного совета по проблемам
интеллектуальной собственности
при Отделении общественных наук РАН

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?

Считаем необходимым рассмотреть еще одно обстоятельство из предусмотренных подходов для установления охраноспособности фотографических произведений – **определение правомерности создания фотографии** как фактора, влияющего на наличие либо отсутствие исключительного права у фотографа.

Суду первой инстанции необходимо установить не только наличие творчества при создании фотографического произведения, но и легальность возникновения исключительного права у его автора, например, на фотографии произведения искусства.

Увеличение количества споров, связанных с фотографированием произведений изобразительного искусства, в том числе постоянно находящихся в местах, открытых для свободного посещения, говорит о том, что авторы фотографий при установлении факта использования обращаются в суд в целях взыскания компенсации за такие фотографии.

Согласно ст. 1229 ГК РФ, отсутствие запрета не считается согласием. Тем самым, судам первой инстанции необходимо получать подтверждения согласия авторов-создателей произведений искусства, которые стали основным объектом спорных фотографий. При отсутствии такого согласия у фотографа не возникает исключительное право на созданные фотографические произведения.

В качестве примера можно привести ситуацию, при которой фотограф создал фотографии произведений изобразительного искусства находящихся в местах, постоянно открытых для свободного посещения. Права на фотографии передал в доверительное управление коммерческой организации, которая в свою очередь обратилась в Арбитражный суд Самарской области с требованием о выплате компенсации за использование фотографий в публикации ответчика (№ А55-17241/2023).

По мнению истца, фотограф своим творческим трудом создал фотографии, и права на них должны быть защищены. К аналогичной позиции склоняется и суд, однако решение пока еще не вынесено.

В процессе установления авторских прав на фотографические произведения следует применять комплексный подход, включающий анализ правомерности создания фотографии объекта.

Суд первой инстанции обязан осуществить полную проверку и подтвердить наличие элементов творчества и оригинальности в создании фотографического изображения, что является обязательным условием для признания объекта защищаемым авторским правом. Помимо этого суду необходимо удостовериться в законности формирования исключительных прав на фотографическое произведение у фотографа. Это включает верификацию соответствующего правового режима объекта, изображенного на фотографии, а также установление факта соблюдения требований к законности фотосъемки, в том числе отсутствия нарушений частных прав третьих лиц или ограничений, налагаемых законодательством на изображение определенных объектов.

При таких обстоятельствах следует считать, что при создании фотографии не реализуются творческие способности автора, а в фотографии отражается личность автора произведения искусства.

Данное обстоятельство подчеркивает значимость всестороннего рассмотрения судом всех релевантных фактов и правовых норм, включая оценку творческого вклада фотографа и законности использования фотографий произведений изобразительного искусства.

Таким образом, полнота и всесторонность рассмотрения данных аспектов является ключевой для правильного правоприменения и обеспечения защиты авторских прав на фотографические произведения в соответствии с действующим законодательством.

Линник Л.Н.,

главный консультант Некоммерческого партнерства «Интелл-Защита», вице-президент Совета Евразийских патентных поверенных, доктор гражданского права (Doctor der Zivilrecht, Bundesrepublik Deutschland), почетный профессор и действительный член Российской академии естественных наук (РАЕН), инженер-физик, патентный поверенный
Кудаков А.Д.

Вопросы охраноспособности фотографических произведений имеют для практики правоприменения большое значение, в том числе

в связи с возникшей сравнительно недавно и приобретающей все большее практическое значение проблемой определения охраноспособности изобразительных произведений, создаваемых генеративным искусственным интеллектом, которые по некоторым признакам подобны фотографическим произведениям.

При анализе охраноспособности авторских произведений, в том числе фотографических, в соответствии со ст. 1228, 1257, 1258 и 1259 ГК РФ охраноспособным может быть только такое произведение, которое создано творческим трудом автора (гражданина) или соавторов (граждан).

Согласно словарю Ожегова, «творчество», и, соответственно, творческий труд – это «создание **новых по замыслу** культурных или материальных ценностей».

Согласно п.1 ст.1259 ГК РФ 1. Объектами авторских прав являются произведения науки, литературы и **искусства** независимо от достоинств и назначения произведения, а также от способа его выражения

При этом согласно п. 5 ст. 1259 ГК РФ авторские права не распространяются на **идеи и концепции**.

Однако несмотря на это идеи и концепции несомненно являются результатами творческой деятельности граждан, и в случае практической реализации, выраженной в произведении, созданном на основе сформулированной гражданином идеи или разработанной концепции, такое произведение должно признаваться охраняемым авторским правом.

Указанный подход для определения охраноспособности как результата реализации творческих способностей автора представляется правомерным, в том числе, в случае фотографирования с помощью автоматических устройств, например, видов природы в определенном ракурсе, или в виде создания произведения генеративным искусственным интеллектом в соответствии с идеей, выраженной автором в задании на создание произведения.

Идея или концепция должна быть направлена на создание произведения как такового с целью оказания эстетического воздействия на зрителя, то есть произведения искусства.

Основным критерием творческого характера произведения, в том числе фотографического

или созданного с помощью генеративного искусственного интеллекта, является наличие замысла или идеи и новизна воплощения этой идеи в произведении.

Представляется, что охраноспособность фотографического произведения зависит от цели создания, поскольку целью должно являться именно создание произведения искусства, а не фиксация, например, информации.

Охраноспособной является фотография товара, образующая какую-либо композицию, вызывающую эмоциональный отклик зрителя именно за счет этой композиции (произведение искусства); а неохраноспособной является фотография товара как простая информация о внешнем виде товара без выделения каких-либо особенностей.

Фотографии событий, образующих информационный повод, должны охраняться, если фотографии создаются не в автоматическом режиме, а фотограф выбирает ракурс и иные параметры съемки и/или осуществляет кадрирование полученных фотографий исходя из собственных предпочтений с целью оказания эстетического воздействия на зрителей.

Должен учитываться вклад создателя фотографии и цель, которую преследовал фотограф. Если фото оказывает эстетическое воздействие на зрителя и это воздействие усилено за счет действий фотографа по сравнению с фотографией, выполненной в автоматическом режиме, то фотография есть произведение искусства и должна охраняться авторским правом.

Авторским правом должны также охраняться фотографии, отобранные фотографом из ряда сделанных им на мероприятии фотографий, исходя из собственных предпочтений с целью оказания наибольшего эмоционального воздействия на зрителей.

Фотографии, созданные с помощью аппарата, настроенного на автоматическую съемку, например фотографии природы, должны охраняться, если аппарат установлен так (постановочная композиция и выбор ракурса и параметров съемки), чтобы фотографии содержали нетривиальную композицию, оказывающую на зрителя эстетическое воздействие именно за счет выбора параметров фотографом. Эта съемка отличается от съемки видеорегистратора, поскольку цель видео-

регистратора – зафиксировать факты, а у съемок природы целью является получение фотографий, оказывающих на зрителей эстетическое воздействие (произведение искусства).

Фотографии, полученные в рамках медицинских исследований, в том числе с помощью диагностического оборудования (рентген, компьютерная томография и т.п.), не могут охраняться авторским правом, поскольку они носят исключительно информационный характер, и целью их создания является получение медицинской информации о пациенте, аналогично видеорегистратору.

Фотографии, созданные органами государственной власти в ходе выполнения публичных функций (например, правоохранительными органами) или подведомственными им учреждениями (например, судебными экспертами), не могут охраняться авторским правом, поскольку они носят исключительно информационный характер и целью их является фиксация информации, а не оказание эмоционального воздействия на зрителя. Аналогия с официальными документами, не охраняемыми авторским правом с момента признания их официальными, то есть с момента, когда они начинают выполнять публичные функции.

Фотографии достопримечательностей даже с часто используемых ракурсов должны охраняться авторским правом, поскольку выбор момента фотографирования, а также состояние окружающей природы или иного окружения при этом отличаются для каждого фото и выбираются автором.

Фотографии двухмерных объектов изобразительного искусства (живопись, графика) должны охраняться только в случае, если они не являются непосредственным копированием именно произведения, а составляют композицию с окружением с целью оказания эмоционального воздействия на зрителя. При этом охраняется только композиция, а не изображение произведения.

Фотографии документов должны охраняться только в случае, если не являются непосредственным копированием именно документов, а составляют композицию с окружением с целью оказания эмоционального воздействия на зрителя. При этом охраняется только композиция, а не изображение произведения.

Таким образом, ключевым при отнесении фотографического произведения к охраняемым яв-

ляется возможность отнесения его к произведениям искусства, то есть оказывающим на зрителей эстетическое воздействие за счет идейного наполнения его фотографом. При этом чисто информационная фиксация или фотографирование при выполнении в публичных функций не должны охраняться авторским правом, поскольку это противоречит общественным интересам.

Моргунова Е.А.,

кандидат юридических наук,

доцент кафедры гражданского права МГЮА

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

Ответ. Полагаю, что для оценки реализовывались творческие способности автора фотографии при ее создании или нет, необходимо определить, какие действия могут быть отнесены к созданию фотографии, а какие к действиям по созданию фотографии не относятся, а также определить, с какого момента начинается процесс создания фотографии и в какой момент он заканчивается. На каждой стадии создания фотографии необходимо проанализировать действия, которые совершает фотограф, и определить, какие из этих действий носят технический характер и не оказывают никакого влияния на появление выразительных средств фотографии, а какие из этих действий влияют на создание выразительных средств фотографии и при этом являются осознанными действиями фотографа, то есть, совершая данные действия, фотограф преследует цель получить определенные выразительные средства изображения.

Так в ходе осуществления съемки фотограф может определять точку съемки, а точка съемки влияет на тот угол или ракурс, под которым соответственно смотрят на снимаемый объект, и выбирая ракурс, можно получить разное изображение объекта съемки. Так снимая под определенным углом, можно получить изображение в некой перспективе, можно получить изображение с некоторым искажением объекта съемки, но в таком искажении может заключаться творческий замы-

сел фотографа. Резкость съемки тоже может выступать в качестве художественного замысла, поэтому настройка резкости самим лицом может рассматриваться как действия по созданию выразительных средств фотографии. Так не очень четкая видимость изображения может представлять собой авторский замысел. Автор фотографии, к примеру, таким образом хочет показать воспоминания о ком-то или о чем-то, или передать смутные чувства об объекте, или уход в иной мир и т.п. Выбор освещенности лицом может повлиять на то, как будет изображен объект съемки, будет ли он иметь контуры, какая будет рельефность объекта съемки и т.п. Отсюда следует, в частности, что выбор ракурса, выбор освещенности, настройка резкости, продиктованные не просто тем, чтобы четко зафиксировать какой-то объект, а неким авторским замыслом, к которому можно отнести передачу смысла, идеи через фотографию, придание художественной, эстетической формы фотографии, может быть отнесено к проявлению личности творца.

В ходе осуществления съемки лицо может осуществлять контроль за съемкой. В связи с этим возникает вопрос: «Что значит осуществлять контроль за съемкой? Если контроль за съемкой заключается в том, что лицо проверяет значение чувствительности, которая была установлена, или замер освещенности, которая уже была определена, или проверяет соблюдение режима фокусировки, который был уже до этого определен, то такие действия не могут быть отнесены к действиям, в рамках которого отражается личность фотографа по той причине, что в рамках данных действий не создаются выразительные средства, а осуществляется лишь контроль за их появлением, но такие действия по контролю сами по себе не представляют действия по определению выразительных средств фотографии.

Какие же действия относятся к созданию фотографии и при наличии каких признаков они могут быть отнесены к творческим, то есть к таким, в которых отражается личность автора фотографии. Представляется, что эти действия должны обладать следующими признаками.

1. Цель действия – создать фотографию.

2. Действия обеспечивают реализацию творческого замысла автора фотографии, то есть дей-

ствия совершаются осознанно в целях передачи творческого замысла автора (съемка не ограничивается только функциональным назначением фотографии).

3. Благодаря этим действиям формируются в идеальной форме выразительные средства (проявляются выразительные средства непосредственно при съемке) или формируются непосредственно после съемки при работе над сфотографированным изображением объекта в соответствии с творческим замыслом автора.

4. Творческий замысел автора фотографии не сводится просто к качественной фиксации определенного объекта. В фотографии должен быть или эстетический избыток, или передача через выразительные средства фотографии каких-либо мыслей, чувств фотографа.

5. Действия носят интеллектуальный характер.

Если в ходе создания фотографии имеет место хоть одно из действий, обладающих совокупностью данных признаков, то можно утверждать, что в произведении выражается личность творца.

Вместе с тем возникает вопрос: к созданию фотографии относятся только действия, касающиеся настройки оборудования для съемки и выбора ракурса или какие-либо еще действия? Может ли постановка объекта съемки и работа над фотографией после осуществления съемки относиться к действиям по фотосъемке и при наличии в них творческого труда свидетельствовать о том, что в фотографии выражена личность автора фотографии? Либо постановка объекта съемки и работа над фотографией лежат за пределами действия по созданию фотографии?

Постановка объекта съемки для осуществления его фотографирования напоминает нам постановку сцен для съемки фильма. При этом постановка сцен для съемки фильма отличается от постановки спектакля на сцене, поскольку, если постановка спектакля на сцене осуществляется для восприятия зрителями, то постановка сцен для фильма осуществляется для камеры и, осуществляя постановку, режиссер смотрит глазами камеры, то есть процесс постановки сцен для фильма не является самостоятельным эстетическим объектом, а является лишь материалом для фильма.

Посмотрим на то, что представляет собой постановка объекта для фотосессии. Постановка объ-

екта фотосессии осуществляется для фотографирования и совершается в целях фотографирования. Действия по постановке объекта не являются самостоятельными и должны рассматриваться как неотъемлемая часть самого процесса фотографирования. Следовательно, проявление творческого труда при постановке объекта съемки является достаточным основанием для признания полученной фотографии (даже при отсутствии творческого труда в самом процессе съемки) в качестве объекта авторского права, то есть произведения, в котором отражена личность автора фотографии. Работа над уже отснятой фотографией должна относиться к деятельности по созданию фотографии, поскольку раз фотограф продолжает работу над фотографией, то это означает, что творческий замысел автора еще не полностью завершен, и автор еще не считает фотографию законченным произведением, а, следовательно, если в работе над уже отснятой фотографией проявилось творчество лица, даже если фотография была механически создана, то такую фотографию следует признать объектом авторского права, в котором проявляется личность автора фотографии.

2. Зависит ли охраноспособность фотографии как объекта 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 тому подобное), спортивных или культурных мероприятий (футбольный матч, празднование дня города и тому подобное);

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 съемкой природы и съемкой видеорегистратора);

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

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.

Ответ: Цель создания фотографии может влиять на охраноспособность фотографии, однако не может выступать в качестве единственного фактора для оценки охраноспособности фотографии. Если цель съемки не допускает эстетический избыток и выражения мыслей, чувств фотографа, то созданная фотография с учетом данной цели не должна быть объектом авторского права. Однако для не вероятностного, а однозначного ответа на вопрос о творческом характере фотографии мы должны судить по наличию или отсутствию выразительных средств, передающих индивидуальность автора.

Если съемка имела чисто информационную цель, то большая вероятность, что у фотографа не было творческого замысла, по крайней мере данная цель служит подтверждению отсутствия творческого замысла. Если делается рентген зубов для постановки диагноза пациента, то творческий замысел при осуществлении рентгена отсутствует. Если рентген зубов осуществляется в целях рекламы качества лечения зубов, то в таком случае вполне допустим творческий замысел, так как преследуется иная цель, допускающая эстетический избыток, не связанная ни с постановкой диагноза, ни с изучением результатов лечения.

Фотографии, созданные органами государственной власти, можно приравнять к официальным документам.

Относительно достопримечательностей, запечатленных с часто используемых ракурсов, то они могут стать объектами авторского права, если некое лицо поработает над фотографией после съемки, и именно данное лицо станет автором фотографии.

Относительно фото двухмерных объектов изобразительного искусства однозначно ответить нельзя, все зависит от конкретных условий съемки. Ведь фото может носить как технический характер, так и быть художественным.

Относительно фото документов, то, по общему правилу, в силу отсутствия творческого замысла при осуществлении фото документов такое фото не должно признаваться объектом авторского права.

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

Ответ: Полагаю, что количество объектов авторского права должно определяться количеством единых творческих замыслов. Если одному творческому замыслу подчиняется серия фото, чтобы потом выбрать наиболее удачную фотографию, то все эти фотографии являются «пробами пера» для создания одной фотографии. Так композитор при создании музыкального произведения может несколько раз переписывать партитуру, рисовать схемы, делать зарисовки, но все они подчинены одному творческому замыслу и должны охраняться в рамках одного музыкального произведения.

4. Какие обстоятельства следует учитывать при установлении авторства фотографического произведения? Какая деятельность при создании фотографии 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, нажатием на затвор камеры);

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

Ответ: Творческой является деятельность, которая обладает следующими признаками.

1. Цель действия – создать фотографию.

2. Действия обеспечивают реализацию творческого замысла автора фотографии, то есть действия совершаются осознанно в целях передачи творческого замысла автора (съемка не ограничи-

вается только функциональным назначением фотографии).

3. Благодаря этим действиям формируются в идеальной форме выразительные средства (проявляются выразительные средства непосредственно при съемке) или формируются непосредственно после съемки при работе над сфотографированным изображением объекта в соответствии с творческим замыслом автора.

4. Творческий замысел автора фотографии не сводится просто к качественной фиксации определенного объекта. В фотографии должен быть или эстетический избыток, или передача через выразительные средства фотографии каких-либо мыслей, чувств фотографа.

5. Действия носят интеллектуальный характер.

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?

Ответ: Если фотограф повторяет все действия, формирующие выразительные средства фотографии, и соответственно сам не принимает участие в формировании выразительных средств, то это означает, что он не совершил ни одного творческого действия, и соответственно его фотография не будет объектом авторского права.

Мурзин Д.В.,

доктор юридических наук, доцент кафедры гражданского права Уральского государственного юридического университета имени В.Ф. Яковлева, доцент кафедры обязательственного права Уральского филиала Исследовательского центра частного права имени С.С. Алексеева при Президенте РФ, член Научно-консультативного совета при Суде по интеллектуальным правам

К пункту 2

Существует противопоставление фотографий, в которых можно обнаружить признаки творчества, и «случайных» фотографий, в которых традиционно не видят творческого начала. Применяя

концепцию пониженного уровня творчества («некая мера *труда, умения или усилия*, в каждом конкретном случае необходимая для создания автором произведения»¹²), мы можем – при желании – признать объектом авторского права любую фотографию, сделанную человеком.

В то же время коммерческая ценность фотографии и/или ее интерес для публики часто проявляются тогда, когда фотография просто фиксирует факт без всякого проявления творчества. Большинство легендарных снимков – это не постановочные фотографии, а вовремя схваченный момент реальной жизни. Можно вспомнить один из символов нашей истории – фотографию «Комбат» М.В., сделанную М.В. Альпертом в 1942 году – эта фотография профессиональная, но не постановочная.

В европейском праве была хорошая концепция: прежнее французское (до 1985 г.) и германское (до 1995 года) законодательство охраняли «обычные» фотографии, если они имели черты документа («**документа современной истории**»). По этому поводу Д. Липчик писала, что можно высказать критические замечания в отношении того, что применение авторского права к фотографиям «ставится в зависимость от понятия, не связанного с признанием охраны, а именно от ценности или художественной значимости фотографии, однако они позволяют избежать бессмысленных и бесполезных обсуждений в тех случаях, когда к их использованию проявляют очевидный интерес третьи лица»¹³. Теперь (под давлением унифицированного права ЕС) германское законодательство от этой концепции отказалось и ударяется в другую крайность – признает охраняемыми объектами смежных прав все снимки.

Российское право не знает других способов охраны фотографических произведений кроме как средствами охраны авторским правом. Но тогда допустимо признать, что охраноспособность фотографий-документов (в особенности отражение событий, образующих информационный повод) может быть поставлена в зависимость от момен-

та их создания, т.е. от вовремя (в подходящий момент) нажатой «кнопки». В 1883 году в английском праве спор об авторстве фотографии был решен в пользу лица, внесшего решающий вклад в ее создание, т.е. лица, чьими указаниями руководствовались создатели фотографии¹⁴. С позиций фотографии как «документа современной истории» автором следовало бы признавать лицо, непосредственно осуществившего фотосъемку в нужный момент.

В этой связи следует поддержать ранее высказанную на этом совещании идею Д.В. Новака о том, что в отношении автоматизированной съемки автором фотографии следует считать лицо, осуществившее отбор определенного кадра (сделавшего выбор момента создания фотографии).

Нюняев В.О.,

кандидат юридических наук,
старший преподаватель кафедры
предпринимательского и энергетического
права СПбГЭУ, руководитель проектов
интеллектуальной собственности
ПАО «Газпром нефть»

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?

Полагаю, что творческий вклад характеризуется не только отражением личности автора в фотографии, но и любыми усилиями по созданию фотоматериалов. Охраноспособность фотографических произведений определяется несоразмерностью усилий, требуемых для создания объекта, с одной стороны, и для его воспроизведения – с другой. В каждом конкретном деле суд должен принимать во внимание данное соотношение.

¹² См.: Бентли Л., Шерман Б. Право интеллектуальной собственности: Авторское право / Перевод с англ. В.Л. Вольфсона – СПб.: «Юридический центр Пресс», 2004. С. 153, 157-158, 171.

¹³ Липчик Д. Авторское право и смежные права / Пер. с фр. М.Федотова. – М.: Ладомир; Изд-во ЮНЕСКО, 2002. С. 75.

¹⁴ См.: Бентли Л., Шерман Б. Право интеллектуальной собственности: Авторское право / Перевод с англ. В.Л. Вольфсона – СПб.: «Юридический центр Пресс», 2004. С. 126.

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) двумерных объектов изобразительного искусства (живопись, графика);

з) документов.

Полагаю, что цели и объекты съемки должны учитываться при определении охраноспособности фотографического произведения, но при этом они не имеют определяющего значения. Определяющее значение имеет как раз несоизмеримость усилий по созданию материала (риск для жизни и здоровья при съемке в условиях стихийного бедствия, необходимость получения специальной аккредитации для съемки спортивных событий, обладание специальной студией для съемки товаров для онлайн-магазинов и т.д.) и его копирования и распространения. При этом цели и объекты съемки могут учитываться при определении вопроса право-

мерности использования фотоматериалов (например, использование пациентом своих рентгеновских снимков в медицинских целях, для которых они созданы, материалов фотофиксации места преступления в целях осуществления правосудия и пр.).

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)?

В случае, если такое количество определяется в целях расчета компенсации за нарушение исключительного права, такую серию можно определить как один объект.

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.

Если техническая помощь не сводится к механическому выполнению команд (например, нажатие на затвор без самостоятельного выбора момента, ракурса и пр.), то в большинстве случа-

ев описанное совместное создание произведений является соавторством.

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 этом случае возникает исключительное право на производное произведение.

Серго А.Г.,

доктор юридических наук, профессор
Российской государственной академии
интеллектуальной собственности
и Московского государственного
юридического университета имени
О.Е. Кутафина (МГЮА), Президент
юридической фирмы «Интернет и Право»

В целом, в «вопросах» отражены ответы на актуальные вызовы судебной практики, поэтому документ в целом заслуживает поддержки.

При этом лишь по отдельным его пунктам можно высказать следующие ответы и пожелания:

Вопрос 1

Представляется, что ранее выработанные практикой СИП критерии сохраняют свою актуальность. Изменение концепции/подхода к определению творчества является вопросом доктринальным и, скорее всего, будет выходить за пределы возможностей НКС СИП.

Однако можно сделать более выраженное различие между понятиями фотография (фотофакт) и фотографическое произведение (акт творчества).

Говоря о реализации творческих способностей автора и отражении личности фотографа в творчестве, можно говорить при эксклюзивности фотографии (невозможности ее повторить обывателем при таком же уровне технического оснащения) при осуществлении художественной съемки,

но не репортажной (аварии, катастрофы, происшествия).

Вопрос 2

Скорее всего, необходимо будет учитывать цель фотографирования (информационная/новостная, утилитарная, творческая/эстетическая) с учетом оригинальности творчества и трудозатрат на создание фотографии/произведения, следуя принципу английского правосудия «Охранять стоит то, что достойно копирования».

Вопрос 3

Вопрос имеет два противоположных ответа, каждый из которых можно обосновать.

Формальный подход говорит о том, что имеется столько фотографий, сколько было сделано технически. Вопрос о фотографическом проведении пока не поднимается.

При этом, исходя из цели постановки вопроса, можно презюмировать, что создается одно произведение в множестве копий (по условиям вопроса «нет видимых отличий»). Аналогично, как с определением одного нарушения при появлении одной картинки на множестве страниц одного сайта.

Вопрос 4

Подпункты:

(вопросы кажутся сформированными по ожидаемые ответы)

а) «творческая деятельность» первого лица, второе – аналог тех.устройства, таймера спуска и т.п.;

б) «творческая деятельность» второго лица, первое – тех.услуги;

в) аналогично п.(а): «творческая деятельность» первого лица, второе – аналог тех.устройства, таймера спуска и т.п.;

Вопрос 5

Крайне интересный и редкий в практике вопрос.

Скорее всего, правильнее будет говорить о производном произведении.

При условии, что как в задаче – «фотограф выбирает... подбирает... исходя из имеющейся фотографии», то есть его цель – создать произведение

на базе уже имеющегося в его распоряжении (а не цель – создание аналогичной фотографии в аналогичном времени и месте).

P.S. Поставленные вопросы в ряде случаев претендуют на доктринальное переосмысление, но в рамках функций НКС СИП и возможности их утилитарного применения высказанные подходы на данном этапе развития гражданского законодательстве представляются предпочтительными.

Синельникова В.Н.,

доктор юридических наук,
профессор, профессор департамента
частного права Национального
исследовательского университета
«Высшая школа экономики»

Отвечая на первый вопрос, «*какие обстоятельства могут учитываться при анализе охраноспособности фотографических произведений?*», полагаю уместным сформулировать несколько основополагающих тезисов:

- фотография – это статичное изображение объективно выраженного предмета или явления, полученное посредством фиксации оптических излучений на светочувствительном материале или ином записывающем устройстве;

- в зависимости от участия человека в процессе создания, фотографии следует разделить на виды:

- а) созданные без участия человека,
- б) созданные с участием человека;

Фотографии, созданные без участия человека, следует признать СТАНДАРТНЫМИ (ИНФОРМАЦИОННЫМИ), представляющими результат автоматической (механической) фиксации объективно выраженного предмета или явления в соответствии с официально установленными стандартными программами, например, фотографии движения транспорта, прохода пассажиров, работников на предприятие, фотографии на документы и т.п.

Такие фотографии **не являются объектом авторского права**, поскольку в процессе их создания отсутствует творческий труд человека

и, соответственно, творческая личность автора не отражается.

Фотографии, созданные **с участием** человека, можно разделить на несколько подвидов:

- **новостные** содержат объективно выраженные явления, зафиксированные как стенографический отчет фоторепортера, цель которого – максимально объективно отобразить происходящее явление и довести его до сведения общест-венности;

- **специальные** создаются работниками (специалистами) в целях фиксации результата осуществленной профессиональной деятельности, например, уборщица помыла пол и сфотографировала его, стоматолог залечил зуб и сфотографировал полученный результат и т.п.

Такие фотографии **не являются объектом авторского права**, поскольку в процессе их создания отсутствует творческий замысел специалиста и, соответственно, не используются оригинальные способы его решения, то есть в таких фотографиях творческая личность автора не отображается, так как *при съемке специалист пользуется элементарными техниками фотографирования*, в том числе установка подсветки, выбор точки опоры и т.п.

Такие действия направлены именно на получение качественного изображения созданного работником результата своего труда, поэтому процесс создания фотографии с учетом достигнутого уровня научно-технического прогресса к сводится к **элементарно необходимым действиям** для получения четкого статичного изображения;

- **авторские**, процесс создания таких фотографий направлен на реализацию творческого замысла лица, который включает не только выбор ракурса, установку света или тени, но и соответствующую подготовку объекта фотографирования (модели), например, нанесение татуажа, выбор интерьера, костюма и пр.

К этому же виду авторских фотографий следует отнести статичные изображения, зафиксировавшие результаты интеллектуальной деятельности лица, посредством выбора им экспозиции, размещения объекта фотоснимка в пространстве, определение собственного места нахождения для совершения фотосъемки, уста-

новки света и (или) адаптация объекта фотосъемки под имеющееся освещение, в том числе подбор световых фильтров для объектива и прочие действия.

Иными словами, в таких фотографиях реализуется, т.е. *получает объективное выражение, творческий замысел лица, создающего фотографию, отображая тем самым его интеллектуальные способности, уровень профессионализма и творческую личность автора*. При этом важно уточнить, в данных фотографиях не используются технологии фотошопа, поскольку автор желает сохранить оригинальный образ модели. Такие объекты являются **охраноспособными фотографическими произведениями;**

– **художественные** – это охраноспособные фотографические произведения, **прошедшие технологии фотошопа**.

На основании изложенного сформулируем следующие выводы.

При анализе условий охраноспособности фотографии как произведения необходимо учитывать наличие следующих факторов:

1) фотография создана с целью объективного выражения творческого замысла автора;

2) в процессе реализации творческого замысла использованы оригинальные способы его объективного выражения, включая:

– подготовку модели (объекта) фотографирования и размещение ее в пространстве, в том числе с применением технологий фотошопа или без таковых;

– определение места нахождения фотографа, установление света и (или) осуществление адаптации объекта фотосъемки под имеющееся освещение, в том числе путем подбора световых фильтров для объектива, установка специальных экранов и прочие действия, направленные на максимально возможное объективное выражение творческого замысла.

Проект «Десятая заповедь»

Митягин К.С.,

сооснователь проекта «Десятая заповедь»,
партнер Nevsky IP Law,
патентный поверенный № 2010

Скворцова А.А.,

сооснователь проекта «Десятая заповедь»,
руководитель практики разрешения споров
Nevsky IP Law,
патентный поверенный № 2560

Мы ознакомились с вопросами, сформированными для **обсуждения на заседании Научно-консультативного совета при Суде по интеллектуальным правам**. Безусловно, тема актуальная и важная. Однако хотим заметить, что если цель разрешения поставленных вопросов – это борьба с фототроллингом, то мы полагаем, что обсуждение и решение заявленных вопросов никак не повлияет на количество исков, которые предъявляются массовыми истцами, и не повлияет на решение проблемы.

Массовые истцы предъявляют иски не только к предпринимателям и коммерческим организациям, **но и к государственным органам, учебным учреждениям, благотворительным фондам и даже к православным организациям.**

Мы общаемся с многочисленным количеством ответчиков-предпринимателей, а также с государственными органами, например, с Комитетом по туризму города Москвы, и знаем, как они реагируют на иски фототроллей. Такую искреннюю реакцию вы не увидите в зале суда, потому что она недопустима и наказуема, а мы с искренностью ответчиков сталкиваемся ежедневно.

Если коротко, то предприниматели понимают, что нарушили права, но считают, что компенсация несоразмерна нарушению и ответственность чрезмерна. Еще более возмущают ответчиков жесткие переговоры о досудебном урегулировании спора. Даже когда ответчик готов добровольно до суда заплатить компенсацию в размере 20–30 тысяч рублей, с него продолжают требовать 50–100 тысяч и более за нарушение прав на одну фотографию.

Всем очевидно, как истцам, так и ответчикам, что права на такие фотографии не могут быть проданы за такие деньги и суммы компен-

сации не преследуют цели гражданско-правовой ответственности. Это просто заработок истцов, причем не авторов фотографии, а посредников, которые забирают 75% от присужденных сумм.

Мы проанализировали материалы многих дел и основные проблемы видим в следующем:

- 1) несоразмерная нарушению компенсация;
- 2) признание нарушением, руководствуясь условиями пользовательских соглашений фотобанков, использование фотографии в ситуации, когда в фотобанке фотография приобретается работником компании / привлеченным дизайнером с его аккаунта, а не с аккаунта компании, на сайте которой используется фотография;
- 3) незнание ответчиков, что фотография запрещена для использования в коммерческих целях без лицензионного договора;
- 4) злоупотребление правом истцов при доказывании нарушения и размера компенсации.

1. Несоразмерная нарушению компенсация

• Дело в том, что фотографии часто распространяются в фотобанках по подписке. Стоимость месячной подписки в районе 200–500 рублей за доступ к большому количеству фотографий. Даже если скачать только одну фотографию, то ее стоимость ее использования как раз составит 200–500 рублей. При этом истцы требуют до 100 000 рублей за использование одной фотографии.

• Чаще всего Ответчики готовы урегулировать спор в досудебном порядке и предлагают оплатить 10 000–30 000 рублей, но Истцы не соглашаются, то есть цель Истцов и авторов – заработать на нарушениях, предварительно их провоцируя.

• Почему мы считаем, что нарушения провоцируются? Мы выяснили, что Истцы согласны представлять интересы авторов только при условии, что найдется хотя бы 20–50 нарушений и берут в работу авторов, только если можно предъявить большую сумму ко взысканию.

• Пару лет назад у Истцов была популярная схема, когда они с авторами удаляли фотографии из фотобанков, где можно было приобрести право использования за минимальные суммы, а к иску прилагали информацию о стоимости права использования фотографии, например, за 25 000 рублей, размещая на своем сервисе уже за такую стоимость перед предъявлением иска, или прилагая мнимый договор с третьим лицом.

Мы хотим обратить внимание на изложенные обстоятельства, которые не всегда видны из материалов дела, а сами ответчики о них не заявляют или не могут заявить в суде. Полагаем, что нужно более внимательно отнестись к доказыванию размера компенсации и принимать во внимание не мнимые договоры, а реальную стоимость прав при размещении произведений в фотобанках. При этом мы отмечаем тенденцию снижения сумм компенсаций за последний год.

2. Приобретение прав работником

Если исполнитель (например, дизайнер или работник заказчика), используя свой личный аккаунт, приобретает права использования фотографии для заказчика (работодателя), то использование на сайте работодателя или заказчика может быть незаконно, так как это уже сублицензирование, которое обычно запрещено правилами соответствующего фотобанка. Однако заказчики часто об этом даже не подозревают и постоянно нарушают правила лицензии.

Например, в Пользовательском соглашении стокового сервиса Shutterstock указано, что в соответствии с п. F п. 1.2 запрещается перепродавать, распространять, предоставлять доступ, делиться или передавать любой визуальный контент, за исключением случаев, специально оговоренных в настоящем документе. Исключение по праву доступа и использования неограниченным кругом пользователей предусмотрена для подписки «Premier». Заказчики, для которых исполнители занимаются наполнением сайта или занимались этим 5 лет назад (это могут быть и работники по трудовому договору), не знают о том, что если они

зарегистрировали аккаунт на себя, а не на компанию, то компания скорее всего не имеет права использовать фотографию.

Предлагаем следующее решение: если Ответчик предоставляет трудовой или иной договор с лицом, которое для него скачало фотографию и оплатило подписку, а также информацию об оплате; то не признавать нарушением использование фотографии (подразумеваемая лицензия).

3. Правовая неграмотность и злоупотребление правом

Ответчики из регионов часто звонят и говорят «мы скачали фото из Яндекс.картинки», «все так делают, почему я нарушитель?» И мы рассказываем нормы закона об объектах интеллектуальной собственности. Многие из ответчиков говорят, что хотели бы заплатить 10 000–30 000 рублей и больше не будут нарушать, ведь они просто не знали. Но истцы не соглашаются на досудебное урегулирование. Более того, чаще в претензии суммы фигурируют выше, чем в иске, который направляется этому же нарушителю после отказа заплатить. Более того, претензии сопровождаются агрессивными звонками и угрозами. Многие предприниматели отказываются от действий по защите прав, потому что просто не хотят связываться с судом, опасаясь того, что из-за судебных дел не смогут пройти проверку при заключении государственных контрактов или в процессе конкурсных процедур.

Эту проблему можно было бы решить, если бы на фотографиях была отметка о том, что ее использование запрещается в коммерческих целях без заключения лицензионного договора. Тогда бы «случайных» нарушителей стало намного меньше. Но массовые истцы не идут на такой шаг по самозащите прав (размещение предупреждений о недопустимости нару-

шения, нанесение знаков защиты, контактов авторов и правообладателей для приобретения прав), потому что это их лишает заработка на судебных исках.

Подготовлен компанией ООО «Антипиратские технологии»

ООО «Антипиратские технологии»¹⁵ изучило предложенные к обсуждению на заседании Научно-консультативного совета при Суде по интеллектуальным правам¹⁶ вопросы подходов к оценке охраноспособности фотографических произведений как объектов авторского права и справку к ним.

Общество выражает высокую оценку проделанной работе по систематизации судебных подходов, изложенных в справке, и предлагает ознакомиться с комментариями, предложенными ниже.

1. Комментарий к вопросу № 4

Какие обстоятельства следует учитывать при установлении авторства фотографического произведения? Какая деятельность при создании фотографий является творческой и дает основание для признания авторства?

Предложение:

Не изменять действующий подход к установлению авторства и определению творческого характера деятельности. Не изменять действующую презумпцию творческого характера труда автора.

1.1. Актуальный подход к определению охраноспособности фотографий

Фотографии – объекты авторского права¹⁷. Автором произведения считается лицо, творческим трудом которого произведение создано. Авторство презюмируется¹⁸.

¹⁵ Далее – общество.

¹⁶ Далее – НКС.

¹⁷ Ст. 1259 ГК РФ.

¹⁸ Ст. 1257 ГК РФ.

<p>Объектом авторского права является только тот результат, который создан творческим трудом.</p> <p>Пока не доказано иное, результаты интеллектуальной деятельности предполагаются созданными творческим трудом.</p>	<p>п. 80 постановления Пленума ВС РФ от 23.04.2019 № 10</p>
---	---

Указанная позиция не нова, а основана на последовательной судебной практике:

<p>При анализе вопроса о том, является ли конкретный результат объектом авторского права, судам следует учитывать, что таковым является только тот результат, который создан творческим трудом» (поэтому к результатам интеллектуальной деятельности невозможно отнести, к примеру, изображения, полученные с камер видеонаблюдения, в большинстве случаев – скриншоты с мониторов компьютеров и т. д.)</p>	<p>п. 28 совместного постановления Пленума ВС РФ и Пленума ВАС РФ от 26.03.2009 г. № 5/29</p>
---	---

Суд по интеллектуальным правам неоднократно в своих судебных актах обращал внимание на то, что само по себе отсутствие новизны, уникальности и (или) оригинальности результата интеллектуальной деятельности не может свидетельствовать о том, что такой результат создан не творческим трудом и, следовательно, не является объектом авторского права¹⁹.

Общество солидарно с отраженной в справке позицией о доминировании подхода судов, согласно которой процесс создания любой фото-

графии 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)²⁰.

Толкование положений закона и судебной практики позволяет говорить об основных позициях российского законодательства и судебной практики:

- фотография является охраняемым объектом в силу ее создания лицом, чьим творческим трудом она создана
- вышеуказанное является опровержимой презумпцией, действующей, пока не доказано иное.

Общество полагает, что изменение действующего подхода воспрепятствует эффективной реализации защиты авторских прав на фотографии.

1.2. Возможное влияние рекомендаций НКС на судебную практику

Общество обращает внимание НКС на возможное влияние формулировок вопросов на формирование дальнейшей судебной практики в связи со следующим.

В преобладающем числе случаев вопросы авторства на фотографию возникают в ходе судебных разбирательств.

В силу специфики процессуального положения сторон в спорах о защите авторских прав на истце лежит бремя доказывания обстоятельств, на которые он ссылается, в частности:

- авторство фотографии
- наличие исключительного права

¹⁹ При этом стоит отметить, что само по себе вышеуказанные обстоятельства не свидетельствуют о бесспорном творческом характере деятельности по созданию любых фотографий, это оценка Суда по интеллектуальным правам по доводам ответчика, оспаривающего творческий характер фотографии.

²⁰ 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.

Исходя из характера спора о защите авторских прав, на истце лежит обязанность доказать факты принадлежности ему авторских прав и использования данных прав ответчиком, на ответчике – выполнение им требований действующего законодательства при использовании соответствующих произведений.

п. 3 Обзора судебной практики по делам, связанным с разрешением споров о защите интеллектуальных прав утв. Президиумом ВС РФ 23.09.2015

Формулировка вопроса в части *«какая деятельность при создании фотографий является творческой и дает основание для признания авторства»* является противоречивой и вызывает обоснованные сомнения относительно ее соответствия позиции ВС РФ.

Общество полагает важным обратить внимание на отсутствие прямой связи между фактом авторства на спорную фотографию и творческим характером деятельности по ее созданию при доказывании авторства в ходе судебного разбирательства.

При отождествлении указанных фактов встает вопрос способов и средств доказывания истцом охраноспособности фотографии и творческого характера деятельности по ее созданию.

Оценка конкретных приемов творческой деятельности фотографа, в результате которой было создано произведение, в актуальной судебной практике – нечастый случай.

Нередко суды, разрешая вопрос о наличии исключительного права на конкретную фотографию, определяют охраноспособность путем исследования самого спорного объекта, смещая тем самым акцент при оценке с предшествовавшей результату деятельности на сам результат).

Вместе с тем законоположениями п. 3–5 ст. 1259 ГК РФ определяется, что содержание произведения в виде идей, концепций не входит в правовую охрану объекта авторского права. Развитие этой позиции находит выражение в ранее приведенных разъяснениях Пленума Верховного Суда РФ (п. 80). Тем самым конституирующим признаком выступает объективная форма

выражения произведения, творческий процесс создания которой определяет ее охраноспособность.

Общество убеждено, что при буквальном следовании положениям ст. 1257 ГК РФ для установления творческого характера деятельности автора содержание фотографии не может являться определяющим критерием. Исследованию подлежит сам процесс создания фотоснимка.

Общество полагает необходимым предложить НКС уделить особое внимание моменту начала исследования судам творческого характера процесса создания.

Обширная судебная практика по данной категории споров выработала подход, согласно которому установить авторство конкретного лица могут только доказательства, подтверждающие факт создания произведения конкретным лицом.

В делах о защите авторских прав на истца возлагается бремя доказывания факта авторства спорной фотографии, на ответчике – бремя оспаривания авторства или охраноспособности объекта.

В отсутствие мотивированных возражений ответчика суд не обязан исследовать обстоятельства создания спорной фотографии в части наличия творческого характера деятельности фотографа. Законом предусмотрено: творческий характер презюмируется до тех пор, пока не доказано иное.

Отказываться от этой презумпции недопустимо. Отказ от презумпции творческого характера процесса создания любой фотографии – влечет негативные последствия в сфере защиты авторских прав.

Возложение на истца в рамках бремени доказывания авторства – дополнительного бремени доказывания творческого характера деятельности фотографа (как одного из условий авторства) может негативно сказаться на состязательности судебного процесса и равноправии сторон. Общество полагает, что это необходимо особо отметить при вынесении рекомендаций.

2. Комментарий к некоторым положениям справки

Общество считает удачным отражение в справке подходов судов, изложенных в разделе 2 и пункте 5.2 приложенной справки.

Отраженные подходы судов свидетельствуют о положительной тенденции развития отечественной судебной практики в части оспаривания творческого характера труда фотографа и средств доказывания по такой категории споров.

Интересной можно считать и представленную в п. 3.1–3.2 судебную практику, связанную с охраноспособностью фотографии, созданной в результате технической фиксации, при помощи автоматической работы устройств без контроля лица за процессом создания фотографии.

В справке предлагается вниманию два подхода:

- фотографии промышленной мебели в виде стоек для баллонов не являются результатом творческой деятельности, поскольку представляют собой техническую фиксацию объекта промышленного производства
- фотографии с изображением истцов сделаны ими не самостоятельно, а с помощью фото будки, автоматическим способом, без их участия, нет оснований для признания таких фотографий объектами авторского права

Общество обеспокоено возможным упрощением подхода к определению «технических» фотографий. Подобный вывод суда допустим только при наличии обоснованных возражений от лиц, участвующих в деле. Одного лишь факта, что на фотографии запечатлен промышленный объект – недостаточно для отказа в признании такого фото неохраноспособным. В отношении таких фотографий необходимо также учитывать презумпцию творческого характера произведения.

Также Общество предлагает в процессе освещения указанной практики и выработке рекомендаций обратить внимание не только на процесс создания фотографии техническими средствами или в автоматическом режиме, но и на ее дальнейшую судьбу, в частности – наличие дальнейшей обработки исходной фотографии, которая может свидетельствовать о творческом характере деятельности фотографа.

Таким образом, творческий характер должен презюмироваться в отношении любой фотографии, вне зависимости от способа ее создания.

ИП Седых Е.Н.,
разработчик ПК «Электронный реестр по учету исключительных прав и нарушений на них», сервисов webjustice.ru, shotapp.ru, вебархив.ру

Автор данного материала, Седых Евгений Николаевич, имеющий высшее юридическое образование и юридический стаж с 1997 года, на протяжении последних 11 лет занимается исследованиями и автоматизацией в области прикладной юриспруденции, в частности в области фиксации и хранения электронных доказательств, а также автоматизации рутинных и серийных юридических процедур. В ходе указанной деятельности были разработаны и внедрены такие сервисы, как webjustice.ru, shotapp.ru, вебархив.ру; которые активно используются сторонами судебных процессов, в большей степени по спорам, связанным с защитой интеллектуальных прав. Пользователями сервисов являются ИТ/IP-юристы, патентные поверенные, адвокаты из различных регионов России.

В 2023 году при участии Седых Е.Н. разработан Программный комплекс «Электронный реестр по учету исключительных прав и нарушений на них» рег. № 2023619537.

Указанный опыт, постоянное взаимодействие с представителями юридических компаний и анализ судебной практики позволяют формировать собственное представление о различных аспектах правового регулирования в данной отрасли.

Прошу рассмотреть данный материал на заседании Научно-консультативного совета при Суде по интеллектуальным правам в ходе обсуждения подходов к оценке охраноспособности фотографических произведений как объектов авторского права.

Введение

В соответствии со статьей 2 «Бернской Конвенции по охране литературных и художественных произведений» от 09.09.1886,

«(1) Термин «литературные и художественные произведения» охватывает любую продукцию

в области литературы, науки и искусства, вне зависимости от способа и формы ее выражения, включая: **фотографические произведения**, к которым приравниваются произведения, выраженные способом, аналогичным фотографии; **произведения прикладного искусства**; иллюстрации, карты, планы, эскизы и пластические произведения, относящиеся к географии, топографии, архитектуре или наукам...

(8) Охрана, предоставляемая настоящей Конвенцией, не распространяется на новости дня или на различные события, имеющие характер простой пресс-информации.

В соответствии с пунктом 1 статьи 1259 ГК РФ объектами авторских прав являются **произведения науки, литературы и искусства**:

– независимо от достоинств

то есть независимо от таких оценочных критериев как: новизны, уникальности, оригинальности, эстетичности, профессионализма и т.п.

– независимо от назначения произведения

то есть независимо от того, в какой сфере жизнедеятельности человека и каким способом может или будет использовано произведение

– независимо от способа его выражения

независимо от объективной формы выражения произведения: устной, письменной, форме изображения, видеозаписи, объемно-пространственной форме и т.п.

Объектами авторских прав в том числе являются фотографические произведения и произведения, полученные способами, аналогичными фотографии».

В соответствии с пунктом 6 статьи 1259 ГК РФ не являются объектами авторских прав:

1) официальные документы государственных органов и органов местного самоуправления муниципальных образований, в том числе законы, другие нормативные акты, судебные решения, **иные материалы законодательного, административного и судебного характера**, официальные документы международных организаций, а также их официальные переводы;

в силу того, что целью создания указанных объектов является исключительно государственно-правовое регулирование

2) государственные символы и знаки (флаги, гербы, ордена, денежные знаки и тому подобное), а также символы и знаки муниципальных образований;

в силу того, что целью создания указанных объектов является исключительно государственно-правовое регулирование и связанная с этим государственная монополия на указанную символику

3) произведения народного творчества (фольклор), не имеющие конкретных авторов;

в силу невозможности установления автора таких произведений

4) сообщения о событиях и фактах, имеющие исключительно информационный характер (сообщения о новостях дня, программы телепередач, расписания движения транспортных средств и тому подобное).

в силу того, что единственной целью создания указанных объектов является информирование о событиях и фактах в форме их перечисления. Например, аналитический материал уже имеет иную цель – анализ того или иного события, факта.

В развитие вышеописанных правовых норм в пункте 80 Постановления Пленума ВС РФ № 10 от 23.04.2019 указано следующее:

Судам при разрешении вопроса об отнесении конкретного результата интеллектуальной деятельности к объектам авторского права следует учитывать, что по смыслу статей 1228, 1257 и 1259 ГК РФ в их взаимосвязи таковым является только тот результат, который создан творческим трудом. При этом надлежит иметь в виду, что пока не доказано иное, результаты интеллектуальной деятельности предполагаются созданными творческим трудом.

Необходимо также принимать во внимание, что само по себе отсутствие новизны, уникальности и (или) оригинальности результата интеллектуальной деятельности не может свидетельствовать о том, что такой результат создан не творческим трудом и, следовательно, не является объектом авторского права.

В силу пункта 5 статьи 1259 ГК РФ не охраняются авторским правом идеи, концепции, прин-

ципы, методы, процессы, системы, способы, решения технических, организационных или иных задач, открытия, факты, языки программирования, геологическая информация о недрах. Например, 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.

Охране на основании и в порядке, предусмотренных частью четвертой ГК РФ, подлежат также неоконченные произведения.

Из указанных разъяснений Верховного суда РФ согласуется общепризнанными принципами авторского права:

1) презумпция наличия творческого труда в произведении, созданном человеком вне зависимости от использованных технических средств и инструментов;

2) презумпция отсутствия творческого характера у объектов, созданных в автоматическом режиме, без непосредственного участия человека;

3) презумпция признания произведения результатом творческого труда вне зависимости от достоинств такого произведения, в том числе по сравнению с другими аналогичными произведениями.

Таким образом, в вопросе охраноспособности произведений (в т.ч. фотографических) в действующем законодательстве отсутствует неопределенность, есть вполне явные и понятные критерии, которые достаточно просто соотнести с фактическими обстоятельствами и сделать правильный правовой вывод.

При анализе правовых норм, регулирующих возникновение авторских прав, можно сделать вывод о том, что одним из принципов правового регулирования в данной области является отсутствие избирательности и оценки достоинств литера-

турных и художественных произведений для признания их охраноспособности.

Наличие понятного и короткого списка исключений позволяет избежать сложностей в правоприменении и не нарушить баланс между целью правового регулирования правоотношений в сфере авторских прав и законными интересами создателей (авторов) произведений.

Вопрос № 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?

Ответ: При анализе охраноспособности фотографических произведений необходимо учитывать следующее:

1) создана ли фотография человеком или без его участия, в том числе техническим средством, работающим в автоматическом режиме;

2) относится ли фотография к материалам законодательного, административного и судебного характера.

Закон не ставит охраноспособность произведения в зависимость от творческих способностей его автора, а равно от оценки другими лицами меры проявления таких способностей в той или иной работе.

Кроме этого, в данной связи необходимо обратить внимание на разъяснение Верховного Суда РФ о том, что охране на основании и в порядке, предусмотренных частью четвертой ГК РФ, подлежат также неоконченные произведения.

Таким образом, правовой защите подлежат не только художественно обработанные фотографии, но и исходные, необработанные снимки, которые зачастую могут не обладать высоким эстетическим уровнем.

Иной подход позволил бы другому лицу, не являющемуся автором снимка, художественно обработать (переработать) исходную фотографию и, в отличие от его создателя, обрести правовой статус автора с возникновением у него соответствующих прав, в том числе права на защиту. Такая ситуация не соответствует ни здравому смыслу, ни принципу справедливости.

Вопрос № 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.

Ответ: Охраноспособность фотографий как объектов авторского права зависит от:

• **цели создания**

не является объектами авторских прав фотографии, созданные с целью государственно-правового регулирования, осуществления правосудия п. 6. ст. 1259 ГК РФ

• **средств съемки**

не является объектами авторских прав в силу отсутствия творческого характера фотографии, созданные техническими средствами в автоматическом режиме, без непосредственного участия человека, либо техническими средствами, предназначенными исключительно для решения прикладных или технических задач.

Вторая часть вопроса № 2 по существу дублирует вопрос № 1, отличие состоит лишь в сопровождении вопроса примерами.

Поскольку принципы охраноспособности, сформулированные в законе и в разъяснениях Верховного Суда РФ, являются универсальными, то они применяются к любым произведениям, вне зависимости от обстоятельств, описанных в примерах.

Принимая во внимание посыл составителя вопросов относительно охраноспособности фотографий с учетом описанных способов и обстоятельств, необходимо отметить следующее:

а) фотографии событий, образующих информационный повод (например, авария, стихийные бедствия и т.п.), спортивных или культурных мероприятий (футбольный матч, празднование дня города и т.п.) являются охраноспособными. Более того, они представляют собой самостоятельный и сложный жанр фотосъемки – репортажную съемку;

б) фотографии товаров для продажи онлайн, рекламы и т.п. являются охраноспособными. Более того, они представляют собой самостоятельный жанр фотосъемки – предметную съемку. Такие фотографии участвуют в гражданском обороте посредством устоявшихся моделей правоотношений по их созданию на заказ, а равно приобретению неисключительных прав на фотографии распространенных или типовых товаров;

в) фотографии, созданные с помощью аппарата, настроенного на автоматическую съемку, например природы (если да, то в чем разница такой съемки природы и съемки видеорегистратора), не являются охраноспособными в силу отсутствия творческого характера, поскольку выполнены техническими средствами в автоматическом режиме;

г) фотографии, полученные в рамках медицинских исследований, в том числе с помощью диагностического оборудования (рентген, компьютерная томография и т.п.), не являются охраноспособными, поскольку такие материалы фотографиями не являются, равно как не являются фотографиями материалы, полученные в результате работы сканера или копировальной техники. Кроме этого у всех перечисленных материалов отсутствует творческий характер, поскольку они выполнены техническими средствами, предназначенными исключительно для решения прикладных или технических задач и/или в автоматическом

режиме. Следовательно, и действия самого оператора заведомо лишены творческой составляющей;

д) фотографии, созданные органами государственной власти в ходе выполнения публичных функций (например, правоохранительными органами) или подведомственными им учреждениями (например, судебными экспертами), не являются охраноспособными поскольку созданы с целью государственно-правового регулирования, осуществления правосудия п. 6. ст. 1259 ГК РФ;

е) фотографии достопримечательностей, запечатленных с часто используемых ракурсов, являются охраноспособными. Такие фотографии представляют собой самостоятельный жанр фотосъемки – архитектурную съемку.

Такие фотографии участвуют в гражданском обороте посредством устоявшейся модели правоотношений по их созданию на заказ, а равно правоотношений по приобретению неисключительных прав на фотографии достопримечательностей для их использования в рекламе недвижимости, продвижения городских и туристических достопримечательностей, для производства полиграфической и сувенирной продукции.

При этом совпадение ракурса на фотографиях различных авторов в любом виде съемки не влияет на охраноспособность, поскольку критерий новизны или оригинальности не может быть мериллом творческого труда автора, иное противоречило бы пункту 1 статьи 1259 ГК РФ;

ж) правоотношения по фотосъемке произведений изобразительного искусства урегулировано действующим законодательством (ст. 1270, 1276 ГК РФ).

Фотографии двумерных объектов изобразительного искусства (живопись, графика) являются охраноспособными, когда в результате фотосъемки возникает самостоятельное произведение, что возможно, если объект изобразительного искусства на фотографии не является основным объектом использования (экспонирования) п. 1 ст. 1276 ГК РФ. Такие фотоработы могут быть созданы, например, в ходе репортажной или интерьерной съемки.

В противном случае, когда фотография по существу представляет собой не новое произведение, а способ создания нового экземпляра (копии) существующего произведения изобразительно-

го искусства, такая фотография не может быть признана самостоятельным произведением (п. 5 ст. 1259 ГК РФ).

По действующему законодательству такая фотография является воспроизведением первоначального произведения, то есть изготовлением экземпляра произведения или его части в материальной форме (пп. 1 п. 2 ст. 1270 ГК РФ);

з) к фотографиям документов в полной мере применимы выводы, описанные в пп. ж. Кроме этого, при оценке охраноспособности фотографий документов необходимо учитывать цель создания и использованные технические средства фотосъемки, чтобы исключить описанные выше случаи отсутствия творческого характера.

Полагаю, что при обсуждении вопроса № 2 необходимо учитывать принцип широкой охраны результатов интеллектуальной деятельности без предварительных условий, проявляющийся также в том, что «Бернская Конвенция по охране литературных и художественных произведений» от 09.09.1886 наделяет охраноспособностью даже произведения прикладного искусства.

Вопрос № 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)?

Ответ: Все фотографии, полученные в ходе серийной съемки, являются охраноспособными, поскольку каждое фото имеет собственную ценность для осуществления имущественных прав. В частности это касается фотографий товаров, выполненных с множественных ракурсов, что кроме прочего направлено на демонстрацию потенциальному потребителю максимально полной информации о товаре и его преимуществах.

В силу объективных причин, фотографии, которые имеют наименьшую ценность для создателя или заказчика (при выполнении съемки на заказ) удаляются, не обнародуются или не используются иным образом, поэтому рассуждения о возникновении правоотношений, в том числе деликтных

в отношении идентичных фотографий из серии, лишены практического аспекта.

Кроме этого, каждая отдельная фотография из серии и несколько последовательно выполненных снимков могут быть использованы автором для создания единого составного, производного произведения путем художественной переработки (например, панорамное фото или «объемная» фотография предмета (товара) 360°). В отсутствие достаточного количества удачных кадров и ракурсов создание производного произведения будет затруднено.

Окончательные способы использования серийных фотографий определяются автором и зависят от творческого замысла и цели, которую преследовал автор при выполнении серийной съемки.

Следует отметить, что фотографические произведения из одной серии зачастую являются доказательством наличия у лица исключительных прав на ту или иную фотографию из данной серии, в случае если его право оспаривается с представлением оппонентом равнозначного экземпляра спорной фотографии.

Вопрос № 4. Какие обстоятельства следует учитывать при установлении авторства фотографического произведения? Какая деятельность при создании фотографий является творческой и дает основание для признания авторства? Например:

а) 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);

б) 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.

Ответ: Подход к установлению авторства выработан в презумпции, установленной в международных правовых актах, а также закрепленной в Гражданском Кодексе РФ.

В соответствии с пунктом 1 статьи 1228 ГК РФ автором результата интеллектуальной деятельности признается гражданин, творческим трудом которого создан такой результат.

Не признаются авторами результата интеллектуальной деятельности граждане, не внесшие личного творческого вклада в создание такого результата, в том числе оказавшие его автору только техническое, консультационное, организационное или материальное содействие или помощь либо только способствовавшие оформлению прав на такой результат или его использованию, а также граждане, осуществлявшие контроль за выполнением соответствующих работ.

В соответствии с пунктом 4 статьи 1228 ГК РФ Права на результат интеллектуальной деятельности, созданный совместным творческим трудом двух и более граждан (соавторство), принадлежат соавторам совместно.

В соответствии со статьей 1257 ГК РФ автором произведения науки, литературы или искусства признается гражданин, творческим трудом которого оно создано. Лицо, указанное в качестве автора на оригинале или экземпляре произведения либо иным образом в соответствии с пунктом 1 статьи 1300 настоящего Кодекса, считается его автором, если не доказано иное.

В соответствии со статьей 1258 ГК РФ граждане, создавшие произведение совместным творческим трудом, признаются соавторами независимо от того, образует ли такое произведение неразрывное целое или состоит из частей, каждая из которых имеет самостоятельное значение.

Произведение, созданное в соавторстве, используется соавторами совместно, если соглашением между ними не предусмотрено иное. В случае, когда такое произведение образует неразрывное целое, ни один из соавторов не вправе без достаточных оснований запретить использование такого произведения. Часть произведения, использование которой возможно независимо от других частей, то есть часть, имеющая самостоятельное значение, может быть использована ее автором по своему усмотрению, если соглашением между соавторами не предусмотрено иное. Каждый из соавторов вправе самостоятельно при-

нимать меры по защите своих прав, в том числе в случае, когда созданное соавторами произведение образует неразрывное целое.

Учитывая изложенное, при установлении авторства фотографического произведения необходимо учитывать следующие обстоятельства:

- чье имя (псевдоним) указано на экземпляре фотографии (вне зависимости от способа такого указания, например, водяные знаки или внесение сведений об авторе в метаданные электронного экземпляра фотографии);

- располагает ли лицо, называющее себя автором, иными доказательствами создания данной фотографии (перечень доказательств не является закрытым);

- выполняло ли лицо, называющее себя автором, фотосъемку единолично или с привлечением иных лиц;

- если фотосъемка выполнялась автором с привлечением иных лиц, необходимо выяснить, имеются ли основания считать привлеченных лиц соавторами или нет.

Как неоднократно отмечалось судами различных инстанций, при анализе вопроса о том, является ли конкретный результат объектом авторского права, следует учитывать, что по смыслу статей 1228, 1257 и 1259 ГК РФ в их взаимосвязи таковым является только тот результат, который создан творческим трудом. При этом надлежит иметь в виду, что пока не доказано иное, результаты интеллектуальной деятельности предполагаются созданными творческим трудом (п. 80 ПП ВС РФ № 10 от 23.04.2019).

Под творческой деятельностью фотографа следует понимать в том числе следующие его действия по созданию результата интеллектуальной деятельности:

- выбор экспозиции,
- размещение объекта фотоснимка в пространстве,
- выбор собственной позиции для совершения фотосъемки,
- установка света и/или адаптация своего местонахождения и места нахождения объекта фотосъемки под имеющееся освещение,
- подбор световых фильтров для объектива,

- установка выдержки затвора,
- настройка диафрагмы,
- настройка резкости кадра,
- проявление фотопленки (для пленочных фотоаппаратов),
- проявление фотографий (для пленочных фотоаппаратов),
- обработка полученного изображения при помощи специальных компьютерных программ (для цифровых фотоаппаратов).

Соответственно, процесс создания любой фотографии или видеозаписи обладает признаками творческой деятельности, представляющей собой фиксацию с помощью технических средств различных отражений постоянно изменяющейся действительности.

Уровень техники, используемый фотографом, сам по себе не влияет на наличие или отсутствие творческого характера созданной им фотографии.

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 (п. 80 ПП ВС РФ № 10 от 23.04.2019).

а) Для ответа на вопрос, 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); необходимо выяснение дополнительных обстоятельств съемки, поскольку с учетом описанного выше и действующих норм права в данном случае автором могут являться как лицо, которое производило съемку, так и оба лица, если участие первого в контексте ситуации носило творческий, а не чисто технический характер (абз. 2 п. 1 ст. 1228 ГК РФ). Само по себе выставление иным лицом настроек в фотоаппарате никак не влияет на авторство, поскольку выполнять фотосъемку возможно и в режиме автоматических настроек, что не исключает участие человека в процессе съемки.

б) Для ответа на вопрос, за кем следует признать авторские права, если 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; необходимо выяснение дополнительных обстоятельств съемки, поскольку с учетом описанного выше и действующих норм права в данном случае автором может являться как лицо, которое производило съемку, так и оба лица, если участие первого в контексте ситуации носило творческий, а не чисто технический характер (абз. 2 п. 1 ст. 1228 ГК РФ).

В целях иллюстрации ответа на данный вопрос ниже приведена выдержка из реального соглашения между соавторами (оба фотографы: один владеет и управляет квадрокоптером, другой владеет и управляет фотокамерой, закрепленной на квадрокоптере):

«п. 1. Стороны подтверждают, что творческий вклад Соавтора 1 в создание фотографий состоит в управлении настройками фотокамеры, установленной на квадрокоптер (экспонирование: диафрагма, выдержка, ISO; выбор фокусного расстояния и пр.) и художественной обработки фотографии; творческий вклад Соавтора 2 в создание фотографий состоит в управлении и позиционировании квадрокоптера, оборудованного фотокамерой, с целью получения задуманного авторами снимка с наиболее удачного ракурса; п. 2. Применительно к отдельной фотографии соавторство является неделимым».

Вопрос № 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?

Ответ: да, возникает, равно как оно возникает у художника на «список» с картины другого автора.

Схожесть или тождественность настроек фототехники, стиля, ракурса, или объектов, запечатленных на фотографии, не исключает возникновения у создателя снимка авторских прав на него. Очевидно и то, что в похожих условиях при съемке одно и того же объекта у двух фотографов, обладающих достаточным опытом, настройки фотокамеры для получения наилучшего результата, будут схожими.

При этом необходимо отметить, что обозревание фотографии, выполненной другим лицом в другое время, в других неповторяющихся условиях объективной действительности, не позволяет в точности повторить параметры и настройки камеры, либо при повторе настроек получить тождественный результат, поэтому вопрос изначально не является корректным и лишен практического аспекта.

Подобная ситуация была предметом исследования в одном из судебных дел, рассмотренных Арбитражном судом города Воронежа и вышестоящих инстанциях.

Так в деле № А14-10041/2020 двое фотографов в один и тот же вечер с одного и того же ракурса создали каждый очень похожие фотографические произведения. Впоследствии оба обнародовали свои произведения на своих сайтах.

В дальнейшем один из фотографов передал свое фотоизображение в доверительное управление. Управляющая организация обнаружила использование указанной фотографии на сайте без разрешения автора, направила владельцу сайта претензию.

Однако вместо переговоров с автором или управляющей организацией нарушитель нашел в интернете сайт второго фотографа с похожим изображением и заключил с ним лицензионный договор задним числом, который предъявил в дело, чтобы избежать гражданско-правовой ответственности.

Участники дела не оспаривали возникновение у нарушителя неисключительных прав на фотографию второго фотографа, однако нарушитель был привлечен к ответственности, поскольку в ходе судебного разбирательства при исследовании всех обстоятельств и сравнительного анализа двух фотографий было установлено, что на сайте нарушителя использовалась фотография первого фотографа.

То есть, обе фотографии были признаны участниками дела и судом самостоятельными произведениями. Оба автора реализовали свои права: один – путем предоставления неисключительного права посредством заключения лицензионного договора с владельцем сайта, а другой – путем защиты своего права в связи с внедоговорным использованием его произведения.

Схожесть или уровень художественной ценности фоторабот одного или нескольких разных авторов, выполненных в той же локации (одного и того же объекта) никак не влияет на возникновение у каждого из них авторских прав, но в совокупности с иными обстоятельствами может влиять на возможность и экономическую эффективность использования исключительных прав на такие работы: стоимость исключительного права, стоимость неисключительной лицензии, размер компенсации в случае нарушения исключительного права.

В качестве эпилога

Автор данного исследования, при ответе на вопросы, вынесенные на обсуждение, исходил из существующего нормативного регулирования и приведенных выше разъяснений и презумпций.

К объекту, не признаваемому результатом интеллектуальной деятельности (РИД), не применяются положения статьей 1228, 1229, 1233–1235, 1255, 1270 ГК РФ.

То есть у создателя не охраняемого объекта не возникают авторские, исключительные права на такой объект. Как следствие у создателя отсутствует возможность распоряжения правами на такой объект или предоставления другому лицу неисключительного права использования такого объекта путем заключения гражданско-правового договора.

Ограничительный (узкий) подход в определении охраноспособности фотографических произведений, с учетом приведенных в вопросах вынесенных на обсуждение примеров, несет риск существенного ограничения или даже изъятия из гражданского оборота фотографических произведений (в том числе фотографий с выраженными признаками прикладного характера: предметная, постановочная съемка, съемка товаров для интернет-торговли).

Между тем права на подобные фотографии являются существенной частью гражданских правоотношений как на рынке фотоуслуг, оказываемых самими авторами, так и на рынке лицензирования, осуществляемого фотобанками (фотостоками).

При этом стоит отметить, что в силу известных событий иностранные фотобанки «ушли из России», а российские интернет-ресурсы наконец обрели возможность развивать эту нишу (так как до этого конкурировать с крупными иностранными сервисами было нереально), что вносит существенный вклад в легализацию использования фотоконтента и генерирует новые денежные потоки внутри страны и поступление налогов в бюджет.

Нельзя не обратить внимание на то, что деятельность так называемых «серийных защитников», несмотря на многочисленную критику, способствует позитивным правовым и экономическим процессам: бывшие нарушители принимают новую для них парадигму легального использования фотоконтента и становятся клиентами фотостоков или приобретают фотографии напрямую у фотографов, которые в свою очередь выходят из тени и активно регистрируются в статусе самозанятых и ИП и, получая авторское вознаграждение «в белую», платят налоги!

Как уже было отмечено выше, в законодательстве и разъяснениях высших судебных инстанций уже давно выработан универсальный и в меру широкий подход к определению охраноспособности произведений.

Сужение такого подхода на уровне судебной практики не уменьшит количества споров, а усложнит их, подняв стандарты доказывания до избыточного уровня, необходимость выяснения и оценки (в том числе с участием экспертов) массы вторичных и подчас спорных обстоятельств, повлекут рассмотрение множества дела по общим правилам искового производства. Едва ли это облегчит работу судебной системы.

Такой «узкий подход», к счастью потенциальных нарушителей исключительных прав, но к великой печали правообладателей, просто «выкосит» зарождающийся рынок фотоконтента, создаст массу сложностей для добросовестных предпринимателей, использующих фотографии для оформления витрин своих интернет-магазинов, в том числе на маркетплейсах.

На наш взгляд, нужно прикладывать усилия не в направлении выведения фотографий из-под защиты, а напротив, в создании условий для упрощения легального приобретения фотоконтента по доступной стоимости или по открытым лицензиям при сохранении защиты и разумной меры ответственности.

Отмена защиты, напротив, исключает развития отрасли, лишая и авторов, и потенциальных пользователей фотоконтента мотивации вступить в правоотношения.

Рассуждая о том, от чего зависит наличие у фотографического произведения творческого характера, можно привести множество субъективных критериев:

- от опыта или специальных познаний у автора фотографии;
- от общественного признания или количества подписчиков в фотоблоге;
- от красоты или возраста модели на фото;
- от популярности локации или узнаваемости здания, снятого фотографом;
- от необычного ракурса и непривычной формы перспективы или наоборот ровного и «незаваленного» горизонта;
- от качества последующей обработки фотографии или ее наличие как таковой;
- от уникальности момента запечатленного на фотографии.

Подобные оценочные критерии можно перечислять бесконечно, но применительно к авторскому праву на фотографические произведения в законодательстве Российской Федерации, равно как и во всем остальном мире, вопрос давно решен в пользу единственно возможного и универсального критерия – фотография выполнена человеком!

Ведь снимок молнии, попавший на уличную камеру, снимок редкого зверя в лесу, выполненный «фотоловушкой», или фото необычного зверя, сгенерированное нейросетью, несмотря на уникальность контента, заведомо лишены творческого характера и не обладают охраноспособностью.

А расфокусированный репортажный снимок толпы людей, сделанный фотокорреспондентом,

бегущим в этой толпе, не хуже защищен законом, чем выверенное и отретушированное портретное фото, поскольку оба произведения по своей сути и природе являются объектами авторского права.

Иначе говоря, обобщение или постановка в один ряд результатов МРТ и фотографии объектов архитектуры едва ли соответствуют духу закона и целям правового регулирования творческой деятельности.

ИП Сейитмедов А.Р.

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

«Пока не доказано иное, результаты предполагаются созданными творческим трудом».

В 2023 году команда ИП Сейитмедова А.Р. участвовала в качестве представителей правообладателей в большом количестве судебных споров (более 1800 дел) о защите нарушенных авторских прав на произведения, в том числе фотографические произведения.

Увеличение количества дел данной категории в первую очередь связано с тем, что в современной коммерческой деятельности организаций и индивидуальных предпринимателей нередко возникает потребность в использовании фотографических произведений, права на которые принадлежат иным субъектам гражданских правоотношений.

При разрешении данной категории дел судам нередко приходится сталкиваться с необходимостью самостоятельного определения критериев творческой деятельности для установления свойства охраноспособности того или иного фотографического произведения.

Не секрет, что Постановление № 10²¹ является краеугольным камнем, вокруг которого в настоящее время строится судебная практика, в том числе в вопросе определения критериев творческой деятельности.

²¹ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23.04.2019 № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации».

Примечательно, что прямым результатом долгой и кропотливой работы Пленума Верховного суда Российской Федерации по обобщению и изучению судебной практики судов различных инстанций является установление презумпции наличия творческого начала при создании объекта авторского права (фотографического произведения).

Кроме того, как разъяснено в Постановлении № 10, презумпция наличия творческого начала при создании фотографического произведения может быть опровергнута при рассмотрении конкретного дела применительно к соответствующему произведению.

Именно таким образом на настоящий момент реализуется принцип состязательности и обеспечения баланса интересов спорящих сторон по данной категории дел.

Несмотря на это, участники процесса все чаще не реализуют данное право и пренебрегают возможностью опровержения наличия творческого начала при рассмотрении конкретного дела применительно к соответствующему произведению.

Причиной такого пренебрежения может быть неразвитость правоприменительной практики в данном вопросе, а также отсутствие объективных критериев, которые могут быть применены к конкретному фотографическому произведению в рамках конкретного дела.

Данное обстоятельство подтверждается судебной практикой, исходя из которой вывод о наличии творческого характера фотографий делается судами исходя из того, что ответчиком не опровергается презумпция творческого характера фотографических произведений, созданных истцом.

Таким образом, основной проблемой, по мнению команды ИП Сейитмедова А.Р., является не сам факт существования презумпции наличия творческого начала при создании объекта авторского права, а неразвитость правоприменительной практики и отсутствие объективных критериев творческой деятельности в вопросе реализации спорящей стороной возможности опровержения наличия творческого начала при рассмотрении конкретного дела применительно к соответствующему произведению.

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?

При анализе действующего законодательства Российской Федерации можно сделать вывод, что таких обстоятельства два:

- творческий характер создания;
- объективная форма выражения.

Процесс создания фотографии является творческой деятельностью, в случае если:

- 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);
- демонстрирует личное отношение и/или восприятие чувств автора в визуальном образе.

В настоящее время нормами действующего законодательства Российской Федерации предъявляются требования к труду автора, а не к объекту авторского права (фотографическое произведение).

Вместе с тем следует отметить, что вопрос художественной значимости самого фотографического произведения как объекта авторского права является не менее существенным обстоятельством в спорах о защите нарушенных авторских прав на произведение.

Так, исходя из положений Бернской конвенции²² даже сообщения, имеющие информационный характер, могут относиться к объектам авторского права, если будет доказано, что в них присутствуют признаки творчества.

Кроме того, важность критерия художественной значимости самого фотографического произведения прослеживается из текста судебных актов

²² Бернская конвенция по охране литературных и художественных произведений от 09.09.1886.

различных инстанции (в том числе постановления Суда по интеллектуальным правам²³) по делам о взыскании компенсации за нарушение исключительных права на произведение.

Суды отмечают, что «право использования различных объектов авторского права, в том числе и различных результатов интеллектуальной деятельности различных авторов, может иметь значительно отличающуюся стоимостную оценку, которая зависит как от качества произведений, их художественной ценности, популярности изображенных на них объектов, так и от известности автора, его профессионального рейтинга».

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:

2.1. событий, образующих информационный повод (например: авария, стихийные бедствия и т.п.), спортивных или культурных мероприятий (футбольный матч, празднование Дня города и т.п.).

Как отмечалось в ответе на вопрос № 1, сообщения, имеющие информационный характер, могут относиться к объектам авторского права, если будет доказано, что в них присутствуют признаки творчества.

Фотографические произведения могут быть признаны объектами авторского права, если они являются результатами творческого труда, а не исключительно сообщением о фактах.

2.2 товаров для продажи онлайн, рекламы и т.п.

Такие действия как (но не ограничиваясь): выбор места и времени ведения съемки, угла съемки, освещения, – характеризуют деятельность как

творческую, а лицо, осуществляющее данные действия, является автором результата данной творческой интеллектуальной деятельности.

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

Как отмечалось ранее, процесс фотографии представляет собой фиксацию с помощью технических средств различных отражений постоянно изменяющейся действительности, т.е. творчество усматривается в том числе в выборе локации, времени и месте съемки, применении верных настроек, исходя из профессионализма и личного опыта самого автора будущего произведения.

Результат данной деятельности, в данном случае в форме фотографического произведения, созданного с помощью аппарата, настроенного на автоматическую съемку, должен демонстрировать личное отношения и/или восприятие чувств автора в визуальном образе.

Именно данное обстоятельство отличает творческую деятельность автора от работы видеорегистратора, осуществляющего съемку исключительно информационного и констатационного характера.

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

Сам по себе рентген или компьютерная томография, по аналогии со съемочным аппаратом, могут являться средством достижения результата творческой деятельности автора.

Так, факт наличия съемочного аппарата не характеризует любую деятельность с его применением как творческую.

²³ Постановление Суда по интеллектуальным правам от 11.08.2022 по делу №А68-3195/2021.

В свою очередь, миру известны случаи применения рентгеновских технологий в творческой деятельности, так в Статье²⁴ указывается следующее:

«Творчество Ника Визи часто характеризуют как «искусство с элементами судебно-медицинской экспертизы», и это неудивительно, ведь основным источником вдохновения для него служат рентгеновские снимки».

Таким образом, в данном случае также демонстрируется личное отношение и/или восприятие чувств автора в визуальном образе. Следовательно, указанная деятельность является творческой.

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

Как отмечалось ранее, фотографии, в которых отражена индивидуальность авторского восприятия, будут признаваться объектами авторского права.

2.6. достопримечательностей, запечатленных с часто используемых ракурсов

Как отмечалось ранее, фотографии, в которых отражена индивидуальность авторского восприятия, будут признаваться объектами авторского права.

2.7. двухмерных объектов изобразительно-го искусства (живопись, графика)

Как отмечалось ранее, фотографии, в которых отражена индивидуальность авторского восприятия, будут признаваться объектами авторского права.

2.8. документов

Охраноспособность данных фотографий зависит от того, выполнялись ли они в связи со служеб-

ной или личной деятельностью, не связанной с наличием творческой идеи или являются отражением индивидуальности авторского восприятия.

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)?

Количество объектов авторского права равно каждому кадру, за исключением случаев опровержения факта наличия творческой идеи в определенных кадрах серийной съемки.

4. Какие обстоятельства следует учитывать при установлении авторства фотографического произведения? Какая деятельность при создании фотографий является творческой и дает основание для признания авторства?

Обстоятельства, как и доказательства, могут быть разными, их перечень не ограничен законом, и не существует каких-либо более важных или значимых, имеющих однозначный приоритет над остальными.

Так, самыми распространенными и прямыми являются:

- наличие публикации данной фотографии с указанием имени или псевдонима автора, в том числе в сети Интернет;
- наличие исходных снимков в форматах RAW и JPEG;
- наличие полноразмерных экземпляров фотографического произведения в высоком разрешении, в том числе необработанных экземпляров;
- наличие сделки, по результатам которой приобретено право;
- наличие знаков, позволяющих идентифицировать автора (например, «водяные знаки», дефекты как самого объекта, так и самой фотографии),

²⁴ Статья «Ник Визи. X-Ray Men», по адресу: <https://www.erarta.com/ru/calendar/exhibitions/detail/181019/>

К косвенным обстоятельствам можно отнести наличие депонирования.

4.1. 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 съёмочным процессом, но фиксацию осуществляет другое лицо.

При создании результата интеллектуальной деятельности могут быть задействованы различные лица.

По аналогии со статьей 1263 Гражданского кодекса Российской Федерации лица, принимавшие участие в создании произведения (настройщики, помощники, курьеры, арендодатели как техники, так и атрибутов), не могут быть его авторами, но могут быть авторами элементов или владельцами объектов (костюмов, гримов, беспилотных летательных аппаратов, животных).

При этом, если лицо действует в соответствии с поставленной ему задачей, по строгому регламенту и не вносит творческого вклада, то право автора на этот объект не возникнет.

Кроме того, лицо, организовавшее создание сложного объекта, включающего в том числе несколько охраняемых результатов интеллектуальной деятельности, приобретает право использования указанных результатов на основании договоров об отчуждении исключительного права или лицензионных договоров, заключаемых таким лицом с обладателями исключительных прав на соответствующие результаты интеллектуальной деятельности.

Данное лицо не является автором, ему не принадлежат неимущественные права автора, у него возникает только исключительное (имущественное) право.

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?

Да, возникает, если был использован прием реминисценции.

Реминисценция (лат. *reminiscentia* «воспоминание») – элемент художественной системы, заключающийся в использовании общей структуры, отдельных элементов или мотивов ранее известных произведений искусства на ту же (или близкую) тему.

Более простыми словами реминисценция – неявная отсылка к другому объекту, наводящая на воспоминания о нем и рассчитанная на ассоциацию зрителя.

Способ реминисценции носит творческий и интеллектуальный характер, этим он отличается от простого копирования, компиляции или плагиата, близок по смыслу стилизации, вариации и репликации.

Правовое бюро «Омега»

Уваркин Г.И.,

кандидат юридических наук,
генеральный директор

Нагородская В.Б.,

кандидат юридических наук,
старший юрист-консультант

Коллектив Правового бюро «Омега» – юридической компании, специализирующейся в области интеллектуальной собственности, медиа и информационных технологий, – подготовил ответы на предложение Журнала Суда по интеллектуальным

правам принять участие к обсуждению справки об оценке охраноспособности фотографических произведений как объектов авторских прав.

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?

Для анализа охраноспособности фотографических произведений, невзирая на презумпцию творческого характера произведения, отраженную в ранее действовавшем постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации № 5, Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации № 29, а также актуальном постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 23.04.2019 № 10, в первую очередь необходимо оценивать творческий вклад фотографа. Такой творческий вклад может быть связан как с техническими действиями фотографа (например: настройка резкости кадра, подбор световых фильтров, выбор антуража, локаций, угла съемки и др.), так и с его собственными действиями по обработке зафиксированной на материальном носителе фотографии для целей ее последующего использования. Примечательно, что в последнем случае будут созданы два объекта правовой охраны: первый – непосредственно зафиксированный на фотоаппарате, а второй – далее запечатленный и обработанный на соответствующих фоторедакторах. При этом каждая из этих фотографий может рассматриваться как объект авторских прав, пока не доказано иное, что подчеркивает принцип *de minimis* в части творческой самостоятельности такого объекта. В качестве примера творческого вклада может быть приведена обширная работа фотографов для модных фотосъемок, на которых полученная в процессе создания и обработки фотография станет настоящим произведением искусства.

Судебная практика прошлых лет была достаточно односторонней, поскольку говорилось о том, что автор (фотограф) уже в силу создания произведения (любой фотографии) обладает авторскими правами на него вне зависимости от его художественного значения, пока не доказано иное (см., например, постановление Суда по интеллекту-

альным правам от 09.04.2014 № А40-15537/2012). Представляется, что данный вопрос не может рассматриваться однозначно, если, например, речь идет о фотографии, которая представляет собой обычный результат съемки какого-либо объекта, в которой не отражена художественная ценность фотографии, а лишь воспроизведено изображение на открытой для публичной съемки местности. Аналогично, в данном случае может встать вопрос о том, возможно ли было со стороны фотографа управлять ходом съемки, производить свои улучшения по ракурсу, общей композиции фотографии или же фиксация фотографии была осуществлена исключительно технически, без творческого замысла автора, что свидетельствует о том, что фактически данная фотография носила информационный характер.

По спорам такого рода судам важно устанавливать действительную волю лица и фактические обстоятельства, сопряженные с процессом фотосъемки. Важно также учитывать профессиональный уровень фотографа (хотя данный фактор и не определяет авторство лица, а лишь подтверждает его навыки и умения, а также возможные притязания к творческой составляющей подготовки фотографии). Представляется возможным также оценивать композицию в совокупности. Так, например, созданная фотография будет обладать творческим характером, если общая атмосфера, отраженная на ней, является эстетически привлекательной (например, фотография подчеркивает красивый макияж модели, делает эффектным общий образ).

Таким образом, важно говорить о наличии у фотографа цели по созданию фотографического произведения, обладающего творческим характером, и наличием собственных действий фотографа по достижению этой цели.

В случае с модной фотосъемкой можно сказать о том, что фотограф делает базовые и случайные кадры. Практически всегда случайные кадры (как результат неудачного нажатия на кнопку) или просто резервные фотографии, которые сделаны «на всякий случай», не являются объектом авторских прав, поскольку фотограф не проявил достаточных действий по достижению вышеуказанной цели.

Немаловажным будет вспомнить также историю с селфи обезьяны-макаки, которое стало пред-

метом широкого резонанса в Соединенных Штатах Америки. Автором фотографии может быть только физическое лицо, а не животное. Цель по созданию фотографии, обладающей творческим характером, была все же у фотографа-человека.

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.

Полагаем, что охраноспособность может быть зависима от цели, объекта съемки и момента создания фотографии. В то же время нельзя однозначно утверждать, что выбор средств съемки будет определять охраноспособность фотографии.

В качестве примера наличия уникальной творческой составляющей применительно к моменту создания и объекту съемки можно привести фотографии с выставки «Первозданная Россия» или не менее уникальные фотографии, отобранные National Geographic, чьи авторы ежегодно номинируются как лучшие фотографы мира. Совершенно нестандартно смотрятся фотографии, запечатлевающие необычный момент фотосъемки

или же смешно пародирующие какие-либо известные вещи. Так, забавные фотографии животных, которые запечатлены фотографом в особом жанре или позиционировании, являются наглядным тому примером. В этой связи представляется, что выбор момента съемки и объекта съемки являются чрезвычайно важными составляющими для оценки охраноспособности фотографии. С помощью таких фотографий особенно чувствуется индивидуальный стиль фотографа, который может создать серию фотографий или специализироваться на проведении каких-либо отдельных видов съемок (например, репортажная, природная, художественная, ню и др.).

Относительно средств съемки можно отметить, что если посредством данных средств создается фотография, которая не обладает творческим характером, а лишь просто подтверждает обыденный порядок вещей, фиксацию естественного хода событий, то вряд ли такая фотография будет являться объектом авторских прав. Именно поэтому многочисленные селфи, которые сделаны в невпечатляющей общей композиции с помощью обычных подручных средств, вряд ли будут обладать признаками объекта авторских прав.

По вопросу относительно особенностей применительно к конкретным объектам представляется возможным оценивать те же вышеописанные аспекты. Так, например, при фиксации спортивных мероприятий важно уделить внимание точным событиям, фактам, действиям или конкретным объектам, с помощью которых публичный интерес к такому спортивному мероприятию выходит за рамки простого события и останавливается на эстетической составляющей кадра. В случае продажи товаров или рекламы – фокусировка на оригинальности и самобытности такого предмета, его возможной ассоциированности с другими объектами или явлениями; при фотографиях, созданных с помощью аппарата, настроенного на автоматическую съемку – непосредственные усилия фотографа «обойти» техническую составляющую. При этом, думается, наименьшим уровнем творчества обладают, пока не доказано иное, фотографии, полученные в рамках медицинских обследований или созданные органами публичной власти, поскольку при создании таких кадров фактически отсутствует

самое главное – цель фотографа, выражающаяся в создании объекта авторских прав.

Сам по себе предмет работы фотографов, образующий информационный повод, не может исключать охрану таких объектов. Напротив, можно привести примеры множества шедевров фотоискусства, созданных в жанре репортажной съемки, в том числе при освещении спортивных и других мероприятий, репортажах с места событий и т.п.

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)?

Представляется, что определение количества объектов авторских прав при создании фотографий в режиме серийной съемки не является главенствующим для разрешения вопросом, поскольку каждая созданная фотография, обладающая творческим характером, даже в серийной съемке, будет обладать охраноспособностью, вне зависимости от того, была ли эта серия большой или малой, пока не доказано иное. Однако очевидно, что если фотографии не имеют видимых отличий или они практически идентичны, могут учитываться обстоятельства фиксации самих кадров и подготовки к съемке (например, подготовка резкости кадра, настройка вспышки, осветительных приборов, подбор местоположения и др.). В случае если имелся конкретный объект съемки, то важно и поведение самой модели в процессе фиксации таких кадров, и ее особый подбор позы, настроения, харизмы и др.

Следует отметить, что в ряде случаев серийная съемка является неотъемлемой частью творческого процесса. Например, в спортивной фотографии (при съемке объекта, находящегося в последовательном движении). Техника бреккетинга экспозиции представляет собой создание трех или более кадров одного сюжета с разными значениями экспозиции в каждом из них. Эта техника может быть использована как для повышения качества фотографий, так и для реализации творческих задач.

Применительно к созданию фотографии в рамках одного творческого процесса в одно время, в отношении одного объекта съемки (напри-

мер, товара) можно говорить о нацеленности фотографа на результат съемки или т.н. «исходные данные», указываемые заказчиком, которые он требует применительно к фотографии для реализации своей рекламной кампании товара. В этой связи суд может также учитывать требования технических заданий по поводу того, каким именно должен быть сделан кадр с учетом фокусировки, обработки, параметров и других характеристик. Наиболее приближенный к требованиям заказчика результат может стать наиболее выделяющимся среди остальных. Здесь необходимо учитывать и отношение самого фотографа к той или иной фотографии, которую он позиционирует как «главную» среди других.

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.

Необходимо определиться опять-таки с тем, кто конкретно внес творческий вклад. Простое техническое нажатие на затвор камеры не является творческой деятельностью; если лицо управляло беспилотным летательным аппаратом, выполняющим стандартную техническую функцию по подъему камеры, это так же не является творческой деятельностью, поскольку все данные примеры не связаны с целью создания субъектом охраноспособного объекта авторских прав и не были выражены в том, чтобы конечный результат – фотография – были созданы именно данным лицом.

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?

Маловероятно. В данном случае может иметь место обычное заимствование. Здесь можно говорить в пользу того, что идея авторским правом не охраняется, но, по сути, и самого нового творческого результата, выраженного в объективной форме, создано не было.

Для цитирования:

Опрос мнения читателей Журнала Суда по интеллектуальным правам по вопросу охраноспособности фотографий // Журнал Суда по интеллектуальным правам. Июнь 2024. № 2 (44). С. 107–113.

DOI: 10.58741/23134852_2024_2_5

Opinion poll of readers of the Journal of the Intellectual Property Rights Court on the issue of photo protection // Zhurnal Suda po intellektual'nym pravam. June 2024. N 2 (44). Pp. 107–113. (In Russ.).

DOI: 10.58741/23134852_2024_2_5

DOI: 10.58741/23134852_2024_2_5

Опрос мнения читателей Журнала Суда по интеллектуальным правам по вопросу охраноспособности фотографий

В марте 2024 г. редакция Журнала провела среди читателей дополнительный опрос по одному из вопросов, предложенных к обсуждению на заседании Научно-консультативного совета при Суде по интеллектуальным правам (НКС): **как Вы считаете, охраняются ли авторским правом приведенные в опросе категории фотографий, какие особенности следует учитывать при оценке их охраноспособности?**

Анализ результатов опроса позволяет выявить широкий диапазон мнений читателей Журнала, подтверждая тезис о том, что охраноспособность фотографий требует отдельного рассмотрения в каждой конкретной ситуации. Обобщенные результаты опроса по разным категориям фотографий показывают, что охране, скорее, не подлежат медицинские снимки, фотографии документов, фотографии, созданные органами государственной власти в ходе выполнения публичных функций. Сомнения также были высказаны в отношении фотографий произведений искусства как таковых, а также некоторых результатов автоматической съемки. В целом для респондентов важно наличие творческого вклада автора, которое проявляется через разные параметры – ракурс, композиция, освещение, место и момент съемки, в том числе случайный. Для отдельных

категорий фотографий были предложены дополнительные характерные элементы. Как показали некоторые ответы респондентов, вопросы предоставления охраны также зачастую завязаны с вопросами ее объема. Даже если результаты опроса не будут иметь непосредственного значения для дальнейшего развития судебной практики, они не лишены научного интереса, поскольку задают некоторое направление, в котором развивается мнение лиц, читающих наш Журнал, а значит, интересующихся вопросами защиты интеллектуальных прав.

Методология опроса

Приглашение к участию в опросе было размещено в телеграмм-канале Журнала Суда по интеллектуальным правам 01.03.2024, ответы принимались до 22.03.2024 включительно. В опросе приняли участие 98 респондентов, что составляет меньше 4% от общего числа подписчиков канала (примерно 2502 подписчика на 22.03.2024, при этом статистика канала показывает, что сообщение об опросе было просмотрено более 3000 раз). На закрытые вопросы, предполагающие положительный или отрицательный ответ, ответили 97–98 респондентов; на открытые вопросы, предполагающие краткий ответ о том, какие обстоя-

тельства следует учитывать, были даны от 37 до 68 ответов.

Параллельно с этим опросом, с 26.02.2024 по 10.03.2024, был проведен такой же опрос среди членов НКС и участников заседания Совета, которое состоялось 16.02.2024. В данном опросе приняли участие 19 респондентов. В анализе приводятся только результаты опроса по первому вопросу, различные мнения отражены в Протоколе № 31 заседания НКС, также опубликованном в этом номере Журнала.

Участникам опросов было обозначено правило – отвечать только один раз, но у редакции отсутствует техническая возможность проверить, не отвечали ли респонденты дважды. По результатам анализа ответов вероятность такого поведения – 5%, что входит в пределы допустимой погрешности.

Оба опроса были анонимными, без сбора персональных данных о респондентах. У редакции нет информации о том, являлись ли респонденты практикующими юристами, исследователями, фотографами и т.д. Поскольку некоторые респонденты самостоятельно довели информацию о себе до сведения редакции, среди участников опроса есть и юристы, и профессиональные фотографы.

Вопрос № 1

Как Вы считаете, охраняются ли авторским правом фотографии **событий, образующих информационный повод** (например, авария, стихийные бедствия и т.п.), **спортивных или культурных мероприятий** (футбольный матч, празднование дня города и т.п.)?

В большинстве положительных ответов респонденты ссылались на то, что в фотографии должны быть творческая составляющая, вклад, замысел автора. В тех ответах, в которых респонденты указали на неприемлемость применения особых критериев охраноспособности для таких фотографий, местами было выражено мнение, что фотография должна охраняться, если ее создал человек, а не, к примеру, механизм автофиксации.

Как считают респонденты, при оценке фотографий необходимо учитывать параметры съемки (композиция, ракурс, освещение, момент, спе-

циальные художественные приемы по «завалу» горизонта и т.д.). Респонденты отметили, что композиция может быть схваченной на лету и постановочной, но она должна носить художественный характер, например, будет иметь значение фиксация определенного жеста, эмоции. Респонденты часто ссылаются на то, что должен быть запечатлен удачный момент. Так, из многих ответов следует, что фото не только должно запечатлеть событие, «инфоповод», носить информационный характер, но должно передавать некие содержание, идею, взгляд фотографа, отобранный им момент, например момент ликования после гола или портрет игрока на фоне трибун.

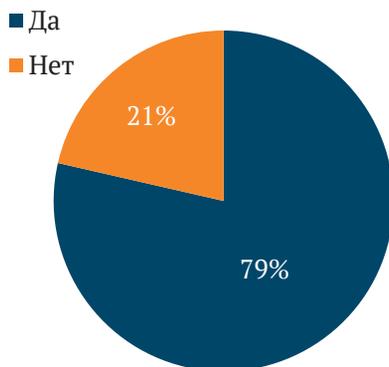
Среди отрицательных ответов содержится мнение, что в отношении подобных фотографий очень высока вероятность параллельного творчества, поэтому такие фотографии будут обладать очень низкой или ограниченной охраной.

Вопрос № 2

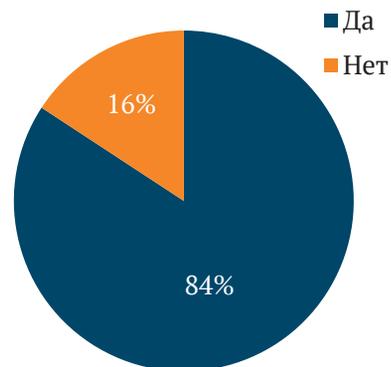
Как Вы считаете, охраняются ли авторским правом фотографии **товаров для продажи онлайн, рекламы** и т.п.?

По этому вопросу большинство респондентов ответили, что необходимо оценивать творческий вклад фотографа; несколько респондентов указали на полное отсутствие особых критериев для оценки таких фотографий. В целом творческий вклад для респондентов соответствует творческому характеру труда автора, основанному на выборе ракурса и иных условий съемки. Так, фото с обычным белым фоном (например, «на простыне»), с бестеневым освещением и с общепринятыми ракурсами не будет охраняться. При этом дан совет обращать внимание на использованные схемы света: «если бутылка или стеклянный сосуд сняты на белом фоне, но имеют оригинальные блики, которые нельзя получить при классической схеме света, то фото имеет творческий характер». В ряде ответов указано на необходимость создания особого образа для рекламы товара – товар должен быть встроен в некую композицию. Некоторые респонденты пояснили, в фотографии должен быть заметен профессионализм автора, также указано, что можно учитывать стоимость работы фотографа, оборудование и техническую сложность

Ответы читателей

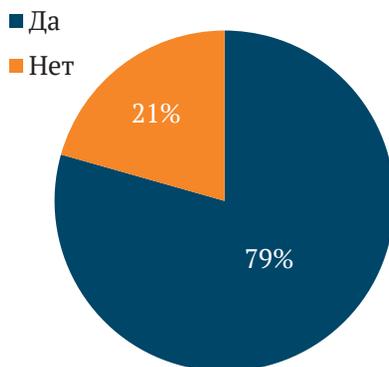


Ответы НКС

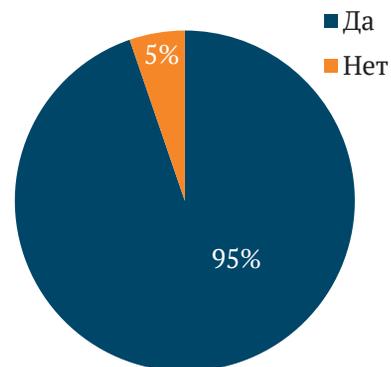


Вопрос № 1

Ответы читателей



Ответы НКС



Вопрос № 2

съемки, а также то, что фотография создана в ходе фотосессии. Один респондент пояснил сложность фотографирования отдельных предметов – еды, одежды, аксессуаров – для рекламы, что не равнозначно простому отражению «объективных характеристик товара». В ряде ответов высказана также идея о том, что творческий вклад может присутствовать не только при съемке, но и при обработке фотографии.

Вопрос № 3

Как Вы считаете, охраняются ли авторским правом фотографии, **созданные с помощью ап-**

парата, настроенного на автоматическую съемку, например фотографии природы?

Среди ответов, указывающих на охраноспособность таких фотографий, большинство касались параметров съемки (композиция, ракурс, место и время съемки, подготовка или настройка техники), которые обуславливают творческий подход фотографа. Для некоторых респондентов важна цель съемки, например съемка природы или съемка видеорегистратором на дороге (для отчета ГИБДД) – последний не будет давать охраноспособные результаты.

Несколько респондентов отмечают, что не следует делать различие между видами автоматизации процессов фотосъемки: «Нет никакой разницы в технике съемки и степени ее автоматизации. Фотографии, полученные через отверстие в консервной банке на самодельную фотоэмульсию, видеорегистратор или камеру за миллион рублей (в которой тоже много «автоматов») могут иметь количественные отличия, но качественно всегда подобны». Для нескольких респондентов охраноспособность фотографий, полученных фотоловушками, кажется спорной, но многие сходятся во мнении, что съемка дикой природы при помощи такого устройства, с учетом необходимости нахождения места, времени, ракурса, выстраивания настроек – трудоемкий и творческий процесс. Один из респондентов привел пример «размещения камеры на воде у гнезда пеликана», другой указал, что «важно не сосредотачиваться на проходных примерах, а ориентироваться на более вдумчивые и серьезные проекты, где авторы не просто раскидывают фотоловушки по лесу, а изучают места обитания диких животных, продумывают наиболее удачные ракурсы, просчитывают нюансы автономности камеры – к примеру, зверь может сорвать фотоловушку, повернуть ее в сторону, надышать на линзу или испачкать ее. Съемка без прямого присутствия человека – это потрясающая возможность взглянуть на дикую природу в ее максимально естественном виде».

Другой респондент, сомневающийся в охраноспособности фотографий из фотоловушек, уточнил при этом, что «нельзя отождествлять сплошную запись и созданный на основе этой записи видео ролик, в результате творческого монтажа, возможно даже с добавлением различных коррекций в области цвета, света, звука, скорости воспроизведения».

Вопрос № 4

Как Вы считаете, охраняются ли авторским правом фотографии, полученные в рамках **медицинских исследований, в том числе с помощью диагностического оборудования** (рентген, компьютерная томография и т.п.)?

Среди отрицательных ответов можно отметить следующую аргументацию: 1) фотография

сделана на ином оборудовании (диагностическое оборудование); 2) отсутствует творчество; 3) научная, прикладная цель создания таких изображений.

Давшие положительные ответы респонденты ссылаются на возможность использования рентгена или аппарата компьютерной томографии в творческой деятельности – это может быть нестандартная съемка, в которой проявляется творческая задумка художника.

Вопрос № 5

Как Вы считаете, охраняются ли авторским правом фотографии, **созданные органами государственной власти в ходе выполнения публичных функций** (например, правоохранительными органами) или подведомственными им учреждениями (например, судебными экспертами)?

В большинстве случаев респонденты отнеслись отрицательно к вопросу охраны подобных фотографий из-за отсутствия творческого характера в связи с обеспечением правопорядка, выполнением должностных обязанностей при несении службы.

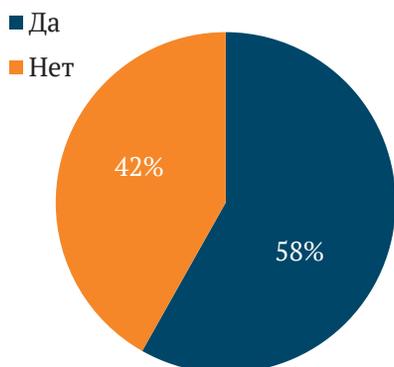
При этом респонденты отмечают, что, если можно найти творческий вклад автора, фото будет охраняться. Авторская задумка, цель фотографии будет обусловлена выбором момента, ракурса, освещения и иных условий съемки. Респонденты отмечают, что существует много удачных фотографий, которые передают эмоции – «много красивых фото митингов, протестов, выступления первых лиц государства». Один респондент отмечает, что «нельзя исключать, что и в правоохранительных органах есть сотрудники, творчески подходящие к этому аспекту своей работы».

Вопрос № 6

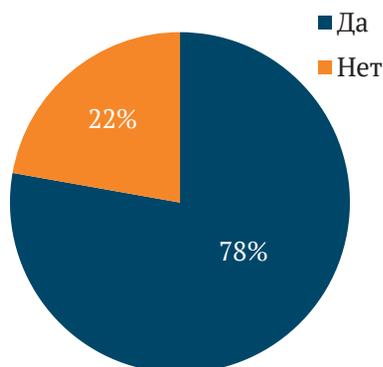
Как Вы считаете, охраняются ли авторским правом фотографии **достопримечательностей, запечатленных с часто используемых ракурсов**?

Среди ответов присутствует мнение, что такие фотографии могут охраняться лишь в случае, когда в фотографии содержатся дополнительные

Ответы читателей

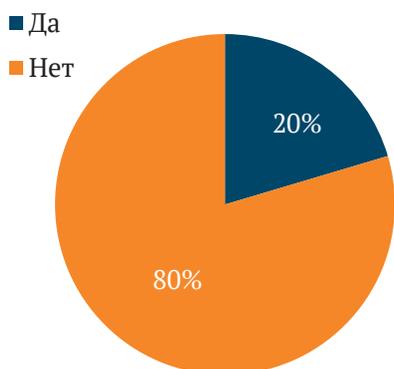


Ответы НКС

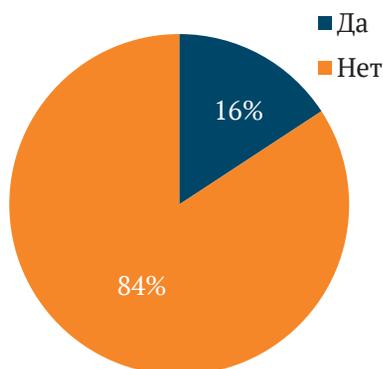


Вопрос № 3

Ответы читателей

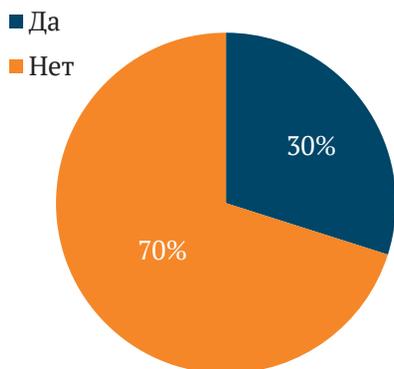


Ответы НКС



Вопрос № 4

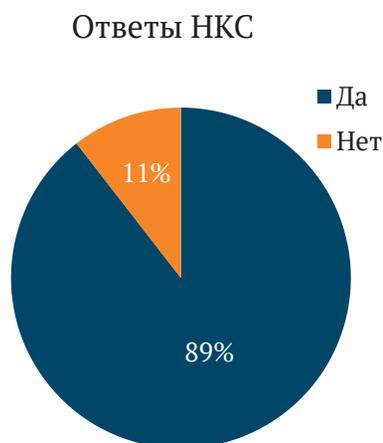
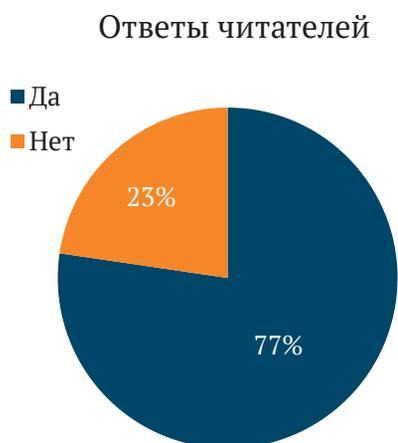
Ответы читателей



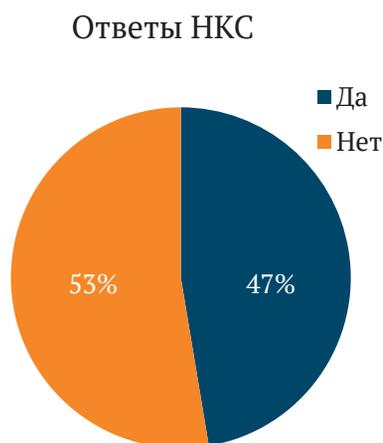
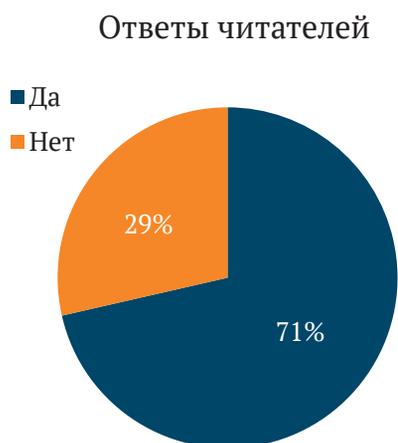
Ответы НКС



Вопрос № 5



Вопрос № 6



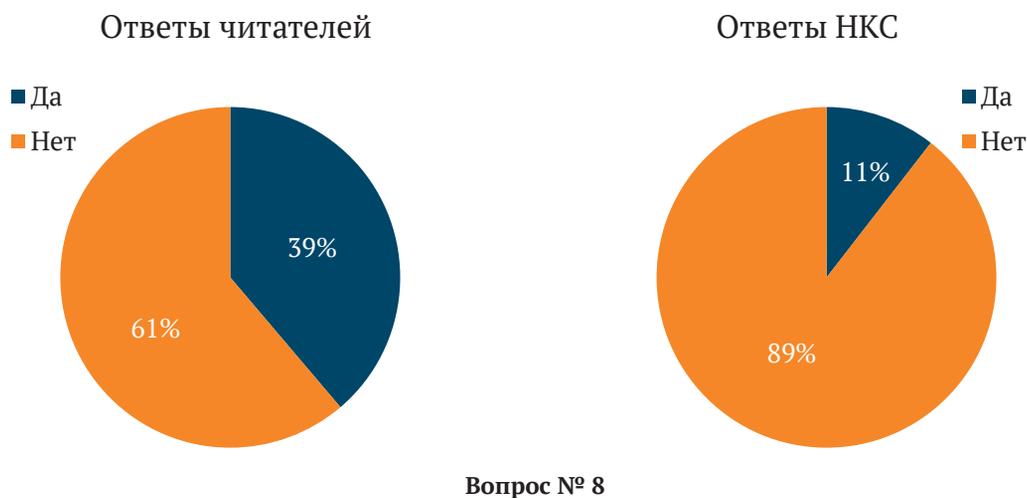
Вопрос № 7

творческие элементы. При этом большинство респондентов считают такие фотографии охраноспособными, если в них присутствуют «случайные» творческие элементы (красиво пролетела птица, особый антураж), фотограф предусмотрел параметры до или во время съемки (особый ракурс, освещение и иные условия съемки, позирует человек) либо провел обработку фотографий после съемки (ретушь). Как указывают несколько респондентов, ракурс – лишь одна из составляющих для оценки творческого вклада автора. Один респондент уточнил, что в отношении таких фотографий возникает вопрос параллельного творчества.

Вопрос № 7

Как Вы считаете, охраняются ли авторским правом фотографии **двухмерных объектов изобразительного искусства** (живопись, графика)?

В большинстве случаев респонденты коротко отсылали к общим условиям охраны объектов авторского права (форма выражения и творческий характер), упоминаются также творческий подход, замысел, креативная задумка. Один респондент ответил так: «Неоднозначный вопрос, т.к. формально такое фото будет являться новым произведением. Однако, с другой стороны, чем такая фотосъемка отличается от просто ксерокопии?».



Проводя параллель со сканированием, несколько респондентов сослались на то, что, если съемка просто фиксирует объект, фотография не будет охраноспособной, тогда как если фотография является «интерьерной» (объект встроен в интерьер) или «репортажной», такие фотографии будут охраняться.

Вопрос № 8

Как Вы считаете, охраняются ли авторским правом фотографии **документов**?

В основном респонденты ответили, проводя параллель со сканированием или ксерокопиро-

ванием документа, что максимально точное воспроизведение документа с помощью фотоаппарата не дает охраняемого результата. При этом респонденты допускают возможность сделать творческое фото – например, создав композицию, где документ расположен вместе с другими объектами. В таком случае важен творческий, нестандартный подход. Некоторые респонденты признали, что эта ситуация аналогична предыдущей, когда объектом фотографии выступает двухмерное произведение искусства. Указывая на необходимость учитывать цель съемки, один респондент ответил: «фото красивого стола в офисе с документами защищаются, фото для бухгалтера нет».

Научная статья

УДК: 347.1

Для цитирования:

Гюльбасарова Е.В., Королева А.Г. Модели совместного обладания исключительным правом // Журнал Суда по интеллектуальным правам. Июнь 2024. № 2 (44). С. 114–126.

DOI: 10.58741/23134852_2024_2_6

Giulbasarova E.V., Koroleva A.G. Models of joint exclusive right ownership // Zhurnal Suda po intellektual'nym pravam. June 2024. N 2 (44). Pp. 114–126. (In Russ.).

DOI: 10.58741/23134852_2024_2_6

DOI: 10.58741/23134852_2024_2_6

Модели совместного обладания ИСКЛЮЧИТЕЛЬНЫМ ПРАВОМ

**Е.В. Гюльбасарова,**

кандидат юридических наук,
старший преподаватель кафедры интеллектуальных прав
Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
Москва, Российская Федерация
ORCID ID: 0009-0003-6490-0024
AuthorID: 1006231

**А.Г. Королева,**

кандидат юридических наук,
старший преподаватель кафедры интеллектуальных прав
Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
Москва, Российская Федерация
ORCID ID: 0000-0002-3004-3867
AuthorID: 1063515

Развитие механизмов коммерциализации результатов интеллектуальной деятельности требует разработки новых механизмов осуществления интеллектуальных прав. Как показывает практика, исключительное право все чаще оказывается в общем обладании нескольких лиц, поэтому одним из наиболее актуальных направлений для усовершенствования действующего законодательства в сфере интеллектуальных прав является модернизация модели совместного обладания исключительным правом. В статье изучаются существующие модели соправообладания, а также анализируются правовые характеристики действующего режима соправообладания. Особое внимание авторы статьи уделяют исследованию правовой модели долевого обладания исключительным правом, которая на данный момент не признается на уровне законодательства, но может быть использована в целях усовершенствования правового регулирования отношений в рассматриваемой сфере.

Ключевые слова:

исключительное право; соправообладание; сопатентообладание; совместное обладание исключительным правом; доли в исключительном праве.

Введение

С момента появления в российском частном праве конструкции исключительного права и по сей день ведутся активные дискуссии по поводу выбора оптимальной модели совместного обладания этим правом. Усложнение рыночных отношений и развитие инновационной сферы экономики делают поиск соответствующей модели еще более актуальным.

Систематизация моделей сообладания исключительным правом, изучение их сущностных характеристик необходимы также по той причине, что в науке не сформировано единого мнения относительно наиболее эффективной модели, которая должна быть закреплена в качестве основной. Между тем на практике все чаще возникают ситуации, когда исключительное право приобретает несколькими лицами. Подобное положение дел объясняется тем, что, во-первых, «в современном мире коллективная работа по созданию результатов интеллектуальной деятельности стала не исключением, а правилом»¹, а, во-вторых, усложнение рыночных отношений неизбежно приводит к потребности в кооперации при реализации различных механизмов коммерциализации результатов интеллектуальной деятельности. Потребность экономики в быстром и эффективном внедрении объектов интеллектуальных прав требует совершенствования регулирования отношений, возникающих при соправообладании. В отсутствие единой теоретической основы в отношении наиболее приемлемой правовой модели такое усовершенствование сложно реализуемо.

Ситуация, в которой на стороне управомоченного лица встречаются несколько субъектов, в науке гражданского права характеризуется как **активная множественность лиц в абсолютном правоотношении**. Такая множественность возможна и в отношении исключительного права на результаты интеллектуальной деятельности, и на некоторые средства индивидуализации. Как от-

мечает Э.П. Гаврилов, «сама возможность принадлежности любого гражданского права не одному лицу (субъекту), а одновременно двум или более лицам ... вытекает из основных начал гражданского законодательства»².

С другой стороны, по поводу совместного обладания иным абсолютным гражданским правом – правом собственности – высказывается и противоположное мнение. Например, с точки зрения К.И. Скловского, «природе противна именно собственность нескольких лиц на вещь. ... И, во всяком случае, нуждам оборота, без сомнения, противен тот случай, когда у вещи нет полного господина, исключающего всех других и решающего судьбу вещи.»³ Вместе с тем общепринятым является тот факт, что существование правовой конструкции общего обладания субъективным гражданским правом обусловлено необходимостью урегулировать ситуации, в которых такое сообладание возникает по объективным причинам. В этом смысле правовой режим совместного обладания правом выполняет строго утилитарную функцию.

Одновременно с этим необходимо отметить, что помимо множественности лиц на стороне правообладателя праву интеллектуальной собственности также известна правовая конструкция существования нескольких самостоятельных исключительных прав в отношении одного и того же объекта права (результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации)⁴. Правовая природа подобной конструкции существенно отличается от природы соправообладания, поэтому названная конструкция не учитывается авторами для целей изучения моделей совместного обладания исключительным правом.

1. Правовой режим совместного обладания исключительным правом

Общие характеристики правового режима соправообладания определяются на основании по-

¹ Калятин В.О. Проблемы определения системы правообладателей результатов интеллектуальной деятельности // Ис. Авторское право и смежные права. 2020. № 8. С. 35–48.

² Гаврилов Э.П. Исключительное право, принадлежащее нескольким лицам // Хозяйство и право. 2009. № 3. С. 58–74.

³ Скловский К.И. Собственность в гражданском праве. 5-е изд., перераб. – М.: Статут, 2010. С. 391.

⁴ На основании п. 4 ст. 1229 Гражданского кодекса РФ одновременное существование нескольких самостоятельных исключительных прав возможно в отношении 1) наименования места происхождения товара и географического указания, 2) топологии интегральной микросхемы, 3) ноу-хау.

ложений п. 2, 3 ст. 1229 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ). В названных нормах закрепляется правовой режим совместного обладания исключительным правом – основным имущественным правом, возникающим в отношении результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации. Однако в системе интеллектуальных прав имущественным характером обладают и некоторые другие права, относящиеся к категории «иных». Будучи оборотоспособными, эти права также могут оказаться в совместном обладании нескольких лиц. Так, например, возможна ситуация, при которой право на получение патента будет принадлежать нескольким лицам совместно: 1) работодателю и физическому лицу (соавтору служебного объекта), который не является работником соответствующего работодателя⁵, 2) правопреемникам автора, 3) приобретателям этого права по договору и в иных случаях, установленных ст. 1357 ГК РФ. В совместном обладании наследников автора может находиться право на получение вознаграждения за создание служебного изобретения, полезной модели или промышленного образца.

Для подобных ситуаций законом не предусмотрено специальных правовых режимов, поэтому в отсутствие специального регулирования отношений, возникающих из совместного обладания иными имущественными правами, должны по аналогии закона применяться нормы п. 3 ст. 1229 ГК РФ о совместном обладании исключительным правом.

Основаниями для совместного обладания исключительным правом (или иными оборотоспособными интеллектуальными правами) могут выступать различные юридические факты, например: соавторство, наследование права несколькими наследниками, совместное приобретение несколькими лицами права на получение патента или исключительного права по договору и др. При этом независимо от основания, по которому возникло соправообладание, к вытекающим из него правоотношениям в качестве общего прави-

ла применяются нормы, закрепленные в ст. 1229 ГК РФ. Действующее законодательство не содержит различий в регулировании отношений, вытекающих из соправообладания, в зависимости от основания возникновения такого правового режима. Иными словами, правовое положение соавторов, совместно обладающих исключительным правом, и юридических лиц, получивших исключительное право в совместное обладание на основании договора, с точки зрения положений отечественного законодательства одинаково.

По мнению некоторых исследователей, закрепленный в ст. 1229 ГК РФ порядок регулирования отношений из соправообладания не предусматривает «нормативного установления механизма совместного осуществления такого исключительного права»⁶. Однако несмотря на то что в названной норме отсутствуют требования к содержанию соглашения соправообладателей, в ней содержатся общие требования к реализации механизма совместного обладания путем закрепления порядка осуществления правомочий, входящих в состав исключительного права.

Прежде всего норма п. 3 ст. 1229 ГК РФ закрепляет порядок реализации исключительного права, принадлежащего нескольким лицам совместно:

– правомочие *использования* объекта интеллектуальных прав может быть реализовано каждым из соправообладателей самостоятельно и по своему усмотрению, без получения на это согласия других соправообладателей;

– правомочие *распоряжения* исключительным правом может быть реализовано только всеми соправообладателями совместно;

– правомочие *защиты* исключительного права в случае его нарушения может быть реализовано каждым из соправообладателей самостоятельно.

Входящее в структуру исключительного права правомочие *запрета* использования объекта интеллектуальных прав, будучи правом на чужие действия, не подлежит активному осуществлению. В силу пункта 1 ст. 1229 ГК РФ оно действует

⁵ См. подробнее: Домовская Е.В. Основания возникновения правоотношений по поводу служебных объектов патентного права // Российский судья. 2021. № 2. С. 55–60.

⁶ Подузова Е.Б. Наследование исключительных прав на «искусственный интеллект» и технологии «искусственного интеллекта»: проблемы теории и практики // Наследственное право. 2023. № 2. С. 28–31.

по умолчанию, в том числе в отношении исключительного права, принадлежащего нескольким лицам совместно.

Как видно из законодательного закрепления общего порядка реализации правомочий, составляющих исключительное право, каждый из правообладателей ограничен в самостоятельном распоряжении исключительным правом без согласия и участия других правообладателей, в то время как правомочия использования объекта и защиты права не ограничиваются.

Правомочие распоряжения исключительным правом, реализация которого по общему правилу возможна только совместными действиями (или волей) соправообладателей, следует понимать в широком смысле: под распоряжением должны пониматься не только действия по заключению договоров в отношении исключительного права, но и действия, определяющие правовую судьбу исключительного права. В частности, заявления о продлении срока действия патента (ст. 1363 ГК РФ) или о досрочном прекращении срока действия патента (ст. 1399 ГК РФ) должны быть поданы сопатентообладателями совместно⁷. Как указывает Л.А. Новоселова, подобный подход был выработан судебной практикой и «позволяет избежать случаев злоупотребления правом со стороны одного из патентообладателей, выраженных, например, в единоличном решении прекратить действие патента»⁸.

Представляется, что такие же требования должны распространяться и на иные случаи, в которых один из соправообладателей может злоупотребить правом при определении дальнейшей правовой судьбы объекта. Иными словами, решение вопроса о существовании исключительного права (или иного имущественного интеллектуального права) должно приравниваться к действию по распоряжению исключительным правом, что по общему правилу требует выражения воли всех правообладателей.

Приведенные требования к порядку осуществления соправообладателями принадлежащего им

исключительного права могут быть изменены путем заключения соглашения.

Данное обстоятельство обусловлено тем, что правовой режим совместного обладания правом предполагает наличие двух самостоятельных групп правоотношений, возникающих: 1) между соправообладателями и всеми третьими лицами и 2) соправообладателями между собой. Подобные же группы отношений складываются и при возникновении правового режима общей собственности: как обоснованно указывает Е.А. Суханов, «необходимость совместной реализации права общей собственности ведет к тому, что наряду с обычными для вещного права собственности “внешними” правоотношениями сособственников со всеми третьими лицами между самими сособственниками неизбежно складываются “внутренние” взаимоотношения по согласованию их общей воли, направленной на совместное осуществление принадлежащих им правомочий собственника ... Необходимость формировать и выражать общую, единую волю сособственников в отношении реализации принадлежащего им права делает необходимым достижение между ними соглашений по тем или иным вопросам»⁹. Думается, что приведенная концепция в полной мере может быть использована и для обоснования возможности заключения соглашений между соправообладателями.

Закон не содержит ограничений для возможных условий соглашения соправообладателей, т.е. правообладатели могут предусмотреть в своем соглашении различные модели реализации ими правомочий исключительного права (например, в соглашении может быть определено, что соправообладатель не вправе самостоятельно использовать результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации). Особый интерес представляет то обстоятельство, что правило о совместном распоряжении исключительным правом также может быть изменено их соглашением: «Распоряжение исключительным правом ...

⁷ Пункт 35 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23 апреля 2019 г. № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» (далее – Постановление № 10).

⁸ Новоселова Л., Павлова Е., Сергеев А., Гаврилов Э., Близицец И. и др. Обобщение судебной практики в области интеллектуальной собственности // Закон. 2019. № 6. С. 19–35.

⁹ Суханов Е.А. Вещное право: научно-познавательный очерк. – М.: Статут, 2017. С. 129–130.

осуществляется правообладателями совместно, если настоящим Кодексом или соглашением между правообладателями не предусмотрено иное»¹⁰. Подобный диспозитивный подход законодателя к возможности изменения порядка распоряжения общим правом резко контрастирует с подходом, используемым в вещном праве и основанном на принципе *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*¹¹.

Единственным правомочием, особенности реализации которого не могут быть изменены соглашением правообладателей, является правомочие самостоятельной защиты исключительного права. Аналогичное разъяснение приводится и в п. 35 Постановления № 10: «Каждый из правообладателей вправе самостоятельно принимать меры по защите своих ... и их соглашением это правило изменено быть не может». Представляется, что подобное ограничение обусловлено намерением пресечь потенциальные случаи отказа соправообладателей от защиты собственного права.

Важнейшим признаком правового режима соправообладания является характер взаимосвязи между обладателем и его правом, по которому определяется **модель (вид) общего права**.

Частному праву известно две основные модели общего обладания абсолютным гражданским правом – общее **долевое** обладание правом и общее **совместное** обладание правом. Наибольшее развитие указанные модели получили в рамках вещного права в форме долевой и совместной собственности, однако этими правовыми режимами формы общего обладания правами не исчерпываются. Вместе с тем правовой режим общей собственности (долевой или совместной) в силу своей известности большинству правопорядков и доктринальной разработанности зачастую выступает моделью для развития правовых режимов совместного обладания иными (невещными) субъективными правами, в том числе правового режима соправообладания. Применительно к отечественному правовому регулированию речь прежде всего идет об использовании доктринальной моде-

ли общей собственности, поскольку в силу п. 3 ст. 1227 ГК РФ к правовому режиму соправообладания не могут применяться нормы главы 16, посвященные режиму общей собственности.

Различие названных режимов заключается в наличии или отсутствии в общем праве идеальных долей, которые принадлежат обладателям права. Разделение права на идеальные доли является абстрактной конструкцией, предполагающей, что единое гражданское право состоит из нескольких условных частей, которые принадлежат различным лицам. Общность этих лиц признается сообладателями права в целом. Следует отметить, что идеальная доля в праве не приравнивается к реальной доле в имуществе, на которое возникло соответствующее право. Так, например, доктрина вещного права исходит из того, что «доля, принадлежащая каждому из участников, выступает не как часть вещи и не как право на часть вещи, а как часть права на всю вещь как единое целое»¹².

Характеристикой долевого обладания правом также является наличие у сообладателя права возможности отчуждения принадлежащей ему доли без отчуждения единого права в целом. Отчуждая долю в праве, сообладатель «выходит» из обязательственных правоотношений с другими сообладателями права и прекращает свое абсолютное право в отношении имущества, в то время как правовое положение других сообладателей остается неизменным.

Модель совместного обладания правом, напротив, предполагает неделимость единого права (данная модель также известна как бездолевое обладание правом). Отличительной чертой данной модели выступает невозможность распоряжения общим правом иначе как по общему согласию (решению) всех обладателей права.

Правовой режим общего обладания исключительным правом во многом отвечает признакам совместного без долевого обладания правом. Несмотря на некоторые существующие различия с правовым режимом общей совместной собственности, режим соправообладания по своим ключе-

¹⁰ Абзац 2 п. 3 ст. 1229 ГК РФ.

¹¹ Никто не может передать больше прав, чем имеет сам.

¹² Скловский К.И. Применение гражданского законодательства о собственности и владении. Практические вопросы. – М.: Статут, 2004. С. 162.

вым характеристикам совпадает с названной правовой моделью.

В первую очередь это подтверждается тем, что в исключительном праве, с точки зрения действующего закона и его разъяснений, данных высшей судебной инстанцией, не могут быть определены доли. Как указано в п. 35 Постановления № 10, «исключительное право ... может принадлежать нескольким лицам совместно ... Указанное не означает наличия у данных лиц права на раздел принадлежащего им исключительного права и выдел из него долей».

Следует отметить, что до принятия указанного акта решение вопроса о правовой модели соправообладания в доктрине было неочевидным. Так, например, в 2018 г. К.С. Митягин писал, что «на основании толкования общих положений ГК РФ и норм об интеллектуальных правах можно сделать вывод о наличии в действующем законодательстве правового режима доли в исключительном праве»¹³; в 2019 г. О.В. Гутников и С.А. Сеницын отмечали, что в условиях диспозитивности гражданского права «отсутствие в ГК РФ прямого указания на делимость исключительного права на доли не должно означать запрета долевой множественности»¹⁴.

Безусловно, приведенное выше разъяснение Пленума Верховного суда РФ 2019 г. сделало рассуждения о возможности определения долей в исключительном праве нерелевантными и устранило имеющуюся в практике и доктрине неопределенность в отношении правовой модели соправообладания. На данный момент *de lege lata* правовой режим соправообладания исключительным правом строится по модели **совместного бездолевого обладания правом**.

Особенностью модели совместного обладания исключительным правом является возможность определения соправообладателями **долей в доходах** от совместного использования результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации либо от совместного распоряжения исключительным правом. По общему правилу, до-

ход делится между лицами в равных долях, однако соглашением между ними может быть предусмотрено иное.

К правовым последствиям совместного обладания исключительным правом относится невозможность одного из соправообладателей произвести отчуждение «части» такого права с целью выхода из правовых отношений по поводу соправообладания. Отчуждение или иное распоряжение исключительным правом, как это было рассмотрено ранее, по общему правилу возможно только при согласии всех правообладателей; право при этом отчуждается целиком. Соответственно, в случае если один из правообладателей хочет произвести отчуждение права (или распорядиться им другим способом), в то время как другие правообладатели не поддерживают такую инициативу, правомочие первого правообладателя по распоряжению правом оказывается заблокированным.

Доктрина вещного права, которой давно известны отношения общей собственности, исходит из того, что «Право общей совместной собственности изначально оформляло объединение имущества членов одной семьи, взаимоотношения которых во многом строились на личном доверии ... Поэтому данный гражданско-правовой институт не рассчитан на оформление предпринимательских отношений ... Важной особенностью отношений совместной собственности является лично-доверительный характер взаимоотношений участников, делающий их юридически незаменимыми»¹⁵. Данное утверждение представляется актуальным не только для отношений общей собственности, но и общего обладания исключительным правом: действительно, между соправообладателями могут складываться личные доверительные отношения (в первую очередь, если они являются соавторами). С другой стороны, не исключены ситуации, в которых соправообладатели могут являться конкурентами (например, если несколько юридических лиц выступает патентообладателями одного и того же объекта), что делает

¹³ Митягин К.С. Теоретические и практические аспекты совместного обладания правами на интеллектуальную собственность // Закон. 2018. № 8. С. 137–149.

¹⁴ Гутников О.В., Сеницын С.А. Множественность обладателей исключительного права: проблемы теории и практики // Законы России: опыт, анализ, практика. 2019. № 12. С. 67–73.

¹⁵ Суханов Е.А. Указ. соч. С. 471

правовой режим совместного обладания правом неподходящим для целей осуществления юридической монополии патентообладателей¹⁶.

Что касается доктрины права интеллектуальной собственности, то в ней неоднократно высказывалось мнение о том, что *de lege ferenda* модель общего обладания исключительным правом должна быть модернизирована в целях упрощения оборота исключительного права и увеличения эффективности коммерциализации результатов интеллектуальной деятельности.

2. Конструкция долевого сообладания исключительным правом

Идея долевого сообладания исключительным правом не нова для российской науки, однако долгое время она не получала широкого распространения ввиду устоявшейся в доктрине концепции единого и неделимого исключительного права¹⁷. Так, С.А. Беляцкий, комментируя закон «Об авторском праве» 1911 г., писал: «Права соавторов регулируются в законе по принципам не *condominium*'а с идеальными долями собственников, а скорее – совокупного права собирательной личности ... закон не допускает мысли о раздроблении авторского права, ни фактическом ни идеальном»¹⁸.

Как было отмечено выше, современным законодателем также была воспринята конструкция общего обладания правом, что выразилось в закреплении принципа совместной принадлежности исключительного права нескольким лицам без определения в нем долей. По мнению А.Л. Маковского, смысл этого принципа кроется в «единстве и по общему правилу неделимости того нематериального объекта, который законом признан подлежащим правовой охране путем признания исклю-

чительного права на него»¹⁹. По всей видимости, рассматриваемый подход ставился в противовес концепции совместной долевого собственности, по общему правилу действующей в институте вещного права.

Между тем вопрос о допустимости определения долей в исключительном праве в доктрине долгое время оставался открытым. Действительно, всякое субъективное гражданское право является единым и неделимым. Л.Ю. Василевская в этой связи справедливо указывает: «Трудно представить, как можно разделить меру дозволенного поведения субъекта!»²⁰. Однако конструкция идеальной доли и не предполагает дробления содержания права на части. По существу, речь идет о фикции: деление права состоит лишь в ограничениях, обусловленных конкуренцией между соправообладателями²¹. Так, если говорить об общей долевого собственности, то такими ограничениями, в частности, выступают: 1) осуществление владения, пользования и распоряжения имуществом при наличии соглашения всех участников долевого собственности (п. 1 ст. 246, п. 1 ст. 247 ГК РФ); 2) распределение плодов, продукции и доходов от использования имущества между участниками долевого собственности (ст. 248 ГК РФ).

Иными словами, конструкция идеальной доли в праве собственности признана разрешить коллизии между собственниками неделимой по своей природе вещи. Эти коллизии устраняются посредством ограничений, накладываемых на каждого участника долевого собственности. Представляется, что аналогичная конструкция может быть применена и в отношении исключительного права.

С 2014 г. в рассматриваемом вопросе, казалось бы, поставлена точка: Федеральным законом

¹⁶ Подробнее см. Гольбасарова Е.В. Изъятия из патентной монополии // Журнал Суда по интеллектуальным правам. 2023. № 41. С. 17–24.

¹⁷ См., например: Шершеневич Г.Ф. Избранное. Т. 3 включая Авторское право на литературные произведения / Вступ. слово, сост.: П.В. Крашенинников. – М.: Статут, 2017. С. 122; Канторович Я.А. Авторское право на литературные, музыкальные, художественные и фотографические произведения. 2-е изд. – Пг: Тип. бывш. Акционер. о-ва Брокгауз-Ефрон, 1916. С. 318, 320–321.

¹⁸ Беляцкий С.А. Новое авторское право в его основных принципах. – С.-Пб.: Юрид. кн. кл. «Право», 1912. С. 103.

¹⁹ Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации (постатейный) / Отв. ред.: Е.А. Павлова. – М.: ИСЧП им. С.С. Алексеева при Президенте РФ, 2018. С. 53 (автор комментария к ст. 1229 ГК РФ – А.Л. Маковский).

²⁰ Василевская Л.Ю. Обзор судебной практики «О юридической природе доли в праве общей собственности» // Арбитражное правосудие в России. 2009. № 6. СПС «Гарант».

²¹ Хвостов В. М. Система римского права. – М.: Юрайт, 2024. С. 242.

№ 35-ФЗ22 введена норма, согласно которой к интеллектуальным правам не применяются положения о праве собственности и иных вещных правах, если иное не вытекает из положений закона (п. 3 ст. 1227 ГК РФ).

Таким образом, единственной конструкцией, допускающей множественность субъектов исключительного права, была признана модель общего соправообладания, закрепленная в ст. 1229 ГК РФ. От конструкции идеальной доли в исключительном праве решили полностью отказаться²³. Как указывает Д.В. Мурзин, «в российском праве отсутствует необходимость в аналогии положений общей долевой собственности для решения вопросов, связанных с совместным обладанием исключительным правом...»²⁴. Аналогичную позицию занял Э.П. Гаврилов²⁵.

Однако подобная модель совместного правообладания не всегда удовлетворяет интересам субъектов гражданских правоотношений. Так, если использование одного и того же объекта несколькими соправообладателями, как правило, не приводит к столкновению их интересов, то при распоряжении исключительным правом могут возникнуть коллизии. Например, одному из соправообладателей необходимо произвести отчуждение исключительного права (или распорядиться им иным образом), однако остальные правообладатели отказываются в согласовании такой сделки. Как было отмечено ранее, данное обстоятельство блокирует правомочие распоряжения одного из соправообладателей, что, безусловно, способно привести к патовому положению в отношении использования объекта или будущего распоряжения исключительным правом на него.

Предоставление возможности определить долю в исключительном праве позволило бы решить указанную проблему наиболее эффективным образом: соправообладатель мог бы распорядиться своей долей, не нарушив интересы других лиц. В этой связи следует согласиться с В.О. Калятиным в том, что конструкция долевого обладания исключительным правом «не только не противоречит российскому законодательству, но вытекает из его базовых положений и соответствует потребностям современной экономики»²⁶.

Следует отметить, что попытки изменения существующей модели соправообладания неоднократно предпринимались и на законодательном уровне. В частности, в рамках реализации Концепции развития гражданского законодательства РФ (одобрена решением Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 7 октября 2009 г.) высказывались предложения по реформированию правового режима соправообладания в пользу введения возможности распоряжения долями, однако, по замечанию Е.А. Павловой, от этих изменений «пришлось отказаться»²⁷. В некоторых источниках такой отказ объясняется возникшими «серьезными разногласиями», однако суть этих разногласий не раскрывается.

В силу обозначенных выше причин в 2023 г. была предпринята повторная попытка модернизации правового режима совместного обладания исключительным правом: 8 ноября в Государственную думу был внесен законопроект, предусматривающий возможность определения идеальных долей в исключительном праве²⁸ (далее – Законопроект). Согласно тексту пояснительной записки, в основу Законопроекта положена кон-

²² Федеральный закон от 12.03.2014 № 35-ФЗ «О внесении изменений в части первую, вторую и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» // Российская газета. 2014. № 59.

²³ См. об этом: *Иванов Н.В.* Доля в исключительном праве // ИС. Авторское право и смежные права. 2017. № 1. С. 26–34. СПС «Гарант».

²⁴ *Мурзин Д.В.* Осуществление исключительного права на результаты интеллектуальной деятельности: допустимость аналогии норм о праве собственности // Журнал Суда по интеллектуальным правам. 2019. № 24. С. 5–15. СПС «Гарант».

²⁵ *Гаврилов Э.П.* Когда исключительное право на тождественные объекты принадлежит одновременно нескольким лицам // Патенты и лицензии. 2019. № 9. С. 8–16.

²⁶ *Калятин В.О.* Указ. соч. С. 37

²⁷ *Витрянский В.В., Головина С.Ю., Гонгалов Б.М. и др.; под ред. Д.А. Медведева.* Кодификация российского частного права 2019. – М.: Статут, 2019. С. 298 (автор главы – Е.А. Павлова).

²⁸ Законопроект № 479514-8 «О внесении изменений в часть четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации» // URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/479514-8> (дата обращения: 3 марта 2024 г.).

цепция единого и неделимого исключительного права, в то время как модель долевого соправообладания предлагается применять при наличии волеизъявления всех его сообладателей. На текущий момент Законопроект принят в первом чтении, в связи с чем изучение его положений вызывает безусловный интерес. Предлагается рассмотреть основные из них.

1. Доля в исключительном праве может быть определена по соглашению соправообладателей. Указанное соглашение необходимо заключать в письменной форме с закреплением условий о порядке принятия правообладателями решений о распоряжении исключительным правом, о порядке выхода правообладателя из состава обладателей исключительного права, а также иных условий, вытекающих из существа соответствующих отношений (например, при заключении соглашения об определении долей в праве на товарный знак предлагается установить порядок взаимоотношений правообладателей в случаях досрочного прекращения правовой охраны товарного знака).

По общему правилу, доли в исключительном праве предлагается признавать равными. В соглашении между правообладателями может быть предусмотрен иной порядок установления размера долей. При недостижении согласия между ними доли определяются судом.

Таким образом, в качестве основной модели множественности правообладателей предлагается сохранить конструкцию совместного обладания исключительным правом. В то же время правообладатели могут заключить соглашение об определении долей в этом праве (принцип диспози-

тивности). Подобный подход представляется экономически целесообразным, гибким и соответствующим зарубежному опыту. Так, например, возможность определения долей в исключительном праве предоставляется в Бельгии²⁹, Нидерландах³⁰, Турции³¹, Японии³², Южной Корее³³.

Примечательно, что наряду с соглашением правообладателей в Законопроекте предусматриваются иные основания для определения доли в исключительном праве – наличие специальной нормы права, а также решение суда.

2. В Законопроекте сохраняется общее правило, согласно которому распоряжение исключительным правом осуществляется с согласия каждого правообладателя, если законом или соглашением между ними не предусмотрено иное (п. 3 ст. 1229 ГК РФ). Аналогичное правило предлагается установить в отношении отчуждения доли в исключительном праве, а также ее передачи в залог.

Следует отметить, что правило об ограничении отчуждения доли или ее передачи в залог действует в отдельных зарубежных странах³⁴. В частности, согласно ст. 73 Закона о патентах Японии ни один из соправообладателей не может отчуждать долю или передать ее в залог без согласия остальных правообладателей.

Как видится, рассматриваемые правила направлены на формирование гибких условий для распоряжения исключительным правом и долей в нем, а также на недопущение злоупотребления правом со стороны соправообладателей, что, безусловно, заслуживает поддержки. Вместе с тем представляется, что отдельные вопросы требуют дополнительной проработки.

²⁹ Loi du 19 avril 2014 portant insertion du Livre XI 'Propriété intellectuelle' dans le Code de droit économique, et portant insertion des dispositions propres au Livre XI dans les Livres I, XV et XVII du même Code (mise à jour le 30 octobre 2015), art. 49 // WIPO Lex. URL: <https://www.wipo.int/wipolex/ru/text/535051> (дата обращения: 3 марта 2024 г.).

³⁰ Rijksoctrooiwet 1995 (Rijkswet van 15 december 1994, houdende regels met betrekking tot octrooiën, Geldend van 01-06-2023), art. 64 // WIPO Lex. URL: <https://www.wipo.int/wipolex/ru/text/589435> (дата обращения: 3 марта 2024 г.).

³¹ Law № 6769 of December 22, 2016, on Industrial Property, art. 148 // WIPO Lex. URL: <https://www.wipo.int/wipolex/ru/text/589518> (дата обращения: 3 марта 2024 г.).

³² Copyright Act (Act No. 48 of May 6, 1970, as amended up to January, 1, 2022), art. 65 // WIPO Lex. URL: <https://www.wipo.int/wipolex/ru/text/584874> (дата обращения: 3 марта 2024 г.); Patent Act (Act No. 121 of April 13, 1959, amended up to July 3, 2023), art. 73 // WIPO Lex. URL: <https://www.wipo.int/wipolex/ru/text/590186> (дата обращения: 3 марта 2024 г.); Design Act (Act No. 125 of April 13, 1959, as amended up to October 1, 2022), art. 26-2 // WIPO Lex. URL: <https://www.wipo.int/wipolex/en/text/586489> (дата обращения: 3 марта 2024 г.).

³³ Patent Act (amended up to Act No. 19714 of September 14, 2023), art. 99 // WIPO Lex. URL: <https://www.wipo.int/wipolex/ru/text/588912> (дата обращения: 3 марта 2024 г.).

³⁴ См. например: Patent Act (Act No. 121 of April 13, 1959, amended up to July 3, 2023), art. 73 // WIPO Lex. URL: <https://www.wipo.int/wipolex/ru/text/590186> (дата обращения: 3 марта 2024 г.); Patent Act (amended up to Act No. 19714 of September 14, 2023), art. 99 // WIPO Lex. URL: <https://www.wipo.int/wipolex/ru/text/588912> (дата обращения: 3 марта 2024 г.).

Во-первых, в Законопроекте не решена ключевая проблема общего соправообладания: в отсутствие согласия всех правообладателей лицо, обладающее долей в исключительном праве, теряет возможность получить коммерческую выгоду от распоряжения долей (согласно Законопроекту, правообладатель может отказаться от доли на безвозмездных началах). Таким образом, практическая целесообразность наделения соправообладателей долями в исключительном праве фактически утрачивается, поскольку так же, как и в существующей на данный момент модели, соправообладатель лишен возможности самостоятельно реализовать правомочие распоряжения как исключительным правом, так и долей в нем.

Наиболее оптимальным решением данной проблемы является закрепление иного механизма отчуждения доли в праве по аналогии со ст. 250 ГК РФ (преимущественное право покупки). Подобный подход закреплен в Законе о промышленной собственности Турции. Так, если один из соправообладателей отчуждает принадлежащую ему долю третьему лицу, остальные правообладатели имеют преимущественное право покупки. Лицо, отчуждающее долю в исключительном праве, должно уведомить об этом остальных правообладателей. Право преимущественной покупки прекращает свое действие через три месяца с даты уведомления правообладателя об отчуждении доли (п. 3 ст. 148 Закона о промышленной собственности Турции)³⁵. По мнению Н.В. Иванова, данный механизм может быть реализован посредством внесения соответствующих изменений в ст. 1229 ГК РФ, в том числе путем прямой отсылки к ст. 250 ГК РФ³⁶.

Во-вторых, из текста Законопроекта явно не следует порядок, в котором должно осуществляться распоряжение исключительным правом при отсутствии соответствующих условий в соглашении об определении долей. Так, согласно пояснительной записке к Законопроекту, условие о поряд-

ке принятия правообладателями решений о распоряжении исключительным правом не являются существенным. В связи с этим возникает вопрос: может ли обладатель доли в исключительном праве заключить лицензионный договор в отсутствие согласия остальных правообладателей? По всей видимости, в указанной ситуации должно применяться общее правило о распоряжении исключительным правом с согласия каждого правообладателя (п. 3 ст. 1229 ГК РФ). Подобный подход представляется оправданным: отсутствие ограничений на осуществление названных действий могло бы привести к бесконтрольному росту количества лиц, использующих объекты интеллектуальных прав.

Для исключения неоднозначного толкования правил о распоряжении исключительным правом при определении в нем долей представляется необходимым скорректировать норму о порядке определения долей и распоряжении ими таким образом, чтобы она содержала отсылку на общую норму о распоряжении исключительным правом при наличии нескольких правообладателей (п. 3 ст. 1229 ГК РФ).

Кроме того, целесообразно рассмотреть возможность установления абсолютного запрета на распоряжение исключительным правом путем заключения лицензионных договоров без согласия всех правообладателей. Диспозитивный подход к регламентации исследуемых отношений может негативно сказаться на качестве и безопасности продукции, в которой выражены охраняемые результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации. Подобный запрет установлен в Японии³⁷, Южной Корее³⁸.

С позиции доктрины такой подход может быть обоснован и тем, что при заключении лицензионного договора осуществляется распоряжение исключительным правом в целом, а не какой-либо долей в нем. По этой причине возможность са-

³⁵ Law No. 6769 of December 22, 2016, on Industrial Property, art. 148 // WIPO Lex. URL: <https://www.wipo.int/wipolex/ru/text/589518> (дата обращения: 3 марта 2024 г.).

³⁶ Иванов Н.В. Указ. соч. С. 30

³⁷ Patent Act (Act No. 121 of April 13, 1959, amended up to July 3, 2023), art. 73 // WIPO Lex. URL: <https://www.wipo.int/wipolex/ru/text/590186> (дата обращения: 3 марта 2024 г.); Design Act (Act No. 125 of April 13, 1959, as amended up to October 1, 2022), art. 26-2 // WIPO Lex. URL: <https://www.wipo.int/wipolex/en/text/586489> (дата обращения: 3 марта 2024 г.).

³⁸ Patent Act (amended up to Act No. 19714 of September 14, 2023), art. 99 // WIPO Lex. URL: <https://www.wipo.int/wipolex/ru/text/588912> (дата обращения: 3 марта 2024 г.).

мостоятельного отчуждения соправообладателем принадлежащей ему доли в исключительном праве (при условии наличия у других правообладателей права ее преимущественного приобретения) не противоречит одновременной невозможности самостоятельного заключения соправообладателем лицензионного договора (или иного договора, связанного с предоставлением третьим лицам права использования объекта). По нашему мнению, в первом случае речь идет не о распоряжении исключительным правом в целом, а о выражении воли соправообладателя в отношении принадлежащей ему доли в праве, в то время как при заключении договоров о предоставлении права использования объекта осуществляется реализация исключительного права в целом, что, безусловно, требует согласия всех соправообладателей.

В-третьих, остается нерешенным вопрос о последствиях распоряжения исключительным правом или долей в нем без согласия остальных соправообладателей. На это обстоятельство справедливо указывает Правительство Российской Федерации в своем заключении на Законопроект³⁹. Следует согласиться с Н.В. Ивановым в том, что отсутствие специальной нормы о последствиях заключения такой сделки свидетельствует о противоречивом подходе к регулированию рассматриваемых отношений⁴⁰. Несмотря на строгость правил о распоряжении исключительным правом или долями в нем, последствия нарушения этих правил являются чересчур мягкими – признание оспоримой сделки недействительной в порядке, предусмотренном ст. 173.1 ГК РФ. На наш взгляд, указанный вопрос требует более детальной проработки.

3. Законопроектом предлагается закрепить правовой режим совместного обладания исключительным правом на товарный знак, а также наделять правообладателей возможностью определять доли в исключительном праве на данное средство индивидуализации.

Названное предложение видится спорным. С одной стороны, оно позволяет решить отдельные проблемы, возникающие на практике (например, в случае перехода исключительного права на товарный знак в порядке универсального правопреемства). В настоящее время суды не признают возможность совместного обладания исключительным правом на товарный знак, поскольку общая норма о совместном обладании исключительным правом (п. 3 ст. 1229 ГК РФ) конкретизируется в ст. 1510, 1511 ГК РФ. Иными словами, для использования товарного знака несколькими правообладателями требуется регистрация коллективного товарного знака. Так, по одному из дел суды пришли к выводу, что отчуждение 50% исключительного права на товарные знаки противоречит вышеприведенным положениям ГК РФ⁴¹.

С другой стороны, «дробление» исключительного права на товарный знак может привести к введению потребителей в заблуждение, а также к репутационным потерям самих правообладателей. Следует отметить, что Законопроектом предусматриваются запрет на использование товарного знака, совместное обладание исключительным правом, определение в этом праве долей и распоряжение ими, если указанные действия могут явиться причиной введения потребителей в заблуждение относительно товара или его изготовителя. Однако закрепление одних лишь ограничений в отношении названных действий не является достаточной мерой для предотвращения негативных последствий совместного обладания исключительным правом на товарный знак. В этой связи думается, что целесообразность такого нововведения требует более детального обоснования. Кроме того, закрепление правового режима соправообладания в отношении товарных знаков должно быть согласовано с существующим правовым режимом охраны коллективного товарного знака, поскольку на данный момент в рамках этого режи-

³⁹ Заключение Правительства Российской Федерации на проект федерального закона «О внесении изменений в часть четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации» от 4 октября 2023 г. № 10990-П9 // URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/479514-8> (дата обращения: 3 марта 2024 г.).

⁴⁰ Иванов Н.В. Доля в исключительном праве // Отчуждение с согласия vs. отчуждение с соблюдением преимущественного права покупки // Закон.ру. URL: https://zakon.ru/blog/2023/11/17/dolya_v_isklyuchitelnom_prave_otchuzhdenie_s_soglasiya_vs_otchuzhdenie_s_soblyudeniem_preimuschestv (дата обращения: 3 марта 2024 г.).

⁴¹ Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 3 июля 2018 г. № 305-КГ18-2488 по делу № А40-210165/2016 // СПС «Гарант».

ма реализована модель множественности правообладателей в отношении средств индивидуализации товаров и услуг.

Заключение

Несмотря на многочисленные научные споры в отношении выбора модели совместного обладания исключительным правом, доктрина должна ориентироваться на разработку наиболее эффективных механизмов такого обладания. Очевидно, что действующий правовой режим общего бездолевого обладания исключительным правом не отвечает задачам современного гражданского оборота и в перспективе может выступить препятствием для эффективной коммерциализации результатов интеллектуальной деятельности. Не вызывает также сомнений, что введение режима долевого обладания исключительным правом без каких-либо ограничений и прозрачных механиз-

мов его реализации способно привести к многочисленным коллизиям при распоряжении исключительным правом и долями на него.

По названным причинам представляется, что на данный момент в сфере интеллектуальной собственности должной эффективностью не обладает ни модель общего обладания правом, ни модель долевого обладания. Полагаем, что наиболее оптимальный режим соправообладания должен сочетать в себе элементы как общего, так и долевого обладания правом, что обоснованно принято во внимание авторами Законопроекта. При этом с учетом высказанных к данному документу комментариев представляется, что дальнейшая научная дискуссия в рамках рассмотренной темы должна вестись в отношении наиболее оптимального и подходящего сочетания рассмотренных правовых моделей совместного обладания исключительным правом.

Список литературы:

1. *Беляцкий С.А.* Новое авторское право в его основных принципах. – С.-Пб.: Юрид. кн. кл. «Право», 1912. – 151 с.
2. *Василевская Л.Ю.* Обзор судебной практики «О юридической природе доли в праве общей собственности» // Арбитражное правосудие в России. 2009. № 6. СПС «Гарант».
3. *Витрянский В.В., Головина С.Ю., Гонгало Б.М.* и др.; под ред. Д.А. Медведева. Кодификация российского частного права 2019. – М.: Статут, 2019. – 492 с.
4. *Гаврилов Э.П.* Исключительное право, принадлежащее нескольким лицам // Хозяйство и право. 2009. № 3. С. 58–74.
5. *Гаврилов Э.П.* Когда исключительное право на тождественные объекты принадлежит одновременно нескольким лицам // Патенты и лицензии. 2019. № 9. С. 8–16.
6. *Гутников О.В., Сеницын С.А.* Множественность обладателей исключительного права: проблемы теории и практики // Законы России: опыт, анализ, практика. 2019. № 12. С. 67–73.
7. *Гюльбасарова Е.В.* Изъятия из патентной монополии // Журнал Суда по интеллектуальным правам. 2023. № 3. С. 17–24.
8. *Домовская Е.В.* Основания возникновения правоотношений по поводу служебных объектов патентного права // Российский судья. 2021. № 2. С. 55–60.
9. *Иванов Н.В.* Доля в исключительном праве // ИС. Авторское право и смежные права. 2017. № 1. С. 26–34.
10. *Калятин В.О.* Проблемы определения системы правообладателей результатов интеллектуальной деятельности // ИС. Авторское право и смежные права. 2020. № 8. С. 35–48.
11. *Канторович Я.А.* Авторское право на литературные, музыкальные, художественные и фотографические произведения. 2-е изд. – Пг:Тип. бывш. Акционер. о-ва Брокгауз-Ефрон, 1916. – 791 с.
12. Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации (постатейный) / Отв. ред.: Е.А. Павлова. – М.: ИСЧП им. С.С. Алексеева при Президенте РФ, 2018. – 928 с.
13. *Митягин К.С.* Теоретические и практические аспекты совместного обладания правами на интеллектуальную собственность // Закон. 2018. № 8. С. 137–149.

14. Мурзин Д.В. Осуществление исключительного права на результаты интеллектуальной деятельности: допустимость аналогии норм о праве собственности // Журнал Суда по интеллектуальным правам. 2019. № 24. С. 5–15.
15. Новоселова Л., Павлова Е., Сергеев А., Гаврилов Э., Близнец И. и др. Обобщение судебной практики в области интеллектуальной собственности // Закон. 2019. № 6. С. 19–35.
16. Подузова Е.Б. Наследование исключительных прав на «искусственный интеллект» и технологии «искусственного интеллекта»: проблемы теории и практики // Наследственное право. 2023. № 2. С. 28–31.
17. Скловский К.И. Применение гражданского законодательства о собственности и владении. Практические вопросы. – М.: Статут, 2004. – 365 с.
18. Скловский К.И. Собственность в гражданском праве. 5-е изд., перераб. – М.: Статут, 2010. – 1016 с.
19. Суханов Е.А. Вещное право: научно-познавательный очерк. М.: Статут, 2017. – 561 с.
20. Хвостов В.М. Система римского права. – М.: Юрайт, 2024. – 540 с.
21. Шершеневич Г.Ф. Избранное. Т. 3 включая Авторское право на литературные произведения / Вступ. слово, сост.: П.В. Крашенинников. – М.: Статут, 2017. – 480 с.

Научная статья
УДК 347.122, 347.121.1

Для цитирования:

Себякина Е.П. Теория права информационной приватности: классификация правоотношений // Журнал Суда по интеллектуальным правам. Июнь 2024. № 2 (44). С. 127–144.

DOI: 10.58741/23134852_2024_2_7

Sebiakina E.P. The theory of informational privacy law: classification of legal relationships // Zhurnal Suda po intellektual'nym pravam. June 2024. N 2 (44). Pp. 127–144. (In Russ.).

DOI: 10.58741/23134852_2024_2_7

DOI: 10.58741/23134852_2024_2_7

Теория права информационной приватности: классификация правоотношений



Е.П. Себякина,

юрист, специалист, выпускница 2006 г. кафедры гражданского права юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова;
сертифицированный профессионал в сфере информационной приватности – сертификат CIPP/E с 2018 года, № 000244944I;
старший консультант в «Дата прайваси офис», ОАЭ, Беларусь, Германия;
индекс ORCID 0009-0005-5928-5930.

В области регулирования обработки и защиты персональных данных в мире наблюдается острая нехватка стройной системы знаний, на которую могли бы опереться законодатели и правоприменители. Без такой системы возникает полифония заблуждений и противоречивых толкований права, воплощающихся не только в регулировании, но и в судебной практике. Целью данной статьи является начало построения системы общей теории права информационной приватности: классификация правоотношений как первый шаг к выявлению проблем правоприменения и поиску способов их решения. Основной метод исследования: выявление сходства между институтами гражданского права и права информационной приватности и, как следствие, установление закономерностей динамики правоотношений в сфере информационной приватности. Применяя гражданско-правовые основания классификации правоотношений к многообразию отношений в сфере информационной приватности автор выявляет 10 уникальных типов правоотношений: абсолютные, неимущественные, связанные с имущественными, имущественные, организационные, административные, регулятивные, охранительные, процессуальные и деликтные. Эта обособленная таксономия будет в дальнейшем изучаться автором с точки зрения состава и юридических фактов.

Кроме того, настоящая работа нацелена на инициирование научной дискуссии о месте права информационной приватности в системе права, формирование доктрины и постановку актуальных вопросов по общей теории права информационной приватности.

Ключевые слова:

теория права приватности; правоотношения; классификация правоотношений; информационная приватность; природа согласия; персональные данные; личные блага; субъективные права.

Введение

В современной российской и иностранной юридической литературе широко признается, что право на неприкосновенность частной жизни представляет собой комплексное – зонтичное понятие, объединяющее под собой различные субъективные права и институты¹. Автор намеревается выявить причины такого разнообразия, применив концепцию правоотношений к анализу права на информационную приватность. Насколько автору известно, до сих пор ни одно из существующих исследований не рассматривало право на информационную приватность с этой точки зрения и не классифицировало правоотношения в этой сфере на основе известных теории права критериев. Вероятно, это объясняется неопределенностью доктринальной позиции относительно того, относится ли право информационной приватности к частному или публичному праву, а также – могут ли концепции или методы исследования гражданского права быть заимствованы и применены к исследованию этого права. В данной статье автор попытается ответить на вопрос, относится ли право информационной приватности к частному или публичному праву.

Категория правоотношения представляет собой научную абстракцию и инструмент правового исследования, широко используемый в рамках цивилистической доктрины. Автор поставит понятие правоотношения в центр своих дальнейших изысканий в области теории права информационной приватности. Практическая сфера приватности представляет собой множество различных правовых отношений между субъектами, операторами, обработчиками персональных данных, надзорными органами и другими участниками. Целью данной статьи является их классификация и типологизация с использованием категории правоотношений. Исследование правового явления через правоотношение имеет большое преимущество перед нормативным и институциональным анализом, поскольку позволяет лучше визуализировать реальную ситуацию в свете юридических фактов, позволяет увидеть все элементы, функ-

ционирующие как система, оценить связи между сторонами, увидеть динамику отношений и найти правильное решение практической задачи или судебного кейса. Основным подходом в данной работе является междисциплинарный подход, предполагающий обогащение знаний и методологии общей теории права информационной приватности за счет методологии теории гражданского права. Основным методом научного исследования, который автор заимствует из теории гражданского права, является метод классификации, то есть упорядочивания множества явлений и процессов путем разделения их на устойчивые виды. Любая степень классификации представляет собой более продвинутую стадию после сбора совокупности разрозненных знаний. Взяв за основу достижения теории гражданского права в области классификации правоотношений, автор применяет некоторые основания классификации к правоотношениям в сфере информационной приватности и, разделив их на устойчивые виды, дает им свое толкование, демонстрирует их систему, выделяет закономерности их существования и проводит параллели между некоторыми институтами гражданского права и права приватности. Стройная система правоотношений в теории права информационной приватности поможет в дальнейшем правильно классифицировать вновь возникающие правоотношения, понимать их характеристики и предвидеть динамику. Классификация правоотношений в сфере информационной приватности – ключ к пониманию причин сложности и многоликости концепции приватности.

Рассматривая информационную приватность как динамичную систему правоотношений, автор попытается ответить на многие практические и теоретические вопросы, в частности: 1) почему субъект персональных данных не имеет права требовать обработки своих данных; 2) обязан ли субъект персональных данных предоставлять оператору достоверные персональные данные; 3) почему оператор не может в одностороннем порядке «отменить» согласие субъекта персональных данных; 4) можно ли привлечь оператора ответственности

¹ Гаджиалиева Н.Ш. К вопросу о содержании конституционного права на неприкосновенность частной жизни // Государственная служба и кадры. 2021. № 5. С. 34–37; См. также: *Daniel J. Solove, Understanding Privacy*. 2008.

за нарушение политики на сайте, и к какой; 5) какова юридическая природа уведомления субъекта об обработке; 6) почему работодатель не всегда несет ответственность за утечку своих данных; 7) какова юридическая природа согласия на обработку персональных данных; 8) почему обработка на основании согласия не может прекратиться расторжением договора; 9) чем опасно согласие, полученное «на всякий случай»; 10) право информационной приватности – частное или публичное?

Автор даст ответы в тексте статьи, выделив их *курсивом*, под нумерацией, соответствующей номерам вопросов в предыдущем абзаце.

Информационная приватность – что это?

Что же такое право на информационную приватность, как оно соотносится с правом на неприкосновенность частной жизни, каково его место в классификации личных прав и что является его объектом?

Зачатки права на неприкосновенность частной жизни, из которого в ходе исторического развития произошло право на информационную приватность, были известны еще со времен древних памятников права, например: клевета в своде законов царя Хаммурапи (1750-е гг. до н.э.), Уголовном законе ханьского Китая (120 г. до н.э.) и законах XII таблиц (V в. до н.э.), защита телесной неприкосновенности, чести и достоинства в Русской Правде (начиная с 1016 г.), клевета и оскорбление в Церковном Уставе князя Ярослава (XII–XVII вв.).²

В Соборном Уложении царя Алексея Романова 1649 г. появляется первое указание на необходимость защиты личной и семейной тайны в ходе отправления правосудия. С этого момента российская правовая система начинает придавать особое значение личной информации и ее защите в процессуальном и уголовном праве. Уголовное Уложение 1903 г. закрепило запрет на вмешательство в личную и семейную жизнь при отправлении правосудия. До Октябрьской революции 1917 г. такая правовая категория, как частная жизнь, уже основательно закрепились в законодательстве и подле-

жала защите. Тогда будущее право на неприкосновенность частной жизни уже разделилось на тайну церковных обрядов, личную и семейную тайну, служебную тайну.

Советские Конституции 1918, 1924, 1925 гг. по понятным причинам не регулировали право на неприкосновенность частной жизни, однако Конституция СССР от 5 декабря 1936 г. впервые за советское время декларировала широкий перечень личных прав и свобод. Конституция РСФСР 21 января 1937 г. закрепила неприкосновенность личности (ст. 127), неприкосновенность жилища и тайну переписки (ст. 128). Конституция СССР 1977 г. вводит институт личной жизни, гарантирует неприкосновенность личности, жилища, а также охрану личной жизни, тайны переписки, телефонных переговоров и телеграфных сообщений (ст. 54–56). 21 апреля 1992 г. была принята новая редакция Конституции РСФСР 1978 г., которая использовала более широкий термин – «частная жизнь», вместо «личная жизнь».

Действующая Конституция РФ³ в ч. 1 ст. 23 закрепила естественное право на неприкосновенность частной жизни, которое раскрывается через иные конституционные права: право на личную и семейную тайну; тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений; неприкосновенности личности и жилища; право на защиту чести и доброго имени; право ознакомления с документами и материалами, непосредственно затрагивающими права и свободы личности; и др. Сюда же относятся права на профессиональную и иные тайны: врачебная, адвокатская, коммерческая, банковская, а также тайны усыновления, исповеди и др.

Указанные права являются своеобразными правомочиями обобщающего универсального по своему характеру права на неприкосновенность частной жизни и одновременно служат условиями (гарантиями) его реализации, охраны и защиты наряду с иными гарантиями этого права, непосредственно установленными ч. 1 ст. 24 Конституции РФ (запрет сбора, хранения, использования

² Часовникова О.Г. Генезис принципа охраны прав человека на неприкосновенность частной жизни, личной и семейной тайны // Журнал правовых и экономических исследований. 2021. № 3. С. 117.

³ Конституция Российской Федерации: [принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 г. с изменениями, одобренными в ходе общероссийского голосования 1 июля 2020 г.]

и распространения информации о частной жизни лица без его согласия)⁴.

Право на приватность является одним из видов личных прав, входящих в состав права на неприкосновенность частной жизни. Согласно пункту 2 ст. 17 Конституции РФ, право на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну неотчуждаемо и принадлежит каждому от рождения. Это естественные и абсолютные права, которые государственная власть не может даровать или отчуждать. Являясь видом права на неприкосновенность частной жизни, право на приватность относится также к категории личных прав на нематериальные блага, неотделимые от личности.

Право на приватность – это право на социальные условия существования индивидуализации субъекта как средоточия определенной личной сферы, нуждающейся в сохранении конфиденциальности⁵. В зависимости от направления такой личной сферы исследователи выделяют семь типов приватности⁶: телесная приватность, приватность поведения и действий, коммуникационная приватность, приватность данных и изображений (далее по тексту – **информационная приватность**), приватность мыслей и чувств, приватность передвижений и пространства, а также приватность групп и ассоциаций. Эти семь типов приватности взаимопересекаются, но в исследовательских целях рассматриваются по отдельности. Настоящая статья будет посвящена выявлению правоотношений именно в сфере информационной приватности.

Когда мы говорим о праве на *информационную приватность*, то имеем ввиду право человека самостоятельно устанавливать режим комфортного доступа и обработки сведений о себе и своей деятельности. Таким образом, объектом права на информационную приватность является **состояние неизвестности сведений о себе и своей деятельности, установленное и поддерживаемое самим субъектом права**.

Именно в этом состоит личное благо информационной приватности для каждого человека: автономно решать, какие сведения о нем должны оставаться неизвестными никому, ограничено известными или стать публичными. Вот почему так важно обеспечить контроль человека над степенью неизвестности сведений о себе и своей деятельности, особенно учитывая, что это естественное неотчуждаемое право, принадлежащее каждому от рождения.

Именно право на информационную приватность является предметом регулирования Федерального закона № 152-ФЗ «О персональных данных» от 27 июля 2006 г.⁷ (далее по тексту – Закон), который призван обеспечивать защиту прав и свобод человека и гражданина при обработке его персональных данных. Хотя право на информационную приватность прямо не указано в Конституции РФ, перечисление в Основном законе прав и свобод не должно толковаться как отрицание или умаление других общепризнанных прав и свобод человека и гражданина (согласно ч. 1 ст. 55 Конституции РФ).

Классификация правоотношений в сфере информационной приватности

Абсолютные и относительные правоотношения

В зависимости от степени определенности участников общая теория права и гражданское право, в частности, выделяют абсолютные и относительные правоотношения. В абсолютных правоотношениях определено только управомоченное лицо, носитель права, которому противостоят все остальные как неопределенные обязанные лица.

Так отношения, урегулированные ст. 23 и 24 Конституции РФ, могут быть отнесены к абсолютным: все лица должны воздерживаться от разглашения персональных данных субъекта, кроме случаев, когда он сам распорядился об ином. Обязанность не нарушать приватность конкретного субъекта

⁴ Цадыкова Э.А. Конституционное право на неприкосновенность частной жизни (сравнительно-правовое исследование): Автореферат, диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук // Российская академия правосудия. М., 2007. С. 10.

⁵ Белов В.А. Гражданское право в 4 т. Общая часть в 2 кн. Книга 1. Том II. Лица, блага: Учебник для вузов. М., 2023. С. 427.

⁶ Finn, Rachel L., David Wright and Michael Friedewald. Seven Types of Privacy. In: Serge Gutwirth, Yves Poullet et al. (eds.), European Data Protection: Coming of Age, 2013. P. 4.

⁷ Федеральный закон от 27 июля 2006 г. № 152-ФЗ «О персональных данных» (ред. от 6 февраля 2023 г.).

екта лежит на всех физических и юридических лицах.

Особенностью абсолютных правоотношений в сфере информационной приватности является то, что все противостоящие субъекту неопределенные обязанные лица должны воздерживаться от совершения действий, нарушающих право субъекта персональных данных самостоятельно устанавливать режим комфортного доступа к своим данным⁸.

В то же время важно отметить, что субъективное право на информационную приватность не является абсолютным. Это право ограничивается рядом других субъективных прав и публичных интересов: свободой распространения информации и свободой массовой информации (ст. 29 Конституции РФ), целями защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства (ч. 3 ст. 55 Конституции РФ). Таким образом, хотя право на информационную приватность является объектом абсолютных правоотношений, само по себе оно не является абсолютным правом.

Относительные правоотношения в сфере информационной приватности характеризуются тем, что все их стороны определены. Например, в правоотношении по обработке персональных данных при использовании сайта Госуслуг конкретному субъекту с одной стороны противопоставлен конкретный оператор, с другой – оператор портала, а также иные участники обработки⁹ и их представители¹⁰.

Мы знаем, что обработка персональных данных физическими лицами исключительна для личных и семейных нужд выведена из-под действия Закона в соответствии с п. 1 ч. 2 ст. 1 Закона. Тем не менее эти не урегулированные Законом отношения остаются под действием Конституции РФ и формируют относительные правоотношения между определенными физическими

лицами. В случае нарушения обязанным физическим лицом прав субъекта персональных данных (не совсем ясно, тех ли, которые перечислены в Законе, или конституционных), могут возникнуть охранительные, процессуальные или деликтные правоотношения, о которых речь пойдет далее.

Между сторонами относительного правоотношения возникает обязательство, где оператор должен соблюдать установленные законодательством или добровольно взятые им на себя требования и условия обработки персональных данных (далее по тексту – обязательные и заявленные характеристики обработки), а субъект вправе требовать от оператора их исполнения.

Последствие очерчивания именно такого содержания относительного правоотношения состоит в том, что непосредственно процесс обработки персональных данных не является ни объектом такого правоотношения, ни субъективной обязанностью оператора, а субъект не имеет субъективных прав требования обработки его персональных данных, кроме реализации прав на уточнение, блокирование и удаление (*Ответ на вопрос № 1*). Равно как у субъекта в рассматриваемых правоотношениях нет субъективной обязанности предоставлять оператору свои персональные данные или предоставлять их достоверными (кроме случаев, когда обязанность их предоставления или их достоверность прямо предусмотрены законом или требованиями соглашения субъекта с оператором), а у оператора нет корреспондирующих прав требования. Например, невозможно привлечь соискателя к ответственности за ложную информацию в резюме, а лица творческих профессий вправе использовать псевдоним или изменять свой образ (*Ответ на вопрос № 2*). Кроме того, даже после получения согласия субъекта у оператора не возникает обязательства начинать обработку. Он вправе так никогда ее и не начать (о чем, однако, субъект персональных данных вправе быть проинформированным).

⁸ Белов В.А. Гражданское право в 2 т. Том 2. Особенная часть: учебник для вузов. М., 2023. П. 900-9053.

⁹ Здесь и далее под «участником обработки» автор предлагает понимать лицо, участвующее в обработке персональных данных от своего лица и в своем интересе, например: оператор или со-оператор.

¹⁰ Здесь и далее под «представителем» участника обработки автор предлагает понимать лицо, которое в силу письменного или устного поручения участника обработки обязано выполнять обработку персональных данных (или участвовать в ней) от его лица и в соответствии с его поручением: обработчик, суб-обработчик, со-обработчик, их работники и работники участника обработки.

Следовательно, субъект персональных данных имеет права требования в отношении обязательных или заявленных характеристик обработки его персональных данных (как их обрабатывать?), но не имеет права требовать начать обработку (обрабатывать ли их вообще?), в том числе, требовать распространения или повышения публичности своих данных, даже если сам субъект заинтересован в этом.

Только сам оператор решает, начнется ли обработка персональных данных. При этом он, хоть и не вправе «отменить» в одностороннем порядке предоставленное ему согласие, в силу безотзывности своего запроса на согласие (*Ответ на вопрос № 3*), согласно ст. 436 Гражданского кодекса Российской Федерации¹¹ (ГК РФ), о чем поговорим далее в разделе об акцессорных правоотношениях, но он вправе отказать субъекту в начале любой обработки по своему усмотрению, а также может прекратить любую существующую обработку в любой момент (кроме случаев, когда обработка вытекает из правоотношений, от которых оператор не вправе отказаться, например, обязан по закону оказать медицинскую помощь, образовательные услуги, выплачивать зарплату, исполнять договор и т.п.).

Тем не менее у субъектов есть субъективные права на прекращение или изменение относительных правоотношений по обработке их персональных данных (например, потребовать удалить данные, отозвать согласие, изменить данные, а в некоторых юрисдикциях приостановить конкретный тип обработки или перейти к другому оператору).

Возвращаясь к обязательствам оператора по соблюдению обязательных и заявленных характеристик обработки: они могут содержаться не только в законодательстве или, например, в тексте запроса на согласие (который принято коротко называть согласием), но и в других публичных или внутрикорпоративных документах оператора, например: а) **в публичных заверениях** – публичная

политика или декларация приватности, уведомление об обработке, пользовательское соглашение, знаки соответствия, кодекс приватности, кодекс соответствия, к которому присоединился оператор; б) **в корпоративных правилах**: защиты приватности, обработки запросов субъектов, реагирования на нарушения, работы с личных устройств, информационной безопасности, хранения и удаления данных, дистанционной работы, обмена данными, должностных инструкциях, обязательствах сотрудников и т.д.

По мнению автора, субъективные обязанности, которые оператор взял на себя добровольно и которые он довел до сведения субъекта, чтобы склонить его к вступлению в правоотношения по обработке персональных данных, приобретают характер гражданско-правовых обязательств, должны квалифицироваться как заверения об обстоятельствах в соответствии со ст. 431.2 ГК РФ и подлежать исполнению под угрозой не только административной, но и гражданской ответственности.

Следовательно, оператор, предоставивший субъекту на момент начала обработки недостоверные заверения о характеристиках обработки персональных данных, чем ввел его в заблуждение, обязан понести гражданско-правовую ответственность в соответствии с п. 1-2 ст. 431.2 ГК РФ, а именно: обязан возместить субъекту убытки, причиненные недостоверностью таких заверений, или прекратить обработку по требованию субъекта (*Ответ на вопрос № 4*). Аналогично, недействительность последующих изменений в условиях обработки (например, ложное обещание внедрить сквозное шифрование¹²), должна повлечь гражданско-правовую ответственность за нарушение оператором обязательств в соответствии со ст. 393 ГК РФ.

Даже если до вступления в правоотношения по обработке персональных данных субъект не имел возможности ознакомиться со всеми характеристиками будущей обработки и всеми пуб-

¹¹ Гражданский кодекс Российской Федерации от 30 ноября 1994 г. № 54-ФЗ (ч. 1) (ред. от 16 апреля 2022 г.)

¹² Пример такого ложного обещания об изменениях в обработке, которое ввело в заблуждение миллионы пользователей: провайдер видеоконференцсвязи Zoom начал заявлять в своих маркетинговых материалах, что использует сквозное шифрование, которое на деле оказалось транспортным шифрованием, дающим меньшую защиту персональных данных (Available: URL: theintercept.com/2020/03/31/zoom-meeting-encryption/ (accessed: 08.06.2023)). Групповой иск, поданный субъектами к Zoom в Калифорнии в 2022 г., завершился договоренностью о выплате \$85 000 000 субъектам персональных данных.

личными заверениями оператора¹³, для принятия действительно информированного решения – он вправе впоследствии отказаться от обработки либо потребовать ее прекращения, блокировки, удаления своих данных. Это решение – оставаться в относительных правоотношениях с оператором или выйти из них, субъект будет принимать в том числе на основании публичных заверений оператора. И если окажется, что субъект вступил в правоотношения под влиянием обмана или существенного заблуждения, вызванного недостоверными заверениями, предоставленными оператором, он должен иметь такие же возможности защиты, как и любой другой участник гражданско-правовых отношений.

Итак, в относительном правоотношении стороны имеют взаимные права и обязанности, следовательно, субъекту необходимо понимать: с кем он состоит в правоотношении, к кому он может обратиться за реализацией своих субъективных прав и кто будет исполнять перед ним свои субъективные обязанности.

Это объясняет, почему уведомление субъекта персональных данных об операторе и обработке (когда данные получены не напрямую от субъекта), должно стать универсальным принципом и занять ключевое место в законодательстве об информационной приватности в любой стране: ведь иначе субъект будет пребывать в неведении – с кем он находится в правоотношении (если он в принципе осведомлен о возникшем правоотношении), не получит возможности предъявить права требования к участнику обработки, в силу его неизвестности, а значит, не может и реализовать свои права. Субъект не обладает информацией о степени конфиденциальности/доступности/разглашенности/

защищенности своих персональных данных, а следовательно, не реализует свое субъективное право на самостоятельное установление режима комфортного доступа к своим данным.

Такая ситуация очень сходна с «исключением» – *exclusion*, нарушением приватности, характеризующимся оставлением лица в неведении об обработке, которая служит основанием для формирования предвзятого мнения/выводов о нем, или порождает негативные для него последствия, препятствия к осуществлению возможностей¹⁴.

С точки зрения гражданского права, получение субъектом персональных данных уведомления о начале обработки его данных (*когда такое уведомление обязательно в соответствии с п. 4 ст. 18 Закона*) является юридически значимым сообщением (ст. 165.1 ГК РФ) и юридическим фактом¹⁵, порождающим относительное правоотношение по обработке его персональных данных (*Ответ на вопрос № 5*).

Следовательно, до момента получения такого уведомления правомерная обработка персональных данных не может считаться возникшей и, вероятно, должна признаваться незаконной обработкой персональных данных. Кроме того, не уведомлением субъекта о начале обработки грубо нарушается его право на свободу вступления в правоотношения: он оказывается стороной незаконных правоотношений помимо своей воли, что ограничивает его правоспособность и нарушает ст. 22 ГК РФ, согласно которой никто не может быть ограничен в правоспособности.

Практика уведомления субъектов об обработке персональных данных в странах СНГ не внушает оптимизма: даже консультанты по защите персональных данных не часто рекомендуют уве-

¹³ Согласно исследованию Алисии Макдональд и Лорри Кранор, если бы люди должны были прочитать все соответствующие уведомления о конфиденциальности, это заняло бы более 200 часов в год (*McDonald Aleecia M. & Cranor Lorrie Faith. The Cost of Reading Privacy Policies // I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society, vol. 4:3, Privacy Year in Review issue, 2008. pp. 543–565. Available: URL: <https://lorrie.cranor.org/pubs/readingPolicyCost-authorDraft.pdf> (accessed: 12.06.2023). Даже если бы все люди внезапно начали читать политики приватности, они часто не были бы в состоянии понять информацию, которую они получают о своих данных, и принимать обдуманные решения (*Solove, Daniel J. The Limitations of Privacy Rights (February 1, 2022) // 98 Notre Dame Law Review 975 (2023), GWU Legal Studies Research Paper No. 2022-30, GWU Law School Public Law Research Paper No. 2022-30. P. 996. Available: URL: ssrn.com/abstract=4024790 (accessed: 8 June 2023)*).*

¹⁴ Taxonomy of harm. Version 7 (2023) // Enterprivacy Consulting Group. Based on A Taxonomy of Privacy by Solove Daniel J. Available: URL: privacybydesign.training/wp-content/uploads/2023/05/A-Taxonomy-of-Privacy-Infographic-v7-2023-A4_Bleed.pdf (accessed: 8.06.2023).

¹⁵ Куранов В.Г. Юридически значимые сообщения в российском гражданском праве // ФГБОУ ВО «Пермский государственный национальный исследовательский университет». Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук. Пермь, 2020.

домлять субъектов – якобы операционные издержки превышают степень риска быть оштрафованным за неуведомление. Не все понимают ключевую роль уведомления в соблюдении прав субъектов, а законодательство не часто акцентирует на этом внимание. Однако уведомление об обработке – это не какое-то загадочное обременение для оператора. Речь идет об осведомленности субъекта о его собственном участии в правоотношении и о конкретных обязательствах оператора. Если субъект не уведомлен об обработке и не знает, кто оператор, должны ли мы признать, что последний *de facto* освобождается от всех своих обязанностей перед субъектом? Ведь, не зная от кого, субъект не может требовать их исполнения.

Представляется, что отведение в законодательстве об информационной приватности центральной роли уведомлению – это еще и предпосылка к внедрению такого передового условия для обработки персональных данных, как легитимный интерес оператора.

Важно помнить, что представители участника обработки, например работники, находятся не только в относительных правоотношениях с субъектами на стороне участника обработки, но и в абсолютных правоотношениях с этими же субъектами. Вот почему при нарушении прав приватности субъекта персональных данных представителем участника обработки ответственность не во всех случаях будет нести участник обработки (например, работодатель) (несмотря на указание ст. 402–403 ГК РФ, согласно которым действия работников и представителей должника по исполнению его обязательства считаются действиями должника и должник отвечает за эти действия, если они повлекли неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства. А также, несмотря на указание ст. 1068 ГК РФ, согласно которой юридическое лицо возмещает вред, причиненный его работником при исполнении трудовых (служебных, должностных) обязанностей).

Работник, равно как и иной представитель участника обработки, лично отвечает за нарушение своих субъективных обязанностей из абсолют-

ных правоотношений с конкретным субъектом персональных данных как самостоятельная сторона этих правоотношений, а не как структурная единица внутри участника обработки, действующая по его инструкции и о которой субъект персональных данных даже не вправе знать (см. подп. 4 п. 7 ст. 14 Закона) (*Ответ на вопрос № 6*).

Таким образом, в случае расследования утечки (а равно любого другого нарушения приватности) необходимо разграничивать, в какой роли и в каких правоотношениях находился представитель участника обработки на момент совершения им нарушения, чтобы установить, какую именно свою субъективную обязанность он нарушил: 1) из абсолютных правоотношений с субъектом персональных данных (пассивная обязанность соблюдать режим доступа к персональным данным, установленный и поддерживаемый субъектом) или 2) из относительных правоотношений участника обработки с субъектом персональных данных (обязанность соблюдать обязательные и заявленные характеристики обработки).

Основные и акцессорные правоотношения

В статье 6 Закона перечислены условия обработки персональных данных, и если мы рассмотрим их как список юридических фактов, приводящих к возникновению правоотношений в сфере информационной приватности, то придем к следующему выводу: в подавляющем большинстве случаев правоотношения по обработке персональных данных возникают как производные от неких основных, главных, предшествующих им правоотношений. Это значит, что они носят акцессорный, подчиненный характер относительно этих основных правоотношений, которые спровоцировали обработку персональных данных.

Акцессорность в римском праве предполагала дополнительность к основному обязательству, из которого следовал принцип прекращения дополнительного обязательства с прекращением основного. При этом обратного эффекта акцессорное обязательство на основное оказывать не могло¹⁶.

¹⁶ Фролов А.И. Акцессорность как эффект функциональной производности гражданского правоотношения // Вестник Томского государственного университета. 2018. № 29. С. 193.

В действующем российском законодательстве концепция акцессорного обязательства нашла свое отражение в регулировании обеспечительных обязательств. Согласно пункту 4 ст. 329 ГК РФ прекращение основного обязательства влечет прекращение обеспечивающего его обязательства, если иное не предусмотрено законом или договором. Однако лишь обеспечительными обязательствами применимость этой концепции не ограничивается. Так правоотношения по уплате процентов, субаренда, субподряд, субкомиссия и другие субправа, ограниченные вещные права, исключительные имущественные права автора являются акцессорными по отношению к основным правоотношениям.

При этом, помимо свойства следования за основным, акцессорность стала проявляться также в свойстве зависимости акцессорного обязательства от изменения объема основного, свойстве зависимости акцессорного обязательства от возможностей принудительной реализации основного обязательства.

Помимо обязательств концепцию акцессорности можно применить к правоотношениям в целом, и в том числе к правоотношениям в сфере информационной приватности. Так, например, при участии субъекта персональных данных в гражданско-правовом договоре основным правоотношением выступает сам договор, а производным от него будет правоотношение по обработке персональных данных субъекта для целей заключения, исполнения, изменения и прекращения этого договора. По прекращении договора с субъектом прекратится и акцессорное правоотношение по обработке персональных данных. Чтобы продолжить обработку тех же данных, участнику обработки потребуется новое условие для обработки, которым прекратившийся договор больше не является. Аналогично, в случаях оказания субъекту медицинской помощи, государственных услуг, участия его в процессуальных правоотношениях, когда он становится персонажем произведения или участником исследования, когда он исполняет обязан-

ности, возложенные на него законом, – обработка персональных данных будет возникать как акцессорное правоотношение, производное от основного. Без этих правоотношений не могут возникнуть акцессорные правоотношения в сфере информационной приватности, поскольку именно они порождают юридические факты, влекущие возникновение, изменение и прекращение акцессорного.

Поскольку акцессорное правоотношение следует судьбе основного, и оно прекращается вместе с прекращением основного правоотношения, то юридический факт, прекращающий его, будет также определять и момент окончания обработки персональных данных. Соответственно, обработка персональных данных должна заканчиваться либо одновременно с прекращением основного правоотношения, либо зависеть от него. Кроме того, с изменением объема или иных существенных условий основного правоотношения акцессорное правоотношение по обработке персональных данных будет претерпевать соответствующие производные изменения. Например, при необходимости изменения перечня оказываемых субъекту медицинских услуг может потребоваться и изменение перечня обрабатываемых персональных данных, изменение срока их обработки, изменение списка представителей участника обработки или даже замена самого оператора.

Однако не все условия обработки персональных данных порождают акцессорные правоотношения. Существует одно условие обработки, которое провоцирует возникновение основного правоотношения по обработке персональных данных, не зависящего ни от каких других правоотношений – согласие на обработку персональных данных (по крайней мере, именно в такой роли оно задумано законодателем). Говоря языком цивилистики, предоставление согласия – это акцепт оферты оператора (запроса на согласие), деяние субъекта, юридический факт в форме акта, порождающий правоотношение по обработке персональных данных¹⁷ (*Ответ на вопрос № 7*). Как следствие, отзыв

¹⁷ В пользу цивилистического подхода к толкованию правовой природы согласия можно также толковать позицию Пленума Верховного Суда РФ, изложенную в п. 43 Постановления № 25 от 23 июня 2015, в отношении согласия на обнародование и использование изображения гражданина, которое суд квалифицировал как сделку. См. также *Сунагатуллин С.Р.* Место согласия на причинение вреда в системе юридических фактов: доктрина и практика Германии // *Вестник Московского университета.* Серия 11. Право. 2023. №3. Режим доступа: URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/mesto-soglasiya-na-prichinenie-vreda-v-sisteme-yuridicheskikh-faktov-doktrina-i-praktika-germanii> (дата обращения: 27 апреля 2024).

согласия будет юридическим фактом, влекущим прекращение возникшего на его основании правоотношения по обработке персональных данных.

Таким образом, если согласие используется обоснованно и возникшее вследствие него правоотношение не зависит ни от каких иных правоотношений, его отзыв никак не повлияет на какое-либо основное правоотношение ввиду отсутствия оно. Отсюда следует, что срок прекращения правоотношения по обработке персональных данных (а равно и прекращения самой обработки), возникшего на основании согласия, должен быть установлен оператором в тексте запроса на согласие, либо должен заканчиваться юридическим фактом – отзывом согласия. Практически это означает, что срок прекращения обработки (то есть срок действия самого согласия) не может определяться какими-либо иными обстоятельствами, кроме двух указанных выше, в частности, ссылкой на истечение сроков, установленных законом, или на расторжение договора. Ведь эти юридические факты характерны для основных правоотношений и влекут прекращение зависимого от них акцессорного правоотношения. Только обработки, возникшие как акцессорные, прекращаются вместе с прекращением основного правоотношения, следуя его судьбе. Возникающие же на основании согласия основные правоотношения не могут и не должны прекращаться как акцессорные (*Ответ на вопрос № 8*).

Следовательно, сбор согласия в целях начала обработки персональных данных, когда она уже подчиняется некоему основному правоотношению, и уже есть иной конкурирующий юридический факт для начала этой обработки – будет излишним. «Дублирование» юридических фактов согласиями приводит к ошибке и нарушает устойчивость основных правоотношений. Ведь отзыв излишне собранного согласия влияет на основное правоотношение так, как будто акцессорное правоотношение может влиять на основное и даже ставить его дальнейшее существование под угрозу. Но это противоречит логике. Суть и цель согласия в том, чтобы инициировать основное правоотношение по обработке персональных данных при

отсутствии иного юридического факта для его возникновения (*Ответ на вопрос № 9*).

На практике данный вывод выражается в использовании профессионалами так называемого «водопада правовых оснований»¹⁸ при выборе предпочтительного условия обработки персональных данных. Этот принцип состоит в следующем: прежде чем положиться на согласие, необходимо убедиться в том, что ни одно из других оснований обработки не может быть применено. Каждое основание должно быть рассмотрено и оценено на его применимость к конкретной обработке до того, как в конце концов останется последний вариант – согласие. Когда условием обработки выбрано согласие, это значит, что обработка персональных данных была самоцелью и единственным объектом правоотношения. Исчерпав все возможности быть акцессорным, правоотношение в сфере информационной приватности может положиться на согласие и быть основным.

Таким образом, правоотношения в сфере информационной приватности можно разделить на основные и акцессорные, исходя из их независимости или производности. Представляется, что большинство правоотношений в сфере информационной приватности являются акцессорными, в том числе в случае сбора излишних согласий.

Имущественные и неимущественные правоотношения

Еще одним критерием классификации правоотношений в сфере информационной приватности служит объект. Имущественные правоотношения возникают по поводу объектов, права на которые можно передать. Неимущественные правоотношения возникают по поводу объектов, права на которые неотделимы от человека.

Большинство правоотношений субъекта персональных данных в сфере информационной приватности следует относить к неимущественным, поскольку персональные данные, а точнее степень их неизвестности, устанавливаемая и поддерживаемая самим субъектом, – является его личным неимущественным благом, неотделимым от него.

¹⁸ Этот прием широко применяется специалистами по внедрению Общего регламента защиты персональных данных Европейского союза. Автор приема Сергей Воронкевич. URL профессиональной страницы: data-privacy-office.com/person/siarhei-varankevich/?ysclid=lirjco48tl992208474 (дата обращения: 10 июня 2023 г.).

Некоторые неимущественные правоотношения субъекта персональных данных в сфере информационной приватности тесно связаны с имущественными отношениями, в частности когда они носят аксессуарный характер по отношению к имущественному правоотношению. Конечно, субъект персональных данных не может передать третьему лицу свое личное право на информационную приватность, однако вполне может предоставить персональные данные в качестве оплаты или иного встречного представления участнику обработки за получаемые от него блага.

В частности, предоставление персональных данных субъектом в обмен на получение оплаты, бонуса, скидки, контента или услуги (так называемые отношения: «доступ-за-данные», “access-for-data”) является неимущественным правоотношением, связанным с имущественным. В этом случае предоставление персональных данных можно рассматривать как выполнение договорных обязательств субъекта персональных данных.

Этот тип договора встречается в некоторых европейских директивах с 2011 г., а с 2022 г. он закреплен в Германском гражданском кодексе¹⁹: секция 312 (1а) и секция 327 (3) вводят тип договоров, где потребитель обязуется предоставить провайдеру цифрового контента/услуг свои персональные данные в качестве встречного исполнения. Оплата персональными данными теперь не только практическое явление, но и юридическое.

Эти договорные обязательства субъекта персональных данных являются встречными к обязательствам участника обработки, что соответствует концепции синаллагматического договора²⁰, в котором закреплены взаимообусловленные обязанности сторон в пользу друг друга. То есть предоставление персональных данных служит встречным исполнением за выгоду, предоставления

которой субъект персональных данных вправе требовать. Такие правоотношения между субъектами и операторами формируют так называемый «первичный рынок данных»²¹.

Более того, обычно субъект обязан предоставлять только достоверную информацию о себе, использовать настоящее фото, имя, а не псевдоним или сценическое имя, а также уведомлять о любых изменениях в предоставленных данных. Такие обязательства подлежат исполнению только в том случае, если они четко оговорены в договоре с оператором, например, в пользовательском соглашении. Субъект персональных данных должен понимать соответствующие положения пользовательского соглашения как свои договорные обязательства.

Любопытно отметить, что обработка, возникающая на основании возмездного, например, трудового договора с субъектом, не будет являться неимущественным правоотношением, связанным с имущественным, поскольку в нем субъект получает плату не за персональные данные, а за труд, то есть в рамках иного – трудового правоотношения, где объектом выступает труд. Лишь там, где субъект получает возмещение именно за предоставление персональных данных, могут возникать неимущественные правоотношения в области информационной приватности, связанные с имущественными.

В то же время, большинство правоотношений в сфере информационной приватности, складывающихся между участниками обработки, можно квалифицировать как имущественные. Например, такие организационные правоотношения как представительство, поручение на обработку или трансграничную передачу, могут быть возмездными и иметь своим объектом вознаграждение, денежную компенсацию или иное встречное представление.

¹⁹ Германский гражданский кодекс от 2 января 2002 г. Режим доступа: URL: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html (дата обращения: 12 декабря 2023 г.).

²⁰ Metzger Axel. “Dienst Gegen Daten: Ein Synallagmatischer Vertrag.” Archiv Für Die Civilistische Praxis. vol. 216. no. 6. 2016. pp. 817–65. Available: URL: <http://www.jstor.org/stable/44856784> (accessed; 1 September 2023).

²¹ Louisa Specht. Datenverwertungsverträge zwischen Datenschutz und Vertragsfreiheit – Eckpfeiler eines neuen Datenschuldrechts, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn DGRI-Jahrbuch. 2017. pp. 6–9. Available: URL: https://www.jura.uni-bonn.de/fileadmin/Fachbereich_Rechtswissenschaft/Einrichtungen/Lehrstuehle/Specht/Specht_Datenschuldrecht4.pdf (дата обращения: 20 апреля 2024).

Кроме того, на так называемом «вторичном рынке данных»²² между участниками обработки складываются в подавляющем большинстве именно имущественные правоотношения: оператор, действуя как продавец, передает имеющиеся у него персональные данные как товар получателю/покупателю в обмен на вознаграждение, денежную компенсацию или иное встречное представление (например, услуги или другие данные). Персональные данные в таких правоотношениях выступают в качестве такого объекта гражданских правоотношений как информация, являются активом оператора, имущественные права на который могут быть оценены и переданы третьему лицу. Участниками таких правоотношений на «вторичном рынке данных» обычно являются базы контактов для рассылок, социальные сети, службы веб-аналитики, агрегаторы данных, производители «умных помощников», операторы связи, интернет-провайдеры и т.д.

Таким образом, если персональные данные служат объектом возмездных правоотношений, такие правоотношения следует квалифицировать как имущественные.

Организационные правоотношения

В сфере информационной приватности между участниками могут возникать правоотношения, нацеленные на упорядочивание иных уже существующих правоотношений – организационные правоотношения²³.

Они по определению являются акцессорными по отношению к основным, организуемым правоотношениям, которые они должны упорядочивать и нормализовывать. Например, представительство, когда родитель или законный представитель («проху») представляют несовершеннолетнего или недееспособного субъекта персональных данных и выступают в основных правоотношениях от его лица. Правоотношения представительства здесь призваны обеспечить возникновение и дальнейшее развитие основных правоотношений в сфере

информационной приватности представляемого субъекта.

Правоотношения правопреемства после смерти или в результате смены владельца персональных данных (когда, например, они являются сами по себе или входят в состав результата интеллектуальной деятельности) – также являются организационными, нацелены на обеспечение стабильности и непрерывное функционирование основных правоотношений в сфере информационной приватности.

Правоотношения между оператором и обработчиком, суб-обработчиком, со-оператором, экспортером и импортером также являются организационными правоотношениями и часто формализуются в соглашениях о поручении обработки или о трансграничной передаче персональных данных. К организационным следует относить и те правоотношения, которые возникают у перечисленных выше участников обработки с их работниками и иными представителями, которые выполняют обработку от их лица и по их распоряжению. Пусть эти правоотношения не бывают оформлены единым документом, но все же они регулируются множеством рассеянных норм, касающихся обработки персональных данных (трудовой или иной договор, должностная инструкция, внутренние политики, требования к защите персональных данных, обучение, инструктажи и локальные акты – см. подп. 6 п. 1 ст. 18.1 и подп. 1 и 2 п. 4 ст. 22.1 Закона), которыми участники обработки обязуют этих лиц выполнять обработку персональных данных в соответствии с обязательными и заявленными характеристиками обработки, под страхом дисциплинарной и иной ответственности. Субъекты персональных данных, являющиеся участниками групп или ассоциаций, также вступают в организационные правоотношения внутри таких объединений.

Правоотношения в сфере информационной приватности, будучи в большинстве своем акцессорными, сами будут выступать в роли основных для организационных правоотношений. В то же

²² Там же.

²³ Андрущенко А.В. Место организационных правоотношений в предмете гражданско-правового регулирования // Вестник Томского государственного университета. 2014. № 2 (12). С. 111; См. также: Красавчиков О.А. Гражданские организационно-правовые отношения // Советское государство и право. 1966. № 10. С. 50–57; См. также: Афанасьев Д.В. Гражданско-правовое регулирование организационных отношений // Современная научная мысль. 2015. № 6. С. 135.

время организационные правоотношения, будучи «дважды» акцессорными, следуют судьбе и изменяются синхронно с обоими своими основными правоотношениями (например, при прекращении договора с субъектом прекращается основанное на нем правоотношение по обработке его персональных данных и связанное с ним организационное правоотношение).

Публичные административные правоотношения

Участники обработки, их представители и сами субъекты персональных данных вступают в правоотношения не только между собой, но и с властным органом, уполномоченным по вопросам обработки персональных данных или иным вопросам в сфере информационной приватности. Такие правоотношения строго регламентированы законодательством и соответствующими административными регламентами, а властный орган, участвуя в них, реализует предписанные ему властные полномочия в отношении других участников правоотношения. Элемент реализации полномочий позволяет характеризовать эти административные правоотношения как публичные.

Итак, у властного органа возникают предписанные ему властные полномочия и права, тогда как у остальных участников административного правоотношения в сфере информационной приватности возникают обязанности и некоторые права.

Стоит отметить, что не все правоотношения с участием уполномоченного властного органа являются публичными, ведь он не во всех правоотношениях исполняет свои властные полномочия. В некоторых из них он обладает теми же правами и обязанностями как любой другой участник обработки, например, в отношении своих сотрудников. Такие правоотношения будут относиться к относительным гражданским правоотношениям.

Рассмотрим примеры административных правоотношений. Некоторые операторы вступают и пребывают в них в течение всего периода обработки по инициативе самого уполномоченного органа, если он включит их в перечень объектов контроля (надзора)²⁴ или в реестр операторов²⁵. Кроме того, надзорный орган регулярно инициирует административные правоотношения с операторами в порядке выполнения мер контроля и надзора или с нарушителями требований законодательства.

Также операторы обязаны уведомить надзорный орган о намерении начать обработку (ст. 21 Закона), намерении осуществлять трансграничную передачу (п. 3 ст. 12 Закона), установлении факта неправомерной или случайной передачи персональных данных (п. 3.1 ст. 21 Закона). Здесь административное правоотношение с надзорным органом возникает по инициативе самого оператора, хоть и не добровольной, а в порядке исполнения обязанности, возложенной на него Законом.

Помимо участников обработки, их представители, сами субъекты персональных данных, а также их объединения могут инициировать административные правоотношения в порядке подачи обращений в надзорный орган²⁶.

Важно иметь в виду, что обжалование действий или бездействий оператора не влечет возникновения административного правоотношения. В этом случае лицо инициирует публичное охранительное правоотношение, о котором речь пойдет далее.

Регулятивные, охранительные и процессуальные правоотношения

В зависимости от степени добровольности поведения обязанной стороны правоотношения в сфере информационной приватности можно классифицировать на три типа: регулятивные, охранительные и процессуальные²⁷. Обязанной стороной в данном случае чаще всего выступает

²⁴ Постановление Правительства РФ от 29 июня 2021 г. № 1046 «О федеральном государственном контроле (надзоре) за обработкой персональных данных» (ред. от 16 декабря 2021 г.)

²⁵ Приказ Роскомнадзора от 30 мая 2017 г. № 94 «Об утверждении методических рекомендаций по уведомлению уполномоченного органа о начале обработки персональных данных и о внесении изменений в ранее представленные сведения» (ред. от 30 октября 2018 г.)

²⁶ Федеральный закон от 2 мая 2006 г. № 59-ФЗ «О порядке рассмотрения обращений граждан Российской Федерации» (ред. от 27 декабря 2018 г.)

²⁷ *Ненашев М.М.* О соотношении регулятивных, охранительных и процессуальных правоотношений. // Иски и судебные решения: Сборник статей / Рук. авт. кол. и отв. ред. докт. юрид. наук М.А. Рожкова. М., 2009. С. 115; См. также: *Григорьева М.А.* Проблема классификации гражданских правоотношений на регулятивные и охранительные // Вестник КрасГАУ. 2010. № 7. С. 169.

участник обработки, его представитель или представитель субъекта персональных данных. Однако и сам субъект может оказаться обязанной стороной, в случаях, когда на него возложены субъективные обязанности в рамках правоотношения, например: обязанность предоставить достоверные или полные персональные данные, обязанность предоставить информацию своему представителю или уплатить ему вознаграждение.

Правоотношения, в которых поведение обязанной стороны правомерно и добровольно, относятся к регулятивным, поскольку такое поведение соответствует нормам права, а также обязательным и заявленным характеристикам обработки. Как абсолютные, так и относительные правоотношения в сфере информационной приватности, динамика которых не поражена нарушением прав противоположной стороны, норм права, неисполнением или ненадлежащим исполнением обязанностей или характеристик обработки, иными словами, они функционируют без нарушений и девиаций; будут являться регулятивными (вероятно, их можно также называть «нормативными» или «нормальными»).

Например, такие на первый взгляд конфликтные ситуации, как реализация субъектом права на отзыв согласия (п. 2 ст. 9 Закона), на возражение против «автоматизированного» решения (п. 3 ст. 16 Закона) или требование прекратить распространение персональных данных (п. 12 ст. 10.1 Закона), вполне укладываются в рамки нормального функционирования регулятивного правоотношения, если оператор добровольно и должным образом удовлетворит права субъекта.

В случае принуждения обязанной стороны к правомерному поведению возникает охранительное правоотношение, нацеленное на охрану прав субъекта персональных данных и защиту его нарушенных прав. Так, например, в случае осуществления неправомерной обработки, субъект, его представитель или надзорный орган вправе потребовать прекратить неправомерную обработку либо уничтожить персональные данные в соответствии с п. 3 ст. 21 Закона. В этом случае оператора придется понуждать к правомерному поведению.

Регулятивные и охранительные правоотношения могут быть как гражданскими, так и публичными, в зависимости от того, реализует ли участвующий в них властный орган (если он вообще является их стороной) свои властные полномочия в отношении сторон.

Зачастую реализовать или защитить свои права или публичные интересы управомоченной стороне не удастся ни в рамках регулятивного, ни в рамках охранительного правоотношения. В таких случаях понуждение достигает своего апогея, а правомерное поведение обязанной стороны достигается мерами государственного принуждения в рамках административного или гражданского процесса. Здесь без участия властного органа, реализующего властные полномочия в отношении провинившейся стороны, например суда или надзорного органа, – не обойтись. Поэтому возникающие процессуальные правоотношения в сфере информационной приватности всегда публичные.

Процессуальные правоотношения могут возникнуть, например, в случае обращения субъекта в суд с требованием прекратить распространение его персональных данных в соответствии с п. 14 ст. 10.1 Закона.

Данная статья не коснется исследования публичных исполнительных процессуальных правоотношений, поскольку на сегодняшний день автор полагает, что они не обладают достаточной спецификой, характерной для сферы информационной приватности, которая позволила бы выделить их в особый вид исполнительных правоотношений.

Деликтные правоотношения

Вспомним абсолютные правоотношения в сфере информационной приватности: что произойдет, если одно из множества противостоящих субъекту неопределенных лиц нарушит свою пассивную обязанность по соблюдению установленного субъектом режима доступа к его персональным данным? Тем самым нарушитель станет определен и спровоцирует возникновение между ним и субъектом нового относительного правоотношения: гражданского деликтного правоотношения²⁸.

²⁸ Ковалева О.В. Деликтные правоотношения как институт гражданского права // Вестник Санкт-Петербургского университета Государственной противопожарной службы МЧС России. 2013. № 2. С. 94.

Нарушение может оказаться как результатом умышленного незаконного, противоправного деяния (деликт), так и результатом неумышленного внедоговорного гражданского правонарушения: небрежности или неосторожности (квазиделикт). Некоторые из нарушений приватности, перечисленных в Таксономии вреда Даниэля Солове²⁹, можно уверенно классифицировать как деликты: распространение, шантаж, присвоение личности, искажение, слежка, вторжение.

Наиболее часто на практике деликты возникают в сфере информационной приватности при утечке персональных данных, агрегировании персональных данных без ведома субъектов персональных данных, распространении персональных данных в даркнете. Здесь важно отметить, что утечка данных, вызванная участником обработки или его представителем в рамках относительных, а не абсолютных правоотношений, не повлечет возникновение деликта, а, скорее всего, повлечет возникновение относительных охранительных или процессуальных правоотношений между субъектом и участником обработки. Приведенные примеры могут также квалифицироваться как административные правонарушения или уголовные преступления.

Таким образом, хотя абсолютные правоотношения в сфере информационной приватности существуют пассивно и незаметно между всеми людьми и организациями, включая друзей, родственников, соседей, прохожих, частные и государственные компании и т.д.; и мы все сосуществуем, не задумываясь о своих обязательствах; если кто-то из нас нарушит эти обязательства – между конкретными сторонами возникнет новое относительное гражданское деликтное правоотношение, нацеленное на защиту нарушенных прав в сфере информационной приватности. В случае причинения вреда субъекту персональных данных деликтом он вправе потребовать возмещения такого вреда лицом, причинившим вред, на основании ст. 1064 ГК РФ и/или потребовать компенсации морального вреда на основании ст. 1100 ГК РФ.

Как упоминалось ранее в разделе об абсолютных и относительных правоотношениях, если фи-

зическое лицо, обрабатывавшее персональные данные субъекта исключительно для личных и семейных нужд, нарушит права субъекта, между сторонами также могут возникнуть деликтные правоотношения.

Заключение

Итак, в результате выполненной классификации автор выделяет следующие типы правоотношений, специфические для сферы информационной приватности.

1. Абсолютное гражданское правоотношение
2. Относительное неимущественное гражданское правоотношение
3. Относительное гражданское неимущественное правоотношение, связанное с имущественным
4. Относительное гражданское имущественное правоотношение
5. Относительное гражданское организационное правоотношение
6. Относительное публичное административное правоотношение
7. Относительное регулятивное правоотношение (публичное/гражданское)
8. Относительное охранительное правоотношение (публичное/гражданское)
9. Относительное публичное процессуальное правоотношение
10. Относительное гражданское деликтное правоотношение.

Схематично построенную автором в ходе настоящего исследования таксономию правоотношений в сфере информационной приватности можно изобразить следующим образом (см. рисунок 1):

Для дальнейшего исследования особенностей и специфики каждого из этих типов правоотношений необходимо рассмотреть состав каждого и спектр юридических фактов, приводящих их в динамику. Этой теме будут посвящены следующие работы автора.

Итак, мы выделили в сфере информационной приватности: шесть гражданских правоотношений, два публичных и два правоотношения, которое могут быть отнесены как к гражданским, так

²⁹ *Taxonomy of harm*, см. сноску 14.



Рисунок 1. Таксономия правоотношений в сфере информационной приватности

и к публичным. Достаточно ли простого большинства гражданских правоотношений, чтобы квалифицировать право информационной приватности как частное? Едва ли. Однако, представляется, что подобной квалификации должны подвергаться не целые отрасли права или учебные дисциплины, а лишь правоотношения, изучению которых они посвящены³⁰.

Если пристально присмотреться, некоторые отрасли права далеко не отличаются «чистотой», а в разной концентрации вбирают в себя институты, характерные как для частного, так и для публичного права. Корпоративное право может содержать в себе публично-правовые элементы, например подчинение дочернего общества основ-

ному (ст. 67.3 ГК РФ). А уголовно-процессуальное право – частноправовые начала, как например, судебная сделка (ст. 25 УПК РФ)³¹. Так что, вероятно, попытка отнести право информационной приватности только к частному, либо только к публичному праву – непродуктивна (*Ответ на вопрос № 10*).

Осознание природы существующих правоотношений в сфере информационной приватности, понимание их логики и устойчивых закономерностей их динамики, должно позволить законодателю качественнее формулировать нормативные акты, правоприменителю – эффективнее защищать права субъектов, а оператору отказаться от эндогенности права³² в пользу человеко-центричного и справедливого решения своих бизнес-задач.

³⁰ Терентьева Н.А. Деление права на публичное и частное в контексте учения о субъектах правоотношений // Вестник Московского университета. Серия 11: Право. 2017. № 3. С. 137.

³¹ Мальцев Г.В. Проблема частного и публичного права // Социология власти. 2003. № 3. С. 42.

³² Ari Ezra Waldman. Privacy Law's False Promise, 97 WASH. U. L. REV. 0773, 2020. pp. 773–834. P. 786. URL https://openscholarship.wustl.edu/law_lawreview/vol97/iss3/7 (accessed: 02.12.2023).

Список литературы:

1. Андрющенко А.В. Место организационных правоотношений в предмете гражданско-правового регулирования // Вестник Томского государственного университета. 2014. № 2 (12). С. 111.
2. Афанасьев Д.В. Гражданско-правовое регулирование организационных отношений // Современная научная мысль. 2015. № 6. С. 135.
3. Белов В.А. Гражданское право в 4 т. Общая часть в 2 кн. Книга 1. Том II. Лица, блага: учебник для вузов. М., 2024. С. 427.
4. Белов В.А. Гражданское право в 2 т. Том 2. Особенная часть: учебник для вузов. М., 2024. П.п. 900-9053.
5. Гаджиалиева Н.Ш. К вопросу о содержании конституционного права на неприкосновенность частной жизни // Государственная служба и кадры. 2021. № 5. С. 34–37.
6. Григорьева М.А. Проблема классификации гражданских правоотношений на регулятивные и охранительные // Вестник КрасГАУ. 2010. № 7. С. 169.
7. Ковалева О.В. Деликтные правоотношения как институт гражданского права // Вестник Санкт-Петербургского университета Государственной противопожарной службы МЧС России. 2013. № 2. С. 94.
8. Красавчиков О.А. Гражданские организационно-правовые отношения // Советское государство и право. 1966. № 10. С. 50–57.
9. Куранов В.Г. Юридически значимые сообщения в российском гражданском праве // ФГБОУ ВО «Пермский государственный национальный исследовательский университет». Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук. Пермь, 2020.
10. Мальцев Г.В. Проблема частного и публичного права // Социология власти. 2003. № 3. С. 42.
11. Ненашев М.М. О соотношении регулятивных, охранительных и процессуальных правоотношений. // Иски и судебные решения: Сборник статей / Рук. авт. кол. и отв. ред. докт. юрид. наук М.А. Рожкова. М., 2009. С. 115.
12. Сунагатуллин С.Р. Место согласия на причинение вреда в системе юридических фактов: доктрина и практика Германии // Вестник Московского университета. Серия 11. Право. 2023. №3. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/mesto-soglasiya-na-prichinenie-vreda-v-sisteme-yuridicheskikh-faktov-doktrina-i-praktika-germanii> (дата обращения: 27 апреля 2024).
13. Терентьева Н.А. Деление права на публичное и частное в контексте учения о субъектах правоотношений // Вестник Московского университета. Серия 11: Право. 2017. № 3. С. 137.
14. Фролов А.И. Акцессорность как эффект функциональной производности гражданского правоотношения // Вестник Томского государственного университета. 2018. № 29. С. 193.
15. Цадыхова Э. А. Конституционное право на неприкосновенность частной жизни (сравнительно-правовое исследование): Автореферат, диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук // Российская академия правосудия. М., 2007. С. 10.
16. Часовникова О. Г. Генезис принципа охраны прав человека на неприкосновенность частной жизни, личной и семейной тайны // Журнал правовых и экономических исследований. 2021. № 3. С. 117.
17. Finn Rachel L., Wright David and Friedewald Michael. Seven Types of Privacy. In: Serge Gutwirth, Yves Poullet et al. (eds.), European Data Protection: Coming of Age, 2013. P. 4.
18. Metzger Axel. “Dienst Gegen Daten: Ein Synallagmatischer Vertrag» Archiv Für Die Civilistische Praxis, vol. 216, no. 6, 2016. pp. 817–65. URL: <http://www.jstor.org/stable/44856784> (дата обращения: 1 сентября 2023).
19. McDonald Aleecia M. & Cranor Lorrie Faith. (2008). The Cost of Reading Privacy Policies // I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society, vol. 4:3, Privacy Year in Review issue, 2008. pp. 543–565. URL: <https://lorrie.cranor.org/pubs/readingPolicyCost-authorDraft.pdf> (дата обращения: 12 июня 2023).
20. Waldman Ari Ezra. (2020). Privacy Law’s False Promise, 97 WASH. U. L. REV. 0773 pp. 773–834. P.786. URL: https://openscholarship.wustl.edu/law_lawreview/vol97/iss3/7 (дата обращения: 2 декабря 2023).

21. *Specht Louisa*. Datenverwertungsverträge zwischen Datenschutz und Vertragsfreiheit – Eckpfeiler eines neuen Datenschuldrechts, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn DGRI-Jahrbuch. 2017. pp. 6–9. URL: https://www.jura.uni-bonn.de/fileadmin/Fachbereich_Rechtswissenschaft/Einrichtungen/Lehrstuehle/Specht/Specht_Datenschuldrecht4.pdf (дата обращения: 20 апреля 2024).
22. *Solove, Daniel J.* (2022). The Limitations of Privacy Rights. 98 Notre Dame Law Review, 975, GWU Legal Studies Research Paper. 2022 (30), GWU Law School Public Law Research Paper No. 2022(30), 996. URL: <https://ssrn.com/abstract=4024790> (дата обращения: 8 июня 2023).
23. *Solove Daniel J.*, Understanding Privacy. 2008.
24. Taxonomy of harm. Version 7 (2023) // Enterprivacy Consulting Group. Based on A Taxonomy of Privacy by *Solove Daniel J.* (2023). Version 7. URL: https://privacybydesign.training/wp-content/uploads/2023/05/A-Taxonomy-of-Privacy-Infographic-v7-2023-A4_Bleed.pdf (дата обращения: 8 июня 2023).

Для цитирования:

Рожкова М.А. 5 признаков (критериев охраноспособности) произведений науки, закрепленных действующим законодательством // Журнал Суда по интеллектуальным правам. Июнь 2024. № 2 (44). С. 145–152.

DOI: 10.58741/23134852_2024_2_8

Rozhkova M.A. 5 attributes (criteria of protectability) of works of science enshrined in the current legislation // Zhurnal Suda po intellektual'nym pravam. June 2024. N 2 (44). Pp. 145–152. (In Russ.).

DOI: 10.58741/23134852_2024_2_8

DOI: 10.58741/23134852_2024_2_8

5 признаков (критериев охраноспособности) произведений науки, закрепленных действующим законодательством¹

**М.А. Рожкова,**

доктор юридических наук, главный научный сотрудник Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ, советник по науке декана юридического факультета Государственного академического университета гуманитарных наук, профессор Российской государственной академии интеллектуальной собственности, президент IP CLUB

Настоящая статья призвана обозначить критерии охраноспособности произведений науки, которые предусмотрены действующим законодательством. По результатам проведенного исследования таких признаков было выявлено пять. Признаваться объектом авторских прав и получить авторско-правовую охрану может произведение науки, которое: (1) создано физическим лицом, обладающим необходимой квалификацией и профессионально занимающимся научной и (или) научно-технической деятельностью; (2) стало результатом творческого труда этого физического лица при осуществлении им научной деятельности; (3) выражено в объективной форме с обязательной фиксацией на информационном (материальном) носителе; (4) было создано самостоятельно – без неправомерных заимствований чужих результатов творческого труда; (5) обладает новизной, под которой подразумевается новизна результатов научного исследования.

Ключевые слова:

произведения науки; произведение нехудожественной литературы; творчество; научная деятельность; материальный носитель; самостоятельность произведения; нелегальные заимствования; новизна; новое знание.

¹ Исследование выполнено в рамках научно-исследовательской работы по теме «Объекты авторского права в условиях развития цифровых отношений».

Настоящее исследование было проведено в целях апробации и развития ранее сделанных мной выводов, которые нашли отражение в статье «5 признаков (критериев охраноспособности) произведений литературы и искусства, закрепленных действующим законодательством»².

На одном из выступлений, рассуждая об особенностях произведений науки, я высказалась в том духе, что они настолько выбиваются из ряда авторских произведений, что в пору говорить о необходимости введения их самостоятельного правового режима наподобие предусмотренного для компьютерных программ (программ для ЭВМ), которые законодатель, причисляя к объектам авторских прав, даже не называет произведениями. Нельзя не видеть, что уже при первом приближении научные произведения демонстрируют столь много специфических черт, что возникают сомнения в отношении возможности применения к ним ряда положений авторского права. В чем-то схожие мысли меня одолевали при разборе понятия компьютерной программы, содержащегося в ст. 1261 ГК РФ, описание специфики которого не удалось вместить в 50 книжных страниц³. Сейчас, учитывая требования к объему статьи, придется ограничиться значительно более кратким обзором.

Российский законодатель, руководствуясь ст. 2(1) Бернской конвенции по охране литературных и художественных произведений (далее – Бернская конвенция), в которой под термином «литературные и художественные произведения» понимаются произведения в области литературы, науки и искусства, закрепил в гл. 70 Гражданского кодекса РФ (далее – ГК РФ, Кодекс) общее правовое регулирование для отношений по поводу

всех разновидностей произведений. Проведенные исследования, отраженные в вышеназванной статье, которая была посвящена произведениям литературы и искусства, дали основание заключить, что действующее законодательство в сфере авторского права закрепляет пять критериев охраноспособности произведений, которые нуждаются в анализе применительно к произведениям науки.

Вместе с тем такой анализ необходимо предвидеть рассмотрением вопроса, что собой представляет **произведение науки**. А это требует обращения к положениям законодательства о науке и в первую очередь – Федерального закона от 23 августа 1996 г. № 127-ФЗ «О науке и государственной научно-технической политике» (далее – Закон о науке).

Согласно ст. 2 Закона о науке *научная, в том числе научно-исследовательская деятельность* определена как деятельность, направленная на получение и применение новых знаний, которая включает в свой состав фундаментальные научные исследования⁴, прикладные научные исследования⁵, а также поисковые научные исследования⁶. Там же дано определение *научно-технической деятельности*, которая понимается как деятельность, направленная на получение, применение новых знаний для решения технологических, инженерных, экономических, социальных, гуманитарных и иных проблем, обеспечения функционирования науки, техники и производства как единой системы. В той же ст. 2 Закона о науке **научный** и **научно-технический результат** определены единым образом – как «*продукт научной и (или) научно-технической деятельности, содержащий новые зна-*

² Рожкова М.А. 5 признаков (критериев охраноспособности) произведений литературы и искусства, закрепленных действующим законодательством // Журнал Суда по интеллектуальным правам. Март 2024. Вып. 1 (43). (URL: <http://ipcmagazine.ru/asp/5-features-works-of-literature-art-established-by-current-legislation>).

³ Рожкова М.А. Понятие «компьютерная программа» (программа для ЭВМ) в российском праве (подробный комментарий к статье 1261 Гражданского кодекса) // Право цифровой экономики – 2022 (18): Ежегодник-антология / Рук. и науч. ред. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2022. С. 10–61 (URL: <https://rozhkova.com/pdf/program-2022.pdf>)

⁴ В статье 2 Закона о науке они определены как «исследования, направленная на получение новых знаний об основных закономерностях строения, функционирования и развития человека, общества, окружающей среды».

⁵ В статье 2 Закона о науке они определены как «исследования, направленные преимущественно на применение новых знаний для достижения практических целей и решения конкретных задач».

⁶ В статье 2 Закона о науке они определены как «экспериментальная или теоретическая деятельность, направленная на получение новых знаний в целях их последующего практического применения (ориентированные научные исследования) и (или) на применение новых знаний (прикладные научные исследования) и проводимые путем выполнения научно-исследовательских работ».

ния или решения и зафиксированный на любом информационном носителе».

В развитие изложенного в Положении о присуждении ученых степеней, утвержденное постановлением Правительства РФ от 24 сентября 2013 г. № 842 «О порядке присуждения ученых степеней» (далее – Положение о присуждении ученых степеней), включено указание на *научно-квалификационный характер* диссертационных исследований, которые проводятся для целей присвоения соискателю ученой степени доктора или кандидата наук. В п. 9 Положения о присуждении ученых степеней не только делается акцент на научно-исследовательском характере диссертационных работ, но и специально подчеркивается, что результат этих исследований должен свидетельствовать о научных достижениях, о разрешении значимых научных проблем, предлагать решение научным задачам⁷.

На основании сказанного можно утверждать, что для целей правильного правоприменения необходимо четко разграничивать **произведения науки и произведения нехудожественной литературы** (англ. *non-fiction*).

Например, в контексте юриспруденции, исходя из положений Закона о науке, к **произведениям науки** могут быть отнесены *результаты научных исследований, содержащие новые знания в сфере права* (что охватывает в том числе докторские и кандидатские диссертации). То есть это произведения, в которых отражены полученные по результатам теоретических исследований научные достижения, в том числе научные доктрины, а также теоретические разработки, в которых доктринальные выводы используются для целей их применения в правоприменительной практике.

В то же время не могут рассматриваться в качестве произведений науки выпускные квалифи-

кационные работы (включая магистерские диссертации), которые призваны демонстрировать уровень подготовленности выпускника к самостоятельной профессиональной деятельности⁸. Не относятся к произведениям науки всевозможные работы публицистического толка, содержание которых информирует читателей об интересном судебном казусе, содержит обзор судебных дел или комментарий законодательства, а также произведения, являющиеся научно-популярными, учебными, справочными, методическими и т.п. Перечисленное подпадает под понятие **произведений (нехудожественной) литературы**, что не позволяет распространять на них правовое регулирование, предназначенное для произведений науки.

Таким образом, все далее излагаемые выводы будут касаться только первой разновидности произведений.

Первым квалификационным признаком всякого произведения является создание его **физическим лицом**, что прямо предусмотрено ст. 1257 ГК РФ. Это требование закона в равной степени распространяется как на произведения литературы и искусства, так и на произведения науки.

Вместе с тем, если авторами произведений литературы и искусства могут становиться не только признанные мэтры в сфере литературы и искусства, но и обычные люди, то в отношении проведения научных исследований действующее законодательство гораздо более строго: согласно п. 1 ст. 4 Закона о науке **исследователем** является *гражданин, обладающий необходимой квалификацией и профессионально занимающийся научной и (или) научно-технической деятельностью*. Такое законодательное ограничение, очевидно влияющее на анализируемый критерий охраноспособности, сужает круг результатов творческой деятельности, которые могут быть отнесены к произведени-

⁷ В частности, в данном пункте Положения указывается, что диссертационная работа должна содержать теоретические положения, совокупность которых можно квалифицировать как научное достижение, либо решена научная проблема, имеющая важное политическое, социально-экономическое, культурное или хозяйственное значение, либо изложены новые научно обоснованные технические, технологические или иные решения, внедрение которых вносит значительный вклад в развитие страны (для докторских диссертаций) либо решение научной задачи, имеющей значение для развития соответствующей отрасли знаний, либо изложены новые научно обоснованные технические, технологические или иные решения и разработки, имеющие существенное значение для развития страны (для кандидатских диссертаций).

⁸ См. пункт 12 Порядка проведения государственной итоговой аттестации по образовательным программам высшего образования – программам бакалавриата, программам специалитета и программам магистратуры, утв. приказом Министерства образования и науки РФ от 29 июня 2015 г. № 636.

ям науки – для признания таковым *произведение должно быть создано профессиональным исследователем*. В ситуации, когда произведение создается непрофессиональным исследователем, его следует квалифицировать как произведение нехудожественной литературы, на которое распространяются общие условия охраноспособности произведений литературы.

Здесь же надо отметить, что для проведения научных изысканий и подготовки на их основе произведения науки вполне допустимо, а иногда и необходимо использование различного рода технологий, однако творческий вклад автора здесь должен быть первоосновой. Этот вывод находит подтверждение в п. 80 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23 апреля 2019 г. № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» (далее – Постановление № 10), закрепляющем: «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».

Вторым квалификационным признаком, необходимым для признания произведения объектом авторских прав, является упоминаемый в ст. 1257 ГК РФ **творческий характер** деятельности по созданию такого произведения.

И тут снова имеются различия. Применительно к *произведениям литературы и искусства* толкование творческого труда / творческой деятельности вполне допустимо обосновывать ст. 3 Основ законодательства Российской Федерации о культуре⁹, в которой творческая деятельность раскрывается как «создание культурных ценностей и их интерпретация». В отношении *произведений науки* такой подход недопустим – здесь **творческий характер должен трактоваться в контексте осуществления научной деятельности**, понятие которой содержится в Законе о науке и изложено выше.

При этом необходимо специально подчеркнуть, что в отличие от произведений литературы и искусства, в отношении которых в законе не предусмотрено требование новизны, о чем я писала ранее, действующее законодательство прямо устанавливает **обязательность новизны результатов для произведений науки**. Вследствие этого сложно согласиться с позицией Е.Н. Агибаловой и М.А. Наумова, исходящих из того, что новизна может выступать факультативным признаком произведений науки¹⁰: на мой взгляд, новизна – это самостоятельный (обязательный) признак произведений науки, о котором будет говориться далее.

В подтверждение изложенного можно упомянуть п. 10 Положения о присуждении ученых степеней, в котором закреплено: «Диссертация должна быть написана автором самостоятельно, обладать внутренним единством, содержать новые научные результаты и положения, выдвигаемые для публичной защиты, и свидетельствовать о личном вкладе автора диссертации в науку. В диссертации, имеющей прикладной характер, должны приводиться сведения о практическом использовании полученных автором диссертации научных результатов, а в диссертации, имеющей теоретический характер, – рекомендации по использованию научных выводов. Предложенные автором диссертации решения должны быть аргументированы и оценены по сравнению с другими известными решениями».

С учетом сказанного очевидно, что произведение науки представляет собой результат научной (научно-исследовательской, научно-технической) деятельности, направленной к цели разрешения конкретной научной задачи (научных задач). Ввиду очевидной целенаправленности этой деятельности не исключены неоднократное использование одних и тех же исходных данных, проведение одних и тех же опытов, выбор одних и тех же методов и средств исследований и проч., вследствие чего научные произведения могут быть чрезвычайно похожи друг на друга и даже содержать

⁹ Утв. Верховным Советом РФ 9 октября 1992 г. N 3612-1.

¹⁰ Агибалова Е.Н., Наумов М.А. Произведение науки как объект российского авторского права // Юридический вестник Дагестанского государственного университета. 2021. Том 39. № 3. С. 97.

идентичные результаты (например, при репликационном исследовании). В то же время творческий характер научной деятельности усматривается, в частности, в отыскании и постановке научной проблемы; в выборе подходящего или выработке собственного метода научного исследования; в определении задач, необходимых для достижения поставленной научной цели; в творческом подходе к решению поставленной научной задачи. При этом по смыслу закона получается, что именно эту деятельность следует характеризовать как «порождающую нечто качественно новое, никогда ранее не бывшее»¹¹, что вовсе не требуется в отношении творческого труда по созданию произведений литературы и искусства, о чем я писала ранее.

Таким образом, творческие начала деятельности, результатом которой становятся произведения науки, принципиально отличаются от творческого характера деятельности по созданию произведений литературы и искусства. Но для произведений науки, как и для всякого другого произведения, сохраняется презумпция того, что оно *признается результатом творческого труда, пока не доказано обратное*, что подтверждает п. 80 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23 апреля 2019 г. № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации».

Третьим квалификационным признаком всякого произведения является **объективная форма** результата творческой деятельности (п. 3 ст. 1259 ГК РФ), которая позволяет другому человеку воспринимать этот результат через свои репрезентативные системы – зрение, слух, ощущения. Названная норма предусматривает, что для воплощения (выражения) произведений годится любая объективно воспринимаемая человеком форма – письменная, устная, объемно-пространственная, изображение, звуко- или видеозапись и т.д. Данное правило, установленное в качестве общего, тем не менее легально сужается для произведений науки, что объясняется следующим.

В статье 2(2) Бернской конвенции предусмотрено, что государства-участники могут закреплять

в национальном (внутреннем) законодательстве положения, согласно которым произведения или какие-то их определенные категории не подлежат правовой охране, если они не закреплены в той или иной материальной форме.

В связи с этим значимость приобретает тот факт, что ст. 2 Закона о науке предусматривает обязательную *фиксацию результатов научной деятельности на информационном носителе*, то есть материальном носителе, обладающем способностью длительное время сохранять зафиксированную на нем информацию. Иными словами, здесь объективизация произведений предполагает именно материализацию: результаты научной деятельности должны быть облачены в стабильную форму, которая допускает закрепление на разных материальных носителях – от бумажных до электронных.

Таким образом, по смыслу действующего законодательства в отсутствие материального носителя результат научной деятельности не приобретает авторско-правовой охраны. Это не позволяет согласиться с мнением Е.Н. Агибаловой и М.А. Наумова, исходящих из допустимости признания произведений науки, выраженных в устной форме, и приводящих в качестве примера научные лекции¹².

Четвертым квалификационным признаком всех произведений является их **самостоятельность**, под которой следует подразумевать *создание произведения без неправомерного заимствования чужих результатов творческой деятельности*, а также возможность использования этого произведения вне связи с другими результатами творческого труда.

Применительно к произведениям науки этот признак сохраняет свое значение: как и все иные произведения, результат научных исследований должен носить самостоятельный характер. В противном случае – *в случае выявления в произведении науки неправомерных заимствований в виде плагиата или избыточного цитирования*, нарушающих требования подп. 1 п. 1 ст. 1274 ГК РФ – это произведение не может признаваться объектом автор-

¹¹ Такое определение закреплено в Большой советской энциклопедии и воспроизводится многими авторами.

¹² Агибалова Е.Н., Наумов М.А. Произведение науки как объект российского авторского права // Юридический вестник Дагестанского государственного университета. 2021. Том 39. № 3. С. 98.

ских прав, что означает его нахождение в общественном достоянии (ст. 1282 ГК РФ).

Вместе с тем нельзя не замечать, что правовая охрана, обеспечиваемая нормами авторского права, является явно недостаточной для произведений науки, для которых значимостью обладает **не форма, но содержание**. И в публикациях признается: «вследствие ограничений авторско-правовой охраны таких объектов только формой их *научные результаты и выводы не охраняются законом*»¹³. Истоком данной проблемы является п. 5 ст. 1259 ГК РФ, в силу которого авторско-правовая охрана не распространяется на идеи, концепции, принципы, методы, процессы, системы, способы, решения технических, организационных или иных задач, открытия, факты, языки программирования, геологическую информацию о недрах. Невозможность признания авторских прав, например, на научную теорию и математический метод (которые при этом не могут получить и патентно-правовую охрану) делает нормы авторского права неспособными защитить научные идеи, выводы, решения от «интеллектуальной кражи» – плагиата.

В связи с изложенным нельзя игнорировать параллельное формирование **двух концепций плагиата**: с позиций *академической этики (академической честности)* плагиат рассматривается как *академическое мошенничество*, с позиций *авторского права* – как *нарушение авторских прав на произведение*¹⁴.

Этические стандарты академической честности (англ. *academic integrity*), относящиеся непосредственно к выполнению *учебных и научных исследований*, основанные на институте добросовестности¹⁵ и являющиеся частью академической этики (далее – академическая этика) позволяют **трактовать плагиат весьма широко**: этим понятием охватывается и нечестное использование чужих идей или концепций, и копирование фраг-

ментов чужих публикаций без ссылки на их авторов, и воспроизведение рабочих материалов, использованных при проведении научного исследования (включая необнародованные), и заимствование полученных в результате исследований данных, и даже отдельные фразы из чужой работы без указания их действительного автора и т.д. Такой подход во многом обусловлен тем, что в отличие от авторского права, защищающего законные интересы только правообладателя, академическая этика нацелена на обеспечение интересов широкой публики, включая ученых, преподавателей и студентов, которая при плагиате вводится в заблуждение (обманывается), а также и автора, результат творческого труда которого был неправомерно заимствован.

С позиций академической этики поведение плагиатора, неправомерно воспроизводящего под своим именем чужие результаты (как уже указывалось, это могут быть части чужих исследовательских работ, сама научная идея, рабочие материалы или данные, полученные по итогам экспериментов) признается нечестным, недобросовестным, мошенническим. Поэтому в большинстве европейских стран такое поведение – выдача любых чужих результатов за свои собственные – способно повлечь лишение плагиатора ученой степени. То есть по общему правилу академическое мошенничество влечет за собой негативные последствия, которые являются автономными по отношению к юридической ответственности за нарушение авторских прав.

Схожее правило предусмотрено российским законодательством. Так, в п. 14 Положения о присуждении ученых степеней указывается на обязанность соискателя ученой степени в диссертации ссылаться на автора и (или) источник заимствования **материалов** или **отдельных результатов**, что позволяет сделать вывод, что в Положении до-

¹³ Рахматулина Р.Ш. Критерии оценки результатов научных исследований образовательных бюджетных организаций // Экономика. Налоги. Право. 2019. Том 12. № 1. С. 145.

¹⁴ См. подробнее: Рожкова М.А. Плагиат и иные виды некорректных заимствований в диссертациях: правовые и этические вопросы [Электронный ресурс] // Журнал Суда по интеллектуальным правам. 2021. № 33 (сентябрь). С. 124–140 (URL: <http://ipcmagazine.ru/legal-issues/plagiarism-and-other-types-of-incorrect-borrowing-in-dissertations-legal-and-ethical-issues>)

¹⁵ Международный центр академической честности (International Center for Academic Integrity (ICAI)) продвигающий идею формирования стандартов академической честности подчеркивает, что добросовестность является здесь основополагающим элементом (The Fundamental Values of Academic Integrity. (3rd ed.). International Center for Academic Integrity [ICAI]. (2021). P. 13 // URL: https://academicintegrity.org/images/pdfs/20019_ICAI-Fundamental-Values_R12.pdf)

вольно широко определен круг объектов плагиата. При этом подп. «в» п. 66(1) этого Положения устанавливает возможность лишения диссертанта присужденной ученой степени, если в своей работе он не соблюдал требование о правомерном заимствовании частей чужих работ, материалов и результатов. То есть, по сути, обозначенное негативное последствие возникает не в силу нарушения положений авторского права, а ввиду установления факта академического мошенничества. Мотивом к лишению ученой степени здесь выступает то, что *воспроизведение чужих результатов под видом собственных свидетельствует о том, что соискатель ученой степени не смог подтвердить свою научную состоятельность и квалификацию при выполнении научно-квалификационной работы*. В этих условиях лишение лица незаслуженно присужденной ему ученой степени является абсолютно обоснованным, причем оно не исключает возможность предъявления соответствующего искового требования о нарушении авторских прав.

Изложенное, к сожалению, не решает проблему неправомерных заимствований полностью, поскольку произведения науки не исчерпываются диссертационными исследованиями – иные результаты научной деятельности также нуждаются в правовой защите в этой части.

Пятым квалификационным признаком произведений литературы и искусства была названа **оригинальность**, под которой понимается отраженный в произведении индивидуальный стиль автора, делающий это произведение непохожим на другие. Однако такой критерий охраноспособности вовсе не годится для результатов научной деятельности – не индивидуальность авторского стиля характеризует произведения науки, а прямо предусмотренная законом **новизна результата** (новое знание). И здесь можно высказать несколько соображений.

Во-первых, нельзя игнорировать тот момент, что новизна как обязательный признак результата научной деятельности закреплен не ГК РФ, а Законом о науке. Вместе с тем, учитывая, что по своей сути этот признак призван решить задачу правовой охраны, он *должен встать в ряд с другими кри-*

териями охраноспособности произведений науки, предусмотренными Кодексом.

Во-вторых, надо признать, что, как и в случае с оригинальностью произведений литературы и искусства, *новизна произведений науки презюмируется, пока не доказано обратное*. Решение об отсутствии новизны у произведения науки может быть принято только на основании соответствующей экспертизы – суд не может решать этот вопрос по своему усмотрению. Это связано с тем, что при решении вопроса новизны произведения науки должно отграничиваться от «новых результатов» то, что «уже известного науке». И здесь будет уместным процитировать слова С.И. Захарцева и В.П. Сальникова, отмечающих: «Вне этой селекции не было бы стимула к напряженным поискам нового, а в науке были бы бесконечные повторы пройденного, и в конечном счете было бы подорвано ее главное качество – постоянно генерировать рост научного знания, выходя за рамки уже привычных и уже известных представлений о мире»¹⁶.

Подводя итоги, следует признать, что произведения науки представляют собой особый вид произведений, в отношении которых действующим законом установлены специальные требования, не упоминаемые в законодательстве об авторском праве. Это дает основания утверждать, что *признаваться объектом авторских прав и получить авторско-правовую охрану может произведение науки, которое:*

- 1) создано физическим лицом, обладающим необходимой квалификацией и профессионально занимающимся научной и (или) научно-технической деятельностью;
- 2) стало результатом творческого труда этого физического лица при осуществлении им научной деятельности;
- 3) выражено в объективной форме с обязательной фиксацией на информационном (материальном) носителе;
- 4) было создано самостоятельно – без неправомерных заимствований чужих результатов творческого труда;
- 5) обладает новизной, под которой подразумевается новизна результатов научного исследования.

¹⁶ Захарцев С.И., Сальников В.П. Кратко о плагиате в научных исследованиях // Юридическая наука: история и современность. 2018. № 8. С. 188–192.

Список литературы:

1. *Агибалова Е.Н., Наумов М.А.* Произведение науки как объект российского авторского права // Юридический вестник Дагестанского государственного университета. 2021. Том 39. № 3. С. 94–102.
2. *Захарцев С.И., Сальников В.П.* Кратко о плагиате в научных исследованиях // Юридическая наука: история и современность. 2018. № 8. С. 188–192.
3. *Рахматулина Р.Ш.* Критерии оценки результатов научных исследований образовательных бюджетных организаций // Экономика. Налоги. Право. 2019. Том 12. № 1. С. 144–151.
4. *Рожкова М.А.* 5 признаков (критериев охраноспособности) произведений литературы и искусства, закрепленных действующим законодательством // Журнал Суда по интеллектуальным правам. Март 2024. Вып. 1 (43). С. 49–61. (URL: <http://ipcmagazine.ru/asp/5-features-works-of-literature-art-established-by-current-legislation>).
5. *Рожкова М.А.* Плагиат и иные виды некорректных заимствований в диссертациях: правовые и этические вопросы [Электронный ресурс] // Журнал Суда по интеллектуальным правам. 2021. № 33 (сентябрь). С. 124–140. (URL: <http://ipcmagazine.ru/legal-issues/plagiarism-and-other-types-of-incorrect-borrowing-in-dissertations-legal-and-ethical-issues>).
6. *Рожкова М.А.* Понятие «компьютерная программа» (программа для ЭВМ) в российском праве // Право цифровой экономики – 2022 (18): Ежегодник-антология / Рук. и науч. ред. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2022. С. 10–61 // URL: <https://rozhkova.com/pdf/program-2022.pdf>).

Для цитирования:

Витко В.С. К вопросу о содержании творческого труда фотографа // Журнал Суда по интеллектуальным правам. Июнь 2024. № 2 (44). С. 153–171.

DOI: 10.58741/23134852_2024_2_9

Vitko V.S. On the issue of the content of the photographer's creative work // Zhurnal Suda po intellektual'nym pravam. June 2024. N 2 (44). Pp. 153–171. (In Russ.).

DOI: 10.58741/23134852_2024_2_9

DOI: 10.58741/23134852_2024_2_9

К вопросу о содержании творческого труда фотографа



В.С. Витко,

кандидат юридических наук,
доцент кафедры интеллектуальной собственности
Московского университета имени А.С. Грибоедова

В статье подвергнуты анализу вопросы, поставленные перед Научно-консультативным советом при Суде по интеллектуальным правам, связанные с определением критериев творческой деятельности на примере фотографических произведений.

Ключевые слова:

фотоснимок; творческий труд; фотографическое произведение; отражение личности автора.

«Входите тесными вратами; потому что широки врата и пространен путь, ведущие в погибель, и многие идут ими»
Евангелие от Матфея, 7:13

На заседании Научно-консультативного совета при Суде по интеллектуальным правам, состоявшееся 16 февраля 2024 г.¹, был вынесен ряд вопросов, связанных с определением критериев

творческой деятельности на примере фотографических произведений.

Вопрос № 1. Какие обстоятельства могут учитываться при анализе охраноспособности

¹ Заседание проводилось в рамках XII Международного юридического форума «Правовая защита интеллектуальной собственности: проблемы теории и практики» на базе Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина.

фотографических произведений? При каких обстоятельствах можно считать, что при создании фотографии реализовывались творческие способности автора, в фотографии отражена его личность?

Исходя из содержания поставленного вопроса, допустимо предположить, что Суд по интеллектуальным правам (далее также – Суд) полагает возможным изменить господствующий в судебной практике подход к критериям творческого труда фотографа, заняв позицию, сформированную Судебной коллегией Верховного Суда РФ (далее – ВС РФ) по делу № 3-466/201931: *произведение признается созданным творческим трудом, если в нем отражена личность автора*².

I. Фотография как результат действий человека по настройке фотокамеры

«Самая искусная рука, всего лишь служанка мысли»
Пьер Огюст Ренуар

«Это иллюзия, что фотографии
сделаны с помощью камеры...
они сделаны глазом, сердцем и головой»
Анри Картье-Брессон, фотограф

Прежде чем поговорить о сущности выдвинутого Верховным Судом РФ критерия творческого труда, выскажем мнение о доминирующем в судебной практике подходе, согласно которому под творческой деятельностью фотографа понимаются *различные действия по созданию результата интеллектуальной деятельности*: выбор экспозиции, размещение объекта фотоснимка в пространстве, выбор собственной позиции для совершения фо-

тосъемки, 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 и настройка резкости кадра, проявление фотопленки (для пленочных фотоаппаратов), проявление фотографий (для пленочных фотоаппаратов), обработка полученного изображения при помощи специальных компьютерных программ (для цифровых фотоаппаратов)³.

Придерживаясь этого воззрения, которое начало формироваться в судебной практике на уровне Суда по интеллектуальным правам с 2015 г.⁴, суды для установления творческого вклада фотографа дают оценку фактическим действиям фотографа, признавая за ними творческий характер. Такой подход находит широкую поддержку в отечественной доктрине.

Такого же взгляда придерживается зарубежная судебная практика. В качестве примера приведем ряд дел из американской судебной практики. Впервые такое воззрение было сформировано Верховным судом США еще в 1884 г. по делу *Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony*, предметом которого являлось незаконное копирование фотографии Оскара Уальда. Суд признал спорную фотографию созданной творческим трудом, поскольку фотограф «указал, какую позу занять Оскару Уальду перед камерой. Произвел выбор и расположение костюма, выбор выдержки и аксессуаров в указанной фотографии, располагая объект съемки таким образом, чтобы он был приятен взгляду, подбирая и располагая свет и тень, предполагая и побуждая желаемое воплощение замысла»⁵. По делу *Leibovitz v. Paramount Pictures Corp.*, 137 F.3d 109,116 (2d Cir.1998) признал творчество в установление света, который придает правиль-

² См.: Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 27 апреля 2021 г. № 5-КГ21-14-К2 по делу № 3-466/201931 (далее – Определение ВС РФ № 5-КГ21-14-К2).

³ См., например: постановления Суда по интеллектуальным правам от 3 февраля 2022 г. по делу № А57-213/2021, от 26 сентября 2022 г. по делу № А56-105939/2022, от 20 января 2023 г. по делу № А32-15681/2022, от 28 марта 2023 г. по делу № А56-68029/2022, от 31 мая 2023 г. по делу № А63-10133/2022, от 3 июля 2023 г. по делу № А56-89706/2022, от 3 ноября 2023 г. по делу № А40-31387/2023.

⁴ См.: постановление Суда по интеллектуальным правам от 24 июля 2015 г. № С01-57/2014 по делу № А24-1669/2013.

⁵ *Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony*, 111 U.S.53 Цит. по: *Слабых И.* Защита исключительного права на композицию фотографии: неожиданный подход суда в деле *Mannion v. Coors Brewing Co.* // Интеллектуальная собственность. Авторские права. 2019. № 4. С. 32.

ный цвет коже объекта съемки, выбор угла съемки⁶. В деле *Rogers v. Koons*, 960 F.2d 301, 307 (2d Cir.1992) суд пришел к выводу, что «элементы творческого характера в фотографии могут включать установление позы объекта съемки, свет, угол съемки, выбор пленки и фотоаппарата, получение задуманного эффекта»⁷. В деле *E. Am. Trio Prods., Inc. v. Tang Elec. Corp.*, 97 F.Supp.2d 395, 417 (S.D.N.Y.2000) суд посчитал, что «необходимый творческий характер фотографии может быть представлен, среди прочего, посредством выбора фотографом предмета съемки, угла съемки, освещения, определением точного момента съемки, выбором фотоаппарата, пленки, объектива и обстановки, в которой фотография произведена»⁸.

На этой точке зрения стоит зарубежная научная доктрина. Так, например, Даля Липчик полагает деятельность фотографа творческой, поскольку «фотограф сам выбирает чувствительный материал, на котором он будет снимать, наблюдает, выбирает сюжет, кадр или композицию, ищет угол съемки, определяет светочувствительность, готовит фотоаппарат и нажимает на спуск, он делает несколько снимков под одним или под разными углами. Он использует различные методы, например разную выдержку для одного и того же негатива, что позволяет создавать сюжет в определенном окружении ... В своей лаборатории фотограф использует химические реактивы, проявляет негативы, просматривает каждый кадр, оценивает выразительность и эстетическую ценность, анализирует качество с помощью лупы, печатает позитивы и т.д.»⁹.

Неясно, почему многие исследователи не возражают против такого понимания содержания творческого труда фотографа. При этом все признают, что творческая деятельность по созданию произведения – это умственная (мыслительная) деятельность, протекающая в сознании (воображении) человека, которая может породить только нематериальную сущность¹⁰.

Невзирая на широкую поддержку рассматриваемого подхода, мы утверждаем, что такой взгляд на содержание творческого труда фотографа – заблуждение. Ведь «заблуждение не перестает быть заблуждением оттого, что большинство разделяет его» (Л.Н. Толстой, «Закон насилия и закон любви»).

На наш взгляд, такие действия фотографа, будто бы ведущие к созданию результата интеллектуальной деятельности, в действительности являются *фактическими действиями по объективизации*¹¹, вероятно, созданного в воображении фотографа художественного образа (формы изложения мысли, чувства), и поэтому *не могут признаваться творческой деятельностью* в смысле ст. 1257 ГК РФ¹².

Попробуем более обстоятельно обосновать сформулированный вывод.

Такие действия фотографа не служат и не могут служить созданию воображаемого (нематериального) образа (формы изложения мысли, чувства), создание которого только и подразумевает *умственный творческий труд человека*. Едва ли возможно, используя идеальные средства выражения мысли – слова, линии, цвета, плоскости и т.д., создать собственноручно нематериальное по сво-

⁶ *Leibovitz v. Paramount Pictures Corp.*, 137 F.3d 109,116 (2d Cir.1998) Цит. по: *Слабых И.* Указ. Соч. С. 35.

⁷ *Rogers v. Koons*, 960 F.2d 301, 307 (2d Cir.1992) Цит. по: *Слабых И.* Указ. соч. С. 35.

⁸ *E. Am. Trio Prods., Inc. v. Tang Elec. Corp.*, 97 F.Supp.2d 395, 417 (S.D.N.Y.2000) Цит. по: *Слабых И.* Указ. соч. С. 35.

⁹ *Липчик Д.* Авторское право и смежные права. Пер. с фр., предисловие М.А. Федотова. М., Ладомир; Изд-во ЮНЕСКО. 2002. С. 73–74.

¹⁰ См., например: *Федотов М.А.* Введение в концепт общей теории авторства // Труды по интеллектуальной собственности (Works on Intellectual Property). 2023. Т. 46. № 3. С. 48; *Близнец И.А., Витко В.С.* Страсти по материальности нематериальной сущности // Юрист. 2023. № 9. С. 41–45.

¹¹ По мнению мастера фотографии Анри Картье-Брессон, все манипуляции с камерой, диафрагмой, выдержкой и т.п. должны осуществляться на уровне рефлекса, как переключение скоростей в автомобиле.

¹² Так, к примеру, определение экспозиции при съемке в ручном режиме осуществляется расчетным путем и не имеет никакого отношения к созданию художественного образа, подлежащего выражению с помощью фотокамеры. По воспоминаниям Хельмута Ньютона, первые фотокамеры Kodak модели Etui были снабжены оптическим экспонометром. Нужно было смотреть в отверстие на голубой огонек, а затем, после сложных расчетов, определять экспозицию для съемки. Фактически, чтобы нажимать на затвор, человек должен был обладать хорошими математическими способностями (Ньютон Хельмут. Автобиография. Пер. с англ. К. Савельева. М., Эксмо. 2004).

ей природе произведение¹³. Сторонникам такого подхода можно предложить следующий вопрос: кто будет являться автором фотографии, когда образ идеи создан одним, а объективизация образа, со всеми необходимыми действиями по настройке фотокамеры, осуществлено другим лицом, например, профессиональным фотографом. Скорее автором фотографии будет являться лицо, создавшее образ, т.е. изобразительную форму изложения идеи (чувства).

Таким образом, возможность собственноручного создания произведения противоречит основополагающему началу права интеллектуальной собственности – нематериальности объекта интеллектуальной собственности, в частности, произведения.

Исходя из этого, сложно поддержать тезис, сформулированный в п. 80 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23 апреля 2019 г. № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации»¹⁴ (далее – постановление Пленума № 10) о том, что «творческий характер создания произведения не зависит от того, создано произведение автором собственноручно или с использованием технических средств»¹⁵. Результат умственного труда – всегда нематериальный, мыслимый объект, поэтому ни руками, ни с помощью каких-либо технических средств, в том числе фотокамеры, он создан быть не может. Но объективизация идеального результата возможна собственноручно или с использованием технических средств, к примеру, фотокамеры.

Конечно, нам могут возразить, приведя, к примеру, мнение Огюста Родена о содержании труда

скульптора: «Взять глыбу мрамора и отсечь от нее все лишнее». Об этом же прежде писал Буонарроти Микеланджело: «Я понимаю под скульптурой то искусство, которое осуществляется в силу убавления», т.е. отсечения от камня всего лишнего. Эта мысль повторена ваятелем в ряде его стихов, например, в сонете № 60:

«И высочайших гений не прибавит
Единой мысли к тем, что мрамор сам
Таит в избытке, – и лишь это нам
Рука, послушная рассудку, явит»¹⁶.

В этом четверостишье важно словосочетание – «рука, послушная рассудку», которое нам говорит, что отсечение лишнего в куске мрамора осуществляется согласно образу, прежде созданному в воображении скульптора.

Творческий труд фотографа, как и любого автора, состоит в создании произведения. Произведение – это нематериальный результат умственной творческой деятельности по изложению мысли (образ, форма изложения мысли), выраженный каким-либо способом в действительный мир, иначе говоря, в какой-либо объективной форме¹⁷. Тем самым создание произведения подразумевает два обязательных этапа:

1) создание умственным трудом нематериальной (воображаемой) формы по изложению мысли, требующее творчества в смысле ст. 1257 ГК РФ¹⁸;

2) объективизацию созданного нематериального результата¹⁹.

Поэтому общее мнение склоняется к тому, что произведение охраняется «в силу факта его создания и выражения в объективной форме»²⁰.

¹³ Здесь нам вспоминается монолог, записанный К.И. Чуковским:

«Как это – где я взялась?

Ты же сама родила меня своими собственными руками» (Чуковский К.И. От двух до пяти. М., Детская литература. 2023).

¹⁴ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23 апреля 2019 г. № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации»

¹⁵ См. об этом подробнее: Витко В.С. О понятии «форма произведения» в авторском праве // Патенты и лицензии. Интеллектуальные права. 2019. № 10. С. 56–62.

¹⁶ Поэзия Микеланджело в переводе А.М. Эфроса. М., Искусство. 1992.

¹⁷ См.: Витко В. О признаках произведения // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2016. № 12. С. 12–25.

¹⁸ То же говорит Бернард Шоу: «Воображение – это начало создания».

¹⁹ «Я делаю один и тот же снимок дважды. Сначала сердцем, потом камерой» (Биджу Каракконам).

²⁰ См., например: Зенин И.А. Творческий труд как правовая категория // Гражданское право: современные проблемы науки, законодательства, практики: Сборник статей к юбилею доктора юридических наук, профессора Евгения Алексеевича Суханова. М., Статут. 2018. С. 254; Гражданское право: учебник: в 4 т. Т. II: Вещное право. Наследственное право. Интеллектуальные права. Личные неимущественные права / отв. ред. Е.А. Суханов. 2-е изд., перераб. и доп. М., Статут. 2019. С. 245 (автор главы – Н.В. Щербак); Салицкая Е.А. Правовая охрана интеллектуальных прав на научно-исследовательские результаты: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2018. С. 21.

Такой взгляд нам кажется не вполне верным в силу следующего. В понимании закона (п. 3 ст. 1259 ГК РФ) моментом создания произведения является выражение произведения в какой-либо объективной форме, т.е. момент объективизации результата творчества. Под объективизацией понимается какое-либо действие (способ), посредством которого созданный идеальный (воображаемый) результат умственного труда становится доступным для восприятия (слухового, зрительного и т.д.) другими лицами, в том числе с помощью технических средств, к примеру, фотокамеры. Тем самым объективная форма – это способ обособления (выражения) в действительный мир созданного идеального результата умственного труда, открывающий возможность его восприятия другими людьми. Например, путем вытаптывания букв словосочетаний и предложений или совокупности точек, линий и т.п. (изображения)²¹, прежде созданных в воображении автора, на снегу. При этом мы не уверены, что «труд, потраченный на воплощение формы, который делает ее способной к сохранению, к поступлению в гражданский оборот и к пользованию, ничтожен в сравнении с тем, который употреблен на создание самой формы»²². В качестве примера можно привести скульптуры Джованни Баттиста Ломбарди, например, «Дама под вуалью» (1869), «Руфь» (1864), «Нимфа» (в последней особенно поражает изображение воды на мраморе бегущей по пальцам ног Нимфы); Джованни Чинизелли «Читающая девушка», Стефано Галлетти «Фабиола» (1869), которые требовали незаурядного мастерства.

Отсюда следует, что вся проблема раскрытия содержания вида и характера труда по созданию фотографических произведений состоит в том, что первый этап – создание человеком худо-

жественного образа (формы изложения мысли), подлежащего внешнему выражению²³, часто просто отсутствует, и все «создание» фотографии сводится даже не к объективизации (второму этапу), поскольку в отсутствии образа нечего выразить, а к механической фиксации (воспроизведению, копированию) с помощью фототехники объектов (явлений) действительности с надеждой увидеть в полученном снимке какой-то осмысленный образ²⁴.

К такой точке зрения по ряду дел склоняется и судебная практика. Так, по одному делу суд первой инстанции не признал спорные фотографии промышленной мебели результатом творческой деятельности, указав на то, что фотоснимки представляют собой техническую фиксацию объекта промышленного производства (указанный вывод не оспаривался в суде кассационной инстанции)²⁵. Вероятно, такой подход можно было бы применить к целому ряду споров по делам о взыскании компенсации за незаконное использование фотоснимков.

Однако, согласно господствующему подходу, процесс создания любой фотографии обладает признаками творческой деятельности, представляющей собой фиксацию с помощью технических средств различных отражений постоянно изменяющейся действительности (т.е. творчество усматривается в том числе в выборе момента, нуждающегося в фотографировании)²⁶.

Нам трудно поддержать взгляд на создание фотографии как фиксацию с помощью фотокамеры «отражений действительности», т.е. изображений объектов и явлений объективного мира. Наверно, с формирования такого представления все в понимании творчества фотографа пошло иначе – «стало похоже на сорочку, которую застегнули

²¹ В качестве примера можно привести британского художника Саймона Бека (Simon Beck), который много лет занимается созданием таким способом рисунков на снегу.

²² Панкевич А.В. Объект авторского права. Одесса. 1878. С. 12.

²³ Вполне можно согласиться с тем, что «фотография, которую вы сделали с помощью камеры, – это воображение, которое вы формируете из реальности» (Скотт Лоренцо).

²⁴ К примеру, Гарри Виногранд применял такой метод уличной съемки: иногда он останавливался прямо посреди уличного потока и просто безостановочно щелкал камерой, зная, что позже в своей фотолаборатории непременно найдет необходимые ему кадры (https://www.peoples.ru/art/photo/garry_winogrand/).

²⁵ См.: постановление Суда по интеллектуальным правам от 3 декабря 2020 г. по делу № А45-31826/2019.

²⁶ См., например, постановления Суда по интеллектуальным правам от 17 мая 2023 г. по делу № А13-6781/2022, от 6 сентября 2023 г. по делу № А25-1999/2022, от 16 октября 2023 г. по делу № А40-214168/2022, от 3 ноября 2023 г. по делу № А40-31387/2023.

не на ту пуговицу» (Харуки Мураками). Такой подход, как нам думается, является результатом отождествления создания умственным творческим трудом образа с процессом (техническим) объективизации (фиксации) созданного образа в изобразительной форме. Но создание фотографии – это *создание художественного образа*, с выражением его в изобразительной форме при помощи фотокамеры. То же говорит фотограф Марк Денман: «Фотографы не снимают. Они создают образы».

Кроме того, сложно согласиться с тем, что выбор момента фотографирования является частью творческого труда. При этом мы не отрицаем важность выбора момента снимка. Так, Марк Рибу полагает, что фотография – дело случая. Том Энг считает, что для великой фотографии требуется одна фундаментальная вещь – чтобы фотограф в ответственный момент был на месте. Но при этом никто из фотографов не утверждает, что, говоря словами Анри Картье-Брессона, выбор «решительного момента» входит в состав творческого труда фотографа. Едва ли можно полагать, что выбор момента создания фотоснимка входит в содержание творческого труда фотографа.

Таким образом, основываясь на том, что в авторском праве творческий труд состоит в создании формы изложения мысли (образа, понятия)²⁷: «Бьешься, бьешься, слова не лезут с пера, мысль своей как следует выразить не могу...» (М.А. Булгаков), а не в объективизации созданного воображаемого (мыслимого) результата творчества, – фактические действия фотографа по выбору экспозиции, установке света и т.д., не могут быть признаны творческой деятельностью в смысле ст. 1257 ГК РФ. Иначе, «распределение мебели по комнатам тоже можно считать за творчество» (Казимир Малевич). Кажется, едва ли можно отрицать, что анализируемый подход противоречит ГК. Ведь фо-

токамера – это только лишь инструмент, поэтому как не настраивай камеру (свет, ракурс и т.д.), фотографии не получится, если в воображении прежде не создан образ.

Так, например, из суждения В.Я. Ионаса о том, что «необходимо четко отличать объективную форму выражения как нечто внешнее для произведения (рукопись, книга, партитура и т.д.) от художественной формы, имманентной произведению и являющейся продуктом творчества»²⁸, следует, что творчество автора заключается в создании образов и языка (художественной формы). Схожего взгляда на содержание творчества придерживается Э.П. Гаврилов: «Объектом авторского права является любое произведение, в котором проявляется творчество, состоящее либо в создании системы понятий (научное творчество), либо в создании системы образов (художественное творчество)»²⁹.

Следует заметить, что если, например, художник, в общем случае³⁰, создает картину своим трудом целиком и полностью, т.е. создает изобразительную форму законченной идеи и сам же выражает ее в объективный мир на материальном носителе (полотне), то фотограф выполняет только первый этап – создает образ (форму изложения мысли). Тем самым, в случае, когда отсутствует умственный труд фотографа по созданию образа (формы изложения мысли), объективизированное фотокамерой изображение действительности не может быть признано произведением (фотографическим) в силу ст. 1257 ГК РФ. Ведь, фотоснимок, по существу, является результатом функционирования фотокамеры по воспроизведению (копированию) объектов действительности³¹.

Так, по мнению В.А. Дозорцева, «признание объекта охраноспособным зависит от того, служит ли техническое средство инструментом для твор-

²⁷ Как заметил Энсель Адамс, один из известных мастеров фотографии XX века, «вы не фотографируете, вы создаете».

²⁸ Ионас В.Я. Критерий творчества в авторском праве и судебной практике. М., Изд-во Юридическая литература. 1963. С. 70.

²⁹ Гаврилов Э.П. Советское авторское право (Основные положения. Тенденции развития). М., Изд-во Наука. 1984. С. 81.

³⁰ Возможно, что образ, созданный одним, будет объективизирован на полотне, в точном соответствии с его указаниями, другим человеком.

³¹ Заслуживает внимания точка зрения Давида Бурлюка о том, что искусство это искажение действительности, а не копирование ее (См.: Лившиц Б. Полутораглазый стрелец: Стихотворения, переводы, воспоминания. Л., Советский писатель. 1989). Искусство, конечно, не сводится к копированию действительности, но едва ли правильно сведение его к искажению действительности. Скорее искусство – это самобытное (самостоятельное) выражение идеи объектов действительного и вымышленного миров.

чества человека или человек лишь обслуживает техническое средство. Исключительное право возникает лишь в первом случае»³². Из этого следует, что в случае, когда человек лишь обслуживает фотокамеру, без создания творческим трудом художественного образа, то полученный результат деятельности фотокамеры нельзя признать охраняемым (произведением).

Можно заметить, что такой подход далеко не нов. Так, на международном конгрессе издателей в Будапеште в 1913 г. была выработана схожая позиция: «Фотография есть продукт технического процесса, а не творение художественной идеи. Художник-творец создает художественные образы, фотограф, напротив, воспроизводит образы реальные, которые должны быть рассматриваемы с такой же точки зрения, как фабрикация индиго, каучука и искусственных рубинов»³³.

Кроме того, анализируемые действия фотографа вовсе не являются обязательными при объективизации художественного образа. Стоит заметить, что выдвинув известные действия в качестве признаков творческого труда фотографа, сама судебная практика не считает их наличие обязательным условием для признания труда творческим. Так, например, в деле № А25-1999/2022 суд кассационной инстанции посчитал, что фотография может быть результатом творческого труда даже в том случае, когда автор фотографии не менял стандартные настройки фотоаппарата³⁴. По другому делу Суд по интеллектуальным правам указал на то, что отсутствие обработки фотоснимка не опровергает наличие творческого характера труда фотографа³⁵. В другом споре суд признал фотографию результатом творческого труда фотографа, хотя бы использованный ракурс фотографии – точка съемки, вид на объект под определенным углом, «выстраивающий» композицию, является типичным применительно к данному объекту съемки³⁶. Мы находим такой вывод правильным, поскольку выбор ракурса – точки, с ко-

торой происходит съемка объекта, требует мастерства, ремесла, технического решения, иногда даже очень значительного, но не творчества в понимании ст. 1257 ГК РФ. Он помогает фотографу передать чувства, выраженные в образе, но не является созданием самого по себе образа. Если признать выбор угла съемки творческим вкладом при создании фотографии, то фотоснимок внутри колец Сатурна, сделанный космическим кораблем Кассини, следует признать абсолютным фотопроизведением, поскольку вряд ли кто из людей сможет сделать подобную фотографию.

Таким образом, выбор ракурса определяется сюжетом, идеей (замыслом) снимка, т.е. созданным умственным трудом фотографа художественным образом (формой изложения мысли, чувства). Занимая такую позицию можно согласиться с тем, что «хорошая фотография – это знать, где стоять» (Ансель Адамс); добавим: с тем, чтобы выразить задуманный замысел (художественный образ).

Отсюда вопрос: если рассматриваемые действия являются творческими в понимании ст. 1257 ГК РФ, тогда почему никто не утверждает, что творчество, к примеру, художника заключается в выборе красок, кистей, полотна, размещения объекта изображения перед собою, собственной позы перед мольбертом и т.д.? В таком случае, кажется, можно зайти далеко: условию охраноспособности фотографий, выдвинутого братом Анны Горбушкиной – героем фильма Л. Гайдая «Не может быть!» (1975) в отношении картин: «Что? За чудную березовую рощу двадцатку? Да тут одних сухих березовых дров кубометров сорок!».

Помимо этого, правомерно возникает другой вопрос: почему кинооператор (оператор-постановщик, DP), деятельность которого схожа с деятельностью фотографа (выбор вида съемки, освещение, композиционное построение кадра, перемена кадров и пр.), не входит в число авторов аудиовизуального произведения наравне с режис-

³² Дозорцев В.А. Интеллектуальные права. Понятие. Система. Задачи кодификации. Сборник статей / Исслед. центр частного права. М., Статут. 2005. С. 40.

³³ См.: Хейфец И.Я. Авторское право. Изд-во «Советское законодательство». М., 1931. С. 65–66.

³⁴ См.: постановление Суда по интеллектуальным правам от 6 сентября 2023 г. по делу № А25-1999/2022.

³⁵ См.: постановление Суда по интеллектуальным правам от 7 сентября 2021 г. по делу № А40-139746/2020.

³⁶ См.: постановление Суда по интеллектуальным правам от 30 октября 2017 г. по делу № А40-239418/2016.

сером-постановщиком, автором сценария, композитором и художником-постановщиком анимационного фильма (п. 2 ст. 1263 ГК РФ)?

Теперь предложим собственное понимание содержания авторского труда по созданию фотографий. Задача фотографа, как любого творца, – изложить мысль (передать чувство). Так, по словам фотографа Питера Адамса, «выдающаяся фотография – это глубина чувств, а не глубина резкости». Исходя из этого, творческий труд фотографа может состоять в создании нематериального (мыслимого) художественного образа (В.Я. Ионас, Э.П. Гаврилов и др.) или, что нам кажется более точным: формы изложения мысли (чувства).

Для иллюстрации нашей мысли приведем следующий пример. После просмотра ряда фотоснимков «плохих дорог», составивших предмет спора о взыскании компенсации за незаконное использование, у нас возник собственный образ, выражающий мысль о «плохой дороге»: спешащая на свидание девушка в белом платье, на которую летят брызги воды от колеса проезжающей машины, попавшего в выбоину на дороге. При этом самой по себе дороги на снимке, который можно было бы назвать «Разбитая дорога», на снимке не было бы: лишь бордюр, за которым угадывалась бы дорога. Но выраженное девушкой чувство полного отчаяния, вызванное ощущением безвыходности из создавшегося положения, кажется, могло дать ясное представление о дороге, разбивающей судьбы людей.

Созданный образ хранится в памяти и пока не выражен в объективной форме. Возможно, когда-нибудь он будет воспроизведен в постановочной фотографии. Не исключено, что удастся увидеть такой образ в реальной жизни, с тем, чтобы зафиксировать на пленке³⁷. Ведь если художник – думающий глаз, то фотограф, по словам известного представителя французской школы фотографии Марка Рибу – это видящий глаз. По его мнению, смотреть и видеть – это разные вещи, надо уметь видеть. Именно поэтому его снимки выхватывают

из окружающей действительности самую суть вещей (людей, предметов, явлений и т.д.).

Художественный образ может быть создан в воображении фотографа в любое время до создания фотографии, в том числе, как правило, за доли секунды до нажатия кнопки фотокамеры. По сути, труд фотографа заключается в мысленном представлении определенного образа – изображения, предшествующего съемке. Поэтому настоящий фотограф (творец) в мыслях представляет результат еще до завершения работы (объективизации). Так, по словам Анри Картье-Брессона, автора концепции «решающего момента», для него «фотография – моментальное распознавание, в долю секунды, значимости происходящего и одновременно точной организации форм, что придает этому событию соответствующую ему экспрессию». Поэтому сложно согласиться с тем, что «любой другой художник начинает с чистого листа, листа бумаги... фотограф начинает с готового продукта» (Эдвард Стэйхен). По нашему глубокому убеждению, фотография – это не случайно найденная форма (объективная) действительности, а отображение той мыслимой формы, что была создана фотографом, может за какое-то мгновение до щелчка фотокамеры.

Исходя из сказанного, мы считаем, что творческий труд фотографа состоит не в механическом воспроизведении видимого, а в визуализации, то есть представлении (создании) художественного образа (формы изложения мысли, чувства).

Близкую позицию занимает М.А. Федотов, указывая на то, что вклад фотографа в создание фотографии имеет безусловную творческую составляющую, ведь он сам выбирает сюжет, формирует композицию, оценивая эстетическую выразительность создаваемого кадра³⁸.

Отсюда следует, что **фактически действия фотографа по выбору экспозиции, установке света и т.п., хотя бы и требуют определенно-го мастерства (техники, школы), но по своему содержанию они являются техническими, направленными на объективизацию созданно-**

³⁷ Марк Томпсон, британский художник: «В моей голове всегда картинка, внутренний пейзаж, которому я пытаюсь найти аналог во внешнем мире».

³⁸ Федотов М.А. Правовые основы журналистики. М., Изд-во «СТЭНСИ». 2002. С. 228.

го творческим трудом художественного образа (формы изложения мысли, чувства) и поэтому не могут быть признаны творческой деятельностью в смысле ст. 1257 ГК РФ.

II. Фотография как отражение личности автора

«Личность, милостивый государь, – вот главное: человеческая личность должна быть крепка как скала, ибо на ней все строится»
Слова Павла Кирсанова, героя романа
И.С. Тургенева «Отцы и дети»

«Вся моя жизнь – в моих стихах»
А.А. Блок

Теперь разберем заслуживающий самого пристального внимания подход, сформированный Судебной коллегией Верховного Суда РФ в Определении ВС РФ № 5-КГ21-14-К2: объект подлежит правовой охране, если автор проявил «выбором формы продукта»³⁹ свои творческие способности оригинальным способом, сделав свободный и творческий выбор и моделирование продукта таким образом, чтобы отразить его личность, является ли это оригинальным произведением, результатом интеллектуального творчества, в связи с тем, что через эту форму автор произведения оригинальным образом выражает свои творческие способности, делая свободный и творческий выбор, отражая свою личность»⁴⁰.

Если мы правильно поняли заключение Верховного Суда РФ, то: 1) творческий труд заключается в свободном и творческом выборе и моделиро-

вании формы продукта, 2) выбор формы признается творческим, если форма оригинальна, 3) форма оригинальна, если в ней отражена личность автора. Если это так, то сформированная судом правовая позиция состоит в том, что результат интеллектуального труда подлежит авторско-правовой охране как результат творческого труда, когда является оригинальным в том смысле, что автор отразил в нем свою личность»⁴¹. Подтверждение этой мысли можно найти у К.П. Победоносцева: «Произведение духа и мысли, выраженное в слове, принадлежит прежде всему автору, не как телесная вещь, но как откровение и выражение его личности и духа, в нем обитающего»⁴². Заметим, что, например, толковый словарь С.И. Ожегова предлагает несколько значений слова «оригинальный»: 1) не заимствованный, не переводной, подлинный; 2) вполне самостоятельный, чуждый подражательности; 3) своеобразный, необычный»⁴³. Как видим, одно из значений этого слова – «самостоятельный».

По существу, выработанный Судебной коллегией ВС РФ подход содержит два вывода: 1) понятие «творческий труд» характеризуется (раскрывается) признаком оригинальность произведения; 2) оригинальность произведения – это проявление (отражение) в нем личности автора. Подчеркнем: оригинальность понимается судом не в значении «необычный», «уникальный», а в том смысле, что в произведении отражена личность автора.

Заметим, что согласно ст. 6 Директивы Европейского парламента и Совета Европейского Союза от 12 декабря 2006 г. № 2006/116/ЕС о сроках охраны авторских прав и смежных прав, правовой охране подлежат фотографии, которые являются оригинальными в том смысле, что они представляют

³⁹ Полагаем, что термин «форма продукта» Судебная коллегия ВС РФ применила в смысле форма произведения (форма изложения мысли). См., об этом: *Витко В.С.* Виды форм (способов) изложения мыслей (чувств) // Современная наука: актуальные проблемы теории и практики. Серия «Экономика и право». 2020. № 1. С. 102–112.

⁴⁰ Ср.: «Надо всмотреться в него (поэта – В.В.), понять кто он и что такое его стихи; есть ли в них подлинное отражение его существа (магия) и если есть – в какой мере, в какой полноте?» (См.: *Гунцус З.Н.* Собрание сочинений. Т. 13. У нас в Париже: Литературная и политическая публицистика 1928–1939 гг. М., Изд-во «Дмитрий Сечин». 2012).

⁴¹ В.Г. Белинский, рассуждая о творчестве, пишет, что на свете много людей, известных под именем «пустых»: «Пустота их состоит в том, что они заимствуют целиком, и их мозг не переваривает чужой мысли, а передает ее через язык в том же самом виде, в каком принял ее. Это люди безличные, потому что чем человек личнее, тем способнее обращать чужое в свое, т.е. налагать на него отпечаток своей личности» (*Белинский В.Г.* Избранные философские сочинения. Гос. изд. политической литературы. 1948. Т. 2. С. 306).

⁴² *Победоносцев К.П.* Курс гражданского права. Первая часть: Вотчинные права. М., Статут. 2012. С. 700.

⁴³ *Ожегов С.И.* Толковый словарь русского языка: Ок. 100 000 слов, терминов и фразеологических выражений / Под ред. проф. Л.И. Скворцова. 27-е изд., испр. М., Мир и образование. 2018. С. 376.

собой продукт интеллектуальной деятельности автора. При этом в преамбуле (п. 16) сказано, что фотографическое произведение по смыслу Бернской конвенции считается оригинальным, если оно является собственным интеллектуальным творением автора, отражающим его личность⁴⁴.

Таким образом, сформированный Верховным Судом РФ подход совпадает с позицией, утвердившейся в европейском праве как результат формирования судебной и научной доктрин, согласно которой авторско-правой охране подлежит оригинальное произведение, отражающее личность автора.

Но что следует понимать под требованием отражения в произведении личности автора, представляющим собой весьма субъективный критерий?⁴⁵

Предположительно, проблема отражения автора в произведении сводится к установлению форм выраженности автора в произведении. Подлинный интеллект личности занят одним – выражением мысли, которое есть воплощение индивидуальности.

Если это так, то выдвинутое требование можно свести к тому, что произведение должно иметь *личностное происхождение* (лат. «origo» – происхождение, начало) – быть *результатом собственно-умственного труда*⁴⁶. Принимая во внимание, что умственный труд автора по созданию произведения состоит в изложении мысли (чувства), полагаем, что *выражение (проявление, отражение) личности автора в произведении заключается*

в изложении мысли какими-либо средствами (словами, цветом, звуками и т.д.) личным умственным трудом и, тем самым, в собственной (индивидуальной, самобытной) форме (словесной, изобразительной и т.д.). При этом созданная форма изложения мысли не обязана быть оригинальной в смысле «необычной»⁴⁷, представляемой, чаще всего, как «изыск и вычура» (З.Н. Гиппиус)⁴⁸. Стоит подчеркнуть, что умственный труд относится к изложению мысли и, тем самым, выражение личности имеет своей целью изложение мыслей (чувств). Здесь нам вспоминаются слова героя романа Джона Фаулза «Коллекционер» Чарльза Вестона: «У Слейда вас учат выражать личность – личность вообще. Но как бы хорошо вы ни научились выражать личность в линии и цвете, ничего не получится, если личность эту незачем выражать». По этой причине известный фотоснимок Кевина Эйбоша «Картофель № 345» (2010), который хотя и входит в число самых дорогих снимков мира (продан за миллион евро), едва ли можно признать фотографическим произведением.

Схожую позицию занимает М.А. Рожкова, полагая, что «авторско-правовую охрану может получить объект, который: (1) создан в результате творческой деятельности определенного физического лица, (2) выражен в объективной форме, позволяющей воспринимать его другими лицами, (3) не носит исключительно информационный характер, (4) выражает оригинальную идею, образ, мысль автора, отражая его личность /

⁴⁴ См.: Директива Европейского парламента и Совета Европейского Союза от 12 декабря 2006 г. № 2006/116/ЕС // <https://www.wipo.int/wipolex/ru/text/443262> (дата обращения: 15 февраля 2024 г.).

⁴⁵ Проблема отражения личности автора в художественном произведении обсуждается учеными в рамках эстетики, психологии искусства, филологии и философии. При этом господствующее мнение ученых в области психологии искусств склоняется к тому, что личность автора находит свое отражение в созданном им произведении искусства (См. об этом, например: Янкелевич М.С. Отражение личности автора в художественном произведении // Известия Самарского научного центра Российской академии наук. 2013. Т. 15 № 2. С. 163–168).

⁴⁶ См.: Витко В. О признаках произведения // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2016. № 12. С. 25.

⁴⁷ Так, К.И. Чуковский полагал, что сочетание двух анапестических стоп то с амфибрахием, то с одностопным ямбом в «Поэме без героя» можно назвать ахматовским. Но творчество А.А. Ахматовой как поэта, в частности, при создании упомянутой поэмы, над которой она трудилась более двадцати лет (1940–1962), конечно, не в оригинальности самого по себе стихотворного размера.

⁴⁸ Едва ли можно согласиться с тем, что «под оригинальностью следует понимать специальную характеристику результата интеллектуальной деятельности, достигнутую за счет проявления автором своих творческих способностей таким образом, чтобы отразить в созданном им произведении собственную личность» (Исаева В.О. Оригинальность произведения как критерий охраноспособности // Труды по интеллектуальной собственности (Works on Intellectual Property). 2023. Т. 44. № 1. С. 65).

индивидуальность»⁴⁹. Можно лишь заметить, что излагаемые идеи, образы, мысли необязательно должны быть оригинальными в смысле необычными (уникальными). Достаточно того, чтобы образ (форма изложения мысли) был результатом самостоятельного труда.

На этой точке зрения стоит британская доктрина и судебная практика. Так, например, Л. Бентли и Б. Шерман считают, что оригинальность как критерий охраноспособности произведения не следует понимать как уникальность⁵⁰. В подтверждение своей позиции они приводят мнение судьи Петерсона, выработанное по делу *University of London Press v. University Tutorial Press (1916)*: «Слово *оригинальность*... подразумевает совсем не то, что произведение выражает оригинальную или своеобразную мысль... Оригинальность, которую требует закон, – это оригинальность самого выражения. Закон не говорит о том, что такая оригинальность подразумевает выражение произведения в новой, своеобразной форме. Речь о том, что произведение не должно повторять ранее созданное, – оно должно *исходить (originate)* от своего автора»⁵¹.

Таким образом, правовую позицию, выраженную Верховным Судом РФ, можно сформулировать следующим образом: результат интеллектуальной деятельности подлежит авторско-правовой охране, когда является *результатом личного (самостоятельного) умственного труда человека по изложению завершенной мысли* какими-либо средствами (при условии выражения в объективной форме)⁵². Если коротко, то вот формула выражения личности, в терминах и понятиях авторского права: са-

мостоятельный труд по созданию формы изложения мысли.

Можно заметить, что в ряде работ понятие «творческий труд» мы также свели к самостоятельному умственному труду человека по изложению мысли (чувства)⁵³. Схожего взгляда придерживается М.А. Федотов, предлагая следующее определение понятия «произведение»: «Произведением науки, литературы или искусства признается результат творческой деятельности автора, выраженный в какой-либо объективной форме и обладающий свойством оригинальности (индивидуальности, самостоятельности), вне зависимости от достоинств и назначения произведения, а также от способа его выражения и каких-либо формальностей»⁵⁴.

Занимая правовую позицию Верховного Суда РФ, и учитывая, что фотограф может выразить личность изобразительными средствами (линией, цветом и т.д.), можно утверждать, что в фотографии отражена личность фотографа в том случае, когда она является *результатом личного (самостоятельного) умственного труда по изложению завершенной мысли (чувства) в изобразительной форме (совокупностью линий, теней, цвета и т.п.)*.

Подытоживая, придерживаясь значения слова «мысль» как представления о сущности чего-либо (предмета, явления и т.д.), полагаем возможным заключить, что *фотография должна признаваться объектом авторского права (произведением) в том случае, когда созданный образ (форма изложения мысли, чувства) является результатом собственного (личного) труда по выражению идеи (сущно-*

⁴⁹ Рожкова М.А. Пост, комментарий, реклама в сети интернет – являются ли они объектами авторских прав? // А post, a comment, an advertisement on the Internet – are they object to copyright? [Электронный ресурс] // Закон.ру. 2024. 16 января. URL: https://zakon.ru/blog/2024/1/16/post_kommentarij_reklama_v_seti_internet_yavlyayutsya_li_oni_obektami_avtorskih_prav_a_post_a_comm (дата обращения: 16 февраля 2024 г.).

⁵⁰ Бентли Л., Шерман Б. Право интеллектуальной собственности: Авторское право / Пер. с англ. В.Л. Вольфсона. СПб., Издательство «Юридический центр Пресс». 2004. С. 153.

⁵¹ См.: Бентли Л., Шерман Б. Право интеллектуальной собственности: Авторское право / Пер. с англ. В.Л. Вольфсона. СПб., Издательство «Юридический центр Пресс». 2004. С. 153.

⁵² См. об этом подробнее: Витко В.С. Содержание критерия «оригинальность» в доктрине Верховного Суда Российской Федерации // Юрист. 2023. № 1. С. 14–20.

⁵³ См., например: Витко В. О признаках произведения // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2016. № 12. С. 12–25; Витко В.С. Понятие формы произведения в авторском праве. М., Статут. 2020. С. 191–213; Блинец И.А., Витко В.С. О содержании понятия формы в авторском и патентном праве // Хозяйство и право. 2022. № 3. С. 44–52 и др.

⁵⁴ Федотов М.А. Культурологические идеи Д.С. Лихачева и правовые позиции Э.П. Гаврилова как источники общей теории авторства // Сборник научных статей учеников и коллег к 90-летию профессора Э.П. Гаврилова / под ред. С.В. Бутенко, В.С. Витко, А.А. Рукавишниковой. Томск. Изд-во Томского государственного университета. 2023. С. 223.

сти) кого-чего-нибудь. Если совсем кратко, *творчество фотографа – это представление собственного взгляда на сущность явлений мира* (действительно-го или воображаемого).

Тем самым, фотографическое произведение – это идеальный образ чувства (мысли), создаваемый умственным трудом фотографа, который впоследствии либо воссоздается в реальной действительности действиями фотографа и (или) других людей, либо обнаруживается в реальной жизни, и фиксируется фотокамерой⁵⁵.

Следует заметить, что такой подход начинает, кажется, утверждаться на уровне кассационной инстанции. Так, в деле о взыскании компенсации за нарушение исключительного права на произведение архитектуры, Суд по интеллектуальным правам указал, что «необходимым критерием признания того или иного объекта творческим результатом, охраняемым нормами авторского права, являются *самостоятельные усилия автора по его созданию*, которые приводят к возникновению произведения, имеющего отличия от других произведений того же рода». Суд также отметил, что объект получает авторско-правовую охрану при условии, если в нем отражена личность автора⁵⁶. Тем самым Суд занял позицию ВС РФ, согласно которой произведение признается созданным творческим трудом, если в нем отражена личность автора.

Итак, мы решили, что **в фотографии в том случае отражена (выражена) личность, когда созданный образ (форма изложения мысли, чувств) является результатом собственного (личного) умственного труда по передаче идеи (сущности) кого-чего-нибудь.**

Между тем в литературе высказывается мнение, что «применительно к фотографиям можно говорить о том, что оригинальным следует считать такое фотоизображение, в котором можно выделить характеристики, отражающие личность автора и в любом случае отличающие данное произведение от остальных, – особый стиль, техника съемки, ракурс, нали-

чие отличительного элемента в кадре, выбор времени съемки и композиции фотографирования и т.д.»⁵⁷.

Мы считаем иначе.

III. Спорные вопросы охраноспособности фотографий

Придерживаясь полученных выводов, попытаемся ответить на другие вопросы, поставленные Судом по интеллектуальным правам.

Вопрос № 2. Зависит ли охраноспособность фотографий как объектов авторского права от цели и момента их создания, от объекта и средств съемки?

Полагаем, что охраноспособность фотографий как объектов авторского права в силу ст. 1257, п. 1. ст. 1259 ГК РФ *не зависит* от цели и момента их создания, от объекта и средств съемки.

Высказанное мнение согласуется с подходом, установленным в преамбуле (п. 16) Директивы Европейского парламента и Совета Европейского Союза от 12 декабря 2006 г. № 2006/116/ЕС о сроках охраны авторских прав и смежных прав, согласно которому фотографическое произведение по смыслу Бернской конвенции считается оригинальным, если оно является собственным интеллектуальным творением автора, отражающим его личность, при этом никакие другие критерии, такие как достоинства или *цель*, не принимаются во внимание⁵⁸.

Далее перечислим особенности, которые необходимо учитывать при оценке охраноспособности, в частности фотографий, отражающих следующее.

1. События, образующие информационный повод (например, авария, стихийные бедствия и т.п.), спортивных или культурных мероприятий (футбольный матч, празднование дня города и т.п.).

⁵⁵ Витко В.С. О творческом вкладе фотографа в создание фотографических произведений // Хозяйство и право. 2019. № 8. С. 29–38.

⁵⁶ См.: постановление Суда по интеллектуальным правам от 18 декабря 2023 г. № С01-2538/2023 по делу № А40-283847/2022.

⁵⁷ Рожкова М.А., Исаева О.В. Правовые режимы фотографии в российском праве // Журнал Суда по интеллектуальным правам. 2021. № 2. С. 62.

⁵⁸ См.: Директива Европейского парламента и Совета Европейского Союза от 12 декабря 2006 г. № 2006/116/ЕС // <https://www.wipo.int/wipolex/ru/text/443262> (дата обращения: 15.02.2024).

Согласно подп. 4 п. 6 ст. 1259 ГК РФ не являются объектами авторских прав «сообщения о событиях и фактах, имеющие исключительно информационный характер». Если мы правильно поняли волю законодателя, правило состоит в том, что условием охраноспособности сообщений о событиях и фактах является выражение идеи (мысли), т.е. представления о сущности чего-нибудь. Поэтому оптимально мнение М.А. Рожковой о том, что если назначение письменного сообщения состоит в информировании о событиях и фактах, подобное сообщение не является авторским произведением⁵⁹.

Согласно сформированному Верховным Судом РФ подходу, фотография подлежит охране в том случае, когда передает личное представление автора (фотографа) о сущности чего-нибудь, т.е. является результатом личного (самостоятельного) труда по изложению определенной идеи (чувства). В том случае, когда фотоснимок представляет собой, пусть даже безупречное воспроизведение предмета, явления и т.д., но при этом не выражает идеи (чувства), он не должен признаваться фотографическим произведением.

Таким образом, фотография – как сообщение о событиях и фактах в изобразительной форме, подлежит авторско-правовой охране в том случае, когда выражает авторский (личный, самостоятельный) взгляд на сущность (идею) факта, события.

Для подтверждения и объяснения этой мысли приведем несколько примеров. Рассмотрим предложение: «Ребята катаются на коньках». Оно является сообщением о событии – катании ребят на коньках, которым никакой законченной мысли (чувства) не объяснено. По этой причине охране авторским правом оно не подлежит. Это же событие может быть изложено, к примеру, так: «Опрятней модного паркета / Блистает речка, льдом одета. / Мальчишек радостный народ / Коньками дружно режет лед» (А.С. Пушкин, «Евгений Онегин»). Мы

видим уже не простое сообщение о возможности катания на коньках зимой, а личное (самостоятельное) выражение поэтом чувства радости от катания на коньках, подлежащее авторско-правовой охране как часть романа «Евгений Онегин».

Другой пример. 17 мая 1836 г. А.С. Пушкин подарил М.С. Щепкину тетрадь, озаглавив ее «Записки актера Щепкина», и сам же вписал первые строки: «Я родился в Курской губернии Обоянского уезда в селе Красном, что на речке Пенке». Вся эта фраза – лишь изложение информации о месте рождения актера, поэтому охране авторским правом подлежать не может.

Очевидно, что сделанный вывод распространяется на любые результаты интеллектуальной деятельности по изложению событий и фактов.

К сформированному представлению склоняется судебная практика. В качестве примера можно привести дело о рекламном посте, в котором Суд по интеллектуальным правам указал, что «при установлении охраноспособности сообщений информационного характера суду необходимо определить, имеют ли таковые признаки оригинальности, неповторимости, индивидуального авторского стиля изложения текста, отражают ли собственный авторский взгляд на описываемые события либо же передают информацию о событиях объективной действительности с использованием устойчивых оборотов официально-делового и публицистического стилей; потребовало ли создание данной публикации индивидуальных творческих усилий, превышающих по своему уровню то, что для среднего журналиста представляет собой простую механическую работу⁶⁰.

Основываясь на этой позиции, кассационный суд согласился с выводами судов о том, что спорный рекламный текст является лишенным творческого начала сообщением, имеющим исключительно информационный характер, и по-

⁵⁹ Рожкова М.А. Пост, комментарий, реклама в сети интернет – являются ли они объектами авторских прав? // A post, a comment, an advertisement on the Internet – are they object to copyright? [Электронный ресурс] // Закон.ру. 2024. 16 января. URL: https://zakon.ru/blog/2024/1/16/post_kommentarij_reklama_v_seti_internet_yavlyayutsya_li_oni_obektami_avtorskih_prav_a_post_a_comm (дата обращения: 16 февраля 2024 г.).

⁶⁰ Сформированные судом условия охраноспособности, в частности, оригинальность (неповторимость) сообщения, авторский стиль изложения, наличие творческих усилий выше среднего уровня, кажутся чрезмерными. Возможно, достаточно было бы указать только на необходимость отражения авторского взгляда на описываемые события.

этому не является объектом авторских прав (произведением)⁶¹.

Таким образом, в случае когда результат интеллектуальной деятельности не передает информацию о действительном мире, а несет «печать» личности автора, является представлением сущности объектов от личностного «я», выражением авторской индивидуальности взгляда на мир, сообщение о событиях и фактах следует признавать охраняемым произведением.

Далее в качестве иллюстрации тезиса приведем первую часть стихотворения «Кузнечик» (1908–1909) Велимира Хлебникова⁶², в которой поэт одним, но безупречным по форме предложением, создал яркий образ (сущность) обычного кузнечика:

«Крылышкуя золотописьмом
Тончайших жил,
Кузечик в кузов пуза уложил
Прибрежных много трав и вер».

2. Товары для продажи онлайн, рекламы и т.п.

По нашему мнению, фотографии товаров для продажи онлайн, рекламы и т.п. должны подлежать охране в случаях, когда изображение товаров выражает авторский (личный) взгляд на их сущность, а не потому, что автором использован целый ряд приемов, чтобы представить товары в наиболее выигрышном и наглядном для потенциального потребителя виде⁶³.

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

Придерживаясь нашего вывода о том, что в случае, когда человек лишь обслуживает фотокамеру, без создания творческим трудом образа (формы изложения мысли), то полученный результат деятельности фотокамеры нельзя признать охраняемым (произведением).

Такой вывод согласуется с разъяснением Верховного Суда РФ. Согласно ст. 1257 ГК РФ автором произведения признается гражданин, творческим трудом которого оно создано. Поскольку фотоснимки, созданные в автоматическом режиме специальными техническими средствами с функциями фото- и киносъемки, не имеют авторов, поэтому объектами авторского права они не являются (п. 80 постановления Пленума № 10).

Таким образом, основание для отказа в охране фотоснимков, созданных в автоматическом режиме, прямо установлено законом – отсутствие фигуры автора.

В литературе высказывается мнение, что к фотографиям, создаваемым в автоматическом режиме, можно также отнести фотографии, сделанные в специально оборудованных кабинках для создания фотографий (на документы, в развлекательных целях и т.п.

Не думаем, что это так. Ведь в таких случаях фотографом является фотографируемое лицо, поэтому нельзя говорить об отсутствии автора. Главное, если фотографом будет создан художественный образ, то полученный снимок должен подлежать охране. Таким образом, фото на документы, в развлекательных целях и т.п., выполняемые камерой в автоматическом режиме (без каких-либо настроек фотографом), могут быть признаны фотографическими произведениями.

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

В рамках медицинских исследований специалисты не создают художественные образы для выражения идей, а лишь фиксируют объективные, реальные образы действительной жизни. Поскольку создание фотоснимков осуществляется технически, без реализации замысла (идеи), то произведениями они признаны быть не могут.

⁶¹ См.: постановление Суда по интеллектуальным правам от 18 октября 2023 г. № C01-1716/2023 по делу № А40-182810/2022. См. также постановление Суда по интеллектуальным правам от 20 июня 2023 г. № C01-914/2023 по делу № А76-24162/2020.

⁶² Полный текст стихотворения: «Крылышкуя золотописьмом / Тончайших жил, / Кузнечик в кузов пуза уложил / Прибрежных много трав и вер. / «Пинь, пинь, пинь!» – тарарахнул / зизивер. / О, лебедиво! / О, озари!».

⁶³ См.: решение Арбитражного суда Свердловской области от 20 апреля 2011 г. по делу № А60-28437/2010.

5. Созданные органами государственной власти в ходе выполнения публичных функций (например, правоохранительными органами) или подведомственными им учреждениями (например, судебными экспертами).

Этот случай, с точки зрения авторского права, аналогичен п. 4).

6. Достопримечательности, запечатленные с часто используемых ракурсов.

В судебной практике имеется дело, в котором суд первой инстанции спорную фотографию архитектурного объекта в г. Таллине не признал объектом авторского права. В качестве довода указано, что 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.

При этом отсутствие творческого замысла фотографа, по мнению суда, подтверждается возможностью многократного воспроизведения спорной фотографии неопределенным кругом лиц исключительно техническим способом в отсутствие специальной постановки кадра или применения профессиональных фотографических навыков. 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. Суд апелляционной инстанции поддержал выводы суда первой инстанции⁶⁴.

Разберем подход суда. Ракурс, понимаемый в фотографии как точка (угол) съемки, действительно позволяет не просто фиксировать действительность, а выстроить композицию, выделить главное, т.е. определить, как объект съемки будет выглядеть и тем самым позволяет передать мысли (чувства) фотографа через изображение. Поэтому, к примеру, фотограф Андреас Гурски всегда пытался сделать кадр с такого ракурса, чтобы его

больше никто не мог повторить (арендовал вертолеты, высокие краны, забирался на небоскребы и т.п.).

Однако ракурс – это всего лишь творческий инструмент для целей фиксации (объективизации) образа, созданного творческим трудом фотографа. Подчеркнем, что творческий труд фотографа не в самом по себе выборе ракурса объекта съемки, а в создании воображаемого образа, объективизация которого требует совершения определенных фактических действий для объективизации, в частности, выбор ракурса.

Исходя из этого и соглашаясь с выводом суда, в качестве довода укажем, что фотоснимок города не признается произведением, поскольку творческим трудом фотографа не создан образ города, точнее, кажется, не увиден собственный (творческий) образ города, объективизация которого непременно бы потребовала построения композиции кадра путем выбора ракурса объекта, собственной позиции для совершения его съемки и пр.

7. Двухмерные объекты изобразительного искусства (живопись, графика).

Фотоснимок оригинала (копии) произведения изобразительного искусства может быть признан фотографическим произведением (а не экземпляром произведения), когда является реализацией (объективизацией) созданного творческим трудом фотографом художественного образа идеи.

В том случае, когда фотоснимок представляет собой пусть даже безупречное воспроизведение произведения изобразительного искусства, его следует признавать созданием экземпляра произведения, а не фотографическим произведением.

Такой взгляд имеет поддержку в литературе. Так, М.А. Рожкова и О.В. Исаева полагают, что «обычная фиксация авторского произведения посредством различных средств, включая как видеозапись, так и фотографию, должна квалифицироваться как воспроизведение произведения... В таких случаях фотография обычно выступает лишь техническим средством воспроизведения и, по об-

⁶⁴ См.: постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 9 ноября 2022 г. по делу № А40-71752/2022.

щему правилу, вообще не может относиться к охраноспособным произведениям»⁶⁵.

8. Документы

На наш взгляд, этот случай аналогичен п. 4): фотоснимки на документы не подлежат авторско-правовой охране.

Несколько иного мнения, например, придерживается Е.А. Павлова, допуская, что фотографии документов могут подлежать охране, если содержат творческие элементы⁶⁶.

Вопрос № 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)?

По существу, судом сформулированы два различных вопроса.

1. Когда серия фотографий состоит из идентичных фотографий, то в этом случае творческим трудом фотографа создается только один художественный образ, поэтому осуществление нескольких снимков в режиме серийной съемки – это не создание ряда самостоятельных объектов авторского права (фотографических произведений), а осуществление ряда объективизаций одного и того же образа, и, тем самым, создание одного объекта авторского права (оригинала) и копий (в случае выражения на материальном носителе).

2. Другая ситуация – это создание фотографий в рамках одного творческого процесса в одно время, в отношении одного объекта съемки. В этом случае мы разделяем правовой подход, сформированный Судом по интеллектуальным правам по делу № А56-99330/2021, согласно которому признаком квалификации ряда фотографий в качестве частей едино-

го фотографического произведения в смысле п. 7 ст. 1259 ГК РФ следует считать создание фотографий в рамках одного творческого процесса, понимаемого как творческий труд по развитию изложения (объяснения) единого авторского замысла (идеи)⁶⁷.

Вопрос № 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

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

Ни лицо, предоставившее фотоаппарат с установленными им настройками, ни лицо, осуществившее фиксацию объекта съемки (нажатие на затвор камеры), не может считаться автором в силу отсутствия творческого вклада по созданию образа, подлежащего объективизации посредством фотокамеры (ст. 1257 ГК РФ).

б) 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

Полагаем, этот случай аналогичен п. а): оба лица авторами признаны быть не могут.

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

Этот случай разрешается аналогично п. а).

⁶⁵ Рожкова М.А., Исаева О.В. правовые режимы фотографии в российском праве // Журнал Суда по интеллектуальным правам. Июнь 2021. С. 63–64.

⁶⁶ См.: Осадчая О.А., Кодиров Ш.Б. Протокол № 22 заседания Научно-консультативного совета при Суде по интеллектуальным правам (16 июля 2020 г.) // Журнал Суда по интеллектуальным правам. 2020. Сентябрь. С. 16 (автор комментария – Е.А. Павлова).

⁶⁷ См. об этом подробнее: Витко В.С. Квалификация нескольких фотографий в качестве единого произведения // Патенты и лицензии. Интеллектуальные права. 2023. № 9. С. 37–42.

Вопрос № 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?

Создание фотографии по образцу другой фотографии исключает творческий процесс по созданию художественного образа, а подразумевает только лишь объективизацию образа путем выбора ракурса, объекта съемки и т.д., созданного творческим трудом другого автора. Поскольку фотограф не создает художественного образа, а лишь копирует, поэтому на такого рода фотографию в силу ст. 1257 ГК РФ самостоятельное исключительное право не возникает.

Резюмируя сказанное, сделаем некоторые выводы.

1. Фактические действия фотографа по выбору экспозиции, установке света и т.п., хотя бы и требуют определенного мастерства (техники, школы), однако по своему содержанию они являются техническими, направленными на объективизацию созданного творческим трудом художественного образа (формы изложения мысли, чувства) и поэтому не могут быть признаны творческой деятельностью в смысле ст. 1257 ГК РФ.

2. Поддерживая правовую позицию Верховного Суда РФ, согласно которой произведение признается созданным творческим трудом, если в нем отражена личность автора, полагаем, что в фотографии в том случае выражена личность фотографа, когда созданный им образ (форма изложения мысли, чувств) является результатом собственного (личного) умственного труда по передаче идеи (сущности) кого-чего-нибудь⁶⁸.

Список литературы:

1. Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 27 апреля 2021 г. № 5-КГ21-14-К2 по делу № 3-466/201931.
2. Постановление Суда по интеллектуальным правам от 3 февраля 2022 г. по делу № А57-213/2021.
3. Постановление Суда по интеллектуальным правам от 26 сентября 2022 г. по делу № А56-105939/2022.
4. Постановление Суда по интеллектуальным правам от 20 января 2023 г. по делу № А32-15681/2022.
5. Постановление Суда по интеллектуальным правам от 28 марта 2023 г. по делу № А56-68029/2022.
6. Постановление Суда по интеллектуальным правам от 31 мая 2023 г. по делу № А63-10133/2022.
7. Постановление Суда по интеллектуальным правам от 3 июля 2023 г. по делу № А56-89706/2022.
8. Постановление Суда по интеллектуальным правам от 3 ноября 2023 г. по делу № А40-31387/2023.
9. Постановление Суда по интеллектуальным правам от 24 июля 2015 г. № С01-57/2014 по делу № А24-1669/2013.
10. *Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony*, 111 U.S.53.
11. *Leibovitz v. Paramount Pictures Corp.*, 137 F.3d 109,116 (2d Cir.1998).
12. *Rogers v. Koons*, 960 F.2d 301, 307 (2d Cir.1992).
13. *E. Am. Trio Prods., Inc. v. Tang Elec. Corp.*, 97 F.Supp.2d 395, 417 (S.D.N.Y.2000).
14. *Липчик Д.* Авторское право и смежные права. Пер. с фр., предисловие М.А. Федотова. М., Ладомир; Изд-во ЮНЕСКО. 2002.
15. *Федотов М.А.* Введение в концепт общей теории авторства // Труды по интеллектуальной собственности (Works on Intellectual Property). 2023. Т. 46. № 3.
16. *Близнец И.А., Витко В.С.* Страсти по материальности нематериальной сущности // Юрист. 2023. № 9.
17. *Ньютон Хельмут.* Автобиография. Пер. с англ. К. Савельева. М., Эксмо. 2004.
18. *Чуковский К.И.* От двух до пяти. М., Детская литература. 2023.

⁶⁸ См. об этом также: *Витко В.С.* О творческом вкладе фотографа в создание фотографических произведений // Хозяйство и право. 2019. № 8. С. 38.

19. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23 апреля 2019 г. № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации».
20. *Витко В.С.* О понятии «форма произведения» в авторском праве // Патенты и лицензии. Интеллектуальные права. 2019. № 10.
21. Поэзия Микеланджело в переводе А.М. Эфроса. М., Искусство. 1992.
22. *Витко В.* О признаках произведения // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2016. № 12.
23. *Зенин И.А.* Творческий труд как правовая категория // Гражданское право: современные проблемы науки, законодательства, практики: Сборник статей к юбилею доктора юридических наук, профессора Евгения Алексеевича Суханова. М., Статут. 2018.
24. Гражданское право: учебник: в 4 т. Т. II: Вещное право. Наследственное право. Интеллектуальные права. Личные неимущественные права / отв. ред. Е.А. Суханов. 2-е изд., перераб. и доп. М., Статут. 2019.
25. *Салицкая Е.А.* Правовая охрана интеллектуальных прав на научно-исследовательские результаты: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2018.
26. *Панкевич А.В.* Объект авторского права. Одесса. 1878. С. 12.
27. Постановление Суда по интеллектуальным правам от 3 декабря 2020 г. по делу № А45-31826/2019.
28. Постановление Суда по интеллектуальным правам от 17 мая 2023 г. по делу № А13-6781/2022.
29. Постановление Суда по интеллектуальным правам от от 6 сентября 2023 г. по делу № А25-1999/2022.
30. Постановление Суда по интеллектуальным правам от от 16 октября 2023 г. по делу № А40-214168/2022.
31. Постановление Суда по интеллектуальным правам от от 3 ноября 2023 г. по делу № А40-31387/2023.
32. *Ионас В.Я.* Критерий творчества в авторском праве и судебной практике. М., Изд-во Юридическая литература. 1963.
33. *Гаврилов Э.П.* Советское авторское право (Основные положения. Тенденции развития). М., Изд-во Наука. 1984.
34. *Дозорцев В.А.* Интеллектуальные права. Понятие. Система. Задачи кодификации. Сборник статей / Исслед. центр частного права. М., Статут. 2005.
35. *Хейфец И.Я.* Авторское право. Изд-во «Советское законодательство». М., 1931.
36. Постановление Суда по интеллектуальным правам от 6 сентября 2023 г. по делу № А25-1999/2022.
37. Постановление Суда по интеллектуальным правам от 7 сентября 2021 г. по делу № А40-139746/2020.
38. Постановление Суда по интеллектуальным правам от 30 октября 2017 г. по делу № А40-239418/2016.
39. *Федотов М.А.* Правовые основы журналистики. М., Изд-во «СТЭНСИ». 2002.
40. *Витко В.С.* Виды форм (способов) изложения мыслей (чувств) // Современная наука: актуальные проблемы теории и практики. Серия «Экономика и право». 2020. № 1.
41. *Гиппиус З.Н.* Собрание сочинений. Т. 13. У нас в Париже: Литературная и политическая публицистика 1928–1939 гг. М., Изд-во «Дмитрий Сечин». 2012.
42. *Белинский В.Г.* Избранные философские сочинения. Гос-ое изд. политической литературы. 1948. Т. 2.
43. *Победоносцев К.П.* Курс гражданского права. Первая часть: Вотчинные права. М., Статут. 2012.
44. *Ожегов С.И.* Толковый словарь русского языка: Ок. 100 000 слов, терминов и фразеологических выражений / Под ред. проф. Л.И. Скворцова. 27-е изд., испр. М., Мир и образование. 2018.
45. Директива Европейского парламента и Совета Европейского Союза от 12 декабря 2006 г. № 2006/116/ЕС // <https://www.wipo.int/wipolex/ru/text/443262>
46. *Янкелевич М.С.* Отражение личности автора в художественном произведении // Известия Самарского научного центра Российской академии наук. 2013. Т. 15 № 2.
47. *Исаева В.О.* Оригинальность произведения как критерий охраноспособности // Труды по интеллектуальной собственности (Works on Intellectual Property). 2023. Т. 44. № 1.

48. Рожкова М.А. Пост, комментарий, реклама в сети интернет – являются ли они объектами авторских прав? // A post, a comment, an advertisement on the Internet – are they object to copyright? [Электронный ресурс] // Закон.ру. 2024. 16 января. URL: https://zakon.ru/blog/2024/1/16/post_kommentarij_reklama_v_seti_internet_yavlyayutsya_li_oni_obektami_avtorskih_prav_a_post_a_comm
49. Бентли Л., Шерман Б. Право интеллектуальной собственности: Авторское право / Пер. с англ. В.Л. Вольфсона. СПб., Издательство «Юридический центр Пресс». 2004.
50. Витко В.С. Содержание критерия «оригинальность» в доктрине Верховного Суда Российской Федерации // Юрист. 2023. № 1.
51. Витко В.С. Понятие формы произведения в авторском праве. М., Статут. 2020.
52. Близнец И.А., Витко В.С. О содержании понятия формы в авторском и патентном праве // Хозяйство и право. 2022. № 3.
53. Федотов М.А. Культурологические идеи Д.С. Лихачева и правовые позиции Э.П. Гаврилова как источники общей теории авторства // Сборник научных статей учеников и коллег к 90-летию профессора Э.П. Гаврилова / Под ред. С.В. Бутенко, В.С. Витко, А.А. Рукавишниковой. Томск. Изд-во Томского государственного университета. 2023.
54. Витко В.С. О творческом вкладе фотографа в создание фотографических произведений // Хозяйство и право. 2019. № 8.
55. Постановление Суда по интеллектуальным правам от 18 декабря 2023 г. № С01-2538/2023 по делу № А40-283847/2022.
56. Рожкова М.А., Исаева О.В. Правовые режимы фотографии в российском праве // Журнал Суда по интеллектуальным правам. 2021. № 2.
57. Постановление Суда по интеллектуальным правам от 18 октября 2023 г. № С01-1716/2023 по делу № А40-182810/2022.
58. Постановление Суда по интеллектуальным правам от 20 июня 2023 г. № С01-914/2023 по делу № А76-24162/2020.
59. Решение Арбитражного суда Свердловской области от 20 апреля 2011 г. по делу № А60-28437/2010.
60. Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 9 ноября 2022 г. по делу № А40-71752/2022.
61. Осадчая О.А., Кодиров Ш.Б. Протокол № 22 заседания Научно-консультативного совета при Суде по интеллектуальным правам (16 июля 2020 г.) // Журнал Суда по интеллектуальным правам. 2020. Сентябрь.
62. Витко В.С. Квалификация нескольких фотографий в качестве единого произведения // Патенты и лицензии. Интеллектуальные права. 2023. № 9.

Научная статья
УДК 347

Для цитирования:

Вольфсон В.Л. Творчество или уникальность? Фотографические произведения в фокусе охраноспособности // Журнал Суда по интеллектуальным правам. Июнь 2024. № 2 (44). С. 172–195.

DOI: 10.58741/23134852_2024_2_10

Volfson V.L. Creativity or Uniqueness: Photographic Works in the Focus of Protectability // Zhurnal Suda po intellektual'nyum pravam. June 2024. N 2 (44). Pp. 172–195. (In Russ.).

DOI: 10.58741/23134852_2024_2_10

DOI: 10.58741/23134852_2024_2_10

Творчество или уникальность? Фотографические произведения в фокусе охраноспособности



В.Л. Вольфсон,

кандидат юридических наук

доцент кафедры гражданского и трудового права Северо-Западного института управления Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте РФ, член Научно-консультативного совета при Суде по интеллектуальным правам.

г. Санкт-Петербург, Россия.

AuthorID: 290781

Важнейший вопрос авторского права – при каких условиях произведение подлежит охране – до сих пор не имеет однозначного ответа. По мнению автора статьи, представление, согласно которому ответ должен зависеть от того, создано ли произведение творческим трудом, не отражает действительные интересы сторон правоотношений. При этом нигде теоретическая уязвимость и практическая непригодность этого критерия не обнаруживают себя столь наглядно, как при разрешении проблемы охраноспособности фотографий. Эта изобразительная техника обречена производить копии реальности – а значит, неизбежно широка область ее утилитарного применения. Поскольку усмотреть и описать признаки творчества в этих работах, даже если они в них имеются, удастся не всегда, на помощь судам приходит презумпция создания произведения творческим трудом – ее опровержение, в свою очередь, становится для ответчика неразрешимой задачей. Как следствие, растет пропорция фоторабот, предоставление охраны которым может рассматриваться как насмешка над этой теорией. Автор убежден, что ценность произведения как предмета правовой охраны для сторон правоотношения, возникающего по поводу его использования, заключается в том, что оно воспринимается как уникальное языковое (художественное) решение. На взгляд автора, этот подход уже используется практикой под маской результата творчества. Цель работы – содействовать его сознательному применению. Для этого нужно убедить в его теоретической верности и практической работоспособности.

Ключевые слова:

авторство; охраноспособность, объекты авторских прав, фотографическое произведение, уникальное интеллектуальное решение, осуществление субъективного права, злоупотребление правом.

Использованы следующие сокращения: ВС – Верховный Суд Российской Федерации; ГК – Гражданский кодекс Российской Федерации; ЕС – Европейский Союз; ЕСС – Европейский Суд Справедливости; НКС – Научно-консультативный совет при Суде по интеллектуальным правам; ППВС № 10 – Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации № 10 от 23 апреля 2019 г. «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации»; ППВС № 5/29 – Постановление Пленума Верховного Суда РФ № 5, Пленума ВАС РФ № 29 от 26 марта 2009 г. «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации»; UrhG – Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, Закон «Об авторском праве и смежных правах» Федеративной Республики Германия.

Предисловие

Предлагаемая вниманию читателей статья является переработкой для целей публикации в Журнале Суда по интеллектуальным правам развернутой позиции, которую членам НКС было предложено представить в Секретариат Суда по итогам обсуждения вопросов¹, предложенных к заседанию НКС 16 февраля 2024 г.² Все эти вопросы относились к определению критериев творческой деятельности на примере фотографических произведений. Среди них был как общий вопрос о содержании этого критерия, так и прикладные вопросы об обстоятельствах, в которых эта деятельность может себя проявлять (в числе последних – о влиянии цели, момента, объекта и средств фотосъемки; об определении числа объектов, созданных при серийной съемке и в рамках одного творческого процесса; об авторстве в зависимости от вида участия в создании произведения; о самостоятельности прав при создании фотографии по образцу другой фотографии).

Эта развернутая позиция создавалась прежде всего с целью убедить ее адресатов в теоретической состоятельности и прикладной работоспособности предлагаемого мною, начиная еще с работы 2003 г., критерия охраноспособности [11; 6; 9]. Научная статья, созданная на основе такого текста, неизбежно имеет некоторые структурные и стилистические отличия от тех работ, которые следуют обычным академическим стандартам. Так, изложение воззрений автора не предваряется обзором и обсуждением доктринальных взглядов его предшественников и подходов судебной практики такого уровня тщательности, который, вероятно, приличествовал бы работе, созданной не как единый развернутый аргумент выдвинутого тезиса, а как всестороннее исследование проблемы охраноспособности, даже когда она касается произведений только одного вида. При этом, разумеется, имеющиеся в теории и правоприменении воззрения получили освещение. Мне остается надеяться, что некоторая его экономность не смогла причинить ущерб научности статьи. Еще одной особенностью, связанной с происхождением текста, стало то, что в завершении статьи воспроизводятся ответы, данные автором на указанные выше прикладные вопросы, поставленные перед членами НКС.

§ 1. Эволюция требования «творческого труда» в российском правовом порядке

В развитии права с неизбежной частотой возникает этап, когда примененные законодателем лексические конструкции, ввиду осознаваемого на этом этапе анахронизма их буквального значения, начинают пониматься судами в ином смысле – в том, что соответствует данному этапу развития права. Так происходит потому, что частное право всегда защищает не умозрительные и не фиктивные, а реальные интересы субъектов частных правоотношений, и защита тех благ, которые уже не представляют собой ценности для этих субъектов,

¹ Эти вопросы размещены на сайте Журнала Суда по интеллектуальным правам в материале, названном «Справка «Вопросы, связанные с определением критериев творческой деятельности на примере фотографических произведений». URL: <https://clck.ru/39VfEH> (дата обращения: 11 марта 2024 г.).

² Информация о заседании представлена в размещенном на сайте Суда по интеллектуальным правам материале «Очередное заседание Научно-консультативного совета при Суде по интеллектуальным правам». URL: <https://ipc.arbitr.ru/material/356194> (дата обращения: 15 марта 2024 г.).

перестает отвечать целям частно-правовой гармонизации и становится инструментом злоупотребления субъективным правом [10, 10].

На мой взгляд, именно это происходит с требованием творческой деятельности, закрепленным в ст. 1228 и ст. 1257 ГК, – т.е. с предоставлением авторско-правовой охраны лишь тем произведениям, которые созданы *творческим* трудом их автора. Но *действительно ли* в охране нуждается только такой интерес участников исследуемой группы отношений, который направлен на произведения, соответствующие, с точки зрения предпочитаемой судом искусствоведческой теории, понятию результата творческого труда? И, следовательно, уникальные, по мнению публики, произведения, которые не преодолевают этот порог, непригодны для целей охраны, причем якобы потому, что они не представляют интереса (ценности) для участников правоотношений? Мы по-прежнему готовы подчинять гражданско-правовое регулирование метафизическим домыслам? Причем метафизика здесь даже двойная: сначала без каких-либо внятных поводов интересы участников частного правоотношения объявляются, в силу инерции мышления, направленными на ценности, посторонние области их взаимодействия, а затем об этих ценностях выносятся суждения, не проходящие через фильтр верифицируемости, что уже по одной этой причине делает содержащиеся в них утверждения негодными для частно-правового мышления. Более того, сложно не заметить несовместимость таких суждений с фундаментальным требованием авторского права – не принимать, для целей решения вопроса об охране, во внимание любые соображения, связанные с достоинством произведения (п. 1 ст. 1259).

Традиция предоставления охраны лишь произведениям, созданным «творческим трудом», что бы под таковым ни понималось, может показаться одной из самых непоколебимых в нашем авторском праве. Но она не была изначальной данностью. Так, в Законе Российской империи 1911 г. «Об авторском праве», в Постановлениях ЦИК

и СНК СССР от 30 января 1925 г. «Об основах авторского права» и от 16 мая 1928 г. «Основы авторского права», в Постановлении ВЦИК, СНК РСФСР от 08 октября 1928 г. «Об авторском праве» упоминание о критерии творческой деятельности отсутствует. Он появляется в абз. 2 ст. 475 ГК РСФСР 1964 г., причем лишь косвенно – в виде требования к еще одному критерию, воспроизводимости³, который ныне не используется. В статье 6 Закона «Об авторском праве и смежных правах» 1993 г. он выражен уже очень четко [11]⁴.

Установку на то, что охрана произведения обусловлена его творческим генезисом, нельзя считать априорной и для нашей науки. Например, об этом почти ничего не говорит К.П. Победоносцев в достаточно обширном, по меркам того времени, разделе «Права автора и изобретателя» своего «Курса гражданского права». Скорее наоборот, его представления ближе к концепции, ныне используемой в странах Евросоюза (см. об этом ниже): «Всякое произведение умственного труда, требующее большей или меньшей творческой или организационной деятельности, служит предметом литературной собственности» [22, 593].

Возникновение бескомпромиссной установки в нашем правосознании на обязательность присутствия в охраняемых авторским правом произведениях творческого начала не будет ошибкой сопоставить с гносеологическим разворотом, происходившим в отечественной науке по мере утверждения принципа партийности. Примем за верное посылку, что марксистское учение (которое я вовсе не собираюсь критиковать – я пишу лишь о его когнитивных свойствах) есть учение модернистское [43]. Верный признак модернизма – парадигма тотального производства и вытекающий отказ различать теорию и практику [43, 1213], [23, 91]. Любая деятельность рассматривается бинарно: как деятельность либо производящая, либо воспроизводящая. Такая установка предполагает противопоставление в сознании правоведов творческих и нетворческих произведений, поскольку творческая деятельность, конечно, будет отнесена к про-

³ Охрана предоставлялась только произведениям, выраженным в какой-либо «объективной форме, позволяющей воспроизводить результат творческой деятельности автора».

⁴ Авторское право распространяется на произведения науки, литературы и искусства, являющиеся результатом творческой деятельности, независимо от назначения и достоинства произведения, а также от способа его выражения.

изводящей. И уж если нельзя помыслить мир без творчества (как вида производства), то где же еще быть творчеству, как не в искусстве, а стало быть – и в авторском праве?

Советская цивилистика, когда она обращается к авторскому праву, с готовностью подтверждает эту гипотезу. Она неизменно «находит творчество» и описывает его в выражениях, намеченных выше. Так, О.С. Иоффе указывает на дуализм как духовного, так и материального производства; в том и другом есть акты воспроизводящие, оперирующие известными категориями, и акты, содержащие качественную новизну. При этом произведение авторского права является продуктом духовного *производства*, содержащим качественно новые положения [16, 19]. У О.А. Красавчикова находим следующее: «По характеру творческий труд – труд производящий. Различие между ним и трудом воспроизводящим состоит в том, что если первый создает новое, то второй лишь воспроизводит в объективной форме или в сознании воспроизводителя созданное ранее другими» [20, 466]. В.Я. Ионас, который привнес в теорию отечественного авторского права идею существенной новизны, но так и не сказавший ни слова о том, почему и когда определенные им элементы будут способны к такому превращению, также пишет о марксистской бинарности продуктивного и репродуктивного мышления, об оригинальном производстве идей и воспроизводства уже известных идей [15, 10]. Итак, юридически значимое творчество обнаруживается в связи с модернистской, в данном случае – марксистской, установкой на тотальную продуктивность⁵.

Помимо этих когнитивных причин, признанию в послевоенные годы творчества как обязательного свойства труда, которым создано произведение, как это признавалось и самими авто-

рами тех лет [25, 201], способствовали толкования верховными судами РСФСР и СССР установленного законодательством⁶ признака «существенного отличия» как критерия производного произведения – суды опирались на различие «технических приемов» и «оригинального мышления» [1, 36]. Отметим, что одно из ключевых толкований этого признака было дано применительно к охраноспособности фотомонтажа⁷.

Так или иначе, начиная с 50-х гг. отечественная доктрина почти неизменно констатирует обязательность ценза «творческой» деятельности. Еще в советское время образовалось и до сих пор существуют два подхода к его пониманию, отличия между которыми, при известной их условности, принято обозначать [26, 299–293; 21, 21; 17, 93–94]. Сторонники первого подхода усматривают юридически значимую печать творчества, выделяющую «достойное» охраны произведения из всех прочих, в истоках его создания – т.е. в труде автора⁸. Второе воззрение состоит в том, что процесс работы над произведением сам по себе не имеет значения. Все решает то, был ли «творческим» результат труда автора, а таковым он может считаться лишь тогда, когда является новым или даже уникальным (т.е., в понимании сторонников этого воззрения, абсолютно или хотя бы статистически неповторимым), и только такие объекты может (и должно) охранять авторское право. Эти воззрения разделяли в советское время И.Я. Хейфец [29, 58], Б.С. Антимонов и Е.А. Флейшиц [2, 98], В.Я. Ионас [15], позднее – А.П. Сергеев (с оговорками)⁹, Э.П. Гаврилов [12; 13].

Первый подход, к которому в 50-е годы склонялись, в частности, М.В. Гордон [14, 59–62] и В.И. Серебровский [28, 32–33], спустя недолгое время, но особенно после появления труда В.Я. Ионаса [15], утратил влияние в российской

⁵ Критику этих идей см. в «Моральные (личные неимущественные) права автора и их содержание в странах общего права и странах континентальной системы» и в статье «Юридические основания возникновения авторских прав».

⁶ Пункт 4 б) Постановления ЦИК СССР и СНК СССР «Об основах авторского права» от 30 января 1925 г.; п. 9 б) Постановления ЦИК СССР и СНК СССР от 16 мая 1928 «Основы авторского права».

⁷ См. Постановления Судебной коллегии по гражданским делам Верховного суда СССР от 20 августа 1940 г. и 11 мая 1944 г. (охраноспособность монтажа фотографий и оркестровки).

⁸ А.В. Кашанин раскрывает этот критерий в чуть более нейтральных выражениях, именуя его «признаком самостоятельной созидательной деятельности» [17, 92].

⁹ Несмотря на то, что А.П. Сергеев считал неправильным связывать охраноспособность с характером труда автора, он не видел необходимости и в выделении требования новизны как условия охраноспособности, исходя из того, что «... в авторском праве признак новизны является излишним, поскольку он полностью поглощается признаком творчества» [27, 112].

науке [27, 112]¹⁰. В наше время он, однако, приобрел непримиримых [21, 25], явных [19] и более умеренных сторонников [26, 289; 17, 99], что, вероятно, связано с потребностью заинтересованных групп в охране продуктов, не обнаруживающих ни существенной, ни какой-либо иной новизны, хотя увидеть в них порождения творческого труда, по неискушенному мнению автора статьи, – еще более сложная задача. Сказались, вероятно, изменения и в правовом поле. Сначала повод для таких воззрений могла дать формулировка признаков охраноспособности в ст. 6 Закона об авторском праве и смежных правах (см. выше). Правда, если это и так, то суждение, высказанное в мотивировочной части одного из определений Конституционным Судом¹¹, сыграло явно в пользу оппонентов. ГК о творческом труде говорит лишь в определении автора, воздерживаясь от указания на то, что в произведении охраняется его творческий труд – т. е. не указывая на то, что только *такой труд* сообщает результату труда, производству, охраноспособность, – однако способ описания критерия творчества в обоих пленумных постановлениях¹², принятых ВС в период действия ч. IV ГК, свидетельствует о предпочтении Судом именно этого подхода¹³.

Как бы ни относиться к обязательности признака творчества и к какому бы из двух научных течений в деле его отыскания не примыкать, доктрина, согласно весьма авторитетному мнению, констатирует не только объективные трудности при определении понятия «творческого вклада», но и собственное бессилие дать какое бы то ни было работоспособное руководство для практики [18, 24–25]: все сводится к аморфным понятиям,

гиперинфляция значений которых исключает их практическую применимость для правосудия.

Как уже ясно из высказанного выше отношения автора статьи к требованию творческой деятельности как критерию охраны, обе версии одной и той же метафизической концепции не могут не оцениваться им критически; по мнению автора, эти умозрительные построения не отражают нуждающиеся в защите интересы участников частно-правового отношения. В статье, вышедшей еще в 2003 г., первый из изложенных подходов было предложено именовать «генеалогическим», а второй – «статическим» [11]. Выбор первого термина, с учетом его этимологии, вряд ли нуждается в пояснениях, а причины, по которым вторая группа теорий – связывающих охраноспособность с новизной или с тем, что в них именовалось уникальностью, – была названа статической, будут раскрыты ниже.

§ 2. Воспринимаемая уникальность как свойство объекта авторского права

Согласно теории, труды по которой выходят с начала нулевых годов [11; 6], объекты, по поводу которых складываются гражданские правоотношения между авторами (иными правообладателями) и лицами, предъявляющими на эти объекты спрос, вовсе необязательно должны быть созданы так называемым творческим трудом. Иными словами, это свойство охраноспособных произведений не является их необходимым признаком. Интересы участников этих правоотношений направлены не на удовлетворение своих потребностей в произведении, созданным «творческим трудом», а на *уникальные языковые*¹⁴ (художественные) решения. Поэтому именно такие решения или же их совокупность призвано ох-

¹⁰ Еще в 1996 г. А. П. Сергеев указывал, что «в литературе справедливо отмечается, что для авторского права важен не столько творческий характер деятельности, сколько аналогичный признак результата» [27, 112].

¹¹ Определение Конституционного Суда РФ от 20 декабря 2005 г. № 537-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Хавкина Александра Яковлевича на нарушение его конституционных прав положениями статей 6 и 7 Закона Российской Федерации «Об авторском праве и смежных правах». Имеется в виду следующая фраза в абз. 6 п. 2 этого Определения: «Между тем авторское право, обеспечивая охрану оригинального творческого результата, не охраняет результаты, которые могут быть достигнуты параллельно, т.е. лицами, работающими независимо друг от друга».

¹² ППВС № 10 и ППВС № 5/29.

¹³ «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 В данном случае мы, конечно, используем понятие «язык» в широком значении. Устраняясь от перевода рассуждения в область философии, что лишит его связи с нашим предметом, укажем на то, что имеется в виду любой способ самовыражения, не только вербальный. В этом смысле и предлагается понимать используемый в этом рассуждении термин «языковое решение».

ранять авторское право. Коль скоро людей интересуют уникальные продукты человеческого ума, а не нечто, рожденное «творческой деятельностью», то именно такой продукт должен интересовать законодателя, чья миссия – гармонизация частных интересов [10]. Законодатель, регулируя авторские правоотношения, должен дать юридическое выражение частного спроса на уникальные языковые (художественные) решения, и, взаимнообразно, – встречным интересам авторов и правообладателей в получении выгод от этого спроса путем предоставления такого охранного режима, который бы отражал его (спроса) направленность.

Поскольку же уникальность – это то свойство произведения, на которое направлены интересы лиц, составляющих его *аудиторию*, то уникальность может пониматься правом исключительно как интерактивная категория: *только такая* уникальность имеет юридическое значение, которая таковой является в восприятии участников этой аудитории. Иными словами, только *тогда* произведение в авторско-правовых целях может считаться уникальным и, как следствие, признаваться охраноспособным, когда оно *воспринимается как уникальное* читателями, зрителями, слушателями – воспринимающими субъектами.

Этим качеством уникальность, о которой здесь идет речь, отличается от новизны или уникальности, упоминаемых в других теориях, и в этом отличии заложено принципиальное несходство наших теорий. Так, теория В.Я. Ионаса не поясняет, почему одни элементы («существенные») произведения сообщают ему уникальность, а другие нет. Нет объяснений и тому, в какой мере и в каком именно выражении «существенные новые» элементы могут оставаться немного старыми, а в какой части – обязаны стать новыми. Неясно, по каким критериям должна определяться неповторимость произведений в построениях Э.П. Гаврилова [12; 13].

Здесь уместно упомянуть, что предтечей российских теорий новизны и уникальности являются идеи швейцарского ученого Макса Куммера. Тот полагал, что охраноспособность должна зависеть от того, насколько велика вероятность существования такого же или сходного с обсуждаемым произведения [41; 31]. При этом в некоторых случаях уникальность может сама предстать взору зрителей (так наз. *presentation theory*) [40; 38,1204].

Некоторое время теория Куммера пользовалась определенной влиятельностью в Европе; более того, она легла в основу подходов к определению охраноспособности, применяемых в Чехии и в Греции [44, 96]. Однако впоследствии критики нашли в ней множество уязвимых мест [41; 44; 38], да и европейское право, судя по избранным критериям охраноспособности, явно от нее отвернулось.

В теориях этой группы нет воспринимающего субъекта. Не случайно автор этой статьи называет их статическими, ибо статичность – данность метафизического мирозерцания. Все они вязнут в метафизической трясине – нет ни единого инструмента верификации, чтобы проверить истинность суждений, которые они могли бы производить. Более того, любая теория уникальности, если она не переведена в интерактивную модальность, бессильна против теоретических опровержений, основанных на современном понимании текста, которое видит в нем интертекст, космос уже когда-то сказанного, артикулированного, пересказанного [30, 85]. В культурологическом смысле ни одно произведение не может быть новым. В онтологическом же значении новые и уникальные произведения существуют, но только если они прочитываются таковыми в контексте их восприятиями.

В своем рассказе «Пьер Менар, автор “Дон-Кихота”» Хорхе Борхес представил лучший из известных автору статьи аргумент в пользу бессилия критерия «творческого труда» [5], в том числе так называемой оригинальности, как способа определить, заслуживает ли произведение авторско-правовой охраны. Во всех внешних, вплоть до пунктуационных, проявлениях совпадающее с романом Сервантеса сочинение Пьера Менара прочитано рассказчиком как самостоятельное произведение потому, что именно так открывается этот текст его восприятию. Тожество текстов, а следовательно – и плагиаризм Менара, фиктивны, тогда как интерактивный критерий позволяет увидеть два самостоятельных охраноспособных объекта [11; 9, 86]. Радикальность избранной Борхесом метафоры сообщает ей неотразимую убедительность. Но исследователю, желающему углубить свое понимание авторского права, оценивать ее следует в соединении с другой борхесовской метафорой, реализованной в эссе «Вавилонская библиотека» [4]. Речь идет о собрании лишенных всякого смысла, уж тем более ценности книг, пополняющих фонды би-

библиотеки при выполнении единственного условия: в ней не должно быть одинаковых изданий. Поэтому отличаться они могут, например, наличием или отсутствием запятой или пробела. Эта метафора словно бы адресована сторонникам идеи статической (или статистической, по М. Куммеру) неповторимости.

Итак, выявление абстрактной новизны лишено всякого смысла. Точно так же бессмысленно задаваться вопросом о свойствах деятельности, итогом которой стало создание произведения, в частности – или тем более – о том, удовлетворяет ли она некоторым метафизическим представлениям. Бессмысленно именно потому, что не абстрактны, а всегда подчинены интересам субъектам гражданских правоотношений ценности, именуемые в цивилистике объектами гражданских прав.

Аудитории произведения безразлично то, устраивает ли воспринимаемое ею произведение приверженцев того или другого воззрения на природу творчества. Публике нужны художественные решения, которые она, независимо от того, согласится ли с этим искусствоведы и от того, достойны ли они признаваться итогом творчества, считает уникальными. Именно поэтому критерий уникальности является объективным и интерактивным. Это всегда ответ на вопрос: имеет ли спорное произведение в восприятии публики статус (качество) уникальности?

В свою очередь, критерий творческого труда, как находящийся вне контекста гражданского правоотношения – то есть вне интересов его участников – должен быть безразличен праву, считаться юридически нейтральным. Как уже было сказано, я не считаю, что такое суждение является суждением *de lege ferenda*. На мой взгляд, отстаиваемый мною критерий уникальности имплицитно уже работает в действующей правовой реальности и, в том числе, применяется судами.

§ 3. Мимикрия требования творческого труда под требование уникальности

Во-первых, в абзаце 2 п. 80 ППВС № 10 установлена презумпция создания спорного произве-

дения творческим трудом: «надлежит иметь в виду, что, пока не доказано иное, результаты интеллектуальной деятельности предполагаются созданными творческим трудом». Та же самая правовая позиция закреплена в п. 28 Постановления № 5/29.

Для формулирования презумпций в частном праве нужны два условия. Первое – сложность в верификации юридического факта. Второе – доктринальное и (или) эмпирическое суждение, согласно которому на балансе вероятностей вероятность наличия спорного факта в рассматриваемой модельной ситуации является существенно более высокой, чем вероятность его отсутствия.

Но действительно ли Верховный Суд верит в то, что вероятность появления в орбите практики произведений, являющихся результатом творческого труда, и особенно *фотопроизведений*, значительно выше, нежели вероятность так называемых тривиальных произведений? Еще один профанный «Тадж-Махал в лунную ночь» или «Боробудур на рассвете» всерьез считаются заслуживающими того, чтобы признаваться, пока не доказано иное, итогом творчества? И то же предположение действует, к примеру, в отношении автопортрета (так называемое «селфи») или фотоизображения другого лица, снятого объективом переносного телефона? В отношении фотоснимков товаров или оборудования? Но в такое допущение невозможно поверить.

Причина формулирования этой презумпции, очевидно, заключена в латентном отказе от проверки спорного произведения на соответствие критерию творческого труда ввиду его практической неработоспособности, но, возможно, и в неготовности судов верить в его теоретическую состоятельность. Неудивительно, что российские суды чрезвычайно охотно пользуются презумпцией творчества. По причине того, что ответчик не смог опровергнуть создание спорных фотографий творческим трудом, охраняемыми объектами признавались и признаются¹⁵ многие работы, охраноспособность которых, ввиду явной неочевидности таковой, было предложено обсудить на

¹⁵ См., например, постановления Суда по интеллектуальным правам от 18 октября 2023 г. по делу № А47-17005/2022 и от 07 сентября 2021 г. по делу № А40-139746/2020 (стандартные изображения городских видов), от 16 октября 2023 г. по делу № А40-214168/2022 (фотография иллюминатора самолета), от 03 июля 2023 г. по делу № А56-89706/2022 (фотография корабля), от 17 мая 2023 г. по делу № А13-6781/2022 (фотографии обуви в интернет-магазине), от 06 сентября 2023 г. по делу № А25-1999/2022 (автофиксация события).

упоминавшемся заседании НКС. По одному из дел, используя презумпцию творчества, суды посчитали охраноспособными фотофиксации внешнего вида медицинского оборудования; ответчик настаивал на том, что изображения «не имеют творческой ценности», однако по заключению судов всех трех инстанций, доказательства в опровержение презумпции творческого характера фотографических произведений им не были представлены¹⁶. По другому делу, творческий характер был признан у коммерческих фотографий теплиц, сделанных на заводе по их производству, поскольку не были представлены доказательства «использования при создании спорных фотографий средств, работающих в автоматическом режиме»¹⁷.

Считали ли суды, принимавшие эти решения, что презумпция создания произведения творческим трудом оправдала себя? Иными словами, они были убеждены, что вероятность создания всех этих произведений «творческим трудом», что бы они под этим ни понимали, существенно выше, чем «нетворческим», а поэтому такие предположительно «творческие» фотографии заслуживают охраны авторским правом? При всей сомнительности положительного ответа на этот вопрос, здесь еще важнее то, что вследствие системного применения презумпции творчества порог охраны фотографий объективно устанавливается судебной практикой заметно ниже уровня, с которыми обычно связываются представления о творчестве. Зато этот уровень вполне может соответствовать критерию воспринимаемой уникальности

(мы, конечно, устранимся здесь от суждения о том, действительно ли фотографии, ставшие предметом спора в исследованных нами делах, отвечали этому критерию).

Отметим, что эффект преобразования общепотребительного значения в понимании легального текста вовсе не является следствием телеологического подхода¹⁸ [35], как это было показано в знаменитом решении по делу Гарнера¹⁹. Таким образом то, что Верховный Суд назвал презумпцией творческого труда, превращается в презумпцию уникальности языкового (художественного) решения ввиду того, что таким становится означивание этого легального правила.

Во-вторых, право ЕС, начиная с 1991 г., когда была принята первая Директива о компьютерных программах 91/250²⁰ (ныне действует Директива 2009/24²¹), руководствуется критерием «the author's own intellectual creation», что можно перевести как «порождение умственного труда автора» – как произведение, созданное его интеллектуальным трудом. Критерий закреплен также в двух других директивах ЕС – о базах данных (96/9)²² и о сроках 2006/116²³ (ранее 93/98²⁴). Считается, что английский термин является едва ли не калькой с *persönliche geistige Schöpfungen* [37, 246] из ст. 2 (2) Закона ФРГ «Об авторском праве»²⁵ или во всяком случае был воспринят европейским правом под влиянием немецкого. Впоследствии ЕСС в решениях по делам *Infopaq International*, *Bepečnostní softwarová asociace*, *Eva-Maria Painer*, *Football Dataco Ltd*²⁶ распространил этот критерий

¹⁶ Постановление Суда по интеллектуальным правам от 03 февраля 2022 г. по делу № А57-213/2021.

¹⁷ Постановление Суда по интеллектуальным правам от 27 июня 2023 г. по делу № А55-31429/2021.

¹⁸ Об отличии подхода в *ratio decidendi* Апелляционного Суда к делу Гарнера от телеологии см. также [7].

¹⁹ *Garner v. Burr* [1951] 1 KB 31.

²⁰ Council Directive 91/250/EEC of 14 May 1991 on the legal protection of computer programs. URL: <https://clck.ru/392WbT> (дата обращения: 24 февраля 2024 г.).

²¹ Directive 2009/24/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on the legal protection of computer programs (Codified version). URL: <https://clck.ru/392WwV> (дата обращения: 24.02.2024 г.).

²² Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the legal protection of databases. URL: <https://clck.ru/392XFG> (дата обращения: 24 февраля 2024 г.).

²³ Directive 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 (codified version). URL: <https://clck.ru/38rxhT> (дата обращения: 24 февраля 2024 г.).

²⁴ Council Directive 93/98/EEC of 29 October 1993 harmonizing the term of protection of copyright and certain related rights. URL: <https://clck.ru/38rxgW> (дата обращения: 24 февраля 2024 г.).

²⁵ URL: <https://clck.ru/38rxsR> (дата обращения: 24 февраля 2024 г.).

²⁶ *Infopaq International v. Danske Dagblades Forening* [2009] ECDR 16 (Case C-5/08), *Bepečnostní softwarová asociace – Svaz softwarové ochrany v Ministerstvo kultury* [2011] FSR 18 (Case C-393/09), *Eva-Maria Painer v Standard Verlags GmbH, Axel Springer AG, Süddeutsche Zeitung GmbH, SPIEGEL-Verlag Rudolf AUGSTEIN GmbH & Co KG, Verlag M. DuMont Schauberg Expedition der Kölnischen Zeitung GmbH & Co KG (C-145/10)* [2012] ECDR 6, *Football Dataco Ltd and others v. Yahoo! UK Ltd and others*, 1 March 2012 (Case C-604/10).

на все произведения, что затрагивает применимые стандарты охраноспособности как в британском праве, так и в континентальных юрисдикциях (в англоязычной литературе противопоставляемые как *copyright and droit d'auteur countries*)²⁷.

Как стандарт оригинальности, *the author's own intellectual creation* – существенно более нейтральное требование к произведению, чем «быть созданным творческим трудом». В нем нет указания на то, что охраноспособность тестируется на наличие неподдающегося верификации предиката – творчества. На объективизацию теста обращала внимание как европейская наука, так и практика [42, 21–22]²⁸. Не подразумевает оно и аксиологическое суждение – т.е. оценку достоинства произведения. Подтверждение, причем сформулированное применительно к интересующему нас объекту, дает ст. 16 Преамбулы Директивы о сроках 2006/116²⁹: произведение фотографии признается оригинальным при условии, что оно является «результатом интеллектуального труда автора, отражающим его личность», причем никакие прочие критерии, такие как достоинство или цель во внимание не принимаются³⁰. И данная позиция европейского права также устойчива – она уже была в ст. 17 Преамбулы прежней Директивы о сроках. То же самое мы видим в статье 6 Директивы 2006/116: «Фотографии, которые признаются оригинальными ввиду того, что они созданы ин-

теллектуальным трудом автора, подлежат охране в соответствии со ст. 1. Иные критерии для целей определения их охраноспособности во внимание не принимаются. Не отвечающие этому требованию фотографии могут охраняться в соответствии с законодательством государств-участников»³¹.

В первые годы после принятия Директивы о программах 91/250 высказывались опасения в том, что этот критерий может подразумевать более высокий порог охраноспособности, чем к тому времени ставший очень умеренным англосаксонский критерий оригинальности [3, 175–177], однако вскоре стало ясно, что опасения эти напрасны [33, 96–97; 42; 44, 12], и прежде всего благодаря выводу об охраноспособности фотографий в деле *Temple Island Collections*, в котором решение ЕСС по делу *Infopaq* было сочтено судом совместимым с достигнутым к тому времени английским правом пониманием принципа *skill and labour*³².

Такое же впечатление от Директивы 91/250 поначалу создалось и у немецких юристов [37, 247]³³. До ее принятия ожидалось, что она вернет в охраноспособное поле разработки, которые не выдерживали высокого национального ценза: Федеральный Верховный Суд истолковал ст. 2 (2) *UrhG*³⁴ таким образом, что вне охраны оказались программы, которые мог бы создать любой «средний программист». Однако и эти страхи оказались несостоятельными. В 1993 г. *UrhG* был дополнен

²⁷ Не соглашаясь с такой оценкой этих решений ЕСС, которую он сам считает общепринятой, профессор Андреас Рахматиян (Andreas Rahmatian) полагает, что все они были ограничены предметом спора и, соответственно, толкованием только подлежащих применению Директив; если бы Суд ставил перед собой задачу сформулировать общее понятие оригинальности, он вышел бы за пределы своих полномочий. Это рассуждение Рахматияна не кажется убедительным, принимая во внимание как текст судебных актов, так и то, что ЕСС ссылаясь на презумпцию оригинальности в обоснование универсализма концепции *the author's own intellectual creation*. Но Рахматиян очень убедителен, когда показывает в своей работе, что влияние этих решений на применимые критерии оригинальности в национальных право порядках обеих правовых семей едва ли можно будет заметить. Опираясь на собственные доктринальные постулаты, в итоге они находят практическую точку соприкосновения, расположенную гораздо ниже того уровня, который соответствует понятию «творчество» и представляется желательным самому исследователю [42].

²⁸ Рахматиян, кроме того, констатирует, что под влиянием правила *the author's own intellectual creation* произошла объективизация применимых критериев охраноспособности во Франции [42, 25].

²⁹ Directive 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 (codified version). URL: <https://clck.ru/38rxhT> (дата обращения: 24 февраля 2024 г.).

³⁰ No other criteria such as merit or purpose being taken into account.

³¹ Photographs which are original in the sense that they are the author's own intellectual creation shall be protected in accordance with Article 1. No other criteria shall be applied to determine their eligibility for protection. Member States may provide for the protection of other photographs.

³² *Temple Island Collections Limited and New English Teas Limited and Nicolas John Houghton* [2012] EWPC 1.

³³ Автор ссылается на размытость требования «не принимать во внимание качественные и эстетические достоинства» в преамбуле к Директиве 91/250» (оно сохранилось в Директиве 2009/24), благодаря чему применяемый в Германии порог «среднего программиста» остается в силе. Однако дальнейшее развитие немецкого права опровергло его мнение.

³⁴ Решения по делам *Inkassoprogramm* 1985 г. и *Nixdorf* 1991 г.

главой 8 – «Особые положения, касающиеся компьютерных программ», в которой были имплементирована Директива. Как следствие, охраноспособными стали все программы в категории *kleine Münze* (удовлетворяющие пониженному цензу, см. об этом ниже) [39, 574]. Позднее Верховный Суд признал, что в новых условиях требования к охране смягчились³⁵. Тем не менее, отметим, что и доктрина «среднего программиста», как и в целом правило «произведение, созданное интеллектуальным трудом автора», которое к тому же ныне сопровождается, в соответствии с требованиями директив, запретом применять эстетические критерии³⁶, отклоняются от правовой метафизики. Они апеллируют к верифицируемым признакам – пусть это еще не критерий уникальности, который является объективным итогом восприятия произведения.

В этой работе читатель не встретит углубленного обсуждения различий между странами общего права и континентальной семьи в концептуальных подходах к авторскому праву вообще и к критерию оригинальности в частности. Как явствует из аннотации и введения, перед ее автором стоит другая задача³⁷. Что касается базового отличия, а точнее того, что традиционно и не вполне обоснованно таковым считают, – между противодействием получению «незаслуженных» преимуществ третьими лицами в системе общего права и охраной авторской репутации как духовного и экономического блага в континентальной семье, – то оно слишком хорошо известно, чтобы не ограничиваться его простым упоминанием. С практической же стороны эти различия, по общему признанию, все менее заметны [42; 44; 3], особенно в эпоху после указанных директив и актов ЕСС.

§ 4. Охрана фотографических произведений

§ 4.1. Проблема сочетаемости с требованием творчества ценза тривиальности

При обращении к признакам охраноспособности произведений изобразительного искусства,

концепция «творческого труда» неминуемо дополняется цензом тривиальности – если изображение, о котором идет речь, является визуальным образом реальности, то оно может оказаться как гениальным реалистическим произведением, так и безыскусной фиксацией зримого облика изображаемого объекта. Работам, подпадающим под последнее определение, откажет в охране средствами авторского права не только здравый смысл, но и сама же теория творческого труда. Но имеется множество свидетельств тому, что соединение требований творческого труда и нетривиальности страдает системными изъянами. Применительно к фотографическим произведениям – которые по сути своей являются отпечатками реальности – неполноценность этого симбиоза не заметить еще сложнее.

Авторское право было застигнуто врасплох появлением фотографии в сер. XIX в. [34, 369–371; 36]. Многим казалось, что фотографии вовсе или не вполне обнаруживали свойство оригинальности (как противоположное реплике) [32, 282]; суды вопрошали, пребывал ли в здравом рассудке законодатель, когда он осмелился назвать фотографа автором³⁸.

Вскоре, однако, способность фотографических произведений соответствовать приложимым критериям охраны перестала вызывать сомнения. Препятствия, с которым сталкивалось в ту эпоху правосознание, приходя к такому признанию, хорошо показывает решение 1869 г. по делу *Graves' Case*³⁹. Судья Блекбёрн хотя и установил, что фотография произведения живописи является «оригинальным произведением фотографии», все же счел нужным отметить, что такой подход сталкивается с известными трудностями: «Различие между оригинальным произведением живописи и его копией не требует пояснений. Но не так легко сказать, что понимать под “оригинальной фотографией”, коль скоро всякая фотография есть лишь копия объекта действительности».

³⁵ *Buchhaltungsprogramm*, BGHZ 123, 208.

³⁶ Статья 69 (а) (3) *UrhG*.

³⁷ Эти отличия были предметом кандидатской диссертации автора [6].

³⁸ “I should like to know whether the person who drew this Act of Parliament was clear in his mind as to who can be the *author* of the photograph” (*Nottage v Jackson* (1883) 11 QBD 627 at 630), см. [32, 282].

³⁹ *Graves Case* (1869) LR 4 QB 715.

И даже сейчас, когда тест на оригинальность в европейском праве стал крайне невзыскателен, он заметно выше по отношению к фотоискусству [44, 14]. Мало того, что возможность создания визуального слепка реальности широко используется, особенно в цифровую эпоху, в утилитарных целях – для снимков достопримечательностей, фиксации события, при создании «селфи», да и других любительских фотопортретов, сохранения изображения документов и т. п. Таким слепком будет любое фотографическое произведение – даже и то, причастность которого к миру изобразительных искусств не вызывало бы сомнений. Этим работам может быть сложно преодолеть ценз тривиальности для получения охраны. Не случайно большая часть вопросов, на которые было предложено дать ответ членам НКС на заседании Совета 16 февраля 2024 г., касалась «тривиальных» фотографий независимо от изначального целеполагания при их создании.

Так, общей в английском праве при определении оригинальности является доктрина, выработанная в деле *Ladbroke*⁴⁰ применительно к литературным сборникам: автор произведения должен «приложить к его созданию некую требуемую меру труда, умения и усилий»⁴¹. Однако, согласно еще одному решению, это правило *неприменимо* к фотографическим и любым визуальным произведениям. По мнению судебного лорда Оливера, выраженному в 1989 г. в деле *Interlego v. Tyco Industries*, это было бы «вопиющим прегрешением против здравого смысла»⁴². То же относится и к решению Верховного Суда США 1991 г. по делу *Feist Publications v. Rural Telephone Service*⁴³, упомянутому в разосланном членам НКС материале, в котором была сформулирована доктрина «*modicum of creativity*» (малая толика творчества): как выне-

сенное в отношении литературного произведения, это решение, по заключению Верховного Суда Новой Зеландии, не может считаться надлежащим источником для правильного разрешения дела в отношении «изобразительного произведения»⁴⁴.

Неприменимость при разрешении споров об охраноспособности произведения метафизического критерия «творческой деятельности» легко увидеть в тех случаях, когда речь идет о новаторских произведениях, которые, заслуженно или нет – авторское право не интересуется художественными достоинствами охраноспособного объекта – впоследствии становятся знаменитыми и рассматриваются большинством специалистов и миллионами людей как уникальные художественные решения. Причем это особенно заметно в отношении произведений изобразительного искусства, в первую очередь – фотографических. Ведь именно при тестировании на наличие признаков «творческого труда» визуальных произведений применяется ценз тривиальности, в виде общего правила подразумевающий отказ в охране изображениям, в которых не усматривается новизны. Как замечают Л. Бентли и Б. Шерман, «можно назвать «тривиальным» рисунок, состоящий из одной или нескольких прямых линий или окружности, но, по-видимому, не тогда, когда он выполнен рукой Роско или Пикассо» [3, 157]⁴⁵. В сочетании с критерием творческого труда ценз тривиальности, вероятно, оставил бы за чертой охраноспособности «Черный квадрат», если бы суд, рассматривающий гипотетический спор о нарушении авторских прав К. Малевича или его правопреемников, не пожелал бы считаться с объективно существующей репутацией этого произведения как уникального художественного решения, а если бы, оставаясь в русле того же подхода, принял еще во вни-

⁴⁰ *Ladbroke v. William Hill* [1964] 1 All ER 465, 469 (Lord Reid).

⁴¹ См.: *University of London Press v. University Tutorial Press* [1916] 2 Ch 601.

⁴² *Interlego v. Tyco Industries* [1989] AC 217.

⁴³ *Feist Publications v. Rural Telephone Services Co. Inc.*, 499, US 340 (1991).

⁴⁴ *Artifakts Design Group v. NP Rigg* [1993] 1 NZLR 196, 214

⁴⁵ Пер. В. Вольфсона. Как указывают авторы, «данная проблема обсуждалась в деле *British Northrop*, причем одна из сторон утверждала, что изображение таких простейших предметов, как болты, заклепки, штыри, винт и отрезок проволоки не образует оригинальное произведение именно ввиду своей элементарности. Не соглашаясь с данной позицией, судья Меджарри указал, что «предложение об исключении из сферы авторского права произведения на том только единственном основании, что оно является «простым», или же ввиду того, что оно представляет собой изображение элементарных, обычных предметов или вещей, вызывает у него крайнюю настороженность» (Перевод В.Л. Вольфсона): *British Northrop v. Texteam Blackburn* [1974] RPC 57, 68. См. также *Karlo Trade Mark* [1977] RPC 255, 273.

мание то, что только Малевичем, не говоря о предшественниках и последователях, было создано *четыре* «черных квадрата», шансов бы на защиту у истца не было⁴⁶. Оглашая одно из важнейших для англо-саксонского авторского права решение Верховного Суда США по делу *Bleistein v. Donaldson Lithographing Co.* (1903)⁴⁷, Оливер У. Холмс сказал следующее: «Со стороны людей, обученных разбираться лишь в юриспруденции, было бы весьма опрометчиво за рамками самых очевидных, наипростейших случаев выносить окончательный суд о достоинствах графических иллюстраций. Первое их упущение состояло бы в том, что вне признания оставались бы гениальные произведения: сама их новаторская природа всегда отпугивает публику – та до известной поры неспособна освоить язык их создателей. Есть все причины усомниться, к примеру, в том, что офорты Гойи или живопись Мане могли бы рассчитывать на охрану в тот день, когда они предстали перед зрителем. С другой же стороны, в авторско-правовой защите было бы отказано работам, привлекающим внимание менее образованных, нежели судья, любителей искусства. Но коль скоро эти работы завоевали интерес публики, то значит, они обладают коммерческой ценностью – причем было бы неразумно настаивать на том, что они лишены ценности эстетической и образовательной; вкусы людей обсуждать в принципе недопустимо»⁴⁸.

Крайняя сложность применения ценза на тривиальность привела к тому, что в ряде влиятельных юрисдикций охрана фотографий строится по так наз. «двухъярусному» принципу, воплощенному в нашем законодательстве применительно к базам данных (абз. 2 п. 2 ст. 1260 и п. 1 ст. 1334 ГК). Так, в Германии фотографические *произведения* – работы, удовлетворяющие критерию *persönliche geistige Schöpfungen*, – охраняются как объекты авторского права (§ 2(1) Закона об авторском праве ФРГ), а «просто» фотографии – если

они возникли как следствие технических, предпринимательских или организационных усилий – как объекты смежных прав (§ 72). Этому же принципу следуют и Закон об авторском праве Италии (ср. п. 7 ст. 2 и абз. 1 ст. 87) – но с той разницей, что эксплицитно лишаются охраны фотографии объектов утилитарного назначения (абз. 2 ст. 87), Закон об интеллектуальной собственности Испании (ст. 10 (h) и ст. 128) и Закон об авторском праве Финляндии (ст. 49а (3)). Такой подход можно считать вульгарной версией концепции уникального произведения: очевидно, что в условиях двойственного охранного режима суды руководствуются презумпцией отсутствия признаков «произведений» у работ, которые по внешним признакам относятся к «низшей лиге» – например, у фотоснимков достопримечательностей и знаменитостей, что оставляет за гранью авторско-правовой охраны многие произведения, чья объективная интерактивная уникальность не всегда видна суду, связанному инерцией априорного предположения. Отметим, что во Франции и в странах общего права охрана предоставляется только «оригинальным» (как бы это требование ни понималось в разные эпохи) фотографиям; т.е. работы, не удовлетворяющие требованию ст. 6 Директивы 2006/116, в отличие от ФРГ, Италии, Испании и Финляндии остаются без охраны. Это при том, что в английском праве аудиовизуальные произведения и звукозаписи необязательно должны быть оригинальными (ст. 1 (a) и (b) Закона «Об авторском праве, дизайне и патентах»).

Предоставление охраны по принципу *sweat of a brow* не преодолевающим ценз уникальности фотоработам, пусть и как объектам смежных прав, выглядит сомнительным, анахроничным и во всяком случае расходящимся с традициями российского права решением. Если и поддержать включение фотографий в двухъярусную систему охраны, это можно делать лишь при обязательном замеще-

⁴⁶ Судебный спор об охраноспособности «Черных квадратов» Малевича был смоделирован автором этой статьи в работе 2003 г. [11]. На этой модели обсуждается применимость различных подходов к тестированию произведения на оригинальность, дается обзор и классификация этих подходов; в работе также впервые обосновывается теория восприимчивого уникального решения.

⁴⁷ *Bleistein v. Donaldson Lithographing Co.*, 188 U.S. 239 (1903).

⁴⁸ Перевод Вольфсона В.Л. статьи в Википедии «*Bleistein v. Donaldson Lithographing Co.*». URL: <https://clck.ru/38ymW7> (дата обращения: 23 февраля 2024 г.).

нии критерия творческого труда на критерий интерактивной уникальности для «авторских» фотографий; не отвечающие критерию уникальности работы, в качестве компромисса с лоббистским давлением на законодательные процессы, охранялись бы как объекты смежных прав при условии, что они стали результатом требуемой меры усилий и вложений. При сохранении же критерия творческого труда как условия охраноспособности фотографических произведений, обсуждаемое решение только добавляет абсурда в авторско-правовой режим. По смыслу такого разделения суды должны бескомпромиссно стоять на страже границ между объектами того и другого вида. Поскольку справиться с этой задачей они не могут, неизбежно возникают новые внутрисистемные рубежи, призванные еще раз освободить авторское право от «проклятия тривиальности». В Германии эту роль выполняет доктрина *kleine Münze*. Во Франции – практика, основанная на решении по делу *Rachot*⁴⁹ [42, 22]. В сущности, это ниша, созданная для произведений с низким уровнем оригинальности и нормативно устанавливаемой охраноспособностью. Как уже указывалось, именно в нее попали все программы для ЭВМ после имплементации в *UrhG* Директивы 91/250, в нее же попадают и тривиальные фотографии. Авторско-правовая охрана в таких условиях деградирует. Отсюда – предложения избавить законодательство об интеллектуальной собственности от *kleine Münze*, поскольку не все готовы делать вид, что видят в этих работах «печать творчества», и вручить миссию их охраны законодательству о конкуренции [42, 16].

Попытку примирения творческого начала с необходимостью соблюдения ценз тривиальности применительно к фотографическим произведениям мы находим в решении по делу *Painer*. Как уже отмечалось, в нем, в завершение серии решений, ЕСС распространил критерий *the author's own intellectual creation* на все произведения. Однако этим значение решения не ограничивалось. Поскольку несомненная объективизация теста на охраноспособность, достигнутая в новом европей-

ском критерии, не была равнозначна отказу от потребности увидеть во всяком объекте авторского права проявление «творчества», перед Судом стояла задача объяснить, как именно обнаруживает себя творчество, во всяком случае в юридическом смысле, в обычном, обывательском портретном фотоснимке. ЕСС посчитал достаточным для охраноспособности осуществление автором выбора выразительных средств произведения, что, в свою очередь, по заключению Суда, и является выражением личности (*personal touch*). Тем самым как будто бы достигается компромисс тривиальности с «творческим вкладом», прежде всего с континентальными «*l'empreinte de la personnalité de l'auteur*» и «*persönliche geistige Schöpfungen*». Однако это не так. Вряд ли мы ошибемся, если предположим, что под маской «творчества» ЕСС, подобно российским судам – под маской презумпции «творческого труда» – предоставил охрану, даже если не отдавал себе в этом отчет, уникальности. Именно отсюда требование *хотя бы незначительного* выбора в сочетании с акцентуацией юридической нейтральности качественного критерия (см. выше о ст. 6 Директиву и п. 16 Преамбулы 2006/116, п. 17 Преамбулы 93/98). Тем самым снимается требование новизны, но ни в какой мере не решается проблема тривиальности – неясно, любая ли вообще мера выбора преодолет этот ценз. Единственное квалифицирующее условие, названное судом, – чтобы выбор не полностью определялся технической функцией – разумеется, нисколько здесь не помогает. Последовавшая за *Painer* судебная практика показывает деградацию порогов охраноспособности в национальных правовых порядках Европы [44, 15].

Итак, невозможность преодоления теста на тривиальность на практике обходится российскими судами презумпцией творческого характера спорных фоторабот – проведенный выше анализ показывает, что преодолеть эту презумпцию доказательствами обратного ответчики не могут. В итоге порог охраноспособности фотографий снижается в нашем правовом порядке до уровня, применительно к которому не представляется

⁴⁹ Cour de cassation, Assemblée Plénière, du 7 mars 1986, 83-10.477, Publié au bulletin. URL: <https://clck.ru/39RVni> (дата обращения 12 марта 2024 г.).

возможным всерьез говорить о «творческом труде», получающим выражение в получающих охрану произведениях. Вероятно, по этой причине в некоторых судебных актах можно увидеть такое понимание критерия творческого труда, которое связывает его не с воплощением творчества в созданном произведении, а в самом процессе его создания⁵⁰. При таком подходе идея авторско-правовой охраноспособности окончательно деградирует в область метафизики, поскольку отрывается от предмета сосредоточения интересов сторон правоотношения – от произведения. Как уже отмечалось в § 2, в российский доктрине такие воззрения, которые автор в своих трудах именуется генеалогическим подходом [11], имели распространение в 50-х годах, а впоследствии, казалось бы, утратили влияние, о чем, в частности, свидетельствует процитированное там же замечание А.П. Сергеева, высказанное им еще в 1996 г., однако в последние годы вновь нашли своих сторонников. Неудивительно, что указание на то, что требование о творчестве предъявляется якобы только «к труду автора, а не к объекту авторского права» подкрепляется в судебном акте доводами в духе *sweat of a brow*, в целом чуждом нашему праву⁵¹.

Но так или иначе, применение метафизического критерия творчества посредством вынужденной презумпции приводит не к избавлению области охраны от явно чуждых ей произведений, в том числе и фотографических, что казалось бы, могло подразумеваться его мнимой взыскательностью, а напротив, к утрате ею эффективных пропускных фильтров. Нет сомнений и в том, что охрану получают многие работы, не удовлетворяющие критерию воспринимаемой уникальности.

§ 4.2. Проблема определения объекта охраны и проблема авторства

В своей работе *Copyright, photography & computer works – the fiction of an original expression* австралийской исследовательнице Кати Боури (Kathey Bowrey) [32] удалось поднять важнейшую проблему авторского права вообще и фотографических

произведений в особенности. Речь идет о сложностях в определении границ претендующего на охрану объекта в тех случаях, когда он, в силу технологий его создания, состоит из результатов разнородных, а то и существенно несхожих видов деятельности, выполняемых при этом разными лицами. Работа Боури появилась в 1995 г. – до массового распространения цифровой фотографии. Материал, который она исследует, – в то время, конечно, снимки на пленке, – позволяет нам увидеть между самым актом создания и копиями (отпечатанными снимками) сразу два слоя «оригиналов» (фотоснимки на пленке и негативы). Это дает повод Боури предположить, что дихотомия «оригинал – копия» является конвенциональной, утилитарной идеей, возникшей для охраны литературных произведений. Применительно к фотоискусству (точнее, к пленочной фотографии) она действует как фикция – принудительное присвоение статуса оригинала пленке, но не негативу. Результат этой фикции, в условиях реальной множественности «оригиналов», порождает проблему как определения границ объекта, так и, конечно, их авторства.

Казалось бы, в цифровую эпоху повод для такого противопоставления отсутствует. Однако обнаруженная проблема глубже, чем фикционность охранного режима пленочной фотографии и утилитарность пары «оригинал – копия». Главное в работе Боури – вывод об условности границ объекта, если он органически неоднороден, и многослойности авторства, в том случае, если его создавали разные лица. Ценность этого вывода сохраняется и поныне для осмысления конструкции тех произведений, пусть не физическое, но умопостигаемое тело которых не является гомогенным, в т.ч. фотографий. Для цифровой фотографии нет проблемы в физическом выделении «тела» произведения, его оригинала, но сохраняется неоднозначность в определении умопостигаемых границ, а значит неизбежно возникает проблема учета вклада в создание отдельных элементов такого многослойного произведения, т.е. проблема авторства.

⁵⁰ Постановление Суда по интеллектуальным правам от 07.09.2021 по делу № А40-139746/2020.

⁵¹ «Для создания спорной фотографии автором было затрачено значительное количество экономических и интеллектуальных ресурсов, в том числе многолетний опыт работы в сфере высотных фотосъемок».

Продолжение этого исследования лежало бы за границами нашего труда, предмет которого – критерии охраноспособности, а не границы того, что тестируется на охраноспособность. Но упоминания эта проблема заслуживает, так как если при тестировании используется теория «творческого труда», придется сначала последовательно проверить на признаки «творчества» каждую из составляющих такого произведения, а затем определять, сумел ли этот творческий вклад сделать творческой саму фотографию. Не случайно на заседание НКС был вынесен вопрос об учете выбора объекта съемки, настроек резкости, экспозиции, освещения, ракурса, способах съемки и других параметров создания фотографии, если они зависели от иного лица, чем фотограф. Однако наша теория едва ли бы столкнулась с такими сложностями, поскольку она не предполагает какое-либо юридическое значение у отдельных элементов произведения вне контекста его восприятия. Поэтому для исследователя, который ею руководствуется, при положительном ответе на вопрос о том, воспринимается ли произведение как уникальное, останется только уточнить, предопределялось ли такое восприятие соответствующими составляющими произведения.

§ 5. Практическое применение критерия воспринимаемой уникальности при разрешении вопроса об охраноспособности фотографий

Подведем предварительные итоги. Итак, метафизический критерий «творческого труда» нигде не обнаруживает свое бессилие так, как при тестировании на охраноспособность произведений изобразительных искусств, и, по нашему убеждению, полностью безнадежен, когда речь идет о фотографиях. Верный же, неметафизический критерий – что в частном праве означает «основанный на подлинных интересах сторон правоотношения» – как мы полагаем, должен выражаться в вопросе «воспринимается ли спорное произведение как уникальное художественное решение?» Но современное правосознание, по видимому, незаметно для себя, уже использует это правило, хотя и вынуждено, в силу непреодоленной доселе сакральности традиции, а в случае российского права – и в силу положений позитивного законодательства, для его выражения вовне

прибегать к официальному и лишенному практической семантики эвфемизму.

Как уже говорилось, тест на «творческий труд» метафизичен дважды – второе проявление этого свойства в том, что он не поддается верификации. Напротив, ответ на вопрос об уникальности всегда должен быть основан на объективных данных о восприятии произведения: именно восприятие аудиторией произведения наделяет произведение уникальностью или отказывает ему в этом. И для получения этого ответа суду вовсе необязательно ожидать, что стороны представят в материалы дела результаты социологического опроса. Вооружившись золотым правилом «никакое доказательство не имеет для суда заранее установленной силы» (ст. 71 АПК, ст. 67 ГПК), то есть без ограничений используя дискрецию в оценке доказательств и самостоятельно определяя меру собственной убежденности, суд, применяющий критерий уникальности, непременно обнаружит, что в подавляющем большинстве случаев ответ на вопрос об уникальности столь очевиден, что не нуждается в экспертном подтверждении, тем более что, в силу правовой позиции Пленума в абз. 2 п. 80, уникальность (под маской «творческого труда») будет предполагаться. При этом совершенно очевидно, что преодоление презумпции объективно воспринимаемой уникальности вовсе не обернется непосильной задачей для ответчика, как это происходит (что подробно показано выше) с презумпцией создания произведения творческим трудом.

При этом следует решительно указать на то, что в силу особенностей русской культуры порог уникальности будет у нас всегда выше, чем в большинстве других стран мира, ввиду того, что любой охраняемый объект авторского права, в нашем понимании – уникальное решение, должен восприниматься публикой как уникальное *произведение*. Подчеркнем, что речь идет не о дополнительном, по отношению к признаку воспринимаемой уникальности, условии охраны, а о качестве самого такого решения. Причем дело не только и не столько в том, что это качество охраноспособного объекта установлено в ГК – наоборот, гражданско-правовой закон всегда отражает, как не устают повторять автор этой статьи, реально существующие интересы, а значит – представления, ожидания и цен-

ности участников гражданских правоотношений. К.П. Победоносцев, вдохновляясь этимологией этого, самого по себе уникального, русского слова, видел в произведении «дело человека... нечто исшедшее от него, им порожденное, получившее от него бытие, но и по рождении не отделяющееся от личности породившей» [22, 635]. Нет сомнения, что народ, в языке которого имеется такое понятие, не будет воспринимать как уникальные художественные или языковые решения, признаваемые уникальными в странах, где вместо произведения используется «work», «obra», «opera» или даже «œvге».

И наоборот, спор о наличии признаков творческого труда имеет все шансы эволюционировать в поединок искусствоведов, привлеченных процессуальными оппонентами, хотя, казалось бы, уже сам факт подобной дискуссии беспощадно разоблачает теорию «творческого труда». Показательным здесь является знаменитое канадское дело *Snow v. Eaton Centre*⁵²: суду предстояло решить, нарушают ли право на неприкосновенность произведения действия ответчика, повязавшего в преддверии Рождества красные банты скульптурным изображениям гусей, которые украшали его торговый комплекс, а для этого, ввиду положений канадского права, нужно было ответить на вопрос, в самом ли деле такое обращение с произведением порочит творческий замысел скульптора. Судебные заседания очень быстро превратились в конференции по искусствоведению.

Этот же тезис можно проиллюстрировать и не менее впечатляющими доктринальными суждениями. Например, в одной из статей Н.А. Райгородского можно прочитать, что «очень редко может являться объектом самостоятельного авторского права перевод всего сценария на другой язык... работа по переводу диалогов... является хотя и трудной, но не творческой работой» [24, 36]. Это соображение было высказано в 1958 г. – можно

надеяться, что в современном сообществе правоведов, в том числе судебном корпусе, перевод диалогов, будучи вершиной переводческого искусства, не столкнется с такой дискриминацией. Но проблема здесь, конечно, не в охраноспособности перевода диалогов, а в когнитивном произволе, как системном следствии применения метафизической теории «творческой работы», не имеющей верификационного коррелята и потому превращающей стороны правоотношения в заложников уровня образованности и вкусовых предпочтений ее приверженцев.

Предлагаемая здесь методика проверки фотографий на авторско-правовую охраноспособность преодолевает описанные выше препятствия. В частности, отпадает нужда в тесте на тривиальность. Но важно еще и то, что и сама природа фотографии как рода визуального искусства, в сочетании с теорией уникального решения, не только уже не затрудняет, но и, напротив, упрощает решение вопроса охраноспособности. Дело здесь в следующем.

Если задаться целью дать фотографическому произведению определение, которое бы выделяло его из ряда других изобразительных искусств, то мы должны были бы заключить, что фотография есть искусство констатации визуального факта, имевшего место в момент фотосъемки; это, говоря иначе, мгновение, запечатленное в облике созерцаемого бытия⁵³. Во всех же прочих случаях – например, при портретной, пейзажной, натюрмортной или иной постановочной съемке, – фотография видовой самостоятельности не образует; она превращается в род живописного или графического произведения, исполненного с применением присущей ей техники.

Из этого вытекают следующие выводы.

Во-первых, поскольку момент времени по определению уникален, то любая фотография, вне всякой зависимости от качества и уровня профес-

⁵² *Snow v. Eaton Centre* (1982) 70 CPR (2d) 105 (Canada)

⁵³ Этот взгляд на сущность фотографического искусства, по-видимому, разделяется Верховным Судом и Судом по интеллектуальным правам, поскольку в мотивировочную часть решений, в которых обсуждаются признаки «творческой деятельности» у спорных произведений, как правило, включается следующее указание: «процесс создания любой фотографии или видеозаписи обладает признаками творческой деятельности, представляющей собой фиксацию с помощью технических средств различных отражений постоянно изменяющейся действительности». См.: Определении Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации от 27 апреля 2021 № 5-КГ21-14-К2, Постановление Суда по интеллектуальным правам от 06 сентября 2023 по делу № А25-1999/202 и др.

сиональности при ее создании, если она читается как констатация визуального факта (или в той мере, в которой она может быть так понята), – должна признаваться охраноспособным объектом авторского права. При этом, разумеется, фотоработы, которые воспринимаются как сообщения о фактах с исключительно информационным целеполаганием (подп. 4 п. 6 ст. 1259), остаются за бортом охраны.

Во-вторых, те фотоснимки, которые, исходя из описанного выше подхода, являются техническим способом выполнения произведения живописи или графики, должны предполагаться охраноспособными, т.е. уникальными, произведениями, в силу презумпции, установленной в абз. 2 п. 80 ППВС № 10, но их уникальность должна проверяться так, как если бы они являлись произведениями, выполненными в живописи или в графике.

Объективность интерактивного критерия означает то, что вывод об охраноспособности произведения всегда подтверждается объективными данными о восприятии произведения как уникального. Таким образом, даже если имеется объективное различие между двумя визуальными произведениями, но в силу своей трудноразличимости оно препятствует зрительному восприятию этих произведений как самостоятельных, то объективное восприятие уникальности отсутствует. В таком случае более позднее произведение неохраноспособно. Данное правило было выработано в деле *Interlego v. Tyco Industries*⁵⁴: произведения изобразительного искусства охраноспособны, в том числе в режиме производных произведений, когда они представляют собой «зримые изменения» (*visual significant changes*)⁵⁵, по отношению к ранее созданным работам. И все же надо оговориться, что суждение об уникальности, как показывает метафора Борхеса, зависит не только от сопоставления двух объектов, но и от других обстоятельств, и, следовательно, пусть и гипотетически, можно допустить, что и визуально неразличимые

работы изобразительных жанров, если, в силу любых причин, каждая из них обладает репутацией уникального произведения, не связанной с их зримым обликом, будут признаны самостоятельными объектами авторского права.

§ 6. Отдельные прикладные вопросы охраноспособности фотографических произведений

Теперь я перейду к ответам на вопросы, поставленным в разосланных членам НКС материалах. Подробное изложение теории, которой я буду руководствоваться, избавит меня от обоснований своих ответов – они легко устанавливаются из изложенного выше.

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?*

Ответ

Поскольку авторское право должно охранять только те произведения, которые объективно воспринимаются как уникальные языковые (художественные) решения, для ответа на вопрос об охраноспособности фотографического произведения необходимо и достаточно установить, воспринимается ли оно таковым уникальным решением. Никакие другие критерии не могут приниматься во внимание. В частности, недопустимы какие-либо аксиологические суждения, т.е. такие, которые относятся к качеству или достоинству фотографии, в том числе и о квалификации процесса ее создания. При этом любая фотография, если она читается как констатация визуального факта (или в той мере, в которой она может быть так понята), – должна признаваться охраноспособным объектом авторского права, за исключением фоторабот, которые воспринимаются как сообщения о фактах с исключительно информационным целеполага-

⁵⁴ *Interlego v. Tyco Industries* [1989] AC 217, 268 (лорд Оливер); *Interlego AG v. Croner Trading* 25 IPR 65 (Fed. Crt Australia). Фактические обстоятельства данного дела позволили суду сделать вывод, что изменения в изображении отразились в основном на чертежной спецификации и потому «зримыми изменениями» не являлись.

⁵⁵ Несколько более точный перевод этого выражения – «зрительно распознаваемые изменения». Однако нами будет использоваться термин «зримые изменения», который, не искажая смысл переводимого выражения и обсуждаемой концепции, более прост в восприятии.

нием (подп. 4 п. 6 ст. 1259). Те фотоснимки, которые являются техническим способом выполнения произведения живописи или графики (например, при портретной, пейзажной, натюрмортной или иной постановочной съемке), должны *предполагаться* охраноспособными, т.е. уникальными, произведениями, в силу презумпции, установленной в абз. 2 п. 80 ППВС № 10, но их уникальность должна проверяться так, как если бы они являлись произведениями, выполненными в живописи или в графике.

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) двумерных объектов изобразительного искусства (живопись, графика);

з) документов.

Ответ

Все перечисленные обстоятельства, кроме средств съемки, могут влиять на вывод об охраноспособности фотографии. Однако сами по себе эти обстоятельства не являются юридически значимыми для этого вывода. Ссылки на эти обстоятельства могут быть приняты во внимание исключительно как доводы, обосновывающие или опровергающие квалификацию спорной работы как

уникального языкового решения. Критерий уникальности является объективным и интерактивным: нужно получить ответ на вопрос, воспринимается ли спорное произведение как уникальное его аудиторией. По этой причине важно учесть, что целеполагание, хотя и является крайне важным обстоятельством при тестировании произведения на уникальность, поскольку показывает произведение как коммуникативный акт, совершаемый автором, *не предрешает окончательный вывод об охраноспособности*, поскольку необходимо установить, воспринималось ли произведение публикой в соответствии с авторским целеполаганием. На заседании НКС, к сожалению, некоторые коллеги не обратили внимание на эту оговорку в моем выступлении, что побудило их выступить с возражением против отказа в охране на основании одного только авторского целеполагания, – однако я для таких возражений повода не давал, так как утверждал, что основанием для отказа целеполагание может стать только тогда, когда оно воспринимается таковым в контексте интерактивной коммуникации.

Коммуникативная природа произведения чаще всего попадает в фокус обсуждения, когда предстоит ответить, является ли оно сообщением о событиях и фактах с исключительно информационным целеполаганием, – по понятным причинам (п. 6 ст. 1259) от ответа может зависеть предоставление произведению охраны. А правильный ответ должен зависеть от того, как воспринималось произведение с таким целеполаганием. Безусловно, если произведение не просто создается в информационных целях сообщения о событии либо факте, а доводится в таком коммуникативном качестве до аудитории, то следует исходить из презумпции, что оно в этом качестве и воспринимается. Отличным подспорьем для понимания здесь является дело, по которому было вынесено Определение Гражданской кассационной коллегии Верховного суда РСФСР от 04 марта 1929 г. Требование автора инструкции по борьбе с вредителями зерна и продуктов его переработки, написанной необычайно бойким слогом и даже, судя по всему, с художественной образностью, о признании его сочинения объектом авторского права было последовательно отвергнуто нижестоящими судами. При этом ин-

струкция пользовалась большой популярностью и была опубликована несколькими областными издательствами, которые, однако, отказались заключать авторский договор и выплачивать истцу вознаграждение, что и послужило поводом для его обращения в суд. Коллегия оставила в силе принятые по делу судебные акты и обосновала свою позицию фразой, которую можно было бы ставить эпиграфом к соответствующим разделам в учебниках по авторскому праву: «инструкция, составленная научно-популярно, не перестает быть инструкцией, а лишь принесет большую пользу, будучи лишена бюрократической сухости». Конечно, Верховный Суд исходил из того, что при всех стилистических достоинствах эта инструкция пользовалась спросом именно как инструкция; популярность ее объяснялась не тем, что публика видела в ней художественное произведение, а высоким качеством изложения, на что и обратил внимание суд. Соглашаясь с этой позицией, нельзя не сказать о том, что метафизический, статический взгляд на охраноспособность, не желающий помещать целеполагание в интерактивное поле, приведет исследователя к противоположному выводу. Так, комментируя это решение, В.Я. Ионас пишет: «Подлинный объект авторского права маскирует свою сущность (которая, конечно, у Ионаса статична. – В.В.) под видом технической работы» [15, 90]. С точки зрения нашей концепции уникальности, *инструкция, действительно, не перестает быть инструкцией, если воспринимается в качестве таковой* даже будучи изложенной в форме комических куплетов.

И наоборот – если *prima facie* информационное сообщение, пусть и воспроизводящее обстоятельства судебного дела, воспринимается как произведение словесности, оно охраноспособно, – на что указали российские суды, которые рассматривали такой спор еще в 1867 г. [22, 594].

Что же касается средства съемки, то это единственное обстоятельство, от которого охраноспособность фотографического произведения никогда не может зависеть.

Сказанное выше об общем подходе к оценке обстоятельств, которые приведены в вопросе № 2, делает ненужным ответы на большинство дополнительных вопросов (от «а» до «з», за исключением «ж») о наличии зависимости вы-

вода об охраноспособности фотографии от особенностей фотографируемого объекта; но можно еще раз повторить, что прямой зависимости не существует. Правда, в некоторых случаях при фотографировании указанных объектов могут возникнуть коллизии между авторским правом и правом гражданина на изображение, что, при разрешении коллизии в пользу последнего права, может исключить удовлетворение иска о защите авторского права [8].

По-видимому, проблема, которая подразумевается в вопросе «ж», состоит в том, что фотография двухмерных объектов изобразительного искусства, независимо от правомерности фотосъемки и дальнейшего использования изображения, может расцениваться, в отличие от фотографии трехмерных объектов, как экземпляр (копия) исходного произведения, возникшая вследствие его воспроизведения, а не как самостоятельное фотографическое произведение (подп. 1 п. 2 ст. 1270). При ответе на этот вопрос следует, прежде всего, исходить из принципа «зримых изменений» (*visual significant changes* – см. об этом выше), поскольку этот подход соответствует правилу о предоставлении охраны только произведениям, объективно воспринимаемым как уникальные. Конечно, этого еще мало для удовлетворительного ответа на вопроса об охраноспособности. Убедившись в том, что между тем, как двухмерное произведение запечатлено на фотографии, и тем его обликом, который обычно предстает перед зрителем, имеются объективные зримые отличия, следует провести стандартный тест на обнаружение в фотографическом произведении признаков объективно воспринимаемой уникальности языкового (художественного) решения. При этом, если будет сделан вывод о самостоятельности фотографии как объекта авторских прав, предстоит еще решить, является ли оно независимым или же производным произведением. Можно также отметить, что сам по себе факт появления фотографического произведения из снимка произведения живописи или графики ни в коем случае не препятствует его правовой охране: в одном из исторически первых решений, которым была признана способность произведений фотографии к авторско-правовой

охране, речь шла именно о фотоснимке произведения живописи⁵⁶.

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)?

Ответ

Это два разных случая.

Первый вид съемки исключает охраноспособность полученных кадров как фотографических произведений. Во-первых, просто потому, что кадры, полученные в результате серийной съемки, образуют не несколько фотографических, а одно аудиовизуальное произведение («зафиксированная серия связанных между собой изображений» и другие предикаты, установленные в ст. 1263). В британском праве цифровые снимки, образующие серию связанных кадров, также признаются не фотографическим, а аудиовизуальным произведением (films), а стоп-кадры кинематографического произведения рассматриваются как часть такого произведения, но не как фотографии [3, 126]. Во-вторых, неразличимость кадров означает несоответствие критерию зримости изменений (visual significant changes), который в свою очередь задается приложением концепции воспринимаемой уникальности как обязательного условия охраноспособности (см. выше). Вместе с тем совокупность кадров, полученных в результате серийной съемки, при соблюдении известных условий, может быть признана охраноспособным аудиовизуальным произведением.

Во втором случае, фотоснимки, в том числе и товара, должны получить авторско-правовую охрану как самостоятельные объекты авторского права при одновременном выполнении следующих условий: 1) они удовлетворяют критерию зримых изменений по отношению друг к другу; 2) каждое фотоизображение, в свою очередь, вос-

принимается как уникальное решение; 3) они не воспринимаются как сообщение о событиях и фактах, имеющие сугубо информационный характер. Содержание всех трех условий подробно раскрыто выше⁵⁷.

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.*

Ответ

Как уже отмечалось в этой статье, впервые различия между технической деятельностью и оригинальным произведением в отечественном законодательстве были установлены высшим судебным органом применительно к фотографическим произведениям (речь шла о фотомонтаже)⁵⁸.

Ввиду того, что охраноспособным произведением может стать только уникальное языковое решение, его автором (соавторами) являются создатели этих уникальных решений, т.е. те лица, чья умственная, психическая и духовная деятельность привела к появлению этих решений. Техническая деятельность, какой бы существенной предпосылкой для создания уникального решения она ни выступала, сама по себе не производит уникальных решений, однако она может составлять неотъем-

⁵⁶ *Graves Case* (1869) LR 4 QB 715.

⁵⁷ Сравнить высказанное суждение с позицией, занятой Судом по интеллектуальным правам в Постановлении от 31.03.2023 по делу № А56-99330/2021.

⁵⁸ Постановление Судебной коллегии по гражданским делам Верховного суда СССР от 20 августа 1940 г.

лемую часть уникального решения. В этом последнем случае техническая деятельность охраноспособна как объект авторского права, а осуществляющее ее лицо должно признаваться автором (соавтором) произведения⁵⁹.

Изложенное выше соответствует российской доктрине соавторства, как она представлена в ст. 1258 и в правовых позициях Верховного Суда (см., напр., абз. 4 п. 83 ППВС № 10). При этом необходимо обращать внимание на то, что российское право признает созданными в соавторстве только произведения, созданные *совместным* трудом, что понимается Верховным Судом как указание на необходимость соглашения между соавторами либо с третьим лицом (абз. 1 и 2 п. 83 ППВС № 10)⁶⁰.

Исходя из предлагаемого концептуального подхода, что исключает атомарность ответа на вопросы о наличии либо отсутствии охраноспособности в сформулированных модельных ситуациях, можно попытаться дать на эти вопросы следующие ответы.

1. Если лицо предоставило фотоаппарат с установленными этим лицом настройками, но фиксацию объекта съемки осуществляет другое лицо (нажатие на затвор камеры), то, *вероятно*, автором может стать только лицо, осуществлявшее фиксацию объекта. В большинстве случаев установка настроек не являются частью уникального решения. Кроме того, поскольку фотографическое искусство есть искусство констатации визуального факта, а любое мгновение времени по определению уникально, то и произведение, которое читается как такая констатация, должно во всех случаях, за изъятием, установленных подп. 4 п. 6 ст. 1259, признаваться охраноспособным; создатель такого про-

изведения должен признаваться его автором вне всякой зависимости от качества фотопроизведения, а значит – и от меры вклада третьих лиц в это качество. Вместе с тем, если произведение не читается как констатация визуального факта, а как произведение изобразительного искусства, созданное при помощи фототехники, то установка настроек, теоретически, может стать той технической деятельностью, которая является частью созданного уникального решения; в этом случае такое лицо будет соавтором лица, осуществлявшего фиксацию. Однако такая вероятность представляется незначительной.

2. Если 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, то, *вероятно*, эти лица являются соавторами произведения, поскольку оба, предположительно, могут быть причастны к созданию уникального решения⁶¹.

3. Если камера принадлежит одному лицу, оно выбирает ракурс съемки, осуществляет контроль за съемочным процессом, но фиксацию осуществляет другое лицо, *с высокой долей вероятности*, имеет место авторство только первого лица, при условии, что действия лица, осуществлявшего фиксацию, были подконтрольны первому лицу⁶². В этом случае, предположительно, только первое лицо участвовало в создании уникального решения. Здесь уместно вспомнить, что концепция авторства фотографии была заложена в 1883 г. в деле *Nottage v. Jackson*⁶³, в котором рассматривалась

⁵⁹ Сравнить с выдержанной в духе теории «творческого труда» формулировкой, по-видимому, того же самого подхода к оценке охраноспособности технической деятельности в Определении Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации от 27 апреля 2021 г. № 5-КГ21-14-К2: «Следует отметить, что в силу общепринятого подхода объект, который удовлетворяет условию оригинальности, может получить авторско-правовую охрану, даже если его реализация была обусловлена техническими соображениями, при условии, что это не мешает автору отражать свою личность в этом объекте, осуществляя свою свободную волю, выбор; когда компоненты объекта характеризуются только своей технической функцией, критерий оригинальности не соблюдается». См. также общую позицию Верховного Суда относительно «результатов, созданных с помощью технических средств», в абз. 5 п. 80 ППВС № 10.

⁶⁰ Данный критерий соавторства был подвергнут критике [9]. Причем действующее законодательство предусматривает и такой случай возникновения соавторства, который в эту доктрину не укладывается. Речь идет о соавторстве авторов аудиовизуального произведения. [9, 89].

⁶¹ Сравнить с Определением Второго кассационного суда общей юрисдикции от 05 ноября 2019 г. № 88-112/2019, которым автором было признано лицо, которое выбрало место, время ведения, угол съемки, а также освещение.

⁶² Сравнить с противоположной позицией в Постановлении Суда по интеллектуальным правам от 18 декабря 2023 г. по делу № А56-32829/2022.

⁶³ *Nottage v. Jackson* (1883) 11 QB 627, 630.

именно такая ситуация. Суд признал, что автором фотографии «следует считать лицо, внесшее решающий вклад в ее создание, т.е. то лицо, чьими указаниями руководствовались создатели фотографии».

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?*

Ответ

Данная ситуация имеет сходство с сюжетом, использованным Х. Борхесом в рассказе «Пьер Менар, автор “Дон-Кихота”» (см. об этом выше) как метафора тщетности попыток связать охраноспособность с так наз. творческим трудом и как аргумент в необходимости признавать авторство за создателями любых работ, если они воспринимаются как уникальное решение, что напоминает о правиле: глубина метафоры прямо пропорциональна ее мнимой абсурдности. Как уже отмечалось, в силу «правила Борхеса» отрицательный результат теста

на «зримые изменения» (visual significant changes) теоретически (а как показывает сам факт данного обсуждения – и практически) не исключает постановки вопроса об охраноспособности более позднего произведения на основании других, не связанных с его зрительным обликом, соображений, способных свидетельствовать об его уникальности. Конечно, охрана созданным описанным способом фотопроизведениям может предоставляться только в самых исключительных случаях.

Заключение

До тех пор, пока создание произведения творческим трудом автора указывается в законодательстве как обязательное условие охраноспособности, предлагается понимать это условие как требование объективно воспринимаемой уникальности произведения (в том числе и фотографического). При этом сохраняет силу презумпция «творческого труда», закрепленная в абз. 2 п. 80 ППВС № 10, однако она, в свою очередь, понимается как предположение о наличии у спорного произведения объективно воспринимаемой уникальности.

Список литературы:

1. Авторское право на литературное произведение. Сборник официальных материалов / Сост. Азов Л.М., Шацилло С.А. – М.: Госюриздат, 1953. – 136 с.
2. Антимонов Б.С., Флейшиц Е.А. Авторское право. – М.: Госюриздат, 1957. – 278 с.
3. Бенгли Л., Шерман Б. Право интеллектуальной собственности. Авторское право. СПб.: Юридический Центр Пресс, 2004. Пер. В.Л. Вольфсона – 534 с.
4. Борхес Хорхе Луис. Вавилонская библиотека // В кн. «Коллекция». Рассказы, эссе, стихотворения. Пер. с испанского В. Кулагина-Ярцева Вступ. ст. Вс. Багно; коммент. Б. Дубина. Санкт-Петербург: Северо-Запад, 1992. – 638 с.
5. Борхес Хорхе Луис. Пьер Менар, автор «Дон-Кихота». // В кн. «Проза разных лет». Серия «Мастера современной прозы. Аргентина». Пер. с испанского Е. М. Лысенко. Изд-во «Радуга». М., 1984.
6. Вольфсон В.Л. Моральные (личные неимущественные) права авторов в странах общего права и странах континентальной системы: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Вольфсон Владимир Леонович. – СПб., 2006. – 217 с.
7. Вольфсон В.Л. О правильном значении слова vehicle // Группа «Энергия Ци. Цивилистика головного мозга». URL <https://clck.ru/38гypA> (дата обращения: 4 марта 2024 г.)
8. Вольфсон В.Л. Обнародование и распространение (размещение в сетевом сообществе) видеозаписи // Группа «Энергия Ци. Цивилистика головного мозга». URL <https://clck.ru/393Y9b> (дата обращения: 25 февраля 2024 г.).
9. Вольфсон В.Л. Стихийное соавторство: постановка проблемы и признаки правообъектности // Журнал Суда по интеллектуальным правам. – 2022. – № 4(38). – С. 83 – 92.

10. *Вольфсон В.Л.* Теория злоупотребления правом. М: Общество с ограниченной ответственностью «Проспект», 2023. – 160 с.
11. *Вольфсон В.Л.* Юридические основания возникновения авторских прав. // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. – 2003. – № 9.
12. *Гаврилов Э.П.* В патентном праве – новизна, в авторском – оригинальность // Патенты и лицензии. – 2007. – № 12. – С. 25–30.
13. *Гаврилов Э.П.* Оригинальность как критерий охраны объектов авторским правом // Патенты и лицензии. – 2004. – № 6. – С. 45–51.
14. *Гордон М.В.* Советское авторское право. – М.: Госюриздат, 1955. – 232 с.
15. *Ионас В.Я.* Произведения творчества в гражданском праве. М.: Юрид. лит., 1972. – 168 с.
16. *Иоффе О.С.* Основы авторского права. Авторское, изобретательское право, право на открытие: Учебное пособие. М.: Знание, 1969. – 127 с.
17. *Кашанин А.В.* Уровень требований к творческому характеру произведения в отечественном юридическом дискурсе // Законы России: опыт, анализ, практика. – 2012. – № 9. – С. 92 – 102.
18. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть четвертая: учебно-практический комментарий / Под ред. А.П. Сергеева. – М., «Проспект», 2016. – 912 с. Автор комментария А.П. Сергеев.
19. *Корнеев В.А.* Программы для ЭВМ, базы данных и топологии интегральных микросхем как объекты авторского права // Вестник Московского университета. Серия 11: Право. – 2006. – № 6. – С. 102 – 112.
20. *Красавчиков О.А.* Творчество и гражданское право (понятие, состав и предмет подотрасли). // В кн. Категории науки гражданского права. Избранные труды. В 2 т. Т. 2. М.: Статут, 2005. – 494 с.
21. *Лабзин М.В.* Оригинальность объекта авторского права // Патенты и лицензии. – 2007. – № 8. – С. 20–27.
22. *Победоносцев К.П.* Курс гражданского права: в трех томах. Том 1; под ред. В.А. Томсинова. – М.: «Зерцало», 2013. – 768 с.
23. *Пронькин В.Н.* Когнитивное измерение в американской юриспруденции // Актуальные проблемы современного права. – СПб.: Санкт-Петербургский институт права им. принца П.Г. Ольденбургского, 2002.
24. *Райгородский Н.А.* Авторское право на кинематографическое произведение. –Л.: Изд-во Ленинградского университета, 1958. – 69 с.
25. *Райгородский Н.А.* Юридическое лицо как субъект авторского права // Очерки по гражданскому праву. Сборник статей / Отв. ред. проф. О. С. Иоффе. – Л.: Изд-во Ленинградского университета, 1957. – 291 с.
26. *Саяфарова С.А.* Особенности правовой охраны фотографических произведений // В сб. «Интеллектуальные права: сборник работ выпускников Российской школы частного права, посвященный 90-летию со дня рождения В.А. Дозорцева» / Под ред. Е.А. Павловой, М.В. Радецкой. – Москва: Статут, 2020. – 762 с.
27. *Сергеев А.П.* Право интеллектуальной собственности. М.: Проспект, 1996. – 704 с.
28. *Серебровский В.И.* Вопросы советского авторского права. М.: Изд-во Академии наук СССР, 1956. – 283 с.
29. *Хейфец И.Я.* Авторское право. – М.: Сов. законодательство, 1931. – 216 с.
30. *Шиньев Е.П.* «Интертекстуальность как механизм культурного взаимодействия и социокультурный феномен». // Вестник РУДН. Серия: Социология. – 2010. – № 1. – С. 81–87.
31. *Blum, Rudolf E.* Das urheberrechtlich schützbares Werk. Schweizerische Bauzeitung, Pp. 451–453. Juni 1968. URL: <https://clck.ru/39VxMi> (дата обращения: 17 марта 2024 г.)
32. *Bowrey Kathey* Copyright, Photography and Computer Works – The Fiction of an Original Expression (1995) 18 University of New South Wales Law Journal. Pp. 278–299. URL: <https://www.austlii.edu.au/au/journals/UNSWLJ/1995/15.pdf> (дата обращения: 7 марта 2024 г.)
33. *Drexel Josef* What is Protected in a Computer Program?: copyright protection in the United States and Europe (1994), Weiheim. 114 p.

34. *Edelman Bernard* Ownership of the Image: Elements of a Marxist Theory of Law. *Science and Society* 44 (3). (1980). Pp. 369–371.
35. *Endicott Timothy* Law and Language, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2010 Edition). URL <https://clck.ru/39HXRP> (дата обращения: 2 марта 2024 г.)
36. *Gaines Jane M.* Contested Culture: The Image, the Voice and the Law. University of North Carolina, 1991, ch. 2. 360 p.
37. *Hoeren, Thomas* The EC Directive on Software Protection – a German comment. *Computer Law and Practice*. July/August 1991. Pp. 246 – 248. URL: <https://clck.ru/39HXSn> (дата обращения: 7 марта 2024 г.).
38. *Hugenholtz Bernt P. & Quintais João Pedro* Copyright and Artificial Creation: Does EU Copyright Law Protect AI-Assisted Output? *IIC – International Review of Intellectual Property and Competition Law*. Volume 52, pages 1190–1216, (2021).
39. *Kercsmar Geoffrey S.* Computer Software & Copyright Law: The Growth of Intellectual Property Rights in Germany. *Penn State International Law Review*: Vol. 15: No. 3, Article 7. Pp. 565–592. URL: <https://clck.ru/39NHs3> (дата обращения: 11 марта 2024 г.).
40. *Kummer Max* Das urheberrechtlich schutzbare Werk. *Neue Folge der Abhandlungen zum Schweizerischen Recht*, Band 384. 240 S., 48 Abb. Bern 1968, Verlag Stampfli & Cie. Preis geb. 54 Fr.
41. *Laskowska-Litak Ewa* The Subject of Copyright: Perspectives from Law, Aesthetics and Cognitive Science *Routledge*, 2024.
42. *Rahmatian Andreas* Originality in UK Copyright Law: The Old “Skill and Labour” Doctrine Under Pressure // *IIC* 44, 4–34 (2013). <https://doi.org/10.1007/s40319-012-0003-4>. URL: <https://clck.ru/39LRuS> (дата обращения: 8 марта 2024 г.).
43. *Schlag Pierre* Missing Pieces: A Cognitive Approach to Law. *67 Texas L. Rev.* 1195 (1989). Pp, 1195–1250. URL: <https://clck.ru/39VxQz> (дата обращения: 17 марта 2024 г.)
44. *Synodinou Eleni* The Foundations of the Concept of Work in European Copyright Law, in: T. Synodinou (ed.), “Codification of European Copyright, Challenges and perspectives, *Kluwer Law International* 2012“. Made available on line with permission of *Kluwer Law International*. Pp. 93 – 113. URL: <https://clck.ru/39Rbhw> (дата обращения: 7 марта 2024 г.)

Научная статья
УДК 347.78

Для цитирования:

Бахтиозина А.Т., Белозёрова Е.О. Объективная форма произведения: может ли аромат быть объектом авторского права? // Журнал Суда по интеллектуальным правам. Июнь 2024. № 2 (44). С. 196–204. DOI: 10.58741/23134852_2024_2_11
Bakhtiozina A.T., Belozerova E.O. Objective form of a work: can a fragrance be the object of copyright? // Zhurnal Suda po intellektual'nym pravam. June 2024. N 2 (44). Pp. 196–204. (In Russ.). DOI: 10.58741/23134852_2024_2_11

DOI: 10.58741/23134852_2024_2_11

Объективная форма произведения: может ли аромат быть объектом авторского права?



А.Т. Бахтиозина,

*старший юрист практики государственного регулирования, интеллектуальной собственности, медиа и технологий компании ООО «Север Хиллс Лигал», старший преподаватель НИУ ВШЭ, магистрант факультета моды и искусства Sapienza University (г. Рим)
г. Москва, Россия*



Е.О. Белозёрова,

*студентка магистерской программы «Цифровое право» НИУ ВШЭ
г. Москва, Россия*

Парфюмерная индустрия, которая всегда была достаточно закрытой и консервативной, в последнее время стремительно развивается и даже экспериментирует с искусственным интеллектом. Создание аромата требует значительных творческих усилий, мастерства и таланта, а команды парфюмерных брендов находятся в непрерывном поиске новых и коммерчески успешных ароматов. Тем важнее становится охрана созданного продукта от копирования и имитаций. В данной статье проанализирована охраноспособность аромата в качестве объекта авторского права, и авторы приходят к выводу о том, что российское законодательство не препятствует признанию аромата в качестве произведения, охраняемого авторским правом.

Ключевые слова:

парфюмерия; критерии охраноспособности объектов авторских прав; результат творческого труда; творческий характер; объективная форма.

Производители парфюма сегодня обеспечивают правовую охрану своих товаров в основном посредством регистрации товарных знаков (словесных, изобразительных, объемных или комбинированных) в отношении названия, формы флакона, упаковки, этикетки. Формы флакона или этикетки также можно зарегистрировать в качестве промышленного образца (например, промышленный образец № 110027), а патенты на изобретения могут обеспечить охрану способа получения определенного аромата (например, патент на изобретение № 2611140). Однако это скорее позволяет обеспечить защиту только от копирования или имитации внешнего вида упаковки / флакона или отдельных его компонентов (например, этикетки), а значит представляет очень ограниченную защиту и не препятствует копированию и имитации самих ароматов¹.

Вопрос о том, относится ли аромат к объектам авторского права, является дискуссионным. Исследования правовых аспектов индустрии парфюмерии немногочисленны, а касательно возможности авторско-правовой охраны парфюма результаты существующих исследований скорее сводятся к выводу о несоответствии парфюма критерию объективной формы².

Гипотетическими препятствиями для признания аромата объектом авторского права могут являться условия, предусмотренные в ст. 1259 ГК РФ, а именно: (1) необходимость выражения аромата **в объективной форме**; и (2) термин «**произведение** науки, литературы и искусства».

Существуют основания полагать, что аромат соответствует перечисленным критериям. Анализ соответствия критерию объективной формы (1) и произведения (2) позволит рассмотреть особенности судебной защиты аромата духов как объекта авторского права (3).

1. Выражен ли аромат в объективной форме?

Гражданский кодекс Российской Федерации (далее – **ГК РФ**) не дает определение «объективной формы» произведения, но конкретизирует объективную форму в п. 3 ст. 1259 ГК РФ через следующую фразу: «В том числе в письменной, устной форме (в виде публичного произнесения, публичного исполнения и иной подобной форме), в форме изображения, в форме звуко- или видеозаписи, в объемно-пространственной форме». Следовательно, данный перечень является открытым.

Сегодня в научной литературе возродились дискуссии о том, что может считаться объективной формой произведения³.

К пониманию объективной формы можно условно предложить два подхода: (1) объективная форма подразумевает возможности воспроизвести произведение, и (2) объективная форма подразумевает возможность восприятия произведения человеческими органами чувств.

Первый подход – объективная форма заключается не только в возможности воспринимать объект, но и в возможности воспроизводить произведение. Иными словами, воспроизводимость произведения определяется формой, в которой оно выражено⁴. Соответствующий подход был широко распространен в советском праве, где в качестве одного из требований к результату творческой деятельности устанавливался критерий «воспроизводимость»⁵. Согласно данному подходу, аромат парфюма, выраженный в совокупности химических соединений жидкого вида, производящих аромат, может быть воспроизведен в той же форме, равно как и картину может перерисовать другой художник (хотя профессионалы смогут отличить оригинал от репродукции).

Второй подход – объективная форма является самостоятельным критерием, который действует наравне с критерием воспроизводимости⁶. Согласно данному подходу, объективная форма по-

¹ Бахтиюзина А.Т., Белозёрова Е.О. Дело пахнет судом: можно ли защитить аромат? [Электронный ресурс]. – URL: <https://fashion-law.ru/post/delo-pahnet-sudom> (дата обращения: 26 февраля 2024 г.).

² Галкин Н. Аромат – объект авторского права или патентного? [Электронный ресурс] – URL: <https://www.advgazeta.ru/mneniya/aromat-obekt-avtorskogo-prava-ili-patentnogo/> (дата обращения: 27 февраля 2024 г.).

³ Гаврилов Э.П. Об объекте авторского права // Патенты и лицензии. 2022. N 2. С. 33–36.

⁴ Шершеневич Г.Ф. Авторское право на литературные произведения. Казань, 1891. С. 159

⁵ Витко В.С. Понятие формы произведения в авторском праве. М.: Статут, 2020. 268 с.

⁶ Серебровский В.И. Вопросы советского авторского права. М., 1956. – 283 с

дразумевает возможность восприятия произведения человеческими органами чувств (слух, зрение, обоняние, осязание).

Все перечисленные в п. 1 ст. 1259 ГК РФ объекты авторского права воспринимаются органами слуха или органами зрения. В случае с ароматом духов восприятие осуществляется с помощью органов обоняния, что также означает возможность восприятия произведения органом человеческих чувств. При этом доводы о том, что аромат является мимолетным и не всеми может одинаково восприниматься, не должны являться достаточным аргументом против предоставления авторской охраны аромату парфюма⁷. Так, например, ни у кого не возникает сомнений в охраноспособности произведения, написанного на фарерском языке, при том, что большинство читателей из России не смогут воспринять этот текст, а люди, знающие фарерский язык, будут интерпретировать содержание по-разному.

Воспроизводимость как самостоятельный признак, согласно второму подходу, представляет собой возможность воспроизведения произведения без участия автора⁸, то есть воспроизводимость определяет «устойчивость» формы. Современная парфюмерная индустрия и развитие технологий позволяют воспроизвести близкий к оригиналу аромат духов и узнать практически точные смеси компонентов и их вероятное процентное соотношение при помощи хромато-масс-спектрометра⁹.

Несмотря на то, что в ГК РФ сейчас разрешено противоречие приведенных подходов прямым

указанием на необходимость придания произведению только объективной формы (в отличие от требований советского гражданского права), вопрос о содержании указанного признака остается нерешенным и вызывает бурные дискуссии в научной среде.

И.А. Зенин¹⁰ и Е.А. Павлова¹¹ придерживаются позиции, согласно которой под объективной формой понимается придание идеальному результату умственного труда любой осязаемой формы. При этом осязаемость в данном случае означает восприимчивость органами чувств, например, глазами, ушами, языком, носом, кожей¹². Указанное определение не противоречит распространению авторско-правовой охраны на аромат, так как он воспринимается органами чувств (носом).

Иногда признак объективной формы определяют как форму существования произведения во внешнем мире (материальная форма)¹³. Более того, для признания объектом авторского права произведения, выраженного в объективной форме, не имеет значения способ его выражения. Исходя из философского определения и общенаучного подхода к понятию «материя», аромат парфюма является одной из субстанций вещей, следовательно, он имеет объективную форму, является материальным.

При этом материальность формы никак не противоречит нематериальной природе результатов интеллектуальной деятельности, поскольку «авторское право охраняет нематериальную по своей природе форму произведения при условии ее выражения в объективной форме»¹⁴. Указанную

⁷ Field, Thomas G. Copyright Protection for Perfumes (November 6, 2004). IDEA: The Journal of Law and Technology, Vol. 45, p. 19, 2004, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=573881> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.573881>

⁸ Максимов В.А. Условия охраноспособности произведений в авторском праве // Ленинградский юридический журнал. 2017. N 3. С. 85–90.

⁹ Как хроматография применяется в парфюмерии? [Электронный ресурс] – URL: <https://chromatograf.ru/2020/10/02/kak-hromatografija-primenjaetsja-v-parfjumerii/> (дата обращения: 27 февраля 2024 г.).

¹⁰ Зенин И.А. Творческий труд как правовая категория // Гражданское право: современные проблемы науки, законодательства, практики: Сборник статей к юбилею доктора юридических наук, профессора Евгения Алексеевича Суханова. М.: Статут, 2018. С. 254.

¹¹ Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации (постатейный) / [Алексеева О.Л., Борминская Д.С., Горленко С.А. и др.]; ответственный редактор Павлова Е.А. Исследовательский центр частного права имени С.С. Алексеева при Президенте Российской Федерации. – Москва: ИЦЧП им. С.С. Алексеева при Президенте РФ, 2018. С. 32.

¹² Толковый словарь Ожегова. [Электронный ресурс]. – URL: <https://slovarozhegova.ru/word.php?wordid=18949> (дата обращения: 27 февраля 2024 г.).

¹³ Корчагина Н.П., Моргунова Е.А., Погуляев В.В. Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации (постатейный) / Под ред. В.В. Погуляева. М.: Юстицинформ, 2008. 640 с.

¹⁴ Близнец И.А., Витко В.С. Страсти по материальности нематериальной сущности // Юрист. 2023. N 9. С. 41–45.

позицию И.А. Близнеца и В.С. Витко также разделяет Э.П. Гаврилов¹⁵. Так же и аромат, который сначала формируется в сознании автора как нематериальный объект в виде представления о сочетаемости определенных нот парфюма, впоследствии выражается в объективной форме путем соединения всех необходимых веществ, которые и образуют желаемый аромат.

В статье 1259 ГК РФ перечислен ряд форм, которые попадают под понятие «объективная форма» – письменная форма, устная, форма изображения, форма звуко-видеозаписи, объемно-пространственная форма. Данный перечень, однако, не является исчерпывающим. Объективная форма парфюма – субстанция (в том числе жидкая или твердая), которую можно обонять и наносить на кожу. Отсутствие прямого упоминания такой формы в п. 3 ст. 1259 ГК РФ, которая перечисляет лишь ряд традиционных форм, допуская существование и иных, само по себе не может являться препятствием для распространения авторско-правовой охраны в отношении аромата парфюма.

Тот факт, что аромат не всегда является устойчивым, также не может являться аргументом против предоставления авторско-правовой охраны парфюму. Например, устная форма, в которой может быть выражено литературное произведение и которая воспринимается органами слуха, не всегда обладает большей устойчивостью, чем форма парфюма, которая воспринимается органами обоняния.

Элементы, создающие парфюмерную композицию, имеют объективную форму жидкости во флаконе, а также в большинстве случаев могут быть воспроизведены без субъекта его создавшего, с помощью специального аппарата – масс-спектрометра, который автоматически определяет моноконпоненты, из которых состоит смесь, и также идентифицирует эти вещества (при этом вещества идентифицирует достаточно точно, а их процентное соотношение все-таки с погрешностями). В то же время при предоставлении правовой охраны литературному произведению, напечатанному

в книге, защищается воспринимаемое читателем произведение (то есть что и, главное, как написано), но не сам лист пергамента, на котором отображены слова. Такой подход применим и к восприятию аромата из флакона.

Таким образом, можно сделать вывод о том, что парфюм имеет объективную форму выражения, так как выражен в виде субстанции (жидкой или твердой), воспринимаемой с помощью обоняния, таким органом чувств, как нос.

2. Является ли парфюм произведением, созданным творческим трудом?

Второе гипотетическое препятствие для признания аромата в качестве объекта, охраняемого авторским правом, – это непоименованность аромата в списке произведений, приведенном в ст. 1259 ГК РФ. Данный список, однако, не является исчерпывающим, на что прямо указывает включение в этот список пункта «другие произведения».

Определение понятия «произведение» отсутствует как в российском законодательстве, так и в международных актах. Однако для целей конкретизации данного понятия обычно используют перечисление объектов, которые считаются произведениями. Например, в ст. 2 Бернской конвенции¹⁶ перед подробным перечнем произведений указано, что к произведениям относится любая продукция в области литературы, науки и искусства, вне зависимости от способа и формы выражения (every production in the literary, scientific and artistic domain, whatever may be the mode or form of its expression).

На наш взгляд, парфюм является продукцией в области искусства и поэтому может считаться произведением. Парфюмерию часто не относят к так называемому высокому искусству, указывая, что это искусство более утилитарное, а значит «незначительное» или «второстепенное»¹⁷. При этом, важно отметить, что согласно п. 1 ст. 1259 ГК РФ определение произведения не зависит «от достоинств и назначения произведения, а также от

¹⁵ Гаврилов Э.П. Об объекте авторского права // Патенты и лицензии. Интеллектуальные права. 2022. N 2. С. 35.

¹⁶ Бернская Конвенция по охране литературных и художественных произведений от 9 сентября 1886 // СПС Гарант.

¹⁷ Calleja L. Why Copyright Law Lacks Taste and Scents. Journal of Intellectual Property Law by an authorized administrator of Digital Commons. 2013. N 2. P. 3–32.

способа его выражения». Например, компьютерные игры или комиксы также вряд ли можно отнести к высокому искусству, однако их охраноспособность в качестве объектов авторских прав под сомнение не ставится.

Некоторые авторы предлагают прямо закрепить в законе, что ароматы не являются произведениями, охраняемыми авторским правом, поскольку воспринимаются путем воздействия химических веществ на рецепторы органов чувств, а следовательно, по мнению данных авторов, охраняться (например, патентным правом) должны вещества и элементы, создающие аромат, но не сам аромат¹⁸. На наш взгляд, указанная позиция является ошибочной и сводится к достаточно узкому пониманию произведения науки, литературы или искусства.

Критерии, которым должны соответствовать все произведения, чтобы получить охрану в качестве объекта авторского права, – это объективная форма выражения (соответствие аромата которой мы разбирали выше) произведения и творческий труд его создателя.

Понятие «творческий труд» также не одно десятилетие вызывает бурные дискуссии. Данное понятие в большей степени характеризует деятельность по созданию произведения, чем полученный результат. Наиболее распространенной является точка зрения, что произведение создается творческим трудом, если у автора был творческий выбор и автор его сделал, отразив через этот выбор какие-то аспекты своей личности и выразив идеи, пропущенные через призму своего внутреннего мира¹⁹.

Руководствуясь такой логикой, можно предположить, что большинство парфюмерных композиций создаются творческим трудом.

Так, парфюм является композицией различных запаховых ингредиентов, которые должны быть гармонично сбалансированы друг с другом. Как в музыке или живописи, в парфюме есть ос-

новные ноты, которые образуют основу композиции; а также дополнительные ноты, которые придают ему уникальность и глубину. Автор парфюма, прежде чем приступить к созданию аромата, в своем сознании воссоздает желаемую «картину» запаха, продумывает необходимое сочетание нот и общую композицию.

После того как сформировано понимание желаемого аромата, парфюмер приступает к физическому соединению необходимых компонентов в нужных пропорциях так, чтобы итоговый результат соответствовал тому представлению о желаемом аромате.

Такая работа требует знаний в области парфюмерной химии, точного понимания сочетаемости ароматов и свойств отдельных компонентов. Однако парфюмерная композиция, несомненно, является продуктом творческого труда автора, так как автор делает творческий выбор, выражая свои представления о прекрасном, что соответствует закреплению в ГК РФ критерию необходимости создания произведения творческим трудом.

Следуя данной логике, авторско-правовая охрана не должна предоставляться простым ароматам, состоящим из одного природного компонента (например, запах лаванды или лепестка розы) или ряда очень простых соединений. Для того чтобы стать произведением искусства, аромат должен состоять из различных соединений, композиция которых подобрана именно творческим трудом автора.

Именно вопрос творческого труда при создании парфюма в теории является самым дискуссионным. Однако данный вопрос не должен быть разрешен в пользу исключения ароматов в принципе из-под охраны авторским правом. В каждом конкретном случае суд должен анализировать, создавался ли конкретный парфюм творческим трудом и заслуживает ли он авторско-правовой охраны. При этом важно помнить, что творческий характер объекта интеллектуальной деятельности

¹⁸ Матвеев А.Г., Синельникова В.Н. Объекты интеллектуальной собственности, получающие охрану в XXI веке // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2019. № 2. С. 281–309.

¹⁹ Косицкий А.О. Творчество как критерий охраноспособности объектов авторских прав: самостоятельное создание и творческий характер. Уровень творческого характера. [Электронный ресурс]. – URL: <http://ipcmagazine.ru/asp/creativity-as-a-criterion-for-protection-of-copyrighted-objects-independent-creation-and-creative-character> (дата обращения: 27 февраля 2024 г.).

презюмируется, то есть произведение считается созданным творческим трудом, пока не доказано иное²⁰.

Дискуссии о целесообразности предоставления авторско-правовой охраны аромату парфюма характерны не только для российского правопорядка²¹. В иностранных юрисдикциях также парфюм прямо не поименован в качестве объектов, охраняемых авторским правом, а закон устанавливает определенные критерии для распространения авторско-правовой охраны на объекты, например: творческий характер создания объекта авторского права, вложение усилий в создание объекта, возможность воспроизведения объекта и выражение объекта в объективной форме (в зависимости от того, какие требования местное законодательство предъявляет к объектам авторского права)²².

Поэтому именно судам приходится рассматривать вопросы о том, подлежит ли защите авторским правом аромат. Так, например, Верховный суд Франции признал аромат парфюма Christian Dior Dune не подлежащим защите авторским правом и указал, что создатели парфюма являются скорее ремесленниками, а не художниками²³. В другом деле (L'Oréal против Bellure²⁴) британский суд анализировал похожие по запаху копии элитной парфюмерии, которые производились в Дубае бельгийской компанией Bellure. Продукция Bellure была ориентирована на массового покупателя, поэтому производила парфюм, похо-

жий на ароматы люксовых брендов, но продавала их значительно дешевле. В данном деле суд также решил, что авторское право на аромат не распространяется²⁵. При этом указанное решение очень подробно описывает процесс создания парфюма, в том числе детально иллюстрирует творческий подход каждого производителя к созданию аромата, что может косвенно подтверждать возможность предоставления авторско-правовой охраны аромату.

Однако есть и другая судебная практика, в соответствии с которой аромат может быть отнесен к объектам авторского права. Например, в деле *Kecofa против Lancôme*²⁶ французская компания Lancôme обратилась в суд Нидерландов с иском против голландской компании Kecofa, ссылаясь на нарушение авторских прав. Ответчик продавал духи Treasure, аромат которых был очень похож на аромат Trésor от Lancôme. Суд поддержал Lancôme и признал Kecofa нарушившим авторские права, сделав при этом ряд важных выводов:

– аромат парфюма обладает объективной формой, поскольку воспринимается органами чувств, а именно, носом (с помощью обоняния);

– аромат парфюма и сама жидкость, содержащая этот аромат, являются разными объектами, подобно листу бумаги, который не является объектом авторского права, в то время как содержание книги является объектом авторского права;

– духи, содержащие разные ингредиенты, но в итоге имеющие одинаковый запах (*например,*

²⁰ Пункт 80 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23 апреля 2019 г. № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации».

²¹ Perfume as an Artistic Expression: Scope of Intellectual Property Rights in Perfume. [Электронный ресурс]. – URL: <https://fashionlawjournal.com/perfume-as-an-artistic-expression-scope-of-intellectual-property-rights-in-perfume/> (дата обращения: 27 февраля 2024 г.).

²² *Quaedvlieg A.* Copyright and perfume: nose, intellect and industry. – URL: https://klos.nl/wp-content/uploads/2017/07/Quaedvlieg_Copyright_and_Perfume.pdf (дата обращения: 27 февраля 2024 г.); Does a French copyright smell anything? [Электронный ресурс]. – URL: <http://www.maw-law.com/copyright/does-a-french-copyright-smell-anything-2/> (дата обращения 27 февраля 2024 г.).

²³ CdC, 1 civ., 13.06.2006, pourvoi n° 02-44.718, Nejla X c. Soc. Naarmann & Reimer. [Электронный ресурс]. – URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007056062> (дата обращения: 27 февраля 2024 г.).

²⁴ L'Oréal SA; Lancôme Parfums et Beauté & CIE; Laboratoire Garnier & CIE v Bellure NV; North West Cosmetics Ltd., HMC Cosmetics Ltd; Malaika Investments Ltd., Sveonmakeup.co.uk; Starion International Ltd. [2006] EWHC 2355 (Ch).

²⁵ *Smartt Ursula.* Media and entertainment law / Ursula Smartt. – First edition. – 2011. [Электронный ресурс]. – URL: https://books.google.fr/books?id=qCLR5fyc7NOC&pg=PA341&lpg=PA341&dq=L%27Or%C3%A9al%20vs%20Bellure%202006%20%D0%B3.&source=bl&ots=7J0Isq6MDH&sig=ACfU3U0lweJHFEJa3SuucN_Zb_KTgSsttQ&hl=ru&sa=X&ved=2ahUKEwJXicjhmaCBAXUpVqQEHXNDK04ChDoAXoECAkQAw#v=onepage&q=L'Or%C3%A9al%20vs%20Bellure%202006%20%D0%B3.&f=false (дата обращения: 27 февраля 2024 г.).

²⁶ HR, June 16, 2006, L'Oréal SA v Kecofa. [Электронный ресурс]. – URL: <https://www.dekuzu.com/dl/docs/ECLI-NL-HR-2006-AU8940.pdf> (дата обращения: 27 февраля 2024 г.).

такое может быть в случае, если отличаются растворители, но не отличаются вещества, которые «отвечают» за запах – пояснение добавлено авторами), могут свидетельствовать о нарушении авторских прав, в то время как духи с одинаковой рецептурой, но разными ароматами (а такое возможно, если те же компоненты используются в разных пропорциях или если используются эфирные масла с одинаковым названием, но из разных регионов – пояснение добавлено авторами), не будут свидетельствовать о нарушении авторских прав;

– требование оригинальности означает, что духи, которые в точности воспроизводят, например, аромат роз, не могут быть защищены авторским правом. Считается, что парфюмер должен добавить свой личный штрих и творческие способности.

Судебной практики, как в России, так и в иностранных юрисдикциях, по данному вопросу, однако, крайне мало. Мы предполагаем, что не отсутствие актуальности проблемы копирования ароматов, а именно правовая неопределенность в отношении того, будет ли аромат признан охраноспособным объектом с точки зрения авторского права, и останавливает компании от обращения в суд. Такая правовая неопределенность и обуславливает небольшое количество судебных решений по данному вопросу.

3. Особенности, которые судам необходимо учесть при рассмотрении дел о нарушении прав на аромат в качестве произведения авторского права

Как мы указывали, на наш взгляд, нет препятствий для отнесения парфюма к объектам авторского права в соответствии с российским законодательством.

Тем не менее важно понимать, что судам при рассмотрении дел о защите исключительных авторских прав на парфюм важно учитывать следующее.

Во-первых, сложной задачей является правильное определение самого объекта охраны. Для того чтобы защищать право на аромат или распоряжаться правом на аромат (отчуждать право или передавать право использования аромата по лицензионному договору), необходимо аромат идентифицировать. Для этого, на наш взгляд, необхо-

димо представить, например, суду в случае спора, формулу аромата (которая обычно указывается как совокупность названий веществ и их процентного соотношения) и сам флакончик с парфюмом. Касательно спорного аромата ответчика полагаем, что истец может предоставить в материалы судебного дела сам флакончик с субстанцией (так как формулу ему достать может быть сложно), а уже специалист в рамках экспертизы расшифрует формулу с помощью специального лабораторного оборудования, чтобы потом иметь возможность эти формулы сравнить.

Во-вторых, в делах о нарушении авторских прав на аромат путем его переработки достаточно сложно определить пределы и объемы переработки первоначального аромата, особенно судье, не имеющему специальных знаний в данной области. Однако эта проблема характерна не только для парфюмов, но и для классических произведений искусства, таких как живопись или кино. С учетом специфики парфюма в неоднозначных случаях судам придется прибегать к экспертному исследованию, чтобы определить, имела ли место переработка. Эксперт, парфюмерный химик, парфюмер или парфюмерная лаборатория, в свою очередь, смогут определить с помощью специализированного оборудования формулы сравниваемых ароматов (пусть и, возможно, с некоторой долей погрешности касательно процентного соотношения ингредиентов) и решить, является ли произведение ответчика производным от произведения истца или оно создано независимо (например, под влиянием общих тенденций, трендов и моды на определенные запахи).

В-третьих, важно понимать, что не все способы свободного использования, указанные в ст. 1274 ГК РФ, применимы к аромату. Например, в виду особенностей своей формы недопустимо цитировать аромат, поскольку исполнить требования об указании автора и источника заимствования будет затруднительно, а объем цитирования в таком случае практически всегда будет соответствовать самому объекту охраны.

В-четвертых, случаи свободного использования парфюмерного произведения в личных целях должны пониматься несколько шире, чем это установлено в ст. 1273 ГК РФ, поскольку использованный человеком аромат, который он наносит на

тело и одежду в личных целях, может восприниматься публикой при посещении какого-либо общественного заведения.

В данной связи высказываются опасения, что при предоставлении авторско-правовых механизмов защиты парфюма парфюмерные компании могут злоупотреблять своими правами, и использование парфюма даже покупателями должно будет сопровождаться приобретением соответствующей лицензии²⁷. По нашему мнению, такие опасения напрасны, поскольку использование парфюма покупателями должно рассматриваться в качестве случая свободного использования в личных целях²⁸.

При этом на практике возможны и злоупотребления данным исключением со стороны, например, магазинов, которые могут использовать популярные ароматы парфюмов для привлечения покупателей и оправдывать это использованием парфюма в личных целях работниками магазина. Суды в подобных ситуациях, полагаем, должны обращать внимание на конкретные обстоятельства, выявлять цели использования и объем использования, который применительно к использованию парфюма может выражаться в интенсивности и стойкости запаха, и распространении запаха на значительную часть магазина.

В-пятых, при нарушении исключительного права на аромат невозможно определять размер компенсации, исходя из двукратной стоимости контрафактных экземпляров (п. 2 ст. 1301 ГК РФ), поскольку самостоятельного «экземпляра» аромата, выраженного на материальном носителе, не существует. Данная норма применима только к объектам, выраженным в материальной форме. Сам флакон парфюма при заимствовании аромата

может быть оригинальным и не признаваться контрафактным. В данном случае нарушающим должен признаваться сам аромат, и компенсация за нарушение исключительного права может рассчитываться исходя из установленной законом компенсации в твердом размере (до 5 миллионов рублей) или в размере двукратной стоимости права использования произведения.

Вывод

Предоставление авторско-правовой охраны парфюму позволит не только препятствовать копированию и имитациям, но и даст возможность распоряжаться правом на созданный объект в течение всей жизни автора и семидесяти лет после смерти автора в соответствии со ст. 1281 ГК РФ. В данном случае не требуется изменения существующего законодательства, а достаточно либо разъяснения судов высших инстанций, либо просто соответствующей позиции судов, рассматривающих споры по существу, при разрешении конкретных спорных ситуаций.

По нашему мнению, предоставление авторско-правовой охраны парфюму будет стимулировать развитие рынка парфюмерии и обеспечит возможность эффективной защиты прав парфюмеров и парфюмерных компаний. Авторское право имеет долгий срок охраны, не требует соблюдения формальностей для ее предоставления, а также обеспечивает защиту от искажения (право на неприкосновенность). В свою очередь, парфюмерные компании не смогут злоупотреблять исключительным правом на аромат парфюма, поскольку законодательством предусмотрены способы свободного использования произведения, например, в личных целях, которые должны применяться в таких случаях.

Список литературы:

1. Бахтиозина А.Т., Белозерова Е.О. Дело пахнет судом: можно ли защитить аромат? URL: <https://fashion-law.ru/post/delo-pahnet-sudom> (дата обращения: 26 февраля 2024 г.).
2. Близнац И.А., Витко В.С. Страсти по материальности нематериальной сущности // Юрист. 2023. № 9. С. 41–45.

²⁷ Copyright in the Courts: Perfume as Artistic Expression? [Электронный ресурс]. – URL: https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2006/05/article_0001.html (дата обращения: 27 февраля 2024 г.).

²⁸ Там же.

3. *Витко В.С.* Понятие формы произведения в авторском праве. М.: Статут, 2020. 268 с.
4. *Гаврилов Э.П.* Об объекте авторского права // Патенты и лицензии. 2022. N 2. С. 33–36.
5. *Галкин Н.* Аромат – объект авторского права или патентного? [Электронный ресурс] URL: <https://www.advgazeta.ru/mneniya/aromat-obekt-avtorskogo-prava-ili-patentnogo/> (дата обращения: 27 февраля 2024 г.).
6. *Зенин И.А.* Творческий труд как правовая категория // Гражданское право: современные проблемы науки, законодательства, практики: Сборник статей к юбилею доктора юридических наук, профессора Евгения Алексеевича Суханова. М.: Статут, 2018. С. 254.
7. Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации (постатейный) [Текст] / [Алексеева О.Л., Борминская Д.С., Горленко С.А. и др.]; ответственный редактор Павлова Е.А.; Исследовательский центр частного права имени С.С. Алексеева при Президенте Российской Федерации. – Москва: ИЦЧП им. С.С. Алексеева при Президенте РФ, 2018. – 927 с.
8. *Корчагина Н.П., Моргунова Е.А., Погуляев В.В.* Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации (постатейный) / Под ред. В.В. Погуляева. М.: Юстицинформ, 2008. 640 с.
9. *Косицкий А.О.* Творчество как критерий охраноспособности объектов авторских прав: самостоятельное создание и творческий характер. Уровень творческого характера. [Электронный ресурс]. – URL: <http://ipcmagazine.ru/asp/creativity-as-a-criterion-for-protection-of-copyrighted-objects-independent-creation-and-creative-character> (дата обращения: 27 февраля 2024 г.).
10. *Максимов В.А.* Условия охраноспособности произведений в авторском праве // Ленинградский юридический журнал. 2017. N 3. С. 85–90.
11. *Матвеев А.Г., Синельникова В.Н.* Объекты интеллектуальной собственности, получающие охрану в XXI веке // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2019. N 2. С. 281–309.
12. Право интеллектуальной собственности: Учебник / *Е.С. Гринь, В.О. Калятин, С.В. Михайлов и др.*; под общ. ред. *Л.А. Новоселовой*. М.: Статут, 2017. Т. 2: Авторское право. 367 с.
13. *Серебровский В.И.* Вопросы советского авторского права. М., 1956.
14. *Шершеневич Г.Ф.* Авторское право на литературные произведения. Казань, 1891. С. 159.
15. *Field, Thomas G.* Copyright Protection for Perfumes (November 6, 2004). IDEA: The Journal of Law and Technology, Vol. 45, p. 19, 2004, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=573881> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.573881>
16. *Calleja L.* Why Copyright Law Lacks Taste and Scents. Journal of Intellectual Property Law by an authorized administrator of Digital Commons. 2013. N 2. P. 3–32.
17. *Smartt Ursula.* Media and entertainment law / Ursula Smartt. – First edition. – 2011. [Электронный ресурс]. – URL: https://books.google.fr/books?id=qCLR5fyc7N0C&pg=PA341&lpg=PA341&dq=L%27Or%C3%A9al+vs+Bellure+2006+%D0%B3.&source=bl&ots=7J0lsq6MDH&sig=ACfU3U0lwejHFEJa3SuucN_Zb_KTgSstwQ&hl=ru&sa=X&ved=2ahUKEwjXicjhmaCBAXUpVqQEhXHNDK04ChDoAXoECAkQAw#v=onepage&q=L'Or%C3%A9al%20vs%20Bellure%202006%20%D0%B3.&f=false (дата обращения: 27 февраля 2024 г.).
18. Perfume as an Artistic Expression: Scope of Intellectual Property Rights in Perfume. [Электронный ресурс]. – URL: <https://fashionlawjournal.com/perfume-as-an-artistic-expression-scope-of-intellectual-property-rights-in-perfume/> (дата обращения: 27 февраля 2024 г.).
19. *Quaedvlieg A.* Copyright and perfume: nose, intellect and industry. [Электронный ресурс]. – URL: https://klos.nl/wp-content/uploads/2017/07/Quaedvlieg_Copyright_and_Perfume.pdf (дата обращения: 27 февраля 2024 г.).

Научная статья
УДК 347.772

Для цитирования:

Калужский В.В. Аббревиатуры и сочетание букв: возможности регистрации в качестве товарных знаков с учетом актуальной судебной практики // Журнал Суда по интеллектуальным правам. Июнь 2024. N 2 (44). С. 205–213.

DOI: 10.58741/23134852_2024_2_12

Kaluzhsky V.V. Abbreviations and combination of letters: possibilities of registration as trademarks taking into account current court practice // Zhurnal Suda po intellektual'nym pravam. June 2024. N 2 (44). Pp. 205–213. (In Russ.).

DOI: 10.58741/23134852_2024_2_12

DOI: 10.58741/23134852_2024_2_12

Аббревиатуры и сочетание букв: возможности регистрации в качестве товарных знаков с учетом актуальной судебной практики



В.В. Калужский,

аспирант Санкт-Петербургского государственного экономического университета,
юрист практики интеллектуальной собственности CLS,
г. Санкт-Петербург, Россия

По данным Роспатента, по сравнению с 2022-м годом прирост количества поданных заявок за 11 месяцев 2023 г. составил 38%. На регистрацию в качестве товарных знаков заявляются в том числе и аббревиатуры, однако практика предоставления правовой охраны такой категории обозначений неоднородна. В статье рассматриваются правовое регулирование и правовые позиции Роспатента, Суда по интеллектуальным правам, ведомств по интеллектуальной собственности США и ЕС по вопросам регистрации аббревиатур в качестве товарных знаков, в том числе отличия аббревиатур от сочетания букв. При помощи анализа, синтеза и сравнения в статье формулируются условия, при которых возможна регистрация аббревиатур в качестве товарных знаков. Делается вывод, что регистрация возможна при восприятии обозначения в качестве аббревиатуры потребителями заявляемых товаров или услуг, и что такое восприятие является элементом первоначальной, а не приобретенной различительной способности. В связи с этим при доказывании данного обстоятельства не должны применяться подходы, используемые для определения у обозначения приобретенной различительной способности. Предлагается закрепить указанные правовые позиции на уровне обзора судебной практики или информационной справки Суда по интеллектуальным правам.

Ключевые слова:

аббревиатура; обзор практики; правовая охрана; различительная способность; Роспатент; Суд по интеллектуальным правам; товарный знак.

Аббревиатуры давно вошли в лексикон современного человека: большинству людей знакомы самолеты ТУ, или то, что компания РЖД оказывает услуги по перевозке железнодорожным транспортом.

С учетом этого неудивительно, что предприниматели не только используют аббревиатуры, но и ожидают, что аббревиатуры могут получить правовую охрану в качестве товарных знаков.

Тем не менее в случае включения аббревиатуры в заявку на регистрацию товарных знаков, Федеральная служба по интеллектуальной собственности (далее – «Роспатент») часто отказывает в регистрации товарного знака, ссылаясь на отсутствие у обозначения различительной способности.

В данной статье будут выявлены основные проблемы, связанные с регистрацией аббревиатур в качестве товарных знаков в России, проведен сравнительный анализ с процессами регистрации аббревиатур в США и ЕС, а также представлены основные правовые позиции Роспатента по данному вопросу, в результате чего будут предложены рекомендации по изменению подходов к регистрации аббревиатуры в качестве товарного знака.

1. Правовое регулирование процесса регистрации аббревиатур в качестве товарных знаков в Российской Федерации

Перед анализом судебной практики и выявлением основных проблем, возникающих в ходе регистрации аббревиатур в качестве товарных знаков, видится необходимым предоставить краткий обзор правовых норм, регулирующих вопросы регистрации обозначений в качестве товарных знаков.

Пункт 1 ст. 1483 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – «ГК РФ»), содержит два отдельных основания для отказа в предоставлении обозначению правовой охраны: не допускается регистрация в качестве товарных знаков обозначений, которые либо (а) не обладают различительной способностью, либо (б) состоят толь-

ко из элементов, указанных в подп. 1–4 указанного пункта (например, общепринятые термины и символы, характеризующие форму или назначение товаров и т.п.).

Указанное выделение двух отдельных оснований прослеживается и в Руководстве по осуществлению административных процедур и действий в рамках предоставления государственной услуги по государственной регистрации товарного знака (далее – «Руководство»):¹ п. 2.1 Руководства посвящен обозначениям, не обладающим различительной способностью, а п. 2.2–2.5 – обозначениям, содержащим элементы, указанные в подп. 1–4 п. 1 ст. 1483 ГК РФ.

При этом непосредственно к сочетаниям букв относятся подп. 2.1.2 и 2.1.9 Руководства. Как следует из этих пунктов, не обладают различительной способностью сочетания букв, не имеющие словесного характера (или не воспринимаемые как слово) и характерного графического исполнения (например, обозначение «PMD» по заявке № 2012723540), или же общепринятые сокращенные наименования организаций, предприятий, отраслей и их аббревиатуры (пищепром, легпром, НПО, КБ, НКО), в том числе общепринятые сокращения (аббревиатуры) указаний организационно-правовой формы юридических лиц (ОАО, ООО, Ltd, GmbH).

Таким образом, при толковании указанных пунктов должно следовать, что обозначение, являющееся сочетанием букв, может быть зарегистрировано в качестве товарного знака, если оно воспринимается как слово и при этом не является общепринятой аббревиатурой, относящейся к определенной отрасли или указывающей на организационно-правовую форму.

2. Основные правовые позиции Роспатента и Суда по интеллектуальным правам, применимые при регистрации аббревиатур в качестве товарных знаков

Из анализа практики рассмотрения Роспатентом возражений, связанных с регистрацией

¹ Руководство 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, утвержденное Приказом ФГБУ ФИПС от 20 января 2020 г. № 12 // [Электронный ресурс] URL: <https://rospatent.gov.ru/ru/documents/rucov-tz/download> (дата обращения: 25 февраля 2024 г.).

аббревиатур в качестве товарных знаков, видно, что в большинстве случаев Роспатент не считает, что сочетание букв, особенно согласных, может восприниматься как слово. В качестве аргументации Роспатент ссылается на справочные источники, например, Большой Энциклопедический Словарь, где указывается, что слово – это «одна из основных единиц языка, служащая для именованя предметов, лиц, процессов, свойств»².

Также в ряде Заключений Палаты по патентным спорам указывается, что признаками слова являются «определенная фонетическая оформленность, ударение; материальность (звучание и буквенное отображение); воспроизводимость (готовая единица речи); номинативная функция (способность называть); информативность; лексическое и грамматическое значение; лексико-грамматическая принадлежность (часть речи); синтаксическая самостоятельность (способность употребляться в качестве высказывания); валентность (свободная и ограниченная сочетаемость); определенное морфемное строение»³. Стоит отметить, что источником указанных признаков является сайт в Интернете⁴, о котором заявитель может и не знать во время создания своего будущего обозначения.

Более того, несмотря на отсылку к этим критериям, Роспатент чаще всего не использует их для анализа заявляемого обозначения, а просто констатирует, что заявляемое обозначение не является словом.

Помимо этого стоит отметить, что для подтверждения своей позиции о возможности или невозможности регистрации обозначения в качестве товарного знака Роспатент ссылается на анализ словарно-справочных источников информации. Например, такой анализ был использован при оценке правомер-

ности предоставления правовой охраны комбинированному обозначению, в состав которого был включен словесный элемент «ОКЛ-ПР»: анализ показал «отсутствие такой лексической единицы, как слово “ОКЛ-ПР”, что свидетельствует о фантазийном характере этого словесного элемента»⁵.

При этом, если попытаться проанализировать обозначение «ОКЛ-ПР» по данным критериям, то соответствие данного обозначения, как минимум, критериям материальности, воспроизводимости, информативности является сомнительным.

С учетом этого избирательная практика применения различных источников для оценки наличия у обозначения различительной способности создает правовую неопределенность, когда в отсутствие четких и прозрачных критериев оценки одни аббревиатуры могут быть защищены в качестве товарных знаков, а другие – нет.

Рассматривая сложившуюся проблему регистрации аббревиатур в качестве товарных знаков, следует обратить внимание на сложившиеся и устоявшиеся подходы к применению п. 1 ст. 1483 ГК РФ.

Так, пункт 1.2 Информационной справки Суда по интеллектуальным правам по вопросам применения положений п. 1 и 3 ст. 1483 ГК РФ указывает на то, что при рассмотрении дел об оспаривании решений Роспатента, принятых на основании пункта 1 статьи 1483 ГК РФ, учитываются имеющиеся или вероятные ассоциации, возникающие у потребителей в связи со спорным обозначением, исходя из имеющихся в материалах дела доказательств, а указанные доказательства относимы, если на основании их можно установить имеющиеся или вероятные ассоциативные связи именно той группы потребителей, которым адре-

² Заключение Палаты по патентным спорам от 11 апреля 2022 г. (Приложение к решению Роспатента от 03 июня 2022 г. по заявке № 2021757693) // [Электронный ресурс] URL: <https://www1.fips.ru/ofpstorage/Doc/PPS/2022/04.06.2022/2022%D0%9200202.pdf> (дата обращения: 26 февраля 2024 г.).

³ Там же.

⁴ Слово – это... Что такое слово? // [Электронный ресурс] URL: <https://russkiiyazyk.ru/leksika/chto-takoe-slovo.html> (дата обращения: 26 февраля 2024 г.).

⁵ Заключение Палаты по патентным спорам от 26 апреля 2023 г. (Приложение к решению Роспатента от 15 июля 2023 г. по заявке № 2019764305) // [Электронный ресурс] URL: <https://www1.fips.ru/ofpstorage/Doc/PPS/2023/16.06.2023/2023%D0%9200192.pdf> (дата обращения: 26 февраля 2024 г.).

сованы товары, указанные в заявке на регистрацию товарного знака⁶.

С учетом данной правовой позиции Суда по интеллектуальным правам, Большой Энциклопедический Словарь, а также иные словарно-справочные источники информации и источники из Интернета могут быть относимыми доказательствами для подтверждения наличия у обозначения различительной способности только в том случае, если они отражают имеющиеся или вероятные ассоциативные связи именно группы потребителей, которым адресованы товары.

Указанная позиция также раскрывается в дальнейших Постановлениях Президиума Суда по интеллектуальным правам: в частности, отмечается, что для того, чтобы признать конкретное буквосочетание именно аббревиатурой, должно быть доказано, что оно воспринимается потребителями конкретного товара как слово, имеющее конкретное значение⁷.

В этой связи также примечательны правовые позиции Суда по интеллектуальным правам, отраженные в решении от 1 марта 2022 г. по делу № СИП-1181/2021. В указанном деле Суд рассматривал правомерность отказа в регистрации обозначения «CLS», которое, по мнению заявителя, в соответствии с правилами произношения букв английского алфавита включало как гласные, так и согласные звуки, в связи с чем является словом. Более того, предоставленные заявителем доказательства подтверждают восприятие обозначения потребителями заявленных услуг в качестве аббревиатуры от фирменного наименования заявителя на английском языке, а также наличие у заявителя исключительных прав на товарные знаки, в которых спорное обозначение является охраняемым элементом.

Тем не менее Роспатент отклонил указанные доводы заявителя, а предоставленные доказательства оценил на предмет подтверждения ими приобретения обозначением различительной способности в связи с его использованием.

Рассматривая дело, Суд по интеллектуальным правам указал, что восприятие обозначения адресной группой потребителей как аббревиатуры, имеющей конкретное значение, является элементом изначальной различительной способности. В связи с этим доказательства, предоставляемые заявителем, должны оцениваться именно на предмет наличия сведений о таком восприятии, то есть к ним не должны применяться подходы, используемые для определения у обозначения приобретенной различительной способности.

Таким образом, для успешной регистрации аббревиатуры в качестве товарного знака заявитель перед подачей заявки должен собрать доказательства, подтверждающие, что предложенное им обозначение воспринимается адресной группой потребителей как аббревиатура, которая имеет конкретное значение.

Другими словами, основная проблема с регистрацией аббревиатур в качестве товарных знаков заключается в том, что несмотря на восприятие указанных обозначений адресной группой потребителей именно в качестве аббревиатур, Роспатент не воспринимает указанную информацию к сведению и исходит из того, что обозначение в принципе не обладает различительной способностью, в связи с чем для его регистрации заявитель должен предоставить доказательства, подтверждающие приобретение обозначением различительной способности в связи с его использованием.

⁶ Информационная справка, подготовленная по результатам анализа и обобщения судебной практики Суда по интеллектуальным правам в качестве Суда первой и кассационной инстанций с учетом практики Верховного Суда Российской Федерации по вопросам, возникающим при применении положений пунктов 1 и 3 статьи 1483 Гражданского кодекса Российской Федерации. Утверждена постановлением президиума Суда по интеллектуальным правам от 05 апреля 2017 г. № СП-23/10 по результатам обсуждения с участием членов Научно-консультативного совета при Суда по интеллектуальным правам // [Электронный ресурс] URL: <http://ipcmagazine.ru/official-cronicle/information-sheet-in-application-of-the-provisions-of-paragraphs-1-and-3-of-article-1483-of-the-civil-code-of-the-russian-federation> (дата обращения: 26 февраля 2024 г.).

⁷ См., например: Постановление Президиума Суда по интеллектуальным правам от 25 марта 2019 г. № C01-147/2019 по делу № СИП-453/2018, Постановление Президиума Суда по интеллектуальным правам от 06 июля 2022 г. № C01-621/2022 по делу № СИП-1003/2021.

3. Подходы к регистрации аббревиатур в качестве товарных знаков в России и других юрисдикциях

3.1. Россия

С учетом такой проблематики необходимо рассмотреть примеры отказов в регистрации обозначений по вышеуказанным обстоятельствам. В этой связи особо примечательными являются дела, связанные с регистрацией названий, связанных с псевдонимами артистов и названиями творческих коллективов.

Например, при рассмотрении возражения на отказ в регистрации товарного знака по заявке № 2021706657 «СБПЧ» Палата по патентным спорам, несмотря на указание заявителя на то, что обозначение является аббревиатурой от названия музыкального коллектива «Самое Большое Простое Число», не исследовал предоставленные заявителем доказательства для определения, воспринимает ли потребитель заявленных товаров 25 и услуг 41 класса МКТУ это буквосочетание как аббревиатуру. Указанные доказательства оценивались Роспатентом на предмет того, подтверждают ли они приобретение обозначением различной способности в ходе его использования по п. 1.1. ст. 1483 ГК РФ.

С учетом применения указанной нормы Роспатент исследовал предоставленные доказательства на предмет наличия в них сведений об объемах производства и продаж товаров, маркированных этим обозначением, объемах затрат на рекламу товаров (услуг), сведения о степени информированности потребителей о спорном обозначении и производстве маркированных им товаров (услуг), а не сведений о том, что заявленное обозначение воспринимается в качестве аббревиатуры⁸.

В то же время предоставленные заявителем доказательства ассоциации аббревиатуры

«СБПЧ» со словосочетанием «Самое Большое Простое Число», известным названием музыкальной группы, были критически оценены Роспатентом: в частности, предоставленные данные о роликах на YouTube не представляли возможным «установить подлинность этих просмотров на дату приоритета заявленного обозначения», а изображения билетов и афиш с использованием обозначения «не свидетельствуют о том, что указанные на этих изображениях соответствующие мероприятия состоялись, не отражают количество лиц, их посетивших».

В свою очередь использование аббревиатуры совместно с расшифровкой, наоборот, становилось основанием для отклонения Роспатентом доказательств, содержащих сведения о таком использовании.

Похожий подход был применен Роспатентом при рассмотрении возражения на отказ в регистрации обозначения «СНВТКВ», являющегося сокращением фамилии артиста Евгения Чебаткова⁹. Примечательно, что на этапе экспертизы было направлено уведомление о невозможности регистрации обозначения на основании п. 3 ст. 1483 ГК РФ (изначальным заявителем был не Евгений Чебатков, а другое лицо). После изменения данных о заявителе по заявке все равно был вынесен отказ в регистрации на основании п. 1 ст. 1483 ГК РФ.

В рамках рассмотрения возражения в Палате по патентным спорам Роспатент указал на то, что «обозначение “СНВТКВ” имеет словесный характер, воспринимается как сокращение фамилии известного артиста», но тем не менее представляет «простые согласные буквы “СНВТКВ”, которые не имеют ни словесного характера, ни характерного графического исполнения, поэтому являются неохраняемыми»¹⁰.

Другими словами, несмотря на предоставленные заявителем доказательства того, что обозна-

⁸ Заключение Палаты по патентным спорам от 29 августа 2022 г. (Приложение к решению Роспатента от 05 октября 2022 г. по заявке № 2021706657) // [Электронный ресурс] URL: <https://www1.fips.ru/ofpstorage/Doc/PPS/2022/06.10.2022/2022%D0%9201211.pdf> (дата обращения: 26 февраля 2024 г.).

⁹ Заключение Палаты по патентным спорам от 17 июля 2023 г. (Приложение к решению Роспатента от 15 сентября 2023 г. по заявке № 2022730590/33) // [Электронный ресурс] URL: <https://www1.fips.ru/ofpstorage/Doc/PPS/2023/16.09.2023/2023%D0%9201443.pdf> (дата обращения: 26 февраля 2024 г.).

¹⁰ Заключение Палаты по патентным спорам от 17 июля 2023 г. (Приложение к решению Роспатента от 15 сентября 2023 г. по заявке № 2022730590/33) // [Электронный ресурс] URL: <https://www1.fips.ru/ofpstorage/Doc/PPS/2023/16.09.2023/2023%D0%9201443.pdf> (дата обращения: 26 февраля 2024 г.).

чение «СНВТКВ» воспринимается потребителями именно как его фамилия без гласных букв, Роспатент также оценивал указанные доказательства на предмет того, подтверждают ли они приобретение обозначением различительной способности в связи с его использованием (например, количество билетов, приобретенных на концерты заявителя).

Таким образом, указанные решения Роспатента подтверждают, что несмотря на наличие информации о том, что указанные обозначения являются аббревиатурами (в частности, в случае с «СБПЧ» такая информация есть в онлайн-словаре сокращений¹¹, а в случае с «СНВТКВ» – подтверждается самим Роспатентом), Роспатент рассматривал указанные обозначения в отрыве от того, что они являются аббревиатурами, и не исследовал ассоциации потребителей соответствующих товаров или услуг, которые возникают при восприятии указанных обозначений.

3.2. США

Рассматривая подходы к определению различительной способности обозначений в США, следует отметить, что в этой стране имеется развернутая классификация различительной способности товарных знаков, которая позволяет ранжировать обозначения по степени их различительной способности и делит обозначения на вымышленные, отвлеченные, намекающие и описательные¹².

Как справедливо отмечает С. Айрапетов, принципы предлагаемой классификации не явля-

ются новинкой для отечественного права, однако позволяют упростить структурирование товарных знаков по их различительной способности и взглянуть на всю картину целиком¹³.

Однако в судебном решении *Abercrombie & Fitch Company v. Hunting World, Incorporated*, упоминаемом С. Айрапетовым¹⁴, отмечается, что линия разделения между перечисленными категориями не всегда ярка, и это дополнительно усугубляется тем, что один и тот же термин, употребляемый в отношении одной и той же категории товара, может иметь разное значение для разных категорий потребителей¹⁵.

Более того, комментируя указанное судебное решение, некоторые исследователи отмечают, что такой категориальный подход будет сложнее применять при оценке изобразительных и комбинированных обозначений, например, упаковки товара, поскольку в таких обозначениях чаще всего нет словесных элементов, у которых может быть какое-либо значение¹⁶.

Несмотря на указанные сложности, вышеуказанная классификация применяется при рассмотрении заявок на регистрацию товарных знаков в Ведомстве по патентам и товарным знакам США (USPTO) и оспаривании принятых регистрационным органом решений в Судебно-апелляционном совете по товарным знакам (TTAB).

В этой связи показательным является решение TTAB касательно заявки на регистрацию товарного знака № 86423482 «PPL»¹⁷ в отношении

¹¹ Значение аббревиатуры СБПЧ // [Электронный ресурс] URL: <https://xn---7sbbfsshef0aedydgg4lyb.xn--p1ai/a/%D1%81%D0%B1%D0%BF%D1%87> (дата обращения: 26 февраля 2024 г.).

¹² Айрапетов С. Классификация различительной способности товарных знаков // [Электронный ресурс] Закон.ру 2021. 8 января. URL: https://zakon.ru/blog/2021/01/08/klassifikaciya_razlichitelnoj_sposobnosti_oboznachenij_registriruemyh_v_kachestve_tovarnyh_znakov (дата обращения: 26 февраля 2024 г.).

¹³ Айрапетов С. Классификация различительной способности товарных знаков // [Электронный ресурс] Закон.ру 2021. 8 января. URL: https://zakon.ru/blog/2021/01/08/klassifikaciya_razlichitelnoj_sposobnosti_oboznachenij_registriruemyh_v_kachestve_tovarnyh_znakov (дата обращения: 26 февраля 2024 г.).

¹⁴ *Abercrombie & Fitch Company v. Hunting World, Incorporated*, 537 F.2d 4 (2d Cir. 1976) // [Электронный ресурс] URL: <https://www.courtlistener.com/opinion/336319/abercrombie-fitch-company-v-hunting-world-incorporated/> (дата обращения: 26 февраля 2024 г.).

¹⁵ В этой части судьи ссылаются на решение *Bayer Co. v. United Drug Co.*, 272 F. 505 (S.D.N.Y.1921) (<https://cyber.harvard.edu/metaschool/fisher/domain/tmcases/bayer.htm>), в рамках которого стало понятно, что слово «аспирин» имеет два значения: для химиков и фармацевтов указанное слово означало порошок ацетилсалициловой кислоты, производимой компанией Bayer, в то время как для потребителей слово «аспирин» означало название конкретного препарата, не имеющего связь с компанией Bayer.

¹⁶ *McKenna, Mark P.* Teaching Trademark Theory Through the Lens of Distinctiveness, 52 St. Louis U. L.J. (2008). // [Электронный ресурс] URL: <https://scholarship.law.slu.edu/lj/vol52/iss3/11> (дата обращения: 26 февраля 2024 г.).

¹⁷ U.S. TRADEMARK APPLICATION NO. 86423483 – PPL – TM2725US35 // [Электронный ресурс] URL: <https://tsdr.uspto.gov/docuviewer?caseId=sn86423483&docId=ROA20160927172957&linkId=5#docIndex=2&page=1> (дата обращения: 26 февраля 2024 г.).

услуг 35 класса МКТУ, связанных с бизнес-администрированием услуг по планам юридических расходов.

Несмотря на то что заявитель не указывал, что обозначение является аббревиатурой, эксперт, рассматривающий заявку, после изучения источников в Интернете, а также того, как именно потребители услуг 35 класса МКТУ используют аббревиатуру «PPL», установил, что она может быть расшифрована как «pre-paid legal» (предоплаченные юридические услуги), и в связи с этим указывать на услуги, в отношении которых заявлен товарный знак, недопустимо.

Примечательно, что для ответа на вопрос, является ли обозначение исключительно описательным (merely descriptive), эксперт применил тест, состоящий из трех вопросов:

- является ли заявленное обозначение аббревиатурой, имеющую конкретную расшифровку;
- является ли указанная конкретная расшифровка простым описанием заявленных товаров или услуг;
- могут ли соответствующие потребители расшифровать аббревиатуру вышеуказанным образом.

При рассмотрении обозначения ТТАВ наиболее важным стал последний вопрос, поскольку заявитель указывал на то, что аббревиатура «PPL» имеет несколько значений, в связи с чем соответствующие потребители не будут относить аббревиатуру «PPL» к «предоплаченным юридическим услугам».

Тем не менее ТТАВ не согласилась с таким выводом и отметила, что обозначение должно рассматриваться ими «в отношении заявленных услуг, а не в вакууме». С учетом того, что в перечне услуг упоминалась «организация и проведение программ поощрения и вознаграждения для стимулирования продаж предоплаченных планов юридических расходов», ТТАВ посчитал заявленное обозначение описательным и подтвердила правомерность отказа в регистрации данного товарного знака.

Указанное дело показательным тем, что USPTO не ограничилась формальным отказом в регистрации из-за отсутствия у аббревиатуры словесного характера, а смогла расшифровать ее, исследовать значение и принять решение, исходя из данного значения.

Примечательным является то, что после отказа в регистрации обозначения «PPL» заявитель смог зарегистрировать комбинированное

обозначение «» в отношении услуг

36, 42 и 45 классов МКТУ¹⁸. Несмотря на то что заявитель не указывал, какое значение он вкладывает в словесный элемент «PPLSI», можно предположить, что с большой долей вероятности эта аббревиатура является сокращенной версией фирменного наименования заявителя «Pre-Paid Legal Services, Inc.».

Таким образом, указанное дело показывает, что USPTO при рассмотрении спорных вопросов, связанных с регистрацией аббревиатур в качестве товарных знаков, прежде всего оценивает, воспринимают ли потенциальные потребители заявленных товаров или услуг указанное словосочетание в качестве аббревиатуры, а также то, имеет ли указанная аббревиатура определенное смысловое значение.

3.3. Европейский союз

Достаточно примечательным является подход, применяемый при регистрации аббревиатур в Ведомстве ЕС по интеллектуальной собственности (EUIPO)¹⁹.

Как и в случае с США, аббревиатура признается описательной и не может быть зарегистрирована в качестве товарного знака в том случае, если она составлена из слов, являющихся описательными в отношении заявляемых товаров или услуг, и соответствующие потребители признают аббревиатуру идентичной полным описательным словам.

¹⁸ Trademark Status & Document Retrieval // [Электронный ресурс] URL: https://tsdr.uspto.gov/#caseNumber=90798834&caseSearchType=US_APPLICATION&caseType=DEFAULT&searchType=statusSearch (дата обращения: 26 февраля 2024 г.).

¹⁹ EUIPO Guidelines // [Электронный ресурс] URL: <https://guidelines.euipo.europa.eu/2058843/2042622/trade-mark-guidelines/2-4-abbreviations-and-acronyms> (дата обращения: 26 февраля 2024 г.).

В качестве примера таких аббревиатур в руководстве по регистрации товарных знаков приводится товарный знак «LIMO», заявленный в отношении товаров 09, 10 и 11 классов МКТУ.

Рассмотрев указанную заявку, эксперт отказал в ее регистрации в отношении всех заявленных товаров, указав на то, что исходя из данных словаря сокращений, относящихся к электронике, аббревиатура «LIMO» расшифровывается как «laser intensity modulation» (модуляция интенсивности лазерного излучения)²⁰, в связи с чем является описательной для всех заявленных товаров.

В качестве контраргумента заявитель обращал внимание на то, что аббревиатура «LIMO» чаще всего определяется потребителями как сокращение от слов «лимузин» или «лимонад», а в словаре, на который ссылался эксперт, содержится аббревиатура «LIMOS», которая отличается от заявленного обозначения дополнительной буквой. Наконец, заявитель указывал, что аббревиатура «LIMO» является сокращением от его фирменного наименования – «Lissotschenko Mikrooptik GmbH».

Тем не менее данные аргументы не смогли убедить апелляционную комиссию, поскольку, во-первых, обозначение было заявлено в отношении товаров 09 и 10 классов МКТУ (а именно лазеров), в связи с чем маловероятно, что потребители таких товаров будут ассоциировать обозначение со словами «лимузин» или «лимонад». Во-вторых, отсутствие в обозначении буквы «S», расшифровывающейся в аббревиатуре как «система», не придает ее дополнительную различительную способность. В-третьих, то, что заявитель связал указанную аббревиатуру со своим фирменным наименованием, не является решающим фактором для определения наличия у обозначения различительной способности – наиболее важным является то, как обозначения воспринимается потребителем заявленных товаров²¹.

С учетом этого апелляционная комиссия подтвердила отказ в регистрации обозначения в отношении товаров 09 и 10 классов МКТУ, но разрешила

зарегистрировать его в отношении товаров 11 класса, поскольку они не были связаны с лазерами.

Учитывая такое решение, можно сделать вывод о том, что при рассмотрении буквосочетаний Европейское ведомство по интеллектуальной собственности также в первую очередь исходит из того, каким образом рядовой потребитель заявленных товаров или услуг будет воспринимать то или иное обозначение.

4. Выводы и рекомендации

Таким образом, рассмотрев подходы к регистрации аббревиатур в качестве товарных знаков в России, ЕС и США, следует отметить следующее ключевое отличие: в то время как Роспатент чаще всего исходит из отсутствия у аббревиатуры различительной способности из-за отсутствия каких-либо дополнительных графических или словесных элементов, при рассмотрении схожих заявок ведомствами по интеллектуальной собственности ЕС и США на первое место становится семантическое значение заявляемого обозначения для потребителей товаров или услуг, в отношении которых заявляется обозначение.

Другими словами, при рассмотрении обозначений в ЕС и США ведомства оценивают их именно с точки зрения потребителя конкретных товаров или услуг, при этом учитывая, что потребителями одних и тех же товаров и услуг могут быть разные категории лиц (например, обозначение «СБПЧ» может быть знакомо как любителям музыки, так и лицам, которые занимаются организацией мероприятий). Более того, для выяснения смысла обозначений ведомства используют специализированные источники информации, предназначенные для соответствующих потребителей (например, научные справочники).

С учетом этого, на наш взгляд, для обеспечения возможности регистрации аббревиатур в качестве товарных знаков в России следует рассмотреть возможность применения аналогичных подходов, особенно в тех случаях, когда заявитель прямо указывает, что обозначение является аббревиатурой (например, в заявочной документации или в ответе на запрос экспертизы), при этом предоставлен-

²⁰ Vitaly Lissotschenko and Joachim Hentze v European Union Intellectual Property Office // [Электронный ресурс]. URL: <https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?sessionid=178DAE240C6E27B2FC1D73F0A059A315?text=&docid=49432&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4201625> (дата обращения 26 февраля 2024 г.).

²¹ Там же.

ные доказательства подтверждают, что словосочетание воспринимается потребителями указанных услуг в качестве аббревиатуры.

При этом доказательства, в которых аббревиатура используется совместно с полной расшифровкой, должны быть применимыми для подтверждения указанного обстоятельства, как и, например, прямое указание расшифровки аббревиатуры в обозначение, как это было сделано, например,

в товарных знаках № 1423162 «»
или № 958906 «».

Таким образом, правовые позиции в отношении различительной способности аббревиатур уже сформированы Судом по интеллектуальным правам. С учетом этого представляется необходимым закрепить указанные позиции либо путем внесения изменений в Руководство по осуществлению административных процедур и действий в рамках предоставления государственной услуги по государственной регистрации товарного знака, либо, что более реалистично, на уровне обзора судебной практики или информационной справки Суда по интеллектуальным правам.

Список литературы:

1. *Айрапетов С.* Классификация различительной способности товарных знаков // [Электронный ресурс] Закон.ру 2021. 8 января. URL: https://zakon.ru/blog/2021/01/08/klassifikaciya_razlichitelnoj_sposobnosti_oboznachenij_registriruemyh_v_kachestve_tovarnyh_znakov (дата обращения: 26 февраля 2024 г.).
2. *McKenna, Mark P.* Teaching Trademark Theory Through the Lens of Distinctiveness, 52 St. Louis U. L.J. (2008). // [Электронный ресурс] URL: <https://scholarship.law.slu.edu/lj/vol52/iss3/11> (дата обращения: 26 февраля 2024 г.).

Научная статья
УДК 347.2

Для цитирования:

Радецкая М.В., Спиридонова Н.Б., Туркина А.Е. Некоторые аспекты зарубежного законодательства и судебной практики отдельных стран по вопросам соотношения режимов охраны географического указания и наименования места происхождения, а также иных средств индивидуализации сходного назначения, используемых в иностранных правовых порядках (часть 2) // Журнал Суда по интеллектуальным правам. Июнь 2024. № 2 (44). С. 214–234.

DOI: 10.58741/23134852_2024_2_13

Radetskaya M.V., Spiridonova N.B., Turkina A.E. Some aspects of foreign legislation and jurisprudence of certain countries on the correlation between the regimes of protection of geographical indication and appellation of origin, as well as other means of individualization of similar purpose used in foreign legal orders (part 2) // Zhurnal Suda po intellektual'nym pravam. June 2024. N 2 (44). Pp. 214–234. (In Russ.).

DOI: 10.58741/23134852_2024_2_13

DOI: 10.58741/23134852_2024_2_13

Некоторые аспекты зарубежного законодательства и судебной практики отдельных стран по вопросам соотношения режимов охраны географического указания и наименования места происхождения, а также иных средств индивидуализации сходного назначения, используемых в иностранных правовых порядках (часть 2)^{1,2}



М.В. Радецкая,
кандидат юридических наук,
ФГБНУ «Исследовательский центр
частного права имени С.С. Алексеева
при Президенте Российской Федерации»,
г. Москва, Россия



Н.Б. Спиридонова,
кандидат юридических наук,
ФГБНУ «Исследовательский центр
частного права имени С.С. Алексеева
при Президенте Российской Федерации»,
г. Москва, Россия



А.Е. Туркина,
магистр частного права,
ФГБНУ «Исследовательский центр
частного права имени С.С. Алексеева
при Президенте Российской Федерации»,
г. Москва, Россия

¹ Настоящее исследование подготовлено в рамках выполнения государственного задания, утвержденного федеральному государственному бюджетному научному учреждению «Исследовательский центр частного права имени С.С. Алексеева при Президенте Российской Федерации» (номер научно-исследовательской работы в ЕГИСУ НИОКТР 123021600224-7).

² Окончание статьи, опубликованной в Журнале Суда по интеллектуальным правам N 1 (43) 2024 г.

В настоящей статье авторами предпринята попытка проанализировать законодательство отдельных стран (ЕС, Германия, Индия, США, Сингапур, Китай, Бразилия, Австралия) на предмет выявления общих и специальных подходов к правовому регулированию географических указаний, наименований мест происхождения товаров, а также иных средств индивидуализации сходного назначения; проблем, связанных с применением существующего зарубежного законодательства. Актуальность исследования обусловлена дополнением в 2020 г. новым средством индивидуализации – географическими указаниями – в дополнение к уже существующим и охраняемым наименованиям мест происхождения товаров. Эта реформа не только поставила перед российским правом задачу выяснения соотношения двух названных институтов, но и потребовала осмысления системы средств индивидуализации в целом.

Ключевые слова:

Географические указания; наименования мест происхождения товаров; защищенное наименование места происхождения; защищенное географическое указание; сертификационные знаки; коллективные знаки.

Индия

Общие положения

Индия как член ВТО приняла Закон о географических указаниях товаров (регистрация и охрана) 1999 г.³, который вступил в силу с 15 сентября 2003 г., а также Правила о географических указаниях товаров (регистрация и охрана) 2002 г.⁴. До момента принятия данных документов в Индии не предоставлялась правовая охрана географическим указаниям, однако три случая привели законодателя к пониманию необходимости введения такого регулирования⁵.

В случае с нимом (распространенным в Индии деревом, обладающим лекарственными свойствами) американская компания WR Grace & Co. получила патенты на процесс экстракции и хранения активного вещества. Индийское правительство подало жалобу на WR Grace & Co. в Патентный офис США, обвинив WR Grace & Co. в копировании индийского изобретения, однако, позже выяснилось, что патент не был основан на традиционных индийских знаниях, WR Grace & Co. создали новое изобретение для процесса экстракции нима, поэтому индийское правительство отозвало свою жалобу.

В марте 1995 г. в случае с куркумой двум национальным исследовательским институтам был выдан патент США на использование куркумы в качестве ранозаживляющего средства. Совет научных и промышленных исследований Индии выступил против этого патента в Патентном офисе США, основываясь на «известном уровне техники». Совет утверждал, что куркума использовалась в течение тысячи лет для лечения ран и сыпи в Индии, и, следовательно, это не было новым изобретением. Совет продемонстрировал старинную санскритскую рукопись и статью, опубликованную в 1953 г. в журнале Индийской медицинской ассоциации в качестве документальных доказательств. Патентный офис США поддержал возращение и аннулировал патент.

В случае с рисом басмати патент США, выданный техасской компании Rice Tec Inc, предусматривал, что их изобретение относится к новому сорту рисовых растений и зерен. Патентный офис США одобрил патент на «Сорт и зерна риса Басмати» в 1997 г. После трехлетней экспертизы и принятия 20 пунктов формулы изобретения, выдвинутых компанией Rice Tec Inc., Индия

³ Geographical Indications of Goods (Registration & Protection) Act, 1999 / URL: <https://ipindia.gov.in/act-1999.htm> (дата обращения: 11 апреля 2024 г.).

⁴ Geographical Indication of Goods (Regulation and Protection) Rules, 2002 / URL: <https://ipindia.gov.in/rules-2002.htm> (дата обращения: 11 апреля 2024 г.).

⁵ The analysis of Geographical Indications of Goods (Registration and Protection) Act, 1999 / URL: <https://blog.ipleaders.in/analysis-geographical-indications-goods-registration-protection-act-1999/#:~:text=Act%2C%201999%20defines%20%E2%80%9CGeographical%20Indication,a%20given%20quality%2C%20reputation%20or> (дата обращения: 11 апреля 2024 г.).

выступила против патента и оспорила его. Группа ученых-аграриев представила различные доказательства и вспомогательную информацию для установления уровня техники в этой области в Индии. Доказательства, на которых основывались возражения, были настолько убедительными, что компания отозвала 15 пунктов формулы изобретения, и только пять из 20 пунктов формулы изобретения компании RiceTec Inc. сохранились после возражений. Патент был выдан Rice Tec Inc на новые гибридные сорта, которые имеют мало общего с рисом басмати.

Закон предусматривает в качестве объекта охраны только географические указания, определяя их как «наименования, идентифицирующие сельскохозяйственные, природные или промышленные товары, возникшие или произведенные на территории страны, региона или населенного пункта, качество, репутация или другие характеристики которых в значительной степени обусловлены географическим происхождением, и в случае, когда такие товары являются промышленными товарами, один из видов деятельности которых осуществляется на данной территории»⁶.

Помимо принятия Закона о географических указаниях товаров, с 2001 г. Совет научных и промышленных исследований при Министерств науки и технологии Индии создает цифровую библиотеку традиционных знаний⁷ – доступную иностранным патентным ведомствам систему, содержащую информацию о биологических ресурсах, продуктах и процессах их переработки и использования, которые изучались и развивались веками, но в силу того, что информация об этом передавалась преимущественно изустно и на местных языках и диалектах, сведения о таких знаниях до создания библиотеки не были доступны экспертам, осуществляющим проверку заявок на патенты и товарные знаки, что могло приводить

к установлению исключительного права в отношении названий, веществ, способов производства и применения последних, которые были известны и общеупотребимы задолго до такой попытки сделать торговлю ими эксклюзивным правом недобросовестного заявителя⁸.

Условия регистрации

Географическое указание может быть зарегистрировано в отношении любого или всех товаров, входящих в класс МКТУ, определяемый Генеральным контролером патентов, промышленных образцов и товарных знаков (далее – Регистратор), и в отношении определенной территории страны, региона или населенного пункта на этой территории.

Название не регистрируется в качестве географического указания, если

«(а) его использование могло бы ввести в заблуждение или вызвать путаницу;

(b) его использование противоречило бы любому действующему в настоящее время закону;

(c) содержит скандальный или непристойный материал;

(d) содержит в себе элементы, способные задеть религиозные чувства любого класса или группы граждан Индии;

(e) в отсутствие регистрации ему не предоставлялась бы защита в суде;

(f) является общеупотребимым названием товаров определенного вида и, следовательно, не охраняется или перестало охраняться в стране происхождения, или вышло из употребления в этой стране; или

(g) оно хотя и соответствует действительности в буквальном смысле в отношении территории, региона или населенного пункта, откуда происходит товар, но вводит потребителей в заблуждение о том, что товар происходит с другой территории, региона или населенного пункта»⁹.

Омонимичное географическое указание может быть зарегистрировано, если Регистратор,

⁶ Art. 2(e) Geographical Indications of Goods (Registration & Protection) Act, 1999 / URL: <https://ipindia.gov.in/act-1999.htm> (дата обращения: 11 апреля 2024 г.).

⁷ URL: <https://www.tkdil.res.in/tkdil/LangDefault/Common/Home.asp?GL=Eng> (дата обращения 10.11.2023).

⁸ Balasubramanian S. India: Traditional Knowledge And Patent Issues: An Overview Of Turmeric, Basmati, Neem Cases / URL: <https://www.mondaq.com/india/patent/586384/traditional-knowledge-and-patent-issues-an-overview-of-turmeric-basmati-neem-cases> (дата обращения: 11 апреля 2024 г.).

⁹ Art. 9 Geographical Indications of Goods (Registration & Protection) Act, 1999 / URL: <https://ipindia.gov.in/act-1999.htm> (дата обращения: 11 апреля 2024 г.).

рассмотрев условия его использования в обороте, убедится, что потребители товаров, обозначенных омонимичными географическими указаниями, не будут введены в заблуждение вследствие такой регистрации.

«Любая ассоциация производителей, а также любые организация или орган власти, представляющие интересы производителей, вправе подать Регистратору заявку о регистрации географического указания, которая должна содержать:

(а) сведения о связи конкретного качества, репутации или других характеристик с географической средой, присущими ей природными и человеческими факторами;

(б) класс товаров, к которому применяется географическое указание;

(с) географическая карта территории страны, региона или населенного пункта в стране происхождения товара;

(д) внешний вид географического указания (состоит ли оно из слов или изобразительных элементов, или включает то и другое);

(е) сведения о производителях товаров, маркируемых заявляемым на регистрацию указанием, которые регистрируются одновременно с регистрацией географического указания»¹⁰.

После принятия заявки на регистрацию географического указания Регистратор публикует объявление о поступлении заявки, и «любое лицо вправе в течение трех месяцев с даты этой публикации направить письменные возражения против регистрации.

Регистратор направляет копию возражений заявителю, который в течение двух месяцев с момента получения должен представить отзыв с изложением оснований, на которые он опирается в своей заявке, а в случае непредоставления будет считаться, что заявитель отозвал заявку. Регистратор направляет копию полученного от заявителя отзыва лицу, направившему возражения. Регистратор, заслушав стороны, если это требуется,

и рассмотрев представленные ими доказательства, принимает решение о регистрации или об отказе в регистрации.

Когда заявка на регистрацию географического указания была принята и не была отклонена и срок для направления возражений истек, либо были поданы возражения, но решение по результатам их рассмотрения было принято в пользу заявителя, Регистратор обязан, если Правительство не распорядится об ином, зарегистрировать заявленное географическое указание и авторизованных пользователей, упомянутых в заявке»¹¹.

Регистрация географического указания осуществляется сроком на десять лет, но может продлеваться по заявлению зарегистрированного правообладателя или авторизованного пользователя.

Условия использования

Любой производитель товара, «в отношении которого зарегистрировано географическое указание, вправе подать Регистратору заявку о регистрации его в качестве авторизованного пользователя такого географического указания.

К заявке должны быть приложены документы, подтверждающие, что заявитель является производителем товара, маркируемого таким географическим указанием.

Подача заявки и регистрация авторизованных пользователей осуществляется в соответствии с теми же положениями о подаче, рассмотрении, публикации, возражениях, принятии решения о регистрации или об отказе в регистрации, которые применяются к заявке о регистрации географического указания»¹².

Зарегистрированному владельцу географического указания и авторизованному пользователю предоставляется исключительное право на использование географического указания в отношении товаров, в отношении которых зарегистрировано географическое указание, с учетом всех условий и ограничений, указанных при регистрации.

¹⁰ Art. 11 Geographical Indications of Goods (Registration & Protection) Act, 1999 / URL: <https://ipindia.gov.in/act-1999.htm> (дата обращения: 11 апреля 2024 г.).

¹¹ Art. 14–16 Geographical Indications of Goods (Registration & Protection) Act, 1999 / URL: <https://ipindia.gov.in/act-1999.htm> (дата обращения: 11 апреля 2024 г.).

¹² Art. 17 Geographical Indications of Goods (Registration & Protection) Act, 1999 / URL: <https://ipindia.gov.in/act-1999.htm> (дата обращения: 11 апреля 2024 г.).

Защита

Правообладатель и авторизованный пользователь географического указания в случае его неправомерного использования третьим лицом вправе совместно или по отдельности обратиться в суд с требованием судебного запрета на нарушение в будущем, взыскания причиненных нарушением убытков или полученных нарушителем от неправомерного использования географического указания доходов¹³.

Под неправомерным использованием понимаются случаи, когда «лицо, не являющееся авторизованным пользователем:

(а) использует географическое указание в обозначениях или представлении товаров любым способом, указывающим или дающим основание предполагать, что такие товары происходят из географической зоны, отличной от истинного места происхождения таких товаров, что вводит потребителей в заблуждение относительно географического происхождения таких товаров;

(б) совершает акт недобросовестной конкуренции, а именно своим использованием географического указания:

(i) создает путаницу в отношении предприятия, товаров, промышленной или коммерческой деятельности конкурента;

(ii) дискредитирует предприятие, товары, промышленную или коммерческую деятельность конкурента;

(iii) вводит потребителей в заблуждение относительно характера, производственного процесса, характеристик, пригодности для их целей или количества товаров;

(с) использует географическое указание, которое, хотя и соответствует действительности в буквальном смысле в отношении территории, региона или населенного пункта, из которых происходит товар, создает у потребителей ложное представление, что товар происходит с территории, региона или населенного пункта, к которым относится такое зарегистрированное географическое указание»¹⁴.

Законом установлена уголовная ответственность в виде тюремного заключения на срок от 6 месяцев (от 1 года при повторном нарушении) до 3 лет со штрафом от 50 (от 100 при повторном нарушении) до 200 тысяч рупий для физических лиц, а также для директоров, менеджеров, секретарей или иных должностных лиц компаний, если нарушение произошло с их согласия или попустительства, за нарушения в области использования географических указаний, выражающиеся в:

«(а) изготовлении и использовании маркировки и упаковки с географическим указанием или сходным до степени смешения географическим указанием без согласия авторизованного пользователя географического указания;

(б) фальсификации подлинного географического указания путем изменения, добавления, стирания или иным образом;

(с) нанесении географического указания или сходного до степени смешения географического указания на товары или упаковку, содержащую товары, отличные от подлинных товаров авторизованного пользователя географического указания;

(д) изготовлении, распространении или хранении любой матрицы, блока, станка, пластины или другого инструмента с целью фальсификации географического указания;

(е) создании условий для совершения любого из указанных в п. а-d нарушений;

(ф) продаже или предложении к продаже товаров, на которые нанесено ложное географическое указание, если продавец не докажет, что в момент совершения нарушения у него не было оснований для сомнений в правомерности использования географического указания в отношении товаров, либо если продавец не предоставит всю имеющуюся у него информацию о лице, у которого он приобрел такие товары, либо если продавец не предоставит иные доказательства отсутствия у него вины»¹⁵.

¹³ Art. 67 Geographical Indications of Goods (Registration & Protection) Act, 1999 / URL: <https://ipindia.gov.in/act-1999.htm> (дата обращения: 11 апреля 2024 г.).

¹⁴ Art. 22 Geographical Indications of Goods (Registration & Protection) Act, 1999 / URL: <https://ipindia.gov.in/act-1999.htm> (дата обращения: 11 апреля 2024 г.).

¹⁵ Art. 39 Geographical Indications of Goods (Registration & Protection) Act, 1999 / URL: <https://ipindia.gov.in/act-1999.htm> (дата обращения: 11 апреля 2024 г.).

При этом закон оставляет за судьей право (1) снизить наказание ниже низшего предела при наличии особых и адекватных оснований; (2) конфисковать с обращением в собственность правительства всех товаров и имущества, с помощью которых или в отношении которых было совершено нарушение.

Кроме того, законом предусмотрены тюремное заключение и штраф за представление незарегистрированного географического указания в качестве зарегистрированного и наоборот; за ложное обозначение места ведения деятельности в качестве имеющего отношение к зарегистрированному географическому указанию; за внесение или способствование внесению ложной записи в реестр или фальсификацию копии записи реестра.

При этом от ответственности освобождается лицо, доказавшее:

«(а) что в рамках своей обычной хозяйственной деятельности это лицо по заказу других лиц наносило географические указания или изготавливало штампы, блоки, станки, пластины или другие инструменты для нанесения географических указаний;

(б) что это лицо работало по найму и не получало прибыль или комиссионные от продажи маркированных товаров;

(с) что, приняв все разумные меры предосторожности против совершения инкриминируемого деяния, у него не было оснований сомневаться в правомерности использования географического указания;

(д) что им предоставлена вся имеющаяся в его распоряжении информация в отношении лица, у которого он приобрел такие товары»¹⁶.

Австралия

Общие положения

Закон о товарных знаках Австралии 1995 г. предусматривает регистрацию коллективных и сертификационных знаков. Коллективный знак – используемый или планируемый к использованию для маркировки товаров и (или) услуг членом ассоциации¹⁷. От коллективного знака следует отличать товарный знак, регистрируемый совместными правообладателями – двумя или более лицами, заинтересованными в использовании товарного знака в отношении общих товаров или услуг^{18,19}. Сертификационный знак – «используемый или планируемый к использованию для маркировки товаров и (или) услуг, качество, материал, происхождение, способ производства которых подтверждаются (сертифицируются) владельцем знака»²⁰.

С целью исполнения принятых по международным договорам обязательств Австралия в 2013 г. заменила Закон 1980 г. «Об Австралийской корпорации вина и бренди» Законом «Об Управлении Австралии по виноделию и виноградарству», в соответствии с которым охраняются австралийские и иностранные географические указания. Примечательно, что в отношении каких-либо иных товаров регистрация и охрана географических указаний не предусмотрены, хотя в связи с дипломатическим давлением со стороны ЕС, с 13 августа по 13 ноября 2019 Агентство Австралии по интеллектуальной собственности провело публичные консультации по вопросу предоставления запрашиваемой ЕС охраны географических указаний в рамках соглашения о свободной торговле; результаты консультаций будут опубликованы в 2023 году²¹.

¹⁶ Art. 47 Geographical Indications of Goods (Registration & Protection) Act, 1999 / URL: <https://ipindia.gov.in/act-1999.htm> (дата обращения: 11 апреля 2024 г.).

¹⁷ Section 162 of the Trade Marks Act 1995 / URL: <https://www.wipo.int/wipolex/en/text/553811> (дата обращения: 11 апреля 2024 г.).

¹⁸ Section 28 of the Trade Marks Act 1995 / URL: <https://www.wipo.int/wipolex/en/text/553811> (дата обращения: 11 апреля 2024 г.).

¹⁹ Ключевым требованием к коллективному товарному знаку является то, что он должен быть зарегистрирован от имени ассоциации. Понятие «ассоциация» в Законе не определено, однако в Руководстве по практике и процедурам по товарным знакам (Trade Marks Manual of Practice and Procedure) приводится определение словаря Masquarie как «организация людей с общей целью и имеющая формальную структуру».

²⁰ Section 169 of the Trade Marks Act 1995 / URL: <https://www.wipo.int/wipolex/en/text/553811> (дата обращения: 11 апреля 2024 г.).

²¹ Australia-European Union Free Trade Agreement: Consultation on a Possible New Geographical Indications Right. URL: <https://consultation.ipaustralia.gov.au/policy/geographical-indications/> (дата обращения: 11 апреля 2024 г.).

Условия регистрации

Заявка на регистрацию коллективного знака должна быть подана ассоциацией, члены которой используют или будут использовать знак²².

В отношении любого вида товарных знаков действует следующая процедура регистрации. В течение 15 месяцев²³ с даты подачи заявки регистратор осуществляет ее экспертизу, о результате которой извещает заявителя и публикует сообщение в Официальном журнале²⁴. В течение двух месяцев с даты публикации могут быть поданы возражения²⁵. В течение 6 месяцев с даты положительного решения экспертизы может быть произведена регистрация²⁶.

В отношении австралийских географических указаний Комитет по географическим указаниям как по собственной инициативе, так и по заявлению винодела или виноградаря, объединения таких или организации, представляющей их интересы, определяет границы обозначаемой зоны, наименование зоны (непосредственно географическое указание), условия использования географического указания²⁷.

В отношении иностранных географических указаний принятие Комитетом по географическим указаниям решения по указанным вопросам возможно только по заявлению заинтересованного лица и ограничено пределами такого заявления – Комитет не вправе установить иное наименование или иные территориальные границы, чем те, что указаны в заявлении²⁸.

В остальном процесс регистрации географических указаний одинаков для национальных и иностранных географических указаний: публикуется извещение с приглашением направлять регистратору (Управлению Австралии по виноделию и виноградарству) письменные возражения. При получении возражений таковые либо препятствуют регистрации, либо снимаются, и Комитет по географическим указаниям принимает решение о предоставлении охраны. Срок для принятия Комитетом такого решения не установлен; охрана действует с момента внесения Управлением Австралии по виноделию и виноградарству данных о географическом указании в реестр на основании полученной от Комитета по географическим указаниям копии решения²⁹.

Условия использования

Любой член ассоциации вправе использовать коллективный знак и не вправе запрещать или ограничивать его использование другими членами ассоциации³⁰.

Владелец сертификационного знака вправе использовать его наравне с теми лицами, которым он предоставил разрешение на использование в соответствии с правилами использования, текст которых подается на регистрацию вместе со знаком³¹.

Правила использования сертификационного знака должны устанавливаться³²:

(а) требования, которым должны соответствовать товары и/или услуги для нанесения на них сертификационного знака;

²² Section 164 of the Trade Marks Act 1995 / URL: <https://www.wipo.int/wipolex/en/text/553811> (дата обращения: 11 апреля 2024 г.).

²³ Section 16.1 of the Trade Marks Manual of Practice and Procedure / URL: <https://manuals.ipaustralia.gov.au/trademark/1.-what-are-the-time-limits-for-acceptance-of-an-application-to-register-a-trade-mark-> (дата обращения: 11 апреля 2024 г.).

²⁴ Section 34 of the Trade Marks Act 1995 / URL: <https://www.wipo.int/wipolex/en/text/553811> (дата обращения: 11 апреля 2024 г.).

²⁵ Section 47.1 of the Trade Marks Manual of Practice and Procedure / URL: <https://manuals.ipaustralia.gov.au/trademark/1.-filing-a-notice-of-opposition> (дата обращения: 11 апреля 2024 г.).

²⁶ Section 39.4 of the Trade Marks Manual of Practice and Procedure / URL: <https://manuals.ipaustralia.gov.au/trademark/4.-timing> (дата обращения: 11 апреля 2024 г.).

²⁷ Sections 40Q, 40R, 40T of Wine Australia Act 2013 / URL: <https://www.legislation.gov.au/Details/C2021C00310> (дата обращения: 11 апреля 2024 г.).

²⁸ Sections 60, 92 of Wine Australia Regulations 2018 / URL: <https://www.wipo.int/wipolex/en/text/515085> (дата обращения: 11 апреля 2024 г.).

²⁹ Section 40Z of Wine Australia Act 2013 / URL: <https://www.legislation.gov.au/Details/C2021C00310> (дата обращения: 11 апреля 2024 г.).

³⁰ Section 165 of the Trade Marks Act 1995 / URL: <https://www.wipo.int/wipolex/en/text/553811> (дата обращения: 11 апреля 2024 г.).

³¹ Sections 171-173 of the Trade Marks Act 1995 / URL: <https://www.wipo.int/wipolex/en/text/553811> (дата обращения: 11 апреля 2024 г.).

³² Section 173 of the Trade Marks Act 1995 / URL: <https://www.wipo.int/wipolex/en/text/553811> (дата обращения: 11 апреля 2024 г.).

(б) порядок определения соответствия требованиям;

(в) требования к лицу, уполномоченному оценивать соответствие требованиям;

(г) требования к владельцу знака или авторизованному пользователю, соответствие которым является условием использования знака;

(д) порядок разрешения споров о соответствии товаров или услуг требованиям или иных споров относительно сертификационного знака.

Важно понимать, что зарегистрированное в качестве сертификационного знака географическое наименование может использоваться любым производителем без какой-либо авторизации или контроля со стороны владельца регистрации в рамках указания на товарах, что они произведены в обозначаемом таким наименованием месте, т.е. регистрация географического наименования в качестве сертификационного знака не позволяет гарантировать, что только соответствующие установленным стандартам товары будут нести на себе информацию об определенном месте происхождения³³.

Примечательно, что, в отличие от ЕС, австралийское регулирование не устанавливает ни стандартов производства, ни условия о производстве товара (всех его компонентов) в пределах зоны, обозначаемой наносимым на товар географическим указанием³⁴.

Защита

Нанесение (в т.ч. измененного, но сохраняющего сходство до степени смешения) товарного знака на вводимые в оборот товары, либо наоборот удаление товарного знака с вводимых в оборот товаров, а равно продажа, предложение к прода-

же, хранение с целью продажи, импорт таких товаров, изготовление инструментов и материалов для совершения таких действий, любое (в т.ч. консультационное) содействие таким действиям являются нарушением права на товарный знак, наказуемым тюремным заключением на пять лет и (или) штрафом в размере 550 единиц (значение одной штрафной единицы устанавливается штатом: например, в Квинсленде 1 штрафная единица равна 154.80 AUD, а в Тасмании – 181 AUD)³⁵. Ложные утверждения о факте регистрации товарного знака или предоставляемых регистрацией правах наказываются штрафом в размере 60 единиц³⁶.

В рамках гражданского процесса правообладатель вправе потребовать судебного запрета, а также взыскания компенсации в размере причиненных нарушением убытков или полученного нарушителем от неправомерного использования дохода. При этом во взыскании компенсации может быть отказано, если нарушителем заявлено встречное требование об отмене регистрации знака в связи с его неиспользованием в течение 3 лет³⁷.

Китай

Общие положения

Нормы об интеллектуальных правах в Китае не кодифицированы (хотя в ст. 123 ГК Китая упомянут такой объект интеллектуальных прав, как географические обозначения), и параллельно существуют три режима охраны географических указаний, предусмотренные Законом о товарных знаках, Порядком использования отличительных знаков географических указаний на товарах³⁸, и Порядком использования географических указаний на продуктах сельского хозяйства³⁹.

³³ van Caenegem W., Cleary J., Drahos P. *Pride and Profit: Geographical Indications as Regional Development Tools in Australia*. Journal of Economic and Social Policy. 2014. No. 16. Article 5. P. 11. / URL: https://www.researchgate.net/publication/274638862_Pride_and_Profit_Geographical_Indications_as_Regional_Development_Tools_in_Australia (дата обращения: 11 апреля 2024 г.).

³⁴ Там же. P. 16.

³⁵ Sections 145–150 of the Trade Marks Act 1995. / URL: <https://www.wipo.int/wipolex/en/text/553811> (дата обращения: 11 апреля 2024 г.).

³⁶ Section 151 of the Trade Marks Act 1995. / URL: <https://www.wipo.int/wipolex/en/text/553811> (дата обращения: 11 апреля 2024 г.).

³⁷ Sections 126–127 of the Trade Marks Act 1995. / URL: <https://www.wipo.int/wipolex/en/text/553811> (дата обращения: 11 апреля 2024 г.).

³⁸ Measures for the Administration of Special Signs of Geographical Indication Products / URL: <https://www.wipo.int/wipolex/ru/legislation/details/6577> (дата обращения: 11 апреля 2024 г.).

³⁹ Measures for the Administration of Geographical Indications of Agricultural Products / URL: <https://www.wipo.int/wipolex/ru/legislation/details/6578>; Administrative Measures for the Safety of Places of Origin of Agricultural Products / URL: <https://www.wipo.int/wipolex/ru/legislation/details/6582>; Measures for the Management of Famous Brand Agricultural Products in China / URL: <https://www.wipo.int/wipolex/ru/legislation/details/6583> (дата обращения: 11 апреля 2024 г.).

Так, географические указания «Белый чай Аньцзи» и «Аньси Те Гуань Инь» были зарегистрированы во всех трех системах, каждая из которых имеет свои собственные меры защиты, что приводит к чрезмерным операционным расходам, напрасной трате административных ресурсов и не способствует защите прав правообладателей географических указаний⁴⁰.

Несмотря на это на дату выполнения исследовательской работы по данным eAmbrosia в ЕС зарегистрировано 3308 географических указаний, а в Китае, по сообщению директора департамента защиты интеллектуальной собственности CNIPA, на июнь 2022 г. зарегистрировано 9420 географических указаний (не считая географических указаний на продуктах сельского хозяйства)⁴¹.

В рамках закона о товарных знаках географические указания не регистрируются как таковые, – закон предусматривает их регистрацию в качестве коллективных (заявитель – ассоциация производителей) и сертификационных (заявитель – сертифицирующие орган или учреждение) знаков⁴².

В 2007 г. Китай и ЕС запустили пилотный проект «10+10» по взаимному признанию географических указаний. Бывшее Главное управление по надзору за качеством, инспекции и карантину Китая (AQSIQ) и делегация ЕС официально обменялись документами о маркируемых географическими указаниями продуктах и к ноябрю 2012 г. 10 географических указаний Китая были зарегистрированы в ЕС, а 10 географических указаний ЕС – в Китае⁴³.

1 марта 2021 г. между Правительством КНР и ЕС заключено Соглашение об охране географических указаний и сотрудничестве в этой области.

С даты вступления соглашения в силу взаимное признание и охрана распространяются на 100 географических указаний. В течение следующих 4 лет еще 175 географическим указаниям будут предоставлены взаимное признание и охрана⁴⁴.

Режим охраны географических указаний в Китае администрируется как на национальном, так и на местном уровнях. Национальный уровень представлен Национальным управлением интеллектуальной собственности Китая (CNIPA) и Министерством сельского хозяйства и сельских районов (MARA). CNIPA отвечает за коллективные и сертификационные знаки и географические указания на товарах. Последние подлежат техническому обзору комитетом экспертов (или соответствующим профильным подкомитетом) по обзору маркируемых географическими указаниями товаров. MARA отвечает за географические указания на продуктах сельского хозяйства. В Китайском центре развития экологически чистых продуктов питания при MARA создан экспертный комитет по регистрации географических указаний на продуктах сельского хозяйства рассматривающий заявки на географические указания⁴⁵.

На местном уровне провинциальные органы контроля качества отвечают за предварительную экспертизу заявки в отношении географических указаний на товары, рассмотрение заявки на использование географических указаний производителями, назначение инспекционных учреждений, расследование и наказание незаконных действий. Заявки на коллективные и сертификационные знаки подаются непосредственно в национальное или местное окно приема заявок на товарные знаки. Местное правительство или отра-

⁴⁰ Qi X. Legal Protection Status and Prospects of Geographical Indications // *Frontiers in Humanities and Social Sciences*. 2023. Vol. 3. P. 86. URL: https://www.researchgate.net/publication/369562178_Legal_Protection_Status_and_Prospects_of_Geographical_Indications (дата обращения: 11 апреля 2024 г.).

⁴¹ Geographical Indication Network / URL: <http://www.cpgi.org.cn/?c=index&a=detail&cataid=1&id=4012> (дата обращения: 11 апреля 2024 г.).

⁴² Art. 3 of the Trademark Law of the People's Republic of China / URL: <https://www.wipo.int/wipolex/ru/text/579989>; Measures for the Registration and Administration of Collective Marks and Certification Marks / URL: <https://www.wipo.int/wipolex/ru/text/475170> (дата обращения: 11 апреля 2024 г.).

⁴³ Qian W., Dong Y. Comparative study on the geographical indication protection between China and the European Union – From the perspective of the China-EU Geographical Indications Agreement // *Agricultural Economics (Zemědělská ekonomika)*. 2023. V. 69. P. 186 / URL: https://www.researchgate.net/publication/371086850_Comparative_study_on_the_geographical_indication_protection_between_China_and_the_European_Union_-_From_the_perspective_of_the_China-EU_Geographical_Indications_Agreement (дата обращения: 11 апреля 2024 г.).

⁴⁴ Там же.

⁴⁵ Там же. P. 189.

слевой департамент только выдает соответствующие разрешительные документы. За прием заявок на географические указания на продуктах сельского хозяйства и проведение предварительных экспертиз и проверок отвечает административный департамент сельского хозяйства провинции⁴⁶.

Условия регистрации

К заявке на регистрацию географического указания в качестве коллективного или сертификационного знака, должны быть приложены документы:

1) подтверждающие квалификацию субъекта и наличие специалистов и оборудования для обеспечения контроля качества товаров, к которым применяется заявляемое географическое указание; ассоциация или иное объединение, подающие заявку на регистрацию географического указания, должны состоять из членов из региона, обозначаемого географическим указанием;

2) выданные народным правительством или компетентным органом отрасли, обладающими соответствующей юрисдикцией. Иностранное лицо или предприятие, подающее заявку на регистрацию географического указания в качестве коллективного или сертификационного знака, должно предоставить документы, подтверждающие, что данное географическое указание, оформленное на его имя, охраняется в стране происхождения⁴⁷;

3) подтверждающие качество, репутацию или любую другую характеристику товара, а также соответствие между ними и природными и человеческими факторами места происхождения;

4) устанавливающие границу региона, обозначаемого заявляемым географическим указанием;

5) регламент использования знака⁴⁸.

Заявка на регистрацию географических указаний на товарах может быть подана созданной народным правительством организацией или назначенными им ассоциацией или производителем и должна содержать⁴⁹:

«(1) предложение местного правительства об определении границ места происхождения продукта с географическим указанием;

(2) документ местного правительства, учреждающий организацию, подающую заявку, или определяющий ассоциацию или предприятие в качестве заявителя;

(3) описание наименования, класса, границ места происхождения, географических характеристик, популярности, производства, продаж и истории продукта;

(4) описание физических, химических или сенсорных характеристик продукта и их взаимосвязи с природными и антропогенными факторами места происхождения;

(5) технические условия производства продукта (включая методы обработки продукта, требования безопасности и гигиены, требования к технологическому оборудованию);

(6) технические стандарты продукта»⁵⁰.

CNIPA осуществляет формальную экспертизу и при положительном заключении о соответствии заявки требованиям публикует ее, после чего в течение 2 месяцев с даты публикации заинтересованное лицо вправе подать возражения⁵¹. Назначенная CNIPA экспертная комиссия рассматривает заявку и возражения и выносит решение о регистрации или об отказе в регистрации⁵². Регистрация действительна в течение 10 лет и может быть продлена на тот же срок.

Географическое указание на продуктах сельского хозяйства может быть зарегистрировано при

⁴⁶ Там же.

⁴⁷ Measures for Protection of Geographical Indication Products of Foreign Countries. URL: <http://www.bgia.org.cn/details/?124-143-218.html> (дата обращения: 11 апреля 2024 г.).

⁴⁸ Art. 4–7 of the Measures for the Registration and Administration of Collective Marks and Certification Marks. URL: <https://www.wipo.int/wipolex/ru/text/475170> (дата обращения: 11 апреля 2024 г.).

⁴⁹ Art. 8–10 of the Provisions for the Protection of Products of Geographical Indication. URL: <https://www.wipo.int/wipolex/ru/text/475165> (дата обращения: 11 апреля 2024 г.).

⁵⁰ Там же.

⁵¹ Art. 13–14 of the Provisions for the Protection of Products of Geographical Indication. URL: <https://www.wipo.int/wipolex/ru/text/475165> (дата обращения: 11 апреля 2024 г.).

⁵² Art. 15–16 of the Provisions for the Protection of Products of Geographical Indication. URL: <https://www.wipo.int/wipolex/ru/text/475165> (дата обращения: 11 апреля 2024 г.).

условии, что продукт соответствует следующим требованиям:

1) его название состоит из названия географической области и общего названия сельскохозяйственного продукта;

2) продукт обладает уникальными характеристиками или особым способом производства;

3) качество и характеристики продукта определяются уникальной природной и экологической средой, а также местными культурными и историческими факторами;

4) продукт производится в пределах определенной территории;

5) окружающая среда в районе производства и качество продукта соответствуют обязательным государственным техническим нормам⁵³.

Заявку на регистрацию географического указания на продуктах сельского хозяйства вправе подать высококласные профессиональные кооперативные экономические организации фермеров и промышленные ассоциации, определенные местным народным правительством на уровне округа или выше, имеющие:

1) возможность осуществлять надзор и администрирование географических указаний на продуктах сельского хозяйства;

2) возможность предоставлять рекомендации по производству, переработке и сбыту сельскохозяйственной продукции с географическими указаниями;

3) возможность самостоятельно нести гражданскую ответственность⁵⁴.

Заявка подается в административный департамент сельского хозяйства при народном правительстве на уровне провинции с приложением:

1) сертификата о квалификации заявителя;

2) описания типичных характеристик продукта и отчета об оценке качества продукта;

3) описания условий окружающей среды в зоне производства продукта;

4) технических норм производства и норм безопасности и качества продукции;

5) документа, определяющего границы обозначаемой географической зоны, и карты распространения в зоне производства;

6) образца или изображения образца продукта;

7) других необходимых описательных или доказательственных материалов⁵⁵.

Административный департамент сельского хозяйства при народном правительстве провинции в течение 45 рабочих дней с даты принятия заявки проводит предварительную экспертизу. При положительном результате заявка передается в центр безопасности качества сельскохозяйственной продукции при Министерстве сельского хозяйства, который в течение 20 рабочих дней с даты получения заявки проводит экспертную оценку, при положительном результате которой заявка публикуется для подачи возражений, которые заинтересованное лицо вправе подать в течение 20 дней с даты публикации. Если возражений не поступило, Министерство сельского хозяйства регистрирует географическое указание, выдает действующее бессрочно свидетельство КНР о регистрации географического указания на продуктах сельского хозяйства и публикует объявление об этом, а также соответствующие технические нормы и стандарты продукции⁵⁶.

Условия использования

Регламент использования коллективного или сертификационного знака устанавливает:

а) цель, условия и процедуры использования знака;

б) качество товаров, на которые распространяется знак;

в) права и обязанности, вытекающие из использования знака;

г) ответственность, которую несут пользователи за нарушение регламента;

⁵³ Art. 7 of the Measures for the Administration of Geographical Indications of Agricultural Products. URL: <https://www.wipo.int/wipolex/ru/text/475239> (дата обращения: 11 апреля 2024 г.).

⁵⁴ Art. 8 of the Measures for the Administration of Geographical Indications of Agricultural Products. URL: <https://www.wipo.int/wipolex/ru/text/475239> (дата обращения: 11 апреля 2024 г.).

⁵⁵ Art. 9 of the Measures for the Administration of Geographical Indications of Agricultural Products. URL: <https://www.wipo.int/wipolex/ru/text/475239> (дата обращения: 11 апреля 2024 г.).

⁵⁶ Art. 10-13 of the Measures for the Administration of Geographical Indications of Agricultural Products. URL: <https://www.wipo.int/wipolex/ru/text/475239> (дата обращения: 11 апреля 2024 г.).

д) используемую владельцем знака систему проверки и надзора за товарами, маркируемыми знаком⁵⁷.

Сам владелец знака не вправе использовать его, а производители приобретают такое право в порядке, описанном в регламенте, после чего владелец знака выдает им разрешения и уведомляет об этом факте Бюро по товарным знакам, которое публикует эту информацию⁵⁸.

Производитель, желающий использовать географическое указание на товарах, производимых в пределах соответствующего места происхождения, должен подать заявку в местное бюро качества и технического надзора или бюро инспекции на въезде и выезде и карантина, к которой должны быть приложены:

1) сертификат, выданный компетентными органами местного самоуправления, подтверждающий, что соответствующая продукция происходит из конкретной местности;

2) отчет о проверке, выданный соответствующим отделом контроля качества продукции.

После принятия бюро качества и технического надзора или бюро инспекции на въезде и выезде и карантина и CNIPA положительного решения по заявке и его публикации в бюллетене, производитель вправе использовать географическое указание на своих товарах и получать защиту для товаров с географическим указанием⁵⁹.

Если производитель, которому разрешено использовать исключительное указание на продукцию с географическим указанием, не соблюдает соответствующие стандарты и административные регламенты при производстве или не использует исключительное указание на своей защищенной продукции с географическим указанием в течение двух лет подряд, AQSIQ аннулирует регистрацию использования им исключительного ука-

зания о продуктах с географическим указанием, прекратить использование географического указания и опубликовать соответствующую информацию⁶⁰.

Производитель или продавец, желающий использовать географическое указание на продуктах сельского хозяйства, вправе обратиться к владельцу регистрационного свидетельства с запросом об использовании географического указания при выполнении следующих условий:

1) производимый или продаваемый сельскохозяйственный продукт происходит с территории, указанной в свидетельстве о регистрации;

2) производитель или продавец имеет квалификацию для производства или торговли соответствующей сельскохозяйственной продукцией;

3) производитель или продавец способен осуществлять деятельность в строгом соответствии с предписанными стандартами качества и техническими нормами;

4) производитель или продавец обладает потенциалом для развития рынка и работы с соответствующим сельскохозяйственным продуктом;

5) производитель или продавец заключает безвозмездное соглашение об использовании географического указания с владельцем регистрационного свидетельства на основе года производства и использования, в котором должны быть указаны объем и пределы использования, а также соответствующие обязанности⁶¹.

Защита

Владелец коллективного или сертификационного знака несет ответственность за ненадлежащий контроль за использованием знака, причинивший ущерб потребителю; неуведомление Бюро товарных знаков о предоставлении права использования знака; нарушение процедуры предоставления права использования знака; использование

⁵⁷ Art. 10–11 of the Measures for the Registration and Administration of Collective Marks and Certification Marks. URL: <https://www.wipo.int/wipolex/ru/text/475170> (дата обращения: 11 апреля 2024 г.).

⁵⁸ Art. 15–20 of the Measures for the Registration and Administration of Collective Marks and Certification Marks. URL: <https://www.wipo.int/wipolex/ru/text/475170> (дата обращения: 11 апреля 2024 г.).

⁵⁹ Art. 20 of the Provisions for the Protection of Products of Geographical Indication. URL: <https://www.wipo.int/wipolex/ru/text/475165> (дата обращения: 11 апреля 2024 г.).

⁶⁰ Art. 23 of the Provisions for the Protection of Products of Geographical Indication. URL: <https://www.wipo.int/wipolex/ru/text/475165> (дата обращения: 11 апреля 2024 г.).

⁶¹ Art. 15 of the Measures for the Administration of Geographical Indications of Agricultural Products. URL: <https://www.wipo.int/wipolex/ru/text/475239> (дата обращения: 11 апреля 2024 г.).

знака им самим. Указанные нарушения влекут наложение на владельца коллективного или сертификационного знака уполномоченным в сфере промышленности и торговли органом штрафа в размере трехкратной суммы неправомерно полученного дохода, но не более 30 тысяч юаней, а при отсутствии дохода – в размере 10 тысяч юаней⁶².

В случае, если административный департамент промышленности и торговли установит факт нарушения, он выносит нарушителю требование немедленно прекратить противоправные действия, а также конфискует и уничтожает контрафактные товары и инструменты, основным назначением которых является изготовление контрафактных товаров и подделка зарегистрированного знака. Если доход от неправомерных действий составил 50 000 юаней или более, на нарушителя налагается штраф в размере до пятикратной суммы полученного дохода; а при отсутствии дохода от неправомерных действий, или если доход от неправомерных действий составил менее 50 000 юаней, на нарушителя налагается штраф в размере до 250 000 юаней. Если нарушение совершено два или более раз в течение пяти лет или имеются иные отягчающие обстоятельства, наказание подлежит ужесточению. Если нарушение совершено без вины и нарушитель может доказать, что продукция получена законным путем, и предоставить информацию о поставщиках продукции, административный департамент промышленности и торговли ограничивается в отношении нарушителя распоряжением прекратить продажу неправомерно маркированной продукции.

Компенсация за неправомерное использование знака взыскивается по иску правообладателя в размере понесенного им реального ущерба, если таковой не поддается определению – в раз-

мере дохода, полученного нарушителем от неправомерного использования, а если и его определить не удастся – в размере средней суммы вознаграждения за предоставление права использования знака⁶³.

За любое нарушение правил использования географических указаний на товарах отделами качества и технического надзора, а также карантинными отделами инспекции ввоза и вывоза налагается административное взыскание в соответствии с Законами КНР о качестве продукции, о стандартизации, о проверке импортных и экспортных товаров⁶⁴.

Несоответствие продукта сельского хозяйства требованиям Порядка использования географических указаний на продуктах сельского хозяйства влечет прекращение МАРА регистрации географического указания, а нарушение требований Порядка физическим или юридическим лицом влечет ответственность в соответствии с Законом КНР О качестве и безопасности сельскохозяйственных продуктов⁶⁵.

По существу, гражданско-правовыми средствами в Китае охраняются лишь коллективные и сертификационные знаки, в то время как правоприменение в отношении географических указаний на товарах осуществляет СНИПА в рамках административного права, а в отношении географических указаний на продуктах сельского хозяйства осуществляемое МАРА правоприменение комбинировано с применением иных норм, регулирующих сельское хозяйство⁶⁶.

Сингапур

Общие положения

По Закону «О географических указаниях» 2014 г. продавцы и производители, а также ассоциации таковых получали защиту используемых

⁶² Art. 21–22 of the Measures for the Registration and Administration of Collective Marks and Certification Marks. URL: <https://www.wipo.int/wipolex/ru/text/475170> (дата обращения: 11 апреля 2024 г.).

⁶³ Art. 60, 63 of the Trademark Law of the People's Republic of China / URL: <https://www.wipo.int/wipolex/ru/text/579989> (дата обращения: 11 апреля 2024 г.).

⁶⁴ Art. 24 of the Provisions for the Protection of Products of Geographical Indication. URL: <https://www.wipo.int/wipolex/ru/text/475165> (дата обращения: 11 апреля 2024 г.).

⁶⁵ Art. 18, 23 of the Measures for the Administration of Geographical Indications of Agricultural Products. URL: <https://www.wipo.int/wipolex/ru/text/475239> (дата обращения: 11 апреля 2024 г.).

⁶⁶ Zhang Y.F., He L.M., Yan W.J. A comparison of the geographical indication regime between China and Italy // Reform of the Economic System. 2021. Vol. 4. P. 173–179.

ими географических указаний без регистрации, если географическое указание охранялось в стране происхождения, являющейся членом ВТО или Парижской конвенции. Также географические указания могли регистрироваться и охраняться как товарные знаки⁶⁷.

С заключением Соглашения о свободной торговле между ЕС и Сингапуром законодательство поменялось – вступившей в силу 1 апреля 2019 г. редакцией Закона «О географических обозначениях» и принятыми в его развитие Правилами о географических обозначениях установлен порядок регистрации и создан реестр географических указаний. Хотя по общему правилу теперь регистрация географических указаний в качестве товарных знаков не допускается⁶⁸, возможна регистрация коллективных (заявитель – ассоциация производителей) и сертификационных (заявитель – сертифицирующие орган или учреждение) знаков, при регистрации которых устанавливаются требования, соответствие коим позволяет лицу использовать такой знак⁶⁹.

Под географическим указанием понимается любое «обозначение, используемое в торговле для идентификации товаров как происходящих из определенного места, при условии, что (а) местом является соответствующая требованиям страна, регион или населенный пункт в соответствующей стране; и (б) качество, репутация или другие характеристики товара обусловлены происхождением из этого места»⁷⁰.

Условия регистрации

Заявка на регистрацию, подаваемая в Бюро интеллектуальной собственности Сингапура⁷¹, должна содержать: «(а) имя, адрес и гражданство заяви-

теля; (б) статус, в котором заявитель подает заявку на регистрацию; (с) географическое указание, для которого испрашивается регистрация; (d) географическую зону, обозначаемую регистрируемым указанием; (е) товары, к которым применяется географическое указание (закрытый перечень: вина, крепкий алкоголь, пиво, сыр, мясо и мясопродукты, морепродукты, пищевые и непищевые масла, фрукты, овощи, специи и приправы к мясу, кондитерские и хлебобулочные изделия, цветы и части цветов, натуральная резина); (f) качество, репутация или другие характеристики товара и то, каким образом это качество, репутация или другие характеристики (в зависимости от обстоятельств) связаны с местом происхождения товара; (g) если географическое указание, для которого испрашивается регистрация, относится к стране, отличной от Сингапура, доказательства того, что географическое указание получило признание или регистрацию в качестве географического указания в соответствующей стране происхождения»⁷².

В течение 6 недель с даты публикации принятой Бюро интеллектуальной собственности Сингапура заявки заинтересованное лицо вправе подать возражения⁷³. Тот же срок предусмотрен для ответа заявителем на возражения, по получении которого оппоненту предоставляется месяц для подачи дополнительных доказательств в поддержку возражения. После получения этих доказательств или после истечения месячного срока Бюро интеллектуальной собственности Сингапура назначает слушания, по итогам которых принимается решение о регистрации или об отказе в регистрации. Регистрация действительна в течение 10 лет с даты регистрации⁷⁴.

⁶⁷ Saraswat T. Protection of Geographical Indications in Singapore / URL: <https://www.khuranaandkhurana.com/2022/10/27/protection-of-geographical-indications-in-singapore/> (дата обращения: 11 апреля 2024 г.).

⁶⁸ Section 7 of the Trade Marks Act (Chapter 332) / URL: <https://www.wipo.int/wipolex/ru/text/581741> (дата обращения: 11 апреля 2024 г.).

⁶⁹ Schedules 1-2 of the Trade Marks Act (Chapter 332) / URL: <https://www.wipo.int/wipolex/ru/text/581741> (дата обращения: 11 апреля 2024 г.).

⁷⁰ Section 2 of the Geographical Indications Act 2014 / URL: <https://www.wipo.int/wipolex/ru/text/581746> (дата обращения: 11 апреля 2024 г.).

⁷¹ Официальный сайт Бюро / URL: <https://www.ipos.gov.sg/about-ip/geographical-indications> (дата обращения: 11 апреля 2024 г.).

⁷² Section 39 of the Geographical Indications Act 2014 / URL: <https://www.wipo.int/wipolex/ru/text/581746> (дата обращения: 11 апреля 2024 г.).

⁷³ Section 27 of the Geographical Indications Rules 2019 / URL: <https://www.wipo.int/wipolex/ru/text/508506> (дата обращения: 11 апреля 2024 г.).

⁷⁴ Section 50 of the Geographical Indications Act 2014 / URL: <https://www.wipo.int/wipolex/ru/text/581746> (дата обращения: 11 апреля 2024 г.).

Не подлежат регистрации:

«(а) указание, которое не подпадает под определение «географического указания»;

(б) географическое указание, идентифицирующее товары, которые не подпадают ни под одну из категорий установленного законом закрытого перечня товаров;

(в) географическое указание, противоречащее государственной политике или морали;

(г) географическое указание, которое не охраняется или перестало охраняться в стране или на территории его происхождения;

(д) географическое указание, идентичное общепринятому наименованию любого товара в Сингапуре, если запрашивается регистрация географического указания в отношении тех же товаров;

(е) географическое указание, содержащее название сорта растения или породы животного и способное ввести потребителя в заблуждение относительно истинного происхождения продукта;

(ж) географическое указание идентично или сходно с более ранним географическим указанием и относится к той же географической зоне;

(з) географическое указание идентично или сходно с товарным знаком, добросовестно использовавшимся или зарегистрированным до даты подачи заявки на регистрацию географического указания в Сингапуре (за исключением случаев, когда правообладатель товарного знака дает согласие на регистрацию или не возражает против регистрации);

(и) географическое указание идентично или сходно с товарным знаком, который до даты подачи заявки на регистрацию географического указания в Сингапуре был общеизвестным торговым знаком в Сингапуре, и регистрация географического указания может ввести потребителей в заблуждение относительно истинного происхождения товаров, маркируемых этим указанием (за исключением случаев, когда правообладатель

товарного знака дает согласие на регистрацию или не возражает против регистрации)»⁷⁵.

Условия использования

Неправомерным использованием географического указания признается⁷⁶:

«(1) использование географического указания в отношении любых товаров, которые были произведены не в месте, соответствующем этому указанию, что вводит потребителей в заблуждение относительно географического происхождения товаров;

(2) любое использование географического указания, которое представляет собой акт недобросовестной конкуренции по смыслу статьи 10 бис Парижской конвенции;

(3) любое использование географического указания в отношении продукта, который не был произведен в месте, соответствующем этому указанию, независимо от того, используется ли вместе с ним истинное географическое указание, используется ли оно в переводе, или сопровождается словами “вид”, “тип”, “стиль” или “имитация” или любым подобным словом или выражением;

использование географического указания, буквально соответствующего географическому происхождению рассматриваемого товара, но тем не менее вводящего потребителей в заблуждение относительно истинного географического происхождения товаров;

(4) использование товарного знака, который содержит географическое указание или состоит из него»⁷⁷.

При этом закон предусматривает оговорку, исключаящую признание неправомерным использование географического указания:

1) ставшего общепотребимым для определенных товаров в Сингапуре;

2) ставшего до 1 января 1995 г. наименованием сорта винограда в Сингапуре;

3) добросовестно использовавшегося за 10 лет до 15 апреля 1994 г.;

4) зарегистрированное в качестве товарного знака или использовавшегося в качестве такового

⁷⁵ Section 41 of the Geographical Indications Act 2014 / URL: <https://www.wipo.int/wipolex/ru/text/581746> (дата обращения: 11 апреля 2024 г.).

⁷⁶ Section 4 of the Geographical Indications Act 2014 / URL: <https://www.wipo.int/wipolex/ru/text/581746> (дата обращения: 11 апреля 2024 г.).

⁷⁷ Там же.

до 15 января 1999 г. или до даты регистрации географического указания в стране происхождения.

Защита

Для пресечения неправомерного использования географических указаний право на иск принадлежит любому заинтересованному лицу; в отношении коллективных и сертификационных знаков – правообладателю, однако, в случае его бездействия любой авторизованный пользователь также вправе обратиться за защитой нарушенного права.

В случае, когда факт неправомерного использования установлен, истец вправе требовать⁷⁸:

а) судебного запрета (с соблюдением таких условий, которые Суд сочтет целесообразными) для пресечения продолжения нарушения;

б) возмещения ущерба или взыскания полученной от нарушения прибыли;

с) в дополнение к пунктам (а) или (б) уничтожения или конфискации в пользу истца: товаров, на которые неправомерно нанесено географическое указание; материала, на который неправомерно нанесено географическое указание или сходное с ним и который используется ответчиком для маркировки или упаковки товаров, в качестве официальных бланков, или для рекламы товаров; изделий, использованных ответчиком для изготовления указанного материала и копий указания, идентичного географическому указанию или сходного с ним, либо которые ответчик имеет в своем распоряжении, на хранении или под контролем, зная или имея основания полагать, что они были или будут использованы для изготовления указанного материала и копий указания, идентичного географическому указанию или сходного с ним.

Законом предусмотрена ответственность за внесение или содействие внесению ложной записи в реестр или фальсификацию копии записи реестра (штраф до 50 000 долларов и/или ли-

шение свободы на срок до 5 лет); за представление незарегистрированного географического указания в качестве зарегистрированного; за ложное обозначение товаров как тех, в отношении которых зарегистрировано географическому указанию (штраф до 10 000 долларов)⁷⁹.

Бразилия

Общие положения

Закон Бразилии о промышленной собственности различает два вида географических указаний – обозначение источника и наименование места происхождения. Первое определяется репутацией товаров, произведенных внутри страны, города, региона или местности, а также территории внутри таковых. Признаком второго является известность в качестве места производства, природные и человеческие факторы которого влияют на качества или характеристики товара⁸⁰.

Тот же закон предусматривает, что в режиме товарных знаков регистрируются и охраняются сертификационные и коллективные знаки. Под сертификационными знаками понимаются такие, которые подтверждают соответствие товара стандартам, установленным в отношении его качества, сырья, материалов и методов производства. Под коллективными знаками понимаются такие, которые подтверждают производство товара или оказание услуг членом ассоциации или иного объединения⁸¹.

Условия регистрации

Заявка на регистрацию географического указания может быть подана ассоциацией, союзом или другим объединением, находящимся на территории, в отношении наименования которой испрашивается регистрация, и состоящим из производителей товара, в отношении которого используется регистрируемое географическое указание⁸².

⁷⁸ Sections 5–7 of the Geographical Indications Act 2014 / URL: <https://www.wipo.int/wipolex/ru/text/581746> (дата обращения: 11 апреля 2024 г.).

⁷⁹ Sections 24–25 of the Geographical Indications Act 2014 / URL: <https://www.wipo.int/wipolex/ru/text/581746> (дата обращения: 11 апреля 2024 г.).

⁸⁰ Art. 177–178 of the Law No. 9.279 of May 14, 1996 (Law on Industrial Property). URL: <https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/marcas/arquivos/protocolo-de-madri/lpi-trad-pms-rev-pms.pdf> (дата обращения: 11 апреля 2024 г.).

⁸¹ Art. 123 of the Law No. 9.279 of May 14, 1996 (Law on Industrial Property). URL: <https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/marcas/arquivos/protocolo-de-madri/lpi-trad-pms-rev-pms.pdf> (дата обращения: 11 апреля 2024 г.).

⁸² Статья 14 Постановления Министерства экономики № 04 от 12.01.2022. URL: https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/indicacoes-geograficas/arquivos/legislacao-ig/PORT_INPI_PR_04_2022.pdf (дата обращения: 11 апреля 2024 г.).

Та же норма допускает в случае наличия единственного производителя регистрацию за ним одним географическим указанием.

Заявка должна включать⁸³:

«1) Техническую спецификацию, в т.ч.:

а) описание товара или услуги, маркируемых географическим указанием;

б) определение границ географической зоны в соответствии с правилами Национальной картографической системы, за исключением географических зон, расположенных вне Бразилии;

в) в заявке на обозначение источника – описание процесса производства, благодаря которому заявляемое обозначение стало известным;

г) в заявке на наименование места происхождения – описание качеств или характеристик товара или услуги, обусловленных природными и человеческими факторами географической зоны;

д) описание механизма контроля соответствия товара или услуги спецификации;

е) условия и запреты использования географического указания; и

ж) санкции, применимые к нарушителю условий и запретов использования географического указания.

2) Доверенность на заявителя и документ, подтверждающий уплату соответствующего сбора.

3) Подтверждение правомочности заявителя (не требуется в случае, если заявитель является единственным производителем, о чем он представляет заявление):

а) локальные нормативные акты, зарегистрированные в компетентном органе, предусматривающие: представление интересов производителей товаров или поставщиков услуг; прямую связь с производителями товаров или поставщиками услуг; возможность подачи заявки; управление использованием географического указания в качестве цели деятельности; территориальную сферу деятельности, охватывающую географическую зону, к которой относится географическое указание;

б) протоколы общих собраний участников ассоциации об утверждении Устава, о назначении совета директоров, об утверждении технических спецификаций с перечнем производителей товаров или поставщиков услуг, чьи товары/услуги маркируются соответствующим географическим указанием;

в) копии удостоверения личности и выписок из реестра налогоплательщиков в отношении законных представителей заявителя; и

г) заявление, что предприятия производителей товаров или поставщиков услуг, маркируемых заявляемым географическим указанием, размещены в обозначаемой географической зоне.

4) в заявке на обозначение источника – документы, подтверждающие, что заявляемое обозначение стало известно как центр производства товара или предоставления услуги;

5) в заявке на наименование места происхождения – документы, подтверждающие влияние географической среды на качество или характеристики товара или услуги, и включающие описательные элементы:

а) географической среды, включая природные и человеческие факторы;

б) о качествах или характеристиках товара или услуги; и

в) о причинно-следственной связи между “а” и “б”.

6) документ, определяющий границы географического района, выданный органом государственной власти, к компетенции которого относится производство товара или оказание услуги, и включающий обоснование заявляемых границ;

7) графическое изображение, сопровождающее маркировку географическим указанием⁸⁴.

Порядок регистрации одинаков для географических указаний и сертификационных и коллективных знаков: после получения заявки INPI осуществляет ее формальную экспертизу и публикацию, в течение 60 дней с даты которой заинтересованные лица вправе подать возражения, а в случае подачи таковых заявителю предоставляет 60 дней на ответ, по истечении которых INPI осуществляет

⁸³ Там же. Ст. 16.

⁸⁴ Там же.

ее экспертизу по существу и принимает решение о регистрации или об отказе в регистрации⁸⁵.

«Заявку на регистрацию сертификационного знака может подать только лицо, не имеющее прямого коммерческого или производственного интереса в отношении товара или услуги, в отношении которых регистрируется сертификационный знак»⁸⁶.

Условия использования

Производители, находящиеся в пределах территории, обозначаемой географическим указанием, вправе использовать такое указание при условии соответствия техническим спецификациям и прохождения контроля, осуществляемого владельцем регистрации⁸⁷.

К заявке на регистрацию коллективного знака прилагаются условия его использования. К заявке на сертификационный знак – контролируемые характеристики маркируемого товара или услуги и меры контроля, реализуемые владельцем знака⁸⁸.

Причиной выбора производителями коллективного знака, а не географического указания является ограничительное толкование норм о наименовании места происхождения, согласно которому для того, например, чтобы использование в отношении вина наименования места происхождения было правомерным, весь виноматериал должен быть выращен на территории, указываемой таким наименованием места происхождения⁸⁹.

Защита

Закон Бразилии о промышленной собственности устанавливает уголовное наказание за правомерное использование географических указа-

ний в виде лишения свободы на срок от 1 до 3 месяцев или штрафа⁹⁰. Наказуемыми деяниями являются:

«1) производство, импорт, экспорт, продажа, демонстрация или предложение к продаже или хранение на складе товара с ложным географическим указанием;

2) использование на товаре, контейнере, обложке, ленте, этикетке, счете-фактуре, рекламном проспекте, плакате или на любых других средствах раскрытия информации или рекламы ориентировочных терминов, таких как “тип”, “вид”, “разновидность”, “система”, “аналогичный”, “замениватель”, “идентичный” и т.п., без указания истинного происхождения товара;

3) использование географического указания в качестве товарного знака, коммерческого наименования, названия учреждения, эмблемы, рекламного выражения или логотипа или любое другое использование, указывающее на источник товара, отличный от истинного, или продажа или предложение к продаже товара с такими знаками»⁹¹.

Предусмотрены также стандартные для большинства рассматриваемых юрисдикций средства гражданско-правовой защиты: судебный запрет, компенсация, изъятие контрафактных товаров. При этом выбор способа определения размера компенсации осуществляется по принципу наилучшего для стороны, пострадавшей от нарушения, исходя из: дохода, который правообладатель мог бы получить, если бы нарушение не произошло; дохода, полученного нарушителем благодаря нарушению⁹².

⁸⁵ Там же. Ст. 19–22.

⁸⁶ Art. 155-160 of the Law No. 9.279 of May 14, 1996 (Law on Industrial Property). URL: <https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/marcas/arquivos/protocolo-de-madri/lpi-trad-pms-rev-pms.pdf> (дата обращения: 11 апреля 2024 г.).

⁸⁷ Par. 3 Art. 128 of the Law No. 9.279 of May 14, 1996 (Law on Industrial Property). URL: <https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/marcas/arquivos/protocolo-de-madri/lpi-trad-pms-rev-pms.pdf> (дата обращения: 11 апреля 2024 г.).

⁸⁸ Статья 15 Постановления Министерства экономики № 04 от 12.01.2022. URL: https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/indicacoes-geograficas/arquivos/legislacao-ig/PORT_INPI_PR_04_2022.pdf (дата обращения: 11 апреля 2024 г.).

⁸⁹ Art. 147-148 of the Law No. 9.279 of May 14, 1996 (Law on Industrial Property). URL: <https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/marcas/arquivos/protocolo-de-madri/lpi-trad-pms-rev-pms.pdf> (дата обращения: 11 апреля 2024 г.).

⁹⁰ *Bruch K., Vieira A., Barbosa P.* A comparative analysis on a differentiation perspectives between Collective Trademarks and Geographical Indications in the Brazilian wine sector. 2014 / URL: https://www.researchgate.net/publication/268333071_A_comparative_analysis_on_a_differentiation_perspectives_between_Collective_Trademarks_and_Geographical_Indications_in_the_Brazilian_wine_sector (дата обращения: 11 апреля 2024 г.).

⁹¹ Art. 192–194 of the Law No. 9.279 of May 14, 1996 (Law on Industrial Property). URL: <https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/marcas/arquivos/protocolo-de-madri/lpi-trad-pms-rev-pms.pdf> (дата обращения: 11 апреля 2024 г.).

⁹² Там же.

⁹³ Art. 209–210 of the Law No. 9.279 of May 14, 1996 (Law on Industrial Property). URL: <https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/marcas/arquivos/protocolo-de-madri/lpi-trad-pms-rev-pms.pdf> (дата обращения: 11 апреля 2024 г.).

Выводы

Определения географического указания и наименования места происхождения за рубежом являются трехчастными: (1) оба представляют собой обозначение географической единицы, с территории которой происходит товар, (2) характеристики которого определяются географическим происхождением (ГУ) или природными и антропогенными факторами (НМПТ), имеющимися на (3) территории, где осуществляются хотя бы один (ГУ) или все (НМПТ) этапы производства товара.

Первым многосторонним международным договором, затрагивающим вопрос охраны географических указаний и наименований мест происхождения, стала 20 марта 1883 г. Парижская конвенция по охране промышленной собственности. 31 октября 1958 г. было подписано Лиссабонское соглашение об охране наименований мест происхождения товаров и их международной регистрации, однако из рассмотренных далее юрисдикций только страны ЕС присутствуют среди 43 участников этого соглашения, в то время как Парижская конвенция (179 участников) и ТРИПС (164 участника) приняты каждой из них. 15 апреля 1994 г. Соглашение по торговым аспектам интеллектуальной собственности (ТРИПС) установило стандарты защиты географических указаний, обязав страны-участницы принять соответствующие нормы на национальном уровне⁹³.

К вопросу о готовности к созданию международной системы охраны ГУ и НМПТ стоит добавить, что во многих странах допускается регистрация географических обозначений (топонимов) в качестве коллективных или сертификационных (гарантийных) знаков. Правообладателями первых являются ассоциации производителей и (или) продавцов, членство которых в ассоциации и обозначается коллективным знаком. Правообладателями вторых являются государственные или общественные организации, контролиру-

ющие соответствие товара установленному стандарту и предоставляющие право маркировать товары сертификационным (гарантийным) знаком производителям и (или) продавцам, чьи товары прошли проверку.

Из признаков коллективных и сертификационных (гарантийных) знаков следует, что они ближе к товарным знакам, с тем отличием, что право использования предоставляется не на основании лицензионного договора с индивидуально согласуемыми для каждого лицензиата условиями, а на основании единого для всех пользователей регламента (своего рода открытая лицензия), в соответствии с которым осуществляется, соответственно, прием в члены ассоциации или проверка соблюдения требований к качеству товара.

Несмотря на это сохраняют актуальность двусторонние соглашения, т.к. представители стран, наиболее заинтересованных в охране своих географических указаний за рубежом, констатируют недостаточность принятых для имплементации ТРИПС нормативных актов⁹⁴. Показательно, что такие соглашения как предшествовали ТРИПС (Франция-Германия 1960, Франция-Испания 1973), так и воспоследовали ему (ЕС-Австралия 1994, 2008; ЕС-ЮАР 1999, 2002; ЕС-Чили 2002; ЕС-Канада 2004; ЕС-США 2005; ЕС-Мексика 1997; ЕС-Швейцария 1999). Однако последние посвящены исключительно винам и иным алкогольным напиткам и призваны решить специфические разногласия, в частности, касающиеся наименований, охраняемых в стране происхождения, но ставших родовыми общеупотребимыми понятиями в других странах⁹⁵. В 2011 г. между ЕС и Кореей, а в 2012 г. между ЕС и Сингапуром, Колумбией, Перу, Украиной заключены соглашения о взаимном признании географических указаний, в рамках которых географические указания, зарегистрированные одной из участниц соглашения, признаются второй стороной без прохождения экспертизы⁹⁶.

⁹³ *van Caenegem W., Cleary J., Drahos P.* Pride and Profit: Geographical Indications as Regional Development Tools in Australia. *Journal of Economic and Social Policy*. 2014. No. 16. Article 5. P. 1. URL: https://www.researchgate.net/publication/274638862_Pride_and_Profit_Geographical_Indications_as_Regional_Development_Tools_in_Australia (дата обращения: 11 апреля 2024 г.).

⁹⁴ *Marie-Vivien D., Biénabe E., Sautier D., Thevenod E.* Bilateral agreements for geographical indications: the evaluation 'of the local by the local. XXVth ESRS Congress. 2013. URL: https://www.researchgate.net/publication/260312146_Bilateral_agreements_for_geographical_indications_the_evaluation_of_the_local_by_the_local (дата обращения: 11 апреля 2024 г.).

⁹⁵ Там же.

⁹⁶ Там же.

По существу, хотя и требуя унификации, ТРИПС не создало единой системы охраны географических указаний и наименований мест происхождения – на примере целого ряда стран в обзоре раскрыты различия в предоставляемой географическим указанием и наименованиям мест происхождения охране.

Список литературы:

1. Горленко С.А. Совершенствование международной системы правовой охраны наименований мест происхождения товаров и географических указаний / URL: http://www.rupto.ru/press/news_archive/inform2015/present_konf/Gorlenko.pdf (дата обращения: 11 апреля 2024 г.)
2. Парижская конвенция по охране промышленной собственности [Текст] : Комментарий / Г. Боденхаузен; Пер. с фр. Тумановой Н.Л. ; Под ред. проф. Богуславского М.М. ; Вступ. статья Питовранова Е.П. – Москва : Прогресс, 1977. – 310 с.
3. Унификация и гармонизация в международном частном праве. Вопросы теории и практики: Монография / Отв. ред. Г.К. Дмитриева, М.В. Мажорина. М.: НОРМА, ИНФРА-М, 2016. 208 с.
4. Balasubramanian S. India: Traditional Knowledge And Patent Issues: An Overview Of Turmeric, Basmati, Neem Cases / URL: <https://www.mondaq.com/india/patent/586384/traditional-knowledge-and-patent-issues-an-overview-of-turmeric-basmati-neem-cases> (дата обращения: 11 апреля 2024 г.)
5. Bruch K., Vieira A., Barbosa P. A comparative analysis on a differentiation perspectives between Collective Trademarks and Geographical Indications in the Brazilian wine sector. 2014. URL: https://www.researchgate.net/publication/268333071_A_comparative_analysis_on_a_differentiation_perspectives_between_Collective_Trademarks_and_Geographical_Indications_in_the_Brazilian_wine_sector (дата обращения: 11 апреля 2024 г.)
6. Calboli I. Expanding the Protection of Geographical Indications of Origin under TRIPS: Old Debate or New Opportunity // Marq. Intell. Prop. L. Rev. 2006. Vol. 10. No. 181.
7. Callmann R. The Technical Trade-Marks of the Lanham Act. New York Law Review. 1950. No. 25.
8. Hassan D., Monier-Dilhan S., Orozco V. Measuring Consumers' Attachment to Geographical Indications: Implications for Competition Policy / Toulouse School of Economics working paper series. URL: <https://www.tse-fr.eu/sites/default/files/medias/doc/wp/fff/11-225.pdf> (дата обращения: 11 апреля 2024 г.)
9. Kemp D.J., Forsythe L.M. Trademarks and Geographical Indications: a case of California champagne // Chapman Law Review. 2007. Vol. 10. No. 2. URL: <https://digitalcommons.chapman.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1105&context=chapman-law-review> (дата обращения: 11 апреля 2024 г.)
10. Marie-Vivien D., Biénabe E., Sautier D., Thevenod E. Bilateral agreements for geographical indications: the evaluation 'of the local by the local. XXVth ESRS Congress. 2013. URL: https://www.researchgate.net/publication/260312146_Bilateral_agreements_for_geographical_indications_the_evaluation_'of_the_local_by_the_local (дата обращения: 11 апреля 2024 г.)
11. Profeta A., Balling R., Schoene V., Wirsig A. Protected Geographical Indications and Designations of Origin: An Overview of the Status Quo and the Development of the Use of Regulation (EC) 510/06 in Europe, With Special Consideration of the German Situation // Journal of International Food & Agribusiness Marketing. 2010. Vol. 22.
12. Qi X. Legal Protection Status and Prospects of Geographical Indications // Frontiers in Humanities and Social Sciences. 2023. Vol. 3. URL: https://www.researchgate.net/publication/369562178_Legal_Protection_Status_and_Prospects_of_Geographical_Indications (дата обращения: 11 апреля 2024 г.)
13. Qian W., Dong Y. Comparative study on the geographical indication protection between China and the European Union – From the perspective of the China-EU Geographical Indications Agreement // Agricultural Economics (Zemědělská ekonomika). 2023. V. 69. URL: https://www.researchgate.net/publication/371086850_Comparative_study_on_the_geographical_indication_protection_between_China_and_the_European_Union_-_From_the_perspective_of_the_China-EU_Geographical_Indications_Agreement (дата обращения: 11 апреля 2024 г.)

-
14. *Saraswat T.* Protection of Geographical Indications in Singapore / URL: <https://www.khuranaandkhurana.com/2022/10/27/protection-of-geographical-indications-in-singapore/> (дата обращения: 11 апреля 2024 г.).
15. *van Caenegem W., Cleary J., Drahos P.* Pride and Profit: Geographical Indications as Regional Development Tools in Australia. *Journal of Economic and Social Policy*. 2014. No. 16. Article 5. URL: https://www.researchgate.net/publication/274638862_Pride_and_Profit_Geographical_Indications_as_Regional_Development_Tools_in_Australia (дата обращения: 11 апреля 2024 г.).
16. *Zhang Y.F., He L.M., Yan W.J.* A comparison of the geographical indication regime between China and Italy // *Reform of the Economic System*. 2021. Vol. 4.

Научная статья
УДК 347.772

Для цитирования:

Пченушай К.А. Поисковая реклама и нарушение прав на товарный знак: российский и зарубежный опыт // Журнал Суда по интеллектуальным правам. Июнь 2024. № 2 (44). С. 235–245.

DOI: 10.58741/23134852_2024_2_14

Pchenushay K.A. Search Advertising and Trademark Infringement: Russian and Foreign Experience // Zhurnal Suda po intellektual'nym pravam. June 2024. N 2 (44). Pp. 235–245. (In Russ.).

DOI: 10.58741/23134852_2024_2_14

DOI: 10.58741/23134852_2024_2_14

Поисковая реклама и нарушение прав на товарный знак: российский и зарубежный опыт



К.А. Пченушай,
студент 2 курса магистерской программы «Цифровое право» НИУ ВШЭ,
г. Москва, Россия,
Author ID в РИНЦ: 1145117

В настоящей статье рассматривается вопрос о правомерности использования чужих товарных знаков в качестве ключевых слов, являющихся критериями для показа рекламных объявлений. В рамках настоящей статьи были исследованы и систематизированы сложившиеся в судебной практике России, США и Европейского союза подходы к разрешению споров, связанных с использованием ключевых слов в поисковой рекламе. Автором выявлены ключевые сходства и различия в понимании рассматриваемого явления судами разных юрисдикций. На основе проведенного исследования автором предлагается новый для российской судебной практики подход к разрешению данной категории споров, учитывающий позитивный иностранный опыт и задающий критерии для комплексной оценки фактических обстоятельств дела. По мнению автора, предлагаемый им подход призван обеспечить баланс интересов сторон рассматриваемых правоотношений – исключить необоснованное привлечение рекламодателей к ответственности за нарушения прав на товарный знак и защитить правообладателей от недобросовестного поведения конкурентов при использовании механизмов поисковой рекламы.

Ключевые слова:

товарные знаки; нарушение прав на товарный знак; поисковая реклама; использование товарных знаков в качестве ключевых слов, судебная практика.

В последние годы одним из наиболее эффективных способов продвижения товаров и услуг в Интернете стала поисковая реклама – разновидность контекстной рекламы, суть которой сводится к демонстрации пользователю рекламного объявления вместе с иными результатами поисковой выдачи при наличии в тексте поискового запроса слов или словосочетаний, совпадающих с заранее заданными рекламодателем ключевыми словами.

Рекламируемые сайты появляются под заголовком «спонсируемые ссылки», который отображается либо в правой части экрана, справа от основных результатов, либо в верхней, над основными результатами. За каждый клик по рекламной ссылке рекламодатель выплачивает вознаграждение оператору соответствующего рекламного сервиса. Эта плата рассчитывается, в частности, на основе «максимальной цены за клик», которую рекламодатель согласился заплатить при заключении договора на оказание услуг по размещению ссылок, и на основе количества переходов по этой ссылке пользователей Интернета. Наиболее известными рекламными сервисами являются Ads от Google, «Яндекс. Директ» от Яндекса и Bing Ads от Yahoo.

Распространение такого вида рекламы актуализировало проблему правомерности использования в качестве ключевых слов обозначений, совпадающих с зарегистрированными товарными знаками без согласия правообладателя. Действующие правила предоставления крупнейшими поисковыми сервисами услуг по осуществлению поисковой рекламы не ограничивают рекламодателей в выборе в качестве ключевых слов средств индивидуализации третьих лиц, что породило новую категорию споров о защите исключительных прав, подход к разрешению которых, сформированный в решениях судебных инстанций, вряд ли можно назвать системным.

В настоящей статье систематизирована практика рассмотрения споров в сфере использования товарных знаков в поисковой рекламе в отдельных юрисдикциях (Россия, США, Европейский союз) в целях выработки наиболее оптимального подхода, учитывающего особенности товарного знака как правовой и экономической категории. Рассмотренная в рамках настоящего исследования практика позволяет сделать вывод о том, что суды разных стран склонны принимать противоположные по существу решения по спорам со сходными фактическими обстоятельствами. Отсутствие единообразия при квалификации использования чужого товарного знака в качестве параметра автоматизированного показа рекламных объявлений обусловлено главным образом отличиями в главенствующих в рассматриваемых юрисдикциях подходах к пониманию товарного знака не только как объекта правоотношений, но и как маркетингового инструмента, а также его места в инновационных способах продвижения товаров и услуг.

В рамках настоящего исследования главным образом рассматривались споры по искам к рекламодателям (лицам, непосредственно использующим товарные знаки конкурентов в качестве ключевых слов) как представляющие наибольший практический интерес по сравнению со спорами с администраторами рекламных сервисов, поскольку, во-первых, последние были достаточно подробно освещены как в российской¹, так и в иностранной литературе², а во-вторых, в результате наиболее громких судебных споров последних лет крупные администраторы сервисов поисковой рекламы фактически отстаивали свое право не признаваться нарушителями при предоставлении рекламодателям права использовать зарегистрированные товарные знаки третьих лиц в качестве ключевых слов³.

¹ См. например: Самсонова А.Ю. Ответственность поисковых систем по искам о нарушении прав на товарный знак в связи с использованием ключевых слов: российская и зарубежная практика // Право в сфере Интернета. 2018. С. 430–448; Савельев А.И. Электронная коммерция в России и за рубежом: правовое регулирование // 3-е изд., перераб. и доп. М.: Статут, 2020. С. 753–779.

² См. например: *Bechtold S., Tucker C.* Trademarks, triggers, and online search // *Journal of Empirical Legal Studies*. 2014. V. 11. № 4. P. 718–750; *Kemnitzer K.* Beyond Rescucom v. Google: The Future of Keyword Advertising // *Berkeley Tech. LJ*. 2010. V. 25. P. 401–427.

³ См. например: *Rosetta Stone v. Google*, 676 F.3d 144 (4th Cir. 2012); *Rosetta Stone and Google settle trademark lawsuit* // URL: <https://www.cnbc.com/2012/10/31/rosetta-stone-and-google-settle-trademark-lawsuit.html> (дата обращения: 22 февраля 2024 г.); *Rescucom Corp. v. Google Inc.* 562 F.3d 123 (2nd Cir. 2009); *Rescucom drops AdWords suit* // URL: <https://www.pinsentmasons.com/out-law/news/rescucom-drops-adwords-suit> (дата обращения: 22 февраля 2024 г.).

1. Технический подход в российской судебной практике

В соответствии с положениями ст. 1484 ГК РФ за правообладателем закреплена монополия на использование принадлежащего ему обозначения, зарегистрированного в качестве товарного знака, в частности словесного, для индивидуализации производимых и (или) распространяемых им товаров. В числе способов использования, на которые распространяется исключительное право, упомянуты: размещение товарного знака в рекламных объявлениях (подп. 4 п. 2 ст. 1484 ГК РФ), а также размещение в сети «Интернет», в том числе в доменном имени и при других способах адресации (подп. 5 п. 2 ст. 1484 ГК РФ). Буквальное толкование нормативных положений позволяет сделать вывод о том, что «зашивание» товарного знака в алгоритм демонстрации рекламного объявления однородных товаров конкурента является нарушением прав правообладателя-конкурента. Однако при более детальном рассмотрении принципов работы алгоритмов контекстной рекламы идея применения формального подхода, при котором минимально необходимым критерием для установления нарушения прав на товарный знак третьего лица является наличие в привязанных к рекламному объявлению ключевых слова обозначения, идентичного такому товарному, представляется сомнительной. Верховный Суд РФ обращает внимание на то, что использование в качестве ключевых слов товарных знаков третьих лиц с учетом целей такого использования может являться нарушением законодательства о защите конкуренции, а именно нарушением в соответствии ст. 14.6 Федерального закона «О защите конкуренции», которое может выражаться в незаконном использовании обозначения, тождественного товарному знаку, в частности в сети Интернет, включая размещение в доменном имени и при других способах адресации⁴. Однако необходимо учитывать, что, взаимодействуя с ре-

зультатами поисковой выдачи, пользователь не видит заданных рекламодателем ключевых слов, поскольку словесный товарный знак, как правило, визуально не отображается в тексте самого рекламного объявления; а рекламируемые таким образом товары напрямую не маркируются использованным в качестве ключевого слова товарным знаком, что снижает вероятность смешения для среднестатистического потребителя. В случаях, когда товарный знак не только используется при настройке параметров контекстной рекламы, но и является визуально доступным для пользователя (например, фигурирует в тексте рекламного объявления или в названии рекламируемого сайта), у судов не возникает сомнений относительно квалификации таких действий в качестве нарушения⁵. При этом, если указанный «визуальный» элемент отсутствует, российские суды при рассмотрении данной категории дел расценивают использование ключевых слов исключительно как функционально интегрированный в архитектуру поисковой системы инструмент, не образующий нарушения и не создающий рисков смешения. В литературе такой подход именуется техническим⁶. Квалификация товарных знаков в качестве технического параметра, лишенного индивидуализирующей способности, является преобладающим в практике Суда по интеллектуальным правам и прослеживается в целом ряде решений. Основным аргументом Суда по интеллектуальным правам в подтверждение данной позиции состоит в том, что ключевое слово является лишь «техническим параметром показа рекламного объявления в поисковой системе», которое не обладает индивидуализирующей функцией – на основании ключевого слова невозможно выделить конкретное объявление из всех существующих, при этом потребителю не известны настройки выданных результатов поиска, поэтому ключевое слово не является самостоятельным способом использования товарного знака по смыслу ст. 1484 ГК РФ⁷. Данные выво-

⁴ Пункт 172 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23 апреля 2019 г. № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации».

⁵ Постановление Суда по интеллектуальным правам от 7 апреля 2021 г. по делу № А56-110340/2019.

⁶ Биюков Э.А. Использование товарного знака в ключевом слове (мета-теге keywords) интернет-страницы // Журнал Суда по интеллектуальным правам. 2018. № 20. С. 58–63 // URL: <http://ipcmagazine.ru/trademark-law/use-of-a-trademark-in-a-keyword-a-meta-tag-of-keywords-of-a-web-page> (дата обращения: 22 февраля 2024 г.).

⁷ Постановление Суда по интеллектуальным правам от 16 августа 2021 г. по делу № А41-88433/2018.

ды поддержал Верховный суд, сформировав таким образом руководящий принцип для последующего рассмотрения схожих дел нижестоящими судебными инстанциями, которые в подавляющем большинстве случаев рассматривают использование товарного знака при настройке параметров отображения рекламных объявлений исключительно как техническое, не содержащее элементов нарушения исключительного права на товарный знак⁸.

В качестве дополнительного обоснования суды также отмечают, что одно и то же ключевое слово может быть выбрано для нескольких объявлений одного рекламодателя, а также для объявлений разных рекламодателей⁹.

В продолжение указанного подхода арбитражные суды отрицают квалификацию ключевых слов в качестве частных случаев использования товарных знаков, предусмотренных ст. 1484 ГК РФ. Заслуживает внимания аргументация Арбитражного суда г. Москвы, содержащаяся в решении по делу № А40-217174/16-5-1882. Суд, анализируя возможность ключевых слов служить альтернативным по отношению к доменному имени способу адресации в сети Интернет, приходит к выводу, что невозможность обеспечить посредством ключевого слова точную, исключаящую вариативность идентификацию адресата в поисковой выдаче исключает такую квалификацию («После введения ключевых слов «onlinetur», «онлайнтур», «онлайнтур.ру», «онлайнтур.рф», «онлайнтур.рф» и «online-tur.ru» поисковые системы выдали результат поиска – перечень возможных ресурсов, в том числе и не относящихся к деятельности ответчика»)¹⁰.

Примечательно, что использование товарного знака в качестве ключевого слова признается использованием по смыслу ст. 1484 ГК РФ и может квалифицироваться как способ адресации при использовании технологии «динамическая вставка ключевых слов» – услуги, предоставляемой сервисами поисковой рекламы, суть которой состоит

в том, что в текст рекламного объявления автоматически добавляются ключевые слова, которые вызвали его показ¹¹. Использование данной функции квалифицируется в данном случае как использование товарного знака в виде предложения о продаже товаров, объявления, рекламы, а также способа адресации¹². Неприменение технического подхода аргументируется тем, что «намеренное указание в качестве ключевого слова товарного знака предполагает и предопределяет его отображение в рекламном объявлении (фактически «конструирует» (создает) предлагаемую к распространению рекламу)»¹³, что еще раз подчеркивает значимость «визуального элемента» в составе нарушения прав на товарный знак.

Иногда в практике встречается и отступление от технического подхода, не обусловленное наличием «визуального элемента». Так, Девятый арбитражный апелляционный суд посчитал, что использование товарного знака в качестве ключевого слова в системах «Яндекс.Директ», Google Adwords и т.д. является способом использования товарного знака по смыслу ст. 1484 ГК РФ, а именно представляет собой один из способов адресации, получения доступа к сайтам ответчиков. «Таким образом, пользователи сети Интернет, желающие найти сайт бренда “Ремонтиста”, вводятся в заблуждение выдаваемыми результатами поиска»¹⁴. Более детальной аргументации данной позиции, к сожалению, приведено не было. Примечательно, что решение устояло при кассационном пересмотре в Суде по интеллектуальным правам, который склонен рассматривать данную категорию споров через призму технической функциональности ключевых слов.

В литературе высказывается мнение, что технический подход к разрешению споров о ключевых словах способствует развитию конкуренции на товарных рынках и стимулирует участников гражданского оборота к поиску новых иннова-

⁸ Определение Верховного Суда РФ от 9 декабря 2021 г. № 305-ЭС21-23174 по делу № А41-88433/2018.

⁹ Постановление Суда по интеллектуальным правам от 26 сентября 2018 г. по делу № А40-200682/2017.

¹⁰ Решение Арбитражного суда г. Москвы от 22 марта 2017 г. по делу № А40-217174/16-5-1882.

¹¹ <https://support.google.com/google-ads/answer/2454041?hl=ru>

¹² Постановление Суда по интеллектуальным правам от 2 декабря 2019 г. по делу № А62-7909/2018.

¹³ Там же.

¹⁴ Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 21 января 2021 г. № 09АП-51524/2020 по делу № А40-147213/2018.

ционных механизмов продвижения своих продуктов, поскольку существенно ограничивает возможность правообладателя злоупотреблять своей монополией на товарный знак, используя ее для искусственного изъятия из свободного употребления сходных с ним обозначений для целей, не связанных с индивидуализации конкретных товаров¹⁵.

Однако несмотря на наличие в таком подходе рационального элемента, он все же представляется несколько несовершенным, не учитывающим особенности товарного знака как правовой и экономической категории. В качестве критических замечаний к данному подходу авторы справедливо отмечают, что он не учитывает предназначение товарного знака как своеобразного маркера, идентифицирующего в глазах потребителей товар определенного производителя в массиве аналогичных по назначению товаров – данная функция товарного знака в полной мере реализуется и в онлайн-торговле, поскольку пользователь, вбивающий в поисковую строку конкретное словесное обозначение, зарегистрированное в качестве товарного знака, обоснованно ожидает, что наиболее отвечающая его запросу информация появится в первых строках поисковой выдачи¹⁶. В этой связи ключевое слово может являться способом использования товарного знака, поскольку цель индивидуализации товаров реализуется через расположение рекламируемого сайта в определенном месте в поисковом запросе¹⁷.

Несовершенство технического подхода можно проиллюстрировать через проведение параллели со сходной с ним по существу доктриной функциональности, используемой иностранными судами в целом ряде юрисдикций, в том числе и по спорам, связанным с ключевыми словами. Суть данной доктрины в ее традиционном прочтении состоит в том, что правовой охране не должны подлежать элементы товарного знака, несущие ис-

ключительно утилитарную функцию (то есть элементы, которые необходимы для использования или назначения товара или же влияют на его цену или качество и т.д.). Правообладатель в подавляющем числе случаев не определяет качественные характеристики элементов, не охраняемых в соответствии с доктриной функциональности. В случае же с поисковой рекламой утилитарную функцию выполняет исключительно сама технология ключевых слов, являющаяся неотъемлемым элементом механизма автоматической выдачи контекстных рекламных объявлений. Однако выбор конкретных обозначений не обусловлен внутренними признаками поисковой системы и принципами ее работы, а полностью зависит от усмотрения рекламодателя, который заинтересован в том, чтобы выбрать ключевые слова, аккумулирующие наибольший интерес у потребителей соответствующей категории товаров. Таким образом, нельзя говорить об утилитарной функции ключевых слов.

2. Судебная практика США: доктрина «искажения первоначального интереса»

Как отмечают Р. Познер и У. Лэндис, экономическая ценность товарного знака складывается, в частности, из затрат компании на качество продукции, сервис и рекламу, на которых в совокупности базируется репутация бренда. В итоге потребитель платит более высокую цену за товар, маркированный хорошо известным товарным знаком в обмен на сокращение времени, необходимого для поиска информации о товаре и принятия решения о его приобретении¹⁸. Соответственно, в ситуации, когда компания-конкурент для продвижения своих товаров на рынке использует чужой товарный знак как ключевое слово, она нивелирует преимущества правообладателя, фактически паразитируя на чужой узнаваемости и репутации. Выбирая то или иное обозначение в качестве ключевого слова, рекламодатель ориенти-

¹⁵ Савельев А.И. Электронная коммерция в России и за рубежом: правовое регулирование // 3-е изд., перераб. и доп. М.: Статут, 2020. С. 766.

¹⁶ Борисенко А.В. Риски использования товарных знаков конкурентов в контекстной рекламе в поисковых системах // Закон. 2021. № 10. [Электронный ресурс]. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 22 февраля 2024 г.).

¹⁷ Бююков Э.А. Использование товарного знака в ключевом слове (мета-теге keywords) интернет-страницы // Журнал Суда по интеллектуальным правам. 2018. № 20. С. 58–63 // URL: <http://ipcmagazine.ru/trademark-law/use-of-a-trademark-in-a-keyword-a-meta-tag-of-keywords-of-a-web-page> (дата обращения: 22 февраля 2024 г.).

¹⁸ Landes W.M., and Posner R.A. The economic structure of intellectual property law. Harvard university press, 2003. P. 168.

руется на его популярность среди пользователей, выраженную в частоте запросов. Сильный товарный знак с устоявшейся репутацией будет обособленно аккумулировать большее количество запросов, чем менее известный. Поэтому, выбирая его в качестве параметра для показа своего рекламного объявления, лицо получает выгоду в виде внимания потребителей, не неся при этом никаких затрат на развитие собственной репутации.

Данный тезис выходит за пределы традиционной для теории товарных знаков доктрины смешения – потребитель в большинстве случаев не вводится в заблуждение относительно происхождения товара. Однако если бы не алгоритмы поиска, настроенные с привязкой к упоминанию известного товарного знака, то он скорее всего никогда бы не узнал о товарах рекламодателя и не пришел на его сайт. Присвоение чужой деловой репутации (*goodwill*) без создания смешения как самостоятельный вид нарушения прав на товарный знак рассматривается американскими судами через призму доктрины «*initial interest confusion*» («искажение первоначального интереса»). В соответствии с положениями данной концепции неправомерным считается введение потребителя в заблуждение на стадии принятия решения о покупке несмотря на то, что в момент приобретения сомнений относительно природы происхождения товара уже нет¹⁹. Частными случаями проявления данной концепции является создание у потребителя впечатления связи товаров с другим известным производителем, которое вызывает у него начальный интерес к приобретению²⁰ или привлечение его в магазин, который посредством рекламы анонсирует наличие товара со знакомым товарным знаком, но затем предлагает другой товар той же категории, не скрывая при этом, что предлагаемый им товар не является товаром с искомым товарным знаком²¹.

Подход, основанный на доктрине «искажения первоначального интереса», используется американскими судами и при рассмотрении спо-

ров, связанных с использованием чужого товарного знака в качестве ключевого слова при реализации поисковой рекламы. Так, известный производитель товаров для взрослых Playboy обратился с иском к поисковой системе Netscape, которая выдавала пользователям, введшим в строку поискового запроса термины «playboy» и «playmate» (зарегистрированные словесные товарные знаки истца) среди первых результатов запроса рекламные объявления с сайтами конкурентов, предлагавших однородные товары. По мнению истца, подобная практика позволяет конкурентам аккумулировать потребительский спрос благодаря неправомерной ассоциации с более известным брендом. Отмечалось, что в рекламе не идентифицирован ее источник, что создает впечатление связи сайтов конкурентов с Playboy. Апелляционный суд девятого округа США применил «*initial interest confusion*» и установил нарушение прав истца, которое выразилось в том, что пользователь, ищущий оригинальную продукцию, может быть «отвлечен» сайтом конкурента: «Даже если сразу после посещения сайта конкурента пользователи поймут, что попали на сайт, совершенно не связанный с сайтом Playboy, ущерб правообладателю уже будет нанесен»²². В основу данного вывода легли следующие аргументы:

- 1) широкая известность товарных знаков истца;
- 2) использование товарных знаков для продвижения однородных товаров;
- 3) неразборчивость и низкий уровень внимательности потребителей при поиске подобной категории товаров (в данном случае – товаров «для взрослых»);
- 4) создание у пользователей впечатления связи продвигаемых товаров с производителем, обладающим высокой репутацией;
- 5) отсутствие в рекламном объявлении указания на источник.

При этом свойственная российским судам квалификация ключевых слов как исключитель-

¹⁹ *Maynard B.J.* The Initial Interest Confusion Doctrine and Trademark Infringement on the Internet // Wash. & Lee L. Rev. 2000. V. 57. P. 1304–1305.

²⁰ *Mobil Oil Corp. v. Pegasus Petroleum Corp.*, 818 F.2d 254 (2d Cir. 1987).

²¹ *Brookfield Communications, Inc. v. West Coast Entertainment Corp.*, 174 F.3d 1036 (9th Cir. 1999).

²² *Playboy Enterprises, Inc. v. Netscape Communications Corp.*, 354 F.3d 1020 (9th Cir. 2004).

но технических параметров поисковой системы, обусловленных лишь функциональной необходимостью, иногда прослеживается и в решениях американских судебных инстанций. Такой подход основывается на приведенной выше доктрине функциональности, в соответствии с которой не допускается заявлять права на товарный знак в отношении характеристики продукта, если она «является существенной (неотъемлемой) для целей его использования или влияет на стоимость или качество продукта», – даже если потребители стали ассоциировать определенную характеристику с одним продавцом, она не может служить товарным знаком, если монополия правообладателя на нее поставит конкурентов в невыгодное положение²³. Однако фактические обстоятельства дел, в которых суды не находят в ключевых словах признака «use in commerce» (конститутивного элемента нарушения прав на товарный знак в соответствии с Lanham Act (1946), который выражается в коммерческом характере использования) на основании доктрины функциональности, существенно отличаются от поисковой рекламы. Примером «функционального использования товарного знака» является дело *1-800 Contacts, Inc. v. WhenU.com, Inc.*, согласно обстоятельствам которого ответчик устанавливал на компьютеры пользователей программное обеспечение, предлагавшее рекламные объявления на основании сохраненных данных о ранее осуществленных поисковых запросах. Функционал программы не позволял выбирать ключевые слова для показа объявлений, поэтому такое использование было расценено Апелляционным судом второго округа США как строго внутреннее и технически обусловленное²⁴.

Несмотря на кажущуюся рациональность доктрины «initial interest confusion», она все же не представляется оптимальной для разрешения споров, связанных с ключевыми словами и метатегами. В специализированной литературе амери-

канские суды критикуются за формализм и непонимание принципов работы интернета и поисковых сервисов. Отмечается, что, применяя «initial interest confusion» суды фактически прибегают к *contra legem* толкованию положений Lanham Act, игнорируя отсутствие в фактических обстоятельствах потенциального нарушения вероятности смешения или введения потребителя в заблуждение²⁵. По мнению М. Гринберга фокус судов при рассмотрении данной категории споров должен сместиться с установления факта завладения владельцем рекламируемого сайта репутацией правообладателя товарного знака на оценку того, насколько в результате такого поведения объективно повысились затраты пользователя на поиск информации об искомом товаре или, иными словами, насколько быстро среднестатистический потребитель в состоянии установить истину, будучи привлеченным на сайт конкурента²⁶. Таким образом, если усилия, необходимые для того, чтобы удостовериться в происхождении являются *de minimis*, нарушение прав на товарный знак отсутствует. Д. Родман предлагает ограничивать неправомерное использование средств индивидуализации в составе ключевых слов или метатегов от правомерного, если соблюдаются следующие условия:

- 1) такое использование дает ложную информацию сайте, о деятельности продавца и о характере продаваемых им товаров;
- 2) такое использование способно вызвать заблуждение относительно источника происхождения товара, причастности правообладателя к его производству или его аффилированности с владельцем сайта.

В качестве примера приводится дело *Niton Corp. v. Radiation Monitoring Devices, Inc.*, где ответчик Radiation Monitoring скопировал все метатеги сайта истца и использовал их для своего собственного сайта. Эти метатеги были признаны вводящими в заблуждение, поскольку включали термины, которые не имели никакого отноше-

²³ Dogan S. L., Lemley M. A. Trademarks and Consumer Search Costs on the Internet // *Houston Law Review*. 2003. V. 41. № 3. P. 794.

²⁴ Самсонова А.Ю. Ответственность поисковых систем по искам о нарушении прав на товарный знак в связи с использованием ключевых слов: российская и зарубежная практика // *Право в сфере Интернета*. 2018. С. 434–435.

²⁵ Rothman J.E. Initial interest confusion: standing at the crossroads of trademark law // *Cardozo L. Rev.* – 2005. – V. 27. P. 122–123.

²⁶ Grynberg M. The Road Not Taken: Initial Interest Confusion, Consumer Search Costs, and the Challenge of the Internet // *Seattle UL Rev.* 2004. V. 28. P. 115.

ния к веб-сайту или продукции Radiation. Одним из перечисленных ключевых слов было обозначение «радон», которое не использовалось в продукции Radiation и не упоминалось на его сайте. Что особенно важно, Radiation описала свой сайт в исходном коде как «домашнюю страницу корпорации Niton».²⁷

Ввиду изложенного американский подход к разрешению рассматриваемой проблемы видится далеким от совершенства, однако для полноты взгляда выводы американских судей и правоведов представляются весьма ценными.

3. В поиске сбалансированного подхода: теория функций товарного знака в разъяснениях Суда Европейского союза

На наш взгляд, более взвешенный и сбалансированный подход к разрешению данной категории споров был сформулирован в решениях Суда Европейского союза. Интерпретируя положения ст. 5 Директивы ЕС 89/104/ЕЕС от 21 декабря 1988 г. применительно к различным способам использования товарных знаков, высшая судебная инстанция Европейского союза ставит вопрос о наличии или отсутствии нарушения прав правообладателя в зависимости от того, в какой степени такое использование способно негативно повлиять на какую-либо из функций товарного знака (идентифицирующую, рекламную или инвестиционную)²⁸. Применительно к использованию метатегов и ключевых слов указанный подход может быть проиллюстрирован на примере дела *Interflora v Marks & Spencer*²⁹.

Interflora, Inc является одной из крупнейших в мире служб доставки цветов и через *Interflora British Unit* осуществляет деятельность на территории Великобритании. В 2008 г. крупная сеть супермаркетов *M&S*, также предоставляющей услугу по доставке цветов, приобрела в сервисе *Google AdWords* ключевое слово «*interflora*», что привело к появлению спонсируемых ссылок, перенаправля-

ющих потребителей на сайт *M&S* и в ее сервис доставки. *Interflora* обратилась в суд с требованием прекратить подобную практику, ссылаясь на то, что обжалуемые действия заставляют потребителей поверить, что *M&S* является частью сети *Interflora*. Высокий суд Англии и Уэльса, рассматривавший дело в апелляционной инстанции, обратился к Суду Европейского союза за разъяснениями положений европейского законодательства о товарных знаках применительно к обстоятельствам рассматриваемого спора.

Отвечая на преюдициальный запрос английского суда, Суд Европейского союза не обнаружил в действиях ответчика признаков негативного влияния на рекламную функцию товарного знака истца, разъяснив, что монополия правообладателя не должна ограничивать конкурентные практики на товарном рынке – конкуренты могут предпринимать действия, направленные на увеличение заметности своих рекламных объявлений, в частности, предлагая сервисам поисковой рекламы более выгодные условия (например, более высокую цену за клик)³⁰. Суд Европейского союза воздержался от комментариев относительно нарушения поведением ответчика инвестиционной функции товарного знака, ограничившись лишь разъяснениями относительно признаков такого нарушения, наличие которых надлежит проверить национальному суду (негативное влияние на репутацию бренда, препятствование возможности ее поддержания, недобросовестные действия, направленные на нивелирование возможных усилий правообладателя по привлечению новых покупателей и сохранению их лояльности)³¹.

При этом в разъяснениях по данному делу Суд Европейского союза обратил внимание национального суда, что в обстоятельствах дела присутствуют признаки неблагоприятного воздействия на индивидуализирующую функцию товарного знака³². Для вынесения решения по существу

²⁷ Там же. С. 187.

²⁸ Подробнее о толковании Европейским судом отдельных функций товарного знака см.: *Bailey A. Trade mark functions and protection for marks with a reputation // Journal of Intellectual Property Law & Practice. 2013. V. 8. № 11. P. 868–875.*

²⁹ *Interflora Inc. and Interflora British Unit v. Marks & Spencer pic et Flowers Direct Online Ltd., ECJ. 22.09.2011. C-323/09.*

³⁰ *Ibid.* § 54–59.

³¹ *Ibid.* § 65–66.

³² *Ibid.* § 44–53.

указанного вопроса национальному суду надлежит руководствоваться тестом «хорошо информированного и внимательного потребителя», который был сформулирован Судом Европейского союза следующим образом: о нарушении свидетельствует затруднительность для такого потребителя с точностью установить, исходят ли товары или услуги, упоминаемые в рекламе, от владельца товарного знака или предприятия, экономически связанного с ним, или же, напротив, от третьего лица. По мнению Суда ЕС, при оценке фактических обстоятельств рассматриваемого дела национальным судам следует обратить внимание на то, что рекламное объявление появляется сразу после ввода товарного знака в качестве поискового термина и отображается в тот момент, когда товарный знак по-прежнему отображается на экране в поисковой строке. Другим существенным аргументом в пользу вывода о негативном воздействии на идентифицирующую функцию является тот факт, что коммерческая сеть Interflora состоит из значительного числа предприятий розничной торговли, функционирующих на разных товарных рынках. Суд Европейского союза считает, что в таких обстоятельствах хорошо информированному и наблюдательному пользователю Интернета может быть трудно определить, в отсутствие каких-либо обозначений со стороны рекламодателя, является ли он частью этой сети.

На основании этих разъяснений Высокий суд Англии и Уэльса удовлетворил заявленные Interflora требования, обосновав это главным образом тем, что поисковая реклама, реализованная таким образом, способна ввести пользователей в заблуждение относительно принадлежности M&S к торговой сети Interflora, оказав тем самым влияние на их потребительское поведение³⁵. Примечательно также и то, что в качестве одного из доказательств суд принял предоставленное Interflora статистическое исследование поисковых запросов, в соответствии с которым пользователи, которые попадали на сайт M&S после ввода в поисковую строку «interflora» были более других склонны покинуть сайт и перейти на сайт правообладателя.

4. Предлагаемые критерии и дополнительные соображения

Реализуемые в российской и американской судебной практике подходы к правовой квалификации рассматриваемого явления не позволяют ответить на вопросы, которые имеют ключевое значения для определения наличия нарушения при использовании товарного знака в качестве ключевого слова: 1) насколько существенные риски смешения и введения пользователей в заблуждение создает использование товарного знака в качестве ключевого слова; 2) в какой степени такое использование влияет на затраты пользователя на поиск информации об интересующих его товарах (услугах).

Сложность правовых и экономических отношений, возникающих по поводу использования средств индивидуализации в качестве ключевых слов при настраивании поисковых параметров контекстной рекламы, обуславливает необходимость разработки более комплексного и сбалансированного подхода к рассмотрению данной категории споров, нежели тот, что преобладает в практике российских судов, основанный на понимании ключевого слова исключительно как технической и функционально обусловленной категории. Ключ к преодолению формализма при рассмотрении данной категории споров был предложен Судом Европейского союза, который призывает правоприменителей анализировать действия рекламодателя через призму функций товарного знака на основе теста «хорошо информированного и внимательного потребителя». В основе судебных решений должен быть системный анализ всех фактических обстоятельств рассматриваемого дела с учетом реальных факторов, способных оказать влияние на потребительское поведение пользователей интернета. В качестве практических рекомендаций для определения факта неправомерного использования товарного знака автором предлагается использовать следующие критерии:

1) отсутствие в рекламном объявлении указания на его источник (когда в доменном имени в тексте гиперссылки не содержится наименование рекламодателя или иных обозначений, до-

³⁵ Interflora, Inc. & Anor. Marks and Spencer Pic & Anor. 21.05.2013. EWHC 1291.

стоверно свидетельствующих о том, что товары, предлагаемые на сайте, отличаются от маркированных соответствующим товарным знаком);

2) правообладатель и рекламодаделец предлагают товары в сопоставимом ценовом диапазоне и ориентированы на одинаковые категории покупателей – с высокой степенью вероятности можно предположить, что потребитель, нацеленный на приобретение дорогостоящих товаров от престижного производителя, не будет введен в заблуждение, перейдя на сайт, рекламирующий альтернативные товары из более доступного сегмента рынка;

Дополнительными основаниями для вывода о нарушении прав на товарный знак, на наш взгляд, могут являться следующие обстоятельства:

1) содержание рекламного объявления, а также характер деятельности истца и ответчика могут привести потребителя к необоснованному суждению о наличии между ними экономической взаимосвязи – как в приведенном выше примере с делом Interflora такой вывод может основываться на том, что правообладатель осуществляет операционное управление разветвленной сетью предприятий, производящих и (или) распространяющих товары в разных сегментах товарного рынка;

2) истец и ответчик производят и (или) распространяют однородные товары (за исключением случаев использования в качестве ключевого слова общеизвестного товарного знака);

3) использование в качестве ключевых сразу нескольких товарных знаков одного правообладателя – подобная модель поведения дает большие основания для установления факта недобросовестности ответчика и создает предпосылки для возникновения риска введения пользователя в заблуждение (особенно во взаимосвязи с предыдущим пунктом).

Стоит отметить, что отдельные черты такого комплексного подхода уже прослеживаются в отдельных решениях Суда по интеллектуальным правам. Так, отказывая в удовлетворении исковых требований ООО «Синзатим-Урал» к ООО «Универсал» о запрете на использование в ключевых словах коммерческого обозначения и фирменного наименования истца, Суд по интеллектуальным правам тем не

менее указывает, что такое использование в отдельных случаях может образовывать нарушение.

По мнению суда, использование средств индивидуализации в качестве ключевых слов необходимо оценивать во взаимосвязи с содержанием рекламного объявления на предмет того, какое впечатление оно может оказать на потребителя, который ищет товары конкретного производителя, – в частности, может ли он ожидать, что при переходе по рекламной ссылке он будет переадресован на сайт правообладателя средства индивидуализации либо сайт, иным образом связанный с правообладателем, например на сайт субъекта, экономически аффилированного с ним. О наличии риска смешения могут свидетельствовать: «...последовательное перечисление в тексте рекламного объявления двух фирменных наименований либо коммерческих обозначений (правообладателя и предполагаемого нарушителя) без уточнения о том, что это различные организации, реализующие одни и те же товары (услуги), особенно в случае, если указанные обозначения имеют общие элементы»; а также отсутствие в объявлении указания на то, что «...объектом рекламирования являются товары/услуги иного лица, нежели правообладатель обозначения, введенного пользователем в строку поиска, и указанная ссылка ведет на сайт иного хозяйствующего субъекта – конкурента данного правообладателя...». Суд подчеркивает, что подобное использование позволяет потенциальному нарушителю воспользоваться репутацией правообладателя для укрепления собственных позиций на товарном рынке: «...Нарушение интеллектуальных прав возможно в случае, если в результате действий предполагаемого нарушителя по использованию спорных обозначений в качестве ключевых слов в контекстной рекламе происходит изменение в структуре потребительского спроса, а именно возрастание спроса на продукцию (услуги) недобросовестного лица»³⁴.

По результатам проведенного исследования можно предположить, что подобные подходы к оцениванию фактических обстоятельств споров, связанных использованием товарных знаков и иных средств индивидуализации в качестве ключевых слов, станут более распространенными.

³⁴ Постановление Суда по интеллектуальным правам от 28 июля 2021 г. по делу № А11-7167/2019.

Список литературы:

1. Биюков Э.А. Использование товарного знака в ключевом слове (мета-теге keywords) интернет-страницы // Журнал Суда по интеллектуальным правам. 2018. № 20. С. 58–63.
2. Борисенко А.В. Риски использования товарных знаков конкурентов в контекстной рекламе в поисковых системах // Закон. 2021. № 10. С. 177–186.
3. Савельев А.И. Электронная коммерция в России и за рубежом: правовое регулирование // 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Статут, 2020. 920 с.
4. Самсонова А.Ю. Ответственность поисковых систем по искам о нарушении прав на товарный знак в связи с использованием ключевых слов: российская и зарубежная практика // Право в сфере Интернета. 2018. С. 430–448.
5. Bechtold S., Tucker C. Trademarks, triggers, and online search // Journal of Empirical Legal Studies. 2014. V. 11. № 4. P. 718–750.
6. Dogan S.L., Lemley M.A. Trademarks and Consumer Search Costs on the Internet // Houston Law Review. 2003. V. 41. № 3. P. 777–838.
7. Grynberg M. The Road Not Taken: Initial Interest Confusion, Consumer Search Costs, and the Challenge of the Internet // Seattle UL Rev. 2004. V. 28. P. 97–144.
8. Kemnitzer K. Beyond Rescucom v. Google: The Future of Keyword Advertising // Berkeley Tech. LJ. 2010. V. 25. P. 401–427.
9. Landes W.M., Posner R.A. The economic structure of intellectual property law. – Harvard university press, 2003.
10. Maynard B.J. The Initial Interest Confusion Doctrine and Trademark Infringement on the Internet // Wash. & Lee L. Rev. 2000. V. 57. P. 1303–1353.
11. Rothman J.E. Initial interest confusion: standing at the crossroads of trademark law // Cardozo L. Rev. 2005. V. 27. P. 105–191.

Научная статья

УДК 347.1

Для цитирования:

Балашова А.И. Сроки истребования принудительных лицензий в связи с неиспользованием или недостаточным использованием запатентованного объекта // Журнал Суда по интеллектуальным правам. Июнь 2024. № 2 (44). С. 246–256.

DOI: 10.58741/23134852_2024_2_15

Balashova A.I. Time limits for requesting compulsory licenses based on non-working or insufficient working of a patented object // Zhurnal Suda po intellektual'nym pravam. June 2024. N 2 (44). Pp. 246–256. (In Russ.).

DOI: 10.58741/23134852_2024_2_15

DOI: 10.58741/23134852_2024_2_15

Сроки истребования принудительных лицензий в связи с неиспользованием или недостаточным использованием запатентованного объекта

**А.И. Балашова,**

аспирант и ассистент кафедры интеллектуальных прав
Московского государственного юридического университета
имени О.Е. Кутафина (МГЮА), Москва, Российская Федерация
ORCID ID: 0000-0003-3592-5057; SPIN-код: 8711-7222

Предметом исследования в рамках настоящей статьи выступает темпоральный аспект правового механизма предоставления принудительной лицензии по основанию неиспользования или недостаточного использования запатентованного объекта. Рассмотрены предпосылки возникновения и международно-правовые основы рассматриваемого правового механизма, национальное регулирование и судебная практика в соответствующей области. Сделан вывод о том, что установленные п. 1 ст. 1362 Гражданского кодекса Российской Федерации сроки истребования принудительных лицензий представляют собой периоды времени, по истечении которых возникает право на обращение в суд с требованием о предоставлении принудительной лицензии, которое может быть реализовано в течение всего оставшегося срока действия патента при условии наличия предусмотренных данной нормой обстоятельств. При этом обстоятельства использования либо неиспользования спорного объекта должны быть установлены на момент решения судом требования о предоставлении принудительной лицензии безотносительно к тому, в какой период действия патента после истечения первых четырех или трех лет соответственно они имеют место. По итогам исследования сформулированы некоторые предложения по совершенствованию действующего законодательства.

Ключевые слова:

принудительная лицензия; срок; срок обращения в суд; патентное право; промышленная собственность.

Введение

Востребованность правового механизма предоставления принудительной лицензии в связи с неиспользованием или недостаточным использованием запатентованного объекта (п. 1 ст. 1362 Гражданского кодекса Российской Федерации¹ (далее – ГК РФ)), до недавнего времени не применявшегося в отечественной практике, имеет потенциал роста на современном этапе развития российской экономики в условиях санкционных ограничений. Как отмечает Е.В. Гюльбасарова, «в подобной ситуации особое внимание должно уделяться механизмам, позволяющим на законных основаниях использовать охраняемые результаты интеллектуальной деятельности без согласия их правообладателей»².

Особенную актуальность реализация указанного механизма может приобрести применительно к изобретениям в области фармацевтики в связи с прекращением предпринимательской деятельности на территории Российской Федерации ряда зарубежных фармацевтических компаний³. В 2023 г. по результатам рассмотрения судебного дела № А40-185122/2022⁴ по иску ООО «Медицинская исследовательская компания «МИК» к иностранной компании Vertex Pharmaceuticals Incorporated была выдана первая принудительная лицензия по основанию, предусмотренному п. 1 ст. 1362 ГК РФ.

Представляется целесообразным обратить внимание на некоторые аспекты правового механизма предоставления принудительной лицензии по указанному основанию, в частности, на темпоральные аспекты реализации такого механизма, с учетом первой правоприменительной практики и потенциала ее развития.

Предпосылки возникновения правового механизма принудительного лицензирования в связи с неиспользованием или недостаточным использованием запатентованного объекта

Г. Боденхаузен, комментируя положения Конвенции об охране промышленной собственности, заключенной 20 марта 1883 г. в Париже⁵ (далее – Парижская конвенция), отмечал, что «хотя патенты, даже если не иметь в виду возможность их использования, считаются выгодными для промышленности, поскольку они связаны с публикацией изобретений, которая может вызвать к жизни новые изобретения, и хотя патенты становятся общим достоянием после истечения срока их защиты, во многих странах считают (для того чтобы обосновать полностью установление патентной системы), что патент должен использоваться с тем, чтобы получить право на использование изобретения, на которое выдан патент, в той стране, где он выдан, и что патент не может заключаться лишь в исключительном праве помешать использованию изобретения третьими лицами или контролировать ввоз»⁶. Действительно, наличие действующего патента исключает возможность широкого доступа к запатентованному объекту, не осложненного необходимостью получения разрешения патентообладателя, тем самым сдерживается темп развития технологии. Если наряду с указанным патентообладателем не организует внедрение технологии самостоятельно или с привлечением третьих лиц (лицензиатов), возникают риски замедления темпов промышленного развития и дефицита на соответствующих товарных рынках.

Негативный эффект существования не используемых, но действующих патентов осознавался за-

¹ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть четвертая) от 18 декабря 2006 г. № 230-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации. 2006. № 52 (1 ч.). Ст. 5496.

² Гюльбасарова Е.В. Изъятия из патентной монополии // Журнал Суда по интеллектуальным правам. Сентябрь 2023. Вып. 3 (41). С. 17–24.

³ См.: Иностранные фармдистрибуторы прекращают или сокращают работу в России // Ведомости. URL: <https://www.vedomosti.ru/business/articles/2022/05/11/921620-inostrannie-farmdistributori-prekraschayut> (дата обращения: 1 марта 2024 г.); Путин высказался об уходе с рынка России ряда фармкомпаний // РИА Новости, 14.12.2023. URL: <https://ria.ru/20231214/farmkompanii-1915796322.html> (дата обращения: 1 марта 2024 г.).

⁴ Дело № А40-185112/2022. URL: <https://kad.arbitr.ru/Card/0a497aee-9564-4487-a140-8d1e17fcfb0> (дата обращения: 1 марта 2024 г.).

⁵ Конвенция по охране промышленной собственности (Заключена в Париже 20 марта 1883 г.) // Закон. 1999. № 7.

⁶ Боденхаузен Г. Парижская конвенция по охране промышленной собственности: Комментарий. Пер. с фр. Тумановой Н.Л.; под ред. Богуславского М.М.; вступ. ст. Питовранова Е.П. М.: Прогресс, 1977. С. 101.

конодателями разных государств еще со времен средневековых привилегий и первых патентных законов, в которых зачастую устанавливался *срок осуществления изобретения* под угрозой прекращения действия привилегии или патента.

Например, в английском патенте 1562 г. на производство печей было указано, что таковой будет отозван в случае, если не будет приведен в исполнение в течение двух месяцев⁷.

Во французском патентном законе 1844 г. было установлено требование обязательного осуществления изобретения в течение двух лет с момента выдачи патента, в противном случае патентообладатель мог быть лишен в судебном порядке исключительного права, если только не докажет наличия объективных препятствий к соблюдению указанного требования⁸.

В Испании патентообладатели должны были внедрить запатентованный объект в течение одного года, и около четверти выданных в период с 1826 г. по 1878 г. патентов было фактически реализовано⁹.

Законы отдельных земель Германии устанавливали требования об обязательном осуществлении изобретения на территории земли: в Ганновере – в течение шести месяцев, в Саксонии – в течение одного года¹⁰. В первом общегосударственном законе Германии о патентах на изобретения 1877 г. было предусмотрено правило о том, что по истечении трех лет патент «может быть отобран вследствие недостаточного применения на практике или вследствие отказа в выдаче лицензии (дозволения на пользование), если такое отобрание оправдывается общественным интересом»¹¹.

В Российской Империи Положение о привилегиях 1833 г.¹² вводило требование об обязательном осуществлении изобретения в течение срока,

равного четверти избранного срока правовой охраны (три, пять или десять лет по выбору патентообладателя). Положение о привилегиях на изобретения и усовершенствования 1896 г.¹³ (далее – Положение 1896 г.) сохраняло правило об обязательном осуществлении изобретения в России и определяло пятилетний срок, в течение которого патентообладатель должен был выполнить эту обязанность, о чем сообщить в Отдел промышленности Министерства торговли и промышленности.

Таким образом, до конца XIX в. общепринятым был подход, согласно которому единственным правовым последствием неисполнения патентообладателем обязанности внедрить запатентованный объект¹⁴ в течение установленного срока было досрочное прекращение действия патента. Представляется, что безальтернативный, необратимый и достаточно жесткий характер такой меры явился стимулом для поиска и разработки иных правовых конструкций.

Международно-правовые основы правового механизма принудительного лицензирования

С принятием Парижской конвенции механизм стимулирования патентообладателя к внедрению запатентованного объекта изменился. Положениями указанной Конвенции предусмотрена возможность введения национальным законодателем двух мер, направленных на противодействие злоупотребления исключительным патентным правом: **принудительное лицензирование** и **аннулирование патента**.

Согласно ст. 5 (А) Парижской конвенции, никакое действие по лишению прав или по аннулированию патента на изобретение или полезную модель не может иметь места *до истечения двух лет с момента выдачи первой принудительной лицензии*

⁷ Mossoff A. Rethinking the Development of Patents: An Intellectual History, 1550-1800 // Hastings Law Journal. 2001. Vol. 52. Iss. 6. P. 1255–1332. URL: https://repository.uchastings.edu/hastings_law_journal/vol52/iss6/2 (дата обращения: 12 марта 2024 г.).

⁸ Khan B.Z. An Economic History of Patent Institutions // EH.Net Encyclopedia, edited by Robert Whaples. March 16, 2008. URL: <http://eh.net/encyclopedia/an-economic-history-of-patent-institutions> (дата обращения: 12 марта 2024 г.).

⁹ Ibid.

¹⁰ Катков В.Д. О привилегиях (патентах) на промышленные изобретения. Харьков: тип. «Печ. Дело». 1902. С. 16, 18.

¹¹ Там же. С. 20.

¹² Полное собрание законов Российской Империи. Собрание второе. Том 8. Ст. 6588. С. 691–696.

¹³ Положение о привилегиях на изобретения и усовершенствования от 20 мая 1896 г. // Свод законов Российской империи. Т. XI. Часть 2. Устав о промышленности.

¹⁴ Стоит отметить, что приведенные данные относятся к изобретениям. Сведения об аналогичных положениях в отношении полезных моделей или промышленных образцов в исследованном автором историческом материале отсутствуют.

(п. 3). В силу ст. 5 (В) указанной Конвенции правовая охрана промышленных образцов не может быть прекращена вследствие неиспользования.

Таким образом, положения Парижской конвенции сохраняют возможность лишения правообладателя принадлежащего ему исключительного права вследствие неиспользования изобретения или полезной модели в качестве крайней меры и только в том случае, если национальным законодательством предусмотрен также механизм принудительного лицензирования, реализация которого в конкретном случае оказалась недостаточной¹⁵.

В соответствии с п. 4 ст. 5 (А) Парижской конвенции принудительная лицензия не может быть потребована по причине неиспользования или недостаточного использования **до истечения срока в четыре года, считая с даты подачи заявки на патент, или трех лет с даты выдачи патента, причем должен применяться срок, который истекает позднее**. Отмечается, что «при определении этого срока учитывается время, необходимое патентообладателю для организации использования изобретения самостоятельно или путем передачи прав лицензиату»¹⁶. Данные положения установлены в отношении изобретений, но применяются с необходимыми изменениями к полезным моделям (п. 5).

Механизм выдачи принудительных лицензий на промышленные образцы Парижской конвенцией не установлен, однако и отсутствует запрет на установление такого механизма в национальном законодательстве, что, как отмечается в литературе, «позволяет сделать вывод о праве государств – участников Конвенции устанавливать правила предоставления принудительных лицензий и в отношении промышленных образцов с учетом минимальных сроков такого предоставления»¹⁷.

В Соглашении по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (ТРИПС) от

15 апреля 1994 г.¹⁸ (далее – Соглашение ТРИПС) наряду с прямым указанием в п. 1 ст. 2 на необходимость соблюдения государствами-членами приведенных положений Парижской конвенции определены дополнительные условия предоставления принудительных лицензий. Примечательно, что такие условия объединены в ст. 31 «Другие виды использования без разрешения правообладателей» для принудительных лицензий и использования в государственных интересах. В число таких дополнительных условий входит условие о том, что предполагаемый пользователь делал попытки получения разрешения от правообладателя на разумных коммерческих условиях, и в течение разумного периода времени эти попытки не завершились успехом. Данное требование может быть снято только в случае чрезвычайной ситуации в стране или других обстоятельств крайней необходимости, или в случае некоммерческого использования государством, что, как представляется, не применимо к механизму принудительного лицензирования.

Положения о принудительном лицензировании, содержащиеся в национальном законодательстве большинства зарубежных юрисдикций, в целом соответствуют приведенным положениям Парижской конвенции и Соглашения ТРИПС¹⁹.

Сроки истребования принудительных лицензий в отечественном законодательстве и правоприменительной практике

В действующем российском законодательстве отсутствует механизм досрочного прекращения действия патента помимо воли правообладателя в связи с неиспользованием запатентованного результата интеллектуальной деятельности в отношении всех объектов патентного права. Правовым последствием такого неиспользования может стать ограничение исключительного пра-

¹⁵ Боденхаузен Г. Указ. соч. С. 104.

¹⁶ Проект справочного документа об исключениях для целей выдачи принудительных лицензий / Постоянный комитет по патентному праву. Тридцатая сессия Женева, 24–27 июня 2019 г. С. 7 // Всемирная организация интеллектуальной собственности. URL: https://www.wipo.int/edocs/mdocs/scp/ru/scp_30/scp_30_3.pdf (дата обращения: 12 марта 2024 г.)

¹⁷ Шахназаров Б.А. Система международного патентного права. Общие проблемы охраны патентуемых объектов // Юридический мир. 2016. № 11. С. 59–63.

¹⁸ Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (ТРИПС/TRIPS) (Заключено в г. Марракеше 15 апреля 1994 г.) // Собрание законодательства Российской Федерации. 2012. № 37 (приложение, ч. VI). С. 2818–2849.

¹⁹ Проект справочного документа об исключениях для целей выдачи принудительных лицензий. С. 23–24.

ва путем выдачи принудительной лицензии в порядке, установленном п. 1 ст. 1362 ГК РФ.

В соответствии с данной нормой, если изобретение или промышленный образец не используется либо недостаточно используется патентообладателем **в течение четырех лет со дня выдачи патента**, а полезная модель – **в течение трех лет со дня выдачи патента**, что приводит к недостаточному предложению соответствующих товаров, работ или услуг на рынке, любое лицо, желающее и готовое использовать такие изобретение, полезную модель или промышленный образец, *при отказе патентообладателя от заключения с этим лицом лицензионного договора* на условиях, соответствующих установившейся практике, вправе обратиться в суд с иском к патентообладателю о предоставлении принудительной простой (неисключительной) лицензии на использование на территории Российской Федерации изобретения, полезной модели или промышленного образца.

Формулировка приведенной нормы требует дополнительного уяснения.

Буквальное толкование фразы «не используется либо недостаточно используется патентообладателем **в течение четырех лет со дня выдачи патента**, а полезная модель – **в течение трех лет со дня выдачи патента**» наводит на мысль о том, что имеется в виду срок, в течение которого *правообладатель должен осуществить использование соответствующего результата интеллектуальной деятельности*.

Такое понимание данных сроков встречается и в литературе. Так, отмечается, что «сроки неиспользования исчисляются со дня выдачи патента (а не с даты приоритета!) и устанавливаются в четыре года для изобретения и промышленного образца и в три года – для полезной модели»²⁰; «неосуществление решения в течение установленных сроков может повлечь для патентообла-

дателя неблагоприятные последствия в виде выдачи заинтересованным лицам принудительной лицензии»²¹.

Как считает А.С. Ворожевич, «п. 1 ст. 1362 ГК РФ установил дополнительный в сравнении с ТРИПС и, как представляется, излишний временной критерий – продолжительность неиспользования»²².

Действительно, как следует из приведенных выше данных, срок истребования принудительной лицензии пришел на смену сроку обязательного осуществления объекта патентного права под угрозой прекращения действия патента, с принятием Парижской конвенции.

В отечественном законодательстве такая перемена состоялась с принятием первого полноценного нормативного правового акта советского периода, регулирующего вопросы патентного права, – Постановления о патентах на изобретения, введенного в действие Постановлением ЦИК и СНК СССР от 12 сентября 1924 г.²³, которое несмотря на принципиально новую идеологическую основу в части срочного регулирования во многом воспроизводило нормы Положения 1896 г. с некоторым изменениями. Указанное Постановление содержало аналогичную норму об обязательном осуществлении изобретения в течение пятилетнего срока с той разницей, что последствием неумышленного невыполнения данной обязанности являлась возможность выдачи впервые введенной в отечественное законодательство принудительной лицензии. Положением об изобретениях и технических усовершенствованиях, утвержденное Постановлением ЦИК и СНК СССР от 9 апреля 1931 г. № 3/256²⁴, пятилетний срок был сокращен до трехлетнего. Как обоснованно отмечает Л.В. Сагдеева, последующие акты советского периода не содержали положений о принудительном лицензировании «в связи с фактической невозможностью применения па-

²⁰ Патентное право: Постатейный комментарий главы 72 Гражданского кодекса Российской Федерации / Под ред. Крашенинников П.В. Москва : Статут, 2010. С. 138.

²¹ Сергеев А.П. Патентное право. М.: Издательство БЕК, 1994. С. 15.

²² Ворожевич А.С. Пределы осуществления и защиты исключительного права патентообладателя: Монография. Москва: Статут, 2018. С. 199.

²³ Постановление ЦИК и СНК СССР от 12 сентября 1924 г. «О введении в действие Постановления о патентах на изобретения» // Собрание законодательства СССР. 1924. № 9. Ст. 97.

²⁴ Постановление ЦИК и СНК СССР от 09 апреля 1931 г. № 3/256 «О введении в действие Положения об изобретениях и технических усовершенствованиях» // Собрание законодательства СССР. 1931. № 21. Ст. 180.

тентной формы охраны в условиях советского народного хозяйства»²⁵.

Положения о принудительном лицензировании были возвращены в отечественное законодательство с принятием Закона СССР от 31 мая 1991 года № 2213-1 «Об изобретениях в СССР»²⁶, п. 2 ст. 25 которого было установлено, что при неиспользовании или недостаточном использовании изобретения на территории СССР **в течение пяти лет** с даты внесения изобретения в Государственный реестр изобретений СССР **по истечении этого срока** лицо, желающее и готовое использовать изобретение, при невозможности заключения с патентообладателем лицензионного договора **может обратиться** с иском в Патентный суд СССР о предоставлении ему принудительной неисключительной лицензии с указанием пределов использования изобретения, размера, срока и порядка платежей.

В действующей норме п. 1 ст. 1362 ГК РФ отсутствуют слова «по истечении этого срока», что дополнительно придает указанным в данной норме срокам значение сроков использования объектов патентного права.

Между тем с учетом назначения таких сроков, предусмотренного Парижской конвенцией, представляется, что они представляют собой **периоды времени, по истечении которых может быть реализовано право на истребование принудительной лицензии в судебном порядке**, то есть сроки обращения в суд.

Данные сроки представляют правообладателю «иммунитет» от требований о выдаче принудительной лицензии в первые годы после выдачи патента, что вполне обосновано, поскольку наступление момента начала использования объекта патентного права может быть обусловлено рядом производственных (установка и запуск оборудования), экономических (привлечение инвестиций) и юридических (получение лицензий и разрешений от органов государственной власти) факторов. Таким образом, смысл установления срока

на обращение в суд с требованием о выдаче принудительной лицензии, по нашему мнению, в том и заключается, что в первые годы действия патента правообладатель может по своему усмотрению организовать процесс внедрения результата интеллектуальной деятельности, не опасаясь угрозы ограничения исключительного права принудительной лицензией.

Представляется, что по сходным соображениям законодатель предоставляет правообладателю товарного знака «иммунитет» от требований о досрочном прекращении правовой охраны товарного знака в связи с неиспользованием в течение первых трех лет после государственной регистрации товарного знака (абз. 3 п. 1 ст. 1486 ГК РФ).

В случае, если бы рассматриваемые сроки были установлены для определения периода использования или неиспользования объекта патентного права, то в ситуации, когда соответствующий объект использовался в течение первых четырех или трех лет, но использование прекратилось в более поздний период, истребование принудительной лицензии было бы невозможно.

Однако, по нашему мнению, обращение с требованием о выдаче принудительной лицензии возможно в той ситуации, когда правообладатель либо по истечении четырех лет или трех лет соответственно так и не приступил к использованию принадлежащего ему объекта, либо приступил, но использование прекратилось в более поздний период действия патента. На данное обстоятельство обращал внимание Г. Боденхаузен, указывая, что принудительная лицензия «может также быть выдана и позднее в течение срока действия патента и даже после того периода, когда патент использовался в данной стране, если это использование прекратилось или стало недостаточным»²⁷.

Данный подход реализован при конструировании норм о принудительном лицензировании в некоторых зарубежных правовых порядках. Напри-

²⁵ Сагдеева Л.В. Принудительная лицензия как обременение исключительных прав // Международное право. 2017. № 4. С. 17–30.

²⁶ Закон СССР от 31 мая 1991 г. № 2213-1 «Об изобретениях в СССР» // Ведомости СНД СССР и ВС СССР, 19.06.1991, № 25, ст. 703.

²⁷ Боденхаузен Г. Указ. соч. С. 105.

мер, в соответствии со ст. 84 Патентного закона Индии **в любое время по истечении трех лет со дня выдачи патента** любое лицо может обратиться с заявлением о выдаче принудительной лицензии по основанию неиспользования изобретения на территории Индии при условии соблюдения иных предусмотренных данной нормой условий²⁸.

Воспринят такой подход и в зарубежной литературе, в частности, отмечается, что «в ТРИПС ничего не сказано о том, когда именно принудительная лицензия может быть выдана в течение срока действия патента. Это означает, что государство, как правило, может выдать ее в любое время в течение этого срока – за одним исключением. Принудительная лицензия может быть выдана по мотиву неиспользования изобретения лишь по истечении трех лет после выдачи патента в соответствии с положением Парижской конвенции, которое применяется во всех государствах-членах ВТО»²⁹.

Таким образом, по нашему мнению, **право на обращение в суд с требованием о предоставлении принудительной лицензии возникает по истечении указанных в п. 1 ст. 1362 ГК РФ сроков и может быть реализовано в течение всего оставшегося фактического срока действия патента при условии наличия предусмотренных данной нормой обстоятельств.**

Указанный вывод подтверждается судебной практикой. По состоянию на март 2024 г. в Российской Федерации рассмотрено только одно судебное дело о предоставлении принудительной лицензии в порядке п. 1 ст. 1362 ГК РФ.

В рамках дела № А40-185122/2022³⁰ ООО «Медицинская исследовательская компания «МИК» обратилась с иском к иностранной компании Vertex Pharmaceuticals Incorporated с требованиями о предоставлении принудительной лицензии на использование изобретений, защищенных следующими патентами:

- 1) RU 2512682 (выдан 12 ноября 2008 г.);
- 2) RU 2451018 (выдан 9 апреля 2007 г.);
- 3) RU 2382779 (выдан 24 июня 2005 г.);
- 4) RU 2734876 (выдан 23 октября 2020 г.);
- 5) RU 2592368 (выдан 7 апреля 2011 г.);
- 6) RU 2573830 (выдан 25 марта 2011 г.);
- 7) RU 2543714 (выдан 19 марта 2010 г.);
- 8) RU 2556984 (выдан 24 июня 2005 г.);
- 9) RU 2552353 (выдан 10 декабря 2010 г.);
- 10) RU 2525115 (выдан 24 июня 2005 г.);
- 11) EA 021706 (выдан 31 августа 2015 г.);
- 12) EA 039280 (выдан 28 декабря 2021 г.).

Истец обратился в суд 29 августа 2022 г., соответственно, к этому моменту два из двенадцати спорных патентов: RU 2734876 (выдан 23 октября 2020 г.) и EA 039280 (выдан 28 декабря 2021 г.) действовали менее четырех лет, а остальные десять патентов находились в разных периодах срока действия – седьмой, десятый, одиннадцатый, четырнадцатый, пятнадцатый, семнадцатый год.

В ходе рассмотрения дела в суде первой инстанции истец отказался от исковых требований в части двух патентов, срок действия которых на момент обращения в суд (и рассмотрения дела в том числе) составлял менее четырех лет.

Исковые требования в отношении остальных десяти патентов были удовлетворены судом апелляционной инстанции³¹, при этом обстоятельства недостаточного использования спорных изобретений установлены данным судом по доказательствам, относящимся к периоду 2020–2023 гг.

С учетом ранее сделанного вывода о том, что указанные в п. 1 ст. 1362 ГК РФ сроки являются сроками обращения в суд, но не сроками использования или неиспользования спорных объектов патентного права, представляется необходимым поставить вопрос о целесообразности определения следующих сроков по рассматриваемой категории дел.

²⁸ The Patents Act, 1970. URL: <https://www.wipo.int/wipolex/en/legislation/details/20694> (дата обращения: 10 марта 2024 г.).

²⁹ Ho C.M. Compulsory Licenses Under TRIPS: An Introduction // Access to medicine in the global economy: international agreements on patents and related rights. Oxford University Press, April 2011. Loyola University Chicago School of Law Research Paper № 2011-030. [Электронный ресурс] – Режим доступа: <https://ssrn.com/abstract=1922803> (дата обращения: 12 марта 2024 г.).

³⁰ Дело № А40-185112/2022. URL: <https://kad.arbitr.ru/Card/0a497aee-9564-4487-a140-8d1e17fcfb0> (дата обращения: 3 марта 2024 г.).

³¹ Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 25 сентября 2023 г. по делу № А40-185112/2022. URL: <https://kad.arbitr.ru/Card/0a497aee-9564-4487-a140-8d1e17fcfb0> (дата обращения: 3 марта 2024 г.).

1. **Срок неиспользования или недостаточного использования объекта патентного права.**

Как указано выше, суд апелляционной инстанции в деле № А40-185122/2022 исследовал доказательства, относящиеся к периоду 2020–2023 гг., и при этом сделал вывод о недостаточном использовании спорных изобретений по состоянию на момент рассмотрения данным судом. Об указанном свидетельствует в том числе то обстоятельство, что суд учел факт регистрации лекарственного препарата «Трикафта» и факт подачи заявления о государственной регистрации лекарственного препарата «Трилекса» на момент подачи апелляционной жалобы, и сделал вывод о том, что данные факты сами по себе не подтверждают достаточность товаров на рынке.

В связи с изложенным возникает вопрос о том, должен ли законом быть установлен период, в течение которого должно иметь место неиспользование или недостаточное использование спорных объектов патентного права, как, например, это предусмотрено по делам о досрочном прекращении правовой охраны товарного знака (ст. 1486 ГК РФ). Примеры подобных положений имеются в зарубежной практике и определенными такими положениями период составляет один год (Аргентина, Доминиканская Республика, Коста-Рика) или три года (Турция, Украина)³².

С одной стороны, такие обстоятельства могут носить временный характер, будучи обусловленными временными сложностями с производством или поставкой товаров или иными факторами.

С другой стороны, определить и достоверно доказать, когда соответствующие обстоятельства отпадут, затруднительно, в то же время их прекращение может служить основанием для прекращения действия принудительной лицензии (абз. 3 п. 1 ст. 1362 ГК РФ), а уважительные причины, обусловившие их возникновение – основанием для отказа в удовлетворении требований о предоставлении принудительной лицензии (абз. 2 п. 1 ст. 1362 ГК РФ).

Итак, если исходить из отсутствия необходимости определять *период*, в течение которого должно иметь место неиспользование объекта па-

тентного права, очевидно, что необходимо определить *момент*, по состоянию на который должно иметь место такое неиспользование или недостаточное использование. Таких моментов, по меньшей мере, может быть три: момент обращения к правообладателю с предложением о заключении лицензионного договора, момент обращения в суд или момент разрешения дела судом.

Возвращаясь к аналогии с досрочным прекращением правовой охраны товарного знака, отметим, что по таким делам период неиспользования определяется как период в три года, непосредственно предшествующих дню направления правообладателю предложения заинтересованного лица (абз. 6 п. 1 ст. 1486 ГК РФ).

С учетом причин и целей предоставления принудительной лицензии (обеспечение населения необходимым товарами или услугами) и особенностей правового механизма, предусмотренного п. 1 ст. 1362 ГК РФ (возможность прекращения при отпадении обстоятельств, обусловивших выдачу принудительной лицензии), полагаем, что соответствующие требования должны быть удовлетворены в том случае, если предусмотренные п. 1 ст. 1362 ГК РФ обстоятельства, на которых основаны такие требования, существуют на момент разрешения дела судом.

Таким образом, **обстоятельства использования либо неиспользования спорного объекта патентного права должны быть установлены на момент разрешения дела судом** безотносительно к тому, в какой период действия патента после истечения первых четырех или трех лет соответственно они имеют место.

2. **Срок ожидания ответа патентообладателя на предложение о заключении лицензионного договора.** В действующей редакции п. 1 ст. 1362 ГК РФ содержится формулировка «при отказе патентообладателя от заключения с этим лицом лицензионного договора на условиях, соответствующих установившейся практике» без указания на вариант оставления патентообладателем предложения без ответа и без установления соответствующего срока обращения в суд, что является традиционным для конструирования подобных норм.

³² Проект справочного документа об исключениях для целей выдачи принудительных лицензий. С. 34.

Напомним, что в п. (b) ст. 31 Соглашения ТРИПС содержится такое условие использования изобретения без разрешения правообладателя как «если до начала такого использования предполагается, что пользователь делал попытки получения разрешения от правообладателя на разумных коммерческих условиях, и в течение разумного периода времени эти попытки не завершились успехом».

Как следует из содержания судебных актов по делу № А40-185122/2022, истец, обращаясь к правообладателю с предложением о заключении лицензионного договора, установил срок для предоставления ответа в одну неделю, который очевидно является недостаточным для рассмотрения такого сложного вопроса.

Есть мнение, что в данном случае следует руководствоваться положениями о сроках, предусмотренных для заключения договора в обязательном порядке³³, однако нам кажется более предпочтительным вариантом закрепление в законе специального срока обращения в суд.

Повторно возвращаясь к аналогии с механизмом досрочного прекращения правовой охраны товарного знака, отметим, что положениями ст. 1486 ГК РФ предусмотрено два срока обращения в суд: если **в течение двух месяцев со дня направления предложения** заинтересованного лица правообладатель не подаст заявление об отказе от права на товарный знак и не заключит с заинтересованным лицом договор об отчуждении исключительного права на товарный знак, заинтересованное лицо **в тридцатидневный срок по истечении указанных двух месяцев вправе обратиться в суд** с исковым заявлением о досрочном прекращении правовой охраны товарного знака вследствие его неиспользования. Двухмесячный срок является связанным с досудебным порядком урегулирования спора сроком, не имеющим давностного характера, тридцатидневный срок – сроком на обращение в суд, имеющим давностный характер.

Если обратиться к зарубежному опыту, можно увидеть, что определенные в национальном законодательстве различных государств сроки составляют в среднем от трех до семи месяцев: три ме-

сяца с даты подачи заявления о выдаче лицензии в Словакии; 150 дней с той же даты в Аргентине; шесть месяцев со дня уведомления патентообладателя о подаче заявления о выдаче лицензии и ее предлагаемых условиях в Омане; 210 дней в Доминиканской Республике³⁴.

Применительно к требованиям о выдаче принудительной лицензии с учетом сделанных ранее выводов об установлении обстоятельств использования или неиспользования спорного объекта патентного права на момент разрешения дела судом представляется целесообразным закрепить в норме п. 1 ст. 1362 ГК РФ срок на обращение в суд в случае неполучения ответа правообладателя на предложение о заключении лицензионного договора.

3. Срок обращения в суд с требованием о прекращении действия принудительной лицензии.

В соответствии с абз. 3 п. 1 ст. 1362 ГК РФ действие принудительной простой (неисключительной) лицензии может быть прекращено в судебном порядке по иску патентообладателя, если обстоятельства, обусловившие предоставление такой лицензии, перестанут существовать и их возникновение вновь маловероятно. Данной нормой не предусмотрен срок, по истечении которого у патентообладателя возникает право на обращение в суд с соответствующими требованиями. Таким образом, лицензиату не предоставлен срочный «иммунитет» от требований патентообладателя, что представляется не вполне оправданным с учетом того обстоятельства, что не только процесс организации внедрения запатентованного объекта, но и сам процесс истребования принудительной лицензии связаны с немалыми временными, финансовыми и организационными издержками.

Кроме того, в законодательстве некоторых государств предусмотрены положения о прекращении действия принудительной лицензии в случае, если лицо, которому она предоставлена, не приступило к использованию запатентованного объекта по истечении определенного времени. Например, в соответствии с положениями ст. 73 Зако-

³³ Патентное право: Постатейный комментарий главы 72 Гражданского кодекса Российской Федерации. С 137–140.

³⁴ Проект справочного документа об исключениях для целей выдачи принудительных лицензий. С. 25.

на Республики Армения «О патентах»³⁵ принудительная лицензия признается в судебном порядке прекратившей свое действие, если в течение одного года после ее получения лицензиат не произвел необходимые подготовительные действия для использования объекта.

Таким образом, по нашему мнению, предусмотренный п. 1 ст. 1362 ГК РФ механизм предоставления принудительной лицензии требует совершенствования в части сроков. В качестве варианта совершенствования рассматриваемой нормы предлагается изложить абз. 1–3 п. 1 ст. 1362 ГК РФ в следующей редакции³⁶.

1. Если **изобретение, полезная модель или промышленный образец не используется либо недостаточно используется патентообладателем**, что приводит к недостаточному предложению соответствующих товаров, работ или услуг на рынке; любое лицо, желающее и готовое использовать такие изобретение, полезную модель или промышленный образец, при отказе патентообладателя от заключения с этим лицом лицензионного договора на условиях, соответствующих установившейся практике, либо **неполучении ответа на такое предложение в течение трех месяцев со дня направления** вправе обратиться в суд с иском к патентообладателю о предоставлении принудительной простой (неисключительной) лицензии на использование на территории Российской Федерации изобретения, полезной модели или промышленного образца, **при условии, что на момент обращения в суд со дня выдачи патента на изобретение или промышленный образец истекло четыре года, со дня выдачи патента на полезную модель – три года**. В исковом требова-

нии это лицо должно указать предлагаемые им условия предоставления ему такой лицензии, в том числе объем использования изобретения, полезной модели или промышленного образца, размер, порядок и сроки платежей.

Если указанные в абзаце первом настоящего пункта обстоятельства неиспользования или недостаточного использования патентообладателем изобретения, полезной модели или промышленного образца существуют на момент разрешения дела судом, и при этом патентообладатель не докажет, что наличие таких обстоятельств обусловлено уважительными причинами, суд принимает решение о предоставлении лицензии, указанной в абзаце первом настоящего пункта, и об условиях ее предоставления. Суммарный размер платежей за такую лицензию должен быть установлен в решении суда не ниже цены лицензии, определяемой при сравнимых обстоятельствах.

Действие принудительной простой (неисключительной) лицензии может быть прекращено в судебном порядке по иску патентообладателя, **предъявленному не ранее чем по истечении одного года со дня принятия решения о предоставлении принудительной лицензии**, если обстоятельства, обусловившие предоставление такой лицензии, перестанут существовать и их возникновение вновь маловероятно, **либо если лицензиат в течение указанного срока не приступит к использованию изобретения, полезной модели или промышленного образца**. В этом случае суд устанавливает срок и порядок прекращения принудительной простой (неисключительной) лицензии и возникших в связи с получением этой лицензии прав.

Список литературы:

1. *Боденхаузен Г.* Парижская конвенция по охране промышленной собственности: Комментарий. Пер. с фр. Тумановой Н. Л. ; под ред. Богуславского М. М. ; вступ. ст. Питовранова Е. П. – М. : Прогресс, 1977. – 306 с.
2. *Ворожевич А.С.* Пределы осуществления и защиты исключительного права патентообладателя: Монография. – Москва: Статут, 2018. – 320 с.

³⁵ Закон Республики Армения «О патентах», принят 03 марта 2021 г. URL: <https://www.arlis.am/DocumentView.aspx?DocID=173454> (дата обращения: 10 марта 2024 г.).

³⁶ Полужирным начертанием выделены предлагаемые изменения.

3. *Гюльбасарова Е.В.* Изъятия из патентной монополии // Журнал Суда по интеллектуальным правам. – Сентябрь 2023. – Вып. 3 (41). – С. 17–24.
4. *Катков В.Д.* О привилегиях (патентах) на промышленные изобретения. – Харьков : тип. «Печ. Дело». – 1902. – 229 с.
5. Патентное право: Постатейный комментарий главы 72 Гражданского кодекса Российской Федерации / Под ред. Крашенинников П.В. – Москва : Статут, 2010. – 463 с.
6. Проект справочного документа об исключениях для целей выдачи принудительных лицензий / Постоянный комитет по патентному праву. Тридцатая сессия Женева, 24–27 июня 2019 г. С. 7 // Всемирная организация интеллектуальной собственности. [Электронный ресурс] – Режим доступа: https://www.wipo.int/edocs/mdocs/scp/ru/scp_30/scp_30_3.pdf
7. *Сагдеева Л.В.* Принудительная лицензия как обременение исключительных прав // Международное право. – 2017. – № 4. – С. 17–30.
8. *Сергеев А.П.* Патентное право. – М.: Издательство БЕК, 1994. – 202 с.
9. *Шахназаров Б.А.* Система международного патентного права. Общие проблемы охраны патентуемых объектов // Юридический мир. – 2016. – № 11. – С. 59–63.
10. *Ho С.М.* Compulsory Licenses Under TRIPS: An Introduction // Access to medicine in the global economy: international agreements on patents and related rights. Oxford University Press, April 2011. Loyola University Chicago School of Law Research Paper № 2011-030. [Электронный ресурс] – Режим доступа: <https://ssrn.com/abstract=1922803>
11. *Mossoff А.* Rethinking the Development of Patents: An Intellectual History, 1550-1800 // Hastings Law Journal. 2001. Vol. 52. Iss. 6. P. 1255–1332 [Электронный ресурс] – Режим доступа: https://repository.uchastings.edu/hastings_law_journal/vol52/iss6/2
12. *Khan B.Z.* An Economic History of Patent Institutions // EH.Net Encyclopedia, edited by Robert Whaples. March 16, 2008. [Электронный ресурс] – Режим доступа: <http://eh.net/encyclopedia/an-economic-history-of-patent-institutions/>

Научная статья
УДК 347.513

Для цитирования:

Овчинников И.В. Компенсация за вред, причиненный обеспечением иска, и за нарушение исключительного права: общее и отличное // Журнал Суда по интеллектуальным правам. Июнь 2024. № 2 (44). С. 257–263.

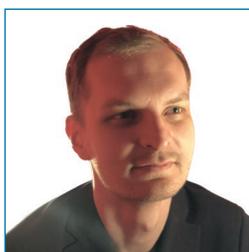
DOI: 10.58741/23134852_2024_2_16

Ovchinnikov I.V. Compensation for Injury Inflicted by Securing a Claim: Lessons for Intellectual Property Law // Zhurnal Suda po intellektual'nym pravam. June 2024. N 2 (44). Pp. 257–263. (In Russ.).

DOI: 10.58741/23134852_2024_2_16

DOI: 10.58741/23134852_2024_2_16

Компенсация за вред, причиненный обеспечением иска, и за нарушение исключительного права: общее и отличное



И.В. Овчинников,

кандидат юридических наук,
доцент кафедры гражданского права Федерального государственного бюджетного образовательного учреждения высшего образования «Удмуртский государственный университет»,
г. Ижевск, Россия
AuthorID: 1047943

Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации помимо взыскания убытков предусматривает такой специальный способ возмещения вреда, причиненного обеспечением иска, как компенсация. Формальные правила определения ее размера и условий выплаты построены по модели компенсации, установленной за нарушение исключительного права на интеллектуальную собственность. Тем не менее утвердившаяся в судебной практике оценка вреда, возникшего вследствие обеспечения иска, в качестве правомерного причиненного исключает такое сопоставление. Отсутствие противоправности в действиях лица, испрашивающего обеспечительную меру, делает невозможным взгляд на компенсацию как меру ответственности, наступающую в связи с гражданским правонарушением. В этой связи указание закона на то, что ее размер должен определяться исходя из характера нарушения, также оказывается неприменимым. Удовлетворение иска о выплате компенсации в настоящий момент требует обоснования факта наступления негативных последствий вследствие обеспечения иска. Все это позволяет заключить, что такая компенсация представляет собой дискреционный способ определения размера убытков. Этим она принципиально отличается от компенсации за нарушение исключительного права, взыскиваемой в связи с нарушением и не требующей доказывания факта причинения убытков. Автор делает вывод о нежелательности использования такого подхода в праве интеллектуальной собственности, так как он не будет в достаточной степени достигать цели превенции нарушений исключительного права.

Ключевые слова:

компенсация; убытки; обеспечение иска; деликт; правомерное причинение вреда; злоупотребление правом; исключительное право.

Институт обеспечительных мер в гражданском и арбитражном процессе, призванный гарантировать возможность исполнения судебного решения в будущем, в силу своей природы чаще всего подразумевает вторжение в имущественную сферу ответчика и ограничение свободы его экономической деятельности. В этой связи и ГПК РФ, и АПК РФ в целях обеспечения баланса интересов сторон и превенции злоупотреблений предусматривают право ответчика (АПК РФ – также право иных лиц, пострадавших от обеспечения) взыскать с истца убытки, причиненные обеспечением иска в случае, если судом было отказано в удовлетворении требований последнего.

Помимо убытков АПК РФ предусматривает для ответчика также альтернативный способ возмещения, а именно выплату компенсации в размере от одной тысячи рублей до одного миллиона рублей, а по корпоративным спорам – от десяти тысяч до одного миллиона рублей (ч. 2 ст. 98 АПК РФ). Модель компенсации, использованная здесь законодателем, приближена к той, что предусмотрена ч. 4 ГК РФ на случай нарушения исключительного права.

Это сходство, уже отмечавшееся в литературе¹, заслуживает того, чтобы ему уделили более пристальное внимание, а также позволяет задуматься, возможно ли привести два этих случая к некоей универсальной мере гражданской ответственности, применяемой к различным обстоятельствам, или, во всяком случае, единому механизму реализации этой ответственности. При всей радикальности такой постановки вопроса она может быть полезна как с познавательной точки зрения.

Начать, однако, следует с тех метаморфоз, которые претерпел в практике арбитражных судов институт убытков, причиненных обеспечительными мерами. Правовые позиции, сформулированные Верховным Судом РФ (далее – ВС РФ) в этой

сфере, влияют и на оценку компенсации. В первую очередь речь идет о противоправности действий истца. Законодатель, очевидно, исходил из представления о том, что убытки в данном случае служат мерой ответственности за противоправные действия. Так, ч. 1 ст. 98 АПК РФ говорит о нарушении прав и законных интересов лица, вызванном обеспечением иска. Часть 2 этой же статьи указывает, что размер компенсации должен определяться судом исходя из характера нарушения и иных обстоятельств дела с учетом требований разумности и справедливости. Последняя формулировка, нужно подчеркнуть, дословно повторяет текст абз. 2 п. 3 ст. 1252 ГК РФ.

Статья 98 АПК РФ, думается, не постулирует существование особых «процессуальных» убытков – речь идет о частном случае гражданской внедоговорной (деликтной) ответственности, и следует согласиться с теми авторами, которые анализируют данную статью в контексте условий возникновения деликтного обязательства². Другие, впрочем, характеризуют институт взыскания убытков, причиненных обеспечением иска, как специальный процессуальный квазиделиктный механизм³ или процессуальное средство защиты прав участников арбитражного процесса⁴.

Материально-правовая квалификация компенсации гораздо сложнее, так как нашему гражданскому праву за рамками интеллектуальной собственности не известна такая мера ответственности за нарушение имущественного права. Существующий здесь доктринальный пробел к настоящему моменту не заполнен и, вероятно, не будет заполнен до тех пор, пока отечественная цивилистика не выработает общее учение о компенсации как самостоятельной мере гражданской ответственности. Часть 1 ст. 98 АПК РФ неслучайно указывает на то, что убытки подлежат возмещению в порядке и размере, которые предусмотре-

¹ Смольников Д.И. Взыскание компенсации в связи с обеспечением иска // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2016. № 7. С. 34.

² Платонова Н.В. Возмещение вреда, причиненного предъявлением необоснованного иска: к вопросу о материально-правовом значении процессуального поведения // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2018. № 6. С. 105.

³ Тай Ю.В., Будылин С.Л. Обеспечительные меры. Как нам обустроить Россию? // Вестник гражданского процесса. 2020. Т. 10. № 4. С. 112.

⁴ Котлярова В.В. О возмещении убытков и выплате компенсации, возникших вследствие применения обеспечительных мер // Арбитражный и гражданский процесс. 2015. № 5. С. 19–20.

ны гражданским законодательством, но не содержит такой же оговорки для компенсации: никакого общего порядка определения ее размера и выплаты наш гражданский закон не содержит. Так или иначе, в контексте компенсации в судебной практике можно встретить оценку ст. 98 АПК РФ как устанавливающей «процессуальную возможность привлечения к гражданско-правовой ответственности»⁵, что кажется верным.

Вместе с тем очевидно, что правило генерального деликта, презюмирующее и противоправность причинения вреда, и вину причинителя, не может быть применено к ситуации, где убытки являются следствием обеспечением иска. Сама по себе просьба истца о применении обеспечительных мер, обращенная к суду, является не более чем реализацией им своего процессуального права. Последующий отказ в удовлетворении требований истца судом как необходимая предпосылка для подачи ответчиком иска об убытках как таковой также не может свидетельствовать о противоправности действий истца.

В условиях состязательного процесса отказ в иске может быть следствием обстоятельств, во все не связанных с волей или действиями истца, или же связанных, но тем не менее не свидетельствующих о противоправном и виновном характере его действий в гражданско-правовом смысле (пассивное участие в судебном разбирательстве, неправильное понимание норм права, владение неполной информацией о фактических обстоятельствах). В чем же в таком случае состоит нарушение, характер которого требует оценивать закон?

Баланс между нормами АПК РФ о компенсации и нормами ГК РФ о деликтной ответственности в 2013 г. был найден Высшим Арбитражным Судом Российской Федерации (далее – ВАС РФ) в рамках следующего подхода: испрашивание истцом обеспечительной меры может рассматриваться как противоправное лишь в том случае, если иск был заведомо необоснован и подан исключительно

но с целью причинения вреда ответчику⁶. Таким образом, противоправность действий истца вытекает из общего запрета на злоупотребление правом, установленного гражданским законом (ст. 10 ГК РФ).

Толкование, приданное нормам ст. 98 АПК РФ этой правовой позицией, призвано было вписать их в общее цивилистическое представление о деликте. Неизбежным следствием этого стал его резко ограничительный характер – удовлетворение иска об убытках стало возможным лишь в том случае, если суд мотивировал отказ в удовлетворении первоначальных требований истца ссылкой на злоупотребление правом.

Принципиально иной подход к пониманию юридической природы убытков, причиненных обеспечением иска, через несколько лет представила Судебная коллегия по экономическим спорам ВС РФ, сформулировавшая следующие положения⁷. Правопорядок не должен содействовать заявлению необоснованных исковых требований и освобождению заявляющих их лиц от ответственности за вред, причиненный такими требованиями. Право на возмещение убытков, причиненных обеспечением иска, основано на положениях п. 3 ст. 1064 ГК РФ и возникает в силу прямого указания ст. 98 АПК РФ. Так как убытки в данном случае представляют собой частный случай правомерно причиненного вреда, их взыскание не требует ни противоправности действий ответчика, ни его вины. Иной подход не имел бы необходимого превентивного воздействия на лиц, заявляющих необоснованные иски.

Новизна этих разъяснений заключалась в первую очередь в правовом обосновании, апеллирующем к п. 3 ст. 1064 ГК РФ, который по иронии судьбы допускает установление случаев возмещения правомерно причиненного вреда только законом. Политико-правовые соображения о том, что правопорядок не должен способствовать заявлению необоснованных исковых требований, но должен

⁵ Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 16 ноября 2015 г. по делу № А53-1835/2015.

⁶ Определение Высшего Арбитражного Суда РФ от 25 февраля 2013 г. № ВАС-1177/13 по делу № А27-8964/2012.

⁷ Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 14 сентября 2015 г. № 307-ЭС15-3663 по делу № А56-17785/204; Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 6 мая 2016 г. № 308-ЭС15-18503 по делу № А53-1835/2015; Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 25 августа 2023 г. № 307-ЭС19-8097(5) по делу № А13-8408/2015.

оказывать необходимое превентивное воздействие на заявляющих их лиц, напротив, повторяют более ранние мнения ВАС РФ, в частности, по делу общества СМАРТС⁸.

Здесь следует вернуться к компенсации – очевидно, что приведенные позиции ВС РФ неизбежно меняют и ее природу. Строго говоря, правомерное причинение вреда не может быть охарактеризовано как правонарушение, и теория гражданского права всегда испытывала значительные трудности при оценке возмещения такого вреда в качестве меры ответственности. Как писал в свое время М.М. Агарков, *«правомерное действие, т.е. действие, дозволенное правом, по общему правилу не может влечь за собой ответственности. Но в определенных случаях закон может установить обязанность возместить правомерно причиненный вред исходя не из мысли об ответственности, а из совершенно других мотивов»*⁹.

Традиция отграничения деликтной ответственности от обязательства по возмещению правомерно причиненного вреда как особой меры социальной защиты имеет в отечественной науке богатую историю, обзор и анализ которой мы можем найти, в частности, в диссертационных работах Е.М. Гинц¹⁰ и С.К. Степанова¹¹. И если характеристика убытков, возникших у ответчика вследствие обеспечения иска, в качестве правомерно причиненного вреда сама по себе не ставит перед нами каких-либо доктринальных проблем (в конечном счете, убытки функционально представляют собой денежную оценку имущественного вреда независимо от того, правомерно или противоправно он был причинен), то с компенсацией дело обстоит иначе.

Как уже говорилось, ст. 98 АПК РФ исходит из понимания компенсации как меры ответственности, установленной за нарушение, хотя и не раскрывает существо последнего. В свете толкования

ВАС РФ им служило злоупотребление правом как особая разновидность гражданского правонарушения. Соответственно, компенсация с точки зрения закона должна взыскиваться независимо от факта несения имущественных потерь ответчиком.

Нормы АПК РФ в их строгом толковании, определяя диапазон от одной тысячи рублей до одного миллиона рублей, не предполагают ни снижения судом размера компенсации ниже минимального предела, ни отказа в иске о ее выплате, если факт нарушения установлен. Более того, указывая на необходимость учитывать характер нарушения и иные обстоятельства дела, законодатель прямо допускает при определении суммы компенсации учет факторов, не связанных с размером возможных убытков. Этот механизм знаком нам по ч. 4 ГК РФ.

Именно так правила о компенсации понимал суд первой инстанции по делу Банка Zenit, в рамках которого Судебная коллегия по экономическим спорам позднее и вынесла один из приведенных выше судебных актов. В частности, он указывал, что компенсация подлежит взысканию при доказанности факта нарушения, при этом заявитель не обязан доказывать размер понесенных убытков. Сумма компенсации определяется с учетом характера допущенного нарушения, его срока, степени вины нарушителя, вероятных убытков заявителя, исходя из принципов разумности и справедливости, а также соразмерности компенсации последствиям нарушения¹².

Большинство из этих выводов невозможно найти в тексте ст. 98 АПК РФ – они были результатом применения по аналогии правил ч. 4 ГК РФ о компенсации за нарушение исключительного права, а также разъяснений этих норм, ранее содержащихся в Постановлении Пленума ВС РФ, Пленума ВАС РФ № 5/29 от 26 марта 2009 г.¹³, а ныне – в Постановлении Пленума ВС РФ № 10

⁸ Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 6 сентября 2011 г. № 2929/11 по делу № А56-44387/2006.

⁹ Агарков М.М. Избранные труды по гражданскому праву. В 2 т. Т. 2: Общее учение об обязательствах и его отдельных видах. М.: Статут, 2012. С. 218.

¹⁰ Гинц Е.М. Возмещение вреда, причиненного правомерными действиями государственных органов: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2014. С. 22–31.

¹¹ Степанов С.К. Обязательства по возмещению вреда, причиненного правомерными действиями, по праву России и зарубежных стран: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2021. С. 93–105.

¹² Решение Арбитражного суда Ростовской области от 3 июня 2015 г. по делу № А53-1835/2015.

¹³ Пункты 43.2 и 43.3 Постановления Пленума Верховного Суда РФ № 5, Пленума ВАС РФ № 29 от 26 марта 2009 г. «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации».

от 23 апреля 2019 г.¹⁴ Но все эти выводы удивительным образом совмещались в решении суда с прямо противоположными суждениями о том, что компенсация *«предполагает наличие определенного материального ущерба, возникшего вследствие необоснованно принятых обеспечительных мер»*. Недоказанность причинения истцу такого ущерба, наряду с отсутствием доказательств злоупотребления правом при предъявлении первоначальных требований ответчиком, и послужила основанием для отказа в удовлетворении требований.

Однако с изъятием обязательства по возмещению вреда, причиненного обеспечением иска, из категории деликтных аналогия между компенсацией за нарушение исключительного права и компенсацией по ст. 98 АПК РФ стала вовсе невозможной. Первая предусмотрена за правонарушение, а вторая – за последствия правомерного поведения.

Соответственно, правила определения размера компенсации, основанные на оценке характера, тяжести и последствий нарушения, во втором случае теряют смысл. Данная проблема была разрешена ВС РФ следующим образом: взыскание компенсации не требует строгого доказывания размера понесенных убытков, но предполагает обоснование потерпевшим негативных последствий, наступивших от обеспечительных мер, и причинной связи между ними и обеспечением иска.

Таким образом, возникновение негативных последствий (имущественного вреда) вследствие обеспечения иска в настоящее время служит необходимым условием для удовлетворения требования о выплате компенсации, и истец не освобождается от доказывания факта их несения – лишь их точного размера.

Так компенсация по ст. 98 АПК РФ прошла путь от самостоятельной по формальным признакам меры ответственности, родственной по своей природе компенсации за нарушение исключительного права, до (фактически) способа расчета убытков, зависящего от судебного усмотрения и в этом смысле похожего на правила п. 5 ст. 393 ГК РФ. И в том и в другом случае мы имеем дело

с дискреционным механизмом определения размера вреда при сохранении обязанности истца продемонстрировать сам факт его причинения.

Отметим, что и ВАС РФ применял правила п. 5 ст. 393 ГК РФ к данной категории споров задолго до того, как они были формализованы в нашем законе. Так, по делу общества СМАРТС он указывал, что суд не может полностью отказать в удовлетворении требования о возмещении убытков, причиненных обеспечительными мерами по необоснованному требованию, только на том основании, что размер убытков не может быть установлен с разумной степенью достоверности. В этом случае размер подлежащих возмещению убытков определяется судом с учетом всех обстоятельств дела, исходя из принципа справедливости и соразмерности ответственности.

Сущностное различие между убытками и компенсацией по ст. 98 АПК РФ к настоящему моменту состоит лишь в том, что последняя ограничена верхним пределом в один миллион рублей. В этом смысле компенсационный механизм отступает от принципа полноты возмещения вреда, не давая суду возможности присудить большую сумму даже в том случае, если, по его убеждению, убытки лица от обеспечения иска превышают данный предел.

Произошедшая трансформация института компенсации показательна с точки зрения вызвавших ее причин. Можно говорить о том, что сам правовой механизм, перенесенный из ч. 4 ГК РФ в урезанном виде, но без принципиальных изменений, оказался непригоден для опосредования отношений, что вызваны к жизни процессуальным поведением сторон и потому не могут быть адекватно оценены в рамках частно-правовой категории противоположности.

С другой стороны, она отражает общую доктринальную неопределенность в вопросе о функциях и природе компенсации в сравнении с убытками. Следует ли говорить о том, что компенсация – это не более чем альтернативный компенсаторный механизм на случай невозможности, затруднительности или нецелесообразности точного расчета убытков, или же она представляет со-

¹⁴ Пункты 59 и 62 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23 апреля 2019 г. № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации».

бой особую меру ответственности, необходимую в тех случаях, когда правопорядку нужно также оказать превентивное воздействие?

Эта дискуссия, хорошо известная нашему праву интеллектуальной собственности¹⁵, актуальна и здесь. Первый вариант ответа, к которому в итоге склонилась судебная практика по ст. 98 АПК РФ, подразумевает, однако, существенное ограничение, накладываемое деликтной догмой. Восстановительная функция логически может быть реализована и имеет смысл лишь в том случае, если установлен факт причинения вреда, требующего возмещения. Из этого, в частности, следует вывод ВС РФ о необходимости установления негативных последствий, вызванных обеспечением иска.

Второй вариант не имеет такого ограничения и в определенном смысле построен на началах публично-правовой ответственности, то есть предполагает оценку судом тяжести совершенного нарушения и его последствий, в том числе (но не только) факта и размера причиненного вреда. Так функционирует компенсация за нарушение исключительного права в диапазоне от десяти тысяч рублей до пяти миллионов рублей.

Однако и в праве интеллектуальной собственности трение между двумя этими воззрениями отчетливо заметно, хотя и не привело пока к превращению компенсации в дискреционный способ расчета убытков. Как отмечается в литературе, правила п. 3 ст. 1252 ГК РФ допускают как широкое, так и узкое толкование. Первое предполагает освобождение правообладателя от доказывания самого факта несения убытков, а второе – лишь от доказывания точного размера своих потерь, которые при этом должны иметь место¹⁶.

Второе толкование в своем крайнем проявлении в настоящий момент противоречит общепринятому пониманию ч. 4 ГК РФ и разъяснениям ВС РФ. Между тем нельзя не отметить, что судебная практика и научная мысль в целом восприни-

мает компенсацию как разновидность восстановительного механизма, некую альтернативную форму убытков. Сложившуюся ситуацию можно обобщить словами А.П. Сергеева: «Обе санкции... являются, в сущности, одной и той же мерой ответственности, а именно взысканием убытков»¹⁷.

Тенденция к сближению, если не смешению компенсации и убытков проявляет себя и в разъяснении ВС РФ, требующем от истца представить обоснование суммы компенсации, подтверждающее ее соразмерность допущенному нарушению исключительного права¹⁸. Ранее такое требование было обращено лишь к суду, но не к истцу. В настоящий момент оно не перекрывает правило об отсутствии необходимости доказывать факт несения убытков, так как это обоснование может содержать позицию истца относительно характера и срока нарушения, наличия и формы вины ответчика и прочих обстоятельств, прямо не связанных с убытками.

Тем не менее трудно не усмотреть здесь сходство с требованием продемонстрировать наличие негативных последствий по иску о выплате компенсации в связи с применением обеспечительных мер. Это сходство в будущем может вылиться и в сближение самих условий удовлетворения иска, то есть перенесение вероятных имущественных потерь из сферы обоснования размера компенсации в область доказывания.

Представляется, что такое развитие событий имело бы нежелательные последствия для всего механизма охраны исключительного права. Изменение природы компенсации по ст. 98 АПК РФ стало побочным эффектом решения отнести убытки, причиненные вследствие обеспечения иска, к категории правомерно причиненных. Данное решение, в свою очередь, было продиктовано необходимостью обеспечить превентивное воздействие на лиц, злоупотребляющих правом на подачу иска. Между тем в праве интеллектуальной собствен-

¹⁵ Васильева Е.Н. Компенсация за нарушение исключительного права на интеллектуальную собственность // Труды Института государства и права РАН. 2015. № 6. С. 102–106.

¹⁶ Павлова Е.А., Калятин В.О., Корнеев В.А., и др. Компенсация как мера ответственности за нарушение исключительных прав. Часть 1 // Журнал Суда по интеллектуальным правам. 2022. № 2 (36). С. 161.

¹⁷ Сергеев А.П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации: учебник. М.: Проспект, 2007. С. 384.

¹⁸ Пункт 61 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23 апреля 2019 г. № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации».

ности отнесение компенсации к разновидности убытков имело бы эффект, прямо противоположный превенции.

В ситуациях, где правообладатель не смог обосновать факт несения потерь (а в отрыве от оценки их конкретного размера достаточность такого обоснования становится вопросом судебного усмотрения), итогом неизбежно становился бы отказ в удовлетворении иска о выплате компенсации. Правопорядок в определенном смысле «прощал» бы нарушение исключительного права в связи с отсутствием на стороне правообла-

теля вреда, игнорируя тот факт, что нарушитель, использовав чужой объект, извлек из него полезные для себя свойства и достиг полностью или частично тех целей (не всегда экономических), которые преследовал, совершая нарушение. В этом сценарии роль инструмента какого-либо имущественного воздействия на нарушителя полностью перешла бы к механизмам, не приспособленным для этого ни теоретически, ни практически, например, к институту судебных расходов по требованиям о прекращении нарушения исключительного права.

Список литературы:

1. *Агарков М.М.* Избранные труды по гражданскому праву. В 2 т. Т. 2: Общее учение об обязательствах и его отдельных видах. М.: Статут, 2012. 535 с.
2. *Васильева Е.Н.* Компенсация за нарушение исключительного права на интеллектуальную собственность // Труды Института государства и права РАН. 2015. № 6. С. 101–124.
3. *Гинц Е.М.* Возмещение вреда, причиненного правомерными действиями государственных органов: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2014. 153 с.
4. *Котлярова В.В.* О возмещении убытков и выплате компенсации, возникших вследствие применения обеспечительных мер // Арбитражный и гражданский процесс. 2015. № 5. С. 16–20.
5. *Павлова Е.А., Калятин В.О., Корнеев В.А., Радецкая М.В., Евстигнеев Э.А., Кольздорф М.А., Туркина А.Е., Спиридонова Н.Б.* Компенсация как мера ответственности за нарушение исключительных прав. Часть 1 // Журнал Суда по интеллектуальным правам. 2022. № 2 (36). С. 152–190.
6. *Платонова Н.В.* Возмещение вреда, причиненного предъявлением необоснованного иска: к вопросу о материально-правовом значении процессуального поведения // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2018. № 6. С. 98–123.
7. *Сергеев А.П.* Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации: учебник. М.: Проспект, 2007. 752 с.
8. *Смольников Д.И.* Взыскание компенсации в связи с обеспечением иска // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2016. № 7. С. 30–35.
9. *Степанов С.К.* Обязательства по возмещению вреда, причиненного правомерными действиями, по праву России и зарубежных стран: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2021. 226 с.
10. *Тай Ю.В., Будылин С.Л.* Обеспечительные меры. Как нам обустроить Россию? // Вестник гражданского процесса. 2020. Т. 10. № 4. С. 89–130.

УДК: 346.26

Для цитирования:

Быкова С.П. Коммерческая тайна в стартапе. Шансы на защиту // Журнал Суда по интеллектуальным правам. Июнь 2024. № 2 (44). С. 264–269.

DOI: 10.58741/23134852_2024_2_17

Bykova S.P. A trade secret in a startup. The chances of protection // Zhurnal Suda po intellektual'nym pravam. June 2024. N 2 (44). Pp. 264–269. (In Russ.).

DOI: 10.58741/23134852_2024_2_17

DOI: 10.58741/23134852_2024_2_17

Коммерческая тайна в стартапе. Шансы на защиту

**С.П. Быкова,**

юрист, аспирант,

ФГБОУ ВО «Юго-Западный государственный университет»

Курск, Российская Федерация

ORCID 0000-0002-1688-933X

Данная статья посвящена анализу вопросов защиты коммерческой тайны в стартапах в контексте права. Автор исследует актуальные правовые аспекты, связанные с уникальными вызовами, с которыми сталкиваются предприятия на начальном этапе развития. Особое внимание уделяется физическим лицам как субъектам стартовой деятельности, находящимся на пути к созданию отдельного юридического лица, но пока оформили лишь статус «самозанятых». Также автор рассматривает судебную практику, иллюстрируя сложности, с которыми сталкиваются предприниматели в процессе доказывания факта нарушения прав в суде.

В статье приведены практические рекомендации по разработке эффективных стратегий по защите коммерческой тайны для стартапов, выявлены существенные недостатки действующего законодательства в данной области и продолжены пути решения.

Ключевые слова:

кстартапы; коммерческая тайна; конфиденциальная информация; защита идеи стартапа.

В контексте цифровой трансформации экономики информация приобретает особенное значение, а для стартапов защита информации от конкурентов играет основополагающую роль. Поскольку бизнес-модель стартапа осно-

вана на инновационной идее, которая до того не была представлена на рынке, утечка такой информации может привести не только к финансовым убыткам, но и к прекращению деятельности в целом.

Стартапы представляют собой вид предпринимательской деятельности на ранней стадии ее развития, отличительной особенностью которых является реализация инновационной идеи и необходимость в привлечении инвестиций [1]. Легко представить ситуацию, в которой участники стартапа обращаются к инвестору, чтобы получить заемные средства на реализацию своего проекта, так как начинающие предприниматели зачастую ограничены в средствах. Однако в процессе воплощения инновационной идеи у основателей может возникнуть конфликт, в результате которого идея может стать известной третьим лицам, что ставит под угрозу продолжение деятельности молодой компании и возврат денег инвестору.

Может возникнуть и иная ситуация, когда идею стартапа могут «украсть» именно на этапе привлечения инвестиций, в процессе раскрытия информации инвесторам.

Еще один распространенный вариант утечки данных – сотрудники, которые перешли к конкурентам, забрав с собой разработки, клиентскую базу или иную ценную информацию.

Одним из способов защиты от недобросовестных действий как извне, так изнутри является установление режима коммерческой тайны в отношении такой информации.

В настоящее время под режимом коммерческой тайны (далее – КТ), согласно ст. 3 Федерального закона от 29 июля 2004 г. N 98-ФЗ «О коммерческой тайне» (далее – Закон «О коммерческой тайне») [2], понимается режим конфиденциальности информации, позволяющий ее обладателю при существующих или возможных обстоятельствах увеличить доходы, избежать неоправданных расходов, сохранить положение на рынке товаров, работ, услуг или получить иную коммерческую выгоду.

Информация, составляющая коммерческую тайну, – сведения любого характера (производственные, технические, экономические, организационные и другие), в том числе о результатах интеллектуальной деятельности в научно-технической сфере, а также сведения о способах осуществления профессиональной деятельности, которые имеют действительную или потенциальную коммерческую ценность в силу неизвестности их третьим лицам, к которым у третьих лиц нет свобод-

ного доступа на законном основании и в отношении которых обладателем таких сведений введен режим коммерческой тайны.

Проанализировав данную норму, можно выделить три основных признака, характерные для информации, составляющую объект защиты с помощью режима коммерческой тайны:

- информация должна иметь коммерческую ценность;
- должна быть защищена и недоступна для свободного распространения;
- владелец информации должен принимать меры для ее конфиденциальности.

Однако в результате исследования были выявлены и дополнительные признаки.

Односторонняя воля субъекта при определении объема защищаемой информации. Северин Р.В. отмечает, что организация, являющаяся обладателем коммерческой тайны, самостоятельно определяет объем информации и круг лиц, которым предоставляется доступ к этой тайне [3].

Особый субъектный состав. Согласно статье 5 Закона «О коммерческой тайне», субъектами, применяющими режим коммерческой тайны, могут быть юридические лица или индивидуальные предприниматели. В случае если речь идет о нарушителях, то ими могут быть и физические лица.

Объект, охраняемый режимом коммерческой тайны, может быть предметом сделок с третьими лицами. Обладатель тайны может передавать ее другим организациям или лицам на определенных условиях. Яркий пример – ноу-хау может передаваться третьим лицам по лицензионному договору.

Охрана коммерческой тайны обусловлена ее действительной или потенциальной коммерческой ценностью – эта информация важна для организации, и разглашение может нанести ущерб компании и привести к значительным убыткам.

Согласно статье 10 Закона «О коммерческой тайне», для введения в начинающей компании режима коммерческой тайны необходим ряд условий: определение перечня информации, составляющей коммерческую тайну, и сроков ее действия; разработка порядка доступа участников стартапа и других лиц к коммерческой тайне, с определением обязанностей, а также ответственности этих лиц за разглашение тайны, утрату документов;

обеспечение сохранности этих документов; разработка порядка работы с документами с грифом «Коммерческая тайна».

Однако что делать субъектам стартапной деятельности – физическим лицам, которые раскрывают потенциальную коммерческую тайну своим контрагентам или инвесторам. Данная категория субъектов стартапной деятельности не может воспользоваться способами защиты, предоставленными законодательством в части охраны коммерческой тайны.

Так подпункт 5 п. 1 ст. 10 Закона «О коммерческой тайне» содержит требование: нанесение на материальные носители, содержащие информацию, составляющую коммерческую тайну, или включение в состав реквизитов документов, содержащих такую информацию, грифа «Коммерческая тайна» с указанием обладателя такой информации (для юридических лиц – полное наименование и место нахождения, для индивидуальных предпринимателей – фамилия, имя, отчество гражданина, являющегося индивидуальным предпринимателем, и место жительства).

Тем самым физические лица, не зарегистрированные в качестве ИП, лица, уплачивающие налог на профессиональный доход, т.е. по сути являющиеся субъектами стартапной деятельности, как вида предпринимательства, но не имеют возможности передать ценную для своего стартапа (стартап-проекта) информацию третьим лицам.

Представляется, данное противоречие необходимо устранить посредством внесения в Федеральный закон изменений в части грифа «Коммерческая тайна», изложив подп. 5 п. 1 ст. 10 Закона «О коммерческой тайне» нанесение на материальные носители, содержащие информацию, составляющую коммерческую тайну, или включение в состав реквизитов документов, содержащих такую информацию, грифа «Коммерческая тайна» с указанием обладателя такой информации (для юридических лиц – полное наименование и место нахождения, для индивидуальных предпринимателей – фамилия, имя, отчество гражданина, являющегося индивидуальным предпринимателем, и место жительства; для физических лиц – фамилия, имя, отчество, идентификационный номер налогоплательщика и место жительства).

При внесении данных изменений правами на защиту информации, в том числе несущей потенциально коммерческую ценность, в самом начале предпринимательской деятельности или на стадии подготовки к ней, будут обладать все субъекты стартапной деятельности.

Не меньше сложностей и проблем возникает и внутри стартапа: между участниками и в отношениях с сотрудниками. При, казалось бы, повышенной важности идеи, участникам стартапа приходится регулярно ее раскрывать внутри (перед командой и новыми сооснователями).

Д.Г. Маркова [4] первым и главным источником информации в компании называет именно сотрудников, связывая это с человеческим фактором, при котором разглашение потенциально важной информации для стартапа может произойти как умышленно, так и по неосторожности. Именно поэтому для возможности правовой защиты от неблагоприятных последствий, а также с целью предупреждения противоправных действий необходима четкая и понятная система защиты ценной для стартапа информации.

Инновационные идеи, разрабатываемые коллективом, часто сталкиваются с риском непреднамеренного раскрытия, особенно в условиях высокой «текучки» кадров и постоянных изменений в составе команды. В этом контексте возникают вопросы конфиденциальности, необходимости разработки внутренних механизмов контроля и обучения сотрудников основам безопасности данных. Именно поэтому режим коммерческой тайны также защищает информацию и внутри стартапа.

Указанные выше требования к режиму КТ обуславливают необходимость выстраивания системы по защите коммерческой тайны, которая состоит из: обязательной оговорки в трудовом договоре об обязанности соблюдать режим коммерческой тайны и не разглашать любую конфиденциальную информацию; в соглашении о неразглашении, в ознакомлении с локальными нормативными актами о коммерческой тайне в компании, с объемом такой информации. Документальное оформление допуска сотрудника к коммерческой тайне обеспечивается ознакомлением под подпись с установленным работодателем режимом коммерческой тайны и с мерами ответствен-

ности за его нарушение, которые отражены в локальном нормативном акте.

Кроме того, каждый факт разглашения коммерческой тайны должен быть зафиксирован, проведена работа по правилам, установленным трудовым законодательством в случаях нарушения трудовых обязанностей сотрудниками.

Ошибки, которые допускают как основатели стартапа, так и собственники бизнеса в целом при защите коммерческой тайны от недобросовестных действий своих сотрудников, можно разделить на несколько групп.

Отсутствие введенного или введенного ненадлежащим образом режима коммерческой тайны. Так, по делу № 2–1809/2020 суд отказал в иске о возмещении убытков компании, чью бизнес-модель использовала бывшая сотрудница. Девушка открыла ИП и осуществляла аналогичную с бывшим работодателем предпринимательскую деятельность. Истец не смог доказать наличие фактов введенного режима КТ, а главное – факт доведения информации об этом до сотрудника.

Как справедливо отмечает Т.А. Сошникова [5], возможность привлекать к ответственности виновных работников обусловлена необходимостью соблюдения формальностей, в частности проставления на материальных носителях информации грифа «коммерческая тайна» с указанием ее обладателя, поскольку отсутствие такого грифа будет истолковываться судом как отсутствие и самой коммерческой тайны.

Представление ненадлежащих доказательств. Ярким примером служит дело № 2–7386/2020: компания обратилась в суд за возмещением с работника материального ущерба, связанного, в том числе, с разглашением коммерческой тайны. Сотрудница переманивала клиентов клиники на свое новое место работы. Суд отказал в иске, обосновав это непредставлением надлежащих доказательств, в деле были представлены объяснения свидетелей, из которых нельзя было установить обстоятельства, на которые ссылался истец.

На информацию, которая не относится к коммерческой тайне, не может быть распространен режим КТ. По делу № 2–286/2020 сотрудница была уволена за разглашение коммерческой тайны, вследствие чего она обратилась в суд и отме-

нила увольнение, доказав, что информация, которую она распространила, была общеизвестной.

При отнесении той или иной информации к коммерческой тайне необходимо учитывать сведения, которые не могут составлять коммерческую тайну, отраженные в ст. 5 Закона о коммерческой тайне

Отсутствие фиксации нарушения. По делу № 2–10577/2017 суд отказал в исковых требованиях компании о признании незаконными действий по разглашению сведений, составляющих коммерческую тайну, возложении запрета не разглашать информацию, взыскании убытков к бывшей сотруднице за использование клиентской базы. Поскольку никак не было зафиксировано, что ответчица при выполнении трудовых обязанностей воспользовалась конфиденциальными сведениями.

Кроме того, суд сделал акцент на то, что согласно ст. 238 Трудового кодекса Российской Федерации (далее – ТК РФ) работник обязан возместить работодателю причиненный ему прямой действительный ущерб. Неполученные доходы (упущенная выгода) взысканию с работника не подлежат.

По этому поводу спустя два года в Обзоре практики рассмотрения судами дел о материальной ответственности работника (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 5 декабря 2018 г.) было отмечено, при полной материальной ответственности работника (которая, в том числе, предполагается за разглашение сведений относящихся к коммерческой тайне) бремя доказывания наличия совокупности обстоятельств возложено на работодателя, который до принятия решения о возмещении ущерба конкретным работником *обязан провести проверку с обязательным истребованием от работника письменного объяснения.*

Существует еще целый ряд неразрешенных проблем, которые нельзя отнести к ошибкам работодателей, поскольку они носят системный характер.

Во-первых, отсутствие правового регулирования неконкуренции. Данная проблема особенно остро стоит в стартапах, поскольку бизнес-модель базируется на инновационной идее, которая ранее не была никем реализована, и зачастую очень важно, кто запустит бизнес первым. Соответственно, основатели стартапа находятся в крайне уязвимой позиции, когда принимают на работу сотрудни-

ка, который впоследствии оказывается недобросовестным, подсматривает идею и начинает делать свой стартап или идет к конкурентам. При отсутствии грамотно выстроенного режима КТ шансы на защиту в описанной ситуации отсутствуют в принципе, но и наличие введенного режима КТ не дает стопроцентной гарантии применения мер ответственности к нарушителю.

Возможным выходом из данной ситуации послужило бы соглашение о неконкуренции, по аналогии с зарубежным опытом. Однако Минтруд в письме 19 октября 2017 г. № 14–2/В-942 [6] дал разъяснения, где фактически запретил подобные соглашения. Законодательством не предусмотрено, что в трудовом договоре, ином документе может быть установлен запрет на действия работника в течение какого-либо срока после расторжения трудового договора, если такие действия могут привести к неблагоприятным последствиям для бывшего работодателя, в том числе на трудоустройство у другого работодателя, занимающегося теми же видами деятельности в той же области, что и прежний работодатель. Даже если такое условие будет включено, то оно применяться не должно.

На практике появилась альтернатива – соглашение «о неконкуренции» на основании 421 ГК РФ, согласно которому бывший работник получает определенную сумму денег, пока сохраняет в тайне полученные сведения, тем самым обеспечивается баланс интересов сторон. Однако в отличие от зарубежных правопорядков, в случае разглашения конфиденциальных сведений при наличии такого соглашения никакие штрафные санкции применить будет нельзя, только лишить оставшихся выплат, и обратиться в суд, чтобы воспользоваться механизмом защиты коммерческой тайны.

Здесь и кроется еще одна, проблема относительно защиты режима КТ – применение уголовной ответственности к нарушителю за разглашение коммерческой тайны, из-за трудностей с применением гражданско-правовой ответственности.

Безусловно существуют несколько институтов, позволяющих сочетать два этих вида ответственности: преюдиция приговора в гражданском процессе и гражданский иск в уголовном.

Как справедливо заметил П.Г. Федоров [7], в рамках уголовного дела работодателю проще

доказать как вину работника, так и наличие факта введенного режима коммерческой тайны, поскольку в данном случае к сбору доказательств подключатся правоохранительные органы, по определению компетентные в данном вопросе.

Соответственно, в уголовном процессе работодатель получает право заявить гражданский иск, как отмечает Л.А. Забегайло и И.А. Назаров [8], это дает возможность избежать временных и материальных затрат на гражданский процесс. С данной позицией трудно согласиться, ведь рассмотрение дел о разглашении коммерческой тайны, определения размера ущерба, связанного с ним, в силу специфики и возможностей, представленных гражданским процессом, рациональнее рассматривать именно в нем, используя преюдицию.

На наш взгляд, такую парадоксальную ситуацию порождает именно специфика доказывания введения режима коммерческой тайны и наличие нормы подп. 2 ч. 5 ст. 10 Закона «О коммерческой тайне» о том, что меры по охране конфиденциальности информации признаются *разумно достаточными*, если обеспечивается возможность использования информации, составляющей коммерческую тайну, работниками и передачи ее контрагентам без нарушения режима коммерческой тайны. Данная формулировка порождает избыточное судебское усмотрение при каждом конкретном случае. Корректнее бы было отказаться от подп. 2 ч. 5 ст. 10 Закона в пользу ч. 2 ст. 10, которая четко закрепляет, что режим КТ считается установленным после принятия обладателем информации, составляющей коммерческую тайну, мер, указанных в ч. 1 ст. 10.

Таким образом, была бы разрешена парадоксальная ситуация, при которой приходилось бы доказывать вину работника в разглашении КТ и факт установления режима КТ через применение мер уголовной ответственности. Кроме того, упростило бы судьям утверждения факта наличия установления режима КТ в каждом конкретном деле, переведя вопросы, связанные с коммерческой тайной в гражданско-правовую плоскость.

На основании вышеизложенного можно сделать вывод, что существующий институт защиты коммерческой тайны урегулирован не в полной мере.

Например, физические лица, зарегистрированные в качестве самозанятых, не могут воспользоваться механизмом защиты коммерческой тайны, что может создать проблемы для начинающих предпринимателей при раскрытии идеи своего стартапа третьим лицам.

Также не решен вопрос с соглашениями о неконкуренции, что могло бы предотвратить потенциальные утечки конфиденциальной информации через конкурирующие предприятия или бывших сотрудников.

Существующая уголовная ответственность за утечку коммерческой тайны может также быть излишней и неэффективной, поскольку не восста-

навливает в полной мере нарушенных прав работодателя, а трудно доказуемость установления режима коммерческой тайны в гражданском процессе вообще ставит под вопрос целесообразность данного института.

Таким образом, существует необходимость в адаптации законодательства нынешним реалиям, установление более четких границ, когда считать режим КТ введенным, а когда нет. Предложенные изменения в Федеральный закон от 29 июля 2004 г. N 98-ФЗ «О коммерческой тайне» будут способствовать формированию обеспечению эффективной защиты коммерческой тайны, учитывая современные реалии предпринимательской деятельности.

Список литературы:

1. *Быкова С.П.* Понятие и критерии стартапа как вида малой инновационной предпринимательской деятельности // Ежемесячный юридический журнал «Хозяйство и право». 2022. № 7. С. 22.
2. Федеральный закон от 29 июля 2004 г. № 98-ФЗ (ред. от 14 июля 2022 г.) «О коммерческой тайне».
3. *Северин Р.В.* Формирование механизма защиты прав на коммерческую тайну // Вестник Московского университета. Серия 11. Право. 2010. № 11. С. 90
4. *Маркова Д.Г.* Человеческий фактор в информационной безопасности // Известия Тульского государственного университета. Технические науки. 2018. № 10. С. 149.
5. *Сошникова Т.А.* Проблемы привлечения к материальной ответственности работника за разглашение коммерческой тайны // Образование и право. 2022. № 6. С. 399.
6. Письмо Министерства труда и социальной защиты РФ от 19 октября 2017 г. № 14–2/В-942 О дополнительном соглашении о неконкуренции.
7. *Федоров П.Г.* Преюдиция в спорах с сотрудниками по вопросам коммерческой тайны // Вестник арбитражной практики. 2023. № 5. С. 52.
8. *Забегайло Л.А., Назарова И.А.* Актуальные вопросы применения уголовной ответственности за нарушение прав на коммерческую тайну // Право и экономика. 2014. N 1. С. 37.

Научная статья
УДК 347.78

Для цитирования:

Покровская А.В. Ответственность посредников за нарушение авторских прав на маркетплейсах: исследование опыта Китая // Журнал Суда по интеллектуальным правам. Июнь 2024. № 2 (44). С. 270–282.

DOI: 10.58741/23134852_2024_2_18

Pokrovskaya A.V. Liability of intermediaries for copyright infringement on marketplaces: a study of China's experience // Zhurnal Suda po intellektual'nym pravam. June 2024. N 2 (44). Pp. 270–282. (In Russ.).

DOI: 10.58741/23134852_2024_2_18

DOI: 10.58741/23134852_2024_2_18

Ответственность посредников за нарушение авторских прав на маркетплейсах: исследование опыта Китая¹



А.В. Покровская,

аспирант юридического института, кафедры гражданского права и процесса и международного частного права Российского университета дружбы народов им. Патриса Лумумбы., эксперт патентной практики ООО ЦИС “Сколково” г. Москва, Россия

Orcid 0009-0002-6473-2027

SPIN-код: 4645-5241

В данной статье проводится исследование опыта Китая в отношении ответственности посредников за нарушение авторских прав на маркетплейсах. Анализируется законодательство, актуальные судебные решения и практику применения закона в сфере защиты авторских прав на торговых платформах Китая. Статья раскрывает основные аспекты, связанные с ответственностью посредников, включая правовые нормы, определение посредника, их обязанности и роль в предотвращении нарушений авторских прав. В статье также рассматривается эффективность существующих механизмов ответственности, включая системы уведомлений о нарушениях, процедуры претензий и ограничения на доступ к контенту. В результате делаются выводы о том, что Китай имеет развитую и эффективную систему ответственности посредников за нарушение авторских прав на маркетплейсах. При этом выявляются некоторые проблемные области и возможности для усовершенствования законодательства и его применения. В статье предлагаются практические рекомендации по улучшению действующего законодательства Китая в области ответственности платформ электронной коммерции, выступающих в роли посредников, за распространение нелегального контента, нарушающего авторские права третьих лиц.

Ключевые слова:

нарушение авторских прав; посредничество; маркетплейсы; онлайн-среда; торговые площадки.

¹ Исследование выполнено за счет гранта Российского научного фонда № 24-28-00567, <https://rscf.ru/project/24-28-00567/>

Введение

Исследование опыта Китая в отношении ответственности посредников за нарушение авторских прав на маркетплейсах является важным. В условиях быстрого развития интернет-торговли и появления все большего числа онлайн-платформ, вопросы, касающиеся защиты авторских прав, становятся все более актуальными.

Маркетплейсы как электронные площадки, на которых продавцы могут предлагать свои товары и услуги, становятся основным каналом продаж для многих компаний и индивидуальных предпринимателей. Однако с ростом количества продавцов на маркетплейсах возникает риск нарушения авторских прав, так как некоторые продавцы могут предлагать копии или пиратские версии товаров.

Посредники, в данном случае администраторы и операторы маркетплейсов, играют важную роль в предотвращении и борьбе с нарушениями авторских прав пользователей площадок. Они должны принимать меры для защиты этих прав и содействовать в соблюдении законодательства, в том числе принимая меры по блокированию и удалению контента, нарушающего авторские права.

Опыт Китая в данной области является особенно интересным, так как это страна с развитым рынком электронной коммерции, где уже давно возникают вопросы о защите авторских прав на маркетплейсах. Изучение опыта Китая может дать ценные наработки, примеры лучших практик и рекомендации по решению проблем в этой сфере.

Целью данного исследования является анализ опыта Китая в области ответственности посредников за нарушение авторских прав на маркетплейсах и выявление эффективных механизмов и методов, которые могут быть применимы и в других странах. Это позволит разработать рекомендации для законодателей, администраторов маркетплейсов и других сторон, заинтересованных в защите авторских прав на электронных площадках продаж.

Обзор международного опыта

Во многих странах существуют системы контроля и ответственности посредников в контексте нарушений авторских прав на маркетплейсах. Например, в США действует Digital Millennium Copyright Act (DMCA)², который устанавливает процедуры для удаления контента нарушения авторских прав с веб-сайтов при наличии уведомления от правообладателя.

Система DMCA имеет как свои преимущества, так и недостатки. Одним из преимуществ является то, что она обеспечивает механизм удаления нарушающего контента в случае получения уведомления, что способствует защите авторских прав. Но одновременно может возникать проблема с неправомерным использованием этого механизма, когда правообладатели могут массово отправлять уведомления о блокировке, даже если на самом деле права не нарушены.

В Европейском союзе также существуют нормативные акты, направленные на контроль и ответственность посредников в сфере авторских прав. Directive on Copyright in the Digital Single Market³, принятый в 2019 г., предусматривает ответственность онлайн-платформ за нарушение авторских прав и вводит обязательства по предотвращению таких нарушений.

В целом в разных странах применяются различные подходы. Одни стремятся сбалансировать защиту авторских прав и интересы пользователей, другие делают упор на жесткие меры и наказания. Каждый подход имеет свои преимущества и недостатки, и важно найти оптимальное решение, которое бы учитывало интересы всех сторон.

Разные подходы к контролю и ответственности посредников имеют свои преимущества и недостатки. Некоторые страны, например, в Китае, могут применять жесткие меры для борьбы с нарушениями авторских прав, включая блокировку и удаление контента, штрафы и даже уголовное преследование. Это может способствовать более эффективной защите авторских прав и обеспечению справедливости для правообладателей.

² United States. Congress. Senate. Committee on the Judiciary. (1998). The Digital Millennium Copyright Act of 1998: report together with additional views [to accompany S. 2037]. [Washington, D.C.?] :[U.S. G.P.O.,].

³ Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC.

Однако такой подход также может вызывать опасения относительно свободы выражения и инноваций. Возникают вопросы о справедливости, когда решения о блокировке или удалении контента принимаются посредниками с ограниченными юридическими знаниями или возникают проблемы с прозрачностью и непредвзятостью процесса.

Китай имеет свой собственный подход к контролю и ответственности посредников за нарушение авторских прав на маркетплейсах [1]. Китайская система контроля включает меры, такие как обязательная регистрация для платформ, расширенные обязательства по проверке контента и процедуры удаления нарушающего контента.

Проанализируем преимущества и недостатки разных подходов к контролю и ответственности посредников за нарушение авторских прав на маркетплейсах.

1. “Жесткий” подход.

Преимущества:

- более эффективный и быстрый способ борьбы с нарушениями авторских прав, так как основывается на строгих мерах и наказаниях;
- создание устрашающего эффекта исключает возможность повторных нарушений и поддерживает соблюдение авторских прав.

Недостатки:

- потенциальное ограничение свободы выражения и инноваций, если правообладатели могут злоупотреблять своими правами и ограничивать доступ к информации;
- не всегда есть возможность точно установить, является ли контент фактически нарушением авторских прав, что может привести к неправомерному удалению контента.

2. “Сбалансированный” подход.

Преимущества:

- учитывает интересы и права всех сторон, включая правообладателей, пользователей и посредников;
- обеспечивает защиту авторских прав, но при этом сохраняет открытость и доступность контента для пользователей.
- применение процедур уведомления и разбирательства позволяет более точно определить нарушения и предоставить возможность контрастопредставителю представить свои аргументы.

Недостатки:

- возможность злоупотребления системой уведомлений и использования ее в неправомерных целях;
- процесс разбирательства может быть времязатратным и требовать больших ресурсов.

Оптимальный подход к контролю и ответственности посредников за нарушение авторских прав на маркетплейсах может быть достигнут путем сочетания жестких мер для борьбы с нарушениями и сбалансированных процедур уведомления и разбирательства. Важно найти баланс между защитой прав авторов и интересами пользователей и посредников, чтобы обеспечить справедливый и эффективный контроль за нарушениями на маркетплейсах.

Исследование международного опыта по ответственности посредников за нарушение авторских прав на маркетплейсах позволяет нам рассмотреть опыт Китая и его место в глобальной практике. Китай как одна из крупнейших экономик и мировых лидеров в сфере электронной коммерции разработал и внедрил множество мер по борьбе с нарушениями авторских прав на маркетплейсах [2].

Одной из основных и наиболее известных практик в Китае является использование системы уведомлений и санкций для регулирования нарушений авторских прав на маркетплейсах [3]. В соответствии с этой системой, правообладатели могут направить уведомление посреднику, в котором указываются нарушения и требуется удаление контента или блокировка доступа к нему. В случае непринятия мер посредником, правообладатели имеют возможность обратиться в суд для защиты своих прав.

Кроме того, Китай активно разрабатывает и внедряет технологии на основе искусственного интеллекта для более эффективного обнаружения и удаления нарушений авторских прав на маркетплейсах [4]. Это позволяет автоматизировать процесс обнаружения нарушений и своевременно реагировать на них.

Опыт Китая в контексте мировой практики показывает, что эффективный контроль за нарушениями авторских прав на маркетплейсах возможен. Однако необходимо учитывать некоторые особенности местного контекста. Например, ры-

нок Китая отличается по размеру и особенностям от других стран, что требует уникальных подходов в борьбе с нарушениями авторских прав.

Тем не менее опыт Китая может служить важным источником информации и уроками для других стран, стремящихся эффективно регулировать авторские права на маркетплейсах. Взаимообмен опытом и сотрудничество между странами могут способствовать разработке лучших практик и содействовать созданию более безопасной и эффективной среды для защиты авторских прав в электронной коммерции.

Китайская система контроля и ответственности посредников

Основные меры и инструменты, принятые в Китае

В Китае приняты различные меры и инструменты для контроля и ответственности посредников в отношении нарушений авторских прав на маркетплейсах. Рассмотрим некоторые из них [5].

1. Система уведомлений и санкций: китайская система предусматривает процедуру уведомления правообладателями о нарушениях авторских прав на маркетплейсе. Если правообладатель установит наличие нарушений, он имеет право отправить уведомление посреднику, требуя удаления контента или блокировки доступа к нему. Посредник должен принять меры в установленные сроки. В случае непринятия мер правообладатель имеет право обратиться в суд для защиты своих прав.

2. Использование технологий на основе искусственного интеллекта: Китай активно разрабатывает и внедряет системы искусственного интеллекта для обнаружения и удаления нарушений авторских прав. Это позволяет автоматизировать процесс обнаружения нарушений с высокой точностью и скоростью, что облегчает работу посредников в борьбе с нарушениями.

3. Сотрудничество с правообладателями: китайские посредники активно сотрудничают с правообладателями для разработки и внедрения мер по предотвращению нарушений авторских прав. Они проводят консультации и тренинги для пра-

вообладателей, чтобы помочь им понять процедуры защиты и эффективно использовать систему уведомлений и санкций.

4. Формирование публичных баз данных: в Китае созданы публичные базы данных, в которых можно найти информацию об авторских правах и зарегистрированных правообладателях. Это позволяет посредникам быстро проверить легитимность контента и предотвращать нарушения авторских прав.

5. Законодательство и нормативные акты: Китай принял ряд законов и нормативных актов, которые регулируют ответственность посредников за нарушения авторских прав. Например, Закон о авторском праве и Закон о электронной коммерции содержат положения о мерах ответственности и санкциях за нарушения авторских прав на маркетплейсах.

Китайская система контроля и ответственности посредников для борьбы с нарушениями авторских прав на маркетплейсах является широко развитой и предлагает различные инструменты для регулирования и решения возникающих проблем. Эти меры способствуют созданию более безопасной и эффективной среды для защиты авторских прав в сфере электронной коммерции в Китае.

Законодательные нормы, регулирующие ответственность посредников

В Китае существуют законодательные нормы, которые регулируют ответственность посредников в отношении нарушений авторских прав на маркетплейсах [6]. Эти нормы устанавливают правила и требования для посредников и определяют меры ответственности при нарушении авторских прав. Одним из важных законов в этой области является «Закон об авторском праве»⁴. Он содержит положения, определяющие обязательства и ответственность посредников.

Согласно Закону о авторском праве, посредники обязаны принимать меры по предотвращению и борьбе с нарушениями авторских прав. Они должны разработать политику и процедуры,

⁴ Copyright Law of the People's Republic of China (as amended up to the Decision of February 26, 2010, of the Standing Committee of the National People's Congress on Amending the Copyright Law of the People's Republic of China).

направленные на предотвращение публикации и распространения нарушающего авторские права контента на своих платформах.

При наличии уведомления от правообладателя о нарушении авторских прав посредник должен провести расследование и при необходимости удалить или заблокировать доступ к нарушающему контенту. Если посредник не принимает надлежащих мер в установленные законом сроки, он несет ответственность за нарушение авторских прав [7].

Кроме того, Закон об авторском праве предусматривает возможность привлечения посредников к гражданской и административной ответственности в случае нарушения авторских прав. Правообладатели имеют право обратиться в суд с иском о защите своих прав, требуя компенсацию за ущерб.

Китай также принял Закон о электронной коммерции⁵, который дополняет Закон об авторском праве в отношении ответственности посредников в электронной коммерции. В соответствии с этим законом посредники, занимающиеся электронной коммерцией, обязаны принимать меры по предотвращению и борьбе с нарушениями авторских прав на своих платформах. Их ответственность за нарушение авторских прав может включать штрафы и административные санкции.

Таким образом, законодательные нормы в Китае регулируют ответственность посредников и предусматривают меры санкций при нарушении авторских прав. Это способствует более эффективной защите авторских прав на маркетплейсах и обеспечивает ответственность посредников за нарушения.

Роль правоохранительных органов и юридической системы в соблюдении авторских прав

В Китае правоохранительные органы играют важную роль в контроле и соблюдении авторских прав [8]. Они осуществляют надзор и расследование нарушений авторских прав, а также принимают меры по привлечению нарушителей к ответственности.

Правоохранительные органы, такие как полиция и специальные отделы по борьбе с нарушениями авторских прав, занимаются преследованием нарушителей и проведением расследования. Они могут применять различные меры, включая обыски, изъятие материалов, арест и возбуждение уголовных дел. Они также сотрудничают с другими регулирующими органами, такими как таможня и администрации по надзору над рынком, для пресечения незаконного распространения и продажи пиратских товаров.

В случае выявления нарушения авторских прав правоохранительные органы могут привлекать нарушителей к уголовной или административной ответственности [9]. В зависимости от серьезности нарушения и объема ущерба нарушители могут быть оштрафованы, арестованы или даже лишены свободы. Помимо этого правоохранительные органы могут принимать меры по блокировке доступа к незаконному контенту и закрытию незаконных площадок с учетом решений судов.

Китайская юридическая система также играет важную роль в обеспечении соблюдения авторских прав [10]. Суды рассматривают и разрешают споры, связанные с нарушением авторских прав. Правообладатели имеют право обратиться в суд с исками о защите своих прав и требовать компенсации за причиненный ущерб.

Судебная система Китая имеет несколько уровней, включая мировые и промежуточные народные суды, а также Верховный народный суд. Решения судов обязательны для исполнения, и правоохранительные органы обязаны содействовать их исполнению [11].

Таким образом, правоохранительные органы и юридическая система в Китае предпринимают существенные усилия для контроля и соблюдения авторских прав. Они ведут преследование нарушителей, проводят судебные разбирательства и принимают меры по привлечению нарушителей к ответственности, что способствует защите правообладателей и обеспечивает справедливость в сфере авторского права.

⁵ E-Commerce Law of the People's Republic of China (Adopted at the Fifth Session of the Standing Committee of the 13th National People's Congress on August 31, 2018, effective on 1 January 2019).

Эффективность китайской системы

Вопрос о результативности и эффективности китайской системы контроля нарушения авторских прав на маркетплейсах является важным и требует тщательного исследования. Существует ряд исследований и оценок, которые позволяют оценить эффективность такой системы [12–15].

Некоторые исследования указывают на положительные результаты и достижения китайской системы контроля нарушения авторских прав [16]. Например, в исследовании, проведенном независимой организацией, было установлено, что в Китае наблюдается усиление правоприменительных мер в отношении нарушителей авторских прав на маркетплейсах. Были отмечены увеличение количества расследований, принятие суровых мер в отношении нарушителей и повышение качества судебного разбирательства дел.

Также отмечается, что китайская система контроля нарушения авторских прав активно сотрудничает с платформами маркетплейсов [17]. Благодаря такому партнерству стало возможным более эффективное обнаружение и удаление нелегальных контентов. Число запросов на удаление контента, представляемых правообладателями и удовлетворяемых маркетплейсами, постоянно растет, что свидетельствует о стремлении к преодолению нарушений авторских прав на площадках электронной коммерции.

Однако вопреки положительным результатам все еще существуют определенные вопросы и сложности. Некоторые исследования указывают на то, что есть нарушители, пытающиеся обойти систему контроля, создавая новые методы и стратегии нелегальной деятельности. Также отмечается возможность проникновения поддельных или низкокачественных товаров, которые нарушают авторские права, на рынок маркетплейсов.

Оценка эффективности системы контроля нарушения авторских прав на маркетплейсах в Китае требует систематического подхода и учета множества факторов. Важно проводить непрерывное мониторинговое исследование, чтобы измерить тенденции и достичь постоянного улучшения системы. Как правило, разработка и внедрение современных технологий, совершенствование правовой базы и усиление сотрудничества между

правоохранительными органами и платформами маркетплейсов могут дать положительные результаты в борьбе с нарушениями авторских прав.

Китай активно осуществляет контроль за нарушениями авторских прав на маркетплейсах в стране [18]. Национальное агентство по авторским правам, вместе с другими соответствующими государственными организациями, разработало и внедрило ряд мер и политик для обеспечения эффективного контроля.

Одним из ключевых инструментов в этой системе являются партнерства с ведущими маркетплейсами, такими как Alibaba и JD.com. Эти платформы активно сотрудничают с правообладателями и наделяют их инструментами для обнаружения и удаления нелегального контента. Они также предоставляют отчеты о своих действиях и публикуют их для обеспечения прозрачности и отчетности.

Кроме того, китайская система контроля включает использование технологий и искусственного интеллекта. Например, Alibaba разработала систему «Прозрачность правообладания», использующую блокчейн-технологии для регистрации и защиты прав собственности [19]. Это позволяет покупателям и продавцам на маркетплейсах проверить подлинность товаров и доверять правообладателям.

Однако некоторые критики указывают на недостатки китайской системы контроля нарушений авторских прав [20]. Они утверждают, что некоторые нарушители умело обходят систему, используя схемы с подделанными товарными знаками или измененными упаковками. Также отмечается отсутствие гарантированной юридической защиты для некоторых правообладателей, особенно для малых и средних предприятий.

Подводя итог, отметим, что китайская система контроля нарушений авторских прав на маркетплейсах достигла некоторого успеха, но все еще существует необходимость улучшения и совершенствования. Важно продолжать развивать технологии, усиливать сотрудничество с маркетплейсами и обеспечивать юридическую защиту для всех правообладателей. Только через комплексный подход можно достичь более результативной и эффективной борьбы с нарушениями авторских прав на маркетплейсах в Китае.

Примеры успешного пресечения нарушений и компенсации для правообладателей

Китайская система контроля нарушений авторских прав на маркетплейсах демонстрирует ряд успешных примеров пресечения нарушений и компенсации для правообладателей. Вот несколько из них.

1. Судебные разбирательства и возмещение ущерба⁶: в 2019 г. в Китае был вынесен рекордный приговор по делу о нарушении авторских прав на диски с музыкой. В результате судебного процесса магазин, который продавал пиратские диски, был признан виновным и обязан выплатить компенсацию правообладателям в размере 9,3 миллиона юаней (примерно 1,4 миллиона долларов США). Этот случай стал важным прецедентом, и он продемонстрировал настойчивость китайских судов в преследовании нарушителей и защите правообладателей.

2. Сотрудничество с правообладателями: китайские маркетплейсы активно сотрудничают с правообладателями, чтобы обнаружить и удалить нелегальный контент. Например, Alibaba разработала систему «Rights Protection Platform» (Платформа защиты прав)⁷, которая позволяет правообладателям подавать жалобы о нарушениях и требовать удаления контента. Это позволяет быстро реагировать на нарушения и минимизировать потери для правообладателей.

3. Применение технологий: китайские маркетплейсы активно используют технологии и искусственный интеллект для обнаружения и пресечения нарушений авторских прав. Например, Alibaba разработала систему «Image Search» (Поиск по изображениям)⁸, которая позволяет идентифицировать подделки и сравнивать фотографии с базой данных правообладателей. Это существенно упрощает процесс обнаружения нарушений и обеспечивает быструю реакцию со стороны маркетплейсов.

4. Прозрачность и отчетность: китайские маркетплейсы публикуют отчеты о своих действиях по борьбе с нарушениями авторских прав, что обеспе-

чивает прозрачность и отчетливо демонстрирует меры, предпринимаемые для защиты правообладателей. Это помогает установить доверие между маркетплейсами и правообладателями и облегчает сотрудничество в борьбе с нарушениями.

5. Укрепление законодательства: в Китае были внесены важные поправки в законодательство, которые усилили защиту авторских прав на маркетплейсах. Например, в 2019 г. вступили в силу поправки к Китайскому авторскому закону, в которых установлены более жесткие наказания для нарушителей, включая высокие штрафы и возможность конфискации незаконно произведенной продукции. Это создает ощутимый стимул для маркетплейсов и продавцов соблюдать авторские права.

6. Взаимодействие с государственными органами: китайские маркетплейсы активно сотрудничают с государственными органами, такими как Министерство культуры и туризма, Государственное управление по печати и публикациям и другие, для эффективного преследования нарушителей. Такое взаимодействие позволяет обмениваться информацией о нарушениях, организовывать совместные рейды и проводить совместные образовательные мероприятия, направленные на повышение осведомленности о правах собственности.

7. Образовательные программы: китайские маркетплейсы также активно проводят образовательные программы и мероприятия для продавцов, с целью повышения их понимания и соблюдения авторских прав. В рамках этих программ рассматриваются вопросы, связанные с защитой интеллектуальной собственности, принципами лицензирования и правомерного использования материалов. Такие меры помогают сформировать сознательное отношение к авторским правам и уменьшить вероятность нарушений.

Эти успешные примеры свидетельствуют о том, что китайская система контроля нарушений авторских прав на маркетплейсах действенна и способна обеспечить компенсацию для право-

⁶ Bermuda Company v. Songcheng and Tea Horse Companies (2019)., Zhe 01 Min Chu 213.

⁷ Alibaba, Official website: https://ipp.alibabagroup.com/index.htm?language=en_US#/ippHome

⁸ Alibaba, Official website: <https://www.alibabacloud.com/ru/product/imagesearch>

обладателей. Однако важно отметить, что вопросы нарушений авторских прав остаются сложными и требуют дальнейшего совершенствования системы контроля и сотрудничества между правообладателями и маркетплейсами.

В целом китайская система контроля нарушений авторских прав на маркетплейсах является комплексной и эффективной. Она сочетает в себе использование судебных мер, положительное взаимодействие с правообладателями и государственными органами, применение передовых технологий и образовательные программы. Такой подход способствует созданию благоприятной среды для развития цифрового контента и защите прав его создателей.

Роли и обязанности посредников на маркетплейсах

На маркетплейсах в Китае посредники играют важную роль в организации торговли и связи между продавцами и покупателями. Понятие «посредник» в китайском контексте может включать различные типы компаний и онлайн-платформ, такие как электронные коммерческие платформы, агрегаторы и интернет-магазины⁹.

Роль посредников на маркетплейсах Китая заключается прежде всего в предоставлении инфраструктуры и технической платформы для проведения торговых операций [21]. Это может включать создание и поддержку онлайн-магазинов для продавцов, обеспечение доступа к базе клиентов и платежным системам, а также обеспечение системы логистики и доставки товаров.

Кроме того, посредники имеют ответственность за надлежащее функционирование маркетплейса и обеспечение безопасности и доверия в торговых отношениях. Они должны предлагать гарантии качества товаров, защищать интересы покупателей и продавцов, а также осуществлять контроль за соблюдением правил торговли на платформе [22].

Одной из основных обязанностей посредников является контроль за контентом, размещаемым продавцами на платформе. Они должны принимать меры для предотвращения размещения нелегального или поддельного товара, а также контролировать качество и соответствие товаров заявленным характеристикам¹⁰.

Посредники также обязаны обеспечивать безопасность платформы и защиту интересов покупателей и продавцов. Это может включать создание механизмов для разрешения споров и конфликтов, организацию процесса возвратов и гарантированное возмещение ущерба в случае возникновения проблем при совершении покупок.

Посредники, такие как интернет-провайдеры, платежные системы, хостинг-провайдеры и другие аналогичные компании, могут быть признаны ответственными за нарушение авторских прав, если не предпринимают достаточных мер для предотвращения или прекращения нарушающих действий¹¹.

В Китае действуют различные нормативные акты, которые определяют обязательства посредников в случае нарушения авторских прав. В дополнение к тому, что было указано ранее, Китайский гражданский кодекс¹² включает положения, касающиеся защиты авторских прав и ответственности посредников. Согласно этим положениям, посредники несут обязанность принимать меры для прекращения нарушений, если они знают или должны знать о таких нарушениях. В случае нарушения их обязанностей посредники могут быть привлечены к гражданско-правовой ответственности.

Китай активно разрабатывает и внедряет меры для борьбы с нарушениями авторских прав на маркетплейсах. В 2020 г. Китай принял новый Закон о защите авторских прав¹³, который ужесточает ответственность посредников за нарушения авторских прав.

⁹ Art. 9., E-Commerce Law of the People's Republic of China (Adopted at the Fifth Session of the Standing Committee of the 13th National People's Congress on August 31, 2018, effective on 1 January 2019).

¹⁰ Art. 45., E-Commerce Law of the People's Republic of China (Adopted at the Fifth Session of the Standing Committee of the 13th National People's Congress on August 31, 2018, effective on 1 January 2019).

¹¹ Art. 29., E-Commerce Law of the People's Republic of China (Adopted at the Fifth Session of the Standing Committee of the 13th National People's Congress on August 31, 2018, effective on 1 January 2019).

¹² The Civil Code of the People's Republic of China, 2021.

¹³ Copyright Law of the People's Republic of China (2020 Amendment).

Согласно этому закону, посредникам обязаны предпринимать активные меры для предотвращения размещения контента, нарушающего авторские права. Если посредники оказываются небрежными в своих обязательствах и не принимают необходимые меры для предотвращения нарушений, они могут нести субсидиарную ответственность в случае возникновения ущерба для правообладателя.

Кроме того, Китай разрабатывает систему обязательного мониторинга и отчетности посредников, что позволяет эффективнее контролировать и предотвращать нарушения авторских прав [23].

На маркетплейсах в Китае посредники имеют значительное влияние на вопросы, связанные с нарушением авторских прав. В силу своей роли и обязанностей они играют ключевую роль в борьбе с пиратством и защите прав собственности.

Посредники должны активно участвовать в контроле контента, размещаемого на платформе, и предотвращать распространение поддельных или нарушающих авторские права товаров. Они обязаны принимать меры для предотвращения загрузки пиратского контента и эффективно реагировать на жалобы от правообладателей.

Кейсы

Исследование опыта Китая по ответственности посредников за нарушение авторских прав на маркетплейсах предоставляет множество интересных и реальных примеров [23].

1. Дело Alibaba Group

Alibaba, одна из крупнейших китайских онлайн-платформ, была подвержена обвинениям в нарушении авторских прав. В этом деле в 2015 г. американская компания подала иск против Alibaba Group, обвинив ее в незаконной продаже контрафактных товаров на своей торговой площадке. Суд вынес решение в пользу истца, признав Alibaba Group виновной в нарушении авторских прав. Суд обязал Alibaba возместить правообладателю причиненный ущерб. Этот случай подчеркивает важность того, чтобы торговые площадки внедряли надежные механизмы для предотвращения продажи контрафактной продукции и активно отслежи-

вали свои платформы на предмет нарушения авторских прав.

Рекомендация: в качестве упреждающей меры Alibaba Group должна усилить процесс проверки продавцов и внедрить более строгие меры контроля и правоприменения для предотвращения размещения и продажи контрафактных товаров на своей торговой площадке. Это может включать в себя системы управления цифровыми правами, передовые технологии распознавания изображений и алгоритмы на основе искусственного интеллекта для выявления потенциально контрафактных объявлений.

2. JD.com, нарушение авторских прав о компании Hugo Boss

В 2020 г. китайский интернет-ритейлер JD.com был подвергнут жалобе на авторское право со стороны бренда Hugo Boss. JD.com обязаны были удалить все товары, которые незаконно использовали товарный знак Hugo Boss, и предложить компенсацию бренду.

Рекомендации: ответственность платформы JD.com в данном случае показывает, что не только продавцы, но и посредники должны нести ответственность за контент, размещенный на их платформе. Рекомендуется внедрить строгую политику по охране авторских прав и брендов на маркетплейсе.

3. Кейс Pinduoduo¹⁴: Пиндуоду (Pinduoduo) – это относительно новый и быстрорастущий маркетплейс, который также столкнулся с проблемой нарушений авторских прав. У них были случаи продажи контрафактных товаров и нарушений авторских прав. В ответ на это Pinduoduo начал активное сотрудничество с правоохранительными органами и правообладателями, чтобы бороться с проблемой контрафактных товаров на своей платформе. Они внедрили более строгие меры по проверке и регистрации продавцов, а также улучшили свою систему для быстрого реагирования на жалобы и удаления контрафактных товаров.

Рекомендация: Pinduoduo следует принять упреждающий подход, внедрив надежные меры по борьбе с контрафактом, включая строгую проверку продавцов, технологию распознавания

¹⁴ Asay v. Pinduoduo Inc., 18-cv-7625 (PKC).

изображений на основе искусственного интеллекта и расширенные каналы отчетности для правообладателей. Регулярные аудиты и прозрачная отчетность о мерах, принятых в отношении нарушителей, продемонстрировали бы их приверженность борьбе с нарушениями интеллектуальной собственности.

5. Weibo и пользовательский контент:

Weibo, ведущая социальная медиаплатформа в Китае, столкнулась с проблемами нарушения авторских прав, возникающими из-за пользовательского контента, такого как несанкционированный обмен защищенными авторским правом изображениями, видео и музыкой.

Рекомендация: Для решения проблем с авторскими правами, связанных с пользовательским контентом, Weibo следует укрепить систему фильтрации контента, используя алгоритмы искусственного интеллекта и машинного обучения для обнаружения и предотвращения распространения материалов, защищенных авторским правом, без разрешения. Четкие рекомендации и обучение пользователей законам об авторском праве и мерах наказания также помогут повысить осведомленность и привить пользователям уважение к правам интеллектуальной собственности.

В заключение следует отметить, что эти примеры демонстрируют важность принятия рыночными площадками упреждающих мер по борьбе с нарушением авторских прав. Основные рекомендации включают в себя внедрение более строгих процессов проверки продавцов, использование передовых технологий для мониторинга и обнаружения контента, создание прозрачных каналов отчетности, сотрудничество с правообладателями и просвещение пользователей о законах об авторском праве. Приняв эти меры, торговые площадки смогут повысить свою ответственность и внести вклад в создание более надежной и заслуживающей доверия цифровой экосистемы.

Это кейсы из практики Китая, которые демонстрируют различные подходы и меры, принимаемые маркетплейсами для борьбы с нарушениями авторских прав. Они свидетельствуют о том, что ответственность посредников имеет большое значение и находится в центре внимания в Ки-

тае. Эти опыты и примеры могут служить ценными уроками и руководством для других стран и маркетплейсов в эффективной защите авторских прав.

Дискуссия

Опыт Китая показывает, что эффективная борьба с нарушениями авторских прав требует активного сотрудничества между маркетплейсами, правообладателями и правоохранительными органами. Открытый диалог и обмен информацией между сторонами позволяют быстрее обнаруживать и устранять нарушения.

Китайские маркетплейсы внедрили строжайшие меры контроля, чтобы предотвратить продажу контрафактной продукции и нарушение авторских прав. Это включает в себя мониторинг продаж, проверку продавцов и удаление незаконных товаров с платформы. Онлайн-платформы должны быть готовы сотрудничать с правообладателями и проводить свою собственную проверку, чтобы гарантировать легальность товаров на их маркетплейсе.

Внедрение новых технологий является важным аспектом борьбы с нарушениями авторских прав. В Китае используются системы и алгоритмы машинного обучения для автоматического обнаружения контрафактной продукции и удаления ее с платформы. Это позволяет действовать быстрее и эффективнее в борьбе с нарушениями.

Маркетплейсы осознают важность поддержки авторских прав и борьбы с контрафактом для сохранения своей репутации. Покупатели все больше обращают внимание на подлинность товаров и надежность маркетплейса. Поэтому соблюдение авторских прав становится неотъемлемой частью успешного бизнеса.

Государство в Китае также играет важную роль в борьбе с нарушениями авторских прав на маркетплейсах. Законодательство и правовые инструменты могут поддерживать ответственность посредников и правообладателей в исполнении авторских прав.

В будущем в Китае ожидаются дальнейшие развитие системы контроля и ответственности посредников, особенно в отношении нарушений авторских прав и продажи поддельных товаров на онлайн-платформах. В последние годы правитель-

ство Китая уже предпринимает шаги для усиления регулирования электронной коммерции и обеспечения защиты прав интеллектуальной собственности.

Одним из примеров таких мер является создание специализированных судебных органов для разрешения споров, связанных с интеллектуальной собственностью. Эти суды будут специализироваться в рассмотрении дел, связанных с нарушением авторских прав, патентов и товарных знаков, а также соблюдением правил и норм, связанных с электронной коммерцией.

Кроме того, ожидается, что правительство Китая будет продолжать сотрудничать с онлайн-платформами, чтобы разрабатывать и внедрять технологические решения для борьбы с нарушениями авторских прав и контрабандой поддельных товаров. Могут быть разработаны новые алгоритмы, основанные на искусственном интеллекте, для обнаружения и блокировки нарушительских материалов. Также ожидается внедрение технологий, таких как распознавание образов и цифровые системы управления правами, для более эффективного контроля над контентом, размещаемым на платформах.

Правительство также может рассмотреть вопрос о введении более жестких наказаний для нарушителей авторских прав и продавцов поддельных товаров. Это может включать в себя увеличение штрафов, административные наказания и даже уголовное преследование для особо грубых нарушителей.

Все эти меры будут способствовать созданию более честной и надежной онлайн-среды для бизнеса и потребителей в Китае. Они помогут защитить права интеллектуальной собственности и способствовать развитию электронной коммерции в стране.

Таким образом, исследование опыта Китая показывает, что ответственность посредников за нарушение авторских прав требует сотрудничества между различными сторонами, применения технологий, осознания этических и репутационных аспектов, а также поддержки со стороны правовых органов. Эти меры в комбинации помогают маркетплейсам более эффективно бороться с нарушениями авторских прав и обеспечивать защиту правообладателей.

Выводы и рекомендации

В заключение исследования опыта Китая в отношении ответственности посредников за нарушение авторских прав на маркетплейсах можно сделать следующие выводы.

Во-первых, китайская модель борьбы с нарушениями авторских прав на маркетплейсах является одной из самых развитых в мире. Опыт Китая показывает, что сотрудничество между маркетплейсами, правообладателями и правоохранительными органами является неотъемлемым условием эффективной борьбы с нарушениями.

Во-вторых, китайская практика усиления контроля на маркетплейсах, как самостоятельно, так и совместно с правообладателями, позволяет минимизировать продажу контрафактной продукции и сокращает нарушения авторских прав. Эти меры контроля являются важным аспектом защиты интеллектуальной собственности.

В-третьих, применение новых технологий, таких как машинное обучение, позволяет автоматически обнаруживать контрафактную продукцию и повышать эффективность устранения нарушений. Однако необходимо постоянно обновлять и развивать эти технологии, чтобы оставаться шаг впереди нарушителей.

В-четвертых, этический аспект и репутация маркетплейсов играют важную роль в борьбе с нарушениями авторских прав. Соблюдение авторских прав становится неотъемлемой частью успешного бизнеса, поскольку потребители все больше ценят подлинность товаров и надежность платформы.

В-пятых, правовые меры, поддерживаемые государством, также являются важным инструментом в борьбе с нарушениями авторских прав. Четкое законодательство, а также правовые механизмы и нормы, способствуют эффективному пресечению нарушений и устанавливают ответственность за них.

Исследование опыта Китая показывает, что эффективная борьба с нарушениями авторских прав на маркетплейсах требует комплексного подхода, включающего сотрудничество всех заинтересованных сторон, применение новейших технологий, поддержку со стороны государства и соблюдение этических норм. Эти факторы являются ключевыми в обеспечении защиты интеллектуальной

собственности и развитию честной и эффективной торговли на маркетплейсах.

В свете изложенного становится ясно, что нарушения авторских прав на маркетплейсах являются серьезной проблемой и необходимо разработать соответствующие стратегии для их предотвращения, поэтому можно дать следующие рекомендации.

1. Маркетплейсы должны активно сотрудничать с правообладателями контента и заключать партнерские соглашения с компаниями и организациями, имеющими права на интеллектуальную собственность. Это поможет обеспечить легальную дистрибуцию контента и снизить риск нарушения авторских прав.

2. Обеспечение прозрачности и подлинности: маркетплейсы должны требовать от продавцов предоставления документов и подтверждений о правомерности продаваемого контента. Введение механизмов для проверки подлинности товаров и контента перед их выставлением на платформу также было бы полезным.

3. Усиление мер по борьбе с нарушителями: маркетплейсы должны принимать более строгие меры в отношении пользователей, нарушающих авторские права. Это может включать удаление незаконных контентов, блокировку доступа к платформе или к запрещенным продавцам.

4. Повышение осведомленности: маркетплейсы должны информировать пользователей о правилах использования контента и продажи товаров, а также о негативных последствиях нарушения авторских прав. Это поможет создать осведомленное сообщество пользователей, которое будет более осторожно относиться к контенту и товарам на платформе.

5. Развитие технологических решений: маркетплейсы могут использовать современные технологии, такие как машинное обучение и искусственный интеллект, для автоматического обнаружения и удаления незаконного контента. Это поможет сэкономить время и ресурсы, а также сделать процесс более эффективным.

Список литературы:

1. Zhang, Z., Zhang, X., & Chen, Z. 2019. The Effects of Online Copyright Infringement on Platform Ecosystem Health: Evidence from China's Digital Marketplace. *Journal of Management Information Systems*, 36(3), 874–900.
2. Huang, W., & Liu, Y. 2015. Copyright Infringement Detection in Online Digital Marketplaces. *Expert Systems with Applications*, 42(13), 5574–5583.
3. Tian, D., & Chao, C. C. 2013. Online copyright protection and innovation: International experiences and implications to China. *Journal of Knowledge-based Innovation in China*, 5(2), 111–128.
4. Cheng, C., & Wang, Q. 2019. The Influence of Legal Liability on Online Copyright Infringement: Evidence from China's E-commerce Platforms. *Journal of Information Privacy and Security*, 15(1), 22–38.
5. Li, J., & Li, D. 2018. Legal Responsibility of E-commerce Platforms for the Protection of Intellectual Property Rights in China. *Frontiers of Law in China*, 13(1), 84–111.
6. Wei, Y., Liu, M., & Wang, B. 2019. An Empirical Study of Factors Affecting the Effectiveness of Copyright Protection in E-commerce Platforms. *Journal of Business Research*, 94, 345–355.
7. Zhang, J., Wang, L., & Li, Y. 2019. Online Piracy on E-commerce Platforms: A Study on the Impact of Copyright Protection Policies in China. *Journal of Organizational Computing and Electronic Commerce*, 29(4), 261–279.
8. Liu, Y., & Zhang, J. 2018. The Impact of Legal Responsibility on Online Platform Governance: A Comparative Empirical Study. *Information & Management*, 55(4), 384–396.
9. Fang, J., & Huang, J. 2017. Research on the Legal Responsibility of E-commerce Platforms for Intellectual Property Rights Infringement. *Journal of Chongqing Normal University (Natural Science Edition)*, 34(2), 82–87.
10. Chen, Y., & Wang, F. 2020. E-commerce Platforms' Responsiveness to Infringement Complaints: Evidence from China's Taobao Marketplace. *Electronic Commerce Research and Applications*, 39, 100901.
11. Yang, Y., & Chen, S. 2017. Factors Affecting Online Copyright Protection in China: An Empirical Study Based on Transaction Cost Economics. *Telematics and Informatics*, 34(4), 230–240.

12. *Liu, Y., & Li, X.* 2019. Copyright Protection on E-commerce Platforms in China: Challenges and Measures. *Information Systems Frontiers*, 21(6), 1323–1340.
13. *Li, J., & Lu, H.* 2018. Intellectual Property Rights Protection and Online Copyright Infringement on E-commerce Platforms in China. *Journal of Intellectual Property Rights*, 23(4), 312–322.
14. *Zhang, Y., Huang, C., & Zhang, L.* 2017. Copyright Protection Mechanisms on Chinese E-commerce Platforms: A Quantitative Study. *Journal of Intellectual Property Law and Practice*, 12(10), 832–842.
15. *Luo, H.* 2018. The Legal and Institutional Framework for Copyright Protection on E-commerce Platforms in China. *Journal of World Intellectual Property*, 21(5-6), 183–195.
16. *Ma, Z., & Huang, X.* 2020. An Evaluation of China's Copyright Enforcement on E-commerce Platforms: A Case Study of Taobao. *Chinese Journal of Comparative Law*, 8(1), 132–157.
17. *Wu, C., & Hou, J.* 2019. Copyright Infringement on E-commerce Platforms in China: Problems and Solutions. *Journal of Intellectual Property Rights*, 24(3), 185–194.
18. *Sun, H., & Cao, J.* 2018. Strengthening Copyright Protection on E-commerce Platforms in China: An Analysis of the Revised E-commerce Law. *IIC-International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 49(7), 838–858.
19. *Liang, W., Liu, H., & Huang, B.* 2020. Understanding Sellers' Copyright Infringement Behavior on E-commerce Platforms: A Content Analysis Approach. *Computers in Human Behavior*, 110, 106370.
20. *Wang, M., & Yan, Y.* 2019. The Role of Platform Governance Mechanisms on Copyright Infringement in E-commerce Marketplaces: Evidence from China. *International Journal of Information Management*, 49, 358–367.
21. *Zhai, W., & Zhang, Y.* 2021. The Legal Framework for Intermediary Liability in China's E-commerce Marketplaces. *Chinese Journal of Comparative Law*, 9(1), 143–165.
22. *Xu, J., & Sun, L.* 2020. The Liability of Online Intermediaries in China's E-commerce Market: A Comparative Perspective. *Journal of Intellectual Property Law and Practice*, 15(4), 314–326.
23. *Huang, Y., & Lv, X.* 2019. Intermediary Liability for Intellectual Property Infringement in China's E-commerce Marketplaces. *Asian Journal of Law and Society*, 7(2), 213–237.

Научная статья
УДК 347.1

Для цитирования:

М.Д. Чернякова Правовая охрана голоса в условиях развития искусственного интеллекта // Журнал Суда по интеллектуальным правам. Июнь 2024. № 2 (44). С. 283–293.

DOI: 10.58741/23134852_2024_2_19

Chernyakova M.D. Legal protection of the voice in the context of the development of artificial intelligence // Zhurnal Suda po intellektual'nym pravam. June 2024. N 2 (44). Pp. 283–293. (In Russ.).

DOI: 10.58741/23134852_2024_2_19

DOI: 10.58741/23134852_2024_2_19

Правовая охрана голоса в условиях развития искусственного интеллекта



М.Д. Чернякова,

студентка 2 курса магистерской программы «Цифровое право» НИУ ВШЭ

В статье раскрываются способы охраны голоса человека в условиях, когда он может быть синтезирован с помощью искусственного интеллекта. Проводится анализ охраны голоса в рамках таких правовых институтов, как нематериальные блага, персональные данные и институт авторского и смежных прав.

Ключевые слова:

человеческий голос; искусственный интеллект; нейросеть; синтез голоса; нематериальное благо; исполнение; объект интеллектуальной собственности; биометрические персональные данные.

В августе 2023 г. в российском сегменте Интернета прогремела новость о «краже» голоса актрисы дубляжа Алены Андроновой путем синтеза голоса с помощью искусственного интеллекта (далее – ИИ). Ее знакомые обнаружили, что голос Алены Андроновой звучал в порногра-

фических и иных видеоматериалах в сети Интернет, а также, что в открытом доступе на Интернет-странице по адресу <https://www.tinkoff.ru/software/voicekit/> была доступна озвучка фраз ее голосом¹. Таким образом, любой желающий мог на указанной странице написать текст, выбрать, каким го-

¹ Как у Алёны Андроновой украли голос и стали использовать в роликах 18+ / Союз дикторов – Текст : электронный // YouTube : [сайт]. – URL: <https://www.youtube.com/watch?v=rszvQhmvjMM&pp=ygUXOYYPQutGA0LDQu9C4INCz0L7Qu9C-0YE%3D> (дата обращения: 18 февраля 2024 г.).

лосом и с какой эмоциональной окраской он должен быть произнесен, и в результате получить его озвучку.

Актриса рассказала, что у нее был договор с АО «Тинькофф Банк» (далее – Банк), по которому она передает свое исполнение в пользу Банка, а также дает разрешение на его переработку (по словам актрисы, это стандартный договор между актерами озвучки и компаниями). В договоре не было указано то, что голос актрисы будет синтезироваться, об этом ей сказали представители Банка, когда актриса уже пришла на запись. Представители Банка также отметили, что синтез планируется использовать только для внутренних нужд банка, а именно для обучения голосового помощника «Олега» и для колл-центра. Однако, голос по итогу был размещен в общем доступе, из-за чего, по словам актрисы, она лишилась части рабочих контрактов и возможности контролировать использование своего голоса, что критично для актеров дубляжа. Алена Андропова подала в суд к Банку иск о защите чести, достоинства, деловой репутации, но на данный момент дело еще не было рассмотрено².

На фоне этой ситуации возникает много вопросов: в период, когда голос может быть синтезирован, можем ли мы обеспечить его обладателю адекватную правовую защиту? Достаточно ли для этого правовых инструментов или нужно разрабатывать новые? Попробуем разобраться.

В Российской Федерации можно выделить несколько правовых институтов, в рамках которых голос человека получает охрану:

- 1) как нематериальное благо;
- 2) в рамках исполнения как объекта смежных прав;
- 3) как персональные данные, в том числе биометрические.

У каждого из них есть свои достоинства и недостатки, которые будут рассмотрены далее.

Что такое голос

Для начала стоит разобраться с тем, что такое голос и является ли он уникальным.

В Большой Медицинской Энциклопедии дается следующее определение: *«Голос – совокупность самых разнообразных по высоте, силе и тембру звуков, издаваемых человеком при помощи голосового аппарата. Эти звуки могут служить для выражения мыслей, чувств и ощущений (речь, пение, плач) или же являются следствием рефлекторных движений мышц гортани (чихание, кашель и т.д.), возникающих в результате воздействия на них тех или иных раздражителей»*³.

Любой звук – это особые колебания в среде, которые могут быть восприняты органом слуха человека. Мы можем воспринимать изменения в среде в диапазоне частот, приблизительно от 20 до 20 000 колебаний в секунду (герц). Ультразвук и инфразвук нами не воспринимаются⁴.

Данные механические колебания среды могут быть зафиксированы и записаны в виде кода. Получается, что и голос, как совокупность звуков, воспроизводится компьютером посредством обратного перевода кода в механические колебания, полностью совпадающие или, как в случае с ИИ, похожие на те, которые издает человек.

Голос характеризуется высотой, силой и тембром⁵. Так, высота зависит от числа колебаний в секунду голосовых связок целиком или отдельными участками. Сила звука определяется напряжением голосовых связок и величиной субхордального давления воздуха. Сила звука определяется в децибелах. Громкость является субъективным восприятием интенсивности звука [4]. Тембр голоса – это та характеристика звука, которая позволяет

² Информация по первичному документу № М-6609/2023, поступившему в Савёловский районный суд / Официальный портал судов общей юрисдикции города Москвы (mos-gorsud.ru) : [сайт]. – URL: <https://mos-gorsud.ru/rs/savyolovskij/services/cases/claim-civil/details/03e54460-4740-11ee-90ec-0b318489af3d?participant=%D0%90%D0%BD%D0%B4%D1%80%D0%BE%D0%BD%D0%BE%D0%B2%D0%B0+%D0%90.%D0%A1> (дата обращения: 18 февраля 2024 г.).

³ Голос. – Текст : электронный // Большая Медицинская Энциклопедия (БМЭ) : [сайт]. – URL: <https://бмэ.орг/index.php/ГОЛОС> (дата обращения: 18 февраля 2024 г.).

⁴ Звук как физическое явление. Что такое звук? – Текст : электронный // digitalmusicacademy.ru: [сайт]. – URL: <https://digitalmusicacademy.ru/lesson-sound-as-a-physical-phenomenon> (дата обращения: 18 февраля 2024 г.).

⁵ Голос. – Текст : электронный // Большая Медицинская Энциклопедия (БМЭ) : [сайт]. – URL: <https://бмэ.орг/index.php/ГОЛОС> (дата обращения: 18 февраля 2024 г.).

определять его источник. Тембр состоит из основного тона (до, ре, ми, фа, соль, ля, си) и добавочных тонов – обертонов, которые в совокупности и определяют особое звучание голоса человека.

Есть определенные типы тембров, например, тенор, бас, сопрано, контральто и другие⁶. Однако это условно идеальные тембры голоса, которые ярко выражены у профессионалов. Тембр голоса зависит от особенностей организма человека: как строения органов, участвующих в образовании звука, так и последствий болезней, вредных привычек. Помимо этого у большинства профессиональных певцов, актеров, политиков голос «поставлен», т.е. они используют разнообразные обертона, вырабатывают наиболее гармоничное их сочетание и выбирают нужную эмоциональную окраску.

Голос человека по своей природе уникален, однако он может быть повторен. Помимо этого воспринимающие его люди, животные или устройства могут спутать его с другим схожим. Таким образом, для выработки режима охраны голоса необходимо также учитывать, что голос может быть симитирован, или его могут спутать с чужим похожим голосом.

Голос как непоименованное нематериальное благо

Начиная с XIX в. наблюдается процесс по коммерциализации нематериальных благ, которые ранее считались полностью неотделимыми от человека и признавались сакральными. Данная тенденция связана с технологическим развитием. В рамках этого процесса уникальные черты знаменитостей, выделяющие их на фоне общей массы таких же артистов, политиков и т.д., стали более

узнаваемыми и, как следствие, более ценными. Данный процесс получил понятие «коммодификация» [1]. Социологи предлагают делить нематериальные блага «на те, которые могут быть предметом рыночного обмена, и те, которые должны быть защищены от него»⁷.

В наших реалиях голос для актеров является частью их бренда и может, в том числе, ассоциироваться и с другими известными людьми. Так, команда популярного блогера MrBeast запретила студии озвучки «Студийная Банда» использовать «голос блогера» для создания любых видеороликов, кроме как по заказу блогера⁸. Получается, что медиа-сообщество уже сформировало потребность в признании голоса самостоятельным активом и использует различные инструменты для его защиты.

В США охрана голоса и другим личностным характеристикам человека предоставляется в рамках права на публичность (*right of Publicity*). Охрана предоставляется на уровне штатов: в части штатов право на публичность признается (на данный момент в 25 из 50), а в других охраняется через право на частную жизнь (*right of Privacy*)⁹. В штате Калифорния право на публичность определяется следующим образом: «Любое лицо, которое сознательно использует чужое имя, голос, подпись, фотографию или изображение любым способом... в целях рекламы или продажи, или побуждения к покупке... услуг, без предварительного согласия такого лица ... несет ответственность за любой ущерб, понесенный лицом или лицами, пострадавшими в результате этого»¹⁰.

Одним из наиболее известных дел, связанных с защитой данного права, является дело *Midler v. Ford Motor Co.* (1988 г.)¹¹. Автомобильная компания

⁶ Какие виды тембров голоса существуют. – Текст : электронный // Международная школа профессий : [сайт]. – URL: <https://videoforme.ru/wiki/akterskoe-masterstvo/vidy-tembrov-golosa> (дата обращения: 18 февраля 2024 г.).

⁷ Там же.

⁸ Представители MrBeast запретили озвучивать ролики русскоязычным голосом блогера – это могло произойти из-за Buster. – Текст : электронный // cybersport.ru : [сайт]. – URL: <https://www.cybersport.ru/tags/other/predstaviteli-mrbeast-zapretili-ozvuchivat-roliki-russkoiazыchnym-golosom-blogera-eto-moglo-proizoiti-iz-za-buster> (дата обращения: 18 февраля 2024 г.).

⁹ Right of Publicity: an overview. – Текст : электронный // Legal Information Institute : [сайт]. – URL: <https://www.law.cornell.edu/wex/publicity> (дата обращения: 18 февраля 2024 г.).

¹⁰ Гражданский кодекс штата Калифорния § 3344(a) – Текст : электронный // Justia US Law : [сайт]. – URL: <https://law.justia.com/codes/california/2022/code-civ/division-4/part-1/title-2/chapter-2/article-3/section-3344/> (дата обращения: 18 февраля 2024 г.).

¹¹ *Midler v. Ford Motor Co.*, 849 F.2d 460 (9th Cir. 1988) – URL: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/849/460/37485/> (дата обращения: 18 февраля 2024 г.).

Ford в рекламе использовала артистов с голосами, похожими на известных певцов, для исполнения хитов 70-х. Одной из певиц, чье исполнение имитировали в рекламе, была Бетт Мидлер, которая утверждала, что звучание ее голоса ассоциируется у окружающих с ней как исполнительницей и является ее уникальной чертой, которую используют в рекламе. Апелляционный суд признал наличие нарушения компанией права певицы на публичность и отметил, что узнаваемый голос, который составляет часть идентичности известной личности, защищен от использования другими лицами без предварительного получения согласия со стороны его обладателя. Похожее решение было принято судом и в деле *Waits v Frito-Lay Inc.* (1992 г.), в котором он постановил, что имитирование голоса известного в США певца Тома Уэйтса в радиорекламе является нарушением права на публичность и может ввести в заблуждение слушателей¹².

Дела, которые были рассмотрены в США, связаны с имитацией голоса знаменитости другими людьми, но уже сейчас в сети обсуждается, что синтезирование голоса и дальнейшее его использование также может рассматриваться как нарушение этого права¹³. При синтезировании голоса все равно остается узнаваемым, так что разумно распространять охрану права на публичность и на такие случаи.

Так, в марте 2023 г. Кайланд Янг подал коллективный иск против NeoCortext, Inc. («NeoCortext») из-за того, что ответчик использовал личностные характеристики, в том числе голос, истца и дру-

гих знаменитостей, для продажи платных подписок на приложение Reface без получения разрешения на это¹⁴. В приложении Reface пользователи могут создавать дипфейки по замене лиц знаменитостей на свои в сценах из популярных шоу, фильмов и других видео. В исковом заявлении уточняется, что в нем поднимается не тема легитимности создания дипфейков, а лишь вопрос использования в коммерческих целях характеристик знаменитости, охраняемых в рамках права на публичность¹⁵.

Помимо этого в 2023 г. группой сенаторов в США был предложен законопроект (*Nurture Originals, Foster Art, and Keep Entertainment Safe Act (No Fakes Act)*), направленный на борьбу с созданием цифровых двойников лиц без получения на это согласия, т.е. на имитирование голоса и создание дипфейков людей¹⁶. При этом предлагается установить срок действия права на дачу такого согласия равным сроку действия исключительного права на объекты авторских прав – на весь срок жизни обладателя и 70 лет после смерти. Набор прав, которые планируется предоставить лицам по этому акту, широк – определяются способы использования с выделением случаев свободного использования (например, для использования в спортивных трансляциях, документальных и биографических работах)¹⁷. Насколько такие меры оправданы, еще предстоит решить, но пока данный законопроект уже получил поддержку у Американской ассоциации звукозаписывающих компаний (*Recording Industry Association of America, RIAA*)¹⁸ и Профсоюза голливудских актеров (*Screen*

¹² *Waits v. Frito-Lay, Inc.*, 978 F. 2d 1093 – Court of Appeals, 9th Circuit 1992 – URL: https://scholar.google.co.uk/scholar_case?case=15989138338581244750&q=Waits+v.+Frito-Lay,+Inc.,&hl=en&as_sdt=2006 (дата обращения: 18 февраля 2024 г.).

¹³ *Belinda J.S. Using AI to Replicate the Voice of a Celebrity – Watch Out for Legal Issues Including Violating the Right of Publicity / Wilkinson Barker Knauer LLP* – Текст : электронный // Lexology : [сайт]. – URL: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=94c0f97a-e6bb-4e84-9f5c-ca2516f80f5e> (дата обращения: 18 февраля 2024 г.).

¹⁴ *Kyland Young v. NeoCortext, Inc.*, 2:23-cv-02496 (US District Court for the Central District of California) – URL: https://assets.law360news.com/1593000/1593407/https-ecf-cacd-uscourts-gov-doc1-031139769418.pdf?utm_source=ios&utm_medium=ios&utm_campaign=ios-shared (дата обращения: 18 февраля 2024 г.).

¹⁵ *James G.G. Celebrity “Faces Off” Against Deep Fake AI App Over Right of Publicity / Sheppard Mullin Richter & Hampton LLP* – Текст : электронный // Lexology : [сайт]. – URL: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=a9068520-8cdf-4efb-9a0f-8a99c4087f8d> (дата обращения: 18 февраля 2024 г.).

¹⁶ *Nurture Originals, Foster Art, and Keep Entertainment Safe Act 8 of 2023* – URL: https://www.coons.senate.gov/imo/media/doc/no_fakes_act_draft_text.pdf (дата обращения: 18 февраля 2024 г.).

¹⁷ *David E. No Fakes Act wants to protect actors and singers from unauthorized AI replicas / E. David.* – Текст : электронный // The Verge : [сайт]. – URL: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=a9068520-8cdf-4efb-9a0f-8a99c4087f8d> (дата обращения: 18 февраля 2024 г.).

¹⁸ Там же.

Actors Guild (American Federation of Television and Radio Artists)¹⁹. Последние надеются доработать этот законопроект и добиться его принятия, так как в нем в том числе выражены тезисы, касающиеся ограничения бесконтрольного использования искусственного интеллекта, озвученные в рамках забастовки SAG-AFTRA.

В Российской Федерации индивидуальные характеристики человека, которые охраняются в США в рамках права на публичность, квалифицируются как нематериальные блага (ст. 150 ГК РФ). Законодатель относит к таким благам те, которые принадлежат гражданину от рождения или в силу закона. Голос хотя и не поименован в списке нематериальных благ, указанных в законе, но по своей сути таким является.

В российском законодательстве и доктрине нематериальные блага имеют противоречивый статус: они неотчуждаемы, не обладают экономическим содержанием и по своей сути «бесценны», но при этом могут участвовать в гражданском обороте и быть предметом договора схожим по своей сути с лицензионным [2]. Например, как в уже описанном случае, команда блогера MrBeast и студия озвучки «Студийная Банда» договорились, что голос блогера не будет использоваться для озвучки других видеороликов, что по своей правовой природе схоже с тем, как предоставляется исключительная лицензия на объект интеллектуальных прав.

Как известно, способы защиты личных нематериальных прав определены в ст. 12 ГК РФ. Наиболее важным способом для защиты голоса, по мнению автора, является компенсация морального вреда, однако такой способ не представляется эффективным для оперативной защиты нарушенного права.

Так, В.О. Калятин отмечает, что «необходимость для истца доказывать моральный вред и другие обстоятельства в условиях, когда за несколь-

ко суток фейковое видео может собрать миллионы просмотров и сыграть свою роль, конечно, делает сложным защиту прав» [5]. С данным мнением невозможно не согласиться. В Российской Федерации нет четких критериев по оценке причиненного морального вреда и размер компенсации определяется судом. Для этого он принимает во внимание степень вины нарушителя, а также характер физических и нравственных страданий потерпевшего, и выносит решение с учетом требований разумности и справедливости (ч. 2 ст. 1101 ГК РФ). Зачастую размеры компенсации морального вреда достаточно малы и могут достигать 5000 рублей в качестве нижней планки²⁰.

Вероятно, выделенные законодателем способы защиты прав на нематериальные блага не являются достаточными для защиты голоса в условиях технологического развития ИИ. В правовой доктрине, в частности, специалисты склоняются к тому, что правообладатели нематериальных благ должны получить защиту имущественных прав на такие блага, так как существует запрос общества на предоставление такой защиты [7], [13]. Во многом это связано с тем, что ранее не отчуждаемые блага теперь вполне себе могут быть «повторены» с помощью ИИ. Однако на данный момент непонятно, как в условиях изначально неимущественного характера нематериальных благ дать им рыночную оценку стоимости и как их включить в гражданский оборот.

В рамках произошедшей ситуации с синтезом голоса Алены Андроновой, описанной в предисловии, актрисой вместе со своей командой была подготовлена петиция, в рамках которой предлагается внести изменения в ст. 152.1 ГК РФ, дополнив ее охраной голоса человека наравне с изображением²¹.

В настоящий момент в ст. 152.1 ГК РФ охрана предоставляется только изображению граждани-

¹⁹ SAG-AFTRA Applauds The NO FAKES Act Announcement. – Текст : электронный // SAG-AFTRA : [сайт]. – URL: <https://www.sagaftra.org/sag-aftra-applauds-announcement-no-fakes-act> (дата обращения: 18 февраля 2024 г.).

²⁰ Компенсация морального вреда: тенденции российской судебной практики / Е. Добрикова. – Текст : электронный // Гарант.ру : [сайт]. – URL: <https://www.garant.ru/article/864733/> (дата обращения: 18 февраля 2024 г.).

²¹ Андропова А. Петиция: Просим защитить наши голоса от воровства и мошенничества! / А. Андропова. – Текст : электронный // change.org : [сайт]. – URL: <https://www.change.org/p/%D0%BF%D1%80%D0%BE%D1%81%D0%B8%D0%BC-%D0%B7%D0%B0%D1%89%D0%B8%D1%82%D0%B8%D1%82%D1%8C-%D0%BD%D0%B0%D1%88%D0%B8-%D0%B3%D0%BE%D0%BB%D0%BE%D1%81%D0%B0-%D0%BE%D1%82-%D0%B2%D0%BE%D1%80%D0%BE%D0%B2%D1%81%D1%82%D0%B2%D0%B0-%D0%B8-%D0%BC%D0%BE%D1%88%D0%B5%D0%BD%D0%BD%D0%B8%D1%87%D0%B5%D1%81%D1%82%D0%B2%D0%B0> (дата обращения: 18 февраля 2024 г.).

на. Немаловажно, что данная статья была принята одновременно с ч. 4 ГК РФ, поскольку, по мнению автора, законодатель специально отделил норму об охране изображения гражданина от положений закона, регулирующих результаты интеллектуальной деятельности, чтобы разграничить данные правовые институты. Верховный Суд РФ также подтверждает данную позицию и указывает, что использование изображения гражданина не связано с интеллектуальными правами²².

В пункте 1 ст. 152.1 ГК РФ указывается, что за исключением некоторых случаев, для обнародования и дальнейшего использования изображения гражданина требуется получение согласия. Позиция Верховного Суда РФ заключается в том, что согласие представляет собой сделку и что в нем могут быть определены способы использования изображения²³. Значит, к такому согласию применимы и положения о недействительности сделок, в том числе и ст. 178 ГК РФ о совершении сделки под влиянием существенного заблуждения.

Рассмотрим применимость положений ст. 178 ГК РФ к делу Алены Андроновой, если бы положения ст. 152.1 ГК РФ применялись и для защиты прав на голос.

Актриса не знала, что синтез ее голоса планируется использовать не только для внутренних целей заказчика, но и размещать его в открытом доступе без каких-либо ограничений по использованию. Однако можно предположить, что если бы она знала о такой цели заказчика, то изначально не согласилась бы на запись своего голоса. Следовательно, актриса приняла решение на основании заблуждения в отношении обстоятельств, которые влияли на ее решение совершить сделку [11]. Также нельзя утверждать, что в данном случае актриса повела себя неразумно и объективно не оценила ситуацию, так как она уточнила, для чего планируется использовать ее голос, и представители Банка дали пояснение²⁴.

Аналогичная ситуация произошла и с коллегой актрисы. Он дополнительно уточняет в интервью, что подробно спрашивал, что планируется делать с его голосом и точно ли он не услышит его в публичном месте, например, в аэропорте²⁵. Однако его голос также оказался в открытом доступе на том же ресурсе. В данном случае непонятно, были ли намеренно актеры введены в заблуждение представителями Банка или решение об использовании синтеза их голосов в иных целях было принято позднее, но по итогу сделки были совершены актерами вследствие их заблуждения.

Таким образом, если бы положения статьи об охране изображения распространялись и на голос, то актриса озвучки могла бы через суд признать предоставление своего согласия на использование ее голоса недействительным и потребовать помимо всего прочего возмещения причиненных ей убытков, так как заблуждение возникло вследствие обстоятельств, за которые отвечал Банк.

На данный момент среди всех нематериальных благ изображению гражданина предоставлена наиболее полная охрана, в том числе и имущественных интересов граждан, поэтому разумно предоставить такую охрану и голосу. В действующей редакции ст. 152.1 ГК РФ применение ее по аналогии для защиты прав на голос маловероятно, так как в ней четко определен предмет регулирования – охрана изображения гражданина.

Защита голоса с использованием правового режима исполнения

Выше в разделе про защиту голоса через правовую институт нематериальных благ указывалось, что законодатель разделяет такие блага и интеллектуальную собственность. Хотя критерии определения объектов авторских прав не установлены, исходя из доктринальных позиций можно выделить следующие: нематериальный характер; объективное выражение; творческий характер

²² Пункт 34 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.04.2019 № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации».

²³ Пункты 46–49 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации».

²⁴ Как у Алены Андроновой украли голос и стали использовать в роликах 18+ / Союз дикторов – Текст : электронный // YouTube : [сайт]. – URL: <https://www.youtube.com/watch?v=rszvQhmjMM&pp=ygUXOYpQutGA0LDQu9C4INCz0L7Qu9C-0YE%3D> (дата обращения: 18 февраля 2024 г.).

²⁵ Там же.

или тесно связанный с ним; неисчерпаемость при потреблении и охраноспособность [3], [6], [9], [12].

Голос как любое нематериальное благо подпадает под критерий нематериального характера права, однако другие критерии в отношении его не соблюдаются. Так, хотя актер или певец творят, когда говорят, пародируют, поют, играют роль, но все же сам голос – это не результат творчества, а инструмент, благодаря которому создаются объекты интеллектуальной собственности.

Ранее в статье автор упомянул петицию, поданную Аленой Андроновой и ее командой. В рамках нее предлагается защищать голос через защиту права исполнителя на неприкосновенность исполнения (подп. 4 п. 1 ст. 1315 ГК РФ) и отмечается лицензионный характер соглашений, в которых предметом выступает синтез голоса²⁶.

Может ли голос защищаться в рамках исполнения как объект смежных прав? Автор считает, что данный правовой институт не дает надлежащей охраны голосу.

В соответствии с подп. 1 п. 1 ст. 1304 ГК РФ результат исполнительской деятельности артистов-исполнителей (исполнение) является объектом смежных прав, когда он выражается в форме, допускающей его воспроизведение и распространение с помощью технических средств. То есть в целом исполнением является только такой результат творческой деятельности, который был надлежащим образом зафиксирован. В том числе это связано с тем, что исполнение одного и того же материала физическим лицом-исполнителем всегда уникальное и для предоставления охраны оно должно быть зафиксировано. Значит, что в рамках исполнения мы можем защитить только звучание голоса в определенный момент, не учитывая его изменчивости с течением времени.

Как отмечает А.Г. Матвеев, исполнение отличается от произведения, охраняемого в рамках авторского права [8]. Так, по его мнению, исполнение является способом предоставления произведения публике, которое само по себе не образу-

ет комплекс образов и идей и не может стать основой для создания дальнейших его переработок. Такой подход косвенно отражает и в перечне способов использования исполнения в ст. 1317 ГК РФ, так как там нет такого способа использования, как переработка.

Другим объектом смежных прав, в котором фиксируются исполнение, является фонограмма – любая исключительно звуковая запись исполнений или иных звуков либо их отображений, за исключением звуковой записи, включенной в аудиовизуальное произведение (подп. 2 п. 1 ст. 1304 ГК РФ). А вот одним из способов использования фонограммы как раз является ее переработка (подп. 9 п. 3 ст. 1324 ГК РФ).

Во время записи голосов актеров озвучки одновременно создаются несколько объектов интеллектуальной собственности – исполнение, автором которого и является актер, а также звуковая фиксация исполнения – фонограмма.

В своем обращении Алена Андропова указывала, что она давала согласие на внесение изменений в запись исполнения (обработку записи). Она утверждает, что в данной сфере обычно под этим предполагается чистка записи, звукорежиссерская обработка, наложение эффектов, музыки²⁷. В рамках права на неприкосновенность исполнение защищается от всякого искажения, то есть от внесения изменений, приводящих к извращению смысла или нарушению целостности восприятия исполнения в рамках использования, в его запись. Давая согласие на внесение изменений, актриса разрешила внести изменения в запись исполнения.

Тогда был ли дальнейший синтез голоса из измененной фонограммы (записи голоса) нарушением права на неприкосновенность исполнения? Автор считает, что в данном случае создается новый объект, а не просто вносятся изменения в запись исполнения.

Исходя из описанной в открытых источниках информации, для генерации голосов используется

²⁶ Андропова А. Петиция: Просим защитить наши голоса от воровства и мошенничества! / А. Андропова.

²⁷ Как у Алёны Андроновой украли голос и стали использовать в роликах 18+ / Союз дикторов – Текст : электронный // YouTube : [сайт]. – URL: <https://www.youtube.com/watch?v=rszvQhmvjMM&pp=ygUXOYYPQutGA0LDQu9C4INCz0L7Qu9C-0YE%3D> (дата обращения: 18 февраля 2024 г.).

несколько методов²⁸. Приведем некоторые из них. Первый метод основывается на принципе генеративно-состязательных сетей (GAN). В нем используется генератор (который и генерирует звуковую волну, имитирующую звучание голоса) и дискриминатор (он обучается отличать реальный голос от сгенерированного), впоследствии генератор и дискриминатор меняются местами для достижения наиболее реалистичных результатов. Второй метод в своей основе использует рекуррентные нейронные сети (RNN). Сети анализируют последовательность звуковых волн, использующихся в голосе, и генерируют подобную последовательность. В системе записывается предыдущий опыт, что позволяет улучшить реалистичность генерации новых данных.

Несмотря на выбранный метод синтеза в основе любого из них лежит анализ большого набора записей голоса для дальнейшей имитации его звучания. Запись разбивается на отдельные звуки, которые кодируются устройствами, и далее из этих отдельных элементов собирается запись. Однако неверно утверждать, что синтезированный голос – это разбиение на отдельные кусочки первоначальной записи и их последовательное воспроизведение по заданному тексту.

Нейросеть также анализирует, как произносятся отдельные слова; учится подражать эмоциям, формату произнесения слов (криком/шепотом)²⁹. Впоследствии из закодированных элементов собираются другие слова, которым придается особое звучание, характеризующее для нас определенное настроение/подачу искусственного рассказчика.

То есть синтез речи – это не просто более совершенный процесс нарезки фонограммы на отдельные кусочки с их последующей склейкой, а именно процесс выделения звучания голоса и обучение программы его имитации с соблюде-

нием субъективных характеристик «рассказчика»: четкости, эмоциональности и т.д. По мнению автора, синтезирование речи предполагает создание совершенно нового объекта, более не связанного с материалами, на которых ИИ обучался.

Таким образом, право на неприкосновенность не защищает автора исполнения от синтеза его голоса, так как искажения исполнения не происходит.

Голос человека как биометрические персональные данные

В качестве возможного способа защиты Алёны Андроновой в ее кейсе автор предлагает рассмотреть возможность применения института персональных данных, а именно квалификации голоса как биометрии.

Как отмечала в интервью актриса, при просмотре роликов с озвучкой от ИИ, знакомые смогли определить, кому принадлежит голос³⁰. Так, злоумышленники могут воспользоваться такой возможностью и использовать синтезированный голос в противозаконных целях, например, создавая в реальном времени на основе текстов аудиосообщения любого содержания и вводя в заблуждение других лиц относительно того, кто находится на другой стороне экрана.

Данную проблему предлагают урегулировать в Европейском союзе в рамках Закона об искусственном интеллекте (Artificial Intelligence Act)³¹. В законе дается определение высокорисковым системам (high-risk AI systems), т.е. системам, которые создают высокие риски причинения вреда здоровью, безопасности и иным фундаментальным правам человека. Для таких систем устанавливаются высокие требования по снижению рисков, порядку сбора и анализа качества данных, на которых система обучается и тестируется. При выпуске

²⁸ Как научить нейросеть использовать чужой голос. – Текст : электронный // legna-sp.ru : [сайт]. – URL: <https://legna-sp.ru/kak-naucit-neiroset-ispolzovat-cuzoi-golos/> (дата обращения: 18 февраля 2024 г.).

²⁹ Автор под ником sterling239, Как я сделал синтез своего голоса / SberDevices – Текст : электронный // Хабр : [сайт]. – URL: <https://habr.com/ru/companies/sberdevices/articles/718096/> (дата обращения: 18 февраля 2024 г.).

³⁰ Как у Алёны Андроновой украли голос и стали использовать в роликах 18+ / Союз дикторов – Текст : Текст : электронный // YouTube : [сайт]. – URL: <https://www.youtube.com/watch?v=rszvQhmvjMM&pp=ygUX0YYPutGA0LDQu9C4INCz0L7Qu9C-0YE%3D> (дата обращения: 18 февраля 2024 г.).

³¹ Proposal for a regulation of the European Parliament and of the council laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial intelligence act) and amending certain union legislative acts//COM(2021)206 final.— URL: <https://artificialintelligenceact.eu/the-act/> (дата обращения: 18 февраля 2024 г.).

на рынок такие системы должны будут также пройти процедуру регистрации, в рамках которой система будет проверена на соответствие установленным требованиям. Парламент Европейского союза в декабре 2023 г. предварительно достиг соглашения с Советом Европейского союза по принятию закона³².

В Российской Федерации голос признается биометрическими персональными данными при соблюдении определенных критериев (ст. 11 Федерального закона № 152-ФЗ «О персональных данных»)³³.

Под первый критерий подпадает любой человеческий голос. То есть голос является сведениями, характеризующими физиологические и биологические особенности, на основании которых может устанавливаться личность субъекта. В рамках единой биометрической системы (ЕБС) размещаются и обрабатываются такие биометрические персональные данные, как запись голоса человека, полученная с помощью звукозаписывающих устройств³⁴. Но в соответствии с п. 1 ч. 1 ст. 15 данного закона такие данные по общему правилу не могут обрабатываться вне ЕБС. В соответствии со ст. 11 ФЗ «О персональных данных» законодатель накладывает на оператора дополнительные требования, связанные с обработкой биометрических персональных данных, в том числе по получению письменного согласия на обработку его персональных данных.

Однако второй критерий, связанный с тем, что такие данные должны использоваться оператором для установления личности, в отношении голоса не всегда соблюдается. Так, А.И. Савельев указывает, что если цель установления личности отсутствует, то такие данные не являются биометрическими и к ним не применяются правила обработки специальных данных [10]. С этим стоит согласиться, иначе получение и использование любой записи голоса можно будет квалифицировать как обра-

ботку биометрических персональных данных, что не разумно.

Возвращаясь к делу Алены Андроновой, следует указать, что голос актрисы использовался не для цели идентификации личности, а потому в данном случае не было незаконной обработки биометрических персональных данных. Цель актрисы в рассматриваемом деле заключалась в защите голоса как своего источника заработка. Актриса указывает, что синтезирование голоса, лишило ее части работы, а также нанесло репутационный вред, который влияет на заработок.

Таким образом, «отделение» голоса от его носителя и использование ввне в первую очередь нарушает гражданско-правовой, а не публично-правовой интерес человека, если сама запись осуществлялась добровольно. Следовательно, институт персональных данных далеко не всегда может выступать эффективным инструментом для защиты голоса.

Проблемы, касающиеся пародирования, имитации голоса

Как ранее отмечалось автором, голос человека может быть спародирован, симитирован, а также у другого лица может быть похожий голос. Как в таком случае определить границы охраны голоса отдельного человека. Будет ли считаться нарушением пародия/имитация голоса?

Необходимо обозначить, что под пародией/имитацией необходимо понимать те случаи схожего звучания, когда это делается намеренно. В гражданском законодательстве Российской Федерации пародия рассматривается как один из способов свободного использования произведения. Верховный суд Российской Федерации в своем разъяснении уточняет, что «в силу п. 4 ст. 1274 ГК РФ допускаются без согласия автора или иного обладателя исключительного права на оригинальное произведение и без выплаты ему вознагражде-

³² Proposal for a regulation of the European Parliament and of the council laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial intelligence act) and amending certain union legislative acts. EU Artificial Intelligence Act. URL: <https://artificialintelligenceact.eu/the-act/> (дата обращения: 18 февраля 2024 г.).

³³ Статья 11 Федерального закона от 27 июля 2006 г. № 152-ФЗ «О персональных данных».

³⁴ Пункт 1 ч. 4 ст. 3 Федерального закона от 29 декабря 2022 г. № 572-ФЗ «Об осуществлении идентификации и (или) аутентификации физических лиц с использованием биометрических персональных данных, о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации и признании утратившими силу отдельных положений законодательных актов Российской Федерации».

ния создание произведения в жанре литературной, музыкальной или иной пародии либо в жанре карикатуры на основе другого (оригинального) правомерно обнародованного произведения и использование этой пародии либо карикатуры... В случае если пародия или карикатура порочат честь, достоинство или деловую репутацию автора оригинального произведения, он вправе использовать иные способы защиты (например, установленные ст. 152 ГК РФ)»³⁵. Таким образом, законодателем регулируется вопрос пародирования произведений, однако не рассматривается вопрос пародирования исполнения или имитации самого по себе голоса/внешнего вида физического лица вне зависимости от того, что лицо исполняет.

Не стоит отрицать, что фактически возможно пародирование/имитация голоса, образа, изображения лица. Например, звезды часто сталкиваются с проблемами двойников, выступающих от их имени³⁶. А значит, необходимо определиться, когда имитация или пародирование правомерно, а когда нет.

Автор считает, что первоначально важно определить цель пародирования и имитации. Если нет цели введения в заблуждения относительно владельца голоса и ему не наносится ущерб, то нарушения нет – например, когда певцы подражают голосу другого исполнителя в пародийных шоу. А если такие действия направлены на создание у других лиц впечатления, что с ними разговаривает обладатель оригинального голоса, то здесь возможно усмотреть нарушение. Такие действия могут порочить честь, достоинство и деловую репутацию обладателя оригинального голоса, и он может потребовать защиту в соответствии со ст. 152 ГК РФ.

Также и с обладателями схожего голоса. Здесь следует отталкиваться от того, была ли цель создания впечатления, что голос принадлежит другому человеку или нет. Например, как это было в деле *Midler v. Ford Motor Co.* с использованием в рекла-

ме исполнителей с похожим голосом вместо известных певцов.

Подводя итог, нужно признать, что наибольшая защита голоса в Российской Федерации предоставляется в рамках охраны его как нематериального блага. Однако такой защиты в условиях развития ИИ и все большего применения результатов его использования на практике уже недостаточно. Поэтому можно рекомендовать расширить предмет положения ст. 151.2 ГК РФ охраной голоса гражданина наравне с изображением. Также предлагается дополнить случаи использования без получения дополнительного согласия от гражданина его голоса/изображения, если в соглашении между ним и другими лицами указана цель их синтеза/рождения.

При этом нужно учитывать, что частое изменение законодательства приводит к снижению уровня доверия общества к нему. ИИ развивается быстро, и на практике постоянно возникают новые вызовы как технологические и экономические, так и правовые, при этом механизмы его работы и применимость действующего регулирования к отношениям, связанным с его использованием, пока недостаточно изучены.

В связи с этим перед изменением законодательства автор считает необходимым проверить принципы, стандарты и иные нормы регулирования отношений по использованию ИИ в рамках саморегулирования крупнейших игроков на рынке технологий, которые в основном и занимаются развитием ИИ. Так, уже сейчас более 200 компаний подписали Кодекс этики в сфере искусственного интеллекта (далее – Кодекс), в котором определяются общие этические принципы и стандарты поведения, а также рассматриваются лучшие практики внедрения ИИ³⁷. Добросовестность исполнения таких норм обеспечивается заинтересованностью компаний в сохранении своей деловой репутации, что особенно актуально для крупных компаний, которые в основном задают трен-

³⁵ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23 апреля 2019 г. № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации».

³⁶ Поляков И. Двойники артистов получают больше самих звезд / И. Поляков. – Текст : электронный // Комсомольская Правда: [сайт]. – URL: <https://www.kp.ru/daily/26647.3/3665223/> (дата обращения: 18 февраля 2024 г.).

³⁷ Кодекс этики в сфере ИИ / Альянс в сфере искусственного интеллекта. – URL: <https://ethics.a-ai.ru/> (дата обращения: 18 февраля 2024 г.).

ды в области ИИ в Российской Федерации. Так, данный Кодекс может быть дополнен принципами, посвященными этичному использованию голоса и иных индивидуальных характеристик актеров озвучки и других лиц в работе с ИИ. Впоследствии данные принципы могут получить законодательное закрепление, пройдя проверку временем и практикой.

Список литературы:

1. Бердышева Е.С. «От критики к аналитике: коммодификация жизненно важных благ как актуальная исследовательская проблема в новой экономической социологии» // Экономическая социология. 2012. № 1.
2. Гражданское право: учебник: в 4 т. / Отв. ред. Суханов Е.А. 2-е изд. М., 2019. Т. I. С. 111–112; Т. II. С. 437 (автор – А.Е. Шерстобитов).
3. Дозорцев В.А. Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации. М.: Статут, 2003. С. 38–39.
4. Жданов Л.С., Жданов Г.Л. Физика для средних специальных учебных заведений: Учебник. – 4-е изд., испр. – М.: Наука. Главная редакция физико-математической литературы, 1984. – 512 с.
5. Калятин В.О. Дипфейк как правовая проблема: новые угрозы или новые возможности? // Закон. 2022. № 7. С. 87–103.
6. Кондратьева Е.А. Объекты интеллектуальных прав: особенности правовой охраны. М.: Статут, 2014. 160 с.
7. Маликов Е.Ю. Человеческое лицо искусственного интеллекта: проблемы правового регулирования в контексте права на охрану изображения гражданина и авторского права // Цивилист. 2022. № 1. С. 37–40.
8. Матвеев А.Г. Условия охраноспособности исполнений как объектов смежных прав // ИС. Авторское право и смежные права. 2020. № 4. С. 5–14.
9. Право интеллектуальной собственности: учебник / Е.В. Бадулина, Д.А. Гаврилов, Е.С. Гринь и др.; Под общ. ред. Л.А. Новоселовой. М.: Статут, 2017. Т. 1: Общие положения. 512 с.
10. Савельев А.И. Научно-практический постатейный комментарий к Федеральному закону «О персональных данных». 2-е изд., перераб. и доп. Москва: Статут, 2021. 468 с.
11. Сделки, представительство, исковая давность: постатейный комментарий к статьям 153–208 Гражданского кодекса Российской Федерации / В.В. Байбак, Р.С. Бевзенко, С.Л. Будылин и др.; Отв. ред. А.Г. Карапетов. М.: М-Логос, 2018. [Электронное издание. Редакция 1.0] 1264 с.
12. Смирнов Г.И. Тесно под одной крышей // Вопросы изобретательства. 1991. N 1. С. 45–48.
13. Яценко Т.С. Проблемы гражданско-правового регулирования посмертного использования нематериальных благ // Журнал российского права. 2023. № 7. С. 35–46.

Patent Law: publication of the 4th volume of the second revised and expanded edition of the textbook Intellectual Property Law

Recommendations of the Scientific Advisory Council at the Intellectual Property Rights Court on issues arising when considering claims for the suppression of violations of exclusive rights

The reference “Issues related to the definition of criteria for creative activity on the example of photographic works”, submitted for discussion at a meeting of the Scientific Advisory Council at the Intellectual Property Rights Court

Protocol No. 31 of the meeting of the Scientific Advisory Council at the Intellectual Property Rights Court

Written opinions of members of the Scientific Advisory Council at the Intellectual Property Rights Court and readers of the Journal of the Intellectual Property Rights Court on issues related to the definition of criteria for creative activity on the example of photographic works

Opinion poll of readers of the Journal of the Intellectual Property Rights Court on the issue of photo protection

Giulbasarova, Ekaterina Vladimirovna

PhD, Senior Lecturer of the Intellectual Property Law Department of the O.E. Kutafin University (MSAL)

Koroleva, Anatasiya Georgievna

PhD, Senior Lecturer of the Intellectual Property Law Department of the O.E. Kutafin University (MSAL)

Models of joint exclusive right ownership

The development of mechanisms for commercialization of the results of intellectual activity requires the development of new mechanisms for the exercise of intellectual rights.

As practice shows, the exclusive right is more and more often in the common possession of several persons, so one of the most urgent directions for improving the current legislation in the field of intellectual rights is the modernization of the model of joint possession of the exclusive right.

The article studies the existing models of co-ownership and analyzes the legal characteristics of the current regime of co-ownership.

The authors of the article focus on the study of the legal model of co-ownership of exclusive right, which is currently not known to the Russian law, but can be used to improve the legal regulation of relations in this area.

Keywords: exclusive right; co-ownership; co-proprietorship; co-patentorship; joint ownership of exclusive right; interests in exclusive right

Sebiakina, E.P.

Lawyer, specialist

Data Privacy Office Europe GmBH

The theory of informational privacy law: classification of legal relationships

In the area of regulation and protection of personal data in the world is an acute shortage of a strict system, subject of the theory of law, on which legislators and law enforcement officers could rely. Without such a system, a polyphony of misconceptions and contradictory interpretations of law arises, embodied not only in regulation, but also in court practice. Even most of educational programs on the privacy law do not reveal the nature of many legal phenomena and institutions, but only interpret laws that are far from perfect and follow their structure and fallacies. This article is aimed at starting the development of a system of theory of informational privacy law: the classification of legal relationships, as a first step towards identifying problems of law application and suggesting ways to solve them. The main method of research: identifying the similarities between the institutions of civil law and the informational privacy law and, as a result, establishing patterns in the dynamics of privacy legal relationships. As a result of the method of imposing civil classification criteria on the variety of privacy relationships, the author identified 9 unique types of privacy legal relationships: absolute, relative, non-property, related to property, organizational, administrative, regulatory, protective, procedural and tort. This specific taxonomy requires further study in terms of structure and legal facts, which will be the subject of the author's subsequent works.

Additionally, this work is aimed at initiating a scientific civil discussion on the place of informational privacy law in the legal system. Thus, the author of this work sets itself the following tasks: to detect insufficient elaboration of the doctrine on the general theory of informational privacy law; attract the attention of the scientific world to this area of law and initiate scientific civil discussion; formulate topical questions for further scientific study.

Keywords: theory of privacy law, legal relationship, classification of legal relationships, informational privacy, consent, personal data, personal goods, subjective rights, privacy notice, data subject, controller

Rozhkova, Marina Alexandrovna

Holder of a Higher Doctorate in Law, Chief Researcher at the Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, Advisor to the Dean of the Faculty of Law of the State Academic University for the Humanities, Professor of the Russian State Academy of Intellectual Property, IP CLUB President

5 attributes (criteria of protectability) of works of science enshrined in the current legislation

The present article is intended to outline the criteria of protectability of works of science, which are provided by the current legislation. According to the results of the conducted research, five such features were identified. A work of science

can be recognized as an object of copyright and receive copyright protection if: (1) it is created by a natural person who has the necessary qualifications and is professionally engaged in scientific and (or) scientific-technical activities; (2) it is the result of creative labour of this natural person while carrying out scientific activities; (3) it is expressed in an objective form with obligatory fixation on an information (material) medium; (4) it was created independently – without unlawful borrowing of other people’s creative results.

Keywords: work of science, non-fiction work, creativity, scientific activity material medium, independence of the work, illegal borrowings, novelty, new knowledge

Vitko, Vyacheslav Stanislavovich

Candidate of Juridical Sciences
A.S. Griboyedov Moscow University

On the issue of the content of the photographer’s creative work

The article analyzes the questions posed to the Scientific Advisory Council at the Intellectual Property Rights Court related to the definition of criteria for creative activity on the example of photographic works.

Keywords: photograph; creative work; photographic work; reflection of the author’s personality

Volfson, Vladimir Leonovich

Candidate of Juridical Sciences
North-West Institute of Management, Branch of RANEPA

Creativity or Uniqueness: Photographic Works in the Focus of Protectability

Criteria of protection, while being the most important issue in the copyright doctrine, still do not boast a uniform approach. According to the author of the article, the idea that the solution should depend on whether the work is a product marked by the creativity is irrelevant to actual interests of the parties to a legal relationship. At the same time, in no circumstances do the theoretical vulnerability and practical unsuitability of this criterion are more evident than when dealing with the protectability of photographs. This visual technique is doomed to produce copies of reality, which makes the area of its utilitarian application inevitably wide. Since it is seldom possible to examine and describe the signs of creativity in these works, even if those are present, the courts would more than happy to take full advantage of the presumption that the work has been a product of a creative labor, thereby leaving the defendant with an unbearable burden to prove the contrary. This results in a growing proportion of photographic works whose protection may look as a mockery of this theory. The author is convinced that the value of a work as an object of legal protection, as long as the parties involved in its use are concerned, arises from this work being conceived by the public as a unique act of artistic language. However, it may be argued that this approach has been already put in practice, albeit under the guise of a creative result. The purpose of the work is to promote its conscious use. To do this, one needs to provide evidence of its theoretical validity and practical efficiency.

Keywords: authorship, protectability, objects of copyright, photographic works, unique intellectual solution, exercise of subjective right, abuse of the right

Bakhtiozina, Aleksandra Talgatovna

OOO Seven Hills Legal (senior associate), the National Research University Higher School of Economics (senior teacher)

Belozerova, Elena Olegovna

Student of the master’s program “Digital Law” at the National Research University Higher School of Economics

Objective form of a work: can a fragrance be the object of copyright?

The perfume industry, which has always been known to be a closed and conservative world, has recently been developing rapidly and is even experimenting with artificial intelligence. Creating a fragrance requires a great deal of creativity, skill and talent, and the teams at fragrance brands are constantly looking for scents that are innovative and commercially successful. Thus, it becomes more and more important to protect the created products from copying and imitation. In this article, the analysis of the protectability of a fragrance as an object of copyright is attempted, and the authors come to the conclusion that Russian legislation does not hinder recognizing a fragrance as a work protected by copyright.

Keywords: perfumery; criteria for protectability of copyrighted objects; creative work; creative character of copyright work; objective form

Kaluzhsky, Victor Vitalievich

Capital Legal Services LLC

Abbreviations and combination of letters: possibilities of registration as trademarks taking into account current court practice

According to Rospatent, compared to the previous year, the increase in the number of applications filed in the first 11 months of 2023 amounted to 38%. Abbreviations are also applied for registration as trademarks, but the practice of granting legal protection to this category of designations is not uniform. The aim of this study to investigate the legal regulation and legal positions of Rospatent, the Intellectual Property Court, the USPTO and EUIPO on the issues of registration of abbreviations as trademarks, including the difference between abbreviations and combination of letters. By means of analysis, synthesis and comparison, the article formulates the conditions under which the registration of abbreviations as trademarks is possible. It is concluded that registration is possible in case of perception of the designation

as an abbreviation by consumers of the claimed goods or services, and that such perception is an element of original, not acquired distinctiveness. Therefore, the approaches used to determine acquired distinctiveness of a designation should not be used to prove this circumstance. It is proposed to consolidate these legal positions at the level of a review of judicial practice or an information note of the Intellectual Property Rights Court.

Keywords: abbreviation; review of practice; legal protection; distinctiveness; Rospatent; Intellectual Rights Court; trademark

Radetskaya, Maria Vladimirovna

Ph.D. in law

The Private Law Research Centre under the President of the Russian Federation named after S.S. Alexeev, Consultant of the Intellectual Rights Legislation Department

Spiridonova, Natalia Borisovna

Ph.D. in law

The Private Law Research Centre under the President of the Russian Federation named after S.S. Alexeev, Consultant of the Intellectual Rights Legislation Department

Turkina, Anastasia Evgenievna

Master of private law

The Private Law Research Centre under the President of the Russian Federation named after S.S. Alexeev, Consultant of the Intellectual Rights Legislation Department

Some aspects of foreign legislation and jurisprudence of certain countries on the correlation between the regimes of protection of geographical indication and appellation of origin, as well as other means of individualization of similar purpose used in foreign legal orders (part 2)

In this article, the authors attempt to analyze the legislation of particular countries (EU, Germany, India, USA, Singapore, China, Brazil, Australia) in order to identify common and special approaches to the legal regulation of geographical indications, appellations of origin of goods, as well as other means of individualization of similar purposes; problems associated with the application of existing foreign legislation. The relevance of the study is due to the addition in 2020 of Part Four of the Civil Code of the Russian Federation with a new means of individualization – geographical indications – in addition to the existing and protected names of goods origin. This reform not only posed the task for Russian law to clarify the relationship between the two named institutions but also required a rethinking of the system of individualization means as a whole.

Keywords: geographical indications; appellations of origin of goods; protected designation of origin; protected geographical indication; certification marks; collective marks

Pchenushay, Kazbek Askerovich

2nd year student of the Digital Law Master's Programme of the National Research University Higher School of Economics, Limited Liability Company "LECAP Law Firm"

Search Advertising and Trademark Infringement: Russian and Foreign Experience

This article focuses on the issue of the lawfulness of using third parties' trademarks as keywords that are indicators for displaying online adverts. This article studies and systematises the approaches to the resolution of disputes related to the use of keywords in search advertising that have been developed in the judicial practice of Russia, the United States and the European Union. The author has identified key similarities and differences in the understanding of the phenomenon in question by the courts of different jurisdictions. On the basis of the conducted research the author proposes a new for Russian court practice approach to resolving this category of disputes, taking into account positive foreign experience and setting criteria for a comprehensive assessment of the factual circumstances of the case. In the author's opinion, the proposed approach is designed to ensure a balance of interests of the parties to the legal relations under consideration – to exclude unjustified liability of advertisers for trademark infringement and to protect rightholders from unfair behaviour of competitors when using search advertising mechanisms.

Keywords: trademarks; trademark infringement; search advertising; trademarks used as keywords, judicial practice

Balashova, Anna Igorevna

Kutafin Moscow State Law University

Time limits for requesting compulsory licenses based on non-working or insufficient working of a patented object

The subject of research within the framework of this article is the temporal aspect of the legal mechanism for granting a compulsory license based on non-working or insufficient working of a patented object. The prerequisites for the emergence and international legal foundations of the institution under consideration, national regulation and judicial practice in the relevant field are considered. It is concluded that the time limits for requesting compulsory licenses established by paragraph 1 of Article 1362 of the Civil Code of the Russian Federation represent the time limits after which the right to apply to the court for a compulsory license arises, which can be exercised during the entire remaining term of the patent, subject to the existence of the circumstances provided for by this rule. In this case, the circumstances of the working or non-working of the disputed object must be established at the time the court considers the request for a compulsory license, regardless of the period of validity of the patent after the expiration of the first four or three years, respectively, they occur. Based on the results of the study, some proposals were formulated to improve the current legislation.

Keywords: compulsory license; term; time limit for filing a claim; patent law; industrial property

Ovchinnikov, Ivan Victorovich

Candidate of Law
Udmurt State University

Compensation for Injury Inflicted by Securing a Claim: Lessons for Intellectual Property Law

The Arbitration Procedural Code of the Russian Federation, in addition to damages, stipulates compensation as a special method of covering losses caused by securing a claim. The rules governing the conditions under which it is paid are modeled after those regarding compensation for the infringement of an exclusive right. Nevertheless, such a comparison is made impossible by the dominating judicial assessment of the damages resulting from security measures as an injury inflicted by lawful actions. The absence of any unlawful action on the part of a person seeking to secure a claim excludes the view of compensation as a measure of civil liability. It also makes it impossible to apply the rule stipulating that the amount of compensation shall be determined by the nature of the infringement. Any compensatory claim of such sort shall be justified by demonstrating the negative economic consequences resulting from the security measures. This leads to the conclusion that compensation represents a discretionary way of calculating the amount of damages. That fact separates it from the compensation for the infringement of an exclusive right, which relieves the right holder from the duty to prove that the actual damage was inflicted upon him. The author concludes that it is undesirable to use such an approach in intellectual property law, since it will not achieve the goal of preventing violations of exclusive rights.

Keywords: compensation, damages, tort, injury inflicted by lawful actions, abuse of rights, securing a claim, exclusive right, intellectual property

Bykova, Svetlana Petrovna

Southwest State University, postgraduate student, lawyer
ORCID 0000-0002-1688-933X

A trade secret in a startup. The chances of protection

This article analyzes the issues of protecting trade secrets in startups in the context of law. The author explores current legal aspects related to the unique challenges faced by enterprises at the initial stage of development. Special attention is paid to individuals as subjects of startup activities who are on the way to creating a separate legal entity, but have so far only issued the status of “self-employed”. The author examines judicial practice, illustrating the difficulties faced by entrepreneurs in the process of proving the fact of violation of rights in court.

The article provides practical recommendations for the development of effective strategies for protecting trade secrets for startups, as well as identifies significant shortcomings of current legislation in this area and continues to find solutions.

Keywords: startups, trade secrets, confidential information, startup idea protection

Pokrovskaya, Anna Vladimirovna

PhD Student of the Department of Civil Law and Procedure and Private International Law, at the Law Institute of the Patrice Lumumba Peoples' Friendship University of Russia, Miklukho-Maklaya st., 6, Moscow, Russia / Patent Expert (national phases), Intellectual Property Center “Skolkovo”

Liability of intermediaries for copyright infringement on marketplaces: a study of China's experience

This article investigates China's experience with respect to the liability of intermediaries for copyright infringement on marketplaces. It analyses the legislation, current court decisions and practice of law application in the sphere of copyright protection on Chinese marketplaces. The article reveals the main aspects related to intermediary liability, including legal provisions, the definition of an intermediary, their duties and their role in preventing copyright infringement. The article also examines the effectiveness of existing liability mechanisms, including infringement notification systems, claims procedures and content access restrictions. It concludes that China has a developed and effective system of intermediary liability for copyright infringement on marketplaces. At the same time, some problem areas and opportunities for improving the legislation and its implementation are identified. The article offers practical recommendations for improving the current Chinese legislation in the area of liability of e-commerce platforms acting as intermediaries for distribution of illegal content infringing third party copyrights.

Keywords: copyright infringement; intermediary; marketplaces; online environment; trading platforms

Chernyakova, Mariia Dmitrievna**Legal protection of the voice in the context of the development of artificial intelligence**

The article considers ways of protection of human voice in conditions when it can be synthesized with the help of artificial intelligence. The article analyzes the protection of voice within the framework of such legal institutions as intangible goods, personal data and the institute of copyright and related rights.

Keywords: human voice; artificial intelligence; neural network; voice synthesis; intangible good; performance; intellectual property object; biometric personal data