



Журнал Суда по интеллектуальным правам

Март 2020

5

Обзор судебной практики по вопросу взыскания компенсации за нарушение исключительного права на результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации

41

Интеллектуальные права несовершеннолетних: особенности реализации и судебной защиты

118

Фанфики и Косплеи vs.
Правообладатели оригиналов:
в поисках баланса интересов

Обращение главного научного редактора



В.А. Корнеев,

*кандидат юридических наук,
заместитель председателя Суда по интеллектуальным правам,
главный научный редактор Журнала Суда по интеллектуальным правам*

УВАЖАЕМЫЕ ЧИТАТЕЛИ!

В это непростое для всех время Журнал Суда по интеллектуальным правам продолжает публиковаться, а также продолжает работать в удаленном режиме редакционная коллегия, которая внимательно читает присылаемые для публикации в журнале статьи.

Очень рад, что наши авторы продолжают работать над интересными темами, а мы продолжаем вас с результатами этой работы знакомить.

В этом номере журнала мы публикуем статьи по вопросам, давно вызывающим бурные дискуссии, и результаты научных исследований по малоизученным вопросам.

Так, к числу первых можно отнести обширное исследование судебной практики по вопросу взыскания компенсации за нарушение исключительного права, проведенное М.В. Радецкой и А.Е. Туркиной.

Институт взыскания компенсации неоднократно обсуждался с точки зрения оправданности самого его существования и правильности выбора законодателем формул расчета подлежащих взысканию сумм. Опубликованное в нашем журнале исследование показывает существующую судебную практику и дает новую почву для размышлений.

В продолжение дискуссии по темам, поднятым в прошлом номере журнала, мы публикуем статьи Н.М. Рухтина о субъектах права на товарных знак и П.А. Шефаса об общеизвестных товарных знаках.

К числу малоизученных, но оттого не менее важных и актуальных можно отнести статью Б.Е. Семенюты, посвященную правовому режиму результатов фанатского творчества. Наличие таких результатов – факт объективной действительности. Вместе с тем с юридической точки зрения этот вопрос раскрыт недостаточно в отечественной науке.

А.В. Ермаков и Н.Ю. Сергеева поставили еще один малообсуждаемый вопрос – о соотношении норм о дееспособности малолетних и несовершеннолетних в возрасте от четырнадцати до восемнадцати лет с положениями части четвертой ГК РФ. При том что творить могут авторы любого

возраста, а результаты их творческого труда будут охраняться, вопрос о порядке осуществления таких прав продолжает оставаться недостаточно изученным (как и многие другие вопросы соотношения положений части четвертой ГК РФ с положениями частей первой, второй и третьей).

Надеюсь, материалы этого номера будут вам интересны, может быть натолкнут на новые мысли, с которыми вы также захотите поделиться на страницах нашего журнала.

Содержание

Правовые вопросы

- 5 *М.В. Радецкая, А.Е. Туркина*
Обзор судебной практики по вопросу взыскания компенсации за нарушение исключительного права на результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации
Данный обзор посвящен описанию действующего регулирования и судебной практики в РФ, в особенности сформировавшихся в судебной практике подходов и выявленным проблемам. Приведенные в статье проблемы демонстрируют современное состояние вопроса взыскания компенсаций, а также позволяют оценить перспективы дальнейшего развития данной области.
- 41 *А.В. Ермаков, Н.Ю. Сергеева*
Интеллектуальные права несовершеннолетних: особенности реализации и судебной защиты
Статья посвящена малоизученной в отечественной цивилистике проблематике – интеллектуальным правам несовершеннолетних. В рамках темы поднимаются вопросы, связанные с особенностями осуществления и защиты интеллектуальных прав на созданные несовершеннолетними результаты интеллектуальной деятельности, рассматриваются отдельные проблемы, являющиеся дискуссионными в настоящее время.
- 49 *О.В. Новосельцев*
О понятии интеллектуальной собственности с позиций международного права
В статье исследуется необходимость включения института интеллектуальной собственности в систему современного российского гражданского права согласно обязательствам России по международным соглашениям и гражданско-правовое содержание понятия интеллектуальной собственности с позиций международного права и международных соглашений с участием России. Показана необходимость развития этой области гражданских правоотношений с учетом определенного законом верховенства норм международного права и международных соглашений и принципиальной значимости развития гражданского оборота объектов и прав интеллектуальной собственности для инновационного развития экономики России.
- 66 *С.Н. Гаврюшкин*
Коммерческое обозначение как объект интеллектуальной собственности: особенности правовой природы, отличия от других средств индивидуализации и проблемы судебной защиты исключительных прав
Институт интеллектуальной собственности – молодая отрасль гражданского права. В Гражданском кодексе ей посвящена IV часть, которая вступила в действие лишь с 1 января 2008 г. В данной статье автор анализирует историю появления такого объекта интеллектуальной собственности, как коммерческое обозначение; какое место занимает коммерческое обозначение среди других средств индивидуализаций; а также рассматривает его отличительные особенности при сравнении с другими объектами интеллектуальной собственности и выделяет существующие проблемы в судебной защите коммерческого обозначения, основываясь на вынесенных актах судов, составляющих правоприменительную практику по данным вопросам.
- 74 *Д.В. Прохоренко*
Ответственность информационных посредников за диффамацию в сети «Интернет»
В статье исследуются проблемы регулирования гражданско-правовой ответственности информационных посредников за порочащие не соответствующие действительности сведения, распространяемые третьими лицами в сети «Интернет». Автор приходит к выводу, что российский режим ответственности посредников отличается отсутствием правовой определенности и несовершенством правовых предписаний. С целью устранения выявленных проблем автор предлагает de lege ferenda новый режим ответственности посредников.

Главный редактор:

Е.А. Ястребова

Главный научный редактор:

В.А. Корнеев

Редакционная коллегия:

Л.А. Новоселова
В.А. Корнеев
В.В. Голофаев
М.А. Рожкова
Е.А. Павлова
В.О. Калятин
В.В. Байбак
Е.Ю. Пашкова

Редакционный совет:

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

Секретарь редакционного совета:

Е.В. Ульянова

Дизайн, верстка, цветокоррекция:

Т.В. Арклис

Корректор:

Е.В. Рыжер

ISSN 2313-4852

© Суд по интеллектуальным правам, Фонд «Правовая поддержка», 2020

Право на товарные знаки

95 *Н.М. Рухтин*

Регистрация товарных знаков на имя государственных органов и органов местного самоуправления

В настоящей статье автор рассматривает теоретические проблемы приобретения государственными органами и органами местного самоуправления исключительного права на товарный знак применительно к гражданско-правовому статусу таких органов власти.

102 *П.А. Шефас*

Общеизвестные товарные знаки в российском праве: преодоление принципов специализации и территориальности

Статья 1508 ГК РФ не учитывает разницы между защитой зарегистрированных и незарегистрированных известных знаков. Однако это разные явления, появившиеся в результате преодоления двух классических принципов: территориальности и специализации. Дополнительным искажающим фактором является перечень общеизвестных знаков, который не выполняет правопроявляющей функции, при этом предопределяет вывод о возможности распространения охраны знака на неоднородные товары.

113 *К.А. Фаттахова*

Использование товарного знака «под контролем» и «по воле» правообладателя: характеристика и соотношение понятий

В данной статье анализируются основания, особенности и последствия использования товарного знака третьим лицом «под контролем», а также «по воле правообладателя», и делается вывод относительно идентичности данных категорий. Также приводятся конкретные примеры подобного использования и дается краткий компаративный обзор проблемы.

Авторские и смежные права

118 *Б.Е. Семенюта*

Фанфики и Косплеи vs. Правообладатели оригиналов: в поисках баланса интересов

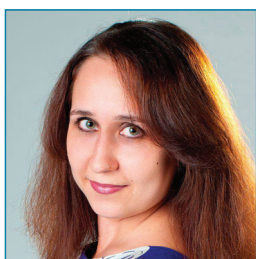
Статья посвящена рассмотрению правового режима таких явлений, как фанфик и косплей. Автор анализирует подходы, которые сформировались по этому поводу в США, соотносит их с российским законодательством и судебной практикой; доказывает, что правовая квалификация фанфиков и косплеев не отвечает интересам развития авторского права; а также предлагает возможные пути снятия дисбаланса между интересами правообладателей первоначальных объектов авторского права и авторов фанфиков и косплеев.

128 *Ю.Е. Донников*

Критерии установления факта обнародованной базы данных

В статье анализируются правовые признаки базы данных в качестве обнародованной. Автор приходит к выводам о том, что сам факт ознакомления с базой данных ограниченного числа лиц не является обнародованием. Так же как база данных не признается обнародованной, если она даже частично доступна третьим лицам. А в случае если доступ к базе данных требует совершения регистрационных действий (введение логина и пароля), такой признак не будет создавать статуса базы данных обнародованной.

Обзор судебной практики по вопросу взыскания компенсации за нарушение исключительного права на результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации



М.В. Радецкая,

кандидат юридических наук,
консультант Федерального государственного бюджетного научного учреждения
«Исследовательский центр частного права имени С.С. Алексеева при Президенте
Российской Федерации»



А.Е. Туркина,

консультант Федерального государственного бюджетного научного учреждения
«Исследовательский центр частного права имени С.С. Алексеева при Президенте
Российской Федерации»

Данный обзор посвящен описанию действующего регулирования и судебной практики в РФ, в особенности сформировавшихся в судебной практике подходам и выявленным проблемам. Приведенные в статье проблемы демонстрируют современное состояние вопроса взыскания компенсаций, а также позволяют оценить перспективы дальнейшего развития данной области.

Обзор судебной практики по взысканию компенсации за нарушение права на результаты интеллектуальной деятельности приводится в трех разделах¹.

В разделе I даны общие положения, касающиеся действующего правового регулирования механизма взыскания компенсации за нарушение исключительного права на результат

¹ Настоящее исследование подготовлено в рамках выполнения государственного задания ФГБНУ «Исследовательский центр частного права имени С.С. Алексеева при Президенте Российской Федерации» №№ 303-00257-19-00 и 075-00002-20 ПР на 2019 и 2020 годы.

интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации.

Раздел II посвящен обобщению и анализу судебной практики по вопросу взыскания компенсации за нарушение исключительного права на отдельные объекты интеллектуальной собственности. Раздел состоит из трех подразделов:

2.1 Взыскание компенсации за нарушение исключительного права на объекты авторских и смежных прав;

2.2 Взыскание компенсации за нарушение исключительного права на товарные знаки и наименования места происхождения товаров;

2.3 Взыскание компенсации за нарушение исключительного права на изобретение, полезную модель, промышленный образец.

В целях проведения настоящего исследования и составления обзора судебной практики были поставлены следующие вопросы.

1. Какой способ расчета компенсации (в виде твердой суммы, в двукратном размере стоимости экземпляров или в двукратном размере стоимости права использования) применяется на практике чаще других?

2. В каких случаях суд взыскивает компенсацию в размере, запрашиваемом в исковом заявлении?

3. В каких случаях суд снижает размер запрашиваемой компенсации? Какие обстоятельства учитываются судом при уменьшении размера компенсации?

4. В каких случаях суд выносит решение о взыскании компенсации в минимальном размере?

5. В каких случаях суд выносит решение о взыскании компенсации в размере ниже минимального, предусмотренного Гражданским кодексом РФ, в соответствии с позицией, изложенной в п. 2 Постановления № 28-П и п. 21 Обзора практики № 3 от 12 июля 2017 г.?

6. В каких случаях суд взыскивает компенсацию в двукратном размере стоимости экземпляров? В каких случаях суд отказывает в удовлетворении такого требования?

7. В каких случаях суд взыскивает компенсацию в двукратном размере стоимости права использования? Какие способы расчета стоимости права использования приводятся истцом? В каких случаях суд отказывает в удовлетворении такого требования?

8. В каких случаях возникает вопрос о применении ст. 10 Гражданского кодекса РФ в части принципа добросовестности и запрета на злоупотребление правом?

9. Насколько часто Верховный Суд РФ отправляет дела, связанные с взысканием компенсации, на пересмотр?

10. Какие изменения в части взыскания компенсации за нарушение исключительных прав произошли в судебной практике после принятия Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23 апреля 2019 г. № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса РФ»?

В разделе III дано обобщение проблем, выявленных в ходе анализа российской судебной практики по вопросу взыскания компенсации. Выявленные проблемы демонстрируют современное состояние вопроса взыскания компенсаций, а также позволяют оценить перспективы дальнейшего развития данной области.

Использованы следующие сокращения:

ААС – арбитражный апелляционный суд;

ВС РФ – Верховный Суд Российской Федерации;

ГК, Кодекс – Гражданский кодекс Российской Федерации;

КС РФ – Конституционный Суд Российской Федерации;

Мосгорсуд – Московский городской суд;

НМПП – наименование места происхождения товаров;

Обзор практики № 3 от 12 июля 2017 г. – Обзор судебной практики Верховного Суда РФ № 3 (2017), утвержденный Президиумом Верховного Суда РФ 12 июля 2017 г.;

Постановление № 5/29 – совместное постановление Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 26 марта 2009 г. № 5/29 «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части 4 ГК РФ»;

Постановление № 28-П – Постановление Конституционного Суда РФ от 13 декабря 2016 г. № 28-П «По делу о проверке конституционности подп. 1 ст. 1301, подп. 1 ст. 1311 и подп. 1 п. 4 ст. 1515 Гражданского кодекса РФ в связи с запросами Арбитражного суда Алтайского края»;

Постановление № 10 – Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23 апреля 2019 г. № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса РФ»;

СИП – Суд по интеллектуальным правам;
СКЭС – Судебная коллегия по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации.

Раздел I. Законодательство РФ по вопросу взыскания компенсации

1.1. Общие положения²

Компенсация как особая мера ответственности за нарушение исключительных прав была известна российскому законодательству до принятия части четвертой ГК: она предусматривалась с 1992 г. Законом о программах для ЭВМ, с 1993 г. – Законом об авторском праве, с 2002 г. – Законом о товарных знаках, а с 2008 г. ей посвящен п. 3 ст. 1252 ГК.

Практика показала, что эта мера стала одной из наиболее востребованных среди способов защиты исключительных прав. Компенсация является эффективным и простым механизмом защиты, в связи с чем в ходе недавней реформы ГК законодатель расширил возможности ее использования при нарушении исключительных прав.

В редакции части 4 ГК, действовавшей до 01 января 2015 г., возможность взыскания компенсации правообладателем была предусмотрена в случаях нарушения исключительного права на такие результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации, как произведения науки, литературы и искусства (ст. 1301 ГК), объекты смежных прав (ст. 1311 ГК), товарные знаки (ст. 1515 ГК), наименования места происхождения товара (ст. 1537 ГК).

В редакции, введенной в действие Федеральным законом от 12 марта 2014 г. № 35-ФЗ, ответственность в виде взыскания компенсации установлена также за нарушение исключительного права на изобретение, полезную модель или промышленный образец (ст. 1406.1 ГК).

Компенсация может применяться наряду с иными общими или специальными мерами защиты. Исключением является взыскание убытков: как следует из абз. 1 п. 3 ст. 1252 ГК, компенсация может быть альтернативой взысканию убытков, но одновременное заявление требований и о взы-

скании убытков, и о взыскании компенсации не допускается.

Условием применения данной меры ответственности является противоправность поведения; при этом компенсация может быть взыскана независимо от наличия убытков. Поэтому правообладателю нет необходимости доказывать их причинение и размер – ему достаточно доказать факт нарушения своего исключительного права. Однако размер причиненных убытков может иметь значение в качестве подлежащего учету обстоятельства дела при определении судом размера компенсации. В зависимости от конкретных обстоятельств, назначенная судом сумма компенсации в ряде случаев потенциально может превысить действительно причиненные правообладателю убытки.

Компенсация за нарушение исключительного права, предусмотренная п. 3 ст. 1252 ГК, в силу прямого указания Кодекса применяется также в случаях нарушения запретов:

на устранение без разрешения правообладателя технических средств защиты авторских или смежных прав (п. 3 ст. 1299, ст. 1309 ГК);

изготовление, распространение, сдачу в прокат, предоставление во временное безвозмездное пользование, импорт, рекламу любой технологии, любого технического устройства или их компонентов, использование таких технических средств в целях получения прибыли либо оказание соответствующих услуг, если в результате таких действий становится невозможным использование технических средств защиты авторских или смежных прав либо эти технические средства не смогут обеспечить надлежащую защиту указанных прав (п. 3 ст. 1299, ст. 1309 ГК);

удаление или изменение без разрешения правообладателя информации об авторском праве или о смежных правах (п. 3 ст. 1300, 1310 ГК);

воспроизведение, распространение, импорт в целях распространения, публичное исполнение, сообщение в эфир или по кабелю, доведение до всеобщего сведения произведений или объектов смежных прав, в отношении которых без разрешения автора или иного правообладателя была

² Подробный научный комментарий к указанным в данном разделе нормам о компенсации см.: Комментарий к ч. 4 ГК РФ (постатейный) / Отв. ред. Е.А. Павлова. М.: ИЦЧП им. С.С. Алексеева при Президенте РФ, 2018. 928 с.

удалена или изменена информация об авторском праве или о смежных правах (п. 3 ст. 1300, 1310 ГК).

В соответствии с правовой позицией КС РФ, изложенной в п. 2 Постановления № 28-П, положения подп. 1 ст. 1301, подп. 1 ст. 1311 и подп. 1 п. 4 ст. 1515 ГК признаны не соответствующими Конституции Российской Федерации, ее ст. 17 (ч. 3), 19 (ч. 1 и 2), 34 (ч. 1) и 55 (ч. 3) в той мере, в какой в системной связи с п. 3 ст. 1252 ГК и другими его положениями они не позволяют суду при определении размера компенсации, подлежащей выплате правообладателю в случае нарушения индивидуальным предпринимателем при осуществлении им предпринимательской деятельности одним действием прав на несколько объектов интеллектуальной собственности, определить с учетом фактических обстоятельств конкретного дела общий размер компенсации ниже минимального предела, установленного данными законоположениями, если размер подлежащей выплате компенсации, исчисленной по установленным данными законоположениями правилам с учетом возможности ее снижения, многократно превышает размер причиненных правообладателю убытков (при условии, что эти убытки поддаются исчислению с разумной степенью достоверности, а их превышение должно быть доказано ответчиком) и если при этом обстоятельства конкретного дела свидетельствуют, в частности, о том, что правонарушение совершено индивидуальным предпринимателем впервые и что использование объектов интеллектуальной собственности, права на которые принадлежат другим лицам, с нарушением этих прав не являлось существенной частью его предпринимательской деятельности и не носило грубый характер.

В пункте 21 Обзора практики № 3 от 12 июля 2017 г. суд дополнительно указал, что исходя из основных начал гражданского законодательства, а именно признания равенства участников регулируемых им отношений (ст. 1 ГК), определение с учетом фактических обстоятельств конкретного дела общего размера компенсации ниже минимального предела, установленного данными законоположениями, допустимо не только в отношении индивидуальных предпринимателей и физических лиц, но и в отношении юридических лиц.

В связи с принятием Постановления № 10 было признано не подлежащим применению По-

становление № 5/29, что также оказало существенное влияние на судебную практику. Постановление № 10 содержит подробное описание подхода, который должен быть использован судами при определении размера подлежащей взысканию с нарушителя компенсации.

В пункте 59 Постановления № 10 отмечено, что компенсация подлежит взысканию при доказанности факта нарушения, при этом правообладатель не обязан доказывать факт несения убытков и их размер. Суд по своей инициативе не вправе изменять способ расчета суммы компенсации (на это ранее указывалось также в п. 35 Обзора судебной практики по делам, связанным с разрешением споров о защите интеллектуальных прав, утвержденного Президиумом ВС РФ 23 сентября 2015 г., хотя встречается судебная практика, свидетельствующая о том, что суды изменяют способ расчета компенсации, в том числе для целей снижения ее размера (см., например: Постановление СИП от 04 декабря 2019 г. № С01-916/2019 по делу № А13-11517/2018, Постановление СИП от 21 декабря 2017 г. № С01-1234/2016 по делу № А40-14089/2016)).

При этом, заявляя требование о взыскании компенсации в размере от десяти тысяч до пяти миллионов рублей, истец должен представить обоснование размера взыскиваемой суммы, подтверждающее, по его мнению, соразмерность требуемой им суммы компенсации допущенному нарушению, за исключением требования о взыскании компенсации в минимальном размере.

Заявляя требование о взыскании компенсации в двукратном размере стоимости права использования результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации либо в двукратном размере стоимости контрафактных экземпляров (товаров), истец должен представить расчет и обоснование взыскиваемой суммы, а также документы, подтверждающие стоимость права использования либо количество экземпляров (товаров) и их цену (п. 61 Постановления № 10).

В отношении требования о взыскании компенсации в размере от 10 000 до 5 000 000 рублей суд специально указал на факторы, которые могут оказать влияние на размер компенсации, определенный судом: обстоятельства, связанные с объектом нарушенных прав (например, его известность

публике), характер допущенного нарушения (в частности, размещен ли товарный знак на товаре самим правообладателем или третьими лицами без его согласия, осуществлено ли воспроизведение экземпляра самим правообладателем или третьими лицами и т. п.), срок незаконного использования результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации, наличие и степень вины нарушителя (в том числе носило ли нарушение грубый характер, допускалось ли оно неоднократно), вероятные имущественные потери правообладателя, являлось ли использование результатов интеллектуальной деятельности или средств индивидуализации, права на которые принадлежат другим лицам, существенной частью хозяйственной деятельности нарушителя, и принимает решение исходя из принципов разумности и справедливости, а также соразмерности компенсации последствиям нарушения (п. 62 Постановления № 10).

Постановление № 10 содержит также описание механизма расчета компенсации для тех случаев, когда были нарушены права на несколько результатов интеллектуальной деятельности или средств индивидуализации, порядок распределения ответственности между лицами, совместно нарушившими исключительное право, и предъявления регрессного требования (в том числе для случаев, когда с лица при отсутствии его вины взысканы убытки или компенсация).

Указанные выше Постановление № 28-П и Постановление № 10 оказали значительное влияние на сформировавшуюся ранее судебную практику взыскания компенсации. Наиболее существенные тенденции и изменения будут отмечены в настоящем обзоре.

1.2. Авторское право и смежные права

Статья 1301 ГК в развитие положений п. 3 ст. 1252 ГК устанавливает возможность взыскания компенсации вместо убытков с лица, нарушившего исключительное право на производство литературы, науки или искусства.

В пункте 47 Обзора судебной практики ВС РФ от 23 сентября 2015 г. отмечено, что взыскание компенсации является альтернативой взысканию

убытков в случае, когда доказывание их конкретного размера не представляется возможным.

В большинстве случаев при нарушении исключительного права на производство затруднительно или невозможно определить точный размер убытков, причиненных нарушением.

Для упрощения возмещения имущественных потерь правообладателя в условиях, когда их точный размер, а в некоторых случаях – даже факт несения убытков (например, когда контрафактные экземпляры распространяются на территории, где правообладатель их не распространяет) неопределим, законом допущена возможность заявления требования о взыскании компенсации.

Статья 1301 ГК предусматривает три возможных варианта расчета компенсации:

1) в размере от 10 000 до 5 000 000 рублей, определяемом по усмотрению суда исходя из характера нарушения;

2) двукратном размере стоимости контрафактных экземпляров произведения;

3) двукратном размере стоимости права использования произведения, определяемой исходя из цены, которая при сравнимых обстоятельствах обычно взимается за правомерное использование произведения тем способом, который использовал нарушитель.

Данные варианты расчета компенсации выступают в качестве альтернативных; выбор осуществляется правообладателем при обращении в суд (на это обращено внимание в п. 35 Обзора судебной практики ВС РФ от 23 сентября 2015 г., правда применительно к ст. 1515 ГК)³.

В статье 1311 ГК предусмотрена ответственность за нарушение исключительного права на объект смежного права. В случаях нарушения исключительного права на объект смежных прав обладатель исключительного права наряду с использованием других применимых способов защиты и мер ответственности, вправе требовать по своему выбору от нарушителя вместо возмещения убытков выплаты компенсации:

1) в размере от 10 000 рублей до 5 000 000 рублей, определяемом по усмотрению суда исходя из характера нарушения;

³ Комментарий к ч. 4 ГК РФ (постатейный) / Отв. ред. Е.А. Павлова. – М.: ИЦЧП им. С.С. Алексеева при Президенте РФ, 2018. С. 335.

2) двукратном размере стоимости контрафактных экземпляров фонограммы;

3) двукратном размере стоимости права использования объекта смежных прав, определяемой исходя из цены, которая при сравнимых обстоятельствах обычно взимается за правомерное использование такого объекта тем способом, который использовал нарушитель.

1.3. Товарные знаки и наименования мест происхождения товаров

Аналогично ст. 1301 ГК сформулирован п. 4 ст. 1515 ГК, устанавливающий возможность взыскания компенсации вместо убытков с лица, нарушившего исключительное право на товарный знак: правообладатель вправе требовать по своему выбору от нарушителя вместо возмещения убытков выплаты компенсации:

1) в размере от 10 000 до 5 000 000 рублей, определяемом по усмотрению суда исходя из характера нарушения;

2) двукратном размере стоимости товаров, на которых незаконно размещен товарный знак, или

3) двукратном размере стоимости права использования товарного знака, определяемой исходя из цены, которая при сравнимых обстоятельствах обычно взимается за правомерное использование товарного знака.

Если защищаемые товарные знаки фактически являются группой (серией) знаков одного правообладателя, зависимых друг от друга, связанных между собой наличием одного и того же доминирующего словесного или изобразительного элемента, имеющих фонетическое и семантическое сходство, а также несущественные графические отличия, не изменяющие сущность товарных знаков, то нарушение прав на несколько таких товарных знаков представляет собой одно нарушение (п. 33 Обзора судебной практики по делам, связанным с разрешением споров о защите интеллектуальных прав, утвержденного Президиумом Верховного Суда РФ 23 сентября 2015 г.).

В пункте 68 Постановления №10 уточняется, что «в отношении товарных знаков следует учитывать, что если защищаемые права на товарные знаки фактически устанавливают охрану одного и того же обозначения в разных вариантах, имеют графические отличия, не изменяющие сущест-

во товарного знака, и вне зависимости от варианта воспроизведения обозначения в глазах потребителей воспринимаются как одно обозначение, которое сохраняет свою узнаваемость, то одновременное нарушение прав на несколько таких товарных знаков представляет собой одно нарушение, если оно охватывается единством намерений правонарушителя». Таким образом, вместо группы (серии) товарных знаков упоминаются «несколько» товарных знаков, что подразумевает, что таких знаков может быть два или больше.

Конституционно-правовой смысл подп. 1 п. 4 ст. 1515 ГК был выявлен в Постановлении КС РФ от 13 февраля 2018 г. № 8-П «По делу о проверке конституционности положений пункта 4 статьи 1252, статьи 1487 и пунктов 1, 2 и 4 статьи 1515 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобой общества с ограниченной ответственностью «ПАГ»»: положения п. 4 ст. 1515 в целях охраны исключительного права на товарный знак создают для правообладателя преимущества, освобождающие его от бремени доказывания размера причиненного ущерба и наличия вины нарушителя. Вместе с тем это не освобождает суд, применяющий в конкретном деле нормы, которые ставят одну сторону (правообладателя) при защите своих прав в более выгодное положение, а в отношении другой предусматривают возможность неблагоприятных последствий, от обязанности руководствоваться в рамках предоставленной ему дискреции правовыми критериями баланса конкурирующих интересов сторон и соразмерности назначаемой меры ответственности правонарушающему деянию. Иное не согласовывалось бы ни с конституционными принципами справедливости и соразмерности, ни с общими началами частного права. Очевидна и разница в степени угрозы для законного оборота и общественной опасности использования потребителями товаров, контрафактных в силу поддельного происхождения, а также товаров, признаваемых таковыми исключительно в силу их ввоза в страну неуполномоченным импортером.

Поскольку подпункт 1 п. 4 ст. 1515 ГК прямо предписывает суду определять размер компенсации, на выплату которой вправе рассчитывать обладатель исключительного права на товарный знак, по собственному усмотрению исходя из

характера правонарушения, предполагается, что ее конкретный размер должен устанавливаться с учетом того, что при параллельном импорте понесенные правообладателем убытки, по общему правилу, не столь велики, как при ввозе поддельных товаров, маркированных принадлежащим ему товарным знаком.

Пункт 2 ст. 1537 ГК предусматривает возможность взыскания компенсации за нарушение права на наименование места происхождения товаров: правообладатель вправе требовать по своему выбору от нарушителя вместо возмещения убытков выплаты компенсации:

1) в размере от 10 000 до 5 000 000 рублей, определяемом по усмотрению суда исходя из характера нарушения;

2) двукратном размере стоимости контрафактных товаров, на которых незаконно размещено наименование места происхождения товара.

Таким образом, в этом случае допускается только два варианта расчета суммы компенсации, что объясняется отсутствием возможности заключения лицензионного договора о предоставлении права использования наименования места происхождения товара, что прямо вытекает из запрета осуществлять распоряжение соответствующим исключительным правом (п. 4 ст. 1519 ГК).

1.4. Патентное право

В патентном праве компенсация появилась с 01 января 2015 г. в ст. 1406.1 ГК (ч. 3 ст. 7 Федерального закона от 12 марта 2014 г. № 35-ФЗ). Ранее правообладатель мог требовать от нарушителя лишь возмещения убытков.

В силу ч. 7 ст. 7 Федерального закона от 12 марта 2014 г. № 35-ФЗ введенные этим законом положения ГК применяются к правоотношениям, возникшим после дня вступления в силу этого закона.

Таким образом, меры ответственности за нарушение прав на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации применяются исходя из законодательства, действовавшего на момент совершения нарушения. Следовательно, если нарушение исключительного права на изобретение, полезную модель или промышленный образец допущено до 01 января 2015 г., то лицу, нарушившему право, не могут быть приме-

нены меры ответственности, предусмотренные ст. 1406.1 ГК.

Статья 1406.1 ГК в целом текстуально повторяет положения ст. 1301 ГК с одним отличием: она допускает лишь два варианта расчета суммы компенсации, не позволяя исчисления суммы компенсации в двукратном размере стоимости товаров, в которых использовано соответствующее изобретение, полезная модель или промышленный образец.

Следует отметить, что в тексте проекта Федерального закона № 47538-6 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса РФ, а также в отдельные законодательные акты РФ», внесенного в Государственную Думу Федерального Собрания РФ (на основе которого был принят Федеральный закон от 12 марта 2014 г. № 35-ФЗ), были предусмотрены все три варианта расчета суммы компенсации, в том числе исходя из двукратной стоимости товаров.

Однако данный способ расчета суммы компенсации с учетом поступивших на законопроект замечаний был исключен при принятии окончательной редакции закона. Причина этого носила экономический характер: сумма компенсации – это учтенная законодателем предполагаемая величина имущественных потерь правообладателя от допущенного нарушения. По мнению законодателя, стоимость товаров, в которых использованы соответствующее изобретение, полезная модель или промышленный образец, не может быть соразмерной имущественным потерям правообладателя.

Раздел II. Обзор судебной практики по вопросу взыскания компенсации за нарушение исключительного права

2.1. Взыскание компенсации за нарушение исключительного права на объекты авторских и смежных прав

2.1.1. Наиболее часто применяемый на практике способ расчета компенсации (в виде твердой суммы, в двукратном размере стоимости экземпляров или двукратном размере стоимости права использования)

Для расчета компенсации в двукратном размере стоимости контрафактных экземпляров или

права использования объекта интеллектуальных прав необходимы сведения, соответственно, о количестве контрафактных экземпляров или стоимости права использования объекта интеллектуальных прав. Правообладатель может не располагать сведениями о количестве контрафактных экземпляров и/или мог никогда прежде не иметь успешного опыта коммерциализации (в том числе заключения лицензионных договоров, предметом которых является предоставление права использования соответствующего результата интеллектуальной деятельности). Необходимо указание на возможность правообладателя истребовать необходимые доказательства в случае невозможности их представления у ответчика или третьих лиц в судебном порядке (п. 61 Постановления № 10). Использование данных бухгалтерского учета, сформированных на основании оценки специализированной организацией или самостоятельной оценки правообладателем соответствующего нематериального актива также не всегда возможно, поскольку указанная денежная оценка может не совпадать с рыночной стоимостью прав на соответствующий результат интеллектуальной деятельности.

Вероятно, этими причинами объясняется преобладающее использование правообладателями и судами способа расчета компенсации, основанного на твердой денежной сумме: по данным на 26 декабря 2019 г. в сфере авторского права ссыла на подп. 1 ст. 1301 ГК (компенсация в размере от 10 000 рублей до 5 000 000 рублей, определяемом по усмотрению суда исходя из характера нарушения) встречается в 704 (1468) судебных актах; на подп. 2 ст. 1301 ГК (компенсация в двукратном размере стоимости контрафактных экземпляров произведения) – в 431 (530) судебных актах; на подп. 3 ст. 1301 ГК (компенсация в двукратном размере стоимости права использования произведения, определяемой исходя из цены, которая при сравнимых обстоятельствах обычно взимается за правомерное использование произведения тем способом, который

использовал нарушитель) – в 114 (261) судебных актах⁴.

В сфере судебных споров по делам о нарушении исключительного права на объект смежных прав ссыла на подп. 1 ст. 1311 ГК (компенсация в размере от 10 000 рублей до 5 000 000 рублей, определяемом по усмотрению суда исходя из характера нарушения) встречается в 520 (631) судебных актах; на подп. 2 ст. 1311 ГК (компенсация в двукратном размере стоимости контрафактных экземпляров фонограммы) – в 356 (359) судебных актах; на подп. 3 ст. 1311 ГК (компенсация в двукратном размере стоимости права использования объекта смежных прав, определяемой исходя из цены, которая при сравнимых обстоятельствах обычно взимается за правомерное использование такого объекта тем способом, который использовал нарушитель) – в 26 (35) судебных актах (по состоянию на 30 декабря 2019 г.)⁵.

Расчет компенсации в виде двукратного размера стоимости права использования объекта интеллектуальных прав используется, как правило, при наличии заключенного лицензионного договора на тот же или аналогичный объект интеллектуальных прав (см. например: Апелляционное определение Верховного суда Республики Мордовия от 14 февраля 2018 г. по делу № 33-279/2018; Постановление СИП от 25 октября 2018 г. № C01-665/2017 по делу № А43-7247/2016). При этом встречаются примеры, когда истец самостоятельно принимал решение об изменении способа расчета компенсации в пользу подп. 3 ст. 1301 ГК (Постановление СИП от 04 декабря 2019 г. № C01-916/2019 по делу № А13-11517/2018).

Расчет компенсации в виде двукратного размера стоимости контрафактных экземпляров, исходя из текущего состояния практики, используется в тех случаях, когда обстоятельства позволяют с достоверностью установить количество контрафактных экземпляров. Например, в Постановлении СИП от 25 октября 2019 г. № C01-800/2018 по делу № А56-27644/2018 в качестве обоснования суммы запрошенной компенсации истец ссылался

⁴ По данным СПС ГАРАНТ, значения в скобках получены добавлением числа документов из базы «Архив судебных решений». Здесь и далее количество судебных актов указано за весь период действия соответствующей нормы ГК до даты, указанной в тексте обзора.

⁵ Там же.

на протокол осмотра места происшествия, которым было определено количество изъятой сувенирной продукции с изображением спорной скульптуры и ее общая цена. Суд, оценив данное доказательство, установил, что в протоколе осмотра места происшествия отсутствует информация о цене некоторых сувенирных изделий, в связи с чем, пришел к выводу о взыскании компенсации в части. При этом суд отдельно отметил, что при заявлении к взысканию компенсации, рассчитанной исходя из двукратной стоимости товаров, закон не устанавливает право суда по самостоятельному определению суммы компенсации, а дает в исключительных обстоятельствах право на ее снижение по сравнению с рассчитанной, по установленным законом правилам.

В Постановлении СИП от 22 июля 2019 г. № С01-388/2018 по делу № А40-137145/2017 суд признал правильным расчет компенсации, основанный на представленном истцом скриншоте страницы интернет-сайта ответчика с предложением на покупку контрафактных экземпляров и информации об общем количестве проданных ответчиком экземпляров.

В практике встречаются случаи использования различных способов расчета компенсации в рамках одного дела в отношении различных способов нарушения исключительного права правообладателя. Так в Постановлении СИП от 27 ноября 2019 г. № С01-743/2019 по делу № А40-182072/2017 истец заявлял требование о взыскании компенсации по подп. 3 ст. 1301 ГК за нарушение исключительного права на спорное произведение путем предложения к продаже и рекламы контрафактных товаров на сайте в сети Интернет и по подп. 2 ст. 1301 ГК за продажу этих товаров в магазине (розницу).

2.1.2. Случаи взыскания судом компенсации в размере, запрашиваемом в исковом заявлении

Запрашиваемая в исковом заявлении сумма взыскивается (исковые требования удовлетворяются в полном объеме) примерно в 25% случаев, при этом суд обращает внимание в том числе на следующие обстоятельства.

1. Самостоятельное уменьшение истцом размера исковых требований

Например, в Постановлении СИП от 02 декабря 2019 г. № С01-1190/2019 по делу № А12-

10757/2019 при рассмотрении спора по существу с учетом заявленных ответчиком в отзыве доводов и представленных доказательств истец заявил ходатайство об уменьшении размера исковых требований до 25 000 руб. компенсации, исходя из расчета по 5 000 руб. компенсации за каждое из пяти нарушений исключительных прав. В Постановлении СИП от 11 ноября 2019 г. № С01-1120/2019 по делу № А40-57804/2019 суд согласился с расчетом истца, произведенным в соответствии со стоимостью права использования произведения по лицензионному договору, согласно которому стоимость права использования составляет 2 600 000 рублей, а размер компенсации составил 5 200 000 (2 600 000 x 2), однако принимая во внимание характер нарушения, с учетом принципов разумности, истец обратился в суд с требованием о взыскании компенсации в меньшем размере – 5 000 000 рублей.

Самостоятельное снижение истцом размера компенсации встречается также в случае расчета компенсации, исходя из стоимости права использования на основании заключенных истцом лицензионных договоров (Постановление СИП от 21 мая 2018 г. № С01-300/2018 по делу № А43-19887/2017).

См. также: Постановление СИП от 06 августа 2019 г. № С01-617/2017 по делу № А60-46975/2016, Постановление СИП от 14 июня 2019 г. № С01-842/2018 по делу № А12-29731/2017.

2. Длительность, масштаб нарушения, направленность на извлечение прибыли (в том числе предпринимательская деятельность)

В Постановлении СИП от 21 марта 2019 г. № С01-1185/2018 по делу № А40-197258/2017 суд согласился с заявленными требованиями истца, принимая во внимание длительность нарушения исключительных прав (в период с декабря 2016 г. по сентябрь 2017 г.), масштаб тиражирования произведений (реализация на всей территории России), использование произведений для целей извлечения прибыли. В Постановлении СИП от 14 февраля 2019 г. № С01-1201/2018 по делу № А32-39095/2017 суд обратил внимание на коммерческий характер деятельности ответчика. В Постановлении СИП от 07 февраля 2019 г. № С01-1218/2018 по делу № А41-39590/2018 суд, удовлетворяя заявленные требования в полном объеме,

учитывал характер допущенного нарушения, срок незаконного использования результата интеллектуальной деятельности, количество допущенных нарушений, степень вины нарушителя, вероятные убытки правообладателя, исходя из принципов разумности и справедливости, соразмерности компенсации последствиям нарушения, а также то, что при рассмотрении спора ответчиком о снижении предъявленной ко взысканию суммы компенсации не заявлялось.

См. также: Постановление СИП от 25 марта 2019 г. № С01-102/2019 по делу № А68-3943/2018, Постановление СИП от 28 февраля 2019 г. № С01-42/2019 по делу № А40-212825/2017.

3. Расчет истцом компенсации, исходя из минимального размера

В Постановлении СИП от 28 июня 2018 г. № С01-408/2018 по делу № А12-29728/2017 суд согласился с заявленной к взысканию компенсацией, рассчитанной из размера ниже низшего предела, установленного подп. 1 ст. 1301 ГК, а именно: 5 000 рублей за один объект исключительных смежных прав. Оснований для большего снижения размера компенсации судами не усмотрено. В Постановлении СИП от 18 апреля 2019 г. № С01-223/2019 по делу № А65-17771/2018 суд исходил из доказанности материалами дела нарушения ответчиком исключительных прав истца, характера нарушения, отсутствия мотивированного возражения ответчика относительно заявленной истцом суммы компенсации, а также из того, что истцом заявлены требования о взыскании минимального размера компенсации.

См. также: Постановление СИП от 06 февраля 2019 г. № С01-1209/2018 по делу № А09-1537/2018, Постановление Двенадцатого ААС от 29 октября 2015 г. № 12АП-8925/2015 по делу № А12-45458/2014, Постановление СИП от 03 октября 2017 г. № С01-663/2017 по делу № А08-3390/2016.

4. Ответчик не представлял мотивированное заявление о снижении размера компенсации (в том числе в совокупности с расчетом компенсации, исходя из минимального размера)

В Постановлении Третьего ААС от 20 августа 2018 г. по делу № А33-8695/2018 суд, удовлетворяя требования в полном объеме, указал, что истцом выбран способ определения компенсации из расчета от 10 000 рублей до 5 000 000 рублей за каждый случай нарушения исключительного права,

следовательно, снижение размера компенсации ниже 10 000 рублей было возможно только при наличии мотивированного заявления предпринимателя, подтвержденного соответствующими доказательствами. Ходатайство о снижении размера компенсации ответчик не заявлял и не представлял каких-либо доказательств, обосновывающих наличие совокупности обстоятельств, прямо предусмотренных Постановлением № 28-П.

См. также: Постановление Первого ААС от 23 октября 2019 г. № 01АП-4397/2019 по делу № А79-14856/2018, Постановление Первого ААС от 24 сентября 2019 г. № 01АП-6014/2019 по делу № А79-3259/2019, Постановление Первого ААС от 08 июля 2019 г. № 01АП-4262/2019 по делу № А43-51425/2018, Постановление Восьмого ААС от 01 апреля 2019 г. № 08АП-2305/2019 по делу № А46-15291/2018.

1) Непринятие ответчиком мер по досудебному урегулированию спора;

В Постановлении Пятнадцатого ААС от 15 сентября 2016 г. № 15АП-13869/2016 по делу № А32-13601/2016 суд принял во внимание масштаб проводимого мероприятия, непринятие ответчиками мер по досудебному урегулированию спора, выразившееся в отказе от содержащегося в уведомлении о нарушении исключительных авторских прав предложения истца, обратиться с предложением о заключении соглашения о выплате компенсации за бездоговорное использование произведений. В Апелляционном определении Мосгорсуда от 20 марта 2019 г. № 33-12066/2019 суд согласился с расчетом компенсации, принимая во внимание, среди прочего, непринятие мер к прекращению противоправной деятельности, связанной с незаконным использованием объектов авторского права, после получения уведомления от правообладателя.

2.1.3. Случаи снижения судом размера запрашиваемой компенсации и обстоятельства, учитываемые судом при уменьшении ее размера

Перечислим далее обстоятельства, которые учитывают суды при уменьшении размера компенсации.

1. *Размер компенсации превышает размер убытков*

В Постановлении СИП от 25 сентября 2019 г. № С01-534/2019 по делу № А13-9733/2018 суд пришел к выводу о значительном превышении размера

заявленной компенсации над размерами убытков, возникших у общества. В отсутствие иных доказательств соотношение между размером убытков и заявленной компенсацией определялось судом исходя из незначительной стоимости реализованного предпринимателем товара, при этом истцом документально не опровергнута возможность использования применительно к обстоятельствам конкретного дела такого соотношения, никаких оснований для применения иного соотношения не обосновывалось.

См. также: Постановление №28-П, Постановление СИП от 29 января 2018 г. № С01-1129/2017 по делу № А32-1221/2017, Постановление СИП от 10 декабря 2019 г. № С01-1216/2019 по делу № А47-15877/2018.2. Отсутствует грубый характер правонарушения и последствий

2. Отсутствие грубого характера правонарушения и последствий

В Постановлении Первого ААС от 09 октября 2019 г. № 01АП-6714/2019 по делу № А79-1974/2019 суд учитывал, что контрафактный товар продан в незначительном объеме и незначительной стоимости, нарушение исключительных прав истца не носило грубый характер, поскольку ответчику не было известно о контрафактном характере реализуемой им продукции; в настоящее время продажа контрафактных товаров ответчиком не осуществляется; истец не понес значительных убытков вследствие неправомερных действий ответчика. В Определении СКЭС ВС РФ от 18 января 2018 г. № 305-ЭС17-16920 по делу № А40-222928/2016 содержится указание на понимание судами однократности нарушения как свидетельства отсутствия грубого характера нарушения.

См. также: Постановление СИП от 01 февраля 2018 г. № С01-1109/2016 по делу № А08-477/2016, Постановление СИП от 24 июля 2018 г. № С01-471/2018 по делу № А72-10543/2017, Постановление Двадцатого ААС от 26 июня 2017 г. № 20АП-1954/2017 по делу № А68-8458/2016, Постановление СИП от 22 февраля 2019 г. № С01-17/2019 по делу № А69-820/2018.

3. Непродолжительность временного промежутка нарушения авторских прав

Например, в Определении Судебной коллегии по гражданским делам ВС РФ от 24 ноября 2015 г. по делу № 5-КГ15-162 суд при снижении размера компенсации принял во внимание «единомомен-

тный характер нарушения» (см. также Определение Судебной коллегии по гражданским делам ВС РФ от 22 сентября 2015 г. № 5-КГ15-99, Апелляционное определение Московского городского суда от 22 декабря 2015 г. по делу № 33-47201/2015).

4. Открытость и доступность объектов исключительных прав

В Апелляционном определении Мосгорсуда от 08 апреля 2016 г. по делу № 33-12346/2016 суд снизил компенсацию исходя из того, что объекты авторского права были размещены в сети Интернет (в личном блоге истца в открытом доступе) до того, как ответчик использовал их без разрешения правообладателя.

5. Материальное положение ответчика

В судебных актах встречается утверждение, что само по себе наличие иждивенцев не является основанием для снижения размера компенсации. Например, в Постановлении СИП от 17 ноября 2017 г. № С01-800/2017 по делу № А39-3447/2016 суд указал, что документальное подтверждение обстоятельств наличия у ответчика несовершеннолетних детей и кредитных договоров (обязательств) само по себе, безотносительно сведений о доходах ответчика, не может однозначно свидетельствовать о тяжелом материальном положении последнего. При этом в Постановлении СИП от 19 ноября 2018 г. № С01-779/2018 по делу № Ф84-4984/2017 суд принял во внимание отсутствие собственного жилья, нахождение на иждивении несовершеннолетнего ребенка, наличие заболевания, требующего дорогостоящего обследования и лечения, а также незначительную стоимость спорного товара.

6. Совершение правонарушения впервые

В Определении Приморского краевого суда от 10 августа 2015 г. по делу № 33-6810/2015, Апелляционном определении Санкт-Петербургского городского суда от 13 февраля 2019 г. № 33-3608/2019 по делу № 2-4799/2018, Постановлении четырнадцатого ААС от 27 ноября 2019 г. № 14АП-9796/2019 по делу № А44-2697/2019 суд учел, что «правонарушение совершено индивидуальным предпринимателем впервые».

В Постановлении СИП от 20 февраля 2019 г. № С01-1256/2018 по делу № А28-13626/2017 суд учитывал количество экземпляров незаконно используемых ответчиком программных продуктов,

двукратную стоимость соответствующих программ, указанную в представленном в материалы дела справочнике, а также что правонарушение совершено ответчиком впервые и использование программного обеспечения не является основным видом предпринимательской деятельности ответчика.

7. Особенности характера допущенного нарушения, принципов разумности и справедливости, срока незаконного использования результата интеллектуальной деятельности, степени вины нарушителя

См., например: Постановление СИП от 17 апреля 2019 г. № С01-119/2019 по делу № А40-210313/2017, Постановление СИП от 11 мая 2018 г. № С01-260/2018 по делу № А40-124997/2017, Постановление СИП от 21 мая 2018 г. № С01-300/2018 по делу № А43-19887/2017, Постановление СИП от 20 февраля 2019 г. № С01-22/2019 по делу № А02-343/2018.

8. Поведение истца

В Постановлении СИП от 17 июля 2019 г. № С01-479/2019 по делу № А13 10479/2018 судебная коллегия кассационной инстанции приняла во внимание то обстоятельство, что изначально истцом в суд было заявлено требование о взыскании с ответчика компенсации за нарушение исключительных авторских и смежных прав лишь в размере 50 000 рублей; при этом в ходе судебного разбирательства размер компенсации был уточнен истцом в сторону его увеличения до 7 040 000 рублей. Однако из данного заявления истца не усматриваются мотивы такого увеличения заявленных требований.

9. Немотивированность судебного снижения размера компенсации

Иногда Суд по интеллектуальным правам делает вывод, что размер компенсации был снижен нижестоящими судами немотивированно. Например, в Постановлении СИП от 14.12.2017 № С01-900/2017 по делу № А08-6253/2016 суд указал, что при рассмотрении дела в суде первой и апелляционной инстанций ответчик представил только отсылки на исковое заявление и апелляционную жалобу, в которых указывал на завышенный размер предъявленной к взысканию компенсации, а так-

же на наличие оснований для отказа в удовлетворении исковых требований. Таким образом, не было представлено необходимой совокупности доказательств, на основании которых возможно снижение компенсации ниже низшего предела, установленного законом; суды при разрешении спора произвольно определили размер компенсации, немотивированно снизили размер компенсации ниже минимального предела, установленного законом.

См. также: Постановление СИП от 12 декабря 2017 г. № С01-943/2017 по делу № А39-5506/2016; Постановление СИП от 17 ноября 2017 г. № С01-800/2017 по делу № А39-3447/2016.

2.1.4. Случаи вынесения судом решения о взыскании компенсации в минимальном размере

По данным на 26 декабря 2019 г. ссылаясь на подп. 1 ст. 1301 ГК (компенсация в размере от десяти тысяч рублей до пяти миллионов рублей, определяемом по усмотрению суда исходя из характера нарушения) встречается в 704 (1468) судебных актах; из них вопрос о снижении размера компенсации до минимального поднимался в 255 (666) судебных актах⁶.

Одно из наиболее подробных обоснований снижения размера взыскиваемой компенсации до минимального представлено в Апелляционном определении Нижегородского областного суда от 18 сентября 2018 г. № 33-11219/2018, которым за нарушение прав на 7 персонажей, являющихся одновременно товарными знаками, с ответчика взыскано 10 000 рублей, при исковом требовании взыскать 140 000 рублей. Суд указал, что довод об отсутствии оснований для снижения заявленной суммы компенсации противоречит правовой природе компенсации, взыскание которой носит восстановительный (компенсационный), а не штрафной характер, в связи с чем в каждом конкретном случае при определении ее размера в целях обеспечения сохранения баланса прав и законных интересов сторон и недопущения незаконного обогащения правообладателя с использованием института компенсации следует устанавливать, какой

⁶ Там же.

размер компенсации способен обеспечить восстановление прав компании. Заявляя ко взысканию компенсацию в сумме 140 000 рублей, истец не обосновал вероятный размер своих убытков и не сослался на иные обстоятельства, подтвержденные доказательствами и способные повлиять на размер взыскиваемой судом компенсации.

В Определении ВС РФ от 23 марта 2017 г. № 309-ЭС17-1455 по делу № А60-37443/2016 суд поддержал снижение размера взыскиваемой истцом компенсации до 10 000 руб., исходя из требований разумности и справедливости, характера допущенного нарушения, реализации ответчиком одной единицы товара в розничной торговле, однократности допущенного нарушения (сведения о повторности нарушений исключительных прав истцом не приведены, отсутствует тиражность, множественность нарушения), принадлежности исключительных прав на объекты интеллектуальной собственности одному правообладателю, а также нарушения этих прав одним действием ответчика.

Также встречается практика снижения судами компенсации ввиду «чрезмерности» заявленного требования (Постановление СИП от 06 февраля 2017 г. № С01-1246/2016 по делу № А50-29320/2015).

2.1.5. Случаи вынесения судом решения о взыскании компенсации в размере ниже минимального, предусмотренного Гражданским кодексом РФ, в соответствии с позицией, изложенной в п. 2 Постановления № 28-П и п. 21 Обзора практики № 3 от 12 июля 2017 г.?

Суды приняли в качестве основных критериев для снижения компенсации за нарушение исключительного права ниже низшего предела, предусмотренного законом, перечисленные в абз. 3 п. 3.2 Постановления № 28-П фактические обстоятельства для индивидуальных предпринимателей (а также для физических и юридических лиц (п. 21 Обзора практики № 3 от 12.07.2017)). Закон «обязывает суд определять размер подлежащей взысканию компенсации за нарушение соответствующих интеллектуальных прав в пределах, установленных данным Кодексом, в зависимости от характера нарушения и иных обстоятельств дела с учетом требований разумности и справедливости.

Тем самым суд, следуя данному указанию и исходя из общих начал гражданского законодательства, не лишен возможности принять во внимание материальное положение ответчика – индивидуального предпринимателя, факт совершения им правонарушения впервые, степень разумности и добросовестности, проявленные им при совершении действия, квалифицируемого как правонарушение, и другие обстоятельства, например, наличие у него несовершеннолетних детей». Условиями снижения размера компенсации по мнению ВС РФ являются:

1) нарушение одним действием прав на несколько результатов интеллектуальной деятельности или средств индивидуализации;

2) размер компенсации многократно превышает размер причиненных правообладателю убытков, которые поддаются исчислению с разумной степенью достоверности, а их превышение должно быть доказано ответчиком;

3) обстоятельства конкретного дела свидетельствуют, в частности, о том, что правонарушение совершено впервые и что использование объектов интеллектуальной собственности, права на которые принадлежат другим лицам, с нарушением этих прав не являлось существенной частью его предпринимательской деятельности и не носило грубый характер (например, если продавцу не было заведомо известно о контрафактном характере реализуемой им продукции).

Компенсация была снижена с учетом указанных критериев и условий, например, в Постановлении СИП от 20 июля 2017 г. № С01-598/2017 по делу № А73-14967/2016, Постановлении СИП от 21 августа 2017 г. № С01-600/2017 по делу № А53-28397/2016, Постановлении СИП от 22 августа 2017 г. № С01-604/2017 по делу № А08-3407/2016, Постановлении СИП от 19 сентября 2017 г. № С01-753/2017 по делу № А08-3471/2016, Постановлении СИП от 20 сентября 2017 г. № С01-743/2017 по делу № А08-6109/2016, Апелляционном определении Мосгорсуда от 20 мая 2019 г. по делу № 33-18732/2019, Апелляционном определении Мосгорсуда от 22 мая 2019 г. по делу № 33-21698/2019.

Во взыскании компенсации в размере ниже низшего предела в соответствии с Постановлением № 28-П суды отказывают обычно в случае непредставления нарушителем обоснования необ-

ходимости применения судом данной меры (Постановление СИП от 03 октября 2017 г. № С01-663/2017 по делу № А08-3390/2016, Постановление СИП от 25 января 2018 г. № С01-581/2017 по делу № А60-32773/2016, Постановление СИП от 28 июня 2018 г. № С01-408/2018 по делу № А12-29728/2017 («снижение размера компенсации ниже низшего предела является экстраординарной мерой»)).

Из 372 (2026) актов по ст. 1301 ГК, содержащих ссылку на Постановление № 28-П (по состоянию на 23 января 2020 г.)⁷, в большинстве случаев суды в снижении компенсации до ниже низшего предела отказывают: размер компенсации был снижен (требования удовлетворены частично) примерно в 80 (366) судебных актах.

В Апелляционном определении Свердловского областного суда от 16 марта 2017 г. по делу № 33-3923/2017 суд указал, что Постановлением № 28-П, возможность снижения размера компенсации при нарушении прав на несколько объектов интеллектуальной собственности ниже минимального предела установлена в отношении компенсации, предусмотренной подп. 1 ст. 1301 ГК, тогда как в рассматриваемом деле истцами заявлены требования о взыскании компенсации в размере, определенном в соответствии с подп. 2 ст. 1301 ГК. Кроме того, снижение в целом допускается в случае нарушения прав на несколько объектов интеллектуальной собственности одним действием, и если размер взысканной компенсации многократно превышает размер причиненных правообладателю убытков, что по рассматривавшемуся делу места не имело.

В Постановлении СИП от 29 января 2018 г. № С01-1129/2017 по делу № А32-1221/2017 суд указал, что, «исходя из основных начал гражданского законодательства, а именно признания равенства участников регулируемых им отношений (ст. 1 ГК), учитывая правовую позицию, определенную в Постановлении № 28-П, в частности п. 3.1, 3.2 и 4, определение с учетом фактических обстоятельств конкретного дела общего размера компенсации ниже минимального предела, установленного данными законоположениями, может быть применено не только к индивидуаль-

ным предпринимателям и физическим лицам, но и юридическим лицам. Кроме того, учитывая системную связь п. 2 ст. 1301 ГК с п. 3 ст. 1252 ГК, аналогичный подход должен применяться как к размеру компенсации, определяемому по усмотрению суда, так и в двукратном размере стоимости контрафактных экземпляров произведений, или в двукратном размере стоимости права использования произведения, определяемой исходя из цены, которая при сравнимых обстоятельствах обычно взимается за правомерное использование товарного знака». Аналогичная позиция встречается в Постановлении СИП от 03 октября 2017 г. № С01-665/2017 по делу № А43-7247/2016, Постановление СИП от 28 апреля 2018 г. № С01-188/2018 по делу № А56-13978/2017.

В Постановлении № 10 (п. 62) суд подчеркнул, что при определении размера компенсации суд учитывает, в частности, обстоятельства, связанные с объектом нарушенных прав (например, его известность публично); характер допущенного нарушения (в частности, размещен ли товарный знак на товаре самим правообладателем или третьими лицами без его согласия, осуществлено ли воспроизведение экземпляра самим правообладателем или третьими лицами и т. п.); срок незаконного использования результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации; наличие и степень вины нарушителя (в том числе носило ли нарушение грубый характер, допускалось ли оно неоднократно); вероятные имущественные потери правообладателя; являлось ли использование результатов интеллектуальной деятельности или средств индивидуализации, права на которые принадлежат другим лицам, существенной частью хозяйственной деятельности нарушителя; – и принимает решение исходя из принципов разумности и справедливости, а также соразмерности компенсации последствиям нарушения.

ВС РФ также указал, что снижение размера компенсации возможно в случаях множественности нарушений, единого процесса использования объекта и лишь в случае, если ответчиком заявлено о необходимости применения соответствующего порядка снижения компенсации (Постанов-

⁷ Там же.

ление СИП от 23 октября 2019 г. № С01-1006/2019 по делу № А27-4405/2019, Постановление Седьмого ААС от 28 ноября 2019 г. № 07АП-10526/2019 по делу № А27-13088/2019: «Снижение размера компенсации ниже низшего предела, установленного законом, возможно только при множественности нарушений и лишь в случае, если ответчиком заявлено о необходимости применения соответствующего порядка снижения компенсации», но при этом ни подтвердил, ни опроверг позицию СИП о том, что допустимо снижение размера компенсации, рассчитываемой по п. 2, 3 ст. 1301 ГК РФ, ниже низшего предела, установленного законом.

В Постановлении СИП от 04 июля 2019 г. № С01-570/2019 по делу № А05-10211/2018 суд поддержал доводы заявителя кассационной жалобы о том, что судами необоснованно снижен размер компенсации ниже минимального предела: «После установления судом ... цены, которая при сравнимых обстоятельствах обычно взимается за правомерное использование произведения тем способом, который использовал нарушитель, указанная сумма в двукратном размере составляет размер компенсации за соответствующее нарушение, определяемый по правилам пп. 3 ст. 1301 ГК. Определенный таким образом размер является по смыслу пункта 3 статьи 1252 ГК одновременно и минимальным и максимальным размером компенсации, предусмотренным законом. При этом суду ... надлежит также определять, на что конкретно направлены доводы ответчика о снижении размера компенсации – на оспаривание доказываемой истцом цены, которая при сравнимых обстоятельствах обычно взимается за правомерное использование произведения тем способом, который использовал нарушитель, либо на установление обстоятельств, позволяющих снизить размер компенсации ниже установленного законом предела. Поскольку формула расчета размера компенсации, определяемого исходя из двукратной стоимости права использования произведения тем способом, который использовал нарушитель, императивно определена законом, доводы ответчика о несогласии с расчетом размера компенсации, представленным истцом, могут основываться на оспаривании заявленной истцом цены, которая при сравнимых обстоятельствах обычно взимается за правомерное использование товарного знака, и ... должны под-

тверждаться соответствующими доказательствами, обосновывающими такое несогласие».

2.1.6. Случаи взыскания судом компенсации в двукратном размере стоимости экземпляров, а также случаи отказа в удовлетворении такого требования

В определении Калужского областного суда от 16 августа 2012 г. по делу № 33-1782/2012 суд счел обоснованной компенсацию, рассчитанную в двукратном размере стоимости аналогов соответствующих программ для ЭВМ, определенной на основании заключения эксперта юридического агентства. В Апелляционном определении Мосгорсуда от 20 марта 2019 г. № 33-12066/2019 суд при расчете размера компенсации учитывал установленный приговором суда по уголовному делу размер ущерба правообладателя. Аналогичная позиция встречается в Апелляционном определении Мосгорсуда от 28 сентября 2017 г. по делу № 33-36886/2017 и Апелляционном определении Ставропольского краевого суда от 16 августа 2016 г. по делу № 33-6437/2016. Во втором случае суд в том числе отклонил просьбу заявителя снизить компенсацию за копирование контрафактных программ, принимая во внимание его материальное положение и состав семьи.

В Апелляционном определении Санкт-Петербургского городского суда от 16 июня 2015 г. № 33-8348/2015 по делу № 2-11040/2014 суд согласился с расчетом компенсации, основанным на стоимости экземпляров произведения по товарным накладным.

Апелляционным определением от 14 августа 2019 г. по делу № 33-31931/2019 Мосгорсуд поддержал решение первой инстанции о снижении компенсации, рассчитанной в порядке подп. 2 ст. 1301 ГК. Данное решение мотивировано характером допущенного нарушения, степенью вины ответчика, размером доходов, который ответчик получил от реализации произведений, а также соблюдением принципов разумности и справедливости, соразмерности компенсации последствиям нарушения исключительного права. При вынесении решения суд учел, что ответчик перед изданием книг предпринял все необходимые и возможные меры по поиску наследников автора для заключения договоров, а в действиях истца усматриваются при-

знаки злоупотребления правом, поскольку истцу было известно об издании двух книг, однако после их издания она не обратилась к издательству, а дождалась третьего издания с целью увеличения суммы компенсации, и при предъявлении претензии не имела намерения урегулировать возникший спор.

Схожую позицию Мосгорсуд высказал в Апелляционном определении от 24 сентября 2018 г. по делу № 33-41560/2018, снижая компенсацию на основании принципа соразмерности и принимая во внимание отказ правообладателя в рамках досудебного урегулирования спора заключить лицензионный договор с удвоенной ставкой авторского вознаграждения за бездоговорный выпуск тиража.

В Постановлении СИП от 27 марта 2018 г. № С01-1169/2017 по делу № А40-130255/2017 размер компенсации был снижен с учетом характера нарушения, степени вины нарушителя, недоказанности вероятных убытков правообладателем, а также требований разумности, справедливости и соразмерности компенсации последствиям нарушения. В Апелляционном определении Мосгорсуда от 28 марта 2018 г. по делу № 33-8480/2018 суд, определяя размер подлежащей взысканию с ответчика компенсации, учитывал характер допущенного правонарушения, степень вины ответчика, пропорции, приходящиеся на произведение истца в общем объеме книги, рекомендуемую издательством отпускную цену книги, предполагаемый размер доходов, который истец получил бы при обстоятельствах правомерного использования своего произведения, а также принципы разумности и справедливости, соразмерности компенсации последствиям нарушения исключительного права истца.

В Постановлении СИП от 17 октября 2019 г. № С01-1068/2019 по делу № А41-76048/2018 в удовлетворении требования истца отказано, поскольку истец не доказал наличие у него исключительного права на спорный архитектурный проект, а также совершение ответчиком противоправных действий, нарушающих исключительное право общества, и наличие оснований для взыскания компенсации за незаконное использование этого права.

Отказ в удовлетворении требования встречается в случае отсутствия доказательств совер-

шения ответчиком нарушения (Апелляционное определение Санкт-Петербургского городского суда от 16 июня 2015 г. № 33-8348/2015 по делу № 2-11040/2014).

Таким образом, суды снижают размер компенсации, в том числе рассчитанной по подп. 2 ст. 1301 ГК.

2.1.7. Случаи взыскания судом компенсации в двукратном размере стоимости права использования, способы расчета стоимости права использования, приведенные истцом. Случаи отказа судом в удовлетворении такого требования

Для подтверждения расчета и стоимости нарушенного права допускается представление данных о стоимости исключительного права, в том числе и из зарубежных источников. Организации по управлению правами в качестве одного из доказательств вправе привести ссылки на утвержденные ими ставки и тарифы в обоснование расчета взыскиваемой компенсации. Названные доказательства оцениваются судом по правилам об оценке доказательств и не имеют преимуществ перед другими доказательствами. Если правообладателем заявлено требование о выплате компенсации в двукратном размере стоимости права использования произведения, то определение размера компенсации осуществляется исходя из цены, которая при сравнимых обстоятельствах обычно взимается за правомерное их использование тем способом, который использовал нарушитель.

В Апелляционном определении Мосгорсуда от 12 сентября 2019 г. по делу № 33-40814/2019 ответчик, представив созданный истцами проект на Всероссийском молодежном образовательном форуме «Территория смыслов на Клязьме», получил грант в размере 100 000 рублей; суд согласился с расчетом размера компенсации и взыскал в пользу истцов компенсацию в двукратном размере суммы гранта.

В Апелляционном определении Московского городского суда от 18 октября 2018 г. по делу № 33-40548/2018 истцом запрошена компенсация за нарушение исключительного права на произведение в размере двукратной минимальной ставки авторского вознаграждения за некоторые виды использования произведений литературы и

искусства, утвержденной Постановлением Правительства РФ от 21 марта 1994 г. № 218 «О минимальных ставках авторского вознаграждения за некоторые виды использования произведений литературы и искусства»; компенсация взыскана на основе расчета с использованием указанной ставки, однако уменьшена исходя из фактического объема использования литературного произведения в инсценировке.

Решением Московского городского суда от 14 июня 2017 г. по делу № 3-246/2017 взыскана компенсация, рассчитанная из двукратного размера вознаграждений по договорам об отчуждении исключительных прав на статьи, неправомерно использованные нарушителем.

Постановлением СИП от 11 ноября 2019 г. № С01-1120/2019 по делу № А40-57804/2019 взыскана компенсация, рассчитанная в двукратном размере суммы вознаграждения за использование произведения изобразительного искусства.

Достаточно подробное обоснование размера присуждаемой компенсации представлено в Постановлении СИП от 04 декабря 2019 г. № С01-916/2019 по делу № А13-11517/2018: «Установленная судом на основании имеющихся в материалах дела доказательств и доводов лиц, участвующих в деле, стоимость, которая при сравнимых обстоятельствах обычно взимается за правомерное использование спорного объекта, в двукратном размере составляет компенсацию, подлежащую взысканию за соответствующее нарушение. Определение судом суммы компенсации в размере двукратной стоимости права в меньшем размере по сравнению с заявленным требованием не может рассматриваться как снижение размера компенсации, если суд определяет размер компенсации на основании установленной им стоимости права, которая оказалась меньше, чем заявлено истцом.

Так, представление лицензионного договора (либо иных договоров) не предполагает, что компенсация во всех случаях должна быть определена судом в двукратном размере цены указанного договора (стоимости права использования), поскольку за основу рассчитываемой компенсации должна быть принята цена, которая при сравнимых обстоятельствах обычно взимается за правомерное использование.

В случае если размер компенсации рассчитан истцом на основании лицензионного договора, суд соотносит условия указанного договора и обстоятельства допущенного нарушения: срок действия лицензионного договора; объем предоставленного права, способы использования права по договору и характер допущенного нарушения; перечень товаров и услуг, в отношении которых предоставлено право использования и в отношении которых допущено нарушение (применительно к товарным знакам); территория, на которой допускается использование (РФ, субъект РФ, населенный пункт); аффилированность между лицензиатом и лицензиатом; иные обстоятельства.

С учетом указанных обстоятельств суд может определить иную стоимость права использования объекта интеллектуальных прав тем способом и в том объеме, в котором его использовал нарушитель, а следовательно, и иной размер компенсации по сравнению с размером, заявленным истцом.

Само по себе отличие условий лицензионного договора (за исключением способа использования объекта интеллектуальных прав) и обстоятельств допущенного нарушения не является основанием для признания указанного договора недопустимым доказательством и для отказа в удовлетворении требования о взыскании компенсации».

В результате в данном деле размер компенсации был снижен с учетом однократности допущенного нарушения, кроме того, изготовление кондитерских изделий не является основным видом деятельности ответчика, а при реализации продукции в магазине продукция со спорными рисунками ответчиком не демонстрируется.

В Постановлении Восьмого ААС от 20 апреля 2017 г. № 08АП-1593/2017 по делу № А70-13589/2016 суд снизил размер компенсации исходя из того, что истец должен быть поставлен в имущественное положение, в котором мог находиться, если бы объект интеллектуальной собственности использовался правомерно: истец запрашивал компенсацию в размере 2% от общей суммы расходов на проведение мероприятия, которую суд снизил до 1% процента от общей суммы сметы расходов на проведение мероприятия (утвержденная истцом ставка). Также суд указал, что при соответствующем обосновании он не лишен возможности взыскать сумму компенсации

в меньшем размере по сравнению с заявленными требованиями и в том случае, когда таковая определена по п. 3 ст. 1311 ГК.

2.1.8. Случаи возникновения вопроса о применении ст. 10 Гражданского кодекса РФ в части принципа добросовестности и запрета на злоупотребление правом

Из 3579 (36895) судебных актов, в которых содержится ссылка на ст. 1301 ГК, упоминание ст. 10 ГК встречается в 223 (1475) актах (по состоянию на 30 декабря 2019 г.)⁸.

Как правило, при наличии обстоятельств, свидетельствующих о недобросовестном поведении или злоупотреблении правом со стороны правообладателя (отказ от заключения лицензионного договора, отказ от досудебного урегулирования спора, намеренное завышение суммы компенсации) суды полностью или частично отказывают в защите нарушенного права. См. Апелляционное определение Свердловского областного суда от 20 июня 2014 г. по делу № 33-7024/2014 (передача материального носителя с фотографиями без передачи прав на данные произведения), Апелляционное определение Московского городского суда от 16 июля 2019 г. № 33-30547/2019 (признание авторства на спорные фотографии фактически направлено на исключение их использования стороной для рекламы конкурирующего продукта, а не пресечение нарушения авторских прав на результат интеллектуальной деятельности, полученные творческим трудом), Постановление Двадцатого ААС от 20 августа 2014 г. по делу № А68-1500/2014 (истец, зная о том, что продажа поименованных товаров нарушает авторские права, и не требуя от продавца прекратить нарушение права, продолжал без какой-либо необходимости в течение не продолжительного времени приобретать указанные товары).

В Постановлении Десятого ААС от 18 марта 2014 г. по делу № А41-42356/13 приведено подробное обоснование злоупотребления истцом принадлежащим ему правом: суд установил факт продажи ответчиком 12 зонтов с изображением персонажей, права на которых принадлежат истцу,

по разовым сделкам купли-продажи. По каждому факту реализации ответчиком зонтов (200 рублей) в суд были поданы самостоятельные исковые заявления о взыскании компенсации в сумме 50 000 рублей (по каждому иску). При этом ответчик после совершения истцом первой покупки не был предупрежден последним о том, что ответчиком нарушаются исключительные права истца на использование изображений. В иске истец не требовал запретить ответчику использовать изображения персонажей.

Указанные обстоятельства, по мнению суда, в совокупности свидетельствуют о том, что обращение с иском направлено не на защиту исключительного права правообладателя на использование изображений персонажей, а на незаконное обогащение в сумме, значительно превышающей стоимость контрафактного товара (зонта), реализованного ответчиком, что свидетельствует о злоупотреблении истцом своими гражданскими правами на защиту исключительного права на использование изображений персонажей. Приняв во внимание небольшую стоимость реализованного товара, отсутствие у истца убытков в связи с допущенным ответчиком нарушением, оценив характер допущенного ответчиком нарушения, – с одной стороны, и с учетом установленного законодательного запрета на снижение размера компенсации ниже низшего предела – с другой; руководствуясь принципами разумности и справедливости, а также соразмерности компенсации последствиям нарушения ответчиком исключительного права истца на использование изображений, арбитражный апелляционный суд пришел к выводу о необходимости взыскания компенсации, исходя из минимального размера компенсации, предусмотренного законом, – 10 000 рублей.

Вместе с тем необходимо отметить, что ст. 10 ГК непосредственно применяется в довольно незначительном числе рассматриваемых судами дел. Ссылки сторон на ст. 10 ГК часто судом отклоняются. Например, в Постановлении СИП от 25 сентября 2018 г. № С01-747/2018 по делу № А28-4981/2017 ответчик полагал, что действия истца по установлению стоимости спорной программы в размере

⁸ Там же.

514 700 рублей, в то время как стоимость актуальной версии программы в спорный период составляла 950 рублей, следует расценивать как злоупотребление правом. Это должно было послужить судам первой и апелляционной инстанций основанием для отказа в иске на основании п. 2 ст. 10 ГК (данный довод был отклонен судом ввиду того, что для признания действий какого-либо лица злоупотреблением правом судом должно быть установлено, что умысел такого лица был направлен на заведомо недобросовестное осуществление прав, единственной его целью было причинение вреда другому лицу (отсутствие иных, добросовестных целей); злоупотребление правом должно носить достаточно очевидный характер, а вывод о нем не должен являться следствием предположений; само по себе предъявление истцом требований в защиту своих прав не может свидетельствовать о злоупотреблении правом с его стороны).

При этом суд не посчитал стоимость программы, определенную истцом, завышенной по сравнению с ценой, указанной ответчиком. Приняв во внимание отчет определения рыночной стоимости и экспертное заключение, суд указал, что цена использования программного продукта (514 700 рублей) формируется как совокупная стоимость составляющих спорный программный продукт версий программы и модулей.

При этом, реагируя на доводы ответчика относительно цены предоставления права использования спорного программного обеспечения, суд первой инстанции указал, что обобщенная информация о стоимости программного продукта, указанная на сайте истца, начиная с 2007 года, не является подтверждением указанной ответчиком цены (950 рублей), поскольку из представленных истцом сведений следует, что такая цена была актуальна только для подключения одного рабочего места в период действия предложения share ware (до 18 октября 2012 г.) при условии лицензирования пользователем хотя бы одного рабочего места и наличии у него не более одного работоспособного экземпляра программы. Однако, как отметил суд первой инстанции, ответчиком не было доказано, что спорные программы приобретены ответчиком легально в период действия соответствующей акции и соблюдено условие о лицензировании хотя бы одного рабочего места.

Применительно к взысканию компенсации за нарушение исключительного права закрепленные в ст. 10 ГК принципы реализуются преимущественно через оценку судами разумности и добросовестности нарушителя исключительного права, соразмерности компенсации последствиям нарушения.

2.1.9. Случаи отправления Верховным Судом РФ дел, связанных с взысканием компенсации, на пересмотр

Основные причины направления ВС РФ дел по взысканию компенсации за нарушение исключительных прав на новое рассмотрение следующие: 1) в нарушение принципов состязательности и равноправия сторон суды произвольно снижали компенсацию ниже минимального предела, установленного законом; или 2) снижали размер компенсации без соответствующего заявления ответчика.

Например, в соответствии с Определением СКЭС ВС РФ от 17 мая 2019 г. № 305-ЭС19-36 по делу № А41-39965/2018 дело было направлено на новое рассмотрение, так как судами в нарушение принципов равноправия и состязательности сторон по своей инициативе в отсутствие ходатайства ответчика снижен размер компенсации; кроме того, компенсация взыскана за нарушение исключительных прав в целом, без учета того, что истцом заявлено четыре самостоятельных требования. Аналогичный вывод содержится в Определении СКЭС ВС РФ от 17 мая 2019 г. № 305-ЭС19-35 по делу № А41-39912/2018, Определении СКЭС РФ от 13 ноября 2018 г. по делу № 305-ЭС18-14243, А41-72477/2017.

Согласно Определению СКЭС РФ от 17 мая 2019 г. № 305-ЭС18-25888 по делу № А41-36840/2018 дело направлено на новое рассмотрение, поскольку нижестоящий суд снизил размер компенсации в отсутствие соответствующего ходатайства ответчика, кроме того, суд не указал, в каком объеме удовлетворено каждое из отдельно заявленных требований, и не учел, что предприниматель ранее привлекался к ответственности за аналогичные нарушения. Такая же позиция представлена в Определении СКЭС ВС РФ от 23 августа 2018 г. № 305-ЭС18-4822 по делу № А41-60800/17.

В Определении СКЭС ВС РФ от 18 января 2018 г. № 305-ЭС17-14355 по делу № А40-248391/2016

указано, что дело направлено на новое рассмотрение, так как суды в нарушение принципов равноправия сторон и состязательности при определении размера подлежащей взысканию компенсации по своей инициативе снизили заявленные иски ниже минимального предела, установленного законом. По данному делу в итоге иск был удовлетворен частично: размер компенсации был снижен до минимального исходя из того, что одним действием ответчика нарушены права на несколько результатов интеллектуальной деятельности (Постановление СИП от 19 марта 2019 г. № С01-1269/2018 по делу № А40-248391/2016).

Из 262 актов ВС РФ, в которых упоминается ст. 1301 ГК, на новое рассмотрение было направлено 26 дел⁹ (по состоянию на 30 декабря 2019 г.).

2.1.10. Изменения в части взыскания компенсации за нарушение исключительных прав, произошедшие в судебной практике после принятия Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23 апреля 2019 г. № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса РФ»

Из 1632 (4313) судебных актов, в которых упоминается Постановление № 10, ссылка на ст. 1301 встречается в 269 (1963) актах¹⁰ (по состоянию на 22 января 2020 г.).

При этом некоторые судебные акты содержат преимущественно ссылки на отдельные положения Постановления № 10, но анализ указанных положений применительно к конкретному спору не производится (см., например: Постановление Тринадцатого ААС от 04 декабря 2019 г. № 13АП-27015/2019, 13АП-30417/2019 по делу № А56-18266/2019, в котором содержится ссылка на абз. 4 п. 62 Постановления № 10; Постановление Второго ААС от 16 июля 2019 г. № 02АП-4199/2019 по делу № А82-24698/2018).

Существует и практика с анализом применения положений Постановления № 10: Постановление Первого ААС от 26 сентября 2019 г. № 01АП-5779/2019 по делу № А79-2738/2019, Постановление СИП от 23 октября 2019 г. № С01-1006/2019 по делу № А27-4405/2019.

Встречаются также акты, в которых суд прямо применяет приведенные в Постановлении № 10 положения: Постановление Первого ААС от 18 ноября 2019 г. № 01АП-8848/2019 по делу № А79-1973/2019, Постановление Второго ААС от 18 ноября 2019 г. № 02АП-8235/2019 по делу № А82-24122/2018, Определение СКЭС ВС РФ от 17 мая 2019 г. № 305-ЭС19-36 по делу № А41-39965/2018.

Интерес представляет практика применения п. 65 Постановления № 10, в соответствии с которым «распространение нескольких материальных носителей при неправомерном использовании одного результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации составляет одно правонарушение, если такое нарушение охватывается единством намерений правонарушителя (например, единое намерение нарушителя распространить партию контрафактных экземпляров одного произведения или контрафактных товаров). При этом каждая сделка купли-продажи (мены, дарения) материальных носителей (как идентичных, так и нет) квалифицируется как самостоятельное нарушение исключительного права, если не доказано единство намерений правонарушителя при совершении нескольких сделок. При доказанном единстве намерений правонарушителя количество контрафактных экземпляров, товаров (размер партии, тиража, серии и так далее) может свидетельствовать о характере правонарушения в целом и подлежит учету судом при определении конкретного размера компенсации. В случае если лицо, привлеченное к ответственности за правонарушение, продолжает после этого совершать противоправные действия того же характера, оно вновь может быть привлечено к ответственности за те деяния, которые совершены после привлечения к ответственности». В некоторых делах суд отклоняет ссылку ответчика на наличие единства намерений правонарушителя (Постановление Седьмого ААС от 09 декабря 2019 г. № 07АП-11759/2019 по делу № А03-12003/2019, Постановление СИП от 27 ноября 2019 г. № С01-743/2019 по делу № А40-182072/2017). Напротив, краткий временной период совершения наруше-

⁹ Там же.

¹⁰ Там же.

ний и их разовый характер (Постановление Седьмого ААС от 05 декабря 2019 г. № 07АП-9806/19 по делу № А03-10314/2019), реализация спорных товаров в рамках одной сделки купли-продажи одному лицу (Постановление Второго ААС от 13 сентября 2019 г. № 02АП-5101/2019 по делу № А28-10349/2018) свидетельствуют, по мнению судов, о единстве намерений нарушителя.

2.2. Взыскание компенсации за нарушение прав на товарные знаки и наименования мест происхождения товаров

2.2.1. Способ расчета компенсации (в виде твердой суммы, в двукратном размере стоимости экземпляров или права использования), применяемый на практике чаще других

Как и при взыскании компенсации за нарушение исключительного права на объекты авторских и смежных прав, для расчета компенсации за нарушение права на товарный знак чаще всего используется способ расчета компенсации, основанный на твердой денежной сумме: по данным на 30 декабря 2019 г. ссылка на подп. 1 п. 4 ст. 1515 ГК (компенсация в размере от 10 000 рублей до 5 000 000 рублей, определяемом по усмотрению суда исходя из характера нарушения) встречается в 1637 (9305) судебных актах; на подп. 2 п. 4 ст. 1515 ГК (компенсация в двукратном размере стоимости товаров, на которых незаконно размещен товарный знак, или в двукратном размере стоимости права использования товарного знака, определяемой исходя из цены, которая при сравнимых обстоятельствах обычно взимается за правомерное использование товарного знака) – в 423 (1859) судебных актах¹¹.

Из 1019 (13000) актов, упоминающих ст. 1537 ГК (ответственность за незаконное использование наименования места происхождения товара), ссылка на подп. 1 п. 2 ст. 1537 ГК (компенсация в размере от 10 000 до 5 000 000 рублей, определяемом по усмотрению суда исходя из характера нарушения) содержится в 914 (12505) актах, на подп. 2 п. 2 ст. 1537 ГК (компенсация в двукратном

размере стоимости контрафактных товаров, на которых незаконно размещено наименование места происхождения товара) – в 38 (317) актах (по состоянию на 30 декабря 2019 г.)¹².

Существует практика, когда расчет компенсации за нарушение права на товарный знак в двукратном размере стоимости контрафактных экземпляров основывается на количестве товаров, на которых незаконно использован товарный знак, установленном в рамках оперативно-разыскных мероприятий по делу, возбужденному по признакам преступления, предусмотренного ст. 180 УК РФ (Апелляционное определение Саратовского областного суда от 05 марта 2019 г. по делу № 33-1593/2019, Апелляционное определение Воронежского областного суда от 03 апреля 2019 г. по делу № 33-1779/2019).

2.2.2. Случаи взыскания судом компенсации в размере, запрашиваемом в исковом заявлении

Компенсация в размере, запрашиваемом истцом, взыскивается примерно в 25% случаев. Обычно такие решения принимаются судами в следующих случаях.

1. Самостоятельное уменьшение истцом размера исковых требований

См. Постановление Двадцатого ААС от 05 декабря 2018 г. № 20АП-4809/2018 по делу № А09-1542/2018.

2. Расчет истцом компенсации, исходя из минимального размера или ниже низшего предела;

См. Решение Арбитражного суда Республики Марий Эл от 09 марта 2016 г. по делу № А38-7245/2015; Решение Арбитражного суда Ханты-Мансийского автономного округа – Югры от 31 октября 2018 г. по делу № А75-12397/2018, Постановление Суда по интеллектуальным правам от 19 декабря 2019 г. № С01-1150/2019 по делу № А07-27393/2018 (компенсация взыскивалась в минимальном размере); Постановление СИП от 11 февраля 2019 г. по делу № А09-1827/2018 (истец запрашивал компенсацию в размере 5000 рублей за одно нарушение).

¹¹ Там же.

¹² Там же.

3. Непредставление ответчиком мотивированного заявления о снижении размера компенсации

См. Решение Арбитражного суда Иркутской области от 31 октября 2018 г. по делу № А19-14907/2018, Решение Арбитражного суда Новосибирской области от 07 октября 2015 г. по делу № А45-16612/2015, Решение Арбитражного суда г. Москвы от 26 марта 2019 г. по делу № А40-130316/17-51-1186.

4. Отсутствие оснований для снижения размеров компенсации

См. Решение Арбитражного суда Иркутской области от 12 апреля 2018 г. по делу № А19-3028/2018.

В некоторых случаях суды в обоснование своего решения прямо указывают на доводы и доказательства, приводимые истцами.

Так, в одном из дел суд отметил, что «истец представил суду объективные доказательства: информацию об объеме и стоимости контрафактной продукции, подтвержденную Федеральной таможенной службой. Расчет компенсации, основанный на объективных доказательствах, скорректированный с учетом периода реального смещения продукции, является неоспоримым» (Решение Арбитражного суда г. Москвы от 20 ноября 2018 г. по делу № А40-131931/14-5-902).

В Постановлении СИП от 26 ноября 2013 г. № С01-236/2013 по делу № А76-9871/2012 суд согласился с расчетом размера компенсации, представленным истцом, основанном на двукратной стоимости этикеток (двойной стоимости товара с наименованием места происхождения товара).

5. Непринятие ответчиком необходимых мер и разумной осмотрительности

В Постановлении СИП от 01 июля 2019 г. № С01-565/2019 по делу № А09-5684/2018 суд кассационной инстанции обратил внимание на то, что ответчику, заявляющему о необходимости снижения размера компенсации на основании критериев, указанных в Постановлении № 28-П, надлежит доказать наличие не одного из этих критериев, а их совокупности, поскольку каждый из них не является самостоятельным основанием для снижения размера компенсации ниже низшего предела. Предприниматель, заявляя о снижении компенсации, не представил в обоснование своей позиции доказательства, которые свидетельствовали бы о возможности ее снижения, что им предпринима-

лись необходимые меры и была проявлена разумная осмотрительность с тем, чтобы избежать незаконного использования права, принадлежащего другому лицу.

2.2.3. Случаи снижения судом размера запрашиваемой компенсации. Обстоятельства, учитываемые судом при уменьшении размера компенсации

1. Недобросовестное поведение истца

В Решении Арбитражного суда Приморского края от 19 мая 2016 г. по делу № А51-34352/2014 суд указал, что истцом был избран способ защиты, позволяющий получить от взыскания компенсации доход, значительно превышающий возможную при предотвращении правонарушения прибыль, в связи с чем истцу выгоднее получить максимальную компенсацию, а не заявлять свои претензии немедленно после того, как стало известно о факте нарушения. Истец допустил злоупотребление, при котором несоразмерность компенсации последствиям нарушения прав истца выгодна истцу и не мотивирует его к осуществлению действий, направленных на предотвращение правонарушения.

2. Лицензионный договор как ненадлежащее доказательство

В Постановлении Третьего ААС от 31 августа 2018 г. по делу № А33-28023/2017 суд согласился с доводом ответчика о том, что лицензионный договор был заключен с аффилированным лицом, что позволяет предположить, что его цена не отражает действительную стоимость использования. При определении размера компенсации суд исходил из того, что заявленный двукратный размер стоимости права использования товарного знака, определяемый исходя из цены, которая при сравнимых обстоятельствах обычно взимается за правомерное использование товарного знака не подтвержден истцом в связи с признанием судом лицензионного договора ненадлежащим доказательством стоимости права использования спорного товарного знака (Постановлением Суда по интеллектуальным правам от 23 января 2019 г. № С01-920/2018 данное постановление отменено, дело передано на новое рассмотрение).

Аналогичная практика: Постановление Седьмого ААС от 01 октября 2018 г. № 07АП-8124/2018

по делу № А03-19014/2017, Постановление Седьмого ААС от 23 августа 2018 г. № 07АП-1826/2018 по делу № А03-19009/2017, Постановление Седьмого ААС от 03 июля 2018 г. № 07АП-4777/2018 по делу № А03-19011/2017.

1) 3. Представленный лицензионный договор не может являться безусловным доказательством цены

В Постановлении Восьмого ААС от 06 сентября 2018 г. № 08АП-7973/2018, 08АП-7976/2018 по делу № А70-1330/2018 суд снизил размер, поскольку

(а) предмет договора предусматривал использование товарного знака в отношении всех товаров определенных классов МКТУ, тогда как ответчик продал лишь один товар, при этом

(б) лицензиаром является сам истец, поэтому он сам определял размер вознаграждения. Поэтому говорить о сравнимых обстоятельствах невозможно (Постановлением Суда по интеллектуальным правам от 16 января 2019 г. № С01-967/2018 данное постановление отменено, дело передано на новое рассмотрение в Арбитражный суд Тюменской области).

Аналогичная позиция: Постановление Восьмого ААС от 07 августа 2018 г. № 08АП-6672/2018 по делу № А70-1326/2018, Постановление Восьмого ААС от 06 августа 2018 г. № 08АП-5408/2018 по делу № А70-1333/2018.

В Постановлении Восьмого арбитражного апелляционного суда от 08 июня 2017 г. № 08АП-3344/2017 по делу № А46-17163/2016 суд счел заключенные лицензионные договоры нельзя сравнивать, поскольку (1) они были заключены после периода нарушения права, и (2) имелись иные лицензионные договоры.

4. Одним действием нарушены права на несколько результатов интеллектуальной деятельности или средств индивидуализации

См. Постановление СИП от 05 октября 2017 г. № С01-724/2017 по делу № А08-9767/2016.

5. Восстановительный характер компенсации

См. Постановление Девятнадцатого ААС от 19 мая 2017 г. № 19АП-2067/2017 по делу № А08-7393/2016, Определение ВС РФ от 04 октября 2019 г. № 305-ЭС19-17485 по делу № А40-12629/2019, Определение ВС РФ от 14 июня 2018 г. № 309-ЭС18-7261 по делу № А60-51309/2017, Постановле-

ние СИП от 20 ноября 2013 г. № С01-213/2013 по делу № А56-59416/2012.

6. Незначительная стоимость реализованного товара, отсутствие в материалах дела доказательств совершения такого правонарушения ответчиком ранее, наличие иждивенцев

См. Постановление Двадцатого ААС от 26 июня 2017 г. № 20АП-1954/2017 по делу № А68-8458/2016, Постановление СИП от 13 августа 2019 г. № С01-351/2019 по делу № А52-2625/2018.

7. Обстоятельства и характер нарушения

См. Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 20 сентября 2010 г. по делу № А56-84542/2009 (в отношении НМПТ), Постановление ФАС Уральского округа от 15 декабря 2009 г. № Ф09-10040/09-С6 по делу № А60-18312/2009-С7 («при определении размера компенсации, подлежащей взысканию... суды приняли во внимание период, в течение которого нарушается исключительное право истца на использование наименования места происхождения товара, объем разливаемой им минеральной воды и объем поставок указанной продукции в магазины г. Екатеринбурга и Свердловской области, а также степень вины ответчика, поскольку он не прекратил противоправные действия после получения претензии истца и иные заслуживающие внимания обстоятельства»).

8. Чрезмерность запрошенной компенсации

В Постановлении СИП от 14 ноября 2018 г. № С01-957/2018 по делу № А40-222928/2016 суд поддержал выводы суда первой инстанции в том, что затребованная истцом компенсация в размере 20 000 рублей в 61,5 раза превышает стоимость отчужденного контрафактного товара, в 133 раза превышает размер компенсации по формуле двукратной стоимости нарушенного права и в 13 раз превышает размер компенсации по формуле двукратной стоимости контрафактного товара, что не соответствует установленным законом предельным значениям указанной единой санкции, признанным законодателем соразмерным последствиям нарушения. Назначение чрезмерной санкции за пределами, признанными законодателем соразмерными, не соответствует требованию справедливого судебного разбирательства, а также принципу компенсаторности и соразмерности гражданско-правовой ответственности и тем самым приводит к осуществлению прав истца с на-

рушением прав и свобод ответчика сверх меры, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства.

См. также Решение Арбитражного суда Чувашской Республики от 07 ноября 2019 г. по делу № А79-5314/2018.

2.2.4. Случаи вынесения судом решения о взыскании компенсации в минимальном размере

По данным на 30 декабря 2019 г. ссылка на подп. 1 п. 4 ст. 1515 ГК (компенсация в размере от 10 000 рублей до 5 000 000 рублей, определяемом по усмотрению суда исходя из характера нарушения) встречается в 2889 судебных актах; из них вопрос о снижении размера компенсации до минимального поднимался в 550 судебных актах.

Одно из наиболее подробных обоснований снижения размера взыскиваемой компенсации до минимального представлено в Постановлении Восемнадцатого ААС от 06 мая 2016 г. № 18АП-3915/2016 по делу № А76-27649/2015: «Доводы истца об отсутствии у суда права на снижение заявленной истцом суммы компенсации противоречат правовой природе компенсации, взыскание которой носит восстановительный (компенсационный), а не штрафной характер, в связи с чем в каждом конкретном случае при определении ее размера в целях обеспечения сохранения баланса прав и законных интересов сторон и недопущения незаконного обогащения правообладателя с использованием института компенсации следует устанавливать, какой размер компенсации способен обеспечить восстановление прав компании. Однако, заявляя ко взысканию компенсацию в сумме 100 000 руб., истец не обосновал вероятный размер своих убытков и не сослался на иные обстоятельства, способные повлиять на размер взыскиваемой судом компенсации и подтвержденные доказательствами, в связи с чем суд первой инстанции по существу был лишен возможности убедиться в соразмерности требуемого истцом размера компенсации последствиям реализации (предложения к продаже) ответчиком контрафактного товара. Кроме того, истец не представил суду доказательств тех обстоятельств, на которые ссы-

лался в апелляционной жалобе. В частности, носят предположительный характер и не подтверждены материалами дела доводы истца о том, что реализованный ответчиком контрафактный электробензонасос является некачественным или неисправным, в связи с чем не учтенная, по мнению подателя жалобы, конструктивная связь насоса с источником повышенной опасности не является основанием для изменения обжалуемого решения суда, поскольку не свидетельствует об игнорировании судом первой инстанции указанных обстоятельств при определении размера взыскиваемой компенсации. Изложенный в обжалуемом решении суда правовой подход, согласно которому реализация судом установленного законом права на уменьшение заявленного ко взысканию размера компенсации должна соотноситься с необходимостью обеспечения восстановления имущественного положения правообладателя, является правомерным, основан на правильном толковании норм материального права с учетом приведенных выше разъяснений».

В Определении ВС РФ от 23 марта 2017 г. № 309-ЭС17-1455 по делу № А60-37443/2016 суд поддержал снижение размера взыскиваемой истцом компенсации до 10 000 руб. исходя из требований разумности и справедливости, характера допущенного нарушения, реализации ответчиком одной единицы товара в розничной торговле, однократности допущенного нарушения (сведения о повторности нарушений исключительных прав истцом не приведены, отсутствует тиражность, множественность нарушения), принадлежности исключительных прав на объекты интеллектуальной собственности одному правообладателю, а также нарушения этих прав одним действием ответчика.

2.2.5. Случаи вынесения судом решения о взыскании компенсации в размере ниже минимального, предусмотренного Гражданским кодексом РФ, в соответствии с позицией, изложенной в п. 2 Постановления № 28-П и п. 21 Обзора практики № 3 от 12 июля 2017 г.

Суды приняли в качестве основных критериев для снижения компенсации за нарушение исключительного права ниже низшего предела, предусмотренного законом, перечисленные в

абз. 3 п. 3.2 Постановления № 28-П фактические обстоятельства, которые, по мнению КС РФ, суды обязаны учитывать при определении размера компенсации: материальное положение нарушителя; факт совершения правонарушения впервые; степень разумности и добросовестности, проявленные нарушителем при совершении нарушения; наличие у нарушителя несовершеннолетних детей; использование объектов интеллектуальной собственности, права на которые принадлежат другим лицам, если нарушение этих прав не являлось существенной частью предпринимательской деятельности нарушителя и не носило грубый характер; размер компенсации многократно превышает размер причиненных правообладателю убытков, поддающихся достоверному подсчету. См. например: Апелляционное определение Верховного суда Республики Адыгея от 13 октября 2017 г. № 33-1629/2017, Постановление Первого ААС от 31 октября 2017 г. по делу № А79-2374/2017, Постановление Пятого ААС от 11 декабря 2019 г. № 05АП-8201/2019 по делу № А51-16355/2019.

В Апелляционном определении Воронежского областного суда от 03 апреля 2019 г. по делу № 33-1779/2019 суд, с одной стороны, признал, что в силу системной связи подп. 2 п. 4 ст. 1515 ГК с п. 3 ст. 1252 ГК, аналогичный подход должен применяться как к размеру компенсации, определяемому по усмотрению суда, так и в двукратном размере стоимости товаров, на которых незаконно размещен товарный знак, или в двукратном размере стоимости права использования товарного знака, определяемой исходя из цены, которая при сравнимых обстоятельствах обычно взимается за правомерное использование товарного знака. С другой стороны, суд подчеркнул, что компенсация подлежит взысканию при доказанности факта нарушения, и правообладатель не обязан доказывать размер понесенных убытков, причем по общему правилу размер компенсации, определенной исходя из двукратного размера стоимости товаров, на которых незаконно размещен товарный знак, признан законом соразмерным последствиям правонарушения (ранее данная правовая позиция была изложена в Постановлении Президиума ВАС РФ от 27 сентября 2011 г. № 3602/11 по делу № А08-8099/2009-30).

Интересны также подходы судов к пониманию природы компенсации. В Постановлении № 28-П КС РФ указывает на штрафную по своей природе ответственность за нарушение прав на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации. В Апелляционном определении Нижегородского областного суда от 18 сентября 2018 г. № 33-11219/2018 суд прямо указывает, что компенсация носит восстановительный (компенсационный), а не штрафной характер. Аналогичная позиция представлена в Постановлении Девятнадцатого ААС от 19 мая 2017 г. № 19АП-2067/2017 по делу № А08-7393/2016, Определении ВС РФ от 04 октября 2019 г. № 305-ЭС19-17485 по делу № А40-12629/2019, Определении ВС РФ от 14 июня 2018 г. № 309-ЭС18-7261 по делу № А60-51309/2017.

Напротив, в Постановлении СИП от 12 декабря 2019 г. № С01-1234/2019 по делу № А69-3035/2018 суд указал, что компенсация за нарушение исключительных прав носит не только восстановительный характер, но и как любая мера юридической ответственности – превентивный и карательный (штрафной) характер, а также является альтернативной санкцией и взыскивается вместо убытков. В связи с этим необоснованно определять ее размер в зависимости от предоставления истцом расчета компенсации в твердой сумме, поскольку ущерб правообладателя во многих случаях не носит явного материального характера.

В этом деле правообладатель нескольких товарных знаков потребовал компенсацию с предпринимателя, который в принадлежащем ему торговом помещении реализовывал товар – костюм (детский), на который были нанесены обозначения, сходные с указанными товарными знаками.

СИП подчеркнул, что при истребовании компенсации в минимальном размере, предусмотренном ГК (10 000 рублей за каждый факт нарушения), истец не должен был представлять в материалы дела какие-либо дополнительные доказательства в подтверждение размера взыскиваемой суммы. При этом снижение размера компенсации ниже низшего предела обусловлено одновременным наличием ряда критериев из Постановления № 28-П, обязанность доказывания которых возлагается на ответчика.

СИП указал, что необходимо было определить, на что конкретно направлены доводы ответчика о снижении размера компенсации – на оспаривание размера взыскиваемой суммы либо на установление обстоятельств, позволяющих снизить размер компенсации ниже установленного размера. Также необходимо было учесть, что: 1) неоднократность правонарушений не должна оцениваться исходя из нарушения прав одного и того же правообладателя; 2) наличие у ответчика кредитных обязательств не свидетельствует о невозможности применения к нему мер ответственности, поскольку предпринимательской является самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность; 3) ответчик специализируется на продаже детской одежды.

Таким образом, поскольку ответчиком не было представлено доказательств, свидетельствующих о наличии фактических обстоятельств для снижения размера компенсации ниже низшего предела, СИП пришел к выводу о том, что в данном деле была необоснованно применена правовая позиция, изложенная в Постановлении № 28-П, так как у суда не имелось правовых оснований для снижения размера компенсации ниже низшего предела.

В некоторых случаях СИП вынужден пресекать попытки добиться пересмотра решений, вынесенных до принятия Постановления № 28-П (Постановление СИП от 14 марта 2018 г. № С01-1216/2014 по делу № А56-10714/2014), произвольно снизить размер компенсации (Постановление СИП от 08 декабря 2017 г. № С01-892/2017 по делу № А68-8462/2016), произвольно изменить вид компенсации (Постановление СИП от 12 декабря 2019 г. № С01-1314/2019 по делу № А83-2109/2019).

В подразделе настоящего обзора, посвященном компенсации за нарушение авторских прав, отмечалось, что установленные в Постановлении № 28-П критерии иногда приводятся судами в решениях, но при этом не раскрывается их применение в отношении конкретного судебного спора. На это было указано, например, в Постановлении СИП от 12 декабря 2019 г. № С01-1234/2019 по делу № А69-3035/2018: выводы суда апелляционной инстанции о том, что допущенное предпринимателем правонарушение не носило грубый характер (было совершено впервые), а также что использование объектов интеллектуальной собственности

общества не являлось существенной частью предпринимательской деятельности ответчика, являются необоснованными, поскольку им не указаны достоверные ссылки на доказательства, на основании которых он пришел к такому выводу.

Некоторые судебные решения содержат, напротив, обоснование применимости критериев, изложенных в Постановлении № 2-П. Например, в Постановлении Двадцатого ААС от 26 июня 2017 г. № 20АП-1954/2017 по делу № А68-8458/2016 суд, принимая во внимание характер и последствия допущенного ответчиком, являющимся индивидуальным предпринимателем, нарушения, незначительную стоимость реализованного товара и отсутствие в материалах дела доказательств совершения такого правонарушения ответчиком ранее, а также то, что в настоящее время на иждивении ответчика находятся двое детей (12 ноября 1994 г.р., 05 марта 2008 г.р.), что подтверждается представленными в материалы дела документами, при этом один ребенок является несовершеннолетним, другой ребенок является студентом вуза, не осуществляющим трудовую деятельность (в материалы дела представлена справка из центра занятости населения), снизил размер компенсации за каждое незаконное использование товарного знака до 2000 руб.

2.2.6. Случаи взыскания судом компенсации в двукратном размере стоимости экземпляров, а также отказа судом в удовлетворении такого требования

Уже отмечалось, что взыскание компенсации в двукратном размере стоимости экземпляров возможно в тех случаях, когда ее расчет данным способом становится возможен благодаря тому, что правообладателю в силу обстоятельств известно количество контрафактных экземпляров (в частности, когда точное количество контрафакта установлено в рамках уголовного дела).

В качестве примера удовлетворения судом требования о взыскании компенсации в двукратном размере стоимости экземпляров показательное Апелляционное определение Воронежского областного суда от 03 апреля 2019 г. по делу № 33-1779/2019, которым суд взыскал с нарушителей более 11 000 000 рублей компенсации. Нарушители в отсутствие лицензии и намерения ее получить в

течение 9 месяцев осуществляли промышленное производство алкогольной продукции, неправомерно маркируемой товарным знаком истца. Аналогично Апелляционное определение Челябинского областного суда от 07 февраля 2019 г. по делу № 11-1192/2019.

Постановление ФАС Северо-Западного округа от 24 августа 2011 г. по делу № А56-61861/2010 представляет собой пример другого случая, когда возможно взыскание компенсации в двукратном размере стоимости экземпляров, поскольку известно количество контрафактных экземпляров: количество и стоимость контрафактных экземпляров установлены грузовой таможенной декларацией при ввозе контрафакта на территорию РФ.

В Постановлениях от 01 июня 2018 г. № С01-183/2018 по делу № А40-49900/2017, от 18 июля 2019 г. № С01-309/2018 по делу № А40-50990/2017, от 01 августа 2019 г. № С01-594/2019 по делу № А40-255673/2017 СИП разъяснил, что компенсация в двукратном размере стоимости контрафактных товаров должна рассчитываться исходя из стоимости товаров при их продаже нарушителем третьим лицам.

2.2.7. Случаи взыскания судом компенсации в двукратном размере стоимости права использования, способы расчета стоимости права использования, приводимые истцом; случаи отказа судом в удовлетворении такого требования

Согласно п. 43.4 Постановления № 5/29, если правообладателем заявлено требование о выплате компенсации в двукратном размере стоимости права использования товарного знака, определяемой исходя из цены, которая при сравнимых обстоятельствах обычно взимается за правомерное их использование, то при определении размера компенсации за основу следует принимать вознаграждение, обусловленное лицензионным договором, предусматривающим простую (неисключительную) лицензию, на момент совершения нарушения.

В частности, компенсация взыскана по стоимости неисключительной лицензии Апелляционным определением Самарского областного суда от 20 декабря 2018 г. по делу № 33-15273/2018, По-

становлением ФАС Дальневосточного округа от 15 января 2013 г. № Ф03-6025/2012 по делу № А04-3711/2012.

Суды определяют стоимость права на использование исходя из цены ранее предоставленных правообладателем неисключительных лицензий (Постановления СИП от 24 мая 2018 г. № С01-294/2018 по делу № А40-208600/2016, от 24 апреля 2018 г. № С01-220/2018 по делу № А75-9720/2017).

Если подобные лицензии ранее не выдавались правообладателем, суд может отказать в удовлетворении требования о взыскании заявленной компенсации даже при доказанности факта нарушения (Постановление СИП от 06 июня 2014 г. № С01-470/2014 по делу № А40-126600/2013).

В Постановлении от 24 мая 2017 г. № С01-693/2016 по делу № А45-20577/2015 СИП, основываясь на разъяснениях п. 43.4 Постановления № 5/29 (для расчета стоимости использования предлагается брать стоимость неисключительной лицензии), констатировал, что размер вознаграждения, установленный в договоре исключительной лицензии, не может быть принят за основу при определении размера компенсации, подлежащей взысканию с нарушителя. В Постановлении от 21 июня 2018 г. № С01-386/2017 по делу № А54-3645/2016 СИП указал, что суд должен учесть цену исключительной лицензии при расчете стоимости права на использование товарного знака, но с поправкой на разницу в стоимости исключительного и неисключительного использования.

В Постановлении Третьего ААС от 20 июля 2018 г. по делу № А33-28024/2017, Постановлении СИП от 24.05.2017 № С01-693/2016 по делу № А45-20577/2015 суды учли, что аффилированность сторон лицензионного договора может влиять на установленный в этом договоре размер лицензионного вознаграждения. В таком случае правообладателю требуется подтвердить соответствие определенной в договоре цены неисключительной лицензии рыночным ценам.

Вопрос об аффилированности сторон лицензионного договора, представленного для расчета размера компенсации, поднимался также в Постановлении СИП от 03 декабря 2019 г. № С01-1177/2019 по делу № А52-5093/2018.

2.2.8. Случаи возникновения вопроса о применении ст. 10 Гражданского кодекса РФ в части принципа добросовестности и запрета на злоупотребление правом

Из 2343 (17695) судебных актов по п. 4 ст. 1515 ГК принцип добросовестности упоминается в 41 (274) актах, а злоупотребление правом – в 363 (1928) случаях (по состоянию на 22 января 2020 г.)¹³.

Зачастую суд указывает, что злоупотребление правом со стороны истца не установлено (Постановления Семнадцатого ААС от 22 июля 2016 г. № 17АП-7851/2016-ГК по делу № А60-62114/2015; от 10 октября 2017 г. № 17АП-17475/2015-ГК по делу № А50-14281/2015, Определение ВС РФ от 16 декабря 2019 г. № 307-ЭС16-1398 по делу № А21-7328/2014, Постановление ФАС Северо-Западного округа от 16 февраля 2011 г. по делу № А56-84542/2009).

Вместе с тем можно найти решения, в которых суд соглашался с применением судом первой инстанции ст. 10 ГК. В каких-то случаях это произошло из актов недобросовестной конкуренции (Постановление Семнадцатого ААС от 30 марта 2017 г. № 17АП-13925/2016-ГК по делу № А50-7237/2016; Постановление Девятнадцатого ААС от 16 августа 2017 г. № 19АП-258/2015 по делу № А64-6188/2014).

В другом деле суд сослался на указанную статью ввиду чрезмерного завышения истцом размера компенсации, избрав ее, таким образом, в качестве инструмента снижения взыскиваемых сумм (Постановления Семнадцатого ААС от 05 мая 2016 г. № 17АП-3537/2016-ГК по делу № А60-38995/2015; от 27 ноября 2015 г. № 17АП-14844/2015-ГК по делу № А50-12849/2015 (повторное обращение истца в суд с требованием о взыскании компенсации за распространение контрафактного товара); Постановление Девятнадцатого ААС от 05 июня 2017 г. № 19АП-2730/2017 по делу № А08-9767/2016).

В решении Арбитражного суда Мурманской области от 10 октября 2014 г. по делу № А42-5522/2011 суд подробно осветил вопрос злоупотребления правом на защиту товарного знака от нарушений, признав недобросовестными дейст-

вия истца, посредством которых стало возможным использование ответчиком спорных обозначений, последующее предъявление к ранее зависимому лицу (ответчику) требований в размере, превышающем годовую прибыль и стоимость его активов.

Периодически суды ссылаются на ст. 10 ГК, вменяя объективный стандарт добросовестности ответчику (Постановление Пятнадцатого ААС от 13 октября 2016 г. № 15АП-13630/2016 по делу № А53-5140/2016), а иногда истцу, мотивируя решение о снижении размера компенсации (Постановление Пятнадцатого ААС от 10 мая 2018 г. № 15АП-5781/2018 по делу № А32-39102/2017) и упоминая при этом об обязанности истца, который знал о незаконном использовании товарного знака, «принять все меры для прекращения незаконного использования» (Постановление Пятнадцатого ААС от 15 декабря 2015 г. № 15АП-14561/2015 по делу № А32-39951/2014).

В Постановлении ФАС Северо-Западного округа от 12 сентября 2012 г. по делу № А26-5128/2011 Постановлении ФАС Центрального округа от 06 июля 2012 г. по делу № А14-9024/2011и № А14-9024/2011 добросовестное поведение нарушителя после обнаружения правонарушения послужило одним из оснований для значительного снижения судом размера взыскиваемой компенсации.

2.2.9. Случаи отправления Верховным Судом РФ дел, связанных с взысканием компенсации, на пересмотр

Из 167 актов ВС РФ по п. 4 ст. 1515 ГК информация о направлении дела на новое рассмотрение содержится в 21 акте (по состоянию на 30 декабря 2019 г.)¹⁴.

Как и по делам о нарушении авторских прав, большинство дел по взысканию компенсации за нарушение прав на товарные знаки отправлены ВС РФ на новое рассмотрение по причине того, что нижестоящие суды: 1) в нарушение принципов состязательности и равноправия сторон произвольно снижали компенсацию, либо 2) изменяли способ исчисления компенсации, либо 3) не обосновывали снижение размера компенсации.

¹³ Там же.

¹⁴ Там же.

См. например: Определение СКЭС от 17 мая 2019 г. 305-ЭС19-36 по делу № А41-39965/2018 (направлено на новое рассмотрение, так как судами в нарушение принципов равноправия и состязательности сторон по своей инициативе в отсутствие ходатайства ответчика снижен размер компенсации; кроме того, компенсация взыскана за нарушение исключительных прав в целом, без учета того, что истцом заявлено четыре самостоятельных требования); Определение СКЭС от 17 мая 2019 г. № 305-ЭС19-35 по делу № А41-39912/2018 (направлено на новое рассмотрение, поскольку судами в нарушение принципов равноправия и состязательности сторон по своей инициативе снижен размер компенсации в отсутствие соответствующего ходатайства ответчика); Определение СКЭС от 10 января 2019 г. № 310-ЭС18-16787 по делу № А36-16236/2017; Определение ВС РФ от 20 декабря 2018 г. № 304-ЭС18-21078 по делу № А70-700/2018 (направлено на новое рассмотрение, так как суды при определении размера подлежащей взысканию компенсации снизили заявленную ко взысканию компенсацию ниже двукратного размера стоимости права использования товарного знака, определяемой исходя из цены, которая при сравнимых обстоятельствах обычно взимается за правомерное использование товарного знака); Определение СКЭС от 18 января 2018 г. № 305-ЭС17-16920 по делу № А40-222928/2016 (направлено на новое рассмотрение, поскольку суды в нарушение принципов равноправия сторон и состязательности при определении размера подлежащей взысканию компенсации по своей инициативе снизили заявленные исковые требования ниже минимального предела, установленного законом); Определение СКЭС от 11 июля 2017 г. № 308-ЭС17-3088 по делу № А53-22720/2016 (направлено на новое рассмотрение, поскольку суд при определении размера компенсации не вправе по своей инициативе изменять вид компенсации, избранной правообладателем; суды произвольно определили размер компенсации, разделив сумму вознаграждения по лицензионному договору на двенадцать месяцев способом, не предусмотренным законом, снизив размер компенсации ниже минимального предела); Определение СКЭС от 11 июля 2017 г. № 308-ЭС17-3088 по делу № А53-22720/2016 (на-

правлено на новое рассмотрение, поскольку суд при определении размера компенсации не вправе по своей инициативе изменять вид компенсации, избранный правообладателем; суды произвольно определили размер компенсации, разделив сумму вознаграждения по лицензионному договору на двенадцать месяцев способом, не предусмотренным законом, снизив размер компенсации ниже минимального предела).

2.2.10. Изменения в части взыскания компенсации за нарушение исключительных прав в судебной практике после принятия Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23 апреля 2019 г. № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса РФ»

Пункт 43.3 Постановления № 5/29 предусматривал, что рассматривая дела о взыскании компенсации в размере от 10 000 до 5 000 000 рублей, суд определяет сумму компенсации в указанных законом пределах по своему усмотрению, но не выше заявленного истцом требования. При этом суд не лишен права взыскать сумму компенсации в меньшем размере по сравнению с заявленным требованием, но не ниже низшего предела, установленного законом. Формулировка п. 62 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23 апреля 2019 г. № 10 несколько шире: по требованиям о взыскании компенсации в размере от 10 000 до 5 000 000 рублей суд определяет сумму компенсации исходя из представленных сторонами доказательств не выше заявленного истцом требования.

В практике суды преимущественно опираются на п. 59 (отсутствие необходимости доказывать наличие и размер убытков; см. Постановления СИП от 12 декабря 2019 г. № С01-1314/2019 по делу № А83-2109/2019, от 11 декабря 2019 г. № С01-1179/2019 по делу № А53-2527/2019, от 09 декабря 2019 г. № С01-1028/2018 по делу № А40-22778/2018) и п. 61 (необходимость подтвердить соответствие запрошенной суммы компенсации допущенному нарушению; см. Постановления СИП от 12 декабря 2019 г. № С01-1234/2019 по делу № А69-3035/2018, от 05 декабря 2019 г. № С01-1178/2019 по делу № А53-3858/2019, от 28 ноября 2019 г. № С01-1255/2019 по делу № А52-5359/2018).

2.3. Взыскание компенсации за нарушение исключительного права на изобретение, полезную модель, промышленный образец

2.3.1. Способ расчета компенсации (в виде твердой суммы, в двукратном размере стоимости права использования), применяемый на практике чаще других

Как и при взыскании компенсации за нарушение права на объекты авторских и смежных прав, а также товарные знаки и НМПТ, для расчета компенсации за нарушение права на изобретение, полезную модель, промышленный образец чаще всего используется способ расчета компенсации, основанный на твердой денежной сумме. См., например: Постановления Третьего ААС от 27 июля 2018 г. по делу № А33-20921/2016; от 02 ноября 2017 г. по делу № А74-7132/2017; Решение Арбитражного суда Московской области от 09 ноября 2017 г. по делу № А41-80528/16).

Ссылка на подп. 1 ст. 1406.1 ГК (компенсация в размере от 10 000 рублей до 5 000 000 рублей, определяемом по усмотрению суда исходя из характера нарушения) содержится в 64 (117) актах; на подп. 2 ст. 1406.1 ГК (компенсация в двукратном размере стоимости права использования изобретения, полезной модели или промышленного образца, определяемой исходя из цены, которая при сравнимых обстоятельствах обычно взимается за правомерное использование соответствующих изобретения, полезной модели, промышленного образца способом, использованным нарушителям) содержится в 33 (46) актах¹⁵.

Полагаем, причины также совпадают – для расчета компенсации в двукратном размере стоимости права использования необходимы сведения о стоимости права использования объекта интеллектуальных прав, которыми правообладатель не всегда располагает.

2.3.2. Случаи взыскания судом компенсации в размере, запрашиваемом в исковом заявлении

Среди доводов, которыми суды обосновывают удовлетворение исковых требований в полном объеме, можно выделить следующие.

1. Непредставление ответчиком доказательств несоответствия размера компенсации за совершенное правонарушение

См., например: Постановление Третьего ААС от 02 ноября 2017 г. по делу № А74-7132/2017, Решение Арбитражного суда Нижегородской области от 05 ноября 2015 г. по делу № А43-22411/2015, решение Арбитражного суда Костромской области от 20 апреля 2016 г. по делу № А31-12810/2015. В Постановлении Одиннадцатого ААС от 04 апреля 2017 г. № 11АП-1622/2017, хотя ответчик и оспаривал требования истца, суд удовлетворил требования в полном объеме, т.к. они изначально были занижены истцом по сравнению с продажной стоимостью товара, нарушающего патент истца.

2. Длительность нарушения, его масштаб, а также знание ответчика о нарушении исключительного права истца

Так в Постановлении Первого ААС от 09 ноября 2015 г. по делу № А79-2550/2015 суд принял во внимание факт направления истцом ответчику требования о необходимости прекратить нарушение (представленное в материалах дела), невзирая на которое ответчик продолжил изготавливать (выпускать) и предлагать к продаже спорные изделия. См. также Постановление СИП от 04 июля 2018 г. № С01-369/2018 по делу № А70-2219/2017 (здесь истец также в добровольном порядке снизил размер запрашиваемой компенсации).

3. Обоснованность расчета компенсации, выполненного истцом

Постановлением СИП от 13 апреля 2017 г. № С01-239/2017 по делу № А45-6016/2016 полностью удовлетворены требования истца, требовавшего выплаты компенсации, рассчитанной из стоимости права использования по лицензионному договору, стоимости одного спорного изделия и возможного дохода ответчика от участия в тендере. Постановлением Семнадцатого ААС от 22 февраля 2017 г. № 17АП-18843/2016-ГК по делу № А60-1580/2016 полностью взыскана компенсация в размере 3 000 000 рублей (500 000 рублей за нарушение исключительных прав в отношении каждого из промышленных образцов), поскольку данная сумма оказалась ниже рассчитанной истцом упущенной выгоды (истец при обосновании разме-

¹⁵ Там же.

ра компенсации учел также примерную стоимость лицензионного договора и объем собственных продаж в период нарушения ответчиком его прав). В Постановлении Седьмого арбитражного апелляционного суда от 03 июля 2019 г. № 07АП-4610/2019 по делу № А03-7372/2018 суд принял избранный патентообладателем способ расчета компенсации, в соответствии с которым расчет двойной компенсации произведен на основании договоров на исключительную лицензию на предоставление права на полезную модель.

4. Общие основания, предусмотренные п. 43.3 Постановления № 5/29 (соразмерность, степень вины, характер допущенного нарушения и т. п.)

См., например: Решение Арбитражного суда Красноярского края от 01 февраля 2016 г. по делу № А33-10243/2015, Постановление Седьмого ААС от 17 апреля 2018 г. № 07АП-831/2018 по делу № А45-7928/2017.

5. Систематическое нарушение ответчиком исключительных прав правообладателя, нежелание прекратить нарушение в добровольном досудебном порядке и продолжение нарушения после получения претензий правообладателя

См: Решение Арбитражного суда г. Москвы от 25 декабря 2018 г. по делу № А40-255365/16-31-2440, Постановление Первого ААС от 09 ноября 2015 г. по делу № А79-2550/2015.

2.3.3. Случаи снижения судом размера запрашиваемой компенсации; обстоятельства, учитываемые судом при уменьшении размера компенсации

1. Снижение компенсации до двукратной стоимости изделий, в которых реализован объект патентного права

Хотя статья 1406.1 ГК не предполагает такого способа расчета, как двукратная стоимость товаров, в которых реализован объект патентного права, суд в Постановлении Третьего ААС от 19 мая 2016 г. по делу № А33-17982/2015 деле № А33-17982/2015 снизил размер подлежащей взысканию компенсации до двукратного размера стоимости товара, изготовленного с использованием патента (товар также содержал товарный знак истца). Аналогичный подход использован в решении Арбитражного суда Иркутской области от 03 июля 2017 г. по делу № А19-5791/2016: определяя раз-

мер подлежащей взысканию компенсации, суд исходил из содержания претензии истца в адрес ответчика, в том числе из того, что за реализацию ответчиком спорной установки получено не менее 1 000 000 руб., что ответчиком не опровергнуто.

2. Снижение компенсации в связи с необоснованностью расчета

В Решении Арбитражного суда Тюменской области от 22 августа 2018 г. по делу № А70-9233/2016 суд произвел перерасчет суммы компенсации, усомнившись в утвержденных истцом расценках на предоставление права использования изобретения (хотя ответчиком альтернативный расчет или иные доказательства не были представлены, но также у истца отсутствовали иные лицензионные договоры, а равно примеры взыскания лицензионных платежей по использованию подобных изобретений) и учитывая выраженную в ходе разбирательства готовность истца заключить мировое соглашение на значительно меньшую сумму.

3. Снижение компенсации исходя из оснований, предусмотренных п. 43.3 Постановления № 5/29

См., например: Постановление СИП от 02 октября 2017 г. № С01-701/2017 по делу № А40-188819/2015, Постановление Девятого ААС № 09АП-111146/2018-ГК от 02 апреля 2018 г. по делу № А40-174112/16-110-1550, Постановление Девятого ААС № 09АП-18659/2018-ГК от 01 июня 2018 г. по делу № А40-40704/2017, Постановление Двадцатого ААС № 20АП-9101/2018 от 11 февраля 2019 г. по делу № А68-8044/2018, Решение Арбитражного суда г. Москвы от 16 октября 2018 г. по делу № А40-146009/18-15-1048, Решение Арбитражного суда Иркутской области от 03 июля 2017 г. по делу № А19-5791/2016.

2.3.4. Случаи вынесения судом решения о взыскании компенсации в минимальном размере

В единственном на дату подготовки обзора деле, где компенсация за нарушение исключительного права на патент взыскана в размере 10 000 рублей, суды первой и апелляционной инстанций исходили из того, что изготовленный с неправомерным использованием промышленных образцов товар не был реализован; нарушение не носило грубый характер и совершено впервые; отсут-

вуют доказательства умысла нарушителя на причинение вреда. Вместе с тем СИП отправил дело на новое рассмотрение, указав, что судами первой и апелляционной инстанций не исследован вопрос о юридических обоснованиях требования о взыскании компенсации за нарушение исключительных прав на промышленные образцы, без чего не мог быть разрешен и вопрос об определении размера компенсации за нарушение этого вида интеллектуальных прав (Постановление СИП от 01 ноября 2019 г. № С01-907/2019 по делу № А48-10546/2018).

2.3.5. Случаи вынесения судом решения о взыскании компенсации в размере ниже минимального предусмотренного ГК РФ в соответствии с позицией, изложенной в п. 2 Постановления № 28-П и п. 21 Обзора практики № 3 от 12.07.2017

Ссылки на положения Постановления № 28-П Обзора практики № 3 от 12 июля 2017 г. встречаются в Постановлении СИП от 01 ноября 2019 г. № С01-907/2019 по делу № А48-10546/2018; Постановлении СИП от 16 августа 2018 г. № С01-525/2018 по делу № А40-174112/2016 (на Постановление № 28-П ссылается заявитель кассационной жалобы); Постановлении Первого ААС от 15 мая 2019 г. № 01АП-2180/2019 по делу № А39-9070/2018 (при этом суд поддержал решение нижестоящего суда о взыскании компенсации в полном объеме, так как ходатайство о снижении компенсации не заявлялись, надлежащие доказательства, подтверждающих необходимость снижения размера компенсации, ответчиками в дело не представлены); Постановлении Тринадцатого ААС от 24 июля 2019 г. № 13АП-12078/2019 по делу № А56-36642/2018 (при этом суд взыскал компенсацию в полном объеме, отвергая заявление ответчика о фальсификации заключения специалиста).

Обоснование применения позиции, изложенной в Постановлении № 28-П, приведено в Апелляционном определении Челябинского областного суда от 22 мая 2017 г. по делу № 11-6550/2017 («В силу приведенных положений закона, в соответствии с позицией правоприменителя лицо, нарушившее исключительное право на объект интеллектуальной собственности при осуществлении предпринимательской деятельности, – исходя из общих принципов гражданско-правовой ответ-

ственности и с учетом того, что обладатель нарушенного права в целях реализации предписаний статьи 44 Конституции Российской Федерации освобождается от доказывания размера причиненных ему убытков, а санкция в виде выплаты компенсации подлежит применению независимо от вины нарушителя, – должно иметь возможность доказать, что им были предприняты все необходимые меры и проявлена разумная осмотрительность с тем, чтобы избежать незаконного использования права, принадлежащего правообладателю. Таких доказательств ответчиком, осуществляющим предпринимательскую деятельность, не представлено. Тогда как степень вины ответчика в допущенном нарушении, при доказанности факта продажи им товаров, содержащих признаки полезных моделей, обладателем патента на которые является истец, а также размер вероятных убытков истца правового значения не имеют.»); в Апелляционном определении Алтайского краевого суда от 06 июня 2017 г. по делу № 33-6010/2017 («В данном случае, оценив обстоятельства дела, характер допущенного ответчиком нарушения авторского права, объем этого нарушения, учитывая возражения ответчика против заявленной компенсации, районный суд пришел к выводу о взыскании компенсации в размере 500 000 руб., что сопоставимо с ценой сделки, заключенной ответчиком с нарушением авторских прав истцов. С учетом приведенной правовой позиции Конституционного Суда РФ, судебная коллегия не может согласиться с доводами истцов о нарушении судом норм материального права взысканием компенсации в размере меньшем, чем двукратный размер стоимости права использования изобретения, определяемой исходя из цены лицензионного договора»).

2.3.6. Случаи взыскания судом компенсации в двукратном размере стоимости права использования; способы расчета стоимости права использования, приводимые истцом. Случаи отказа суда в удовлетворении такого требования

В Постановлении ААС от 31 января 2017 г. № 15АП-20122/2016 по делу № А32-29266/2016 размер компенсации был определен истцом в двукратном размере стоимости права использования полезной модели, определяемой исходя из цены,

которая при сравнимых обстоятельствах обычно взимается за правомерное использование соответствующей полезной модели (суду предоставлен лицензионный договор), однако суд снизил компенсацию исходя из восстановительного характера данного вида гражданско-правовой ответственности, который исключает получение правообладателем дополнительных доходов и которые бы не возникли у него при отсутствии нарушения. В Апелляционном определении Алтайского краевого суда от 06 июня 2017 г. по делу № 33-6010/2017 суд, оценив обстоятельства дела, характер допущенного ответчиком нарушения, объем этого нарушения, а также учитывая возражения ответчика против заявленной компенсации, пришел к выводу о взыскании компенсации в размере 500 000 руб., что сопоставимо с ценой сделки, заключенной ответчиком с нарушением авторских прав истцов. С учетом Постановления № 28-П суд не согласился с доводами истцов о нарушении судом норм материального права взысканием компенсации в размере меньшем, чем двукратный размер стоимости права использования изобретения, определяемой исходя из цены представленного истцом лицензионного договора.

В Постановлении Седьмого ААС от 03 июля 2019 г. № 07АП-4610/2019 по делу № А03-7372/2018 суд полностью удовлетворил требование о взыскании компенсации в двукратном размере стоимости права использования, указав следующее. Во-первых, формула расчета размера компенсации, определяемого исходя из двукратной стоимости права использования полезной модели, императивно определена законом, поэтому возражения ответчика в части несогласия с расчетом размера компенсации могут основываться на оспаривании заявленной истцом цены, которая при сравнимых обстоятельствах обычно взимается за правомерное использование полезной модели, и подтверждаться соответствующими доказательствами, обосновывающими такое несогласие. Во-вторых, возможность самостоятельного выбора истцом и только им способа расчета компенсации является эффективным инструментом, служащим к пользе участников гражданского оборота, поскольку стоимость объектов интеллектуальных прав и фактический ущерб от нарушений в этой сфере сложно определить, право потерпевшего самостоятельно

выбирать способ расчета компенсации отвечает принципу диспозитивности.

В Постановлении Первого ААС от 19 июня 2019 г. № 01АП-3409/2019 по делу № А43-34406/2018 суд согласился с расчетом компенсации на основании предусмотренного в заключенном истцом лицензионном договоре ежемесячного размера вознаграждения и срока нарушения ответчиком патента на полезную модель. В Постановлении Девятого ААС от 13 марта 2017 г. № 09АП-4350/2017 по делу № А40-161655/16, Апелляционном определении Московского городского суда от 10 мая 2016 г. по делу № 33-18068/2016 суды полностью удовлетворили требование о взыскании компенсации в двукратном размере стоимости права использования.

2.3.7. Случаи возникновения вопроса о применении ст. 10 Гражданского кодекса РФ в части принципа добросовестности и запрета на злоупотребление правом

На момент написания настоящего обзора отсутствуют дела, в которых ответчик ссылается на ст. 10 ГК как на основание для снижения заявленного истцом размера компенсации. Выводы суда об отсутствии в действиях стороны признаков злоупотребления представлены в Постановлении СИП от 18 апреля 2017 г. № С01-169/2017 по делу № А50-24767/2015.

2.3.8. Случаи отправления Верховным Судом РФ дел, связанных с взысканием компенсации, на пересмотр

Согласно данным СПС ГАРАНТ на 31 декабря 2019 г. было предпринято 6 попыток передачи кассационных жалоб для рассмотрения в судебном заседании СКЭС. Во всех случаях в передаче было отказано (Определение Верховного Суда РФ от 28 ноября 2019 г. № 301-ЭС19-21747 по делу № А28-6818/2017; Определение Верховного Суда РФ от 07 июня 2019 г. № 304-ЭС19-8292 по делу № А70-9233/2016; Определение Верховного Суда РФ от 10 декабря 2018 г. № 305-ЭС18-20206 по делу № А40-174112/2016; Определение Верховного Суда РФ от 16 мая 2018 г. № 302-ЭС18-4455 по делу № А19-5791/2016; Определение Верховного Суда РФ от 18 января 2018 г. № 305-ЭС17-21318 по делу № А40-188819/2015; Определение Верховного Суда РФ от 24 июля 2017 г. № 308-ЭС17-5288 по делу № А32-29266/2016).

2.3.9. Изменения в части взыскания компенсации за нарушение исключительных прав, произошедшие в судебной практике после принятия Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23 апреля 2019 г. № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса РФ»

Определяя размер компенсации, суды нередко опираются на п. 62 Постановления № 10. См. Постановление Одиннадцатого ААС от 09 октября 2019 г. № 11АП-15329/2019 по делу № А65-7459/2019, Постановление Десятого ААС от 02 декабря 2019 г. № 10АП-19705/2019 по делу № А41-101099/2018, Постановление Третьего ААС от 12 августа 2019 г. по делу № А33-15212/2018.

Вместе с тем необходимо отметить, что на дату подготовки настоящего обзора не представляется возможным говорить о существенных изменениях практики взыскания компенсации за нарушение исключительного права на патент, вызванных принятием Постановления № 10.

Раздел III. Обобщение проблем, выявленных в ходе анализа российской судебной практики по вопросу взыскания компенсации за нарушение исключительного права

Способ защиты (а также мера ответственности) в виде взыскания компенсации за нарушение исключительного права, как уже отмечалось во введении к настоящему обзору, чрезвычайно популярен у правообладателей и используется практически в каждом споре, связанном с нарушением исключительных прав. По итогам проведенного анализа судебной практики перечислим наиболее существенные из выявленных закономерностей.

3.1. Обоснованность судебных решений

В текстах решений по требованиям о взыскании компенсации за нарушение исключительного права суды часто оперируют критериями, выработанными в п. 2 Постановления № 28-П и получившими развитие в п. 21 Обзора практики № 3 от 12 июля 2017 г.

Достаточно часто данные критерии приводят-ся без какого-либо раскрытия и обоснования применимости к обстоятельствам конкретного спора.

Данную тенденцию отразил СИП в Постановлении от 19 сентября 2017 г. по делу № А45-

16794/2016: «Ограничившись голословным указанием на то, что суд первой инстанции исследовал все имеющиеся в деле доказательства, <...> суд апелляционной инстанции самостоятельной оценки вышеназванным доказательствам также не дал <...> игнорирование любого элемента мотивировочной части судебного акта дает повод усомниться в его законности и обоснованности».

3.2. Недобросовестное поведение сторон

Проведенный анализ показал, что суды уделяют недостаточное внимание принципу добросовестности, равным образом применимому и к истцу, и к ответчику, что может привести, с одной стороны, к удовлетворению требования недобросовестного истца, а с другой – к снижению размера компенсации, взыскиваемого с недобросовестного ответчика.

3.3. Обоснование размера компенсации

Достаточно часто в судебной практике при определении размера компенсации, подлежащей взысканию, суд среди прочего учитывает размер понесенных истцом убытков. Данная тенденция приводит отчасти к постепенному стиранию границы между убытками и компенсацией, тогда как из системного и телеологического толкования текста указанной нормы явствует, что одновременное существование таких санкций за нарушение исключительного права, как взыскание убытков, размер которых подлежит доказыванию, и взыскание компенсации, размер которой доказыванию не подлежит, призвано предоставить правообладателю механизм, представляющий собой по сути законную неустойку, применение которой обусловлено наличием нарушения, а не последствий.

Незначительное число дел, в которых суды полностью удовлетворяют иски о взыскании, показывает общую тенденцию к снижению размера компенсации.

3.4. Цель компенсации

С предыдущим вопросом тесно связана проблема определения цели компенсации. Можно выделить как минимум три возможных подхода.

1. Штрафная (карательная) – компенсация преследует цель наказания ответчика¹⁶. Данный подход объясняется авторами по-разному: реализацией норм публичного права в институте интеллектуальных прав, целями превенции, присущими мерам юридической ответственности, не характерными для других гражданско-правовых санкций защиты способами исчисления (двукратная стоимость контрафактных экземпляров или двукратная стоимость права использования)¹⁷.

2. Компенсационная (восстановительная) – компенсация направлена на восстановление положения правообладателя, пострадавшего от нарушения его исключительных прав¹⁸. На такую природу компенсации указано в п. 43.3 Постановления № 5/29. Суды также в ряде случаев указывают именно на такую природу компенсации (см. Раздел II настоящего обзора).

3. Выделяют и третий, «гибридный» подход к правовой природе компенсации – компенсация имеет двойственную природу, поскольку направлена на восстановление имущественного положения, но также обеспечивает превенцию возможных правонарушений в области интеллектуальных прав, наказание нарушителя¹⁹.

Общий подход судов склоняется к восстановительной цели компенсации, что приводит суды к выводу о недопустимости превышения компенсацией размера убытков (хотя гражданскому праву известны и другие случаи, когда применение гражданско-правовых санкций может привести к «обогащению» потерпевшего: взыскание убытков сверх неустойки (штрафная неустойка), выплата компенсации сверх возмещения вреда²⁰).

Как справедливо отмечают некоторые авторы, «зачастую суды, пытаясь излишне учесть интересы правонарушителей, допускают ситуацию, когда снижение размера компенсации приводит не только к тому, что говорить о штрафной природе вообще бессмысленно, но и к тому, что взыскиваемая компенсация не обеспечивает даже восстановление лица в его правах, а в некоторых случаях и вовсе позволяют правонарушителю извлечь выгоду из своего неправомерного поведения»²¹. Пример последнего – снижение судами размера компенсаций в соответствии с позицией, изложенной в Постановлении КС РФ от 13 февраля 2018 г. № 8-П.

Таким образом, необходима выработка единого подхода к природе компенсации.

3.5. Патернализм в отношении субъектов предпринимательской деятельности

В то время как абз. 3 п. 1 ст. 2 ГК характеризует предпринимательскую деятельность как самостоятельную и осуществляемую на свой риск, суды, применяя позицию, изложенную в Постановлении № 28-П, снижают размер ответственности индивидуальных предпринимателей, принимая во внимание, в первую очередь, их материальное положение.

3.6. Нарушение требования состязательности и равноправия сторон

Подавляющее большинство дел по взысканию компенсации за нарушение исключительных прав отправлены ВС РФ на новое рассмотрение по причине того, что нижестоящие суды: 1) в нарушение принципов состязательности и равноправия сторон произвольно снижали компенсацию ниже ми-

¹⁶ Старженецкий В.В. О природе компенсации за нарушение исключительных прав. С. 141; Ахметов Р.Р. Правовая природа компенсации как способа защиты исключительных прав // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2011, № 13. С. 67–68; Жук А. Компенсация за нарушение исключительного права на изобретение: российский и зарубежный опыт // Интеллектуальная собственность. Промышленная собственность. 2011, № 6. С. 6.

¹⁷ Более подробно см.: Гаджиев Г., Калятин В., Сергеев А., Семенов А., Кольздорф М. и др. Компенсация за нарушение исключительных прав: вопросы квалификации // Закон, № 12, 2016 г.

¹⁸ Гаврилов Э.Л., Еременко В.И. Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации (постатейный). М., 2009. С. 85; Сергеев А.П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации. М., 2003. С. 384; Кондратьева Е.А. Требование компенсации за нарушение исключительного права как форма злоупотребления правом // Гражданское право. 2013. № 2. С. 30.

¹⁹ Новоселова Л. О механизме компенсации за нарушение исключительных прав // Хозяйство и право. 2017. № 3. С. 4, 7.

²⁰ Пункт 3.1 Постановления Конституционного Суда РФ от 13 декабря 2016 г. № 28-П «По делу о проверке конституционности подпункта 1 статьи 1301, подпункта 1 статьи 1311 и подпункта 1 пункта 4 статьи 1515 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с запросами Арбитражного суда Алтайского края».

²¹ Смирнова Е.А., Шишанова А.А. Проблемы определения размера компенсации за нарушение исключительного права // Интеллектуальная собственность. Промышленная собственность (электронная версия). 2018. № 3. С. 13 - 26.

нимального предела, установленного законом; или
2) снижали размер компенсации без соответствующего заявления ответчика.

Кроме того, встречается практика изменения судом по своей инициативе способа расчета компенсации.

Ключевые слова:

компенсация, ответственность, авторское право, патентное право, средства индивидуализации.

Список литературы:

1. Ахметов Р.Р. Правовая природа компенсации как способа защиты исключительных прав // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2011, № 13. С. 67–68
2. Гаджиев Г., Калятин В., Сергеев А., Семенов А., Кольздорф М. и др. Компенсация за нарушение исключительных прав: вопросы квалификации // Закон, № 12, 2016 г.
3. Гаврилов Э.П., Еременко В.И. Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации (постатейный). М., 2009. С. 85
4. Жук А. Компенсация за нарушение исключительного права на изобретение: российский и зарубежный опыт // Интеллектуальная собственность. Промышленная собственность. 2011, № 6. С. 6.
5. Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации (постатейный) / Отв. ред. Е.А. Павлова. М.: ИЦЧП им. С.С. Алексеева при Президенте РФ, 2018. 928 с.
6. Кондратьева Е.А. Требование компенсации за нарушение исключительного права как форма злоупотребления правом // Гражданское право. 2013. № 2. С. 30.
7. Новоселова Л. О механизме компенсации за нарушение исключительных прав // Хозяйство и право. 2017. № 3. С. 4, 7.
8. Сергеев А.П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации. М., 2003. С. 384
9. Смирнова Е.А., Шишанова А.А. Проблемы определения размера компенсации за нарушение исключительного права // Интеллектуальная собственность. Промышленная собственность (электронная версия). 2018. № 3. С. 13 – 26.
10. Старженецкий В. О природе компенсации за нарушение исключительных прав // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. – М.: ЮРИТ-Вестник, 2003, № 11. – С. 136-143.

Интеллектуальные права несовершеннолетних: особенности реализации и судебной защиты



А.В. Ермаков,

кандидат юридических наук,
доцент, И.о. заведующего кафедрой гражданского и предпринимательского права
ФГБОУ ВО РГАИС



Н.Ю. Сергеева,

кандидат юридических наук,
доцент кафедры гражданского и предпринимательского права ФГБОУ ВО РГАИС

Статья посвящена малоизученной в отечественной цивилистике проблематике – интеллектуальным правам несовершеннолетних. В рамках темы поднимаются вопросы, связанные с особенностями осуществления и защиты интеллектуальных прав на созданные несовершеннолетними результаты интеллектуальной деятельности, рассматриваются отдельные проблемы, являющиеся дискуссионными в настоящее время.

Как известно, наиболее творческой порой является детство. Именно в это золотое время дети бывают активно вовлечены в различные творческие процессы, а самые одаренные среди них уже в юном возрасте создают настоящие шедевры. Так, например, известно, что «Сальвадор Дали написал свою первую значимую картину «Пейзаж

близ Фигераса» в 6 лет, Валентин Серов – портрет «Ляля (Аделаида Яковлевна) Симонович» в 15 лет, Пабло Пикассо – «Пикадор» в 8-летнем возрасте, Джон Эверт Милле – «Борцы» в 11 лет, Амадео Модильяни – «Тосканский пейзаж» в 15 лет. Полотно «Мучения святого Антония» создано Микеланджело Буанаротти в 13 лет» [15]¹. Вместе с тем слу-

¹ Якушев П.А. Традиционные ценности в механизме правового регулирования семейных отношений в России и странах Европы: дис. ...докт. юрид. наук. М., 2019. С. 144.

чается, что результаты интеллектуального труда несовершеннолетних используются без согласия авторов, а к правам на них нередко относятся с пренебрежением.

В рамках настоящей статьи предлагаем рассмотреть актуальные правовые вопросы, связанные с особенностями реализации (осуществления) и защиты интеллектуальных прав несовершеннолетних. При этом подчеркнем, что в доктрине правам несовершеннолетних уделяется достаточно внимания [9, 3, 10]², в том числе, вопросам, связанным с наделением интеллектуальными правами упомянутых лиц [5, 12, 2]³. Вместе с тем отдельные проблемы, на наш взгляд, по-прежнему остаются дискуссионными и требуют детального рассмотрения.

В частности, представляют правовой интерес следующие вопросы.

1. Каковы особенности осуществления интеллектуальных прав несовершеннолетних, не достигших возраста четырнадцати лет, их законными представителями, и есть ли необходимость в их ограничении?

2. Имеются ли особенности по осуществлению интеллектуальных прав несовершеннолетними в возрасте от четырнадцати до восемнадцати лет, и следует ли предусмотреть в действующем законодательстве возможность их самостоятельной (личной) защиты?

Прежде чем начать поиск ответов на поставленные вопросы, следует определиться с понятийным аппаратом, а именно кратко рассмотреть, кто такие несовершеннолетние и что такое интеллек-

туальные права исходя из действующего законодательства Российской Федерации.

Итак, по смыслу п. 1 ст. 21 Гражданского Кодекса РФ (далее – ГК РФ) несовершеннолетними являются лица, не достигшие восемнадцатилетнего возраста. Согласно пункту 1 ст. 54 Семейного Кодекса РФ (далее – СК РФ) лицо, не достигшее возраста восемнадцати лет (совершеннолетия), признается ребенком. Указанные лица полностью правоспособны (ст. 17 ГК РФ), однако их дееспособность, как следует из ст. 26 и 28 ГК РФ, является частичной из-за объективных медико-психологических характеристик возрастного становления личности (отсутствия необходимой зрелости).

Что касается интеллектуальных прав, то указанные гражданские права являются сегодня предметом многочисленных научных дискуссий [13, 6, 7]⁴ и диссертационных исследований [14, 8, 15]⁵. Данные права регламентируются ст. 1226 ГК РФ и признаются на интеллектуальную собственность, то есть на различные результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации, перечисленные в п. 2 ст. 1225 ГК РФ. При этом в доктрине, в частности, Э.П. Гавриловым, отмечается, что в указанной норме к результатам интеллектуальной деятельности, которые являются результатами творчества и тесно связаны с личностью автора, относятся всего семь: авторские произведения, исполнения, изобретения, полезные модели, промышленные образцы, селекционные достижения, топологии интегральных микросхем. «Другие – девять видов интеллектуальной собственности – это объекты, не относящиеся

² См. например: Михайлова И.А. Согласование сделок несовершеннолетних лиц: практические и теоретические проблемы // Законы России: опыт, анализ, практика. 2015. № 1. С. 8.; Кочегарова Д.Ф., Бердников А.А. Дееспособность несовершеннолетних с ограниченными возможностями // Адвокат. 2015. № 3. // <https://justicemaker.ru/view-article.php?art=4960&id=18>; Олефир В.А. К вопросу о сделкоспособности несовершеннолетних граждан // Власть закона. 2015. № 3.

³ См. например: Гаврилов Э.П. Интеллектуальные права несовершеннолетних // Хозяйство и право. 2011. № 9. С. 56; Рабец А.М. Проблемы реализации несовершеннолетними авторских прав на результаты интеллектуальной деятельности в Российской Федерации // Вестник ТвГУ. Серия «Право». 2016. № 2. С. 88; Бекеров О.А. Охрана прав несовершеннолетних авторов: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2011. и пр.

⁴ См., например: Ревинский О.В. Как понимать интеллектуальные права? // Патенты и лицензии. 2008. № 8. С. 2; Гаврилов Э.П. Интеллектуальные права в современной России: теоретические проблемы. Часть I//Патенты и лицензии. Интеллектуальные права. 2013. № 1. С. 3; Городов О.А. К дискуссии об интеллектуальных правах//Патенты и лицензии. Интеллектуальные права. 2014. № 4. С. 18 и др.

⁵ См., например: Серебрякова Д.Ш. Имущественная составляющая интеллектуальных прав: дис. ...канд. юрид. наук. М., 2017; Зимин В.А. Правовая природа интеллектуальных прав по законодательству Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2015; Шеленговский П.Г. Категория «интеллектуальные права» в современной системе гражданских прав: теоретико-правовые аспекты: дис. ...канд. юрид. наук. М., 2011 и др.

к категории РИД. Это – также нематериальные объекты, но их создание не считается творческим процессом, а потому их создатели не считаются авторами. Строго говоря, эти виды интеллектуальной собственности изготавливаются, получают в результате обычной деятельности гражданина» [4]⁶. Данной логики придерживается также О.А. Рузакова, по мнению которой, «ГК РФ, используя понятие “результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации”, которым предоставляется правовая охрана, не охватывает такие объекты, как фонограммы, передачи эфирного и кабельного вещания, базы данных, создаваемые в ходе технической, организационной и т. п. деятельности, приравненной к интеллектуальной, в связи с чем в науке предлагалось использовать термин “результаты интеллектуальной и приравненной к ней деятельности” [13]⁷. С высказанными мнениями уважаемых ученых нет оснований не согласиться. Между тем до настоящего момента данный вопрос не решен в действующем законодательстве, а в ст. 1225 ГК РФ к результатам интеллектуальной деятельности отнесены, в том числе объекты, которые являются ими лишь условно.

Все перечисленные в ст. 1225 ГК РФ результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации являются объектами гражданского права (ст. 128 ГК РФ), которые не могут отчуждаться или иными способами переходить от одного лица к другому (п. 4 ст. 129 ГК РФ). Права на такие результаты и средства, а также материальные носители, в которых выражены соответствующие результаты или средства, могут отчуждаться или иными способами переходить от одного лица к другому в случаях и в порядке, установленных Гражданским кодексом.

По смыслу ст. 1226 ГК РФ, систему интеллектуальных прав в России составляют исключительное право, личные неимущественные и иные права. При этом исключительное право возникает в отношении каждого вида интеллектуальной собственности, а личные неимущественные права и иные права – только в случаях, предусмотренных ГК РФ.

Наиболее значимое гражданское право среди названных – исключительное, поскольку является оборотоспособным гражданским правом и, как правило, имеет для правообладателя коммерческую ценность. Общие положения о содержании упомянутого права находят свое отражение в ст. 1229 ГК РФ. По смыслу указанной нормы данное право состоит из трех основных правомочий: правомочия использования объекта интеллектуальных прав любым не противоречащим закону способом, правомочия распоряжения исключительным правом на объект (если Кодексом не предусмотрено иное), правомочия разрешения или запрета использования объекта.

Итак, какими же интеллектуальными правами законодатель наделяет несовершеннолетних?

Прежде всего отметим, что по смыслу ст. 18 ГК РФ, посвященной содержанию правоспособности граждан, несовершеннолетние *могут иметь* права авторов произведений науки, литературы и искусства, изобретений и иных охраняемых законом результатов интеллектуальной деятельности с рождения. То есть, потенциальная возможность стать автором есть у каждого творчески одаренного человека независимо от возраста и состояния здоровья. При этом автором, согласно ст. 1228 ГК РФ, признается гражданин, творческим трудом которого создан такой результат. Вместе с тем, если такая возможность *иметь права* авторов у несовершеннолетнего имеется с рождения, то уже *осуществление прав* на созданный результат интеллектуальной деятельности имеет целый ряд особенностей, связанных как с возрастом упомянутых лиц, так и с правовым режимом самих объектов.

Особенности реализации интеллектуальных прав несовершеннолетними, не достигшими четырнадцати лет (малолетними)

По смыслу ст. 28 ГК РФ, малолетними являются лица, не достигшие четырнадцати лет. Согласно п. 1 ст. 28 ГК РФ, за указанных лиц могут совершать сделки от их имени только их законные представители. Самостоятельно малолетние, согласно п. 2 названной нормы, могут совершать только мелкие бытовые сделки (к которым отнести сделки по рас-

⁶ Там же.

⁷ Рузакова О.А. Договоры о создании результатов интеллектуальной деятельности и распоряжении исключительными правами: учебно-практическое пособие для магистров. Москва : Проспект, 2020. С. 9.

поряжению интеллектуальными правами в настоящее время не представляется возможным); сделки, направленные на безвозмездное получение выгоды, не требующие нотариального удостоверения либо государственной регистрации; а также сделки по распоряжению средствами, предоставленными законным представителем или с согласия последнего третьим лицом для определенной цели или свободного распоряжения. При этом отметим, что согласно ст. 12 Конвенции «О правах ребенка», одобренной Генеральной Ассамблеей ООН 20 ноября 1989 г. во взаимосвязи со ст. 7 ГК РФ, а также ст. 57 СК РФ, в случае осуществления прав малолетних их законными представителями должно быть учтено мнение самого малолетнего.

Таким образом, сказанное позволяет сделать вывод, что самостоятельная сделкоспособность малолетних, не считая отдельных исключений, законодателем заблокирована. Применительно к интеллектуальным правам это означает невозможность самостоятельного распоряжения исключительным правом на охраняемый результат интеллектуальной деятельности, а также самостоятельного осуществления некоторых иных прав, имеющих имущественный характер. Реализация указанных прав возложена на их родителей, усыновителей или опекунов.

Отдельные решения, однако, исходя из положений действующего законодательства, законные представители принимать все же не могут. Так, в частности, по смыслу п. 2 ст. 37 ГК РФ и п. 3 ст. 60 СК РФ они *не могут* принимать решений, влекущих уменьшение имущества малолетнего, следовательно, например, заключать от имени несовершеннолетних безвозмездные договоры об отчуждении исключительных прав. Между тем, как справедливо отмечает в этой связи Э.П. Гаврилов, «нельзя исключать возможность заключения законными представителями безвозмездных лицензионных договоров, в частности в сфере авторского права, что может способствовать будущему коммерческому успеху гражданина» [4]⁸. Кроме того, думается, что в отдельных случаях малолетний может самостоятельно извлекать пользу из охраняемого вида интеллек-

туальной собственности *без вовлечения исключительного права в оборот*. Например, он может публично исполнять произведение (подп. 6 п. 2 ст. 1270 ГК РФ), перерабатывать и доводить его до всеобщего сведения (подп. 9 и 11 п. 2 ст. 1270 ГК РФ), изготавливать и применять продукт, в котором использованы изобретение или полезная модель, либо изделия, в котором использован промышленный образец (подп. 1 п. 2 ст. 1358 ГК РФ) и пр. Что касается личных неимущественных прав малолетнего, входящих в состав интеллектуальных прав, то, вероятно, они не могут быть осуществлены законными представителями исходя из правовой природы права.

Между тем считаем, что в целях соблюдения интересов малолетних следует внести изменения в ст. 28 ГК РФ и ограничить правомочия законных представителей в части возможности отчуждения ими исключительных прав. Принятие решения по данному вопросу, по нашему мнению, должно принадлежать самому создателю результата интеллектуальной деятельности по достижении им 14-летнего возраста. Кроме того возможно, что в действующем законодательстве следует ограничить срок действия лицензионного договора, заключаемого от имени малолетних в отношении созданных ими результатов интеллектуальной деятельности. Рассматриваемый срок должен быть ограничен достижением несовершеннолетними возраста 14 лет, то есть возрастом, с которого он будет иметь полное право самостоятельно принимать решение о совершении указанных сделок (п. 2 ст. 26 ГК РФ). Учитывая достаточно длительный срок действия исключительных прав для большинства видов интеллектуальной собственности, данный подход видится справедливым, поскольку оставляет возможность несовершеннолетнему автору в дальнейшем самостоятельно распоряжаться юридической судьбой созданного им результата интеллектуальной деятельности.

Особенности осуществления интеллектуальных прав несовершеннолетними в возрасте от четырнадцати до восемнадцати лет

Вопрос, связанный с особенностями осуществления интеллектуальных прав несовершеннолетними

⁸ Там же. С. 351.

в возрасте от четырнадцати до восемнадцати лет, решен в законе несколько иначе.

Согласно подпункту 2 п. 2 ст. 26 ГК РФ указанные лица вправе самостоятельно, без согласия родителей, усыновителей и попечителей осуществлять права автора произведения науки, литературы или искусства, изобретения или иного охраняемого законом результата своей интеллектуальной деятельности. Это означает, что начиная с 14-летнего возраста несовершеннолетний автор может *самостоятельно осуществлять как личные немущественные права автора, так и имущественные и иные права*. Например, он имеет право на самостоятельный выбор способа указания своего имени, решает вопросы обнародования произведения и вопросы, связанные с его неприкосновенностью, может использовать созданный им результат любыми не противоречащими закону способами, а также заключать различные виды договоров, направленные на распоряжение исключительными правами и т. д.

В доктрине вопрос наделения несовершеннолетнего автора в возрасте от четырнадцати до восемнадцати лет правом на самостоятельное осуществление интеллектуальных прав является дискуссионным. В большинстве случаев ученые спорят о возможности указанных лиц осуществлять правомочие распоряжения исключительным правом. В частности, В.А. Олефир считает, что «действующая часть 4 ГК РФ содержит очень сложные правовые конструкции (например, лицензионный договор о предоставлении права использования произведения, договор авторского заказа), анализ которых позволил прийти к выводу о том, что несовершеннолетнему в силу отсутствия опыта, знаний не разобраться в этом правовом материале. Поэтому, руководствуясь принципом разумности, несовершеннолетний, создавший результат интеллектуальной деятельности, должен заключать подобные договоры с письменного со-

гласия родителей (лиц, их заменяющих)» [11]⁹. По мнению О.А. Бекерова, действующее правовое регулирование создает предпосылки для злоупотребления неопытностью несовершеннолетних авторов, в связи с чем предлагает законодательно закрепить осуществление прав авторами в возрасте от 14 до 18 лет в общем порядке, т.е. с письменного согласия законных представителей [2]¹⁰.

Между тем в доктрине имеется и противоположная точка зрения. В частности, Э.П. Гаврилов не разделяет мнения о внесении изменений в существующее правовое регулирование. По мнению ученого, «существующее правовое регулирование интеллектуальных прав несовершеннолетних представляется логичным и обоснованным. В связи с этим трудно согласиться с появляющимися время от времени предложениями о внесении коренных изменений в действующий правовой режим» [4]¹¹. Интересная точка зрения по рассматриваемому вопросу высказана П.А. Якушевым. Он видит решение проблемы в «реализации во взаимоотношениях детей и родителей традиционных семейных ценностей, выражающихся в создании в семье атмосферы заинтересованности каждого члена семьи делами другого, вовлеченности родителей в проблемы ребенка, взаимной помощи и поддержки» [15]¹². По мнению ученого, «это является действительно эффективным средством решения многих вопросов, которые возникают при самостоятельной реализации несовершеннолетними авторами их прав, в отличие от внесения изменений в подпункт 2 пункта 2 статьи 26 ГК РФ. При этом сохраняются и свобода творчества несовершеннолетних, и необходимые условия для реализации их интеллектуальных прав» [15]¹³. Вместе с тем автор данной точки зрения полагает, что «могут возникать конкретные жизненные ситуации, когда ограничение правомочий несовершеннолетнего по осуществлению его прав как автора результата интеллектуальной деятельности будет

⁹ Олефир В.А. К вопросу о сделкоспособности несовершеннолетних граждан // Власть закона. 2015. № 3.

¹⁰ См. подробнее: Бекеров О.А. Охрана прав несовершеннолетних авторов: дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2011. С. 164 – 166.

¹¹ Гаврилов Э.П. Право интеллектуальной собственности. Общие положения. XXI век. Издательство «Юрсервитум». М., 2015. С. 354.

¹² Якушев П.А. Традиционные ценности в механизме правового регулирования семейных отношений в России и странах Европы: дисс. ... докт. юрид. наук. М., 2019. С. 150.

¹³ Там же.

необходимо как в интересах самого несовершеннолетнего, реализующего свои интеллектуальные права в ущерб себе, так и в интересах развития науки и творчества. Оценка наличия таких обстоятельств должна осуществляться всесторонне судом, с привлечением к участию в деле прокурора и органа опеки и попечительства» [15]¹⁴.

По нашему мнению, в современный век цифровых технологий несовершеннолетним в возрасте от 14 до 18 лет открыт целый мир для создания различных результатов интеллектуальной деятельности, права на которые должен осуществлять сам несовершеннолетний автор. Мы не отрицаем, что ч. 4 ГК РФ содержит сложные правовые конструкции и несовершеннолетнему в силу отсутствия опыта и знаний действительно трудно самостоятельно, без помощи взрослых разобраться в этом правовом материале. Вместе с тем ситуация не изменится коренным образом, когда ребенок достигнет возраста 18 лет, поскольку Гражданский кодекс для человека без юридического образования всегда будет представлять весьма сложный правовой материал. В этой связи полагаем, что существующего регулирования этого вопроса вполне достаточно. Авторы статьи полагают, что для эффективного решения данного вопроса следует обратить более пристальное внимание на повышение правовой грамотности современных подростков путем организации прочтения им открытых лекций или введением спецкурсов в школьную программу, целенаправленно посвященную именно интеллектуальным правам. Данная мера повысит правовую культуру несовершеннолетних, даст возможность юным авторам разобраться, в том числе, в различных теоретических и практических вопросах, связанных с интеллектуальной собственностью, а некоторые из подростков возможно, заинтересуются впоследствии возможностью получения профильного высшего юридического образования.

Отдельные особенности защиты интеллектуальных прав несовершеннолетних

Как известно, общие положения о защите интеллектуальных прав содержатся в ст. 1250 ГК РФ, согласно которой интеллектуальные права

охраняются способами, предусмотренными ГК РФ, с учетом существа нарушенного права и последствий нарушения этого права. Споры, связанные с защитой нарушенных или оспоренных интеллектуальных прав, рассматриваются и разрешаются судом (п. 1 ст. 1248 ГК РФ), и только в отдельных, предусмотренных п. 2 ст. 1248 ГК РФ, случаях в административном порядке – федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности и федеральным органом исполнительной власти по селекционным достижениям.

По смыслу п. 1 ст. 37 ГПК РФ, гражданская процессуальная дееспособность (то есть, способность своими действиями осуществлять процессуальные права, выполнять процессуальные обязанности и поручать ведение дела в суде представителю) принадлежит в полном объеме гражданам, достигшим возраста восемнадцати лет. Также, согласно п. 2 данной нормы, несовершеннолетний может лично осуществлять свои процессуальные права и выполнять процессуальные обязанности в суде со времени вступления в брак или объявления его полностью дееспособным (эмансипации).

Как уже было отмечено ранее, все несовершеннолетние, согласно действующему гражданскому законодательству, делятся на несовершеннолетних, не достигших четырнадцати лет (малолетних) и на несовершеннолетних в возрасте от четырнадцати до восемнадцати лет.

Что касается малолетних, то по смыслу п. 5 ст. 37 ГПК РФ, права, свободы и законные интересы несовершеннолетних, не достигших возраста четырнадцати лет, а также граждан, признанных недееспособными, если иное не предусмотрено ГПК РФ, защищают в процессе их законные представители – родители, усыновители, опекуны, попечители или иные лица, которым это право предоставлено федеральным законом. Если же в процессе участвуют несовершеннолетние в возрасте от четырнадцати до восемнадцати лет, то их, согласно п. 3 ст. 37 ГПК РФ, также защищают в процессе их законные представители. Однако суд обязан привлекать к участию в таких делах

¹⁴ Там же.

самих несовершеннолетних. При этом возможности самостоятельной (личной) защиты прав несовершеннолетними в законе не предусмотрено (выделено авт.).

В доктрине отмечается, что подобные нормы вызывают вопросы, поскольку не соотносятся с наделением несовершеннолетних авторов возможностью осуществления ими интеллектуальных прав с 14-летнего возраста. В частности, например, С.В. Букшина считает, что «если закон наделяет несовершеннолетних способностью самостоятельно заключать весьма сложные договоры, то нужно наделить несовершеннолетним в возрасте от четырнадцати до восемнадцати лет и правом самостоятельно защищать авторские права, с обязательным привлечением к участию в таких делах законных представителей. Вообще, правильнее было бы установить способность самостоятельно осуществлять и защищать авторские права с шестнадцати лет. Все-таки это более “зрелый возраст”, чем четырнадцать лет»¹⁵. А.П. Якушев предлагает «статью 1248 ГК РФ “Споры, связанные с защитой интеллектуальных прав” дополнить пунктом 4 следующего содержания: “4. Несовершеннолетние в возрасте от четырнадцати до восемнадцати лет вправе лично обращаться в суд за защитой своих нарушенных или оспоренных интеллектуальных прав”. При этом в силу части 4 статьи 37 ГПК РФ суд также привлекает к участию в деле законных предста-

вителей несовершеннолетних. Интеллектуальные права малолетних, не достигших возраста 14 лет, осуществляют их законные представители (п. 1 ст. 28 ГК РФ)» [15]¹⁶. Таким образом, ученые полагают возможным предусмотреть личную защиту интеллектуальных прав несовершеннолетних в возрасте от 14 до 18 лет.

Безусловно уважая высказанные мнения авторы считают, что правовое регулирование вопроса процессуальной дееспособности несовершеннолетних в настоящее время является вполне обоснованным, поскольку осуществление интеллектуальных прав несовершеннолетними и их последующая защита – отнюдь не одно и то же. Для защиты прав столь юные авторы не обладают ни достаточной зрелостью, ни тем более знаниями, в том числе процессуального законодательства, которые бы позволили им отстаивать свои права в суде даже с привлечением к делу их законных представителей. Отсутствуют у них, как правило, в этом возрасте и личные доходы, благодаря которым стало бы возможным участие в процессе адвоката без материальной поддержки законных представителей. Поэтому более логичной и правильной представляется позиция законодателя, обязывающая суд привлекать к участию в таких делах самих несовершеннолетних (по достижении им определенного в законе возраста), а осуществление защиты интеллектуальных прав предоставлять законным представителям.

Ключевые слова:

интеллектуальная собственность; интеллектуальные права; результаты интеллектуальной деятельности; несовершеннолетние; осуществление интеллектуальных прав; защита.

Список литературы:

1. Букшина С.В. Несовершеннолетний автор в межотраслевом пространстве // Вестник Новосибирского государственного университета. Серия: Право. 2014. Т. 10. № 1.
2. Бекеров О.А. Охрана прав несовершеннолетних авторов: дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2011.

¹⁵ Букшина С.В. Несовершеннолетний автор в межотраслевом пространстве // Вестник Новосибирского государственного университета. Серия: Право. 2014. Т. 10. № 1. С. 69 // <https://studylib.ru/doc/2403405/nesovershennoletnij-avtor-v-mezhotraslevom-prostranstve>

¹⁶ Якушев П.А. Традиционные ценности в механизме правового регулирования семейных отношений в России и странах Европы: дисс. ... докт. юрид. наук. М., 2019. С.152.

3. *Кочегарова Д.Ф., Бердников А.А.* Дееспособность несовершеннолетних с ограниченными возможностями // Адвокат. 2015. № 3.
4. *Гаврилов Э.П.* Право интеллектуальной собственности. Общие положения. XXI век. Издательство «Юрсервитум». М., 2015.
5. *Гаврилов Э.П.* Интеллектуальные права несовершеннолетних // Хозяйство и право. 2011. № 9.
6. *Гаврилов Э.П.* Интеллектуальные права в современной России: теоретические проблемы. Часть I // Патенты и лицензии. Интеллектуальные права. 2013. № 1.
7. *Городов О.А.* К дискуссии об интеллектуальных правах // Патенты и лицензии. Интеллектуальные права. 2014. № 4.
8. *Зимин В.А.* Правовая природа интеллектуальных прав по законодательству Российской Федерации: дисс. ...канд. юрид. наук. М., 2015.
9. *Кочегарова Д.Ф., Бердников А.А.* Дееспособность несовершеннолетних с ограниченными возможностями // Адвокат. 2015. № 3.
10. *Михайлова И.А.* Согласование сделок несовершеннолетних лиц: практические и теоретические проблемы // Законы России: опыт, анализ, практика. 2015. № 1.
11. *Олефир В.А.* К вопросу о сделкоспособности несовершеннолетних граждан // Власть закона. 2015. № 3.
12. *Рабец А.М.* Проблемы реализации несовершеннолетними авторских прав на результаты интеллектуальной деятельности в Российской Федерации // Вестник Тверского государственного университета. Серия «Право». 2016. № 2.
13. *Рузакова О.А.* Договоры о создании результатов интеллектуальной деятельности и распоряжении исключительными правами: учебно-практическое пособие для магистров. – Москва : Проспект, 2020. С. 9.
14. *Ревинский О. В.* Как понимать интеллектуальные права? // Патенты и лицензии. 2008. № 8.
15. *Серебрякова Д.Ш.* Имущественная составляющая интеллектуальных прав: дисс.... канд. юрид. наук. М., 2017.
16. *Шеленговский П.Г.* Категория «интеллектуальные права» в современной системе гражданских прав: теоретико-правовые аспекты: дисс. ...канд. юрид. наук. М., 2011.
17. *Якушев П.А.* Традиционные ценности в механизме правового регулирования семейных отношений в России и странах Европы: дисс. ...докт. юрид. наук. М., 2019.

О понятии интеллектуальной собственности с позиций международного права



О.В. Новосельцев,

кандидат технических наук, кандидат юридических наук,
патентный поверенный РФ (рег. № 65),
генеральный директор ООО «Компания патентных поверенных «ПЕТРОПАТЕНТ»»

В статье исследуется необходимость включения института интеллектуальной собственности в систему современного российского гражданского права согласно обязательствам России по международным соглашениям и гражданско-правовое содержание понятия интеллектуальной собственности с позиций международного права и международных соглашений с участием России. Показана необходимость развития этой области гражданских правоотношений с учетом определенного законом верховенства норм международного права и международных соглашений и принципиальной значимости развития гражданского оборота объектов и прав интеллектуальной собственности для инновационного развития экономики России.

В современном обществе в условиях бурного развития международных отношений, формирования экономики знаний и развития информационных цифровых технологий, возможности частной собственности на средства производства и результаты творчества, все большее значение приобретают нематериальные в физическом смысле, но вполне материальные в гражданско-правовом (стоимостном, имущественном) смысле объекты имущества, информационные по своей природе результаты интеллектуальной деятельности, приравненные к ним средства индивидуализации и связанные с ними имущественные права, которые в большинстве стран мира называются *интеллектуальная собственность*¹.

Современное резкое возрастание значимости результатов интеллектуальной деятельности, объектов и прав интеллектуальной собственности тесно связано с изменением функций информации в общественном производстве и потреблении.

Информация в настоящее время приобрела самостоятельное экономическое значение, обособленное от непосредственного производства, она стало самостоятельной коммерческой ценностью, импульсом развития науки и многих прикладных отраслей производства, основным активом постиндустриального информационного общества.

В результате массового применения электронно-вычислительных машин и программ, информационных телекоммуникационных технологий и Интернета произошло широкое вовлечение

¹ Англ. – intellectual property, франц. – propriété intellectuelle.

результатов интеллектуальной деятельности и связанных с ними имущественных прав в гражданский оборот, что потребовало включения вопросов использования результатов творчества и охраняемой информации в юридическую сферу и привело к появлению в теории и на практике понятия *интеллектуальная собственность*.

Необходимость включения данного института *интеллектуальная собственность* в систему современного российского гражданского права обусловлена не только обязательствами России по международным и межгосударственным соглашениям, в частности в рамках членства России во Всемирной организации интеллектуальной собственности (ВОИС), Всемирной торговой организации (ВТО), Содружестве независимых государств (СНГ), Евразийском экономическом союзе (ЕЭС), Таможенном союзе, но и насущной необходимостью ее легального признания и использования для преодоления системного кризиса, возрождения и развития экономики современной России

Россия как правопреемник СССР являясь полноправным членом ВОИС, приняла на себя обязательства практически по всем действующим в настоящее время международным соглашениям в области интеллектуальной собственности.

Россия как член ВТО присоединилась ко всем соглашениям, подписанным в ходе Уругвайского раунда Генерального соглашения по тарифам и торговле², в том числе и к Соглашению о торговых аспектах прав интеллектуальной собственности³, которое охватывает авторские и смежные права, товарные знаки, наименования мест происхождения товаров, промышленные образцы, патенты, топологии интегральных микросхем и содержит детальное описание средств защиты, которые члены ВТО должны предоставлять обладателям прав интеллектуальной собственности.

Россия как член СНГ подписала Модельный кодекс интеллектуальной собственности для государств участников СНГ⁴, который направлен на обеспечение единообразного регулирования имущественных и связанных с ними личных неимущественных отношений, возникающих в связи с

созданием и использованием объектов интеллектуальной собственности, распоряжением правами интеллектуальной собственности, а также с охраной и защитой прав на такие объекты, на гармонизацию национального законодательства в сфере интеллектуальной собственности государств – участников Содружества Независимых Государств,

Данный Модельный кодекс интеллектуальной собственности, далее – «Кодекс», устанавливает основания и принципы приобретения прав интеллектуальной собственности и распоряжения ими, охраны и защиты интересов собственников прав интеллектуальной собственности и обладателей объектов интеллектуальной собственности.

В нем указано, что законодательство государств – участников СНГ об интеллектуальной собственности состоит из данного Кодекса, модельных законов, конституций, национальных кодексов, законов и иных нормативных правовых актов, направленных на охрану личных неимущественных и имущественных прав субъектов права интеллектуальной собственности.

В Модельном кодексе интеллектуальной собственности также указано, что общепризнанные принципы и нормы международного права, международные договоры в области создания и использования объектов интеллектуальной собственности, распоряжения правами интеллектуальной собственности, а также охраны и защиты таких прав являются составной частью правовой системы государств – участников СНГ; что международные договоры государств – участников СНГ применяются к отношениям в области создания и использования объектов интеллектуальной собственности, распоряжения правами интеллектуальной собственности, а также охраны и защиты таких прав непосредственно; за исключением случаев, когда для применения международного договора требуется принятие национального правового акта и что если международным договором, участником которого является государство – участник СНГ, установлены иные правила, чем те, которые содержатся в данном Кодексе, то применяются правила международного договора.

² Англ. – *General Agreement on Tariffs and Trade*, GATT, ГАТТ.

³ Англ. – *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, TRIPS, ТРИПС.

⁴ Принят на тридцать четвертом пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств – участников СНГ (Постановление № 34-6 от 7 апреля 2010 г.).

Постановка задачи исследования

В отношении понятия и термина *интеллектуальная собственность* в России в настоящее время сложилась парадоксальная ситуация.

Термин *интеллектуальная собственность* используется в Конституции РФ (ст. 44 и 71), в Гражданском кодексе РФ (ст. 1225) и в ряде федеральных законов;

существует орган исполнительной власти в Российской Федерации – Федеральная служба по интеллектуальной собственности (Роспатент)⁵, осуществляющая функции по контролю и надзору в сфере правовой охраны и использования объектов интеллектуальной собственности, патентов и товарных знаков и результатов интеллектуальной деятельности, вовлекаемых в экономический и гражданско-правовой оборот;

существуют подведомственные Роспатенту организации – Федеральный институт промышленной собственности (ФИПС) с более чем двумя тысячами государственных экспертов и специалистов по интеллектуальной собственности⁶ и Российская государственная академия интеллектуальной собственности (РГАИС) с юридическим факультетом и факультетом управления интеллектуальной собственностью⁷;

в специальном государственном реестре зарегистрировано более двух тысяч патентных поверенных, осуществляющих ведение дел с федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности по поручению заявителей,

правообладателей и иных заинтересованных граждан и юридических лиц⁸;

регулярно издается множество монографий и учебников по праву интеллектуальной собственности⁹;

активно функционирует Всемирная организация интеллектуальной собственности (ВОИС)¹⁰, полноправным членом которой является Россия;

существует международная практика и обязательные для исполнения международные соглашения в сфере интеллектуальной собственности с участием России (ВТО, ТРИПС, СНГ, Евразийский экономический союз и др.);

ежегодно на государственном уровне отмечается Всемирный день интеллектуальной собственности (26 апреля, день учреждения ВОИС);

существуют и активно используются Глобальные базы данных ВОИС и отдельных стран по массивам информации, имеющейся в системе интеллектуальной собственности, а также Международные классификации и Стандарты ВОИС для национальных ведомств по интеллектуальной собственности¹¹;

разработан и принят Модельный кодекс интеллектуальной собственности для государств участников СНГ¹²;

выпускаются федеральные научные журналы «Интеллектуальная собственность»¹³ и «Право интеллектуальной собственности»¹⁴;

защищаются диссертации на соискание ученых степеней кандидатов и докторов юридических наук в области права интеллектуальной собственности¹⁵;

⁵ <http://www.rupto.ru>;

⁶ <http://www.fips.ru>;

⁷ <http://www.rgiis.ru>;

⁸ п. 2 ст. 1 Федерального закона от 30 декабря 2008 г. № 316-ФЗ «О патентных поверенных», ст. 1247 ГК РФ,

⁹ Сергеев А.П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации. Учебник. ПРОСПЕКТ, 1996; Гаврилов Э.П., Добрынин О.В., Китайский В.Е., Леонтьев К.Б., Мухамедшин И.С. Право интеллектуальной собственности. Учебник. 2-е изд. перераб. и доп. М.: ПРОСПЕКТ, 2016. 896 с.; Право интеллектуальной собственности. Т. 1,2,3. Учебник/под общ. Ред. Д.Ю.н., проф. Л.А. Новоселовой. М.: Статут, 2017; Зенин И.А. Право интеллектуальной собственности: учебник для магистров. 9 изд. перераб. и доп. М.: Издательство Юрайт, 2014. 620 с. и др.

¹⁰ <http://www.wipo.int>;

¹¹ <http://www.wipo.int/reference/ru>;

¹² постановление Межпарламентской Ассамблеи государств - участников СНГ № 34-6 от 7 апреля 2010 года.

¹³ <http://superpressa.ru>;

¹⁴ <http://pravois.ru>;

¹⁵ Городов О.А. Интеллектуальная собственность: правовые аспекты коммерческого использования. Дисс. на соиск. д.ю.н. С.-Пб., 1999.; Близнец И.А. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации: теоретико-правовое исследование. Дисс. на соиск. д.ю.н. М., 2003; Мерзликина Р.А. Гражданско-правовая регламентация интеллектуальной собственности в Российской Федерации. Дисс. на соиск. д.ю.н. М., 2008; Агамагомедова С.А. Административно-правовой механизм защиты прав интеллектуальной собственности таможенными органами в условиях Евразийского экономического союза. Дисс. на соиск. д. ю.н. М., 2015 и др.

сложился определенный рынок интеллектуальной собственности¹⁶;

но при этом, как сообщают разработчики проекта введенной в действие с 1 января 2008 г. четвертой части ГК РФ, «российское законодательство определенно отказалось от использования понятия и термина *интеллектуальная собственность* как условного, собирательного обозначения субъективных гражданских прав на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации»¹⁷.

Нет единства относительно содержания понятия *интеллектуальная собственность* и во мнениях специалистов, различно отождествляющих интеллектуальную собственность:

- с результатами интеллектуальной деятельности и средствами индивидуализации¹⁸;
- совокупностью прав на объективно выраженные результаты интеллектуальной деятельности¹⁹;
- исключительными правами на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации²⁰;
- результатами интеллектуальной деятельности и приравненными к ним средствами индивидуализации;
- интеллектуальными правами, то есть с совокупностью личных и имущественных прав на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации²¹.

Преобладающим в юридической литературе является мнение о невозможности понимания термина *интеллектуальная собственность* как разновидности собственности²², несмотря на наличие в нем ключевого слова *собственность*, легально признаваемый имущественный характер исключительных прав на результаты интеллектуальной

деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации (ст. 1226 ГК РФ) и официальное признание имущества объектом собственности и правоотношений собственности (ст. 35 Конституции РФ, ст. 209 ГК РФ).

Неоднозначная получается ситуация, непонятная даже большинству специалистов в этой области гражданских правоотношений.

В связи с этим актуальным является задача исследования возможностей развития российского законодательства в этой области гражданского права с учетом определенного законом верховенства норм международного права и международных соглашений и принципиальной значимости развития гражданского оборота объектов и прав интеллектуальной собственности для сохранения суверенитета и успешного инновационного развития экономики России.

Участие России в международных соглашениях в сфере интеллектуальной собственности

16 декабря 2011 г. Россией был подписан Протокол о присоединении РФ к Марракешскому соглашению об учреждении Всемирной Торговой Организации ВТО (далее – Протокол). Этот документ, вместе с приложениями к нему, зафиксировал целый ряд особых обязательств РФ в связи со вступлением в ВТО. 22 августа 2012 г. Протокол вступил в силу и с этого момента он приобрел для РФ статус международного договора с соответствующей обязанностью его исполнения.

С 22 августа 2012 г. Россия стала членом Всемирной Торговой Организации (ВТО) и приняла на себя обязательства выполнять Соглашение о ВТО, одним из приложений к которому (№ 1С) является Соглашение о торговых аспектах прав интеллекту-

¹⁶ Мухопад В.И. Экономика и коммерциализация интеллектуальной собственности : учебник / В.И. Мухопад. М. : Магистр, НИЦ ИНФРА-М, 2017. 512 с.; Бабкин С.А. Интеллектуальная собственность в сети интернет. М.: АО "ЦентрЮрИнфоР", 2006. 512 с.

¹⁷ Кодификация российского частного права/под редакцией Д.А. Медведева. М.: Статут, 2008. 336 с. С. 18.

¹⁸ Тыцкая Г.И., Китайский В.Е., Ревинский О.В. Изменения в четвертую часть ГК РФ: есть предложения// Патенты и лицензии. Интеллектуальные права. 2013. № 4 с. 3-9.

¹⁹ Интеллектуальная собственность в современном мире: монография / Под ред. И.А.Близнеца. Москва: Проспект, 2016. 672 с.

²⁰ Тыцкая Г.И., Китайский В.Е., Ревинский О.В. Изменения в четвертую часть ГК РФ: есть предложения// Патенты и лицензии. Интеллектуальные права. 2013. № 4 с. 3-9.

²¹ Сергеев А.П. Применение правил Раздела II «Право собственности и другие вещные права» Гражданского кодекса РФ к отношениям интеллектуальной собственности//Журнал «Закон», № 12. 2018. С. 87-95.

²² Цивилистическая концепция интеллектуальной собственности в системе российского права: Монография/ Под общ. Ред. М.А. Рожковой. М.: Статут, 2018. 271 с., С. 131; Некоторые аспекты правового регулирования: Монография / Новоселова Л.А., Рожкова М.А. М.: Норма: ИНФРА-М, 2016. 128 с., С. 11-12.

альной собственности, посвященное вопросам интеллектуальной собственности. Его положения также являются обязательными для соблюдения.

В рамках ВТО вопросы прав интеллектуальной собственности регулируются Соглашением ВТО о торговых аспектах прав интеллектуальной собственности (далее – ТРИПС)²³. Россия подписанием Протокола подтвердила, что с даты присоединения к ВТО будет применять положения ТРИПС в полном объеме, включая положения о принудительном осуществлении прав, без введения каких-либо переходных периодов.

Характерной особенностью ТРИПС является то, что часть его основных положений отражает нормы, содержащиеся в базовых многосторонних конвенциях и соглашениях по правам интеллектуальной собственности и адекватна им, а часть делает акцент на правоприменение и обеспечение защиты от правонарушений.

Правовая охрана и защита интеллектуальной собственности, объектов и прав интеллектуальной собственности в настоящее время предусмотрена и в гражданском законодательстве ряда государств СНГ (Азербайджан, Армения, Беларусь, Молдова, Казахстан, Кыргызстан, Таджикистан, Узбекистан, Украина), кодификация законодательства об интеллектуальной собственности в которых проводилась на основе раздела V «Интеллектуальная собственность» модели Рекомендательного законодательного акта для СНГ, принятого на седьмом пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств – участников СНГ 17 февраля 1996 г.

19 ноября 2010 г. в Санкт-Петербурге полномочными представителями стран СНГ заключено Соглашение о сотрудничестве в области правовой охраны и защиты интеллектуальной собственности и создании Межгосударственного совета по вопросам правовой охраны и защиты интеллектуальной собственности, предусматривающее принятия согласованных и скоординированных мер по развитию системы правовой охраны и защиты интеллектуальной собственности на territori-

ях государств – участников Соглашения на основе международных обязательств и законодательства государств – участников настоящего Соглашения в целях развития научно-технического, торгового-экономического и социально-культурного сотрудничества²⁴.

В статье 3 данного Соглашения определено, что для его целей термин *интеллектуальная собственность* понимается в значении, указанном в ст. 2 Конвенции, учреждающей Всемирную организацию интеллектуальной собственности от 14 июля 1967 г.

29 мая 2014 г. в г. Астане с участием России подписан Договор о Евразийском экономическом союзе, в ст. 89 которого определено, что государства-члены осуществляют сотрудничество в сфере охраны и защиты прав на объекты интеллектуальной собственности и обеспечивают на своей территории охрану и защиту прав на них в соответствии с нормами международного права, международными договорами и актами, составляющими право Союза, и законодательством государств-членов²⁵.

Согласно подписанному в Астане 29 мая 2014 г. Протоколу об охране и защите прав на объекты интеллектуальной собственности (приложение № 26 к Договору о Евразийском экономическом союзе) под объектами интеллектуальной собственности понимаются произведения науки, литературы и искусства, программы для электронных вычислительных машин (компьютерные программы), фонограммы, исполнения, товарные знаки и знаки обслуживания, географические указания, наименования мест происхождения товаров, изобретения, полезные модели, промышленные образцы, селекционные достижения, топологии интегральных микросхем, секреты производства (ноу-хау), а также другие объекты интеллектуальной собственности, которым предоставляется правовая охрана в соответствии с международными договорами, международными договорами и актами, составляющими право Союза, и законодательством государств-членов²⁶.

²³ http://www.ved.gov.ru/mb/vto/intellectual_property/intellectual_property_rights/

²⁴ http://www.wipo.int/wipolex/ru/other_treaties/text.jsp?file_id=328976

²⁵ <https://base.garant.ru/70670880/>

²⁶ <https://base.garant.ru/70675122/>

Приравнивание понятия *интеллектуальная собственность* в официально принятой редакции четвертой части ГК РФ к результатам интеллектуальной деятельности и средствам индивидуализации, с соответствующей отменой ст. 138 ГК РФ, которая ранее определяла понятие *интеллектуальная собственность* как исключительное право на результаты интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации, с одновременным введением нового термина *интеллектуальные права* показывает не только существенное изменение гражданско-правового содержания понятия *интеллектуальная собственность* в ГК РФ, но и существенное отдаление терминологии ГК РФ от терминологии международных соглашений с участием России, нормативных актов ВОИС, ВТО, СНГ и Евразийского экономического союза, где используются общепринятые мировым сообществом термины *интеллектуальная собственность, объекты интеллектуальной собственности и права интеллектуальной собственности* в ином понимании содержания этих понятий, а термины *интеллектуальные права и результаты интеллектуальной деятельности* не используются.

Согласно части 4 ст. 15 Конституции РФ общепризнанные принципы и нормы международного права и международных договоров Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы, причем если международным договором Российской Федерации установлены иные правила кроме предусмотренных законом, то должны применяться правила международного договора.

Эта норма Конституции РФ определяет принципиальный характер взаимосвязи международного и российского гражданского права и верховенство норм международного права.

Кроме этого, в самом начале ГК РФ в ст. 7 «Гражданское законодательство и нормы международного права» указано, что общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются в соответствии с Конституцией Российской Федерации составной частью правовой системы Рос-

сийской Федерации. Международные договоры Российской Федерации применяются к отношениям, указанным в п. 1 и 2 ст. 2 Кодекса, непосредственно, кроме случаев, когда из международного договора следует, что для его применения требуется издание внутригосударственного акта. Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила кроме предусмотренных гражданским законодательством, то применяются правила международного договора.

Поэтому целесообразно с применением методологии системного анализа²⁷ рассмотреть понятие *интеллектуальная собственность* с позиций международного права и международных договоров с участием России.

Здесь стоит использовать также диалектический подход, согласно которому «каждое понятие – продукт исторически развивающегося познания, которое, поднимаясь с низшей ступени на высшую, резюмирует на основе практики добытые результаты во все более глубоких понятиях. Именно поэтому понятия не статичны, не абсолютны, а находятся в состоянии развития, прогрессируя в сторону адекватного отражения действительности»²⁸.

Системный анализ ГК РФ

Под термином *система* в рамках настоящей статьи понимается общепринятое в науковедении его определение как совокупность взаимосвязанных и взаимодействующих определенным образом элементов, предназначенных для выполнения каких-либо функций, а в качестве системного анализа проведем структурный, функциональный и генетический анализ содержания понятия и термина *интеллектуальная собственность* в международных соглашениях с участием России.

В качестве главной функции гражданского законодательства, включающего ГК РФ и принимаемые на его основе законы, в первоначальной редакции первой части ГК РФ было определено регулирование имущественных и связанных с ними личных неимущественных отношений, основанных на

²⁷ Осипов М.Ю. Системы в праве и правовые процессы: монография. - 2-е изд. М.: РИОР:ИНФРА-М, 2019 276 с.; Кашанина Т.В. Структура права: монография. Москва: Проспект, 2014. 584 с.

²⁸ Радько Т.Н. Теория функций права: монография. М.: Проспект, 2015. 272 с. С. 61.

равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности их участников.

Для этого ГК РФ в качестве основных функций Гражданского законодательства определял правовое положение участников гражданского оборота, основания для возникновения и порядок осуществления права собственности и других вещных прав; исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности (интеллектуальной собственности), регулировал договорные и иные обязательства²⁹.

До принятия в декабре 2006 г. четвертой части ГР РФ состоял из трех частей, принятых в период с 1994 по 2001 гг. и включающих:

- Раздел I. Общие положения
- Раздел II. Право собственности и другие вещные права
- Раздел III. Общая часть обязательственного права
- Раздел IV. Отдельные виды обязательств
- Раздел V. Наследственное право
- Раздел VI. Международное частное право

Обращает на себя внимание наличие достаточно строгой внутренней логики структуры и содержания первых трех частей ГК РФ, позволяющих оптимально реализовать основные функции гражданского законодательства следующим образом.

– Раздел I. Общие положения – определяет понятия лиц и объектов гражданских правоотношений, а также определяет правовое положение участников гражданского оборота.

– Раздел II. Право собственности и другие вещные права – определяет основания возникновения и порядок осуществления основных имущественных прав – права собственности и вещных прав на различные виды имущества и объекты имущественных прав.

– Раздел III. Общая часть обязательственного права и Раздел IV. Отдельные виды обязательств – регулирует договорные обязательства участников гражданского оборота имущества и имущественных прав.

– Раздел V. Наследственное право – определяет порядок перехода прав на имущество и возникновение имущественных прав в порядке наследования.

– Раздел VI. Международное частное право – регулирует имущественные отношения с участием иностранных лиц.

Таким образом, есть основания полагать, что структура и содержание частей 1–3 и разделов I – VI ГК РФ оптимально обеспечивали возможность реализации главной и основных функций гражданского законодательства.

При этом возможности развития гражданского законодательства продолжают обеспечиваться развитием и совершенствованием непосредственно норм ГК РФ и принятием и совершенствованием федеральных законов на основе ГК РФ.

Необходимо отметить, что с момента начала реформирования гражданского законодательства в 1991 г. до конца 2006 г. в бурных научных дискуссиях решалась главная проблема кодификации – определение правовой природы прав на *результаты творчества, используемые в производстве*³⁰ и определение места соответствующих норм в системе ГК РФ.

В действовавшей с 1 января 1995 г. до 1 января 2008 г. ст. 138 ГК РФ³¹, именуемой «Интеллектуальная собственность», было определено, что «в случаях и в порядке, установленных настоящим Кодексом и другими законами, признается исключительное право (интеллектуальная собственность) гражданина или юридического лица на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации юридического лица, индивидуализации продукции, выполняемых работ или услуг (фирменное наименование, товарный знак, знак обслуживания и т. п.)».

В пункте 1 ст. 2 ГК РФ было установлено, что «гражданское законодательство определяет ... основания возникновения и порядок осуществления исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности (интеллектуальной собственности), регулирует договорные и

²⁹ Пункт 1. ст. 2 ГК РФ в редакции на 1 января 1995 г.

³⁰ Формулировки из Основ гражданского законодательства СССР и союзных республик 1991 г.

³¹ В редакции ГК РФ от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ Часть первая ГК РФ.

иные обязательства, а также иные имущественные и связанные с ними личные неимущественные отношения, основанные на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности их участников».

При этом в п. 1. ст. 128 ГК РФ «Виды объектов гражданских прав»³² указывалось, что к объектам гражданских прав относятся вещи, включая деньги и документарные ценные бумаги, иное имущество, в том числе имущественные права; работы и услуги; информация; результаты интеллектуальной деятельности, в том числе исключительные права на них (интеллектуальная собственность)³³; нематериальные блага.

Данные определения термина *интеллектуальная собственность* согласовывались с раскрытием п. VIII ст. 2 Конвенции, учреждающей ВОИС, понятия *интеллектуальная собственность*, включающего права, относящиеся к произведениям, исполнительской деятельности, изобретениям, научным открытиям, промышленным образцам, товарным знакам, знакам обслуживания, фирменным наименованиям и коммерческим обозначениям – объектам интеллектуальной собственности.

Казалось, что логичным было бы размещение соответствующих, связанных с интеллектуальной собственностью норм в рамках ранее принятых разделов I – VI ГК РФ.

К этому пришло большинство специалистов в 2003-2005 гг. в результате общественных обсуждений первоначальных официальных и неофициальных проектов соответствующих разделов ГК РФ, однако в конце 2005 г. было принято, а в декабре 2006 реализовано волевое решение законодателя о принятии и введении в действие с 1 января 2008 г. четвертой части ГК РФ в виде отдельного Раздела VII. Права на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации и с кардинальным изменением содержания понятия *интеллектуальная собственность* и введения новых терминов *интеллектуальные права*, *патентные права*, *права публикаторов* и т. д.

Федеральным законом от 18 декабря 2006 г. № 231-ФЗ одновременно с введением в действие

четвертой части ГК РФ с 1 января 2008 г. и отменой ст. 138 и 139 ГК РФ были внесены изменения в ст. 2 и 128 ГК РФ, где слова «исключительные права на результаты интеллектуальной деятельности (интеллектуальная собственность)» и «результаты интеллектуальной деятельности, в том числе исключительные права на них (интеллектуальная собственность)» были заменены соответственно на слова «права на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации (интеллектуальные права)» и «охраняемые результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации (интеллектуальная собственность)».

Из числа объектов гражданского права в ст. 128 ГК РФ при этом был исключен термин *информация* с соответствующей автоматически возникающей проблематичностью регулирования гражданским правом информационных отношений и гражданского товарно-денежного оборота различных информационных объектов, несмотря на то что согласно п. 1 ст. 5 действующего Федерального закона от 27 июля 2006 г. № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» информация может являться объектом публичных, гражданских и иных правовых отношений, а также свободно использоваться любым лицом и передаваться одним лицом другому, если федеральными законами не установлены ограничения доступа к информации либо иные требования к порядку ее предоставления или распространения.

В результате завершения современной кодификации российского частного права³⁴ общие и частные нормы права интеллектуальной собственности были не распределены в рамках ранее принятых и введенных в действие частей ГК РФ, а были включены в ГК РФ в виде отдельной и функционально обособленной четвертой части ГК РФ, структурно отграниченной от вполне логичной системы первой, второй и третьей частей ГК РФ.

При этом в п. 4 ст. 129 ГК РФ было указано, что результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации (ст. 1225) не могут отчуждаться или иными

³² Там же.

³³ Выделено автором.

³⁴ Кодификация российского частного права/под редакцией Д.А. Медведева. М.: Статут, 2008. 336 с.

способами переходить от одного лица к другому, но права на такие результаты и средства, а также материальные носители, в которых выражены соответствующие результаты или средства, могут отчуждаться или иными способами переходить от одного лица к другому в случаях и в порядке, которые установлены Гражданским кодексом.

Более того, с 2014 г. наименование ст. 1227 ГК РФ «Интеллектуальные права и право собственности» было изменено на «Интеллектуальные права и вещные права» и в нее был добавлен п. 3, в котором указано, что к интеллектуальным правам не применяются положения раздела II ГК РФ «Право собственности и другие вещные права», определяющего как известно статику прав на имущество и имущественные права.

Законодательное отграничение интеллектуальных прав от имущества и имущественных отношений согласно действующей редакции п. 3 ст. 1227 ГК РФ обострило проблемы правоприменительной практики и потребовало официальных разъяснений Пленума Верховного суда, который 29 марта 2019 г. определил, что «к отношениям, связанным с возникновением, переходом и предоставлением, прекращением, осуществлением, защитой прав на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации юридических лиц, товаров, работ, услуг и предприятий (далее – средства индивидуализации), подлежат применению положения частей первой, второй, третьей ГК РФ, если иное прямо не предусмотрено частью четвертой ГК РФ и если их применение не противоречит существу отношений, урегулированных данной частью ГК РФ³⁵».

В частности, в ст. 1226 ГК РФ указано, что интеллектуальные права включают исключительное право, являющееся имущественным правом, а также личные неимущественные права и иные права (право следования, право доступа и другие), авторские права, смежные права, патентные права), в то время как согласно ст. 2 ГК РФ гражданское законодательство регулирует имущественные и личные неимущественные отношения, а неотчуждае-

мые права и свободы человека и другие нематериальные блага защищаются гражданским законодательством (п. 3 ст. 2 ГК РФ).

Использование в четвертой части ГК РФ не согласованного с гражданско-правовым инструментарием термина *интеллектуальные права* создает проблемы в правоприменительной практике, на что постоянно указывали и продолжают указывать ведущие в этой области права специалисты [4, 6, 8, 15].

Основные концептуальные проблемы некорректности использования обобщенного понятия *интеллектуальные права* заключаются в несогласованности его содержания с положениями статьи 2 Конвенции, учреждающей ВОИС, неправомерности его распространения на средства индивидуализации, его отсутствию в международном законодательстве РФ и в законодательстве иных стран, необоснованном усложнении и запутывании принятой в гражданском праве классификация прав, на что при обсуждении проекта четвертой части прямо указывалось в Заключении Правового управления Государственной Думы (первое чтение) от 11 сентября 2016 [4].

Все это существенно усложняет и даже нарушает классификацию гражданских прав и не соответствует общепринятой модели гражданских правоотношений, которая исходит из главной функции гражданского законодательства (регулирования имущественных и связанных с ними неимущественных отношений участников гражданского оборота (п. 1 ст. 2 ГК РФ) и строится на четком разграничении имущественных и связанных с ними личных неимущественных правоотношений в результате возникновения и осуществления гражданских имущественных и личных неимущественных прав, определяя правовое положение участников гражданского оборота.

Личные неимущественные права (права авторства), включаемые в состав нематериальных благ (ст. 150 ГК РФ) согласно п. 2 ст. 2 ГК РФ, могут защищаться гражданским законодательством, но не могут быть объектами имущества и имущественных отношений гражданского товарно-денежного обо-

³⁵ Пункт 2 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23 апреля 2019 г. № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации».

рота по причине своей неотчуждаемости и непередаваемости.

В связи с этим, включение личных неимущественных прав в состав интеллектуальных прав (ст. 1227 ГК РФ) реально ограничивает оборот интеллектуальных прав.

Существенным концептуальным противоречием действующей четвертой части ГК РФ является также ее насыщенность нормами административных процедур оформления и рассмотрения заявок, патентования, регистрации, оплаты пошлин, административного рассмотрения жалоб и претензий, в то время как в ГК РФ определено, что к имущественным отношениям, основанным на административном или ином властном подчинении одной стороны другой, гражданское законодательство не применяется (п. 3 ст. 2 ГК РФ).

Однако главное даже не в юридических проблемах и противоречиях, а в том, что все это существенно усложняет, запутывает и тормозит гражданский товарно-денежный оборот объектов и прав интеллектуальной собственности и имущественные товарно-денежные отношения в сфере внедрения науки в производство. Это неизбежно отбрасывает Россию еще дальше на обочину научно-технического прогресса, препятствует инновационному развитию экономики страны и еще больше усугубляет существующий системный кризис со всеми вытекающими из него экономическими и социальными негативными последствиями. Отсюда возникает вопрос: не является ли это конечной целью данного юридического эксперимента?

Анализ истории российских нормативных актов в гражданском праве показывает следующее:

– до 1990 г. термин *интеллектуальная собственность* в нормативных актах российского гражданского права практически не использовался;

– в период с 1 января 1995 г. до 1 января 2008 г. термин *интеллектуальная собственность* использовался в качестве синонима исключительного права на результаты интеллектуальной деятель-

ности и приравненные к ним средства индивидуализации (ст. 138 ГК РФ);

– с 1 января 2008 г. термин *интеллектуальная собственность* стал использоваться в качестве синонима результатов интеллектуальной деятельности и приравненных к ним средств индивидуализации (ст. 1225 ГК РФ).

История термина интеллектуальная собственность

Термин *интеллектуальная собственность* стал широко использоваться в международных нормативных актах сравнительно недавно – с 1967 г. в результате принятия Конвенции, учреждающей Всемирную организацию интеллектуальной собственности (ВОИС).

ВОИС была создана на базе Объединенных международных бюро по охране интеллектуальной собственности³⁶, далее – «Объединенные бюро», образованных в конце 1892 году путем объединения двух «международных бюро»:

– международного бюро Парижского союза по охране промышленной собственности, образованного в 1884 году в соответствии с Парижской конвенцией;

– международного бюро Бернского союза по охране литературных, художественных и научных произведений, образованного в 1887 г. в соответствии со ст. 16 первоначального текста Бернской конвенции³⁷.

Международное бюро Парижского союза находилось в ведении верховных властей Швейцарской конфедерации. Объединенные бюро были официально утверждены в соответствии с указом Федерального совета Швейцарии. Первым Генеральным секретарем Объединенных бюро был назначен член Национального совета Швейцарии Анри Морель (*Henri Morel*).

Первоначально штаб-квартира Объединенных бюро находилась в Берне, но в 1960 г. была переведена в Женеву – ближе к ООН и другим расположенным в этом городе международным организациям.

³⁶ Франц. – *Bureaux internationaux réunis pour la propriété intellectuelle* – BIRPI, БИРПИ.

³⁷ Интеллектуальная собственность: Основные материалы: в 2-х ч.: Пер. с англ. – Новосибирск: ВО «Наука». Сибирская издательская фирма. 1993; https://ru.wikipedia.org/wiki/Объединенные_международные_бюро_по_охране_интеллектуальной_собственности.

С этого момента Объединенные бюро стали называть по французской аббревиатуре БИРПИ (*BIRPI*).

Представительство стран – членов Парижского союза и Бернского союза при Объединенных бюро не предусматривалось, в результате чего сформировалось движение, преследующее своей целью создание такой системы, при которой все страны, входящие в состав этих союзов, были бы представлены на равноправной основе. Эта цель была достигнута в ходе Дипломатической конференции, которая состоялась в Стокгольме в 1967 г., когда была проведена одновременная реформа административных норм Парижской конвенции и Бернской конвенции, вместе с принятием Конвенции, учреждающей ВОИС.

Согласно статье 24.1(а) Стокгольмской редакции Бернской конвенции (подтвержденной Парижским актом 1971 г.) устанавливалось, что Международное бюро ВОИС выступает преемником БИРПИ, то есть Объединенных международных бюро (Международного бюро Бернского союза, объединенного с Бюро Парижского союза). Международное бюро ВОИС приступило к выполнению своей деятельности в 1970 г., когда вступила в силу Конвенция, учреждающая ВОИС и административные нормы Стокгольмских актов от 14 июля 1967 г., касающиеся Парижской и Бернской конвенций.

Де-юре Объединенные бюро по охране интеллектуальной собственности (*BIRPI*, БИРПИ) считаются существующими до тех пор, пока все страны Союза не ратифицируют Конвенцию учреждающую ВОИС. Однако на практике правительство Швейцарии начиная с 1970 г. более не осуществляло функций, возложенных на него согласно предыдущим актам. В 1974 г. ВОИС стала специализированным учреждением системы ООН.

Последним Генеральным секретарем БИРПИ (1963–1970) и первым генеральным директором ВОИС (1970–1973), был Георг Боденхаузен.

Таким образом, термин *интеллектуальная собственность* уже более ста двадцати пяти лет используется в международных отношениях, в том числе и в тех, в которых принимали участие и Российская империя, и СССР, а в настоящее время и

Россия; но только после 1967 г. стал широко использоваться в международных нормативных актах.

Появление термина *интеллектуальная собственность* в международном законодательстве и официально ратифицированных государствами международных соглашениях и договорах в начале второй половины XX в. связывают с тем, что в это время в экономическом обороте, общественном производстве и потреблении стали массово использоваться результаты интеллектуальной деятельности, особенно интенсивно после широкого массового распространения ЭВМ и телекоммуникационных технологий³⁸.

В марте 1998 г. д-р Камил Идрис, Генеральный директор Всемирной организации интеллектуальной собственности (ВОИС), представил государствам-членам ВОИС свою первую двухлетнюю программу, которая включала предложение об учреждении Консультативного комитета по вопросам политики с участием выдающихся международных экспертов из широкого круга областей, оказывающих влияние на сотрудничество в области интеллектуальной собственности и включающих политику, дипломатию и администрацию³⁹.

После соответствующего одобрения государствами-членами Комитет был учрежден и провел свое первое заседание в апреле 1999 г., в ходе которого был сделан вывод о том, что «снятие покрова мистики» с вопросов интеллектуальной собственности имеет решающее значение в мире, где влияние интеллектуальной собственности постоянно возрастает.

Для достижения этой цели Комитетом было принято решение о необходимости разработки Всемирной декларации по интеллектуальной собственности, далее – Декларации, которая могла бы заявить простым и ясным языком о преимуществах интеллектуальной собственности и охраны прав интеллектуальной собственности для всех и могла бы стать ценным вкладом в глобальную систему интеллектуальной собственности и ВОИС. Специальная группа экспертов разработала текст Декларации. После дополнительных обсуждений

³⁸ Kamil I. Intellectual property a power tool for economic growth. WIPO. 2003.

³⁹ <https://rupto.ru/ru/documents/vsemirnaya-deklaraciya-po-intellektualnoy-sobstvennosti-ot-26-iyunya-2000-g>

текст Всемирной декларации по интеллектуальной собственности был окончательно сформулирован и одобрен 26 июня 2000 г.⁴⁰

Анализ содержания понятия интеллектуальной собственности с позиций нормативных актов ВОИС

В пункте viii ст. 2 Конвенции, учреждающей ВОИС, указано, что интеллектуальная собственность включает права, относящиеся:

- к литературным, художественным и научным произведениям;
- исполнительской деятельности артистов, звукозаписи, радио и телевизионным передачам;
- изобретениям во всех областях человеческой деятельности;
- научным открытиям;
- промышленным образцам;
- товарным знакам, знакам обслуживания, фирменным наименованиям и коммерческим обозначениям;
- защите против недобросовестной конкуренции;

а также все другие права, относящиеся к интеллектуальной деятельности в производственной, научной, литературной и художественной областях⁴¹.

Анализ структуры данного определения показывает, что в содержание понятия *интеллектуальная собственность* включено две группы прав:

- во-первых, «права, относящиеся к литературным, художественным и научным произведениям, исполнительской деятельности артистов, звукозаписи, радио и телевизионным передачам, изобретениям во всех областях человеческой деятельности, научным открытиям, промышленным образцам, товарным знакам, знакам обслуживания, фирменным наименованиям и коммерческим обозначениям, защите против недобросовестной конкуренции»;
- во-вторых, «все другие права, относящиеся к интеллектуальной деятельности, в производственной, научной, литературной и художественной областях».

Наличие в данном определении слова *включает* означает, что понятие *интеллектуальная соб-*

ственность является по своей структуре сложным, включающим как минимум две группы прав, а именно:

- одну группу прав, относящихся к конкретным объектам – литературным, художественным и научным произведениям, исполнительской деятельности артистов, звукозаписи, радио и телевизионным передачам, изобретениям во всех областях человеческой деятельности, научным открытиям, промышленным образцам, товарным знакам, знакам обслуживания, фирменным наименованиям и коммерческим обозначениям, к защите против недобросовестной конкуренции;
- и другую группу прав, относящихся к интеллектуальной деятельности в производственной, научной, литературной и художественной областях.

В качестве аналогии возможности и правомерности подобного толкования значения слова *включает* можно привести раскрытие содержания понятия *интеллектуальные права* в ст. 1226 ГК РФ, согласно которой интеллектуальные права *включают* исключительное право, являющееся имущественным правом, а в случаях, предусмотренных настоящим Кодексом, также личные неимущественные права и иные права.

Обращает на себя внимание отсутствия в определении ВОИС каких-либо характеристик прав, включаемых в понятие *интеллектуальная собственность*, а именно – указания на их имущественный или личный неимущественный характер, что значимо для гражданско-правового регулирования их оборота и защиты согласно главной функции ГК РФ – регулирования имущественных и связанных с имущественными личными неимущественных отношений участников гражданского оборота (ст. 2 ГК РФ).

Также стоит отметить отсутствие в Конвенции, учреждающей ВОИС, и в Декларации используемого в ГК РФ термина *результаты интеллектуальной деятельности*, что представляется вполне оправданным.

Действительно, для части охраняемых объектов интеллектуальной собственности авторство и права авторов не признаются, и не все объекты

⁴⁰ Там же.

⁴¹ https://rupto.ru/ru/documents/konvenciya-uchrezhdayushchaya-vois#text_1

можно квалифицировать в качестве результатов интеллектуальной деятельности авторов.

В частности, в отношении практически всех средств индивидуализации (товарных знаков, фирменных наименований, коммерческих обозначений) авторство не определяется и законом в отношении этих объектов права авторов не охраняются, а в качестве товарных знаков и фирменных наименований, например, могут использоваться общеизвестные и общеупотребимые слова (Window's, Apple и др.), фамилии (Ford, McDonald's и др.), имена (Mercedes и др.) и другие обычные слова различных языков.

Проблематично также называть результатами интеллектуальной деятельности охраняемую конфиденциальную информацию (секреты производства, ноу-хау), наименования мест происхождения товаров, географические указания, селекционные достижения, действия недобросовестной конкуренции, исполнительскую деятельность артистов, звукозаписи, радио и телевизионные передачи.

Таким образом, есть основания полагать, что согласно п. viii ст. 2 Конвенции, учреждающей ВОИС, понятие *интеллектуальная собственность* не отождествляется только с правами, то есть *интеллектуальная собственность* не является только правом или правами, а в *интеллектуальную собственность* в качестве структурных элементов включаются права, относящиеся к открытому перечню объектов – продуктов интеллектуальной деятельности, и права, относящиеся к интеллектуальной деятельности в производственной, научной, литературной и художественной областях.

В связи с этим важно выяснить, что является общим у указанных в данном понятии *интеллектуальная собственность* объектов интеллектуальной собственности из двух групп прав интеллектуальной собственности, одна из которых имеет отношение к объектам интеллектуальной деятельности, а другая – непосредственно к интеллектуальной деятельности.

В качестве общего характерного признака указанных в п. viii ст. 2 Конвенции, учреждающей

ВОИС, объектов интеллектуальной собственности можно выделить их информационную природу.

Действительно все указанные в Конвенции, учреждающей ВОИС, в первой группе прав объекты интеллектуальной собственности при обязательном условии их соответствующего документального оформления, возможности идентификации и соответствия установленным критериям охраноспособности, можно рассматривать как различные информационные объекты и информацию, создаваемую и потребляемую в процессе интеллектуальной деятельности людей, а именно:

- литературные, художественные и научные произведения – документированная информация о произведениях литературного, художественного и научного творчества;
- программы для ЭВМ и базы данных – машиночитаемая информация;
- изобретения – документированная информация о различных новых продуктах, способах их получения и применения;
- товарные знаки – документированная информация о товарах, услугах и производителях товаров и услуг;
- фирмы – информация о фирмах и предприятиях;
- наименования мест происхождения товаров и географические наименования – информация о месте производства товаров и услуг;
- звукозаписи, радио и телевизионные передачи – зафиксированная на материальных носителях информация об исполнительской деятельности;
- защита против недобросовестной конкуренции – защита от несанкционированного использования охраняемой информации и объектов интеллектуальной собственности и от введения потребителей в заблуждение относительно производителей товаров и услуг.

При этом под термином *информация* можно понимать сведения о лицах, предметах, фактах, событиях, явлениях и процессах независимо от формы их представления, а под *термином документированная информация* (документ) – зафиксированную на материальном носителе информацию с реквизитами, позволяющими ее идентифицировать⁴².

⁴² Статья 2 Федерального закона РФ № 24-ФЗ от 20 февраля 95 г. «Об информации, информатизации и защите информации»; т. 2 Федерального закона РФ № 24-ФЗ от 20 февраля 95 г. «Об информации, информатизации и защите информации».

Вторую группу прав, указанных в определении п. viii ст. 2 Конвенции, учреждающей ВОИС, можно рассматривать как права потребителей интеллектуально воспринимаемой и используемой информации, касающейся и указанных в данном определении и иных охраняемых объектов интеллектуальной собственности.

Это подтверждается в частности тем, что в отношении практически всех режимов правовой охраны различных объектов интеллектуальной собственности предусмотрены возможности безвозмездного использования объектов интеллектуальной собственности без нарушения исключительного права, например для объектов авторского права – возможность безвозмездного использования в некоммерческих и учебных целях, для изобретений – право преждепользования и возможность несанкционированного использования; для товарных знаков в определенных условиях – право исчерпания; для секретов производства и ноу-хау – возможность самостоятельного независимого создания и использования и т. д.

Лингвистический анализ структуры данного определения *интеллектуальная собственность* показывает также, что общими словами в этих двух группах прав являются слова *интеллектуальная деятельность*, производные от слов *интеллект* и *деятельность*.

Понятие *интеллект* (от лат. *intellectus* – понимание, познание) согласно современному уровню развития психологии объединяет умственные, познавательные способности человека – ощущение, восприятие, память, представление, мышление и воображение, связанные с получением, запоминанием, обработкой и использованием информации и позволяющие человеку эффективно адаптироваться в окружающем мире⁴³.

Согласно утвержденным 01 апреля 2010 г. Минобрнауки РФ Методическим рекомендациям по признанию результатов интеллектуальной деятельности единой технологией *интеллектуальная деятельность* – это умственная, мыслитель-

ная, познавательная и творческая деятельность человека⁴⁴.

Обращает на себя внимание указание в данном официальном определении не только на творческую, но и на иную – умственную, мыслительную и познавательную интеллектуальную деятельность человека, который может быть как автором, так и потребителем.

В связи с этим под понятием *интеллектуальная деятельность* можно понимать различную умственную, познавательную и творческую деятельность людей в производственной, научной, литературной и художественной областях, направленную на создание, умственную обработку и использование информации посредством интеллектуальных способностей, причем это может быть не только интеллектуальная деятельность авторов-создателей охраняемых результатов творчества, но и интеллектуальная деятельность пользователей – потребителей информационных по своей природе объектов интеллектуальной собственности.

Таким образом, становится понятным и объяснимым приравнение средств индивидуализации к результатам интеллектуальной деятельности и возможность сходной по средствам и методам регулирования их правовой охраны, поскольку они имеют сходную информационную природу и могут относиться к единому понятию *объекты интеллектуальной деятельности*.

В пункте 2 Всемирной декларации по интеллектуальной собственности⁴⁵, далее – Декларации, определено, что термин *интеллектуальная собственность* означает любую собственность, признаваемую по общему согласию в качестве интеллектуальной по характеру и заслуживающей охраны, включая, но не ограничиваясь научными и техническими изобретениями, литературными или художественными произведениями, товарными знаками и указателями деловых предприятий, промышленными образцами и географическими указаниями.

Анализ этой формулировки показывает возможность нахождения в составе понятия *интеллектуальная собственность* научных и технических

⁴³ «Введение в психологию. Учебник для студентов университетов» / Под общ. ред. В. П. Зинченко, А. И. Назарова, Н. Ю. Спониора – СПб.: Прайм-ЕВРОЗНАК, 2003. 672 с.

⁴⁴ <https://official.academic.ru/8214>

⁴⁵ <https://rupto.ru/ru/documents/vsemirnaya-deklaraciya-po-intellektualnoy-sobstvennosti-ot-26-iyunya-2000-g>

изобретений, литературных или художественных произведений, товарных знаков и указателей деловых предприятий, промышленных образцов и географических указаний; то есть в состав понятия *интеллектуальная собственность* могут включаться различные объекты интеллектуальной собственности, которые по общему согласию признаются собственностью.

Кроме этого п. 2 Декларации также указано, что термин *права интеллектуальной собственности* означает по существу права, закрепленные в ст. 27 Всеобщей декларации прав человека, принятой Организацией Объединенных Наций в 1948 г., и, в частности: «Каждый человек имеет право свободно участвовать в культурной жизни общества, наслаждаться искусством, участвовать в научном прогрессе и пользоваться его благами» и «каждый человек имеет право на защиту его моральных и материальных интересов, являющихся результатом научных, литературных или художественных трудов, автором которых он является».

Аналогичные по сути права человека отражены и в Конституции РФ, которая гарантирует гражданам право свободно искать, получать, передавать, производить и распространять информацию любым законным способом (ст. 29), право на образование (ст. 43), право на свободу литературного, художественного, научного, технического и других видов творчества, преподавания и охрану интеллектуальной собственности законом (ст. 44).

Обращает на себя внимание указание в Декларации на определенный баланс прав пользователей и обладателей прав интеллектуальной собственности, причем в первую очередь названо право каждого человека на использование благ прогресса, который, как общеизвестно, обеспечивается преимущественно творческой интеллектуальной деятельностью в обществе, и только во вторую очередь названо право на защиту моральных и материальных прав авторов.

Таким образом, согласно Всемирной декларации по интеллектуальной собственности понятие *интеллектуальная собственность* может включать в себя в качестве составных элементов *объекты интеллектуальной собственности*, которые «по

общему согласию признаются собственностью», а правоотношения интеллектуальной собственности должны учитывать не только права авторов, но и пользователей объектов интеллектуальной деятельности, то есть права потребителей.

В статье 35 Конституции РФ определено, что каждый вправе иметь имущество в собственности, владеть, пользоваться и распоряжаться им как единолично, так и совместно с другими лицами, а согласно ст. 209 ГК РФ содержание права собственности определяется как принадлежность собственнику права владения, пользования и распоряжения его имуществом.

В русском языке слово *собственность* согласно Словарю русского языка С.И. Ожегова означает: 1. Имущество, принадлежащее кому-чему-нибудь. *Государственная собственность. Личная собственность.* 2. Принадлежность кого-чего-нибудь кому-чему-нибудь с правом распоряжения. *Право собственности. Социалистическая собственность. Частная собственность. Приобрести в собственность что-нибудь*⁴⁶.

Иными словами, содержание понятия *собственность* является сложным, двуединым, включающим в себя и имущество, и права на имущество (ст. 35 Конституции РФ, ст. 209, 213 ГК РФ).

Аналогично тому, как гражданско-правовой институт *собственность* включает в себя в качестве структурных элементов понятия *объекты собственности и права собственности*, так и формирующийся сейчас институт *интеллектуальная собственность* может включать в себя в качестве своих структурных элементов понятия *объекты интеллектуальной собственности и права интеллектуальной собственности*.

Это позволит диалектично объединить в одном понятии *интеллектуальная собственность* две, казалось бы, противоположные концепции – или отнесения интеллектуальной собственности к правам (не действующая в настоящее время ст. 138 ГК РФ), или отнесения интеллектуальной собственности к объектам – результатам интеллектуальной деятельности (действующая ст. 1225 ГК РФ).

При этом, строго говоря, и та и другая концепция не противоречит легальному раскрытию поня-

⁴⁶ Ожегов С.И. Словарь русского языка. М.: 1991. С. 738.

тия *интеллектуальная собственность* в п. viii ст. 2 Конвенции, учреждающей ВОИС, в которой говорится о том, что «интеллектуальная собственность включает права, относящиеся к объектам интеллектуальной деятельности...», именно – включает права, то есть не отождествляется только с правами; а также п. 2 Всемирной декларации интеллектуальной собственности, согласно которой термин *интеллектуальная собственность* означает любую собственность, признаваемую по общему согласию в качестве интеллектуальной по характеру и заслуживающей охраны, включая, но не ограничиваясь научными и техническими изобретениями, литературными или художественными произведениями, товарными знаками и указателями деловых предприятий, промышленными образцами и географическими указаниями.

Иными словами, раскрытие содержания понятия *интеллектуальная собственность* в Конвенции, учреждающей ВОИС, и во Всемирной декларации интеллектуальной собственности позволяет рассматривать термин *интеллектуальная собственность* в качестве сложного по структуре комплексного института, включающего в себя и *права интеллектуальной собственности*, и *объекты интеллектуальной собственности*.

Признание института *интеллектуальная собственность* комплексным, двуединым, включающим в себя в качестве основных структурных элементов и *объекты интеллектуальной собственности*, и *права интеллектуальной собственности* позволяет не только диалектично примирить сторонников проприетарной теории интеллектуальной собственности и сторонников теории исключительных прав, но и логично и эффективно реализовать определенную в ГК РФ главную функцию гражданского законодательства – обеспечение эффективного гражданско-правового регулирования имущественных и связанных с ними личных неимущественных отношений, основанных на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности их участников с реальной возможностью формирования экономики знаний и успешным инновационным развитием России.

Для приведения терминологии ГК РФ в сфере интеллектуальной собственности в соответствие с терминологией международного права и международных соглашений с участием России и снятия

ограничений с возможности гражданского оборота объектов и прав интеллектуальной собственности представляется целесообразным:

– заменить используемые в соответствующих статьях ГК РФ термины *результаты интеллектуальной деятельности* и *приравненные к ним средства индивидуализации* на термин *объекты интеллектуальной собственности*;

– включить термин *интеллектуальная собственность* в ст. 1226 ГК РФ и изложить ее в следующей редакции «Ст. 1226 ГК РФ Интеллектуальные права. На результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации (результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации) признаются интеллектуальные права, которые включают исключительное право интеллектуальной собственности, являющееся имущественным правом, а в случаях, предусмотренных настоящим Кодексом, также личные неимущественные права и иные права (право следования, право доступа и другие)»;

– включить в ст. 128 ГК РФ в перечень объектов гражданских прав термины *информация* и *имущественные права на использование информации*.

Выводы

1. Формулировки понятия *интеллектуальная собственность* в Конвенции, учреждающей ВОИС, и во Всемирной декларации интеллектуальной собственности позволяют рассматривать термин *интеллектуальная собственность* в качестве сложного по структуре комплексного института, включающего в себя и *права интеллектуальной собственности*, и *объекты интеллектуальной собственности*.

2. Признание института *интеллектуальная собственность* комплексным, двуединым, включающим в себя в качестве основных структурных элементов и *объекты интеллектуальной собственности* и *права интеллектуальной собственности* позволяет диалектично примирить сторонников проприетарной теории интеллектуальной собственности и сторонников теории исключительных прав и эффективно реализовать определенную в ГК РФ главную функцию гражданского законодательства – обеспечение эффективного гражданско-правового регулирования имущественных и связан-

ных с ними личных неимущественных отношений, основанных на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности их участников с реальной возможностью формирования экономики знаний и успешным инновационным развитием экономики России.

Ключевые слова:

интеллектуальная собственность; право интеллектуальной собственности; объекты интеллектуальной собственности.

Список литературы:

1. Алексеев С.С. Право собственности. Проблемы теории. – 2-е изд. перераб. и доп. М.: Норма, 2007. 240 с. С. 71.
2. Андреев Ю.Н. Собственность и право собственности: цивилистические аспекты: монография. М.: Норма: ИНФА_М.2013 – 320 с. и др.
3. Бабкин С.А. Интеллектуальная собственность в сети интернет. М.: АО "ЦентрЮрИнфоР", 2006. 512 с.
4. Белая книга: история и проблемы кодификации законодательства об интеллектуальной собственности. Сборник документов, материалов и научных статей // Под ред. Лопатина В.Н. М., Издание Совета Федерации, 2007. 280 с.
5. Гаврилов Э.П., Добрынин О.В., Китайский В.Е., Леонтьев К.Б., Мухамедшин И.С. и другие. Право интеллектуальной собственности. Учебник. 2-е изд. перераб. и доп. М.: Проспект, 2016. 896 с.
6. Гаврилов Э.П. Право интеллектуальной собственности. Общие положения. XXI ВЕК. – Москва.: Юрсервитум, 2015. 494 с.
7. Зенин И.А. Право интеллектуальной собственности: учебник для магистров. М.: Юрайт, 2014. 620 с.
8. Интеллектуальная собственность. Актуальные проблемы теории и практики: сб научных трудов. Т.1. под ред. В.Н. Лопатина. М.: 2008. 312 с.
9. Интеллектуальная собственность в современном мире: монография / Под ред. И.А. Близнаца. Москва: Проспект, 2016. 772 с.
10. Интеллектуальная собственность: Основные материалы: в 2-х ч.: Пер. с англ. [Background reading material on intellectual property. World intellectual property organization. WIPO.1988]. Новосибирск: ВО «Наука». Сибирская издательская фирма. 1993.
11. Новоселова Л.А., Рожкова М.А. Интеллектуальная собственность: некоторые аспекты правового регулирования: монография. М.: Норма: ИНФРА-М, 2016. 128 с.
12. Сергеев А.П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации. Учебник. 2-е изд., перераб. и доп. М.: ТК Велби, 2003. 752 с.
13. Судариков С.А. Право интеллектуальной собственности. Учебник. М.: "ПРОСПЕКТ", 2016. 368 с.
14. Труды по интеллектуальной собственности. Т. I. Проблемы интеллектуальной собственности в Гражданском кодексе России. Институт международного права и экономики имени А.С. Грибоедова, 1999. 160 с.
15. Цивилистическая концепция интеллектуальной собственности в системе российского права: Монография / Под общ. Ред. М.А. Рожковой. М.: Статут, 2018. 271 с.

Коммерческое обозначение как объект интеллектуальной собственности: особенности правовой природы, отличия от других средств индивидуализации и проблемы судебной защиты исключительных прав



С.Н. Гаврюшкин,

Управляющий партнер юридической компании «Гаврюшкин и партнеры», медиатор, депутат миасского городского собрания депутатов

Институт интеллектуальной собственности – молодая отрасль гражданского права. В Гражданском кодексе ей посвящена IV часть, которая вступила в действие лишь с 1 января 2008 г. В данной статье автор анализирует историю появления такого объекта интеллектуальной собственности, как коммерческое обозначение; какое место занимает коммерческое обозначение среди других средств индивидуализаций; а также рассматривает его отличительные особенности при сравнении с другими объектами интеллектуальной собственности и выделяет существующие проблемы в судебной защите коммерческого обозначения, основываясь на вынесенных актах судов, составляющих правоприменительную практику по данным вопросам.

Впервые упоминание о коммерческом обозначении появилось в российском законодательстве 26 января 1996 г. с введением II части Гражданского кодекса РФ, а именно в гл. 54, которая регламентирует положения о коммерческой концессии.

Потребовалось еще 10 лет, чтобы законодатель попытался раскрыть признаки и содержание прав на коммерческое обозначение, как объекта гражданского оборота, а равно определить его

место в системе интеллектуальной собственности. Формально с появлением п. 4 гл. 76 Гражданского кодекса РФ была завершена дискуссия о соотношении коммерческого обозначения с фирменным наименованием: не тождественные друг другу самостоятельные средства индивидуализации[1].

Т.Ю. Погребинская в своей работе «Средства индивидуализации: фирменные наименования,

товарные знаки, наименования мест происхождения товаров, коммерческие обозначения. Гражданско-правовая охрана в Российской Федерации», анализируя нормы Гражданского кодекса, приходит к выводу, что «коммерческое обозначение – это обозначение, обладающее достаточными различительными признаками, новизной и известностью в пределах определенной территории как обозначение одного или нескольких предприятий (имущественных комплексов) одного правообладателя, использование которого позволяет потребителю выделить (индивидуализировать) данное предприятие (-я) среди аналогичных предприятий других лиц (п. 1 ст. 1538, п. 1, 2 ст. 1539 Гражданского кодекса РФ)» [6].

Н. Фролова делает вывод, что коммерческое обозначение является средством индивидуализации торговых, промышленных и других предприятий [10].

В настоящее время правам на коммерческое обозначение уделен п. 4 в гл. 76 Гражданского кодекса РФ, который состоит из 4 статей. Так в ст. 1538 раскрывается определение коммерческого обозначения, а именно: юридические лица, осуществляющие предпринимательскую деятельность (в том числе некоммерческие организации, которым право на осуществление такой деятельности предоставлено в соответствии с законом их учредительными документами), а также индивидуальные предприниматели могут использовать для индивидуализации принадлежащих им торговых, промышленных и других предприятий (ст. 132 Гражданского кодекса РФ) коммерческие обозначения, не являющиеся фирменными наименованиями и не подлежащие обязательному включению в учредительные документы и единый государственный реестр юридических лиц.

То есть, особенность данного средства индивидуализации заключается в следующем.

1. Оно не подлежит государственной регистрации, которая предусмотрена ст. 1232 Гражданского кодекса РФ.

2. Использование коммерческого обозначения обязательно в целях предпринимательской деятельности, то есть для систематического извлечения прибыли.

3. Предпринимательская деятельность должна быть неразрывно связана с имущественным ком-

плексом – предприятием как объектом прав, согласно ст. 132 Гражданского кодекса РФ, а не юридическим лицом или индивидуальным предпринимателем. (Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 27 октября 2011 г. № Ф05-2741/11 по делу № А40-29335/2010).

4. Данное средство индивидуализации должно обладать яркими различительными признаками: при сравнении с другими обозначениями оно не должно быть похожим на другое, дабы ограничить территорию своего действия и избежать смешения с другими объектами интеллектуальной собственности при однородной деятельности в глазах потребителей.

Также пунктом 2 ст. 1538 Гражданского кодекса РФ предусмотрено, что коммерческое обозначение может использоваться правообладателем для индивидуализации одного или нескольких предприятий, но для индивидуализации одного предприятия не могут одновременно использоваться два и более коммерческих обозначения.

В Постановлении Суда по интеллектуальным правам от 27 октября 2015 г. № С01-843/2015 по делу № А60-934/2015, коллегия приходит к следующему выводу: «Под образом, под коммерческим обозначением понимается символ, не являющийся фирменным наименованием, используемый субъектом предпринимательской деятельности в целях индивидуализации своего торгового, промышленного или иного предприятия как имущественного комплекса, подлежащий правовой охране в силу известности на определенной территории, не требующий регистрации в специальном реестре».

То есть, формально законом урегулированы положения о коммерческом обозначении и выделены основные его отличительные признаки. Так почему же на практике возникает сложность в защите прав на коммерческое обозначение – отсутствие способов доказывания, что используемое обозначение (словесное, изобразительное или комбинированное), как правило, на вывеске магазина и в рекламном продвижении, своей деятельностью является именно коммерческим?

Действительно точную оценку в своем Постановлении от 6 февраля 2017 г. № С01-1267/2016 дал Суд по интеллектуальным правам по делу № А63-1658/2016, четко прописав: «Суд кассаци-

онной инстанции обращает внимание, что товарный знак и коммерческое обозначение являются самостоятельными объектами правовой охраны (п. 1 ст. 1225 Гражданского кодекса РФ), а также то, что обозначение, фактически используемое, по мнению антимонопольного органа, предпринимателем для обозначения принадлежащих ему автосервисов, может быть признано охраняемым законом коммерческим обозначением только при условии его соответствия критериям, предусмотренным ст. 1538 и 1539 ГК РФ, в частности обладает достаточными различительными признаками. Иными словами, не всякое обозначение, указанное на вывеске предприятия, например «Продовольственный магазин» на вывеске торгового предприятия розничной торговли продуктами питания, является охраноспособным коммерческим обозначением». Данный вывод исключительно важен для правильной оценки обозначений своей деятельности со стороны предпринимателей.

Например, Т.Г. Клочун обращает внимание, что необходимость в охране прав на коммерческое обозначение обусловлена тем, что его использование чрезвычайно удобно для субъектов малого бизнеса, которые желают индивидуализировать себя в гражданском обороте, но не имеют юридической и фактической возможности это сделать. На юридические ограничения влияет статус индивидуального предпринимателя, который не имеет права на фирменное наименование. Сложная, дорогостоящая и длительная процедура, связанная с регистрацией товарных знаков и фирменных наименований, необходимость приведения российского законодательства в соответствие с требованиями международных договоров также являются дополнительными факторами для введения коммерческого обозначения [5]. Говоря о высокой стоимости процедуры регистрации фирменных наименований, автор имел в виду оплату госпошлины за регистрацию юридических лиц, которые в свою очередь обязаны иметь фирменное наименование. Ведь именно с момента их регистрации и внесения данных в Единый государственный реестр у юридического лица возникают исключительные права на фирменное наименование.

Действительно, ранее права на коммерческое обозначение и фирменное наименование являлись тождественными и почти всегда употребля-

лись как понятия-синонимы. После того как гражданское законодательство претерпело изменения в части интеллектуальной собственности, данные права были конкретизированы, для каждого были выделены отдельные главы.

Так, например, в Постановлении ФАС Уральского округа от 16 ноября 2009 г. № Ф09-3543/09-С6 по делу № А60-1448/2008 указано, что «до введения в действие ч. IV Гражданского кодекса РФ (1 января 2008 г.) такой вид индивидуализации юридического лица, как коммерческое обозначение, нормами гражданского законодательства не регламентировался, правовая охрана исключительного права на коммерческое обозначение не обеспечивалась».

Тесная связь прав на фирменное наименование с правами на коммерческое обозначение усматривается из норм ст. 1476 и 1541 Гражданского кодекса РФ. Так пункт 1 ст. 1476 Гражданского кодекса РФ гласит: «Фирменное наименование или отдельные его элементы могут использоваться правообладателем в составе принадлежащего ему коммерческого обозначения. Фирменное наименование, включенное в коммерческое обозначение, охраняется независимо от охраны коммерческого обозначения». А в соответствии с п. 1 ст. 1541 Гражданского кодекса РФ «Исключительное право на коммерческое обозначение, включающее фирменное наименование правообладателя или отдельные его элементы, возникает и действует независимо от исключительного права на фирменное наименование»[9].

Однако на практике зачастую возникают проблемы с применением норм, регулирующих положения средств индивидуализации. Многие юристы, практикующие в области интеллектуальной собственности, ожидали от высших органов, более подробных и четких разъяснений норм, относящихся к объектам промышленной собственности, для их правильного и единообразного применения. Так, 23 апреля 2019 г. Пленумом Верховного Суда РФ было принято Постановление № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации». Правам на коммерческое обозначение были выделены пункты 177 и 178, содержание которых не открыло ничего нового и не решило ни один вопрос относительно данного объекта.

Например, в п. 177 дополнены положения ст.1538 и ст. 1539 Гражданского кодекса РФ, а именно, что право на коммерческое обозначение не возникает ранее момента начала его фактического использования для индивидуализации предприятия (например, магазина, ресторана и так далее), и охраняется при условии, что употребление обозначения правообладателем для индивидуализации своего предприятия является известным в пределах определенной территории после 31 декабря 2007 г. (независимо от того, когда употребление обозначения началось). Но на практике данные разъяснения охватывают далеко не все вопросы. Ведь именно в установлении начала использования коммерческого обозначения и возникновении прав на него, и заключается сложность рассмотрения дел данной категории. По нашему мнению, законодателю стоит конкретизировать способы или круг доказательств для подтверждения даты начала использования прав на коммерческое обозначение.

То же касается п. 178, который дополнил ст. 1540 Гражданского кодекса РФ указанием, что бремя доказывания использования коммерческого обозначения лежит на правообладателе, а исключительное право на коммерческое обозначение прекращается автоматически, если правообладатель не использует это обозначение непрерывно в течение года. Значит исчисление данного срока на практике почти не представляется возможным, поэтому недобросовестные субъекты предпринимательской деятельности могут злоупотреблять своими правами исходя из принципа «старшинства права», тем самым причиняя вред добросовестным правообладателям исключительных прав, например на товарный знак, схожий до степени смешения при ведении однородной деятельности.

Ввиду того, что Постановление Пленума Верховного Суда РФ № 10 от 23 апреля 2019 г. считается «относительно новым» актом в сфере интеллектуальной собственности, произвести качественный анализ судебной практики в области исключительных прав на коммерческое обозначение с применением рассмотренных пунктов Постановления в настоящее время не представляется возможным. Личное мнение автора заключается в том, что указанное Постановление «не оправдало ожиданий относительно единообразного приме-

нения норм, регулирующих права на коммерческое обозначение», поэтому продолжим анализировать общую практику.

Вернемся к смешению понятий средств индивидуализации и их тесному сосуществованию.

Как известно, фирменное наименование возникает с момента государственной регистрации и прекращается в момент исключения фирменного наименования из единого государственного реестра юридических лиц в связи с прекращением деятельности последнего либо изменением его фирменного наименования. При этом законодательством не допускается распоряжение исключительным правом на фирменное наименование, в том числе путем его отчуждения или предоставления другому лицу права его использования (п. 2 ст. 1474 Гражданского кодекса РФ). А коммерческое обозначение не подлежит государственной регистрации, соответственно, момент начала и окончания его использования для дальнейшей охраны установить довольно сложно. Так как коммерческое обозначение должно быть неразрывно связано с предприятием, возникает вопрос: как быть при отчуждении предприятия, а, соответственно, и коммерческого обозначения, в состав которого входит фирменное наименование? К сожалению, на данный момент законодательство не содержит никаких разъяснений для урегулирования подобных ситуаций.

Еще одна проблема в защите коммерческого обозначения заключается в определении территории его действия ввиду п. 2 ст. 1539 Гражданского кодекса РФ: «Не допускается использование коммерческого обозначения, способного ввести в заблуждение относительно принадлежности предприятия определенному лицу, в частности обозначения, сходного до степени смешения с фирменным наименованием, товарным знаком или защищенным исключительным правом коммерческим обозначением, принадлежащим другому лицу, у которого соответствующее исключительное право возникло ранее», а по общему правилу, предусмотренному в ст. 1231 Гражданского кодекса РФ, территория действия исключительных прав – Российская Федерация. Рассмотрим это подробнее.

Параграф 1 гл. 76 IV части Гражданского кодекса РФ «Права на фирменное наименование» пред-

усматривает, что фирменное наименование юридического лица должно содержать указание на его организационно-правовую форму и собственно наименование юридического лица, которое не может состоять только из слов, обозначающих род деятельности (п. 2 ст. 1473 Гражданского кодекса РФ), а также, что на территории Российской Федерации действует исключительное право на фирменное наименование, включенное в единый государственный реестр юридических лиц (п. 1 ст. 1475 Гражданского кодекса РФ). То есть это – словесное обозначение с указанием организационно-правовой формы, подлежащей регистрации и действующее на территории всей Российской Федерации.

Параграф 2 гл. 76 IV части Гражданского кодекса РФ «Право на товарный знак и право на знак обслуживания» предусматривает, что в качестве товарного знака могут быть зарегистрированы словесные, изобразительные, объемные и другие обозначения или их комбинации в любом цвете или цветовом сочетании (ст. 1482 Гражданского кодекса РФ), а также что на территории Российской Федерации действует исключительное право на товарный знак, зарегистрированный федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности, а также в других случаях, предусмотренных международным договором Российской Федерации. То есть товарным знаком также может быть словесное, и не только, обозначение, зарегистрированное надлежащим образом и действующее на территории всей Российской Федерации.

Что касается территории действия коммерческого обозначения, она установлена п. 1 ст. 1540 Гражданского кодекса РФ: «На территории Российской Федерации действует исключительное право на коммерческое обозначение, используемое для индивидуализации предприятия, находящегося на территории Российской Федерации». Однако, основными отличительными характеристиками, как рассматривалось ранее, является то, что коммерческое обозначение неразрывно связано с предприятием – имущественным комплексом и не подлежит регистрации, как фирменное наименование или товарный знак. Возникает вопрос: территорией действия коммерческого обозначения, является вся Российская Федерация или все-таки определенная территория, на которой распо-

ложен имущественный комплекс, неразрывно связанный с коммерческим обозначением, который в свою очередь, подлежит регистрации и имеет конкретный адрес места нахождения (ст. 132 Гражданского кодекса РФ, ст. 1 Федерального закона от 13 июля 2015 г. № 218-ФЗ «О государственной регистрации недвижимости»)?

Ответ на данный вопрос будем искать исходя из международных положений о коммерческом обозначении.

Иногда коммерческое обозначение за рубежом называют «право на вывеску», а, например, в Великобритании используется термин *business name*. Основная его особенность заключается в том, что оно не подлежит регистрации, и территориальная сфера его действия ограничена местом нахождения предприятия, то есть оно имеет локальный характер, дополнительное к фирменному наименованию значение. По общему правилу право на коммерческое обозначение не признается исключительным, его защита осуществляется обычно по нормам законодательства о пресечении недобросовестной конкуренции [3]. Но, например, в Германии и в Швеции, так же как и в Российской Федерации, коммерческое обозначение является средством индивидуализации, и на него возникают исключительные права в силу его фактического использования. Однако ввиду того, что в большинстве случаев торговая деятельность юридического лица осуществляется путем организации той или иной его правовой формы, чаще всего коммерческие обозначения становятся охраноспособными посредством их регистрации [11].

З.Р. Кат в своей работе «Исключительные права на коммерческое обозначение за рубежом» подробно рассматривает понятие коммерческого обозначения в разных странах и в конце приходит к выводу: «Исследование опыта зарубежных стран в определении правовой природы и регулирования права на коммерческое обозначение позволяет сделать ряд важных выводов. Во-первых, в мировой законодательной практике отсутствует единое понимание такой категории, как коммерческое обозначение. Во-вторых, в законодательстве рассмотренных нами стран используются различные подходы при соотношении и описании правовых режимов коммерческих обозначений и фирмен-

ных наименований, при этом ряд стран использует дополнительные схожие с названными средства индивидуализации предприятия. В-третьих, не во всех странах коммерческие обозначения приравниваются к объектам интеллектуальной собственности. В-четвертых, нет единства в перечне оснований возникновения права на рассматриваемые средства индивидуализации. Более того, даже в случае предъявления требования о государственной регистрации коммерческих обозначений такая регистрация не во всех странах имеет правообrazующее значение» [4].

В России наиболее приемлемым является толкование п. 1 ст. 1540 Гражданского кодекса РФ: с одной стороны, исключительное право на коммерческое обозначение, используемое для индивидуализации предприятия, находящегося на территории РФ, не действует за пределами РФ, и с другой стороны, на территории РФ не действует исключительное право на коммерческое обозначение, используемое для индивидуализации предприятия, находящегося за пределами территории РФ [2]. (Пример данного утверждения содержится в Постановлении Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 19 июня 2012 г. № 13АП-7268/12).

Специальное условие правовой охраны коммерческого обозначения в Российской Федерации – это его известность в пределах определенной территории, исходя из этого территорией действия коммерческого обозначения является место регистрации имущественного комплекса, используемого для осуществления предпринимательской деятельности, который зарегистрирован в ЕГРП в качестве недвижимой вещи на территории Российской Федерации. Это – теоретические выкладки.

Далее приведем практический пример. У юридического лица, территориально расположенного в Челябинской области, зарегистрировано словесное обозначение «АРМАДА» (свидетельство на товарный знак № 378292), которое, в свою очередь, является и названием торгового комплекса, и фирменным наименованием юрлица. Одним из основных видов деятельности правообладателя является сдача помещений в аренду.

Собственнику становится известно, что на территории Российской Федерации, в различных субъектах расположены и ведут деятельность не-

сколько торговых центров, с использованием в названии словесного обозначения «АРМАДА», зарегистрированного у него в качестве товарного знака. Согласно ст. 1479 Гражданского кодекса РФ на территории Российской Федерации действует исключительное право на товарный знак, зарегистрированный федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности, а также в других случаях, предусмотренных международным договором Российской Федерации. Соответственно правообладатель обращается в суд за защитой своих нарушенных прав. Однако суд устанавливает, что использование словесного обозначения «АРМАДА», схожего до степени смешения с товарным знаком истца, при осуществлении однородной деятельности сторонами законно используется ответчиком в качестве коммерческого обозначения торгового центра в Липецкой области (№ А36-13477/2017). К такому же выводу приходит суд относительно другого торгового центра и, соответственно, – юридического лица, но только уже в Воронежской области (№ А14-19259/2017).

Возникает вопрос: как быть с введением потребителя в заблуждение? Как указал Суд по интеллектуальным правам в своем Постановлении от 6 августа 2015 г. № С01-570/2015 по делу № А41-28961/2014: «Суд при рассмотрении настоящего дела обоснованно исходил из того, что Гражданский кодекс РФ не содержит перечень обстоятельств, которые могут пониматься как введение потребителя в заблуждение, и не содержит перечня тех случаев, которые могут рассматриваться как вводящие в заблуждение относительно товара или его изготовителя». Это значит, что человек, перемещаясь по стране, или, например, в сети Интернет, будет уверен, что торговые комплексы с одноименным названием наверняка принадлежат одному юридическому лицу, по типу сети. В этом случае считаем, что судебная коллегия Суда по интеллектуальным правам в кассационной инстанции в своем Постановлении от 5 декабря 2018 г. по делу № А14-19259/2017 правильно указала: «Также признает ошибочным вывод судов о том, что, так как истец и ответчик осуществляют свою деятельность в разных регионах Российской Федерации, следовательно, у российского потребителя отсутствует опасность

смешения товарного знака истца и обозначения используемого ответчиком». Соответственно отдаленность друг от друга субъектов не может рассматриваться как невозможность введения потребителя в заблуждение.

Также назревает вопрос: возможно ли разным юридическим лицам использовать одно коммерческое обозначение, ничем не отличающееся от товарного знака, принадлежащего другому юридическому лицу, в разных субъектах, и при этом не быть уникальным, как требует того законодатель, говоря о коммерческом обозначении?

В протоколе заочного собрания Научно-консультативного совета при Суде по интеллектуальным правам от 28 апреля 2018 г. № 21 отражено: Ю.Т. Гульбин предлагает дополнить круг обстоятельств, подлежащих установлению, следующим: обладают ли отдельные элементы коммерческого обозначения индивидуализирующим качеством. При этом он отмечает, что нормы об индивидуализирующем качестве отдельных элементов фирменного наименования нет в п. 8 ст. 1483 Гражданского кодекса РФ: есть лишь запрет тождества или сходства до степени смешения отдельным элементам коммерческого обозначения.

При этом А.П. Сергеев отмечает, что коммерческое обозначение обладает старшинством по отношению к товарному знаку, и по этой причине применение товарного знака на той территории, где коммерческое обозначение обладает известностью, будет нарушать права обладателя исключительного права на коммерческое обозначение» [7]. В нормах права, регулирующих отношения, связанные с товарными знаками, не содержится понятия «преждепользования», однако, с учетом положений п. 6 ст. 1252 Гражданского кодекса РФ, в которых действительно отсутствует именно термин «преждепользование», однако регулируются правоотношения при конкуренции различных средств индивидуализации.

Коммерческое обозначение как объект индивидуализации очень сложно по своей правовой природе. Возможно, это связано с тем, что законодательно очень много пробелов в регулировании вопросов, связанных с возникновением прав на данный объект интеллектуальной собственности, а также во многом схоже с другими средствами индивидуализации.

В своей работе «Содержание объекта, индивидуализируемого коммерческим обозначением» А.А. Тюлькин приходит к следующему выводу: «Исходя из изложенного под коммерческим обозначением следует понимать ставшее известным на определенной территории обозначение, которое индивидуализирует модель организации предпринимательской деятельности, основанную на определенном имущественном комплексе, а также сам имущественный комплекс, если он является готовым результатом предпринимательской деятельности и объектом, подлежащим предоставлению в пользование или отчуждению.

Представляется, что именно такое определение коммерческого обозначения полноценно раскрывает содержание определяемого понятия. Изложенный подход позволяет преодолеть имеющуюся в литературе неопределенность по поводу сущности рассматриваемого средства индивидуализации и однозначно выделить его ключевые признаки» [8].

Подводя итоги, можно сказать, что положение прав на коммерческое обозначение законодательно раскрыто не до конца. При его изучении и сравнении с другими средствами индивидуализации остается много нерешенных вопросов. Данные пробелы можно устранить только после пересмотра законодательства в части исключительных прав на средства индивидуализации и ответа на вопрос, имело ли смысл выделять коммерческое обозначение в отдельный институт, или эффективнее было бы усилить положения о фирменном наименовании – по примеру большинства зарубежных стран. Ведь по своей сути коммерческое обозначение напрямую связано именно с имуществом, в отличие от фирменного наименования. Передав «имущественные права» фирменному наименованию, коммерческое обозначение перестанет существовать в принципе. Это существенно упростит подход к установлению момента возникновения и прекращения прав, а также исключит возможность смешения с другими объектами промышленной собственности ввиду его регистрации. Очевидно, что законодатель должен уделить внимание этой проблеме, поскольку в определенных моментах коммерческое обозначение, исходя из «принципа старшинства пра-

ва», может являться грозным оружием – как при злоупотреблении правом, чтобы избежать ответственности за нарушение товарного знака, так и лишении товарного знака правовой охраны. При этом потребители будут продолжать вводить в заблуждение.

Ключевые слова:

интеллектуальная собственность; коммерческое обозначение; фирменное наименование; товарный знак; средства индивидуализации; защита исключительных прав на коммерческое обозначение.

Список литературы:

1. *Абрамова Е.Н., Сергеев А.П., Аверченко Н.Н., Грачев В.В., Павлов А.А.* Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть четвертая. Учебно-практический комментарий (под ред. д.ю.н., проф. А.П. Сергеева). М.: «Проспект», 2016.
2. *Данилин С.Н., Борисов А.Н.* Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса РФ (раздел VII «Права на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации», в том числе главы 69 - 77) М.: «Деловой двор», 2015.
3. *Еременко В.И.* Фирменные наименования и коммерческие обозначения: мифы и реальность. Журнал «Законодательство и экономика». 2015. № 11.
4. *Кат З.Р.* Исключительные права на коммерческое обозначение за рубежом. Журнал «Пробелы в российском законодательстве. Юридический журнал», 2013.
5. *Клочун Т.Г.* Проблемы правового регулирования отношений, объектом которых выступают коммерческие обозначения // *Хозяйство и право.* 2007. № 4.
6. Протокол заочного заседания Научно-консультативного совета при Суде по интеллектуальным правам от 28 апреля 2018 г. № 21.
7. *Тюлькин А.А.* Содержание объекта, индивидуализируемого коммерческим обозначением // *Вестник Пермского университета. Юридические науки.* 2014. № 1 (23).
8. *Уруков В.Н.* Теория воли и волеизъявления в гражданском праве. М.: «Юстицинформ», 2019.
9. *Фролова Н.* Пределы действия исключительных прав на коммерческое обозначение // *Интеллектуальная собственность. Промышленная собственность.* 2012. №8
10. *Swedish Law in the New Millenium / Edited by Michael Bogdan.* Stockholm, 2006.

Ответственность информационных посредников за диффамацию в сети «Интернет»



Д.В. Прохоренко,
юрист в юридической фирме «Solomon Investment Group»

В статье исследуются проблемы регулирования гражданско-правовой ответственности информационных посредников за порочащие не соответствующие действительности сведения, распространяемые третьими лицами в сети «Интернет». Автор приходит к выводу, что российский режим ответственности посредников отличается отсутствием правовой определенности и несовершенством правовых предписаний. С целью устранения выявленных проблем автор предлагает de lege ferenda новый режим ответственности посредников.

1. Введение

Появление и активное внедрение в социальную жизнь информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» (далее также – Интернет, Сеть) привело к неоднозначным последствиям в контексте развития неотчуждаемых прав и свобод человека и других нематериальных благ. С одной стороны, Интернет предоставил беспрецедентно широкие возможности для свободы выражения мнения, что, безусловно, следует охарактеризовать положительно. Во многих случаях владельцы Интернет-сайтов и других онлайн-ресурсов предоставляют своим посетителям возможность самостоятельно наполнять соответствующий ресурс

контентом, будь то размещение собственных сообщений (постов, объявлений и так далее) либо комментирование сообщений других пользователей. С другой стороны, пропорционально увеличился риск нарушения таких не менее значимых нематериальных благ, как честь, достоинство и деловая репутация (далее – репутация), которые необходимо рассматривать в рамках права на уважение личной жизни¹. На сегодняшний день диффамационные² сведения могут быть распространены в Сети по всему миру за считанные секунды. При этом полностью удалить незаконную порочащую информацию практически невозможно. Кроме того, Интернет позволяет своим пользователям

¹ См.: § 137 Постановления ЕСПЧ от 16 июня 2015 г. «Дело «Компания «Делфи АС» (Delfi AS) против Эстонии». [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «Гарант».

² Здесь и далее под диффамацией» следует понимать распространение не соответствующих действительности порочащих сведений, нарушающих честь, достоинство или деловую репутацию лица, защите которых посвящена ст. 152 ГК РФ (См.: абз. 5 п. 1 Постановления Пленума ВС РФ от 24 февраля 2005 г. № 3 «О судебной практике по делам о защите чести и достоинства граждан, а также деловой репутации граждан и юридических лиц». [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «Гарант»).

распространять диффамационные высказывания анонимно, что существенно усложняет процесс установления непосредственных нарушителей репутации.

В этой связи возникает вопрос о принципиальной возможности и пределах применения гражданско-правовых мер ответственности и других мер защиты репутации к данным владельцам интернет-ресурсов, то есть к тем лицам, которые не являются непосредственными авторами и инициаторами распространения порочащих сведений, однако предоставляют таковым техническую возможность для их распространения в Сети. Указанные субъекты получили название «информационные посредники». Решению именно данного вопроса посвящено настоящее исследование.

Считаем целесообразным начать с анализа некоторого международного и зарубежного опыта защиты репутации в Интернете, чтобы в дальнейшем в компаративистском ключе сравнить соответствующие подходы с российским регулированием.

2. Международные и зарубежные подходы к ответственности информационных посредников

2.1. Общий взгляд на некоторые международные акты, посвященные ответственности информационных посредников

Специальный докладчик Франк Ля Рю в небыстром докладе Совету по правам человека Организации Объединенных Наций (ООН) от 16 мая 2011 г.³ выступал против ответственности информационных посредников за контент интернет-пользователей. Он отмечал, что ответственность данных субъектов негативно сказывается на свободе выражения мнения в Сети и приводит к возникновению частной цензуры, выражающейся в

контроле посредников над публикациями третьих лиц. В то же время Франк Ля Рю признавал за онлайн-провайдерами необходимость осуществления мероприятий, связанных с обеспечением соблюдения и защиты основных прав и свобод человека в Интернете.

В Совете Европы основное значение в контексте рассматриваемого вопроса имеют два документа. Первый из них – Декларация Комитета Министров Совета Европы «О свободе общения в Интернете» от 28 мая 2003 г.⁴ В ней отмечается, что провайдеры, размещающие на своих ресурсах информацию других лиц, могут быть привлечены к ответственности совместно с последними, если не предпримут меры по оперативному удалению или блокированию доступа к данной информации, как только им станет известно о ее незаконности. При этом ограничение ответственности посредников не влияет на их обязанность предотвратить или прекратить распространение незаконных сведений. Схожие положения содержатся и в Совместной декларации «О свободе выражения мнения, а также “фейковых” новостях, дезинформации и пропаганде» от 3 марта 2017 г., принятой представителями ООН, Организации по безопасности и сотрудничеству в Европе (ОБСЕ), Организации американских государств (ОАГ)⁵. В ней сказано, что ответственность посредников может быть допустима лишь в редких случаях их вмешательства в распространяемый третьими лицами контент или отказа от добровольного удаления незаконной информации по требованию компетентного государственного органа. В то же время им также предписывается осуществлять превентивные (ex ante) и пресекающие (ex post) меры в отношении диффамационных сведений.

Другой важный документ – Рекомендация Комитета Министров Совета Европы государств

³ Доклад A/HRC/17/27 Специального докладчика по вопросу о поощрении и защите права на свободу мнений и их свободное выражение Франка Ля Рю Совету по правам человека ООН от 16 мая 2011 г. [Электронный ресурс] URL: <https://undocs.org/ru/A/HRC/17/27> (дата обращения: 15 декабря 2019 г.).

⁴ Декларация Комитета Министров Совета Европы «О свободе общения в Интернете» от 28 мая 2003 г. [Электронный ресурс] URL: <http://docs.pravo.ru/document/view/17327961/> (дата обращения: 15 декабря 2019 г.).

⁵ Совместная декларация Специального докладчика ООН по вопросу о праве на свободу убеждений и их свободное выражение, Представителя ОБСЕ по вопросам свободы средств массовой информации, Специального докладчика ОАГ по вопросу свободы выражения мнения и Специального докладчика по вопросу о свободе выражения мнения и доступе к информации в Африке «О свободе выражения мнения, а также «фейковых» новостях, дезинформации и пропаганде» от 3 марта 2017 г. [Электронный ресурс] URL: <https://www.osce.org/ru/fom/302806?download=true> (дата обращения: 15 декабря 2019 г.).

вам-членам от 21 сентября 2011 г. «О новом понятии средств массовой информации» (далее – Рекомендация «О новом понятии СМИ»)⁶ – требует от государств-участников Совета Европы предусмотреть в национальном праве новое широкое понятие СМИ, включающее в себя различные медийные онлайн-ресурсы, а также установить дифференцированное и градуированное правовое регулирование статуса и ответственности данных СМИ нового поколения, отличное от правил ответственности традиционных печатных и аудиовизуальных СМИ. Критерием данной дифференциации должен стать уровень редакционного контроля интернет-СМИ над распространяемым пользователями Сети контентом. Примечательно, что аналогичные подходы можно встретить и в актах ОБСЕ. Так, в Рекомендациях Бюро Представителя ОБСЕ по вопросам свободы СМИ «По приведению понимания СМИ в соответствие с международными стандартами в области свободы выражения мнения в цифровую эпоху», принятых в ноябре 2017 г.⁷, в развитие Рекомендации «О новом понятии СМИ» были выработаны целые критерии и индикаторы, позволяющие отличить новые интернет-СМИ от других онлайн-ресурсов.

Таким образом, можно констатировать, что правопорядки ведущих международных организаций в целом принципиально допускают гражданско-правовую ответственность информационных посредников в качестве определенной исключительной меры при наличии ряда обстоятельств, свидетельствующих об их осведомленности о факте распространения третьими лицами порочащих сведений и при этом непринятии необходимых мер по блокированию данного распространения.

2.2. Опыт Европейского суда по правам человека

Дело «Компания «Делфи АС» против Эстонии»

В 2015 г. Европейский суд по правам человека (далее – ЕСПЧ) впервые вынес постановление по делу, которое касалось пределов ответственности информационных посредников за диффамационные высказывания интернет-пользователей. Это дело «Компания «Делфи АС» против Эстонии» (далее – дело «Делфи АС»)⁸. Согласно фабуле дела, на новостном интернет-портале компании DELFI AS была размещена публикация, посвященная деятельности другой компании SLK, единственным акционером которой являлся L. В комментариях к данной публикации анонимными посетителями портала был размещен ряд диффамационных высказываний в отношении L. Далее L обратился с иском к компании DELFI AS с требованием о компенсации морального вреда за нарушение его деловой репутации. Национальные суды Эстонии удовлетворили требование истца, вследствие чего ответчик, посчитав, что его право на свободу слова, защищаемое ст. 10 Конвенции о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 г. (далее – Европейская конвенция)⁹, нарушено, обратился в ЕСПЧ с соответствующей жалобой. В итоге ЕСПЧ указал на отсутствие нарушения Европейской конвенции в действиях властей Эстонии.

Анализируя указанное постановление, стоит обратить внимание на следующие аспекты.

Так, ЕСПЧ, ссылаясь на Рекомендацию «О новом понятии СМИ», признал за новостным интернет-порталом DELFI AS статус СМИ «нового типа»¹⁰, а не пассивного в отношении администрируемого контента посредника, чья деятельность имеет чисто технический, автоматизированный

⁶ Рекомендация CM/Rec(2011)7 Комитета Министров Совета Европы государствам-участникам «О новом понятии средств массовой информации» от 21 сентября 2011 г. [Электронный ресурс] URL: http://cyberpeace.org.ua/files/ii_e_14.pdf (дата обращения: 15 декабря 2019 г.).

⁷ Рекомендации Бюро Представителя ОБСЕ по вопросам свободы СМИ «По приведению понимания СМИ в соответствие с международными стандартами в области свободы выражения мнения в цифровую эпоху», принятые в ноябре 2017 г. [Электронный ресурс] URL: <https://www.osce.org/ru/fom/358706?download=true> (дата обращения: 15 декабря 2019 г.).

⁸ Постановление ЕСПЧ от 16 июня 2015 г. «Дело «Компания «Делфи АС» (Delfi AS) против Эстонии». [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «Гарант».

⁹ Конвенция ETS № 005 о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 г. [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «Гарант».

¹⁰ См.: § 128 Постановления ЕСПЧ от 16 июня 2015 г. «Дело «Компания «Делфи АС» (Delfi AS) против Эстонии». [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «Гарант».

характер. ЕСПЧ отметил, что, учитывая отсутствие полноценного редактирования материалов, публикуемых пользователями соответствующего веб-ресурса, нецелесообразно привлекать данное СМИ к ответственности в точности по тем же принципам, которые существуют в отношении традиционных СМИ, когда, по общему правилу, ответственность за незаконную публикацию несет, помимо ее автора, также сам публикатор. Тем не менее, принципиальное признание указанного статуса позволило применить в отношении владельца (администратора) портала положения о гражданско-правовой ответственности СМИ за диффамацию.

При этом Суд очертил круг вопросов, подлежащих выяснению: «Обстоятельства появления противоправных комментариев, их содержание и контекст; принятые владельцем портала меры по предотвращению появления клеветнических комментариев или их удалению; ответственность настоящих авторов комментариев в качестве альтернативы ответственности владельца портала; последствия, к которым привело рассмотрение дела судами Эстонии для владельца портала»¹¹. В итоге, данные обстоятельства, учитывая прецедентный характер постановлений Большой Палаты ЕСПЧ, явились предметом доказывания по делам соответствующей категории, о чем свидетельствует дальнейшая практика ЕСПЧ. Не вдаваясь в детальную характеристику каждого из указанных критериев, отметим основные выводы, к которым пришел ЕСПЧ.

Так, если владелец крупного интернет-СМИ, который экономически заинтересован в публикации на своем онлайн-ресурсе сообщений (комментариев) пользователей Сети, а также осуществляет частичную модерацию контента, не примет достаточно эффективных мер для своевременного удаления оставленных анонимными пользователями явно оскорбительных, содержащих язык вражды (hate speech) или призывы к насилию высказываний в отношении какого-либо лица, что

приведет к умалению репутации последнего, то данный владелец интернет-СМИ может быть привлечен к гражданско-правовой ответственности за диффамацию. Также Суд указал на относительно незначительный размер ответственности, к которому была привлечена компания DELFI AS (320 евро в качестве компенсации морального вреда), отметив соразмерность данной меры.

Дело «Венгерская ассоциация провайдеров интернет-контента и компания Index.hu Zrt против Венгрии»

В последующем деле, посвященном рассматриваемой проблематике (далее – дело «Венгерская ассоциация провайдеров»¹²), ЕСПЧ пришел к несколько иному по сравнению с делом «Делфи АС» выводу. Суд указал, что компании-заявительницы (владельцы интернет-ресурсов, где третьими лицами были распространены порочащие сведения), среди которых была некоммерческая организация, не имевшая экономической заинтересованности в публикации пользователями комментариев, не могут быть привлечены к ответственности за диффамационные, но не содержащие языка вражды или призывов к насилию высказывания. При этом стоит обратить внимание на следующие детали.

Во-первых, ЕСПЧ отметил, что деловая репутация организации в отличие от репутации физического лица, связанной с чувством собственного достоинства, лишена этого «морального измерения»¹³. В этой связи предполагается, что последствия посягательства на деловую репутацию физического лица более чувствительны, нежели последствия посягательства на деловую репутацию организации. Это, в конечном итоге, влияет на пределы ответственности ответчика (для сравнения, в деле «Делфи АС» вред был причинен деловой репутации физического лица, а в деле «Венгерская ассоциация провайдеров» – деловой репутации организации). Во-вторых, имеет значение

¹¹ См.: § 142 Постановления ЕСПЧ от 16 июня 2015 г. «Дело «Компания “Делфи АС” (Delfi AS) против Эстонии». [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «Гарант».

¹² Постановление ЕСПЧ от 2 февраля 2016 г. «Дело «Венгерская ассоциация провайдеров интернет-контента и компания Index.hu Zrt (Magyar Tartalomszolgáltatok Egyesulete and Index.hu Zrt) против Венгрии». [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «Гарант».

¹³ Там же. § 66.

время нахождения противоправных высказываний на сайте (в деле «Делфи АС» – около 6 недель; в деле «Венгерская ассоциация провайдеров» – около 10 дней). В-третьих, следует учитывать поведение конфликтующих сторон до и после размещения незаконного контента. В частности, в деле «Венгерская ассоциация провайдеров» компании-заявительницы применяли систему удаления комментариев по обращению заинтересованных лиц, которая «во многих случаях может служить адекватным средством уравнивания прав и интересов всех заинтересованных лиц»¹⁴. При этом истец не воспользовался правом на данное обращение. Вместо этого он предпочел направиться непосредственно в суд с иском к владельцам соответствующих онлайн-ресурсов. В свою очередь последние, узнав о предъявлении иска, сразу же удалили оспариваемые комментарии.

Дело «Рольф Андеш Даниэль Пиль против Швеции»

В своем Особом мнении к Постановлению по делу «Венгерская ассоциация провайдеров» судья Эгидиус Курис пророчески указал, что оно было первым разбирательством, где были применены и апробированы принципы, сформулированные в деле «Делфи АС», но точно не последним¹⁵. Действительно, уже 7 февраля 2017 г. ЕСПЧ вынес Решение по делу «Рольф Андеш Даниэль Пиль против Швеции» (далее – дело Р. Пила)¹⁶, в котором жалобщиком на сей раз являлось физическое лицо, посчитавшее, что государство-ответчик, отказывая в привлечении к ответственности владельца интернет-блога в виде возмещения ущерба репутации данного лица, нарушило тем самым его право на уважение личной жизни, предусмотренное ст. 8 Европейской конвенции. Суд объявил жало-

бу неприемлемой для рассмотрения по существу, указав, что в данном деле внутригосударственные суды Швеции в рамках своих дискреционных полномочий смогли установить справедливое равновесие между конкурирующими правами соответствующих лиц. При этом ЕСПЧ обратил внимание на несколько обстоятельств.

Во-первых, оспариваемый диффамационный комментарий не содержал языка вражды и призывов к насилию. Во-вторых, он был размещен анонимным лицом в небольшом блоге, который принадлежал некоммерческой организации и был неизвестен широкой публике, следовательно, не мог повлечь за собой большой огласки в обществе. В-третьих, владелец блога принял надлежащие и эффективные меры по своевременному удалению комментария по требованию самого заявителя, разместив также опровержение. В-четвертых, заявитель не предпринял никаких действий по поиску настоящего автора соответствующего высказывания для привлечения его к ответственности, при том, что владелец блога предоставил ему IP-адрес компьютера, использованного для размещения комментария. Наконец, доводы жалобщика в отношении того, что информация после удаления осталась доступной в сети «Интернет» с помощью поисковых систем, являются необоснованными, т. к. он имел возможность воспользоваться «правом на забвение»¹⁷, потребовав непосредственно от операторов данных систем удалить соответствующие сведения.

Выводы

Таким образом, рассмотренная релевантная практика ЕСПЧ в целом отражает позицию Совета Европы касательно ответственности информационных посредников за диффамационные

¹⁴ См.: § 91 Постановления ЕСПЧ от 2 февраля 2016 г. «Дело “Венгерская ассоциация провайдеров интернет-контента и компания Index.hu Zrt (Magyar Tartalomszolgáltatok Egyesulete and Index.hu Zrt) против Венгрии”. [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «Гарант».

¹⁵ См.: § 4 Совпадающего особого мнения судьи Эгидиуса Куриса к Постановлению ЕСПЧ от 2 февраля 2016 г. «Дело “Венгерская ассоциация провайдеров интернет-контента и компания Index.hu Zrt (Magyar Tartalomszolgáltatok Egyesulete and Index.hu Zrt) против Венгрии”. [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «Гарант».

¹⁶ Решение ЕСПЧ от 07 февраля 2017 г. «Дело “Рольф Андеш Даниэль Пиль (Rolf Anders Daniel Pihl) против Швеции”. [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «Гарант».

¹⁷ См.: Постановление Европейского суда справедливости от 13 мая 2014 г. по делу № C-131/12 «Google Spain SL, Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González». [Электронный ресурс] URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62012CJ0131&from=EN> (дата обращения: 17 января 2020 г.).

высказывания третьих лиц в Сети. Приоритет отдается концепции СМИ «нового поколения» с особым правовым режимом, отличным от положения традиционных масс-медиа ресурсов. Стоит обратить особое внимание на обстоятельства, отмеченные ЕСПЧ в деле «Делфи АС» в качестве предмета доказывания по данным делам¹⁸ и позволяющие решить вопрос о допустимости привлечения в том или ином случае администратора информационного ресурса к ответственности.

2.3. Опыт США и Европейского Союза

В США допускается ответственность интернет-провайдеров только в случаях, когда третьи лица незаконно размещают в Сети объекты чужих авторских прав (Online Copyright Infringement Liability Limitation Act (OCILLA) как часть Закона «Об авторском праве в цифровую эпоху» 1998 г. (DMCA, § 512 (a)-(d))¹⁹). Однако в случае публикации третьими лицами в Интернете запрещенных законом сведений информационные посредники («добрые самаритяне») ни при каких условиях не будут нести ответственности (Communications Decency Act (CDA) как часть Закона «О телекоммуникациях» 1996 г. (Sec. 230 (c))²⁰; особое значение имеет судебная интерпретация данного законоположения²¹). Как отмечал А.И. Савельев, данное правило не имеет аналогов в других странах и чаще всего применяется при диффамационных спорах²².

В странах Европейского Союза (далее – ЕС) национальные законы в соответствующей сфере основаны преимущественно на положениях Директивы ЕС «Об электронной коммерции» от 8 июня 2000 г. (далее – Директива об электронной коммерции)²³, которая носит универсальный характер (применяется и при нарушении интеллек-

туальных прав, и при распространении порочащих и других незаконных сведений). Данный документ (ст. 12–14) предусматривает особые правила ответственности (условия освобождения от ответственности) провайдеров, дифференцированные в зависимости от реализуемых ими функций. Так, информационные посредники делятся на несколько групп (видов), причем одно лицо при совмещении нескольких функций может одновременно относиться к посредникам разных видов. Первая группа – провайдеры связи, которые занимаются передачей информации (например, операторы связи, предоставляющие телематические услуги связи, в том числе по предоставлению доступа к информационным ресурсам Сети; администраторы сервисов электронной почты в контексте передачи сообщений пользователей). Вторая – хостинг-провайдеры, которые предоставляют клиентам вычислительные ресурсы (дисковое пространство на серверах и т. д.) для размещения сайтов в Интернете. В то же время к данным посредникам можно отнести владельцев веб-ресурсов, которые обеспечивают возможность пользователям Сети самостоятельно наполнять данные ресурсы контентом (в частности, администраторы социальных сетей, интернет-блогов, веб-форумов, иных платформ, основанных на концепции Web 2.0). Третья группа – это лица, занимающиеся кэшированием информации (например, администраторы прокси-серверов). Стоит заметить, что идентичное деление предусмотрено и в американском DMCA, который, однако, дополнительно предусматривает лиц, предоставляющих доступ к определенному контенту с помощью ссылок (например, администраторы поисковых сервисов и торрент-трекеров (далее – провайдеры доступа)).

¹⁸ См. также: *Спано Р.* Ответственность информационного посредника за комментарии онлайн-пользователя в контексте Европейской Конвенции по правам человека // *Международное правосудие.* 2017. № 2(22). С. 37–40.

¹⁹ Digital Millennium Copyright Act of 1998, 17 USC. [Электронный ресурс] URL: <https://www.congress.gov/105/plaws/publ304/PLAW-105publ304.pdf> (дата обращения: 17 января 2020 г.).

²⁰ Telecommunications Act of 1996, 47 USC. [Электронный ресурс] URL: <https://www.congress.gov/104/plaws/publ104/PLAW-104publ104.pdf> (дата обращения: 17 января 2020 г.).

²¹ См., напр.: *Zeran v. America Online, Inc.*, 129 F.3d 327 (4th Cir. 1997). [Электронный ресурс] URL: <https://www.eff.org/files/zeran-v-aol.pdf> (дата обращения: 17 января 2020 г.).

²² *Савельев А.И.* Электронная коммерция в России и за рубежом: правовое регулирование. М., 2014. [Электронный ресурс] URL: <https://znanium.com/catalog/product/466438> (дата обращения: 19 февраля 2020 г.).

²³ Директива 2000/31/ЕС Европейского парламента и Совета Европейского Союза «О некоторых правовых аспектах информационных услуг на внутреннем рынке, в частности, об электронной коммерции (Директива об электронной коммерции)» от 8 июня 2000 г. [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «Гарант».

Условия освобождения информационных посредников от ответственности в Директиве об электронной коммерции и ДМСА также в целом совпадают (более подробно о них будет сказано далее). Примечательно, что аналогичное регулирование действует и во многих азиатских странах, в частности, Японии, Сингапуре, Китае²⁴.

2.4. Промежуточные итоги

Таким образом, можно констатировать, что наибольшее распространение в развитых странах (их объединениях) получила модель правового регулирования, при которой привлечение владельцев информационных ресурсов к гражданско-правовой ответственности за диффамационный пользовательский контент является принципиально допустимым. В данном случае можно выделить два основных подхода к ответственности данных лиц в зависимости от применяемого регулирования: 1) ответственность посредством правил интернет-СМИ «нового поколения» (право Совета Европы и ОБСЕ); 2) ответственность посредством специальных норм об интернет-посредниках (право ЕС).

В США наблюдается двоякая ситуация: полностью исключается ответственность онлайн-провайдеров за диффамацию и другую незаконную информацию онлайн-пользователей, что является уникальной практикой, и одновременно закреплены нормы об ответственности посредников в области защиты авторских прав, подобные предписаниям Директивы об электронной коммерции.

В этой связи *prima facie* может показаться, что рассмотренные подходы не согласуются друг с другом. Однако это не так. В сущности своей они подразумевают один и тот же предмет доказывания, одни и те же правила ответственности. Суть данных правил заключается в том, что информационные посредники могут быть привлечены к имущественным взысканиям только при установлении их вины

в ненадлежащем администрировании соответствующего интернет-ресурса. При этом вина в зависимости от вида выполняемых информационным посредником функций может устанавливаться либо с помощью критерия вмешательства, либо критерия знания (действительного или предполагаемого), которые будут подробно рассмотрены далее.

3. Российский подход к ответственности информационных посредников

3.1. Общая характеристика

2 июля 2013 г. в Российской Федерации был принят Федеральный закон № 142-ФЗ (далее – ФЗ № 142)²⁵, которым были внесены изменения в ст. 152 Гражданского кодекса РФ (далее – ГК РФ)²⁶, посвященную защите чести, достоинства и деловой репутации. В частности, п. 5 указанной статьи был сформулирован следующим образом:

Если сведения, порочащие честь, достоинство или деловую репутацию гражданина, оказались после их распространения доступными в сети «Интернет», гражданин вправе требовать удаления соответствующей информации, а также опровержения указанных сведений способом, обеспечивающим доведение опровержения до пользователей сети «Интернет».

Таким образом, отечественный законодатель определил, какие из специальных мер защиты права, не связанных с мерами ответственности, могут быть применены при диффамации в Интернете²⁷. Также в п. 9, 11 ст. 152 ГК РФ указано, что гражданин, в отношении которого распространены сведения, порочащие его честь, достоинство или деловую репутацию, наряду с опровержением таких сведений или опубликованием своего ответа вправе требовать возмещения убытков и компенсации морального вреда, причиненных распространением таких сведений. Правила о защите деловой репутации гражданина, за исключением

²⁴ См.: Савельев А.И. Указ. соч. [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «Гарант».

²⁵ Федеральный закон от 02 июля 2013 г. № 142-ФЗ «О внесении изменений в подраздел 3 раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации». [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «Гарант».

²⁶ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ. [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «Гарант».

²⁷ Заметим, что в отношении СМИ (в том числе сетевых изданий), помимо опровержения, предусмотрено также такое средство защиты репутации, как опубликование потерпевшим своего ответа в СМИ (п. 2 ст. 152 ГК РФ, ст. 46 Закона РФ от 27 декабря 1991 г. № 2124-1 «О средствах массовой информации»).

положений о компенсации морального вреда, соответственно применяются к защите деловой репутации юридического лица. Стоит заметить, что к юридическим лицам можно предъявить требование о компенсации так называемого «репутационного»²⁸ вреда.

Поскольку распространение диффамационных сведений представляет собой причинение вреда репутации, т. е. является деликтом (глава 59 ГК РФ)²⁹, то согласно п. 2 ст. 1064 ГК РФ для привлечения лица к ответственности за данное правонарушение необходимо установить вину делинквента, которая, в свою очередь, презюмируется. И если с установлением вины непосредственных распространителей порочащих сведений, как правило, не возникает особых проблем, то наличие вины информационных посредников в рассматриваемом деликте не столь очевидно, вследствие чего и возникают теоретические и практические вопросы о допустимости привлечения данных субъектов к ответственности.

Стоит заметить, что в настоящее время категорию «информационный посредник» в российском законодательстве можно встретить лишь в ст. 1253.1 ГК РФ, которая устанавливает особенности ответственности этих лиц за нарушение интеллектуальных прав в Интернете³⁰. При этом Федеральный закон от 27 июля 2006 г. № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» (далее – ФЗ об информации)³¹ в ч. 3 ст. 17 также говорит об ответственности лиц, оказывающих по своему содержанию по-

среднические услуги (в действительности, тех же информационных посредников³²), применительно к случаям распространения ограниченной или запрещенной информации в Сети. В дальнейшем данные законоположения будут подробно рассмотрены автором. Сейчас же представляется более целесообразным обозначить основные правовые позиции высших судебных органов РФ по исследуемой проблематике, так как именно в данных позициях нашел свое оформление российский режим ответственности интернет-посредников за диффамационный контент третьих лиц.

Верховный Суд РФ (далее – ВС РФ) в ряде своих разъяснений действующего законодательства (2005 и 2010 г.)³³ провел дифференциацию правового режима информационных посредников, ресурсы которых зарегистрированы и не зарегистрированы в качестве СМИ. Так, если речь идет о сетевом издании СМИ, должны применяться правила разрешения споров о защите репутации, предусмотренные законодательством о СМИ. В данном случае посредник (редакция интернет-СМИ) как публикатор порочащих сведений, по общему правилу, отвечает перед потерпевшим солидарно с автором (непосредственным распространителем) данных сведений. Это обусловлено активной ролью редакций СМИ, осуществляющих премодерацию публикуемого материала, и согласуется с практикой ЕСПЧ³⁴. В свою очередь, если информационный ресурс не является СМИ, то ответственность для лиц, допустивших нарушение репутации, должна наступать на общих основаниях без

²⁸ См.: п. 21 Обзора судебной практики ВС РФ № 1 (2017), утв. Президиумом ВС РФ 16 февраля 2017 г.; *Гаврилов Е.В.* Наследие практики ВАС РФ и новейшая практика ВС РФ о компенсации нематериального (репутационного) вреда юридическим лицам // Арбитражные споры. 2017. № 4. С. 101-118.

²⁹ См.: п. 21 Обзора судебной практики ВС РФ № 1 (2017), утв. Президиумом ВС РФ 16 февраля 2017 г. [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «Гарант».

³⁰ Примечательно, что дата принятия Федерального закона от 02 июля 2013 г. № 187-ФЗ (неофициальное название – «Антипиратский закон»), которым была введена в ГК РФ ст. 1253.1, совпадает с датой принятия ранее названного ФЗ № 142, который внес изменения в ст. 152 ГК РФ.

³¹ Федеральный закон от 27 июля 2006 г. № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации». [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «Гарант».

³² См. также: *Савельев А.И.* Комментарий к Федеральному закону от 27 июля 2006 г. № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и защите информации» (постатейный). М.: Статут, 2015. [Электронный ресурс] URL: <https://znaniium.com/catalog/product/528227> (дата обращения: 19 февраля 2020 г.).

³³ См.: п. 6 Постановления Пленума ВС РФ от 15 июня 2010 г. № 16 «О практике применения судами Закона Российской Федерации “О средствах массовой информации”»; п. 5, 7 Постановления Пленума ВС РФ от 24 февраля 2005 г. № 3 «О судебной практике по делам о защите чести и достоинства граждан, а также деловой репутации граждан и юридических лиц». [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «Гарант».

³⁴ См.: § 112-113 Постановления ЕСПЧ от 16 июня 2015 г. «Дело «Компания «Делфи АС» (Delfi AS) против Эстонии». [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «Гарант».

специфики норм о СМИ. Однако такое указание ВС РФ не привнесло необходимой ясности в решение вопроса об ответственности не относящихся к СМИ информационных посредников, которых, безусловно, в количественном выражении значительно больше по сравнению с редакциями сетевых изданий, за порочащую информацию пользователей Сети.

В итоге ответ был найден в Постановлении Конституционного Суда РФ (далее – КС РФ) от 9 июля 2013 г. № 18-П³⁵ (еще до вступления в силу ФЗ № 142). КС РФ отметил, что потерпевшие имеют право требовать от информационных посредников, не являющихся зарегистрированными СМИ, удаления порочащих не соответствующих действительности сведений только после признания их таковыми судом (установления судом имеющего юридическое значение факта распространения данных сведений неизвестными третьими лицами в сети «Интернет» (п. 8 ст. 152 ГК РФ в актуальной редакции)). При этом потерпевший не имеет права требовать применения к указанным посредникам мер гражданско-правовой ответственности, т. к. «она (ответственность³⁶) действующим законодательством не предусмотрена»³⁷. Это обусловлено отсутствием вины владельцев интернет-ресурсов, а следовательно, и всех необходимых элементов состава правонарушения. Однако если посредники добровольно не выполняют основанное на решении суда требование об удалении порочащих сведений, то потерпевшие могут повторно обратиться в суд с иском о принудительном удалении данных сведений, а также возмещении ущерба и (или) компенсации вреда за фактическое неисполнение судебного решения.

Указанный подход в дальнейшем был поддержан и ВС РФ: «В случае, если порочащие сведения, размещенные на сайте в сети “Интернет”, признаны судом не соответствующими действительности, владелец сайта или иное управомоченное им лицо, которое размещает информацию на этом сайте, обязаны удалить такие сведения по заявлению потерпевшего»³⁸.

Таким образом, из вышеуказанных разъяснений КС РФ и ВС РФ следует, что предъявление каких-либо исковых требований (не только о возложении ответственности, но и об удалении (опровержении) порочащих сведений) к информационному посреднику, не зарегистрированному в качестве СМИ, по умолчанию недопустимо. Защита репутации в суде становится возможной только после того, как: 1) потерпевший получит вступившее в законную силу решение суда о признании распространенных сведений не соответствующими действительности (установит факт, имеющий юридическое значение); 2) потерпевший заявит требование к посреднику об удалении данных сведений на основании судебного решения; 3) посредник не удалит указанные сведения. И хоть КС РФ в мотивировочной части Постановления № 18-П (абз. 4 п. 4.1) и оговорил возможность непосредственного предъявления к посредникам иска об удалении порочащих сведений, однако такая практика не нашла своего распространения. Напротив, правовые позиции ВС РФ недвусмысленно требуют инициирования в таких случаях именно особого производства³⁹. В любом случае какие-либо денежные взыскания с онлайн-провайдеров полностью исключаются, по крайней мере, до тех пор, пока они не откажутся удалить порочащий контент после признания его таковым судом.

³⁵ Постановление КС РФ от 09 июля 2013 г. № 18-П «По делу о проверке конституционности положений пунктов 1, 5 и 6 статьи 152 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданина Е.В. Крылова». [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «Гарант».

³⁶ Примечание автора.

³⁷ См.: п. 3 Постановления КС РФ от 09 июля 2013 г. № 18-П «По делу о проверке конституционности положений пунктов 1, 5 и 6 статьи 152 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданина Е.В. Крылова». [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «Гарант».

³⁸ См.: п. 16 Обзора практики рассмотрения судами дел по спорам о защите чести, достоинства и деловой репутации, утв. Президиумом ВС РФ 16 марта 2016 г. [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «Гарант».

³⁹ См.: п. 2 Постановления Пленума ВС РФ от 24 февраля 2005 г. № 3 «О судебной практике по делам о защите чести и достоинства граждан, а также деловой репутации граждан и юридических лиц»; п. 11 Обзора практики рассмотрения судами дел по спорам о защите чести, достоинства и деловой репутации, утв. Президиумом ВС РФ 16 марта 2016 г. [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «Гарант».

3.2. Замечания

Как представляется, действующий в Российской Федерации правовой режим ответственности информационных посредников за диффамационные высказывания третьих лиц в Интернете имеет существенные недостатки.

Прежде всего, автор считает, что российское законодательство все же содержит, вопреки ранее указанной позиции КС РФ, положения, предусматривающие ответственность информационных посредников, не относящихся к СМИ, за диффамацию в Сети. Так, согласно ч. 3 ст. 17 ФЗ об информации⁴⁰ в случае, если распространение определенной информации ограничивается или запрещается федеральными законами, гражданско-правовую ответственность за распространение такой информации не несет лицо, оказывающее услуги:

1) либо по передаче информации, предоставленной другим лицом, при условии ее передачи без изменений и исправлений;

2) либо по хранению информации и обеспечению доступа к ней при условии, что это лицо не могло знать о незаконности распространения информации.

Предписания ст. 152 ГК РФ в части запрета распространения порочащей не соответствующей действительности (или просто не соответствующей действительности) информации подпадают под общую гипотезу норм ч. 3 ст. 17 ФЗ об информации⁴¹. Следовательно, ч. 3 ст. 17 ФЗ об информации может являться основанием для привлечения

информационных посредников к ответственности за рассматриваемые деликты. Как представляется, при отсутствии вышеуказанных условий освобождения провайдеров от ответственности данные субъекты по своему правовому статусу приравниваются к распространителям порочащей информации, хотя непосредственно они таковыми не являются (подобно редакциям СМИ). Если же владелец информационного ресурса самостоятельно распространяет (размещает в Сети) незаконные сведения, то в контексте защиты репутации он уже не является информационным посредником, следовательно, несет ответственность на общих основаниях согласно ст. 152 ГК РФ.

В то же время анализ релевантной практики российских судов позволяет говорить о том, что данные специальные правила ответственности посредников либо не применяются⁴² (примечательно, что в ряде случаев суды прямо употребляют категорию «информационный посредник»⁴³ или фактически применяют правила их ответственности⁴⁴, однако не ссылаются на ФЗ об информации), либо их применение носит чисто формальный, технический характер (в действительности используются правила дифференциации СМИ и не СМИ, установленные вышеуказанной практикой КС РФ и ВС РФ⁴⁵).

При этом существенный плюрализм наблюдается и в применении судами способов защиты репутации. Чаще всего суды приходят к ранее отмеченному выводу, что применение к информацион-

⁴⁰ Примечательно, что сам КС РФ также ссылался на данную норму (конкретно на положение п. 2 ч. 3 ст. 17 ФЗ об информации).

⁴¹ Аналогичные взгляды можно встретить и в научной литературе. См., напр.: *Савельев А.И.* Электронная коммерция в России и за рубежом: правовое регулирование. [Электронный ресурс] URL: <https://znanium.com/catalog/product/466438> (дата обращения: 19 февраля 2020 г.).

⁴² См., напр.: Определение ВС РФ от 28 марта 2018 г. № 305-ЭС17-19225 по делу № А40-97932/2015; Определение ВС РФ от 18 сентября 2014 г. № 306-ЭС14-632 по делу А49-2338/2013; Апелляционное определение Московского городского суда от 30 августа 2018 г. по делу № 33-36135/2018. [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «Гарант».

⁴³ См., напр.: Решение Арбитражного суда города Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 24 апреля 2019 г. по делу № А56-144636/2018; от 12 февраля 2019 г. по делу № А56-135396/2018; от 19 сентября 2016 г. по делу № А56-34324/2016. [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «Гарант».

⁴⁴ См., напр.: Определение ВС РФ от 28 марта 2018 г. № 305-ЭС17-19225 по делу № А40-97932/2015; Решение Арбитражного суда Удмуртской Республики от 17 сентября 2015 г. по делу № А71-4153/2015. [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «Гарант».

⁴⁵ См., напр.: Апелляционное определение СК по гражданским делам Верховного Суда Республики Саха (Якутия) от 16 июля 2018 г. по делу № 33-2567/2018; Решение Арбитражного суда города Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 27 июля 2017 г. по делу № А56-33926/2017; Апелляционное определение СК по гражданским делам Томского областного суда от 24 мая 2016 г. по делу № 33-1842/2016; Определение Московского городского суда от 10 августа 2015 г. № 4г-6325/15; Решение Арбитражного суда Челябинской области от 06 декабря 2017 г. по делу № А76-18927/2017. [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «Гарант».

ным посредникам, не являющимся СМИ, не только мер ответственности, но и вообще каких-либо мер защиты права по умолчанию невозможно. В таких случаях суды указывают, что посредники являются ненадлежащими ответчиками, исковое производство недопустимо, потерпевшим следует инициировать особое производство по установлению факта диффамации⁴⁶. Однако бывают и случаи, когда суды (без предварительного решения суда об установлении факта диффамации) отказывают только в возложении мер ответственности на посредника, при этом применяя иные инструменты защиты репутации, включая наложение обязанности удалить и опровергнуть диффамационный контент⁴⁷. Также встречаются примеры удовлетворения требования об удалении порочащих сведений с одновременным отказом в требовании об их опровержении⁴⁸. Подобные исключения из общего правила полного отказа в иске против информационных посредников обусловлены различным толкованием главного «источника права» при разрешении подобных споров – Постановления КС РФ № 18-П, что следует из мотивировочных частей данных решений.

Особого внимания заслуживают правовые позиции, изложенные ВС РФ в Определении от 28 марта 2018 г. по делу А40-97932/2015 по кассационной жалобе ООО «Депюст» (далее – дело «Депюст»)⁴⁹. ВС РФ, решая вопрос о возможности привлечения информационных посредников к ответственности за порочащие комментарии ин-

тернет-пользователей, отметил, что, несмотря на отсутствие в материалах дела сведений о формальной регистрации спорного сайта в качестве СМИ, необходимо руководствоваться правилом «срывания вуали»⁵⁰, при котором оценивается действительное, фактическое поведение участников возникшего правоотношения и, с учетом «фундаментальных принципов гражданского законодательства»⁵¹, в том числе запрета извлечения преимуществ из незаконного и недобросовестного поведения, определяется реальный статус сайта⁵². Данная позиция, как можно заметить, отчасти согласуется с доводами ЕСПЧ касательно СМИ нового поколения и их особого правового положения. В результате 30 ноября 2018 г. при новом рассмотрении дела «Депюст» Арбитражный суд г. Москвы в соответствии с указаниями ВС РФ привлек владельцев соответствующих интернет-ресурсов, не являющихся СМИ, к ответственности в виде возмещения убытков за диффамационные пользовательские комментарии⁵³.

Таким образом, данное дело является наглядным примером противоречивости российского правового режима ответственности информационных посредников за диффамацию и своеобразной адаптации судов к имеющимся реалиям, когда они в попытках найти законное основание для привлечения посредников к ответственности с целью справедливого разрешения спора вынуждены обращаться к известной корпоративному праву доктрине «срывания вуали».

⁴⁶ См., напр.: Решение Арбитражного суда города Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 12 февраля 2019 г. по делу № А56-135396/2018; Определение Московского городского суда от 10 августа 2015 г. № 4г-6325/15. [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «Гарант».

⁴⁷ См., напр.: Апелляционное определение СК по гражданским делам Томского областного суда от 24 мая 2016 г. по делу № 33-1842/2016. [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «Гарант».

⁴⁸ См., напр.: Апелляционное определение СК по гражданским делам Верховного Суда Республики Саха (Якутия) от 16 июля 2018 г. по делу № 33-2567/2018. [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «Гарант».

⁴⁹ Определение ВС РФ от 28 марта 2018 г. № 305-ЭС17-19225 по делу А40-97932/2015. [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «Гарант».

⁵⁰ Весьма примечательно, что ВС РФ «сорванную вуаль» прямой ссылкой позаимствовал у Президиума ВАС РФ, который в Постановлении от 24 апреля 2012 г. № 16404/11 по делу № А40-21127/11-98-184 применял доктрину «срывания корпоративной вуали».

⁵¹ Определение ВС РФ от 28 марта 2018 г. № 305-ЭС17-19225 по делу А40-97932/2015. [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «Гарант».

⁵² «Вероятно, «Депюст» стремится доказать, что сайт фактически является СМИ, чтобы обойти подход КС к ответственности за комментарии» (Аргументы де-факто // Юрфирма доказывала, что сайт можно признать СМИ и без регистрации. [Электронный ресурс] URL: https://zakon.ru/discussion/2018/3/21/argumenty_de-fakto_yurfirma_dokazyvala_chno_sajt_mozhno_priznat_smi_i_bez_registracii (дата обращения: 25 января 2020 г.)).

⁵³ Решение Арбитражного суда г. Москвы от 30 ноября 2018 г. по делу № А40-97932/15-117-771. [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «Гарант».

Объективности ради стоит заметить, что в российской судебной практике можно встретить редкие случаи, когда суды, рассматривая спор в отношении сайта, не зарегистрированного как СМИ, не только формально, но и фактически руководствовались нормами ч. 3 ст. 17 ФЗ об информации, без обращения к Постановлению КС РФ № 18-П и дублирующей его практике ВС РФ⁵⁴. Примечательно также, что суды, еще до принятия Постановления КС РФ № 18-П, на основании указанных положений ФЗ об информации присуждали потерпевшим компенсацию морального вреда, т. е. применяли меры ответственности к информационным посредникам (без предварительного установления в отдельном судебном производстве факта диффамации)⁵⁵. Однако следует учесть, что и в данных решениях суды не проводили полноценный и надлежащий анализ фактических обстоятельств дела с целью всестороннего установления критериев, позволяющих либо привлечь посредника к ответственности, либо освободить его на основании ч. 3 ст. 17 ФЗ об информации. Равным образом, редкой удачей является нахождение решения, где суд обращается к релевантной практике ЕСПЧ.

На этом фоне весьма запутанный и громоздкий процессуальный порядок разрешения дел, когда интернет-ресурс не является СМИ, создает дополнительные неудобства для потерпевших и снижает стимулы для защиты ими своей репутации ввиду наличия высоких литигационных издержек, связанных с данной защитой. Так, потерпевшие должны прежде всего добиться установления в судебном порядке факта диффамации. При этом соответствующее решение суда никак не скажется на защите их репутации, поскольку не служит основанием для каких-либо принудительных действий со стороны государственных органов. Данное решение имеет юридическое значение лишь в том, что оно генерирует право потерпевшего требовать от посредника уда-

ления порочащей информации и корреспондирующую обязанность последнего удовлетворить это требование. Далее потерпевшие должны соблюсти фактически установленный досудебный (претензионный) порядок урегулирования спора, обратившись к провайдеру с требованием удалить порочащие сведения. И если посредник откажет в удалении, потерпевший вынужден снова обращаться в суд и инициировать отдельное исковое разбирательство для защиты репутации. Весь указанный многоэтапный процесс защиты репутации в некоторых ситуациях нарушает интересы также самих информационных посредников, которые могут иметь обоснованные возражения против признания распространенной на их ресурсе информации порочащей, но которых не привлекли к участию в деле об установлении факта диффамации в качестве заинтересованных лиц. В результате, у судов возникают закономерные проблемы выбора между исковым и особым порядком разрешения дел⁵⁶. Это уже не говоря о тех трудностях, которые могут возникнуть на стадии исполнения решений судов. Кроме того, из буквального текста соответствующих разъяснений высших судебных органов следует, что признание факта диффамации является основанием только для удаления, но не опровержения порочащих сведений. На наш взгляд, такое исключение является несостоятельным, поскольку и удаление, и опровержение одинаково служат пресечению действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения, а также восстановлению положения, существовавшего до нарушения права (ст. 12 ГК РФ).

Таким образом, представляется очевидным, что Российской Федерации необходим новый правовой режим ответственности информационных посредников за диффамацию в сети «Интернет». Однако его разработка требует осмысления нескольких принципиально важных моментов.

⁵⁴ См., напр.: Определение СК по гражданским делам Московского городского суда от 6 июня 2012 г. по делу № 33-11060/12; Постановление Четвертого арбитражного апелляционного суда от 27 февраля 2012 г. по делу № А19-13532/2011. [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «Гарант».

⁵⁵ См., напр.: Апелляционное определение Московского городского суда от 02 декабря 2013 г. № 11-39219/13. [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «Гарант».

⁵⁶ См., напр.: Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 21 ноября 2018 г. № 09АП-43429/18; Определение Московского городского суда от 12 декабря 2016 г. № 33-29731/16. [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «Гарант».

4. Предварительные рассуждения о новом режиме ответственности информационных посредников за диффамацию в сети «Интернет»

Следует начать с того, что применение мер ответственности к информационным посредникам является, безусловно, негативным фактором в контексте развития интернет-свобод. Однако, на наш взгляд, одних лишь мер защиты права, не связанных с ответственностью, при определенных обстоятельствах явно недостаточно для обеспечения эффективной защиты репутации потерпевших (например, в случае причинения им убытков вследствие нарушения деловой репутации, если владелец сайта умышленно и недобросовестно способствовал размещению неизвестными третьими лицами порочащей информации на своем ресурсе). Кроме того, юридическая ответственность за счет своей воспитательной (превентивной) функции стимулирует провайдеров к технологическому совершенствованию своей деятельности в части недопущения правонарушений в Интернете. Напротив, предоставление веб-посредникам безграничного иммунитета от денежных взысканий открывает дорогу для потенциальных злоупотреблений с их стороны⁵⁷. В этой связи считаем, что гражданско-правовая ответственность информационных посредников, не являющихся редакциями СМИ, за диффамацию в Сети должна иметь место в российском праве, но только при наличии особых, строго определенных в законе условий, отличных от общих правил ответственности за рассматриваемый деликт, в том числе применительно к СМИ.

Стоит заметить, что передовой опыт регулирования соответствующих вопросов, рассмотренный ранее при характеристике правопорядков ЕС (Директива об электронной коммерции), США (DMCA) и некоторых других развитых юрисдикций, в целом нашел свое отражение и в российском законодательстве, а именно в ч. 3 ст. 17 ФЗ об информации и ст. 1253.1 ГК РФ. В то же время нельзя не признать, что степень юридико-технической про-

работки норм ч. 3 ст. 17 ФЗ об информации намного ниже по сравнению с положениями ст. 1253.1 ГК РФ. В этой связи считаем целесообразным рассмотреть условия ответственности (или, точнее сказать, условия освобождения от ответственности) интернет-посредников на примере именно указанной статьи ГК РФ.

Так, информационные посредники несут ответственность за нарушения интеллектуальных прав в Сети при наличии вины с учетом некоторых особенностей. Эти особенности зависят от ранее упомянутой классификации посредников на три основные группы.

1. Лица, осуществляющие передачу материала, содержащего результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации (далее – материал), в сети «Интернет» (провайдеры связи). Пункт 2 ст. 1253.1 ГК РФ предусматривает три одновременных условия освобождения данных лиц от ответственности: а) посредник не является инициатором передачи соответствующего материала и не определяет получателя передаваемого материала; б) он не изменяет передаваемый материал при оказании услуг связи, за исключением изменений, осуществляемых для обеспечения технологического процесса передачи материала; в) он не знал и не должен был знать о том, что инициатор передачи материала нарушил интеллектуальные права на соответствующие объекты других лиц. При этом согласимся с исследователями, которые считают, что критерий отсутствия действительного («не знал») или предполагаемого («не должен был знать») знания (п. «в») в силу специфики деятельности данных лиц не применим к ним⁵⁸. Таким образом, остается два реальных условия (п. «а» и «б»). Как видно, в целом данное регулирование идентично ранее процитированной норме п. 1 ч. 3 ст. 17 ФЗ об информации.

2. Лица, предоставляющие возможность размещения материала или информации, необходимой для его получения с использованием

⁵⁷ Подробнее о злоупотреблениях см.: *Савельев А.И.* Электронная коммерция в России и за рубежом: правовое регулирование. [Электронный ресурс] URL: <https://znaniium.com/catalog/product/466438> (дата обращения: 19 февраля 2020 г.).

⁵⁸ *Войниканис Е.А.* Право интеллектуальной собственности в цифровую эпоху: парадигма баланса и гибкости. М.: ИД «Юриспруденция», 2013. [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «Гарант»; *Савельев А.И.* Критерии наличия действительного и предполагаемого знания как условия привлечения к ответственности информационного посредника // Закон. 2015. № 11. [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «Гарант».

информационных ресурсов, в Сети (хостинг-провайдеры). Данные субъекты согласно п. 3 ст. 1253.1 ГК РФ подлежат освобождению от ответственности при отсутствии действительного и предполагаемого знания о том, что инициатор передачи материала нарушил интеллектуальные права на соответствующие объекты других лиц. Кроме того, при возникновении действительного знания в результате получения в письменной форме заявления правообладателя о нарушении интеллектуальных прав с указанием страницы сайта и (или) сетевого адреса в сети «Интернет», на которых размещен такой материал, информационный посредник должен своевременно принять необходимые и достаточные меры для прекращения нарушения интеллектуальных прав. Применительно к защите авторских и (или) смежных прав необходимой мерой является удаление незаконного материала, а своевременность определяется периодом времени в 24 часа с момента получения владельцем сайта заявления от правообладателя о нарушении его прав (ст. 15.7 ФЗ об информации).

Примечательно, что § 512 (с) DMCA содержит еще одно условие освобождения хостинг-провайдеров от ответственности – это отсутствие финансовой выгоды, непосредственно связанной с распространением третьими лицами незаконного контента на принадлежащих провайдерам ресурсах. На данный фактор обращал внимание в своей релевантной практике и ЕСПЧ. Кроме того, Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ (далее – ВАС РФ) в небезызвестном Постановлении от 1 ноября 2011 г. № 6672/11 (далее – Постановление ВАС РФ по делу «Агава-софт»)⁵⁹ также требовал оценки соответствующего обстоятельства. На наш взгляд, данное условие должно быть исследовано судами в рамках установления критерия предполагаемого знания и принципиально не требует отдельного закрепления в законе.

Стоит заметить, что п. 2 ч. 3 ст. 17 ФЗ об информации, регламентируя ответственность посредников данного вида, упоминает один лишь критерий предполагаемого знания о незаконности распространения информации.

3. Лица, предоставляющие возможность доступа к материалу или информации, необходимой для его получения с использованием информационных ресурсов, в Интернете (провайдеры доступа). Диспозиция п. 2 ч. 3 ст. 17 ФЗ об информации также охватывает лиц, оказывающих данные услуги, что вполне оправдано, ведь «отнесение указанных видов интернет-сервисов к ряду информационных посредников разделяется зарубежной практикой»⁶⁰. Действительно, как было отмечено ранее, американское законодательство (§ 512 (d) DMCA) также регламентирует ответственность данных субъектов. В то же время п. 5 ст. 1253.1 ГК РФ не устанавливает каких-либо специальных правил – он содержит лишь отсылочную норму, из которой, однако, неясно, какие конкретно из вышеуказанных критериев ответственности должны применяться в отношении этих лиц. В данном случае ввиду схожести реализуемых ими функций с деятельностью хостинг-провайдеров необходимо толковать рассматриваемую норму как отсылочную именно к п. 3 ст. 1253.1 ГК РФ⁶¹.

Таким образом, можно говорить о существовании двух основных условий, или критериев, определяющих наличие вины информационных посредников за соответствующие деликты:

1) критерий вмешательства в процесс передачи третьими лицами информации и (или) материалов, или критерий «личной инициативы»⁶² (провайдеры связи);

2) критерий знания о незаконности размещения (распространения) третьими лицами сведений и (или) материалов (хостинг-провайдеры и провайдеры доступа).

⁵⁹ Постановление Президиума ВАС РФ от 1 ноября 2011 г. № 6672/11 по делу № А40-75669/08-110-609. [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «Гарант».

⁶⁰ Савельев А.И. Критерии наличия действительного и предполагаемого знания как условия привлечения к ответственности информационного посредника. [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «Гарант».

⁶¹ См. также: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть четвертая / Под ред. А.П. Сергеева. М.: Проспект, 2016. [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «Гарант»; Войничанис Е.А. Указ. соч. [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «Гарант».

⁶² См.: Войничанис Е.А. Указ. соч. [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «Гарант».

Субсидиарно заметим, что в российском праве критерий знания (действительного и предполагаемого) нередко относят к так называемой субъективной добросовестности, подразумевающей извинительное незнание лицом определенных фактов, имеющих юридическое значение. Однако согласимся с той точкой зрения, согласно которой смешение принципа добросовестности и критерия знания (субъективной добросовестности) является ошибочным⁶³. Считаем, что данный критерий, по крайней мере, в контексте регулирования ответственности информационных посредников, характеризует именно вину данных субъектов как элемент состава правонарушения, его субъективное начало. При этом суть виновной ответственности информационных посредников заключается в ненадлежащем администрировании соответствующего ресурса. Данное ненадлежащее администрирование состоит в непринятии провайдером «объективно возможных мер по устранению или недопущению отрицательных результатов своих действий, диктуемых обстоятельствами конкретной ситуации»⁶⁴. Важно заметить, что в п. 77 Постановления Пленума ВС РФ от 23 апреля 2019 г. № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» (далее – Постановление Пленума ВС РФ от 23 апреля 2019 г. № 10) указано, что «ответственность информационных посредников, в том числе и за нарушения в сфере предпринимательской деятельности, наступает при наличии вины»⁶⁵. Как представляется, данное правило, являющееся исключением из общего принципа ответственности предпринимателей на началах риска, а не вины, в целях обеспечения равенства правового статуса лиц, относящихся к одной категории (ст. 19 Конституции РФ⁶⁶, п. 1 ст. 1 ГК РФ),

должно быть применимо и при диффамационных спорах.

В связи с этим не можем согласиться с предлагаемой профессорами Ronen Perry и Tal Z. Zarsky концепцией «остаточной косвенной ответственности» («residual indirect liability»⁶⁷). Воспользовавшись методологией экономического анализа права⁶⁸, они пришли к выводу, что наиболее эффективный при наименьших трансакционных издержках режим заключается в первоначальном привлечении к ответственности непосредственного автора порочащих сведений, однако если это при имеющихся условиях невозможно, то бремя неблагоприятных последствий переходит на информационного посредника. На наш взгляд, в данных отношениях никакой «косвенной», «переходящей» ответственности быть не может, – ответственность провайдеров является автономной от ответственности непосредственных распространителей противоправной информации, как минимум, ввиду того, что в основе ее лежит самостоятельное правонарушение с особым выражением вины делинквента и особыми условиями его освобождения от ответственности. При этом субсидиарная ответственность (ст. 399 ГК РФ) информационных посредников за деликты интернет-пользователей действующим законодательством РФ не предусмотрена, политико-правовые основания для ее введения отсутствуют.

5. Новый режим ответственности информационных посредников за диффамацию в сети «Интернет»

Прежде всего заметим, что автор не считает целесообразным вводить в российское законодательство новое расширенное понятие СМИ. Как отмечалось ранее, Рекомендация «О новом поня-

⁶³ Нам К.В. Принцип добросовестности: развитие, система, проблемы теории и практики. М.: Статут, 2019. [Электронный ресурс] URL: <https://znanium.com/catalog/product/1079402> (дата обращения: 19 февраля 2020 г.).

⁶⁴ Российское гражданское право. Т. I: Общая часть. Вещное право. Наследственное право. Интеллектуальные права. Личные неимущественные права / Отв. ред. Е.А. Суханов. М.: Статут, 2011. С. 463.

⁶⁵ Постановление Пленума ВС РФ от 23 апреля 2019 г. № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации». [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «Гарант».

⁶⁶ Конституция Российской Федерации, принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 г. [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «Гарант».

⁶⁷ Perry R. and Zarsky T. Who Should Be Liable for Online Anonymous Defamation? // University of Chicago Law Review Dialogue. 2015. Vol. 82. P. 172-175.

⁶⁸ Об экономическом анализе права подробнее см.: Каранетов А.Г. Экономический анализ права. М.: Статут, 2016. 528 с.

тии СМИ», говоря о дифференцированном и ступенчатом подходе к регулированию электронных СМИ, по существу предлагает государствам установить особый, более льготный по сравнению с традиционными СМИ режим ответственности, основным показателем которого должен стать уровень редакционного контроля администратора интернет-ресурса над распространяемым третьими лицами контентом. В то же время указанный администратор с точки зрения выполняемых функций будет являться информационным посредником (чаще всего – хостинг-провайдером), а уровень редакционного контроля должен подлежать оценке наряду с иными обстоятельствами в процессе установления вины посредника по формуле знания или вмешательства. Кроме того, в настоящее время отсутствуют четкие параметры, позволяющие отграничить интернет-СМИ от иных информационных порталов. Признаки СМИ нового поколения в ранее рассмотренных международных документах определены весьма абстрактно и вряд ли в принципе смогут быть выделены сколько-нибудь конкретно.

В этой связи считаем целесообразным использовать при рассмотрении дел о защите репутации в Интернете специальные правила ответственности информационных посредников, предусмотренные в ч. 3 ст. 17 ФЗ об информации, в которых находят отражение указанные критерии вины. Именно в рамках данных универсальных критериев судам следует устанавливать все необходимые и многочисленные обстоятельства дела (обстоятельства появления диффамационных сведений, их содержание и контекст; принятые провайдером меры по предотвращению появления и удалению указанных сведений; иные события). Отсутствие вины в соответствии с требованиями п. 2 ст. 1064 ГК РФ должен доказывать делинквент, т. е. сам посредник. При этом предмет доказывания будет отличаться от п. 1 ст. 152 ГК РФ – провайдеру не потребуется обосновывать действительность распространенных третьими лицами сведений. Он должен доказать, что он либо не знал и не дол-

жен был знать о распространении на его ресурсе порочащего контента, либо не вмешивался в процесс его распространения. Применение иных мер защиты репутации, не связанных с ответственностью (удаление и опровержение порочащих сведений), не требует установления вины информационных посредников, – в данном случае достаточно в рамках искового производства установить факт распространения порочащих сведений на принадлежащем провайдеру ресурсе. Подобное регулирование закреплено и в п. 4 ст. 1253.1 ГК РФ.

Однако в условиях того, что российские суды, как правило, не руководствуются ч. 3 ст. 17 ФЗ об информации (по крайней мере – прямо) при диффамационных спорах, ВС РФ следует путем принятия необходимых официальных разъяснений направить русло судебной практики в сторону соответствующих предписаний.

Кроме того, в целях снижения ранее указанных литигационных издержек по рассмотрению дел с участием информационных посредников, ресурсы которых не зарегистрированы в качестве СМИ, соблюдения принципа правовой определенности и баланса прав и законных интересов участников рассматриваемых правоотношений, дела о защите репутации в Сети, вне зависимости от принадлежности интернет-ресурса к СМИ, должны разрешаться в порядке именно искового производства. Особый порядок (установление факта, имеющего юридическое значение) должен быть применен только в том случае, если потерпевший в порядке ст. 219 Арбитражного процессуального кодекса РФ⁶⁹, ст. 265 Гражданского процессуального кодекса РФ⁷⁰ докажет, что у него отсутствует возможность установить не только самого автора порочащих сведений, но и соответствующего информационного посредника. Однако подобные ситуации должны стать большой редкостью с учетом наличия широкого спектра возможных способов идентификации как администраторов доменов, так и лиц, предоставляющих им услуги хостинга (например, с помощью сервисов «Whois» или путем запроса у регистратора доменного име-

⁶⁹ Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24 июля 2002 г. № 95-ФЗ. [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «Гарант».

⁷⁰ Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации от 14 ноября 2002 г. № 138-ФЗ. [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «Гарант».

ни наименования и местонахождения администратора домена⁷¹). В то же время установление в суде факта диффамации в рамках особого производства должно приводить к реальным правовым последствиям. В этой связи считаем целесообразным внести в ст. 109.4 или иные положения Федерального закона от 2 октября 2007 г. № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве»⁷² изменения, согласно которым основанием для вынесения судебным приставом-исполнителем постановления об ограничении доступа к порочащей информации, распространяемой в Интернете, должно быть не только неисполнение посредником требования об удалении данной информации (в течение срока, установленного для добровольного исполнения содержащегося в исполнительном документе требования, предъявленного в рамках искового производства), но и сам факт признания судом информации порочащей, если дело рассматривалось в особом порядке. Безусловно, указанная инициатива требует дополнительных обсуждений, и в цели настоящего исследования не входит ее полное и всестороннее обоснование. Автор лишь стремится доказать, что особый порядок не является подходящей процессуальной формой рассмотрения соответствующих дел и должен стать исключением из общего правила исковой защиты.

При этом предложенный КС РФ в Постановлении № 18-П механизм добровольного удаления провайдером порочащих сведений по заявлению потерпевшего известен зарубежному праву в качестве процедуры «notice-and-take-down»⁷³ и предусмотрен, в частности, в Директиве об электронной коммерции и в DMCA. Положительно оценивал данную процедуру и ЕСПЧ в своей релевантной практике⁷⁴. В российском праве аналогичный порядок закреплен в ст. 43–46 Закона РФ

от 27 декабря 1991 г. № 2124-1 «О средствах массовой информации» (далее – Закон о СМИ)⁷⁵, а также в ст. 15.7 ФЗ об информации применительно к случаям нарушения авторских и (или) смежных прав в Сети. Таким образом, считаем, что процедура «notice-and-take-down» действительно является эффективным средством балансирования интересов сторон спора о диффамации. При этом отказ владельца веб-ресурса добровольно удовлетворить обоснованные требования потерпевшего, безусловно, будет иметь существенное значение в контексте установления вины информационного посредника. В то же время данная процедура должна быть подробно регламентирована в законе в отношении диффамационных споров. Соответствующие изменения целесообразно внести в ФЗ об информации. Кроме того, в целях еще большего снижения литигационных издержек по разрешению соответствующих споров (в том числе в контексте вопроса о справедливом распределении судебных издержек между сторонами дела, когда в действиях ответчика (информационного посредника) отсутствует вина в причинении вреда репутации), процедуру «notice-and-take-down» следовало бы закрепить в качестве обязательного досудебного (претензионного) порядка урегулирования спора. Однако если и вводить обязательность указанного порядка, то в целях обеспечения принципа равенства это необходимо сделать в отношении всех категорий споров с участием информационных посредников.

Таким образом, на имеющемся этапе регулирования соответствующих отношений предлагаем с учетом всех иных необходимых изменений и дополнений ввести в Постановление Пленума ВС РФ о защите репутации положения следующего содержания:

⁷¹ См.: п. 9.1.5 Правил регистрации доменных имен в доменах .RU и .RF, утв. решением Координационного центра национального домена сети Интернет № 2011-18/81 от 05 октября 2011 г. [Электронный ресурс] URL: https://cctld.ru/files/pdf/docs/rules_ru-rf.pdf (дата обращения: 19 Февраля 2020 г.).

⁷² Федеральный закон «Об исполнительном производстве» от 02 октября 2007 г. N 229-ФЗ. [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «Гарант».

⁷³ См.: Савельев А.И. Электронная коммерция в России и за рубежом: правовое регулирование. [Электронный ресурс] URL: <https://znanium.com/catalog/product/466438> (дата обращения: 19.02.2020).

⁷⁴ См.: § 91 Постановления ЕСПЧ от 2 февраля 2016 г. «Дело «Венгерская ассоциация провайдеров интернет-контента и компания Index.hu Zrt (Magyar Tartalomszolgáltatok Egyesulete and Index.hu Zrt) против Венгрии». [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «Гарант».

⁷⁵ Закон РФ от 27 декабря 1991 г. № 2124-1 «О средствах массовой информации». [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «Гарант».

«Если не соответствующие действительности порочащие сведения были распространены в информационно-телекоммуникационной сети, включая сеть “Интернет”, потерпевший вправе обратиться в суд с иском о защите чести, достоинства и деловой репутации к автору порочащих сведений, а также к владельцу информационного ресурса, на котором были распространены данные сведения (информационному посреднику).

При этом если информационный ресурс зарегистрирован в установленном порядке в качестве средства массовой информации, судам при рассмотрении такого иска необходимо руководствоваться нормами, относящимися к средствам массовой информации. Если же информационный ресурс не зарегистрирован в качестве средства массовой информации, судам следует применять нормы, относящиеся к федеральному законодательству об информации, информационных технологиях и о защите информации.

При невозможности установить соответствующих автора порочащих сведений и информационного посредника, дело подлежит рассмотрению согласно пункту 6 статьи 152 Гражданского кодекса Российской Федерации по заявлению заинтересованного лица о признании распространенных сведений не соответствующими действительности. Такое заявление рассматривается в порядке установления фактов, имеющих юридическое значение (глава 28 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации, глава 27 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации)».

Стоит отметить, что подобное решение проблемы позволит преодолеть имеющуюся в настоящее время неопределенность в части выбора применимых к данным спорам правовых предписаний, в результате чего российским судам больше не потребуется доктрина «срывания вуали». Кроме того, будет установлен дифференцированный подход к ответственности посредников без кардинального изменения законодательства о СМИ.

Так, информационный посредник с учетом собственного волеизъявления может зарегистрировать свой сайт как СМИ⁷⁶, тем самым приняв на себя специальное регулирование ответственности СМИ за диффамацию, включая условия освобождения от нее согласно ст. 57 Закона о СМИ. В отношении всех иных онлайн-провайдеров будут действовать иные правила ответственности, предусмотренные в ФЗ об информации, которые в целом являются более льготными для данных субъектов. Последнее обстоятельство связано с тем, что деятельность СМИ, в отличие от многих других информационных ресурсов, изначально предполагает извлечение финансовой выгоды от размещения третьими лицами контента и его премодерацию. Поэтому и освобождаются редакции СМИ от ответственности только в том случае, если докажут, что распространенная ими информация не нуждалась в предварительной проверке в силу специфики источников ее получения, исчерпывающим образом перечисленных в ст. 57 Закона о СМИ.

Наконец, следует признать очевидный факт того, что степень юридико-технической проработки содержащихся в ч. 3 ст. 17 ФЗ об информации норм по сравнению с требованиями ст. 1253.1 ГК РФ в единстве со ст. 15.7 ФЗ об информации, несмотря на общность закрепленных в них принципов гражданско-правовой ответственности информационных посредников, оставляет желать лучшего. Конечно, соответствующие пробелы могли бы быть частично восполнены судебным толкованием положений действующего законодательства, как это было, например, до введения в действие ст. 1253.1 ГК РФ⁷⁷, однако опыт решения данных проблем в России и других юрисдикциях свидетельствует о необходимости четкого законодательного урегулирования рассматриваемых отношений. При этом от законодателя не потребуется особых усилий в части разработки необходимых нормативных предписаний – как представляется, для соответствующих целей вполне допустима «рецепция» передовых правил ответственно-

⁷⁶ Регистрация сайта в качестве СМИ не является обязанностью (абз. 16 ч. 1 ст. 2, ч. 2 ст. 8 Закона РФ от 27 декабря 1991 г. № 2124-1 «О средствах массовой информации»; п. 6 Постановления Пленума ВС РФ от 15 июня 2010 г. N 16 «О практике применения судами Закона Российской Федерации «О средствах массовой информации»).

⁷⁷ См.: Постановление Президиума ВАС РФ от 23 декабря 2008 г. № 10962/08 по делу № А40-6440/07-5-68 (дело «Мастерхост»); от 1 ноября 2011 г. № 6672/11 по делу № А40-75669/08-110-609 (дело «Агава-софт»). [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «Гарант».

сти информационных посредников за нарушение интеллектуальных прав (в том числе процедуры «notice-and-take-down»). Необходимо будет лишь комплексно учесть те конструктивные замечания, которые выдвигались представителями юридической науки и практики касательно недостатков данного регулирования, часть из которых была рассмотрена в настоящем исследовании. К тому же указанные правила апробированы судебной практикой⁷⁸. В частности, некоторые важные положения касательно правового статуса информационного посредника нашли отражение в п. 77–78 ранее упомянутого Постановления Пленума ВС РФ от 23 апреля 2019 г. № 10. Не вызывает сомнений, что соответствующие правовые позиции при их политико-правовой и догматической обоснованности должны быть применимы и в отношении дел о защите репутации.

Считаем, что соответствующие изменения и дополнения на современном этапе развития российского законодательства для оперативного решения насущных проблем ответственности онлайн-провайдеров за диффамацию в Интернете должны быть внесены в ФЗ об информации и, если потребуется, иные законодательные акты. При этом категория «информационный посредник» в целях соблюдения принципа правовой определенности должна быть единой для всех сфер правового регулирования, следовательно, в ФЗ об информации для обозначения соответствующих субъектов должна быть использована именно она.

В то же время в более долгосрочной перспективе автор считает необходимым унифицировать правовой режим ответственности посредников вне зависимости от характера администрируемого контента (будь то порочащие сведения или материалы, содержащие объекты интеллектуальных прав), как в Директиве об электронной коммерции, в одном законодательном акте. Это можно сделать либо путем принятия отдельного федерального закона о статусе информационных посредников, как предлагается некоторыми авто-

рами⁷⁹, либо, если самостоятельный закон может показаться излишним, путем консолидации соответствующих норм в одной структурной единице ФЗ об информации.

6. Заключение

Таким образом, можно сделать вывод, что в российском правовом порядке отсутствует правовая определенность в области регулирования ответственности информационных посредников за диффамацию в Интернете. С одной стороны, и в законодательстве, и в судебной практике недвусмысленно признается возможность применения специальных мер защиты репутации (удаления и опровержения порочащей информации), а также мер гражданско-правовой ответственности (возмещения убытков и компенсации морального (репутационного) вреда) к онлайн-провайдерам, выступающим в качестве редакции СМИ. С другой стороны, из разъяснений высших судов (КС РФ и ВС РФ) следует, что предъявление указанных требований в суде к иным посредникам допустимо только после того, как: 1) потерпевший получит вступившее в законную силу решение суда о признании распространенных сведений не соответствующими действительности (установит факт, имеющий юридическое значение); 2) потерпевший заявит требование к посреднику об удалении данных сведений на основании судебного решения; 3) посредник не удалит указанные сведения. При этом если провайдер удовлетворит требование потерпевшего и удалит незаконный контент, то привлечь его к ответственности за возможные убытки или причиненный вред от диффамационных сведений согласно устоявшемуся подходу недопустимо даже при наличии его вины. Ответственность можно возложить только за отказ в удалении порочащих сведений, т. е. за фактическое неисполнение решения суда.

Следовательно, в российском праве практически полностью исключается ответственность информационных посредников, ресурсы которых не

⁷⁸ См., напр.: Постановление Суда по интеллектуальным правам от 16 сентября 2019 г. № C01-664/2019 по делу № А40-166839/2018; от 9 декабря 2015 г. № C01-1000/2015 по делу № А40-52455/2015. [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «Гарант».

⁷⁹ См., напр.: *Войниканис Е.А.* Указ. соч. [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «Гарант»; *Свиридова Е.А.* Защита личных неимущественных прав при распространении недостоверных сведений в рекламе и в сети «Интернет» // *Образование и право.* 2016. № 5. [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «Гарант».

зарегистрированы в качестве СМИ, за рассматриваемые деликты, что представляется неверным, поскольку в таком случае не обеспечивается должный уровень превенции соответствующих правонарушений, а также не происходит полного восстановления нарушенных прав потерпевших. Кроме того, остается неясным механизм применения к данным провайдерам такого способа защиты репутации, как опровержение порочащих сведений. В то же время действующее законодательство (ФЗ об информации и ГК РФ) догматически позволяет привлечь указанных посредников к ответственности за диффамацию при наличии непосредственно их вины в ненадлежащем администрировании принадлежащих им интернет-ресурсов. Однако специальные нормы ФЗ об информации не находят своего должного применения, а также отличаются крайне низкой степенью юридическо-технической проработки. Кроме того, вышеуказанный многоступенчатый процессуальный порядок разбирательств по данным делам сопряжен с неоправданно высокими литигационными издержками, снижающими стимулы потерпевших для защиты своей репутации.

Отсутствие правовой определенности и несовершенство действующего регулирования нашли отражение в практике не только нижестоящих судов, но и самого ВС РФ, в решениях которого можно найти пример использования известной корпоративному праву доктрины «срывания вуали» для преодоления «моратория» на ответственность посредников, не являющихся редакциями сетевых изданий. С целью нивелирования обозначенных проблем автор с учетом передового международ-

ного и зарубежного опыта предложил новый режим ответственности информационных посредников за рассматриваемые деликты, суть которого *de lege ferenda* можно кратко выразить в следующих положениях:

1) ответственность интернет-провайдеров, ресурсы которых зарегистрированы в установленном порядке в качестве СМИ, должна наступать в соответствии с законодательством о СМИ, а иных провайдеров – согласно ФЗ об информации;

2) в ФЗ об информации необходимо внести изменения и дополнения, устанавливающие более детальное регулирование отношений, связанных с ответственностью информационных посредников за диффамационную и другую незаконную информацию, в том числе подробно регламентировать процедуру «notice-and-take-down» в отношении соответствующих споров. В качестве ориентира для необходимых преобразований может быть взята ст. 1253.1 ГК РФ в единстве со ст. 15.7 ФЗ об информации;

3) дела о защите чести, достоинства и деловой репутации в сети «Интернет», вне зависимости от принадлежности интернет-ресурса к СМИ, должны рассматриваться судами в рамках искового производства. Исключением должны являться случаи, когда невозможно установить не только автора порочащих сведений, но и информационного посредника. По таким делам решение суда об установлении факта распространения порочащих не соответствующих действительности сведений должно стать основанием для принудительного ограничения доступа к данным сведениям.

Ключевые слова:

информационный посредник; Интернет; диффамация; честь; достоинство; деловая репутация.

Список литературы:

1. Аргументы де-факто // Юрфирма доказывала, что сайт можно признать СМИ и без регистрации. [Электронный ресурс] URL: https://zakon.ru/discussion/2018/3/21/argumenty_de-fakto_yurfirma_dokazyvala_chno_sajt_mozhno_priznat_smi_i_bez_registracii (дата обращения: 25 января 2020 г.).
2. *Войниканис Е.А.* Право интеллектуальной собственности в цифровую эпоху: парадигма баланса и гибкости. М.: ИД «Юриспруденция», 2013. [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «Гарант».
3. *Гаврилов Е.В.* Наследие практики ВАС РФ и новейшая практика ВС РФ о компенсации нематериального (репутационного) вреда юридическим лицам // Арбитражные споры. 2017. № 4. С. 101-118.

4. *Каранетов А.Г.* Экономический анализ права. М.: Статут, 2016. 528 с.
5. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть четвертая / Под ред. А.П. Сергеева. М.: Проспект, 2016. [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «Гарант».
6. *Нам К.В.* Принцип добросовестности: развитие, система, проблемы теории и практики. М.: Статут, 2019. [Электронный ресурс] URL: <https://znanium.com/catalog/product/1079402> (дата обращения: 19 февраля 2020 г.).
7. Российское гражданское право. Т. I: Общая часть. Вещное право. Наследственное право. Интеллектуальные права. Личные неимущественные права / Отв. ред. Е.А. Суханов. М.: Статут, 2011. 958 с.
8. *Савельев А.И.* Комментарий к Федеральному закону от 27 июля 2006 г. № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и защите информации» (постатейный). М.: Статут, 2015. [Электронный ресурс] URL: <https://znanium.com/catalog/product/528227> (дата обращения: 19 февраля 2020 г.).
9. *Савельев А.И.* Критерии наличия действительного и предполагаемого знания как условия привлечения к ответственности информационного посредника // Закон. 2015. № 11. [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «Гарант».
10. *Савельев А.И.* Электронная коммерция в России и за рубежом: правовое регулирование. М.: Статут, 2014. [Электронный ресурс] URL: <https://znanium.com/catalog/product/466438> (дата обращения: 19 февраля 2020 г.).
11. *Свиридова Е.А.* Защита личных неимущественных прав при распространении недостоверных сведений в рекламе и в сети «Интернет» // Образование и право. 2016. № 5. [Электронный ресурс] Доступ из справ.-правовой системы «Гарант».
12. *Спано Р.* Ответственность информационного посредника за комментарии онлайн-пользователя в контексте Европейской Конвенции по правам человека // Международное правосудие. 2017. № 2(22). С. 28–41.
13. *Perry R. and Zarsky T.* Who Should Be Liable for Online Anonymous Defamation? // University of Chicago Law Review Dialogue. 2015. Vol. 82. P. 162-176.vv

Регистрация товарных знаков на имя государственных органов и органов местного самоуправления



Н.М. Рухтин,
Магистр права НИУ ВШЭ (СПб)

В настоящей статье автор рассматривает теоретические проблемы приобретения государственными органами и органами местного самоуправления исключительного права на товарный знак применительно к гражданско-правовому статусу таких органов власти.

Вопрос о возможности приобретения публично-правовыми образованиями исключительных прав на различные средства индивидуализации неоднократно поднимался в научной литературе, причем мнения исследователей по этому поводу разделяются. Так, по мнению Е.В. Моисеевой, публично-правовые образования не могут приобретать право на пользование фирменным наименованием, производственной маркой, товарным знаком¹. Другие исследователи приходят к прямо противоположному выводу. В частности, Ю.Т. Гульбин, рассуждая о возможности регистрации товарного знака на имя публично-правового образования, указывает на отсутствие каких-либо причин огра-

ничивать субъектный состав правообладателей товарных знаков².

Часть четвертая Гражданского кодекса РФ (далее по тексту – ГК РФ) не содержит прямого запрета на регистрацию товарного знака на имя публично-правовых образований. В соответствии со ст. 1478 ГК РФ обладателем исключительного права на товарный знак может быть юридическое лицо или индивидуальный предприниматель. Данное положение необходимо учитывать в совокупности с положениями ст. 124 ГК РФ о том, что публично-правовые образования участвуют в гражданских правоотношениях по правилам, предусмотренным для юридических лиц, если иное не вытекает из закона или особенностей данных

¹ Моисеева Е.В. К вопросу о правосубъектности публично-правовых образований в гражданском праве России // Юрист. 2006. № 9.

² Гульбин Ю.Т. Исключительные права на средства индивидуализации товаров - товарные знаки, знаки обслуживания, наименования мест происхождения товаров: гражданско-правовой аспект. М.: 2007.

субъектов. Исходя из толкования указанных законоположений была сформулирована правовая позиция, изложенная в Постановлении Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ № 1482/06 от 20 марта 2007 г. по делу А40-9887/05-83-89. Высшая судебная инстанция тогда указала, что положения ст. 124 и 128 ГК РФ не исключают принадлежности Российской Федерации такого вида объектов гражданских прав, как исключительное (имущественное) право на товарный знак. В дальнейшем судебными актами арбитражных судов по этому делу за Российской Федерацией было признано исключительное право на товарный знак «СНАТКА» (свидетельство № 76922); в графе «правообладатель» в Государственном реестре товарных знаков была указана Российская Федерация в лице Федерального агентства по управлению федеральным имуществом.

Кроме того, Российская Федерация активно распоряжается принадлежащими ей исключительными правами на товарные знаки. Так, было принято Постановление Правительства РФ от 12 февраля 2015 г. № 117 «О передаче федеральному казенному предприятию «Союзплодоимпорт» исключительных прав на товарные знаки на алкогольную и спиртосодержащую продукцию», в соответствии с которым ряд советских товарных знаков (например, Soviet Sparkling, Zubrovka, Stolichnaya и т. д.) должен был быть передан указанному казенному предприятию. Что примечательно в рамках настоящей работы, п. 2 данного Постановления было предусмотрено, что заключить договоры об отчуждении исключительных прав на товарные знаки поручено Федеральному агентству по управлению государственным имуществом, в компетенцию которого сходит осуществление полномочий собственника федерального имущества, в том числе по передаче такого имущества юридическим и физическим лицам (п. 5.2 – 5.4 Положения о Федеральном агентстве по управлению государственным имуществом, утвержденного Постановлением Правительства Российской Федерации от 05 июня 2008 г. № 432).

Однако в последние годы стала распространенной практика регистрации товарных знаков на имя различных органов государственной власти и органов местного самоуправления, когда в качестве правообладателя указан непосредственно сам орган, а не публично-правовое образование. Так, например:

- на имя Департамента имущественных и земельных отношений Воронежской области зарегистрированы словесные товарные знаки «Столица Черноземья» (свидетельство № 411504) и «Воронеж Столица Черноземья» (свидетельство № 441019, слово «Воронеж» изъято из правовой охраны);

- на имя Администрации городского округа Верхняя Пышма Свердловской области зарегистрирован словесный товарный знак «МЕДНАЯ СТОЛИЦА УРАЛА» (свидетельство № 668243);

- на имя Министерства обороны Российской Федерации зарегистрирована серия товарных знаков «АРМИЯ РОССИИ», «RUSSIAN ARMY» (свидетельства № 515547, 515548, 515549, 515550);

- на имя Администрации Клинского муниципального района Московской области зарегистрирован комбинированный товарный знак со словесным элементом «КЛИН», изъятым из правовой охраны (свидетельство № 645921);

- на имя Министерства промышленности и торговли Республики Татарстан зарегистрирован комбинированный товарный знак со словесным элементом Made in Tatarstan, изъятым из правовой охраны (свидетельство № 658808);

- на имя Министерства Российской Федерации по развитию Дальнего Востока³ зарегистрирован словесный товарный знак «Утро Родины» (свидетельство № 672065);

- на имя Министерства связи и массовых коммуникаций Российской Федерации зарегистрированы товарные знаки «Паспорт Болельщика», FAN-ID (свидетельства № 658897, 658899);

- на имя Министерства промышленности и торговли Российской Федерации зарегистрирован товарный знак, представляющий собой букву «К», расположенную внутри пятиугольника (свидетельство № 572311);

³ Наименования некоторых органов исполнительной власти изменились, однако соответствующие изменения не были внесены в Государственный реестр товарных знаков.

– на имя Министерства спорта Российской Федерации зарегистрирована серия товарных знаков «ГТО», «ГОТОВ К ТРУДУ И ОБОРОНЕ» (свидетельства № 562324, 562326, 562328, 563245);

– на имя Министерства экономического развития Российской Федерации зарегистрированы товарные знаки «МОИ ДОКУМЕНТЫ» (свидетельство № 533439) и «МОЙ БИЗНЕС» (свидетельство № 702530);

– на имя Министерства сельского хозяйства Пермского края зарегистрирован комбинированный товарный знак «ПЕРМСКАЯ КАРТОШКА» (свидетельство № 432702);

– на имя Министерства экономического развития и туризма Республики Алтай зарегистрирован комбинированный товарный знак «ГОРНЫЙ АЛТАЙ» (свидетельство № 444709);

– на имя Министерства сельского хозяйства Иркутской области зарегистрирован комбинированный товарный знак «ПРОДУКТЫ ПРИАНГАРЬЯ» (свидетельство № 553429);

– на имя Комитета торговли, пищевой и перерабатывающей промышленности Правительства Хабаровского края зарегистрирован комбинированный товарный знак «RU 27 НАШ ВЫБОР 27» (свидетельство № 657944);

– на имя Министерства сельского хозяйства Забайкальского края зарегистрирован комбинированный товарный знак «Забайкалье» (свидетельство № 661852).

Приведенный перечень не является исчерпывающим, это лишь некоторые примеры, призванные продемонстрировать тот факт, что регистрация товарных знаков на имя органов публичной власти стала общераспространенной практикой, причем и на федеральном, и на региональном, и на местном уровне.

Кроме того, следует обратить внимание еще на один факт: большинство из указанных выше товарных знаков зарегистрировано для чрезвычайно широкого перечня товаров, работ и услуг. Так, товарные знаки «КЛИН» (№ 645921) и «АРМИЯ РОССИИ» (№ 515549) зарегистрированы в от-

ношении самого широкого перечня товаров, работ и услуг всех сорока пяти классов Международной классификации товаров и услуг⁴ (далее по тексту – МКТУ); товарный знак «ГТО» (№ 562324) – в отношении товаров, работ и услуг тридцати одного класса МКТУ; товарный знак «МОИ ДОКУМЕНТЫ» (№ 533439) – для широкого перечня работ и услуг 35, 36, 38, 39, 41, 42, 43, 45 классов МКТУ. Ранее судебная практика сформировала правовую позицию, в соответствии с которой регистрация товарного знака без цели его использования в отношении определенных товаров (работ, услуг), а исключительно для запрещения использования третьими лицами такого обозначения, может быть квалифицирована судом как злоупотребление правом и повлечь отказ в иске правообладателя о защите исключительного права на товарный знак (см. Определения Верховного Суда РФ № 310-ЭС15-2555 от 23 июля 2015 г. и № 310-ЭС15-12683 от 20 января 2016 г.). Между тем очевидно, что некоторые из перечисленных товарных знаков никогда не будут использоваться для индивидуализации большей части товаров, в отношении которых им предоставлена правовая охрана.

Теоретическое обоснование возможности (или невозможности) регистрации товарного знака на имя публичного органа напрямую связана с принципиальной возможностью (или невозможностью) осуществления таким органом деятельности по введению в гражданский оборот товаров, работ и услуг. Как неоднократно отмечали различные исследователи, товарный знак и знак обслуживания как средства индивидуализации товаров, работ и услуг предполагают осуществление его правообладателем именно коммерческой деятельности. Так, например, А.П. Сергеев указывает, что «товарный знак и знак обслуживания, которыми маркируются производимые товары и оказываемые услуги, являются активным связующим звеном между изготовителем и потребителем, выступая в роли безмолвного продавца»⁵. В.В. Орлова также приходит к выводу о том, что объектами индивидуализации товарных знаков и знаков обслуживания, вводимые

⁴ Принята в г. Ницце 15 июня 1957 г.

⁵ Сергеев А.П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации: учеб. 2-е изд., перераб. и доп. изд. М.: 2003. С. 29.

юридическими лицами и индивидуальными предпринимателями в гражданский оборот⁶, а развитие средств индивидуализации в Российской Федерации обусловлено жесткой конкуренцией предпринимателей в рыночной экономике, их стремлением выделить себя, свою продукцию из однородной массы товаров и услуг для привлечения к ней потребителей, и, соответственно, обеспечения ее сбыта и получения прибыли⁷.

Принципиальная возможность осуществления такой деятельности органами исполнительной власти неоднократно становилась предметом научного исследования. Не вдаваясь подробно в данную дискуссию, отметим лишь, что данный вопрос в реалиях отечественной экономики долгое время находился в прямой зависимости от существовавшей в течение почти 70 лет советской социально-экономической системы, фактически предполагавшей государство единственным собственником всех хоть сколько-нибудь значимых средств производства. Современные же исследователи либо приходят к выводу о том, что необходимо вовсе отказаться от идеи самостоятельной гражданской правосубъектности государственных органов⁸, либо в целом признают возможность их участия в гражданских правоотношениях от собственного имени, но при этом отмечают, что такая правосубъектность все равно существенно ограничена возложенными на орган публичными функциями (полномочиями)⁹.

Если исходит из того, что в условиях рыночной экономики, с учетом гарантированной в ч. 1 ст. 8 Конституции Российской Федерации поддержки конкуренции, органы, наделенные публично-властными полномочиями, не могут заниматься предпринимательской деятельностью на равных началах с частными лицами, поскольку сам факт наличия у такого органа механиз-

ма осуществления административного-властного воздействия исключает возможность реального обеспечения свободной конкуренции. Кроме того, признание за органом власти автономной гражданской правосубъектности влечет за собой опасность смешения имущественных интересов самого органа и представляемого им публично-правового образования с одной стороны, а с другой стороны – отрыва имущественного интереса органа от его публичной функции (возложенных на него полномочий).

Международно-правовое регулирование в целом нейтрально в отношении регистрации товарных знаков на имя органов публичной власти. Так, например, в Конвенции по охране промышленной собственности¹⁰ предусмотрено лишь общее правило ст. 6 (1) о том, что условия подачи заявки и регистрации товарных знаков определяются в каждой стране ее национальным законодательством. Аналогичным образом и Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (ТРИПС)¹¹ не ограничивает возможность публичных органов быть правообладателями товарных знаков, равно как и Сингапурский договор о законах по товарным знакам¹².

Российское гражданское законодательство также не предусматривает прямого запрета на регистрацию товарного знака на имя публично-го органа. Вместе с тем, в силу положений ст. 124, 125 ГК РФ органы государственной власти и органы местного самоуправления являются не самостоятельными участниками гражданских правоотношений, а действуют от имени соответственно Российской Федерации, субъекта Российской Федерации или муниципального образования. В отношении, например, классической собственности на это прямо указано в п. 3 ст. 214 ГК РФ и п. 2 ст. 215 ГК РФ. В области корпоративного права

⁶ Право интеллектуальной собственности: учебник / И.А. Близнец, Э.П. Гаврилов, О.В. Добрынин и др.; под ред. И.А. Близнеца. М.: 2011. С. 331 (автор цит. главы – В.В. Орлова).

⁷ Право интеллектуальной собственности. Т. 3. Средства индивидуализации: Учебник / Под ред. Л.А. Новоселовой. М.: 2018. С. 11 (автор цит. главы – В.В. Орлова).

⁸ Рудакова В.Д. Гражданско-правовой статус государственных органов и органов государственной власти // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина. 2015. №10. С. 111.

⁹ Боженко С.Я. О гражданской правосубъектности органов государственной власти // Журнал российского права. 2018. №1 (253). С. 53.

¹⁰ Заключена в г. Париже 20 марта 1883 г.

¹¹ Заключено в г. Марракеше 15 апреля 1994 г.

также сложилось понимание того, что участником (акционером) корпорации может быть публично-правовое образование, а орган публичной власти лишь осуществляет права участника (акционера). Такое понимание находит отражение, например, в п. 1 Положения об управлении находящимися в федеральной собственности акциями акционерных обществ и использовании специального права на участие Российской Федерации в управлении акционерными обществами (“золотой акции”), утвержденного Постановлением Правительства Российской Федерации от 03 декабря 2004 г. № 738, в соответствии с которым федеральные органы исполнительной власти осуществляют от имени Российской Федерации права акционера акционерных обществ. Кроме того, такой же подход был отражен и в нормах, регулирующих порядок возмещения вреда, причиненного действиями (бездействием) государственных органов и должностных лиц. Так, в случае совершения публичным органом или должностным лицом деликта надлежащим ответчиком по иску о возмещении вреда будет Российская Федерация (субъект Российской Федерации, муниципальное образование), от имени которой в суде действует уполномоченный орган. В случае удовлетворения означенного иска денежные средства выплачиваются из соответствующей казны (ст. 1069-1071 ГК РФ, п. 14, 15 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 28 мая 2019 г. № 13 «О некоторых вопросах применения судами норм Бюджетного кодекса Российской Федерации, связанных с исполнением судебных актов по обращению взыскания на средства бюджетов бюджетной системы Российской Федерации»).

И это логично объясняется тем, что органы исполнительной власти не являются самостоятельными участниками соответствующих гражданских правоотношений (например, отношений по поводу собственности или участия в коммерческом юридическом лице) и не имеют собственного имущественного интереса, а действуют как акторы (агенты) государства, то есть являются проводниками воли собственника (акционера), представителями. Публично-правовое образование имеет возможность сменить такого представителя в ре-

зультате изменения структуры федеральных органов исполнительной власти (упразднения органа, разделения его на несколько других или наоборот, объединения двух министерств в одно) либо путем перераспределения компетенции между органами и передачи другому органу обязанности осуществлять полномочия собственника. Такая смена представителя не влечет изменений в гражданских правоотношениях, поскольку собственником, акционером или ответчиком по иску по-прежнему остается Российская Федерация, от имени которой действует орган власти.

Аналогичный подход, как представляется, должен применяться и в отношении прав на объекты интеллектуальной собственности. Органы исполнительной власти всегда действуют в рамках предоставленных им публичных полномочий от имени представляемого ими публично-правового образования, что должно распространяться в том числе на приобретение и осуществление интеллектуальных прав. Обратное означало бы самостоятельную гражданскую правосубъектность органов исполнительной власти, находящуюся в отрыве от правосубъектности публично-правового образования. Да и вообще, с учетом места, которое органы публичной власти занимают в системе государственного и муниципального управления, их функций, определенных законами и подзаконными нормативными правовыми актами, невозможно представить себе осуществление некоторыми органами определенной деятельности в рамках гражданско-правового договора об оказании услуг. Например, с учетом задач, поставленных перед Вооруженными Силами Российской Федерации Федеральным законом от 31 мая 1996 г. № 61-ФЗ «Об обороне», будет неправомерным оказание Министерством обороны Российской Федерации на основании гражданско-правовых договоров таких услуг, как *службы безопасности для защиты имущества и индивидуальных лиц, агентства детективные, агентства по организации ночной охраны, консультации по вопросам безопасности, контроль систем охранной сигнализации, охрана штатская, проверка багажа в целях безопасности, проверка состояния безопасности предприятий,*

¹² Подписан в г. Сингапуре 27 марта 2006 г.

услуги *телохранителей*. Между тем, товарный знак «АРМИЯ РОССИИ» (№ 515549) зарегистрирован в том числе и для таких услуг.

Каким может быть решение означенной проблемы? Этот вопрос решается двумя способами: с точки зрения действующего нормативно-правового регулирования, то есть без внесения каких-либо поправок в действующее законодательство, либо с позиции предложения таких поправок.

De lege lata регистрацию государственным органом на свое имя товарного знака можно рассматривать как выход представителя за пределы предоставленных ему полномочий. Однако положения ст. 6.septies Конвенции по охране промышленной собственности и подп. 5 п. 2 ст. 1512 ГК РФ, предоставляющие возможность оспорить и признать недействительным предоставление правовой охраны товарному знаку, зарегистрированному на имя агента или представителя с его выходом за пределы полномочий, в настоящей ситуации применить не получится. Указанные правила рассчитаны на случаи, когда существует лицо (принципал, представляемый), обладающее исключительным правом на тот же товарный знак в другом государстве с ранней датой приоритета.

В таком случае можно обратиться к положениям части первой ГК РФ, определяющим последствия выхода представителя за пределы предоставленных ему полномочий. В соответствии с абз. 1 п. 1 ст. 182 ГК РФ сделка, совершенная одним лицом (представителем) от имени другого лица (представляемого) в силу полномочия, основанного на доверенности, указании закона либо акте уполномоченного на то государственного органа или органа местного самоуправления, непосредственно создает, изменяет и прекращает гражданские права и обязанности представляемого. В соответствии с абз. 1 п. 3 той же ст. представитель не может совершать сделки от имени представляемого в отношении себя лично, а также в отношении другого лица, представителем которого он одновременно является, за исключением случаев, предусмотренных законом.

Применение таких законоположений уже имело место в правоприменительной практике Роспатента, в частности, в Заключении коллегии Палаты по патентным спорам от 17 февраля

2011 г. по заявке на регистрацию товарного знака № 2008734872/50.

Фабула данного дела такова. ЗАО «Денвью Лимитед» подало в Роспатент заявку на регистрацию товарного знака INSPIRATION для товаров 33 класса МКТУ, а именно виски и коньяка. По заявке было принято решение об отказе в государственной регистрации товарного знака на основании п. 6 ст. 1483 ГК РФ в связи с наличием заявки на регистрацию в качестве товарного знака, сходного до степени смешения обозначения в отношении однородных товаров. ЗАО «Денвью Лимитед» с таким решением не согласилось, оспорило его путем подачи возражения в Палату по патентным спорам. Однако уже в ходе рассмотрения возражения коллегией Палаты по патентным спорам было установлено, что обозначением INSPIRATION маркируется виски, производимое компанией шотландской компанией The Macallan Distillers Limited. Заявителем была представлена доверенность от данной компании на имя ЗАО «Денвью Лимитед», однако коллегия Палаты по патентным спорам указала со ссылкой на п. 3 ст. 182 ГК РФ, что действия ЗАО «Денвью Лимитед» по приобретению прав на товарный знак противоречат законодательству, поскольку заявитель действует в своих собственных интересах, а не в интересах своего доверителя. В связи с изложенным коллегия Палаты по патентным спорам пришла к выводу об отказе в регистрации товарного знака по дополнительным основаниям, а именно по п. 3 ст. 182 ГК РФ в совокупности с п. 3 ст. 1483 ГК РФ.

К сожалению, в открытых источниках (Картоотека арбитражный дел kad.arbitr.ru) нет сведений об обжаловании описанного заключения Палаты по патентным спорам в суд и квалификации судами действий представителя. Вместе с тем логика рассуждений коллегии Палаты по патентным спорам понятна и, по мнению автора настоящей статьи, при подобных обстоятельствах корректна. Аналогичным образом и действия органа государственной власти по регистрации на свое имя товарного знака можно воспринимать как действия представителя в собственных интересах вопреки воле представляемого.

Если же подходить к поиску решения рассматриваемой проблемы путем внесения изменений в действующее законодательство, то в первую оче-

редь необходимо определить гражданско-правовой статус органов власти, обладают ли такие органы самостоятельной гражданско-правовой правосубъектностью, находящейся в отрыве от правосубъектности соответствующего публично-правового образования и от возложенных на орган полномочий (функций). Отказ публичным органам в гражданско-правовой правосубъектности повлечет за собой невозможность приобретения ими интеллектуальных прав.

Более того, представляется необходимым уточнить круг возможных обладателей исключительного права на товарный знак. В частности, может быть поставлена под сомнение возможность регистрации товарного знака на имя некоторых

некоммерческих организаций. Например, саморегулируемым организациям прямым указанием ч. 1 ст. 14 Федерального закона от 01 декабря 2007 г. № 315-ФЗ «О саморегулируемых организациях» запрещено осуществлять предпринимательскую деятельность. Аналогичный запрет введен и для адвокатских палат субъектов Российской Федерации в ч. 10 ст. 29 Федерального закона от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации». Между тем, как уже было определено ранее, средства индивидуализации по своей правовой природе являются инструментом конкуренции в рыночной экономике и неразрывно связаны с осуществлением правообладателем коммерческой деятельности.

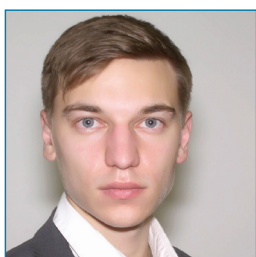
Ключевые слова:

исключительное право на товарный знак; государственный орган; орган местного самоуправления; правосубъектность.

Список литературы:

1. Сергеев А.П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации: учеб. 2-е изд., перераб. и доп. изд. М.: 2003.
2. Рудакова В.Д. Гражданско-правовой статус государственных органов и органов государственной власти // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина. 2015. №10.
3. Моисеева Е.В. К вопросу о правосубъектности публично-правовых образований в гражданском праве России // Юрист. 2006. № 9.
4. Право интеллектуальной собственности: учебник / И.А. Близнац, Э.П. Гаврилов, О.В. Добрынин и др.; под ред. И.А. Близнаца. М.: 2011.
5. Право интеллектуальной собственности. Т. 3. Средства индивидуализации: Учебник / Под ред. Л.А. Новоселовой. М.: 2018.
6. Боженко С.Я. О гражданской правосубъектности органов государственной власти // Журнал российского права. 2018. № 1 (253).
7. Гульбин Ю.Т. Исключительные права на средства индивидуализации товаров - товарные знаки, знаки обслуживания, наименования мест происхождения товаров: гражданско-правовой аспект. М.: 2007.

Общеизвестные товарные знаки в российском праве: преодоление принципов специализации и территориальности



П.А. Шефас,

магистр юриспруденции (Российская школа частного права), аспирант Российской академия народного хозяйства и государственной службы при Президенте РФ), шеф-редактор журнала РШЧП, советник ЮФ «Авелан»

Статья 1508 ГК РФ не учитывает разницы между защитой зарегистрированных и незарегистрированных известных знаков. Однако это разные явления, появившиеся в результате преодоления двух классических принципов: территориальности и специализации. Дополнительным искажающим фактором является перечень общеизвестных знаков, который не выполняет правопорождающей функции, при этом предопределяет вывод о возможности распространения охраны знака на неоднородные товары.

Истец просит взыскать задолженность за оказанные услуги.

Ответчик передает суду отзыв: «По договору истец должен был обеспечить 6 человек на объекте для оказания услуг, но по факту на объекте находилось всего двое. Таким образом истец не обеспечил надлежащее количество человек. В соответствии со статьей 311 ГК РФ, кредитор вправе не принимать исполнения обязательства по частям».

(Пример из реального дела)

Возможно ли оспаривание предоставления правовой охраны общеизвестному товарному знаку по основаниям, установленным в ст. 1483 ГК РФ (например, не может быть зарегистрирован товарный знак, тождественный названию известного в Российской Федерации на дату подачи заявки на государственную регистрацию товарного знака произведения науки, литературы или искусства)?

Данный вопрос нередко возникает в правоприменительной практике, и по мнению автора, требует обратить на себя внимание со стороны юристов. Ответ на него становится ясен уже

при первом ознакомлении с историей и причинами выделения общеизвестных знаков из числа традиционных товарных знаков. Однако действительная важность вопроса заключается не в ответе самом по себе, а в причинах появления этого вопроса в российском праве.

Во-первых, тема общеизвестных знаков совершенно проигнорирована российской доктриной. Основным источником в поиске ответа стали работы иностранных авторов. На данный момент в России защищена всего одна диссертация, за десять лет до появления 4 части ГК РФ.

Во-вторых, уже сама по себе формулировка и постановка озвученного выше вопроса позволяет увидеть, что российский подход к охране общеизвестных товарных знаков построен на противоречиях и неточностях, которые носят концептуальный характер.

Один из основных недостатков, понимание которого позволяет обнаружить множество остальных, состоит в смешении в российском праве международных и национальных оснований охраны общеизвестных знаков.

С точки зрения предоставляемых прав ст. 1508 ГК РФ не учитывает разницы между защитой знаков по факту их известности, независимо от регистрации, и защитой зарегистрированных знаков, известность и репутация которых диктует необходимость предоставления им большей правовой охраны, нежели обычным товарным знакам.

Безусловно, в том и другом случае известность – это вопрос факта, которому не могут быть противопоставлены какие-либо юридические основания. Например, отсутствие знака в перечне или наличие произведения с тождественным названием. Единственный способ не признавать факт реальной жизни есть прием юридической фикции¹. В этом смысле применение ст. 1483 ГК РФ к оспариванию известности знака равносильно применению оснований для оспаривания сделок к результату их исполнения (тоже, что ссылаясь на невыгодность договора с подрядчиком утверждать, что дом не построен).

Однако в первом случае с известностью знака связывается возникновение прав обладателя незарегистрированного знака вообще, в том числе возможности оспорить регистрацию сходных до степени смешения товарных знаков, а во втором – расширения объема предоставляемых прав, в том числе распространение охраны на неоднородные товары и услуги с теми, в отношении которых знак признан общеизвестным. Неудивительно, что и необходимая степень известности в первом и во втором случаях должна различаться. Тем не менее упоминания об этом ст. 1508 ГК РФ не содержит.

Это разные явления, появившиеся в результате преодоления двух классических принципов права

на товарные знаки: принципа территориальности и принципа специализации. Условно, результаты развития идеи общеизвестных знаков и преодоления двух принципов можно свести к двум статьям, посвященным общеизвестным товарным знакам на уровне международного регулирования, которое имеет отношение к России: статьи 6bis Парижской конвенции и статьи 16 Соглашения ТРИПС.

1. Общеизвестный товарный знак как международный феномен – статья 6bis Парижской конвенции

В начале XX в. рост международной торговли, системы сообщений, рекламы и средств связи поставили перед специалистами вопрос о защите правообладателей известных брендов в тех странах, где их обозначения еще не получили охраны путем регистрации. Недобросовестные лица могли зарегистрировать сходный с известным брендом знак с целью введения в заблуждения потребителей относительно источников происхождения товаров или с целью блокирования регистрации знака настоящим правообладателем.

Решением этой проблемы стало появление статьи 6bis Парижской конвенции:

«Страны Союза обязуются или по инициативе администрации, если это допускается законодательством данной страны, или по ходатайству заинтересованного лица отклонять или признавать недействительной регистрацию и запрещать применение товарного знака, представляющего собой воспроизведение, имитацию или перевод другого знака, способные вызвать смешение со знаком, который по определению компетентного органа страны регистрации или страны применения уже является в этой стране общеизвестным в качестве знака лица, пользующегося преимуществами настоящей Конвенции, и используется для идентичных или подобных продуктов. Это положение распространяется и на те случаи, когда существенная составная часть знака представляет собой воспроизведение такого общеизвестного знака или имитацию, способную вызвать смешение с ним» ((1) art. 6bis).

При проведении переговоров между представителями стран-участниц внимание главным

¹ Ширвиндт А.М. Значение фикции в римском праве. Монография. М.: Статут, 2013. 255 с.

образом акцентировалось на необходимость защиты хорошо известных знаков (*well-known marks*) в странах-участниках именно в отсутствие их регистрации и против регистрации и использования сходных обозначений другими лицами.

Профессор Боденхаузен² отмечает, что целью введения статьи 6bis являлась защита хорошо известных знаков, которые не зарегистрированы в стране, где используется или зарегистрирован сходный с ними товарный знак³. Защита хорошо известному знаку предоставлена по факту признания его таковым. Очевидно, что если знак уже зарегистрирован в стране, где испрашивается защита, то нет необходимости прибегать к защите со ссылкой на статью 6bis Парижской конвенции⁴.

Статья 6bis Парижской конвенции есть прежде всего исключение из традиционного для товарных знаков принципа территориальности. Правообладателям известных брендов не требуется регистрировать свои обозначения в двухстах юрисдикциях, чтобы получать защиту, а потребителям его товаров – быть защищенными от заблуждения. По меткому выражению Ronald Lehrman, «*it is strange, but true, that most owners of famous marks are living beyond their means in the defense of their marks, in the sense that they must spend where they do not earn*»⁵.

Положения статьи 6bis Парижской конвенции впервые получают свое отражение в российском законодательстве в ст. 7 Закона РФ от 23 сентября 1992 № 3520-1 «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров» следующим образом: «*Не могут быть зарегистрированы в качестве товарных знаков обозначения, тождественные или сходные до степени*

их смешения... с товарными знаками других лиц, охраняемыми без регистрации в силу международных договоров Российской Федерации»⁶.

В единственной на данный момент диссертации в России на тему общеизвестных товарных знаков, которая была защищена в 1998 г., Е.А. Зайцева также, определяя общеизвестный товарный знак, делает акцент на отсутствии факта регистрации в стране, где испрашивается защита⁷.

2. Распространение правовой охраны известного знака на неоднородные товары и услуги – ст. 16 Соглашения ТРИПС

Дальнейшее развитие правовой охраны общеизвестных товарных знаков шло по пути преодоления принципа специализации (защита известных знаков от использования другими лицами в отношении неоднородных товаров и услуг).

Начало дискуссии на эту тему связывают с делом Odol⁸, рассмотренном в Германии в 1924 г. (за год до появления общеизвестных знаков в Парижской конвенции)⁹. Суд посчитал, что использование известного бренда другим лицом в отношении неоднородных товаров способно заставить потребителей думать, что качество неоднородных товаров так же высоко, как и качество товаров под известным брендом.

Решение поставило вопрос о новых основаниях и целях правовой охраны товарных знаков. Традиционному представлению о защите прав на товарный знак в публичных целях (недопустимость введения в заблуждение потребителя) стали аккомпанировать идеи о необходимости защиты интересов правообладателя, его престижа, репутации и финансовых вложений.

² Директор Объединенного международного бюро по охране интеллектуальной собственности (БИРПИ) в период с 1963 по 1970 годы, первый директор ВОИС: 1970-1973 гг.

³ Guide to the Application of the Paris Convention for the Protection of Industrial Property As Revised at Stockholm in 1967 (United International Bureaux For the Protection of Intellectual Property (BIRPI); World Intellectual Property Organization (WIPO); February 1, 1968. P.90. Размещено на сайте WIPO по адресу: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/intproperty/611/wipo_pub_611.pdf

⁴ Well known marks: Well known law? (Part1). Mode of access: <http://www.camtrademarks.com/index.php?q=node/92>

⁵ Ronald Lehrman. "Reputation without use" and "Household Names", Trademark World 3, 18 (1986), 27.

⁶ Зайцева Е.А. Правовая охрана общеизвестных товарных знаков: диссертация ... кандидата юридических наук: 12.00.03. Москва, 1998. 168 с. С. 134

⁷ Там же. С. 24

⁸ Odol, Juristische Wochenschrift 502, XXV Markenschutz und WeHbewerb 265 (1925).

⁹ Wallace Rachel Anne. Chaos in the Realm of Famous and Well-Known Marks. IPL Newsletter, vol. 19, no. 4, Summer 2001, p. 16–27. HeinOnline; Также см. А.С. Ворожевич, Н.В. Козлова. Общеизвестные товарные знаки: понятие и особенности правовой охраны, журнал «Закон», № 12, декабрь 2015 г.

Следующим заметным событием стало появление в 1927 г. на страницах Harvard Law Review статьи доктора Шехтера (Schechter): The Rational Basis of Trademark Protection¹⁰, предложившего правовую теорию, которая впоследствии станет известна как dilution – защита знака от размывания, защита «продающей силы товарного знака», «коммерческого магнетизма»¹¹.

На момент публикации статьи ортодоксальная дефиниция судов США первоочередной и надлежащей функции товарных знаков была дана в деле Hanover Star Milling Co. v. Metcalf (240 US 403, 412 (1916)): «Идентифицировать источник или собственника товаров под товарным знаком» (to identify the origin or ownership of the goods to which it is affixed).

Шехтер в своей работе приходит к выводу, что товарный знак более не определяет ни конкретный источник, ни собственника, который доподлинно потребителям неизвестен (например, правообладателя знака Coca-Cola), но только то, что товары под конкретным товарным знаком исходят из *того же источника* или достигают потребителя через те же каналы связи, что и товары, которыми уже остался доволен потребитель¹².

Позволим себе краткое отступление. Несмотря на практически вековую разницу между нами и статьей Шехтера, архаичная идея известности правообладателя жива в российском праве по сей день¹³. Роспатент рассматривает знание потребителем правообладателя как один из критериев признания знака общеизвестным, несмотря на отсутствие в этом рационального обоснования или рекомендаций со стороны ВОИС, и в связи с этим сталкивается со справедливой критикой со стороны Суда и юристов¹⁴.

На этом фоне, по мнению Шехтера, теряется из вида создающая функция товарного знака (creative), поскольку акцент все еще делается на его символической функции (symbolic). Настоящая функция товарного знака идентифицировать для потребителя продукт как удовлетворительный и таким образом стимулировать последующие продажи.

В этом факте лежит ключ к понимаю эффективной защиты товарных знаков: товарный знак выступает как бы агентом правообладателя для создания и поддержания good will. Товарный знак не просто символ good will, но чаще всего наиболее эффективный агент для создания good will, продуцирующий в публичном понимании анонимный и безличный гарант качества, создавая задел для последующих продаж: «The mark sells the good». Чем выше различительная способность у товарного знака, тем выше его продающая сила.

«To say that a trademark “is merely the visible manifestation of the more important business good will, which is the property to be protected against invasion” or that “the good will is the substance, the trade mark merely the shadow”, does not accurately state the function of a trademark today and obscures the problem of its adequate protection»¹⁵.

Шехтер пишет, что правообладателя надо защищать даже тогда, когда нет вероятности смешения или вреда его репутации и т. п. Автор вспоминает велосипеды KODAK, радиоаппаратуру Rolls Royce, шляпы Vogue. Во всех этих кейсах не было недобросовестного переманивания потребителей или вероятности смешения, поскольку KODAK не выпускал велосипеды, а Rolls Royce – радиоаппаратуру. Вред для правообладателей заключа-

¹⁰ Доступна полная версия: Schechter, Frank I. The Rational Basis of Trademark Protection. The Trademark Reporter, vol. 60, no. 3, 1970, p. 334-352. HeinOnline.

¹¹ Mostert Frederick W. Well-Known and Famous Marks: Is Harmony Possible in the Global Village. The Trademark Reporter, vol. 86, no. 2, March-April 1996, p. 103-141. HeinOnline.

¹² Также см.: Mostert Frederick W. Well-Known and Famous Marks: Is Harmony Possible in the Global Village. The Trademark Reporter, vol. 86, no. 2, March-April 1996, p. 103-141. HeinOnline.

¹³ Новоселова Л.А. Немного об общеизвестных товарных знаках: спор по словесному обозначению «Посольская». Журнал Суда по интеллектуальным правам, № 6, декабрь 2014 г., с. 10-16. <http://ipcmagazine.ru/trademark-law/the-dispute-on-the-verbal-label-posolskaya>

¹⁴ Ариевич Е.А., Гришанова Г.И. Общеизвестный товарный знак – общеизвестный заявитель? Журнал Суда по интеллектуальным правам. Доступно по ссылке - <http://ipcmagazine.ru/trademark-law/well-known-mark-well-known-applicant>; Уколов С.М. Судебная практика признания товарных знаков общеизвестными. Журнал Суда по интеллектуальным правам, № 8, июнь 2015 г., с. 39-48. Доступно по ссылке - <http://ipcmagazine.ru/trademark-law/judicial-practice-of-recognizing-well-known-trademarks>

¹⁵ Schechter Frank I. The Rational Basis of Trademark Protection.

ется в разрушении идентичности и различительной способности товарного знака, что приводит к снижению эффективности знака, диссоциации его от конкретных продуктов и уничтожению. В свою очередь недобросовестное лицо паразитирует на известном бренде. Если позволить использовать бренд MAZDA для производства камер, а KODAK для банных принадлежностей, то эти марки неизбежно утратят ассоциацию с конкретным товаром несмотря на их оригинальность, изобретательность и финансовые вложения правообладателей. Знаки будут ослаблены, лишены коммерческой привлекательности и продающей силы.

Шехтер в статье приходит к следующим выводам:

1) ценность товарного знака в его продающей, создающей силе;

2) продающая и создающая сила знака зависят от его уникальности и различительной способности, психологического влияния на потребителя, нежели просто от качества товара;

3) такая уникальность и различительная способность знака может быть утрачена путем использования знаков для других однородных и неоднородных товаров;

4) объем правовой охраны знака должен зависеть от степени уникальности знака. Чем выше различительная способность у знака, тем больше влияние на публику он имеет и тем больше необходимость его охраны. В свою очередь лишь общие и полуописательные знаки и обозначения не заслуживают подобной широкой охраны, поскольку не имеют подобной репутации и ассоциации с конкретным товаром.

Последующие дискуссии на международном уровне развивали и закрепляли идею охраны известных знаков в отношении неоднородных товаров, которая продолжала формироваться в каждой стране отдельно¹⁶.

В США идеи ученого получили свое воплощение в Lanham Act (Trademark Dilution Revision

Act § 43(c), позволяющем обладателю известного знака (famous mark) требовать судебного запрета (injunction) использования знака или фирменного наименования, которое причиняет вред различительной способности известного знака. В качестве примера можно привести дело Hasbro Inc. v. Internet Entertainment Group, 1996 г. WL 8485 (W.D. Wash. Feb. 9, 1996). Hasbro, производитель известной настольной игры Candy Land, утверждал, что ответчик размывает различительную способность Candy Land, используя обозначения для идентификации сайта для взрослых.

Аналогичные нормы стали появляться в Великобритании (Trade Marks Law 1994 10 (3) и доктрина passing off), Германии (ст. 10 Закона о товарных знаках и нормы ГГУ о причинении вреда)¹⁷, в международных соглашениях (Uniform Benelux Trade Marks Act (BTMA) (art.13), North American Free Trade Agreement (art. 17) и п. 3 ст. 16 соглашения ТРИПС), и Европейском регулировании (Директива от 22 октября 2008 г. № 2008/95/ЕС «О сближении законодательств государств-членов в отношении товарных знаков и знаков обслуживания») и т. д.

Доктрина известных знаков развивалась и усложнялась в каждой стране, формируя другие способы защиты прав обладателей известных знаков в ответ на все новые способы их нарушения. Между локальными правовыми подходами, безусловно, сохранялось различие, несмотря на их постоянное сообщение друг с другом. В разных правовых порядках для феномена известных знаков зачастую используются даже разные термины: famous marks, well-known marks, trademarks with reputations и т. д.¹⁸.

Например, европейский подход направлен на охрану знаков с репутацией, тогда как подход США - на охрану известных знаков. Соглашение ТРИПС в качестве одного из условий защиты правообладателя устанавливал вероятность ассоциативной связи между незаконным использованием знака и

¹⁶ Wallace Rachel Anne. Ibid.

¹⁷ См.: Ворожевич А.С., Козлова Н.В. Общеизвестные товарные знаки: понятие и особенности правовой охраны, журнал «Закон», № 12, декабрь 2015 г.

¹⁸ Mostert Frederick W. Well-Known and Famous Marks: Is Harmony Possible in the Global Village. The Trademark Reporter, vol. 86, no. 2, March-April 1996, p. 103-141. HeinOnline; Афанасьева Е.Г., Долгих М.Г. Хорошо известные, общеизвестные, знаменитые: товарные знаки с особым правовым режимом (под ред. Е.Г. Афанасьевой) // РАН. ИНИОН. Центр социал. науч.-информ. исслед. Отд. правоведения; МГУ им. М.В. Ломоносова. Каф. предпринимательского права. 2017 г.

известным знаком¹⁹, тогда как доктрина dilution в США и защита различительной способности знаков с репутацией в ряде европейских стран (Англия, Германия и т. д.) не связывает защиту с возникновением некорректных ассоциаций (таких как сотрудничество или спонсорство).

Наиболее удачное обобщение основных видов нарушений прав обладателей известных знаков предлагает известный английский юрист Фредрик Мостерт (автор одной из первых монографий на тему общеизвестных знаков)²⁰. Приводим их ниже.

1. Классический случай регистрации локального товарного знака, сходного с общеизвестным, с целью паразитировать на репутации правообладателя или заблокировать его выход на новый рынок (классический случай применения статьи b^{bis} Парижской конвенции).

2. Регистрация и использование товарного знака в отношении однородных или схожих товаров, создающие вероятность смешения и неверной ассоциации, что товары или услуги исходят от того же производителя или с его согласия. Использование сходного знака также может создавать у публики неверное предположение о том, что существует взаимосвязь производителя и правообладателя или спонсорство. Правообладатель в таком случае теряет контроль над своим имиджем и репутацией (п. 3 ст. 16 Соглашения ТРИПС или п. 3 ст. 1508 ГК РФ).

3. Использование знака в отношении неоднородных товаров и услуг без учета фактора заблуждения или вероятности смешения может привести к размыванию различительной способности известного товарного знака. К размыванию товарного знака автор относит и распространение порочащих сведений. Это может привести к ослаблению эксклюзивной ассоциативной связи

бренда и конкретных товаров (доктрина dilution в США)²¹.

4. В определенных случаях эксплуатация коммерческого магнетизма может рассматриваться как нарушение *per se*. Суды не устанавливают ни вероятность смешения, ни угрозу различительной способности известного знака. На стороне нарушителя создается несправедливое обогащение и преимущество в отношении своих конкурентов²².

3. Общеизвестные знаки в России и проблема перечня общеизвестных знаков

В российском законодательстве общеизвестные товарные знаки появляются в общем виде: как знаки, защищаемые без регистрации, и как известные знаки, охраняемые против использования в отношении неоднородных товаров. Мы уже упоминали, что ст. 1508 ГК РФ не проводит никакой разницы между двумя этими явлениями.

Еще одним фактором, затрудняющим понимание феномена общеизвестного товарного знака, является существование в России перечня общеизвестных товарных знаков. Именно существованию перечня общеизвестных знаков обязан своим появлением вопрос о возможности применения к общеизвестным товарным знакам при оспаривании предоставления им правовой охраны. Мы не найдем подобного перечня в большинстве стран (поскольку это вопрос факта и существование этого реестра несет в себе лишь подтверждающую функцию, что ставит под сомнение целесообразность его существования в данном виде) за редким исключением, в частности, Китая²³. В Китае после принятия в 2003 г. новых правил, касающихся общеизвестных товарных знаков, больше не разрешается подавать заявку в административный орган на абстрактное признание известности в отсутствие реального спора. В прошлом спе-

¹⁹ Аналогичный подход в Европейском союзе: ECC. Adidas-Salomon AG and Adidas Benelux B.V. v. Fitnessworld Trading Ltd. Judgment of 23 October 2003. Case № C-408/01 и ECC. Intel Corporation v. CPM United Kingdom Ltd. Judgment of 27 November 2007. Case № 252/2007.

²⁰ Mostert Frederick W. Ibid.

²¹ В российском праве примером защиты различительной способности товарных знаков является решение от 21 мая 2014 г. по делу № СИП-35/2014.

²² Mostert Frederick W. The parasitic Use of the Commercial Magnetism of a Trade Mark on Non-Competing Goods (1986), 11 EIPR, 342; Mostert Frederick W. Well-Known and Famous Marks: Is Harmony Possible in the Global Village. The Trademark Reporter, vol. 86, no. 2, March-April 1996, p. 103-141. HeinOnline.

²³ Cahan Alisa. China's Protection of Famous and Well-known Marks: The Impact of China's Latest Trademark Law Reform on Infringement and Remedies. Cardozo Journal of International and Comparative Law, vol. 12, no. 1, Summer 2004, p. 219-250. HeinOnline.

циальное ведомство (ТМВ) создало большое количество записей известных знаков²⁴.

СССР присоединился к Парижской конвенции в 1965 г.²⁵, но свою актуальность вопрос охраны общеизвестных товарных знаков приобрел при вступлении России в ВТО, одним из условий которого являлось приведение законодательства об интеллектуальной собственности в соответствие с международными стандартами, в частности закрепленными в Соглашении ТРИПС.

Напомним, что целью ст. 6bis Парижской конвенции была защита общеизвестных знаков независимо от регистрации в стране, где испрашивается защита. Свое отражение в российском законодательстве этот выход за пределы принципа территориальности впервые нашел отражение в ст. 7 Закон РФ от 23 сентября 1992 г. № 3520-1 «О товарных знаках».

При присоединении России к ВТО представители российской стороны в официальном Докладе рабочей группы по присоединению Российской Федерации к ВТО от 16-17 ноября 2011 г.²⁶ подчеркнули, что включение общеизвестного товарного знака в их перечень не является аналогичным регистрации товарного знака в государственном реестре товарных знаков и знаков обслуживания Российской Федерации²⁷. Представители РФ подтвердили, что «ГК РФ не содержит каких-либо норм, которые устанавливают связи между предоставлением правовой охраны товарному знаку, который считается общеизвестным, и его включением в перечень. Таким образом, если правообладатель такого знака предъявляет иск за нарушение его прав на товарный знак, суд определит, были ли нарушены права владельца товарного знака независимо от факта включения этого товарного знака в перечень. Решение суда будет ограничено в своей силе в рамках конкретного случая.

Рабочая группа приняла к сведению данное обязательство» (1260)²⁸.

Иными словами, перечень общеизвестных товарных знаков есть лишь перечень фактов, который не носит ни правопорождающий, ни исчерпывающий характер, поскольку защиту может получить товарный знак, не включенный в перечень.

Конституционный суд РФ в определении от 19 сентября 2019 г. № 2145-О указал, что общеизвестность товарного знака (используемого в качестве товарного знака (обозначения) является фактом объективной действительности и процедура признания такого товарного знака (обозначения) общеизвестным товарным знаком имеет целью подтверждение или опровержение данного факта, а не его возникновение.

По этой причине товарному знаку может быть противопоставлен общеизвестный товарный знак, не только не признанный таковым на дату приоритета первого товарного знака, но и в отношении которого на эту дату не была подана заявка о признании его общеизвестным.

Конституционный суд РФ также отметил, что правовая охрана общеизвестных товарных знаков шире, чем товарных знаков. Следовательно, при признании Роспатентом ранее зарегистрированного в установленном порядке товарного знака общеизвестным дата его приоритета может быть установлена ранее даты такого признания и даты подачи правообладателем заявления о признании товарного знака общеизвестным. Более того, при наличии соответствующих условий она может быть установлена и ранее даты первичной регистрации названного товарного знака.

Этому толкованию соответствует, в частности, известное постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 24 апреля 2012 г. № 16912/11 по делу «VACHERON CONSTANTIN»,

²⁴ Yuanshi Bu Prof. Dr. LL.M. (Harvard), Chair of East Asian Law, Albert-Ludwigs-University Freiburg i. Br. Protection of Well-Known Trademarks in China. P 75-101.

²⁵ Постановление Совета Министров СССР от 8 марта 1965 г. № 148 «О присоединении СССР к Парижской конвенции по охране промышленной собственности».

²⁶ Доклад Рабочей группы по присоединению Российской Федерации к Всемирной торговой организации// Report of the working party on the accession of the Russian Federation to the World Trade Organization WT/ACC/RUS/70 WT/MIN(11)/2, 17 November 2011.

²⁷ Ворожевич А.С., Козлова Н.В. Общеизвестные товарные знаки: понятие и особенности правовой охраны, журнал «Закон», № 12, декабрь 2015 г.

²⁸ Доклад Рабочей группы по присоединению Российской Федерации к Всемирной торговой организации.

где ВАС РФ признал противоправной регистрацию знака, сходного с известным, но не зарегистрированным в России товарным знаком, поскольку она направлена на получение необоснованного преимущества за счет использования сложившейся деловой репутации широко известного бренда.

Другим примером является постановление Президиума Суда по интеллектуальным правам от 2 ноября 2018 г. № С01-738/2018 по делу № СИП-580/2017, в котором содержится прямой ответ на поставленный в начале настоящей статьи вопрос. Президиум поддержал вывод суда о том, что основание для оспаривания товарного знака в виде способности ввести потребителя в заблуждение относительно производителя товара не может считаться основанием для оспаривания правовой охраны общеизвестного товарного знака:

«В отношении довода заявителя о несоответствии регистрации спорного знака требованиям статьи 6 Закона о товарных знаках, по мнению суда первой инстанции, Роспатент верно отметил, что общеизвестный товарный знак не подлежит анализу на соответствие его требованиям статьи 6 Закона, поскольку основания для предоставления правовой охраны именно общеизвестному в Российской Федерации товарному знаку содержатся в специальной статье 19.1 Закона о товарных знаках, положения которой относятся только к общеизвестным знакам».

Президиум Суда по интеллектуальным правам также отметил, что доводы о способности ввести потребителя в заблуждение относительно производителя товара комбинированным обозначением со словесным элементом «ТРОЙКА» не могут считаться основаниями для оспаривания правовой охраны общеизвестного товарного знака²⁹.

Приложение любого из предусмотренных ст. 1483 ГК РФ оснований для оспаривания предоставления правовой охраны товарному знаку к общеизвестным товарным знакам доказывает

верность этого утверждения. Например, не может быть зарегистрирован товарный знак, тождественный известному на дату подачи заявки производству, персонажу или цитате из такого произведения (п. 9 ст. 1483 ГК РФ). Очевидно, что известность произведения – это тоже вопрос факта, который заключается в наличии ассоциативной связи потребителей товара или услуг с известным произведением (постановление Президиума Суда по интеллектуальным правам в постановлении от 28 января 2019 г. № С01-999/2018 по делу № СИП-199/2018)³⁰. Два этих факта – известность знака и известность произведения на дату признания знака общеизвестным – не способны существовать вместе, один факт исключает другой.

С этой точки зрения ст. 1508 и ст. 1512 ГК РФ юридически некорректны: оспаривание предоставления правовой охраны, в силу п. 1 ст. 1512 ГК РФ, означает оспаривание государственной регистрации (не сделано исключения и для общеизвестного товарного знака в п. 3 ст. 1512 ГК РФ), тогда как в силу ст. 1508 ГК РФ общеизвестный товарный знак или обозначение признается таковым³¹. Его правовая охрана связана с фактом известности, но не регистрации.

Некорректен по той же причине и п. 3 ст. 1512 ГК РФ, в котором отдельно указано, что предоставление правовой охраны общеизвестному товарному знаку путем его регистрации в Российской Федерации может быть оспорено и признано недействительным полностью или частично в течение всего срока действия исключительного права на этот товарный знак, если правовая охрана была ему предоставлена с нарушением требований п. 1 ст. 1508 ГК РФ.

Логика данных оснований оспаривания предоставления правовой охраны общеизвестного товарного знака понятна. Однако п. 3 ст. 1512 ГК РФ разворачивает основания оспаривания и предоставления правовой охраны общеизвестных знаков на 180 градусов.

²⁹ См. также Решение Суда по интеллектуальным правам от 2 июля 2019 г. по делу № СИП-580/2017.

³⁰ Радецкая М.А. Регистрация известного названия или персонажа в качестве товарного знака: как предотвратить попытку паразитировать на популярности произведения? Журнал РШЧП № 3, ноябрь – декабрь 2018 г.

³¹ На это противоречие обращают внимание в комментариях к ст. 1512 ГК РФ: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (части четвертой): в 2 т. (постатейный) (том 2) (2-е издание) (Горленко С.А., Калятин В.О., Кирий Л.Л. и др.) (Отв. ред. Л.А. Трахтенгерц). ИНФРА-М, 2016.

Во-первых, если предоставление охраны не связано с регистрацией, то и прекращение правовой охраны не может быть связано с оспариванием регистрации. Реальному факту, в отличие от факта идеального, не может быть противопоставлено отсутствие каких-либо юридических оснований. Тем не менее этот факт может быть не доказан или опровергнут в суде или ином компетентном органе, но лишь постольку, поскольку будет установлено, что отсутствуют критерии признака знака известным.

Во-вторых, общеизвестный товарный знак никак себя не проявляет в статичном состоянии. По причине, озвученной выше, его нахождение в перечне не способно в чем-то ограничивать других лиц. Теоретически исключено существование заинтересованных лиц, которые могли бы обратиться с возражениями против предоставления правовой охраны знаку именно как общеизвестному. Известность знака проявляется только в активном состоянии, когда правообладатель пытается оспорить регистрацию сходного до степени смешения знака или запретить использование сходного обозначения в отношении неоднородных товаров или услуг. Именно поэтому подобные российскому перечни общеизвестных товарных знаков не существуют практически нигде в мире, а компетентным для определения известности знака органом является суд.

В-третьих, наглядно демонстрирует справедливость озвученных нами аргументов и некорректность п. 3 ст. 1512 ГК РФ предусмотренная в нем возможность признания недействительным правовой охраны в части. Это также теоретически исключено, поскольку запрет на использование сходного знака в отношении неоднородных товаров возникает не в силу регистрации и не сам по себе, а в зависимости от наличия иных условий для защиты правообладателя известного знака, таких как способность использования сходного обозначения в отношении неоднородных товаров вызывать неверные ассоциации или причинять вред различительной способности известному товарному знаку.

При этом Зайцева Е.А., например, полагает, что в силу Соглашения ТРИПС существование данного реестра необходимо, поскольку страны могут защищать только зарегистрированные общеизвестные знаки, когда их используют в отношении неоднородных товаров³². Однако этот аргумент не выдерживает критики, поскольку в Соглашении ТРИПС речь идет о зарегистрированном знаке, а не о зарегистрированном знаке в качестве общеизвестного товарного знака.

Известно, что в п. 3 ст. 16 соглашения ТРИПС правовая охрана общеизвестных знаков распространена также на услуги и неоднородные товары и услуги с товарами и услугами заявителя, что в свою очередь являлось прежде всего отступлением от уже другого традиционного принципа охраны товарных знаков – принципа специализации:

«Статья 6bis Парижской конвенции (1967) изменяется mutatis mutandis к товарам или услугам, отличным от тех, для которых зарегистрирован товарный знак, при условии, что использование этого товарного знака для упомянутых товаров или услуг будет указывать на взаимосвязь между упомянутыми товарами или услугами и владельцем зарегистрированного товарного знака, и что при таком использовании интересы владельца зарегистрированного товарного знака могут быть ущемлены».

Действительно, ограничением является требование о регистрации известного товарного знака для распространения охраны на неоднородные товары. Это ограничение критикует Мостерт, приводя в пример Директиву ЕС о гармонизации 1988 г. (ст. 4.4а, которая предусматривала возможность отказа в регистрации товарного знака в случае его сходности с незарегистрированным товарным знаком, имеющим репутацию, даже если регистрация испрашивается в отношении неоднородных товаров, при условии что использование товарного знака является использованием без надлежащего основания (*due cause*) и может привести к несправедливым преимуществам или принести вред различительной способности или репутации приоритетного знака³³.

³² Зайцева Е.А. Правовая охрана общеизвестных товарных знаков. С. 134.

³³ Mostert Frederick W. The parasitic Use of the Commercial Magnetism of a Trade Mark on Non-Competing Goods (1986), 11 EIPR, 342; Mostert, Frederick W. "Well-Known and Famous Marks: Is Harmony Possible in the Global Village." The Trademark Reporter, vol. 86, no. 2, March-April 1996, p. 103-141. HeinOnline.

Тем не менее о защите в отношении неоднородных товаров прежде всего идет речь в рамках одного правового порядка. Это защита правообладателей от размывания различительной способности их товарных знаков или создания у потребителей неверных предположений, относительно взаимосвязи правообладателя или лица, использующего сходный знак в отношении неоднородных товаров. Здесь известность знака является основанием расширения объема правовой охраны, а не возникновения ее на территории конкретной страны вообще. Естественно, что в странах с регистрационной системой защиты товарных знаков защитой пользуется зарегистрированные товарные знаки. Это, в том числе, имеет отношение и к России.

Однако известность знака по смыслу статьи 6bis Парижской конвенции на территории, где испрашивается защита, и известность знака, необходимая для распространения правовой охраны товарного знака в отношении неоднородных товаров – две разные известности. Так, Мостерт, упоминая о сложности четко разграничить известные (famous) и общеизвестные знаки (well-known) (защита известных знаков распространяется на неоднородные товары, тогда как общеизвестные знаки пользуются защитой без регистрации вне принципа территориальности), обращает внимание на две важные детали:

1) чем известнее марка, тем больше объем охраны она заслуживает;

2) ВОИС в рекомендациях по общеизвестным товарным знакам указывает: для определения степени известности не требуется устанавливать широкую известность потребителям, а достаточно установить известность в определенном секторе.

«Protection of famous marks is typically extended to non-competing goods. Consequently, the knowledge of public at large or of non-consumers may be relevant in assessing whether the commercial magnetism of famous mark has been misappropriated on non-competing goods or services»³⁴.

Иными словами, признание знака общеизвестным для цели статьи 6bis Парижской конвенции не должно предрешать вопрос о распространении охраны на неоднородные товары, поскольку для этого нужна уже высокая известность и необходимо доказывать возможность либо неверных ассоциаций, либо вред различительной способности. В России же существования перечня общеизвестных знаков предрешает этот вопрос.

Не следует смешивать расширение объема правовой охраны товарных знаков в связи с их известностью и возникновение охраны общеизвестных товарных знаков, не зарегистрированных в России. На международном уровне известность знака в стране, где испрашивается защита, означает необходимость его защиты без регистрации. В рамках одной страны известность знака означает возможность совершения против обладателя такого обозначения противоправных действий, которые невозможно совершить против обладателя обычного товарного знака. С одной стороны, наличие у такого знака репутации позволяет недобросовестным лицам использовать чужую репутацию для продвижения неоднородных товаров, что в свою очередь может привести к созданию у потребителей некорректных ассоциаций с обладателем известного знака, вреду различительной способности известного знака, деловой репутации и т. д. С другой стороны, известность обозначения позволяет правообладателю защищаться от указанных посягательств недобросовестных лиц.

Ключевые слова:

право на товарный знак; общеизвестный товарный знак.

³⁴ Mostert, Frederick W. Там же

Список литературы:

1. Доклад Рабочей группы по присоединению Российской Федерации к Всемирной торговой организации// Report of the working party on the accession of the Russian Federation to the World Trade Organization WT/ACC/RUS/70 WT/MIN(11)/2, 17 November 2011
2. *Ариевич Е.А., Гришанова Г.И.* Общеизвестный товарный знак – общеизвестный заявитель? Журнал Суда по интеллектуальным правам. Доступно по ссылке – <http://ipcmagazine.ru/trademark-law/well-known-mark-well-known-applicant>.
3. *Зайцева Е.А.* Правовая охрана общеизвестных товарных знаков: диссертация ... кандидата юридических наук : 12.00.03. Москва, 1998. 168 с.
4. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (части четвертой): в 2 т. (постатейный) (том 2) (2-е издание) (Горленко С.А., Калятин В.О., Кирий Л.Л. и др.) (отв. ред. Л.А. Трахтенгерц). ИНФРА-М, 2016.
5. *Новоселова Л.А.* Немного об общеизвестных товарных знаках: спор по словесному обозначению «Посольская». Журнал Суда по интеллектуальным правам, № 6, декабрь 2014 г. С. 10-16. <http://ipcmagazine.ru/trademark-law/the-dispute-on-the-verbal-label-posolskaya>.
6. *Радецкая М.А.* Регистрация известного названия или персонажа в качестве товарного знака: как предотвратить попытку паразитировать на популярности произведения? Журнал РШЧП № 3, ноябрь – декабрь 2018 г.
7. Общеизвестные товарные знаки: понятие и особенности правовой охраны. А.С. Ворожевич, Н.В. Козлова, журнал «Закон», № 12, декабрь 2015 г.
8. *Шефас П.А.* О праве должника потребовать замены предмета исполнения судебного акта. Журнал РШЧП № 3, май – июнь 2019 г.
9. *Уколов С.М.* Судебная практика признания товарных знаков общеизвестными. Журнал Суда по интеллектуальным правам, № 8, июнь 2015 г. С. 39-48. Доступно по ссылке – <http://ipcmagazine.ru/trademark-law/judicial-practice-of-recognizing-well-known-trademarks>.
10. *Cahan Alisa.* China's Protection of Famous and Well-known Marks: The Impact of China's Latest Trademark Law Reform on Infringement and Remedies. *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, vol. 12, no. 1, Summer 2004, p. 219-250. HeinOnline.
11. Guide to the Application of the Paris Convention for the Protection of Industrial Property As Revised at Stockholm in 1967 (United International Bureaux For the Protection of Intellectual Property (BIRPI); World Intellectual Property Organization (WIPO); February 1, 1968. Размещено на сайте WIPO по адресу: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/intproperty/611/wipo_pub_611.pdf.
12. *Mostert Frederick W.* Well-Known and Famous Marks: Is Harmony Possible in the Global Village. *The Trademark Reporter*, vol. 86, no. 2, March-April 1996, p. 103-141. HeinOnline.
13. Ronald Lehrman. Reputation without use and Household Names. *Trademark World* 3, 18 (1986), 27.
14. *Schechter Frank I.* The Rational Basis of Trademark Protection. *The Trademark Reporter*, vol. 60, no. 3, 1970, p. 334-352. HeinOnline.
15. *Wallace Rachel Anne.* Chaos in the Realm of Famous and Well-Known Marks. *IPL Newsletter*, vol. 19, no. 4, Summer 2001, p. 16–27. HeinOnline.
16. Well known marks: Well known law? (Part1). Mode of access: <http://www.camtrademarks.com/index.php?q=node/92>.

Использование товарного знака «под контролем» и «по воле» правообладателя: характеристика и соотношение понятий



К.А. Фаттахова,
Студентка 1 курса
Исследовательского центра частного права
имени С.С. Алексеева при Президенте РФ (РШЧП)

В данной статье анализируются основания, особенности и последствия использования товарного знака третьим лицом «под контролем», а также «по воле правообладателя», и делается вывод относительно идентичности данных категорий. Также приводятся конкретные примеры подобного использования и дается краткий компаративный обзор проблемы.

В последние годы все чаще отмечается возрастающая коммерческая ценность товарных знаков¹. Созданные для введения в оборот, они должны регулярно использоваться правообладателями для индивидуализации их товара перед потребителем. Именно поэтому традиционным для любого правопорядка является негативное отношение к длительному неиспользованию товарных знаков вплоть до прекращения их правовой охраны.

Статья 1486 ГК регулирует следующую правовую ситуацию: если правообладатель не смог доказать, что надлежащим образом использовал товарный знак в течение трех лет, а истец, напротив,

смог доказать наличие у него «реального намерения²» использовать спорное обозначение в своей коммерческой деятельности, суд вправе досрочно прекратить охрану неиспользуемого товарного знака ответчика. Это делается для того, чтобы вернуть (или ввести) товарный знак в оборот. При этом «для целей настоящей статьи использованием товарного знака признается его использование правообладателем или лицом, которому такое право предоставлено на основании лицензионного договора в соответствии со статьей 1489 настоящего Кодекса, либо другим лицом, осуществляющим использование товарного знака под

¹ «Использование товарного знака – право и обязанность правообладателя»: права на товарный знак: монография / Отв. ред. Л.А. Новоселова / А.С. Ворожевич, Л.А. Новоселова, Е.С. Гринь и др. Норма М, 2016 (<https://base.garant.ru/55885550/>).

² Решение Суда по интеллектуальным правам от 30 ноября 2018 г. по делу № СИП-594/2018.

контролем правообладателя (курсив мой, – К.Ф.). Кем может быть это другое лицо, каковы критерии требуемого контроля, на каком основании может происходить использование товарного знака? Данные вопросы мы рассмотрим на примере одного из Постановлений Президиума СИП, выводы которого показали нам интересными³.

Суд в анализируемом Постановлении напрямую говорит, что «под использованием товарного знака под контролем правообладателя понимается использование товарного знака по воле правообладателя». На первый взгляд кажется очевидным, что понятия «по воле» и «под контролем» не являются совпадающими или хотя бы синонимичными. Ведь воля может изъясняться как формально, так и в произвольной форме; как прямо, так и молчанием. Она может быть действительно существующей или фиктивной – существующей благодаря норме права. Например, она может выражаться в согласии или даже вовсе в виновном упущении, которые необязательно влекут за собой контроль (тем более – непосредственный, прямой контроль).

В анализируемом Постановлении деле речь идет об аффилированных лицах, между которыми вполне можно усмотреть отношения корпоративного контроля. В иных отношениях, например возникающих по договору коммерческой концессии, Кодекс напрямую говорит об обязанности правообладателя осуществлять контроль качества товаров⁴. Однако можем ли мы столь же уверенно говорить о контроле в иных признанных практикой случаях использования товарного знака «по воле» лица? Например, в случае внесения прав на товарный знак в качестве вклада по договору простого товарищества⁵ или в случае использования то-

варного знака третьим лицом с «простого согласия правообладателя, включенного в тело предварительного договора»⁶?

Мы полагаем, что и в этих отношениях можно усмотреть определенный контроль, если рассматривать его не в узком, а в широком смысле. Контроль, на наш взгляд, может быть как непосредственным, предусмотренным законом или договором, как, например, в ст. 1031, так и подразумеваемым, вытекающим из природы определенного правоотношения. Очевидно, что законное использование товарного знака третьим лицом по воле правообладателя подразумевает хотя бы минимальный его контроль. Ведь исходя из «функциональной сущности товарных знаков как идентификаторов источника происхождения товаров»⁷ мы понимаем, что правообладатель осознает, что действия третьего лица будут восприниматься так, как если бы они осуществлялись от лица самого правообладателя⁸. Таким образом, правообладателю, осуществляющему надлежащую заботу о собственном деле, может быть вменено осуществление такого контроля.

Важно, что подобное смешение терминов воли и контроля вовсе не является общепринятым. Так, выделяется 2 широких подхода к регулированию данного вопроса: «американский» подход, использующий понятие «контроль», и европейский подход, склоняющийся к категории «воли» правообладателя⁹. В Канаде, например, используется критерий контроля правообладателя, аффилированность сама по себе не признается достаточным критерием для установления необходимого контроля. Отношения по контролю либо должны быть обрисованы непосредственно в лицензионном договоре, либо должны подтверждаться кон-

³ Постановления Президиума СИП от 04 декабря 2017 г. по делу № СИП-36/2017.

⁴ Гражданский кодекс РФ. Часть вторая от 26 января 1996 г. № 14-ФЗ (ред. от 30 ноября 2011 г.)// Собрание законодательства Российской Федерации. 1996. № 5. Ст. 1031, п. 2 (абз. 3).

⁵ Постановление президиума Суда по интеллектуальным правам от 11.02.2019 по делу № СИП-259/2017.

⁶ Смирнова Е.А., Медведев Д.В. Согласие правообладателя как один из способов распоряжения исключительным правом Закон, 2016, № 8) (<https://zakon.ru/publication/igzakon/6768>)

⁷ «Использование товарного знака – право и обязанность правообладателя»: рава на товарный знак: монография / Отв. ред. Л.А. Новоселова / А.С. Ворожечин, Л.А. Новоселова, Е.С. Гринь и др. – Норма М, 2016 (<https://base.garant.ru/55885550/>)

⁸ “The licensing of a trademark may seem counter-intuitive to its primary purpose as an indication of origin»: Michala Meiselles, Hugo Wharton - The structure of an international trademark license. International Licensing Agreements: IP, Technology Transfer and Competition Law.

⁹ Протокол № 12 заседания Научно-консультативного совета при Суде по интеллектуальным правам от 29 июня 2015 г. (http://ipc.arbitr.ru/files/pdf/nks_12protokol.pdf)

кретными доказательствами осуществляемого контроля, либо же устанавливаться путем иного четкого подтверждения факта (by clearly attesting to the fact), что необходимый контроль имеет место быть¹⁰. Во Франции же Закон без оговорок приравнивает использование знака правообладателем и использование его лицом, действующим «с согласия»¹¹ правообладателя. Причем такое согласие может предполагаться (be implied), например, между аффилированными лицами¹². Что касается соотношения понятий «по воле» и «с согласия» правообладателя, то применительно к данному вопросу они рассматриваются как синонимичные¹³. К схожим выводам приходит суд и в анализируемом Постановлении: аффилированные лица использовали товарный знак хоть и не по договорам, но по воле ответчика.

Появлению в нашем праве категории «контроль правообладателя» мы обязаны тексту Соглашения по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности¹⁴ – мы фактически заимствовали ее оттуда¹⁵. Однако вывод о том, что использование в ГК терминологии «контроля» причисляет нас к «американской» модели, является преждевременным: напротив, мы скорее приближены к иной, европейской модели¹⁶, где достаточно лишь согласия правообладателя на использование товарного знака третьим лицом, что вытекает, в том числе, из текста анализируемого Постановления. Требование ГК РФ об осуществлении контроля следует понимать расширительно, применяя метод телеологического толкования. Для этого необходимо выделить основные цели ст. 1486 ГК. Таковыми, на взгляд автора, являются:

1. Контроль за реальным функционированием товарных знаков в обороте и поддержка лиц, способных обеспечить такое функционирование (защита оборота). Ведь до тех пор пока правовая охрана товарного знака правообладателя не прекратится в установленном законом порядке, правообладатель обладает эксклюзивной возможностью его использования. Следовательно, неиспользование знака правообладателем фактически влечет за собой исчезновение товарного знака из оборота.

2. Защита добросовестного правообладателя, чью деятельность индивидуализирует товарный знак и каковой имеет право на его бессрочную охрану.

Далее рассмотрим общий вывод Президиума о том, что даже недействительность договора (каковая может наступать и вследствие пороков воли) не мешает нам признавать товарный знак бывшим в использовании по воле правообладателя. Интересно, что схожие выводы судов мы можем встретить еще в одном институте гражданского права, казалось бы, не соприкасающемся с анализируемым: согласно Обзору практики по виндикации жилья публичными собственниками, утвержденному 1 октября 2014 г. Президиумом Верховного Суда РФ «недействительность сделки по отчуждению жилого помещения сама по себе не свидетельствует о выбытии недвижимого имущества из владения ... помимо воли собственника». Подобные идеи мы видим и в Постановлении Пленума № 10/22: «Недействительность сделки, во исполнение которой передано имущество, не свидетельствует сама по себе о его выбытии из владения передавшего это имущество лица помимо его воли.

¹⁰ Jennifer E. McKay, Perley-Robertson, Hill & McDougall LLP – Six Ways to Prepare for a Non-Use Cancellation Attack in Canada: – INTABulletin August 15, 2017 Vol. 72 No. 14.

¹¹ Code de la propriété intellectuelle, Article L714-5. Доступ с Интернет-сайта: <https://www.legifrance.gouv.fr>

¹² INTA: Trademark Cancellations International Practice and Procedures. Cancellations France Sample Jurisdiction. (https://www.inta.org/Cancellations/Documents/Cancellations_France_Sample_Jurisdiction.pdf)

¹³ «Российская судебная практика использование товарного знака под контролем правообладателя воспринимает как использование товарного знака по воле (согласию) правообладателя. Такой подход более соответствует европейскому регулированию...»: Право интеллектуальной собственности. Средства индивидуализации: Учебник (том 3) (под общ. ред. Л.А. Новоселовой) (Статут, 2018) (<http://znanium.com/spec/catalog/author/?id=ba91d4e9-a629-11e4-b44a-90b11c31de4c>)

¹⁴ Приложение 1С: Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности. Раздел 2, ст. 19. https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/treaties/ru/wto01/trt_wto01_001ru.pdf

¹⁵ Протокол № 12 заседания Научно-консультативного совета при Суде по интеллектуальным правам от 29 июня 2015 г. (http://ipc.arbitr.ru/files/pdf/nks_12protokol.pdf)

¹⁶ Михайлов С.В. Европейский и американский подходы к использованию товарного знака под контролем правообладателя (Закон, 2015, № 11) (<https://zakon.ru/publication/igzakon/6438>)

Судам необходимо устанавливать, была ли воля собственника на передачу владения иному лицу». Данный вопрос о выбытии блага по воле или против воли собственника применительно к ограничению виндикации является крайне важным и неоднозначным и решается по-разному в зависимости от конкретного правопорядка¹⁷. Однако несмотря на схожесть терминологической проблемы мы видим существенные различия между этими институтами: взять хотя бы тот факт, что в виндикации собственник заинтересован в том, чтобы доказать отсутствие воли на выбытие вещи, а в досрочном прекращении охраны товарного знака правообладатель заинтересован в обратном.

Следует отметить, что само по себе использование товарного знака – это внешний акт. Для третьих лиц знак использовался, он был в обороте, следовательно, недействительность актов, оформляющих внутренние отношения между правообладателем и лицом, фактически использующим знак (каковым является недействительный договор), не имеют значения для целей ст. 1486 ГК. Говоря о внешних актах, мы не будем заострять внимание на выводе Президиума о том, что факт отсутствия государственной регистрации также не является основанием для досрочного прекращения охраны в соответствии со ст. 1486 ГК, так как воля правообладателя на передачу прав на товарный знак выражается не в акте государственной регистрации¹⁸. К тому же правообладатель, чья юридическая воля была деформирована или порочна, сам заинтересован в продолжении охраны своего товарного знака, поэтому нелогично было бы возложить на него риск прекращения охраны товарного знака, если в период его использования правообладатель относился к факту использования одобрительно. Особенно очевидно это в случаях, когда речь идет об изначально действитель-

ных сделках, однако подпадающих, например, под ст. 178 или 179 ГК. Ведь наш Закон признает такие акты действительными сделками, то есть свободными волевыми действиями¹⁹. Что касается большинства ничтожных сделок, то и на их совершение воля сторон была, разве что защита публичного интереса заставляет нас видеть в этом акте юридическое ничто. К тому же, говоря о контроле, ГК говорит скорее о контроле воли²⁰, о фактической воле. О воле на совершение действий (или даже на воздержание от действий), повлекших за собой фактическое использование товарного знака в обороте.

Также важно отметить, что фактически приравнивая категории «под контролем» и «по воле», вместе с тем (согласно п. 3 ст. 1486 ГК) возлагаем бремя доказывания использования товарного знака на правообладателя. Такой баланс представляется весьма удачным.

И в завершение мы хотели бы привести конкретные примеры использования товарного знака «под контролем» правообладателя. В научной литературе даются различные ответы на этот вопрос, причем многие из них являются «фантазийными, искусственно придуманными»²¹. Это на наш взгляд, символизирует открытость перечня таких примеров. Если мы говорим о договорных основаниях, то можно отметить договор коммерческой концессии, договор простого товарищества, договор подряда, договор возмездного оказания услуг, предварительный договор, в том числе лицензионный, и др. Вместе с тем воля правообладателя может быть установлена и при отсутствии прямого указания в договоре с третьим лицом о согласии на использование товарного знака²².

Таким образом, мы видим, что Президиум, признав действия аффилированного лица по использованию товарного знака ответчика надлежащим ис-

¹⁷ Ширвиндт А.М. К вопросу о выбытии вещи из владения собственника помимо его воли в контексте ограничения виндикации // О собственности: Сборник статей к юбилею К.И. Скловского / сост. М.А. Ерохова. Статут Москва, 2015. С. 334–361.

¹⁸ Протокол № 1 второго заседания Научно-консультативного совета при Суде по интеллектуальным правам 29 июня 2015 г.

¹⁹ См. напр., Савиньи Ф.К. Система современного римского права: В 8 т. Т. II / Пер. с нем. Г. Жигулина; Под ред. О. Кутателадзе, В. Зубаря – М.: Статут; Одесса: Центр исследования права им. Савиньи, 2012. С. 266.

²⁰ Протокол № 12 заседания Научно-консультативного совета при Суде по интеллектуальным правам от 29 Июня 2015 г. (http://ipc.arbitr.ru/files/pdf/nks_12protokol.pdf)

²¹ Гаврилов Э.Л. Последствия неиспользования товарного знака: практика применения ст. 1486 ГК РФ и предложения по ее совершенствованию (Патенты и лицензии, 2016, NN 7, 8). (<https://www.elibrary.ru/item.asp?id=26561746/>)

²² Михайлов С.В. Европейский и американский подходы к использованию товарного знака под контролем правообладателя (Закон, 2015, № 11).

пользованием товарного знака, препятствующим прекращению его охраны, в очередной раз подтвердил общий курс расширительного толкования п. 2 ст. 1486, принял во внимание цели нормы и справедливо, на наш взгляд, разрешил данный вопрос.

Мы понимаем, что это один из тех вопросов, которые невозможно рассматривать в контексте одного лишь Кодекса: необходимо учитывать и научный, практический, и международный контекст.

Ключевые слова:

последствия неиспользования товарного знака, использование товарного знака под контролем работодателя, досрочное прекращение охраны товарного знака, использование товарного знака по воле работодателя.

Список литературы:

1. «Использование товарного знака – право и обязанность правообладателя»: права на товарный знак: монография / Отв. ред. Л.А. Новоселова / А.С. Ворожечич, Л.А. Новоселова, Е.С. Гринь и др. Норма М, 2016.
2. Решение Суда по интеллектуальным правам от 30 ноября 2018 г. по делу № СИП-594/2018.
3. Постановление Президиума СИП от 04 декабря 2017 г. по делу № СИП-36/2017.
4. Гражданский кодекс РФ. Часть вторая от 26 января 1996 г. № 14-ФЗ Ст. 1031, п. 2 (абз. 3) // Собрание законодательства Российской Федерации. 1996. № 5.
5. Постановление президиума Суда по интеллектуальным правам от 11 февраля 2019 г. по делу № СИП-259/2017.
6. *Смирнова Е.А., Медведев Д.В.* Согласие правообладателя как один из способов распоряжения исключительным правом / Закон, 2016, № 8.
7. *Михайлов С.В.* Европейский и американский подходы к использованию товарного знака под контролем правообладателя / Закон, 2015, № 11.
8. *Michala Meiselles, Hugo Wharton* The structure of an international trademark license. International Licensing Agreements: IP, Technology Transfer and Competition Law.
9. Протокол № 12 заседания Научно-консультативного совета при Суда по интеллектуальным правам от 29 июня 2015 г.
10. *Jennifer E. McKay, Perley-Robertson, Hill & McDougall LLP* Six Ways to Prepare for a Non-Use Cancellation Attack in Canada: INTA Bulletin August 15, 2017 Vol. 72 No. 14.
11. Code de la propriété intellectuelle, Article L714-5 (<https://www.legifrance.gouv.fr>.)
12. INTA: Trademark Cancellations International Practice and Procedures. Cancellations France Sample Jurisdiction. (https://www.inta.org/Cancellations/Documents/Cancellations_France_Sample_Jurisdiction.pdf)
13. Право интеллектуальной собственности. Средства индивидуализации: Учебник (том 3) (под общ. ред. Л.А. Новоселовой): Статут, 2018.
14. Приложение 1С: Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности. Раздел 2, ст. 19. https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/treaties/ru/wto01/trt_wto01_001ru.pdf
15. *Ширвиндт А.М.* К вопросу о выбытии вещи из владения собственника помимо его воли в контексте ограничения виндикации // О собственности: Сборник статей к юбилею К.И. Скловского / Сост. М.А. Ерохова : Статут, Москва, 2015.
16. *Савиньи Ф.К.* Система современного римского права: В 8 т. Т. II / Пер. с нем. Г. Жигулина; Под ред. О. Кутателадзе, В. Зубаря. М.: Статут; Одесса: Центр исследования права им. Савиньи, 2012.

Фанфики и Косплеи vs. Правообладатели оригиналов: в поисках баланса интересов



Б.Е. Семенюта,
кандидат юридических наук,
преподаватель Кафедры интеллектуальных прав МГЮА (У)

Статья посвящена рассмотрению правового режима таких явлений, как фанфик и косплей. Автор анализирует подходы, которые сформировались по этому поводу в США, соотносит их с российским законодательством и судебной практикой; доказывает, что правовая квалификация фанфиков и косплеев не отвечает интересам развития авторского права; а также предлагает возможные пути снятия дисбаланса между интересами правообладателей первоначальных объектов авторского права и авторов фанфиков и косплеев.

Прежде чем приступить к правовому анализу таких сущностей, как фанфик и косплей, необходимо понять, что это такое.

Фанфик можно определить как литературное произведение, созданное поклонником (фанатом) какого-либо объекта авторского права и основанное на таком объекте. Понятие изначально возникло в США и производно от английского fan fiction, что можно перевести как фанатское литературное произведение.

Возникновение термина «косплей» связывают с Такахаси Нобуюки, который после посещения научно-фантастического конгресса в Лос-Анджелесе был очень впечатлен конкурсом костюмов поклонников, при этом ни одно слово в японском языке точно не передавало то, что он видел. Поэтому Нобуюки объединил японские эквиваленты слов «костюм» и «игра», в результате возникло слово *kosupure*, которое на английский язык примерно переводится как *cosplay* [9]. В России термин используется в англоязычном варианте без попыток перевода («косплей»),

и под ним понимается ношение фанатом объекта авторского права костюма, аксессуаров или любого реквизита, относящихся к персонажу такого объекта, а также копирование поведения, стиля общения и образа в целом.

Как видим, у указанных понятий есть много схожего. И то, и другое представляет собой деятельность фанатов, т. е. поклонников какого-либо авторского объекта, будь то книга, фильм или компьютерная игра. Оба явления открыто демонстрируют связь с первоначальным объектом, эта связь крайне важна для них, неочевидность связи разрушает их суть. Принципиальное различие между ними заключается в том, что автор фанфика всегда привносит что-то свое, а косплеер (автор косплея), наоборот, должен максимально придерживаться оригинала – чем точнее, полнее и качественнее будет воплощенный им образ, тем ценнее косплей. Указанные особенности подталкивают к тому, чтобы, для наиболее полного анализа, рассмотреть оба феномена в рамках одного исследования.

К теме правового режима фанфика в российской литературе уже обращались, определенные наработки здесь существуют¹, чего не скажешь о косплее. Иностранная литература также в большей степени посвящена первому явлению, нежели второму. Объясняется это, как думается, более значительным количеством конфликтов именно в сфере использования первоначальных произведений авторами фанфиков. Проблема правомерности поведения косплееров также имеет практическое преломление², но степень напряженности здесь значительно снижена.

Анализ фанфиков затруднен значительным количеством их разновидностей, чего нельзя сказать о косплеях, среди которых выделяют лишь любительские и профессиональные [11]. Фанфик, как и косплей, может строиться вокруг персонажа первоначального произведения, тем самым поднимая вопрос о правомерности его использования, но также в нем может использоваться «вселенная» (вымышленный мир) какого-либо произведения, его сюжет, идеи, и в этом случае вопрос нарушения авторского права становится гораздо сложнее. Неоднородность фанфика как фактор, усложняющий его анализ и установление правового режима, отмечается и в американской литературе [8].

В США, где важную роль в правовой системе играют судебные прецеденты, решений, прямо рассматривающих фанфики и косплеи, обнаружить не удалось; о них молчит и российская судебная практика. Американские исследователи при рассмотрении этих вопросов фокусируются на доктрине fair use (можно перевести как «добросовестное использование») и соответствующей судебной практике. Российская правовая система такой доктрины не знает, ее заменяют нормативно урегулированные случаи свободного использования произведений.

Рассмотрим более подробно доктрину fair use в рамках настоящей статьи. Она относится к институту ограничения исключительных прав, и суть ее в том, что при определенных условиях допускается исполь-

зовать объект авторских прав без необходимости получения согласия от правообладателя. В отличие от многих доктрин, закрепленных на уровне судебных прецедентов, рассматриваемая концепция прямо предусмотрена в законе США об авторских правах (§ 107). Согласно указанной норме необходимы четыре условия для того, чтобы использование было добросовестным:

- 1) цель и характер использования (включая учет того, является ли цель использования коммерческой или некоммерческой образовательной;
- 2) природа объекта авторских прав;
- 3) объем и существенность частичного использования по отношению к произведению в целом;
- 4) эффект от использования, оказываемый на потенциальный рынок или стоимость объекта авторских прав.

Как видно из приведенных положений, все они предполагают рассмотрение множества фактических обстоятельств и скорее дают общее направление для правоприменения, нежели четкие правила. Такая специфика затрудняет определение четких правил что является, а что не является добросовестным использованием [8].

Одним из ключевых критериев для раскрытия признаков fair use является преобразующий (transformative) характер такого использования, под которым подразумевается использование объекта иным образом или для иной цели. В этом контексте разделяется производное произведение и преобразующее. Первое заключается в изменении формы, а второе – в изменении цели [8]. В качестве примера преобразующего использования приводится пародия, комментирование и критика. Цель института добросовестного использования состоит в том, чтобы дать защиту произведению, которое преобразует оригинальное произведение в нечто настолько новое и отличное, что оно может приобрести самостоятельное значение [12]. Введенная судебной практикой категория преобразующего использования лишь в не-

¹ Обзор позиций по поводу фанфика как объект авторского права, см.: Смирнова Т.С. Произведения фанатского творчества как объекты авторского права // Юридические науки: проблемы и перспективы: материалы VII Междунар. науч. конф. (г. Казань, май 2018 г.). Казань: Молодой ученый, 2018. С. 41-46. — URL: <https://moluch.ru/conf/law/archive/298/14204/> (дата обращения: 07 ноября 2019 г.).

² В этом контексте представляет интерес доступная в сети Интернет фотография с человеком, несущим на себе плакат с фразой «This cosplay is no longer available due to a copyright claim by MCM Expo London» («Этот косплей более не доступен в связи с требованиями о нарушении авторских прав со стороны MCM Expo London».).

которой степени поясняет, как применять первый нормативный критерий *fair use* с некоторой связью с четвертым критерием.

Мнение американских исследователей разделяется, когда они применяют эту категорию к фанфику и косплею. Одни довольно однозначно признают фанфик и косплей преобразующим производением³, другие говорят о соответствии этому критерию только части фанфиков и косплеев, так как не все они отвечают условиям отнесения произведений к преобразующим⁴.

Второе условие, из которого складывается *fair use*, – природа объекта авторских прав, подразумеваемая охраноспособность произведения, права на которые, предположительно, нарушены. Данный фактор не представляет сложности в применении, так как и фанфик, и косплей основаны на объектах авторского права. Возможно, американские исследователи недостаточно внимания уделяют этому положению в контексте использования в фанфиках вселенной произведения, охраноспособность которой не всегда столь очевидна. Также в рамках этого фактора учитывается, было ли произведение опубликовано или нет. В первом случае вероятность применения *fair use* увеличивается.

Третье условие, также имеющее оценочный характер, интерпретируется по-разному и зависит от взгляда исследователя на применимость первого фактора.

Четвертое условие, тоже тесно связанное с первым, является в первую очередь экономическим и в этом контексте имеющим объективную оценку. Исследователи отмечают отсутствие негативного влияния фанфиков и косплеев на рынок, связанный с объектами авторских прав, на основе которых действуют фанаты. Основной довод – некоммерческий характер использования фанфиков и косплеев.

В то же время отмечается, что существуют так называемые профессиональные косплееры, отличающиеся от любителей тем, что им часто платят за то, чтобы они появились на мероприятии [11],

а также тем, что они имеют свои собственные магазины, где продаются разработанные ими предметы, не основанные на каком-либо защищенном авторским правом дизайне: элементы помечены в общем виде, могут быть использованы для любого подобного костюма и в этом смысле не отличаются от интернет-магазина костюмов на Хэллоуин [11]. Кроме того, существуют соревнования косплееров, за победу в котором можно получить денежный приз. Тем не менее такая коммерческая по своей сути деятельность не оказывает отрицательного влияния на рынок продукта, на котором основан косплей, скорее она служит поддержанию и расширению продаж. Здесь стоит отметить, что когда ситуация касается продажи продукции профессиональными косплеерами, то в случае если это действительно объекты, не связанные с каким-либо персонажем, то нет оснований говорить о косплее как таковом. Если же осуществляется продажа дизайнерского решения, копирующего внешний вид персонажа, охраняемого авторским правом, то вопрос о пересечении с рынком правообладателя такого персонажа встает довольно остро.

В качестве общего вывода о применимости доктрины *fair use* к фанфикам и косплеям можно сказать о том, что это не абсолютная панацея в условиях американской правовой действительности в отсутствие прямых прецедентов, которые бы касались фанфиков и косплеев. Именно поэтому один американский исследователь Бриттани Джонсон предлагает ввести на законодательном уровне принудительную лицензию в целях реализации возможности использования фанфиков [8].

Что касается российских реалий, то вместо концепции добросовестного использования у нас существуют конкретные нормативно закрепленные случаи свободного использования произведений, которые, безусловно, в определенном объеме пересекаться по содержанию с тем, что в США квалифицируется как *fair use*. Вопросы, которые ставятся при установлении применимости *fair use*, в какой-то

³ *Tushnet Rebecca*. Legal Fictions: Copyright, Fan Fiction, and a New Common Law (1997). Georgetown Law Faculty Publications and Other Works. P. 665. URL: <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/1917/> дата обращения – 14.11.2019), *Molly Rose Madonia*, Ibid. P. 184, 185.

⁴ *Brittany Johnson*. Ibid. P.1664; *Susan Estes*. Fanfiction Dilemma: Is it Copyright Infringement or Fair Use? P.32. <http://www.kentlaw.edu/perritt/courses/seminar/papers%202009%20fall/Susan%20Estes%20Seminar%20paper%20Final.pdf>. *Katie Scholz*. Costumes and Copyrights: Can you afford to wear that? July 18, 2018. URL: <https://www.ipwatchdog.com/2018/07/18/costumes-copyrights-can-you-afford-to-wear-that/id=99278/> (дата обращения: 14 ноября 2019 г.).

степени актуальны и для российского правоприменения в контексте свободного использования.

Первый вопрос, на котором следовало бы остановиться, – это правовая природа объекта, служащего основой для фанфика или косплея. Обе категории объединяет внимание к оригинальным персонажам, фанатом которых являются авторы фанфиков и косплеев.

Как известно, российское право охраняет персонаж как самостоятельный объект авторских прав, если тот отвечает критериям охраноспособности, а именно если по своему характеру он может быть признан самостоятельным результатом творческого труда автора и при этом выражен в какой-либо объективной форме (п. 3 и п. 7 ст. 1259 ГК РФ). И если со вторым критерием проблем не возникает, то первый упирается в общую для всех объектов авторского права проблему охраноспособности с точки зрения наличия творческого характера⁵.

Приведем пример: рассмотрим нарушение прав на персонажей мультфильма «Маша и Медведь». Так, в деле №А50-21004/2013, которое прошли 2 круга обжалований, в итоге к самостоятельным объектам авторского права были причислены не только основные персонажи мультфильма (собственно «Маша» и «Медведь»), но и второстепенные – «Медведица», «Заяц», «Белка», «Ежик» и «Волк». Истцу удалось доказать их творческую самостоятельность, при этом суд учитывал не только их выражение в объективной форме (визуальная составляющая), но также особенности поведения и характер, выделяющие их среди каких-либо других медведиц, зайцев, белок, ежей и волков. С доводами истца согласились все судебные инстанции.

Сейчас такой подход подробно закреплен в п. 82 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23 апреля 2019 г. № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» (далее – Постановление № 10), основа такого подхода – критерий узнаваемости персонажа, который можно считать субъективным (один человек узнает персонажа, другой – нет), но раскрывается он через объективные признаки – обладание достаточными индивидуальными характеристиками. На основании ука-

занного судья, даже никогда не сталкивавшийся с тем или иным персонажем, сможет дать четкий ответ о его самостоятельной охраноспособности.

Возвращаясь к фанфикам и косплеям, можно сказать, что наличие их самих по себе – это ключевой признак, по которому можно судить о том, что узнаваемость как критерий охраноспособности персонажа в данном случае соблюден. Если из творения автора фанфика и косплеера не ясно, на чем он основывался, то здесь либо недоработка автора, либо сама основа не является творчески самостоятельной. В обоих случаях говорить о наличии фанфика или косплея затруднительно.

Сомнения в правовой охране объекта, который является основой, могут возникнуть только применительно к фанфику, так как он не всегда сводится к использованию чужого персонажа (в то время как косплей – это, по определению, копирование персонажа). В литературе приводится пример, по которому рассказ в фанатском произведении может вестись от имени непоименованного, стандартного персонажа, и в этой ситуации сложно говорить об использовании охраноспособного персонажа [7]. Из этого примера не ясно, в чем тогда будет заключаться фанатский характер такого произведения. Возможно, исследователь имел в виду, что в таком случае автор фанфика будет основываться на чем-то другом.

Отдельно заслуживает внимания вопрос о написании фанфика в так называемой чужой «вселенной» (например, мир романа «Властелин колец» или медиафраншизы «Звездный путь»). В этом случае необходимо применять те же критерии охраноспособности части произведения, как и при решении вопроса об охраноспособности персонажа, ключевой из которых – творческий характер и возможность использовать отдельно от произведения в целом. Безусловно, оригинальные названия тех или иных географических объектов романа «Властелин колец» относятся к таким объектам. Творить во «вселенной», при этом не показывать связь с ней через названия локаций затруднительно. Другими словами, свойство фанфика как произведения, которое имеет определенную основу и обязательно к ней апеллирует, однознач-

⁵ Более подробно см.: Семенюта Б.Е. Графический пользовательский интерфейс программы для ЭВМ: проблемы правового регулирования // Вестник Арбитражного суда Московского округа. 2015. № 2. С. 44–46.

но приводит к выводу, что такая основа должна отвечать признакам творческого самостоятельного произведения. Если написан роман о некоем мире без названия или со своим оригинальным названием, где существуют люди, орки и эльфы, которые противостоят друг другу, то вряд обоснованно делать вывод о том, что это фанфик по роману «Властелин колец». Если же написан роман, где в мире с названием «Средиземье» идет борьба между орками, населяющими Мордор, и людьми из Гондора, то никаких сомнений в фанфике по роману «Властелин колец» не возникает.

В литературе отмечается, что значительная часть фанфиков основывается на заимствовании сюжета, который, в свою очередь, к охраняемым объектам авторского права не относится [2]. Безусловно, сюжет как таковой не может охраняться авторским правом, так как он представляет собой идею, содержательную часть произведения. Толковый словарь Ушакова определяет сюжет как совокупность действий, событий, в которых раскрывается основное содержание художественного произведения [6]. Сюжет в чистом виде – это информация, которая сама по себе авторским правом не охраняется. Охраняется воплощение того или иного сюжета в произведении. В случае ориентировки только на сюжет не просто будет установить, какому первоначальному произведению соответствует фанфик. В таком случае неизбежно использование в фанфике иных элементов произведения-основы, которые будут охраноспособны в силу своей оригинальности и узнаваемости, и здесь на первом месте выступает рассмотренная выше категория «персонаж». То же касается фанфиков «по мотивам» или «под вдохновением» от каких-либо объектов авторского права.

Второй вопрос, который необходимо рассмотреть, касается правовой квалификации самих фанфика и косплея.

Оба анализируемых явления открыто демонстрируют связь с первоначальным объектом. При этом фанфик – это некое произведение, использующее оригинальные элементы другого объекта, но также создающее что-то свое, а косплей – это копирование внешнего вида и образа определенно-

го персонажа. В первом случае с точки зрения российского права можно говорить о создании производного произведения путем переработки, которое требует учета прав правообладателя первоначального произведения (п. 3 ст. 1260 ГК РФ). Во втором случае речь о воспроизведении персонажа первоначального произведения в трех измерениях. Тем не менее в рамках конкурсов косплееров, наоборот, поощряется творческая переработка персонажа, а не простое его копирование (например, комбинирование нескольких персонажей в одном) [9], что порождает производное произведение.

И воспроизведение, и переработка – суть способы использования произведения согласно п. 2 ст. 1270 ГК РФ, реализация которых требует согласия правообладателя произведения. Именно такое согласие нужно авторам фанфиков и косплеев.

А.В. Лисаченко и А.Р. Маштакова указывают на то, что не исключена корректировка части четвертой ГК РФ, которая позволила бы официально закрепить за фанатскими произведениями статус производных [3]. Это предложение выглядит малоэффективным, так как их производный характер не вызывает споров, сама категория закреплена в ст. 1260 ГК РФ. При этом включение в эту статью упоминания о фанатских произведениях не снимает основную проблему – такие объекты создаются без согласия правообладателей, тем самым их авторы, согласно букве закона, являются нарушителями исключительных прав.

Отдельно стоит коснуться вопроса о том, нарушает ли фанфик и косплей право на неприкосновенность произведения. Согласно подходу, закреплённому в судебной практике, переработка произведения предполагает создание нового (производного) произведения на основе уже существующего, в то время как право на неприкосновенность произведения касается таких изменений, которые не связаны с созданием нового произведения на основе имеющегося⁶. Такое разъяснение дает возможность сделать вывод, что создание фанфика не будет нарушать права на неприкосновенность произведения, так как его цель всегда – новое произведение.

⁶ Подход первоначально был закреплён в п. 51 Постановления Пленума Верховного Суда РФ № 5 и Пленуме ВАС РФ № 29 от 26 марта 2009 г. «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации», в настоящее время перенесен в п. 87 Постановления № 10.

Косплеер старается воспроизвести образ персонажа, и если его работа в какой-то степени искажает такой образ, то происходит это не из-за намерения косплеера это сделать, а только вследствие либо объективных причин (например, полноценное воспроизведение персонажа невозможно из-за его фантастических характеристик или отсутствия у косплеера необходимых материалов), либо субъективных (недостаточного творческого потенциала или способностей самого косплеера). В связи с этим также нет оснований говорить о нарушении права на неприкосновенность. Исключением может быть упомянутая выше переработка персонажа для конкурса косплееров. Насколько внесение изменений в персонаж преследует цель создать новый персонаж? От ответа на данный вопрос будет зависеть, возникают ли основания говорить о нарушении права на неприкосновенность. Представляется, что ответ должен быть положительным. Действительно, если несколько персонажей собраны в один образ, перед нами уже новый персонаж, хоть и основанный на предыдущих. То же самое касается, например, смены пола базового персонажа – результатом будет новый, производный персонаж.

В российском законодательстве прямо урегулированы ситуации, при которых согласие правообладателя на использование произведения не требуется. Кроме исчерпания права (ст. 1272 ГК РФ) это случаи свободного использования. В отличие от американской концепции *fair use*, нормы российского Гражданского кодекса гораздо более конкретны, и поэтому являются более узкими по содержанию. Постараемся установить, может ли творчество авторов фанфиков и косплееров подпадать под такие случаи.

Свободное воспроизведение в личных целях (ст. 1273 ГК РФ) не может применяться к обеим ситуациям, так как предполагает только воспроизведение (что исключает случаи переработки), обладание правомерно приобретенной копией произведения и личную цель использования. Исходя из смысла статьи, речь в ней идет о создании, по сути, технических копий произведения для удобства потребления того «продукта», который в нем заложен. Например, имея экземпляр книги, лицо делает ее копию, чтобы читать книгу и дома, и на даче. Здесь можно возразить: имея правомерно приобретенную копию фильма, комикса или компьютерной игры, лицо воспроизводит часть этого объекта в

виде персонажа, и делает это в личных некоммерческих целях (если речь о косплеере-любителе). Вероятно, при внешнем соответствии букве закона (с учетом неопределенности понятия «личные цели»), такая трактовка скорее ошибочна, так как противоречит целям указанной статьи – дать возможность обладателю копии произведения более удобно пользоваться ею. При этом из-под действия статьи прямо исключаются программы для ЭВМ (подп. 3 п. 1 ст. 1273 ГК РФ), что препятствует ее применению к косплеям на основе компьютерных игр.

Следующий блок норм ГК РФ посвящен свободному использованию произведения в информационных, научных, учебных или культурных целях (ст. 1274 ГК РФ), ни один из которых не подпадает по смыслу ни под фанфик, ни под косплей. Здесь стоит отметить, что А. Гурко высказывал мысль, согласно которой фанатское творчество – это не только способ выразить любовь к определенному произведению, но и важный способ обучения [1]. Возможно, исследователь имел в виду ситуацию наподобие той, как в художественных школах на занятиях создаются копии классических произведений изобразительного искусства в учебных целях. Но и такое использование не подпадает под свободное в смысле ст. 1274 ГК РФ, так как здесь нет цитирования либо иллюстрирования в учебных целях.

Отдельно стоит сказать о пародировании в контексте свободного использования, так как в случае признания фанфика или косплея пародией соответствующая норма п. 4 ст. 1274 ГК РФ может быть применена. Критерий для определения пародии дан в Постановлении Президиума ВАС РФ от 19 ноября 2013 г. № 5861/13 по делу № А40-38278/2012-12-166, согласно которому при создании пародии первоначальное оригинальное произведение должно быть в центре нового, а не быть его фоном или вспомогательным средством.

Важно отметить, что п. 4 ст. 1274 ГК РФ ссылается на создание произведения именно в жанре пародии. Пародия, согласно Толковому словарю Ушакова, – это сатирическое произведение в прозе или в стихах, комически имитирующее, высмеивающее какие-нибудь черты других литературных произведений [6]. Ни фанфик, ни косплей в целом не преследуют цель пародирования, но и не исключают такого вида самовыражения. Таким образом, указанная норма может быть примени-

ма, если творчество автора фанфика и косплеера отвечают рассмотренным критериям. Следует отметить, что пародия является одним из классических ситуаций применения доктрины fair use, что частично сближает российский и американский подходы к свободному (добросовестному) использованию фанфика и косплея.

Очевидно, что иные случаи свободного использования произведений (ст. 1275-1279 ГК РФ) не применимы ни к фанфикам, ни к косплеям, поэтому останавливаться на них более подробно не стоит.

Таким образом, можно сделать вывод о том, что среди всех случаев свободного использования объектов авторского права на фанфики и косплеи может распространяться только пародирование, если критерии его применения соблюдены.

Представляется, что такого рода рамки являются слишком узкими в контексте целей существования авторского права как такового. Американский исследователь Ребекка Тушнет со ссылкой на дело *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*⁷ указывает на то, что целью авторского права является не обеспечение максимальной прибыли правообладателям, а поощрение творчества путем уравновешивания материальных стимулов, предоставляемых авторским правом, с обеспечением доступа к материалам, которые необходимы для создания произведений [13]. Такой род подход справедлив и в рамках российского авторского права.

Как уже отмечалось, четких критериев творческого характера произведения не существует, и имеющиеся ориентиры все более размываются в условиях постмодернизма, где зачастую основой для творчества выступает уже ранее созданное. Понятие оригинальности не дает необходимых безошибочно работающих инструментов, причем указанное справедливо для авторского права независимо от правовой системы. И в этом контексте проблематика фанфиков и косплеев создает новые вызовы авторскому праву, заставляя еще раз взглянуть на его ключевые признаки и понятие охраноспособности как таковой.

Оставаясь на формально-нормативной позиции, необходимо отказать указанным явлениям в правомерности в отсутствие соответствующего прямого разрешения от правообладателя, так как его молчание не означает согласия на использование произведения или его частей (абз. 2 п. 1 ст. 1229 ГК РФ). Другими словами, в настоящее время авторы фанфиков и косплееры действуют на свой страх и риск, надеясь, что декларируемый (и в подавляющем большинстве случаев реально соблюдаемый) ими некоммерческий подход не привлечет к ним негативное внимание правообладателей первичных произведений. При этом далеко не все правообладатели безразлично относятся к этим явлениям: так, например, известно негативное отношение к фанфикам автора серии книг «Песнь льда и пламени» Джорджа Р.Р. Мартина.

В целях снижения риска привлечения к ответственности авторы фанфиков используют так называемые «дисклеймеры»⁸. Изначально возникший в других целях дисклеймер в данном случае прямо фиксирует некоммерческий характер использования и указывает на автора объекта, который положен в основу фанфика. Даже в рамках американской правовой системы юридическая эффективность дисклеймера в данном случае стремится к нулю [13]. В России можно говорить лишь о том, что автор фанфика таким образом исключает для себя ответственность за нарушение неимущественного права авторства, но не более того.

В связи с этим возникает закономерный вопрос: почему авторы фанфика не создают свои собственные, полностью оригинальные произведения? Ребекка Тушнет приводит объяснение одного из фанатов: «У оригинальной работы не будет такого фанатского сообщества, которое бы автоматически создавалось между читателем и писателем» [13]. На практике направление фанфиков, где создаются оригинальные произведения, также существует, и такие произведения именуются «ориджиналы». Они не основаны на каком-либо объекте авторского права и поэтому фанфиком в собственном смысле не являются –

⁷ 510 U.S. 569 (1994). В деле суд применил доктрину fair use к созданию рэп-композиции, в которой использовался припев из песни «Oh, Pretty Woman».

⁸ От англ. disclaimer, что можно перевести как «предупреждение», «оговорка», «отказ».

фанатская составляющая в данном случае отсутствует.

Что касается фанфиков в собственном смысле, то здесь важно подчеркнуть наличие той творческой составляющей, которая добавляется к уже существующим персонажам или локациям. Эта составляющая позволяет говорить о возникновении производного произведения, которое также охраняется авторским правом. Именно она побуждает американских исследователей применять к фанфику доктрину fair use (где вместо производного произведения возникает преобразующее), а также заставляет по-новому взглянуть на проблему использования производных произведений как таковых. На данный момент законодатель исходит из того, что оптимально соблюденный баланс интересов между автором (правообладателем) первоначального произведения и производного заключается в признании прав автора производного, но с обязательным соблюдением прав автора первоначального, что в сущности означает необходимость получения разрешения (лицензии) на использование первоначального произведения. В итоге правовой статус правообладателя производного произведения ничем не отличается от статуса того, кто просто хочет приобрести лицензию на первоначальное, а действия такого автора по использованию своего произведения ничем не отличаются от действий обычного нарушителя исключительного права. Вряд ли такой подход можно считать действительно сбалансированным, но ему российский законодатель следует давно, при этом он соответствует и международным подходам, в частности, Бернской Конвенции по охране литературных и художественных произведений. Соответствует ли он цели авторского права – стимулировать творчество как таковое? Ответ скорее отрицательный.

Стоит отметить, что в Гражданском Кодексе РСФСР 1964 г. содержалась норма (ст. 492), согласно которой допускалось без согласия автора и без уплаты вознаграждения, но с обязательным указанием фамилии автора, произведение которого использовано, и источника заимствования использование чужого изданного произведения для создания нового, творчески самостоятельного произведения. То, что сейчас делают авторы фанфика, вполне можно было бы подвести под действие указанной нормы с учетом используемого ими дисклеймера. Но, в современных

правовых реалиях принятие такого рода нормы следует признать невозможным.

Возможно, следует использовать подходы, разработанные в рамках доктрины fair use? Как было показано выше, даже в США применение соответствующих норм вызывает затруднения и противоречивые точки зрения. В России введение такого рода положений, предполагающих широкое судебное усмотрение, не приветствуется, так как практика их применения будет диаметрально противоположна, и даже разъяснения Верховного Суда РФ вряд ли приведут к единообразию просто в силу специфики самих норм и сферы их применения. В то же время понятие преобразующего использования требует более пристального изучения с целью возможного развития в рамках российского права.

Упомянутое выше предложение американского исследователя Бриттани Джонсон о введении принудительно лицензии также вряд ли будет эффективно в российских реалиях с учетом необходимости получения такой лицензии через инициирование судебного разбирательства и получение соответствующего решения суда (ст. 1239 ГК РФ). Вероятно, количество авторов фанфика, которые захотят воспользоваться таким инструментом, будет стремиться к нулю.

Таким образом, на данный момент не выработано решений, которые могли бы исключить для авторов фанфиков согласование использования их произведений с правообладателями первоначальных объектов авторского права. Выработка такого решения возможна только в случае концептуального пересмотра взгляда законодателя на такое явление, как производное произведение, и введения инструментов, которые бы в действительности стимулировали творчество как таковое, а не фокусировались в большей степени на защите прав правообладателей. Здесь уместно привести цитату Ребекки Тушнет: «Фанфик заслуживает защиты, потому что он дает авторам и читателям значимость и наслаждение, позволяя им участвовать в развитии культуры, не ущемляя законных интересов правообладателя» [13].

Что касается косплеев, также можно говорить о том, что кустарное создание «нелицензионных» костюмов может привести к конфликту с правообладателем соответствующего персонажа, который расценит такое поведение как прямо приводящее к его убыткам в виде неполученной выгоды

от продажи такому поклоннику «лицензионного» костюма. Особенно высок риск таких претензий к профессиональным косплеерам, которые не просто делают костюмы для себя, но зарабатывают на этом. В таком случае даже ссылка на некоммерческий характер использования не будет принята. В этой связи звучит неубедительно попытка американского исследователя Молли Роуз Мадонии оправдать косплееров тем, что костюм создается с нуля, и поэтому права дизайнеров костюмов (которые платят лицензионные сборы), производящих и продающих костюмы персонажей, защищенных авторским правом, не затрагиваются [11].

Важный вопрос, на котором необходимо остановиться, – чем профессиональный косплеер отличается от профессионального аниматора, которого нанимают на повременной основе для проведения праздников и который в рамках этой деятельности одевает костюм известного персонажа. Молли Роуз Мадония довольно четко разделяет их с точки зрения целей, которые каждый из них преследует. Косплеер появляется на соответствующем мероприятии, чтобы поделиться своим мастерством и хобби, в то время как цель посещения праздника – развлечение гостей, поэтому профессиональный косплеер не влияет на рынок аниматоров, чем отвечает четвертому условию доктрины *fair use* [11]. Если следовать указанной логике, влияние будет иметь место только в том случае, если косплеер совмещает в себе две роли, то есть сегодня он – Человек-Паук на *Comic Con Russia*, а завтра – Человек-Паук на дне рождения у какого-нибудь ребенка.

Вероятно, даже в рамках доктрины *fair use* следует учитывать влияние косплея не на рынок аниматоров, а на рынок прав использования персонажей или экземпляров персонажей, так как рынок аниматоров – такой же вторичный, как и рынок косплея. С этой точки зрения, несмотря на очевидную разницу в целях и мотивах деятельности, косплееры и аниматоры находятся в очень схожем правовом статусе. Оба будут воспроизводить того или иного персонажа и извлекать из этого выгоду. При этом косплеер создает костюм сам, а аниматор, как правило, покупает готовый, хотя у него нет препятствий и для самостоятельного создания. Вряд ли будут иметь правовое значение цели и мотивы, по которым действуют тот и другой, так

как результаты с точки зрения авторского идентичны. Различия можно проводить лишь в возможных убытках правообладателя в соотношении с положительным результатом для него. Профессиональная деятельность аниматора, никак не влияющая на популяризацию персонажа и предполагающая его эксплуатацию на постоянной основе с единственной целью – получение прибыли, явно отличается от деятельности профессионального косплеера, который хотя и получает оплату за свое воплощение, но для него это скорее побочный результат его увлечения, которое вследствие тех или иных причин вышло за границы любительского.

Таким образом, вряд ли возможно обосновать правомерность воспроизведения персонажа профессиональным косплеером без согласия правообладателя такого персонажа. Что касается косплеера-любителя, то его статус очень схож со статусом лица, которое установило пиратскую копию компьютерной программы на свое оборудование, с той лишь разницей, что косплеер создал такую пиратскую копию самостоятельно. Гражданский кодекс РФ не видит принципиальной разницы между такими ситуациями. Суть рассматриваемого явления заставляет задуматься в обоснованности такого подхода. Косплеер-любитель создает костюм не для того, чтобы нарушить право правообладателя. Так он проявляет свой творческий потенциал. Косплеер должен продумать, как будут функционировать аксессуары персонажа, и часто должен реализовать различные приемы для воссоздания нужных эффектов, например, светодиодное освещение, водяные пистолеты или даже живой огонь [11]. При этом далеко не любой костюм персонажа можно приобрести в свободной продаже. Отказ от покупки имеющегося в продаже – это осознанная позиция косплеера, который хочет сделать что-то свое, а не приобретать готовое, при этом его действия никак не сопряжены с получением дохода. Все это указывает на то, что ущемления прав и интересов правообладателя в данном случае не происходит, это подтверждается и отношением правообладателей к косплеерам, которое в целом можно охарактеризовать как положительное либо нейтральное, но не отрицательное. Тем не менее, в отсутствие соответствующей нормативной базы положение косплееров такое же шаткое, как и авторов фанфиков, и зиждется оно на надежде о не-

применении правообладателями всех имеющихся у них инструментов авторского права. В этом контексте нецелесообразно требование, например, об уничтожении контрафактного экземпляра костюма, созданного косплеером, либо о выплате компенсации.

Таким образом, можно сделать вывод, согласно которому правовая квалификация фанфиков и косплеев на основании действующего российского законодательства не отвечает целям авторского

права, направленного на стимулирование творчества и имеет явный перекоп в сторону интересов правообладателей первоначальных произведений. Для установления баланса интересов необходимо пересмотреть подходы к правам авторов производных произведений, а также ограничить меры правового воздействия, которые может применить правообладатель к лицам, нарушающим его исключительное право в отсутствие каких-либо убытков правообладателя.

Ключевые слова:

фанфик; косплей; дисклеймер; оригинальность; производное произведение; персонаж.

Список литературы:

1. Гурко А. Произведения фанатского творчества по авторскому праву России и США» // Интеллектуальная собственность: авторское право и смежные права» № 3. 2015.
2. Ермакова А.Р., Сухарева А.Е. Возможные подходы к определению правового режима пользовательского контента // Интеллектуальная собственность: авторское право и смежные права. 2018. № 2. С. 45 – 56.
3. Лисаченко А.В., Маштакова А.Р. Фанаты или пираты? // Российский юридический журнал. 2016. № 3. С. 152 - 160.
4. Смирнова Т.С. Произведения фанатского творчества как объекты авторского права // Юридические науки: проблемы и перспективы: материалы VII Междунар. науч. конф. (г. Казань, май 2018 г.). – Казань: Молодой ученый, 2018. С. 41–46: <https://moluch.ru/conf/law/archive/298/14204/>.
5. Семенюта Б.Е. Графический пользовательский интерфейс программы для ЭВМ: проблемы правового регулирования // Вестник Арбитражного суда Московского округа. 2015. № 2. С. 44-46.
6. Ушаков Д.Н. Толковый словарь Ушакова. 1935–1940. <https://dic.academic.ru/dic.nsf/ushakov/1049922>.
7. Чурилов А.Ю. Вопросы охраны отдельных объектов авторского права // ИС. Авторское право и смежные права. 2018. № 4. С. 29 – 38.
8. Brittany Johnson. Note: Live Long and Prosper: How the Persistent and Increasing Popularity of Fan Fiction Requires a New Solution in Copyright Law. April 9, 2016. P. 1663. https://www.minnesotalawreview.org/wp-content/uploads/2016/04/Johnson_ONLINEPDF.pdf.
9. Hannah Dockendorff. Cosplay wars: the legal implications of fan costume competitions / Marquette University Law School Faculty Blog. June 30, 2017. <https://law.marquette.edu/facultyblog/2017/06/cosplay-wars-the-legal-implications-of-fan-costume-competitions/>.
10. Katie Scholz. Costumes and Copyrights: Can you afford to wear that? July 18, 2018. URL: <https://www.ipwatchdog.com/2018/07/18/costumes-copyrights-can-you-afford-to-wear-that/id=99278/>.
11. Molly Rose Madonia, All's Fair in Copyright and Costumes: Fair Use Defense to Copyright Infringement in Cosplay, 20 Marq. Intellectual Property L. Rev. 177 (2016). <http://scholarship.law.marquette.edu/iplr/vol20/iss1/1>.
12. Susan Estes. Fanfiction Dilemma: Is it Copyright Infringement or Fair Use? <http://www.kentlaw.edu/perritt/courses/seminar/papers%202009%20fall/Susan%20Estes%20Seminar%20paper%20Final.pdf>.
13. Tushnet, Rebecca. Legal Fictions: Copyright, Fan Fiction, and a New Common Law. (1997). Georgetown Law Faculty Publications and Other Works. <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/1917/>.

Критерии установления факта обнародованной базы данных



Ю.Е. Донников,
директор Юридического департамента и комплаенс ООО «Хэдхантер»

В статье анализируются правовые признаки базы данных в качестве обнародованной. Автор приходит к выводам о том, что сам факт ознакомления с базой данных ограниченного числа лиц не является обнародованием. Так же как база данных не признается обнародованной, если она даже частично доступна третьим лицам. А в случае если доступ к базе данных требует совершения регистрационных действий (введение логина и пароля), такой признак не будет создавать статуса базы данных обнародованной.

В пункте 1 ст. 1335.1 ГК РФ «Действия, не являющиеся нарушением исключительного права изготовителя базы данных» перечислены определенные правомочия, которые предоставляются лицу, правомерно пользующемуся именно обнародованной базой данных (при этом такие правомочия указанного лица ограничены и требуют соблюдения ряда условий).

Для возможности применения данного пункта статьи должны соблюдаться два условия: такое лицо должно пользоваться базой данных правомерно (первое условие), и она должна быть обнародована (второе условие). Правомерность пользования базой данных должна подтверждаться либо, например, наличествующим лицензионным договором с правообладателем, либо иным договором или согласием правообладателя, либо иным правовым основанием. Важно выяснить, в чем выражается установление факта обнародованности базы данных.

В современном правоприменении представляется неоднозначным вопрос действия ст. 1335.1 ГК РФ «Действия, не являющиеся нарушением исключительного права изготовителя базы данных». Эта статья предоставляет возможность

лицу, правомерно осуществляющему пользование обнародованной базой данных, без разрешения обладателя исключительного права, т. е. изготовителя базы данных, извлекать из нее материалы и осуществлять их последующее использование с учетом ограничений, установленных данной статьей. Толкование ее свидетельствует о том, что положения статьи применяются только в случаях пользования обнародованной базой данных. Следовательно, для ее применения необходимо установить, является конкретная база данных обнародованной или нет.

Важно также отметить, что применение положений ст. 1335.1 ГК РФ не должно нарушать права на базу данных как объект авторского права (если конкретная база данных является таковой), поскольку ст. 1335.1 применима только для режима базы данных как объекта смежного права. Также необходимо соблюдать права правообладателей на материалы, являющиеся содержанием базы и охраняемые авторским правом (как прямо следует, например, из п. 3 ст. 1240 и п. 3 ст. 1260 ГК РФ).

Поскольку авторским правом охраняются подбор и расположение материалов, составляющих базу данных, то извлечение таких материа-

лов в порядке ст. 1335.1 ГК РФ из базы данных как объекта авторского права, но с сохранением структуры подбора и расположения таких извлеченных материалов, будет нарушать авторское право правообладателя такой базы данных как объекта авторского права.

Право на обнаружение базы данных входит в перечень интеллектуальных прав (п. 2. ст. 1333 ГК РФ), относимых к смежному праву и принадлежащих изготовителю базы данных наравне с исключительным правом и правом на указание на экземплярах базы данных и (или) их упаковках своего имени или наименования. Право на обнаружение является неимущественным правом изготовителя. Право на обнаружение входит также и в перечень авторских прав (п. 2. ст. 1255 ГК РФ). И так же, как и в смежном праве, оно является неимущественным правом правообладателя.

В пункте 2 ст. 1333 ГК РФ под обнаружением базы данных понимается осуществление действия, которое впервые делает базу данных доступной для всеобщего сведения путем ее опубликования, доведения до всеобщего сведения, сообщения в эфир или по кабелю либо иным способом. Таким образом, перечень действий, приводящих к тому, что база данных будет признаваться обнаруженной, не является закрытым, и законом приводятся основные варианты возможных действий. При этом неважно, какой способ был выбран, важно соблюдение одинакового для всех способов условия – чтобы в результате любой выбранный способ впервые делал базу данных доступной для всеобщего сведения.

Также из указанного в п. 2 ст. 1333 ГК РФ следует, что обнаружение – это всегда действие. Бездействие не может приводить к обнаружению базы данных. Поэтому если не было действий по обнаружению базы данных со стороны правообладателя или его согласия, а база данных все равно стала впервые доступной для всеобщего сведения, то и в таком случае она не будет признаваться обнаруженной.

Сами нормы об обнаружении базы данных как объекта смежного права и как объекта авторского права некоторым образом различаются в своих формулировках. Так, пункт 2 ст. 1333 ГК РФ под опубликованием (выпуском в свет) понимает выпуск в обращение экземпляров базы данных

с согласия изготовителя в количестве, достаточном для удовлетворения разумных потребностей публики, а в авторском праве аналогичная норма (ст. 1268 ГК РФ) дополнена указанием на то, что должны в таком случае представлять собой экземпляры базы данных, а именно – быть копией базы данных.

При этом в отличие от смежного права изготовителя базы данных в авторском праве передача автором другому лицу по договору базы данных как объекта авторского права для использования считается согласием автора и на обнаружение этой базы данных как объекта авторского права (п. 2 ст. 1268 ГК РФ).

Поэтому даже при наличии факта доступности базы данных для всеобщего сведения важно сначала определить, стала ли таковой база данных в порядке п. 2 ст. 1268 ГК РФ или в порядке п. 2 ст. 1333 ГК РФ. Если база данных стала доступной для всеобщего сведения в порядке, предусмотренном п. 2 ст. 1268 ГК РФ, т. е. сделана таковой, например, лицензиатом, а договор предоставления согласия на это правообладателем не содержит – то такая база данных как объект смежных прав не будет считаться обнаруженной, и правовые основания к возможности использования положений ст. 1335.1 ГК РФ отсутствуют.

Теперь рассмотрим пограничный случай, если база данных становится частично доступной в результате ее помещения изготовителем базы данных в интернете на каком-либо сайте и, например, пользователям доступна лишь какая-либо часть базы данных (независимо от размера такой части); и/или, например, когда пользователи не могут получить доступ к структуре базы данных, и они могут ею пользоваться только опосредованно – через какой-либо специальный программный интерфейс владельца сайта в интернете в виде программной системы (сервиса сайта), например, по поиску данных в базе данных, но не имея возможности получить доступ к полному содержанию базы данных или не имея возможности скачать целиком, – будет ли считаться такая база данных обнаруженной?

Из содержания норм п. 2 ст. 1333 и п. 1 и п. 2 ст. 1268 ГК РФ следует, что речь в них идет о базах данных целиком, а при раскрытии дефиниции опубликования в данных статьях ГК РФ речь

идет и вовсе о выпуске в обращение экземпляров базы данных в количестве, достаточном для удовлетворения разумных потребностей публики. Значит, если будут опубликованы только части базы данных, то это не будет считаться опубликованием всей базы данных по смыслу п. 2. ст. 1333 ГК РФ (и в том числе не будет считаться опубликованием по смыслу и ст. 1268 ГК РФ). Тем более что нельзя базу данных расщепить технически на какие-либо части так, чтобы она продолжала возможность функционирования посредством ЭВМ, если только исключить (удалить) часть содержимого из базы данных, но тогда это уже будет новая база данных меньшего объема, – но и такое действие не может быть произведено без предварительного согласия правообладателя.

Э.П. Гаврилов в отношении обнародования объектов авторского права пишет: «Произведение, состоящее из нескольких частей, охраняемых авторским правом (п. 7 ст. 1259 ГК РФ), может быть обнародовано частично. Обнародование содержания произведения не означает обнародование самого произведения, поскольку содержание произведения не определяет форму произведения»¹. Таким образом, даже возможность обнародования только части произведения в авторском праве не означает при этом обнародования произведения в целом.

Д. Липчик указывает на следующее: «...нельзя рассматривать в качестве обнародования ознакомление в частном порядке третьих лиц с выпущенным в свет произведением, в кругу родственников или друзей автора, или же ознакомление с ним потенциальных пользователей, с тем чтобы заключить контракт на использование произведения»² и «обнародование предполагает согласие автора и присутствие публики, определенного числа неизвестных лиц, что позволяет рассматривать произведение как вышедшее из частной сферы автора»³. Это означает, что даже если правообладатель ознакомил с базой данных не-

сколько известных ему лиц, то, обращаясь к указанной позиции Д. Липчик, это не будет считаться обнародованием.

Такие выводы также содержатся в научно-практической литературе: «...способы, которые имеют в виду в п. 1 ст. 1268 ГК РФ, включают не любое знакомство третьих лиц с произведением, а только такое, которое делает произведение «доступным для всеобщего сведения»⁴.

Применительно к объектам смежного права нормы, аналогичной содержащейся в п. 7 ст. 1259 ГК РФ (охрана отдельных частей произведения), в ГК РФ не содержится. Таким образом, в отношении объектов смежных прав нельзя вычленять отдельные части, которые могут охраняться смежным правом, будучи самостоятельным объектом охраны в авторском праве. Это означает, что обнародование отдельной части объекта смежных прав в отличие от авторского права в принципе невозможно и в праве, а не только технически, как было указано выше. Поэтому предоставление возможности ознакомиться всем желающим только с какой-либо частью или частями базы данных также не означает, что она признается после такого ознакомления обнародованной.

В законе, говоря об опубликовании, в ст. 1268 и 1333 ГК РФ речь идет только об экземплярах базы данных – т. е. как о целом объекте интеллектуальных прав, а не о какой-либо части базы данных. Поэтому если вся база данных недоступна публике для использования (например, нельзя скачать всю целиком базу данных или воспользоваться всем содержанием базы данных, помещенной на сайте в интернете), а всегда доступна только какая-либо ее часть или части, то она не будет считаться опубликованной, поскольку экземпляры самой базы данных целиком не были выпущены в обращение, публика не может воспользоваться экземпляром базы данных, как определено в указанных выше нормах ГК РФ. Поэтому сам факт помещения базы данных в интернете таким

¹ Гаврилов Э.П. «Право интеллектуальной собственности. Авторское и смежные права. XXI век», Издательство «Юрсервис-тум», 2016. С. 494.

² Липчик Д. Авторское право и смежные права / Пер. с фр.; предисловие М. Федотова. – М.: Ладомир; Издательство ЮНЕСКО, 2002 (788 с). С. 140.

³ Там же.

⁴ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (части четвертой): в 2 т. (постатейный) (Т. 1) (2-е издание), Горленко С.А., Калятин В.О., Кирий Л.Л. и др., отв. ред. Л.А. Трахтенгерц, «Инфра-М», 2016.

образом, что нельзя получить в использование базу данных в виде ее экземпляра или копии, а можно получить доступ только к какой-либо части ее содержания, не создает факта ни опубликования, ни обнародования базы данных ни как объекта смежного права, ни как объекта авторского права.

Также, обращаясь к позиции Д. Липщик или авторов комментариев к ГК РФ, упомянутых выше, если доступ к базе данных, размещенной в интернете, предоставляется в результате регистрации (в том числе после заключения договора) и получения логина и пароля от правообладателя базы данных, то и такой способ также не будет считаться обнародованием. Такая позиция нашла отражение и в судебной практике – как следует из позиции Верховного суда РФ в определении⁵ от 06 сентября 2013 г. № 86-АПГ13-10, при наличии на сайте в интернете требования введения каких-либо регистрационных данных (например, логина и пароля) для доступа к произведению, которое размещено на этом сайте, оно не будет считаться находящимся в месте, открытом для всеобщего посещения. Значит, у публики (у любого заранее неопределенного лица) отсутствует возможность получить доступ из любого места, в любое время и по своему усмотрению (подп. 11 п. 2 ст. 1270 ГК РФ). В этом случае такое размещение на сайте, требующее введения регистрационных данных (логина и пароля) для доступа к базе данных, не будет считаться доведением до всеобщего сведения этой базы данных.

Если доступ к базе данных посредством сайта в интернете предоставляется не самим правообладателем, а лицензиатом, то это не будет признаваться обнародованием, так как предоставление прав на базу данных по лицензионному договору не означает по умолчанию предоставления согласия и на обнародование в отношении базы данных как объекта смежных прав.

Подведем некоторые итоги,

1. База данных считается обнародованной, если соблюдаются два условия:

– правообладателем совершены действия по обнародованию либо выражено согласие на такие действия другим лицом;

– обнародование осуществлено в отношении базы данных целиком, а не какой-либо частью базы данных.

2. Для оценки наличия действительной правовой возможности применения положений ст. 1335.1 ГК РФ лицом, правомерно пользующимся обнародованной базой данных, вначале требуется установить, обнародована ли база данных с соблюдением требований как в отношении объекта авторского права или как смежного, если база данных обнародована в порядке ст. 1268 ГК РФ, то не во всех случаях такое обнародование подойдет для целей возможности применения ст. 1335.1 ГК РФ лицом, использующим такую базу данных, либо вовсе даже в случае такого обнародования положения ст. 1335.1 ГК РФ не будут применимы.

3. Применение положений ст. 1335.1 ГК РФ не должно при этом нарушать прав на базу данных как объект авторского права, поскольку ст. 1335.1 ГК РФ применима только для режима базы данных как объекта смежного права, а также необходимо соблюдать права правообладателей на материалы, являющиеся содержанием базы и охраняемые авторским правом.

4. Обнародование только какой-либо части базы данных как объекта смежных прав законом не предусмотрено.

5. Доведение до всеобщего сведения только какой-либо части базы данных не является обнародованием всей базы данных как объекта смежных прав и не создает правовых оснований для возможности применения положений ст. 1335.1 ГК РФ для лица, пусть и правомерно пользующегося такой базой данных.

6. Предоставление доступа к базе данных, размещенной в интернете, по логину и паролю, получаемым в ходе процедуры регистрации (в том числе заключения договора) на таком сайте, не означает обнародования базы данных таким способом.

⁵ Определение ВС РФ от 6 сентября 2013 г. № 86-АПГ13-10.

Ключевые слова:

право изготовителя баз данных; смежное право; авторское право; база данных; обнародование базы данных; опубликование базы данных; доведение до всеобщего сведения.

Список литературы:

1. *Гаврилов Э.П.* «Право интеллектуальной собственности. Авторское и смежные права. XXI век», издательство «Юрсервитум», 2016. 876 с.
2. *Липчик Д.* Авторское право и смежные права / Пер. с фр.; предисловие М. Федотова. – М.: Ладомир; Издательство ЮНЕСКО, 2002. 788 с.
3. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (части четвертой): в 2 т. (постатейный) / С.А. Горленко, В.О. Калятин, Л.Л. Кирий и др.; отв. ред. Л.А. Трахтенгерц. 2-е изд. М.: ИНФРА-М, 2016. Т. 1. 485 с.

Radetskaya, Maria Vladimirovna

Candidate of legal sciences

The Federal State Budgetary Scientific Institution “The Private Law Research Centre under the President of the Russian Federation named after S.S. Alekseev”, consultant
radetskaya.maria@gmail.com

Turkina, Anastasia Evgenievna

National Research University Higher School of Economics, the Federal State Budgetary Scientific Institution “The Private Law Research Centre under the President of the Russian Federation named after S.S. Alekseev”, consultant
sanasea@yandex.ru

Review of the case law on the issue of the compensation for the infringement of the exclusive right to the result of intellectual activity or means of individualization

This review is devoted to the description of current regulation and case law in the Russian Federation (in particular, the approaches formed in case law. The problems identified in this article demonstrate the current state of the issue of compensation and also allow to assess the prospects for further development of this area.

Keywords: compensation, liability, copyright, patent law, means of individualization

Yermakov, Andrey Vyacheslavovich

PhD in Law, Associate professor

Russian state academy of Intellectual Property, acting chief of the chair of civil and business law
E_rmakov@rambler.ru

Sergeeva, Natalya Yuryevna

PhD in Law

Russian state academy of Intellectual Property
sergeeva.nat.79@yandex.ru

Intellectual rights of minors: features of implementation and judicial protection

The article is devoted to the problems little studied in domestic civil law - the intellectual rights of minors. The topic raises issues related to the peculiarities of the implementation and protection of intellectual rights to the results of intellectual activity created by minors, and problems that are currently under discussion are considered.

Keywords: Intellectual property; intellectual rights; results of intellectual activity; minors; exercise of intellectual rights; protection.

Novoseltsev, Oleg Vladimirovich

Candidate of technical Sciences, candidate of law. Sciences, patent attorney (reg. No. 65),

Patent attorney company PETROPATENT
petropatent@mail.ru

On the concept of intellectual property from the standpoint of international law

The article examines the need to include the Institute of intellectual property in the system of modern Russian civil law in accordance with Russia's obligations under international agreements and the civil content of the concept of intellectual property from the standpoint of international law and international agreements with the participation of Russia. The article shows the need to develop this area of civil legal relations taking into account the rule of international law and international agreements defined by law and the fundamental importance of the development of civil turnover of objects and intellectual property rights for the innovative development of the Russian economy.

Keywords: intellectual property; intellectual property rights; intellectual property objects.

Gavryushkin, Sergey Nikolaevich

Managing Partner of the Law Firm Gavryushkin & Partners, Deputy of the Assembly of deputies of Miass city district

info@patent-law.ru

Commercial designation as an object of intellectual property: its differences from other means of individualization, and especially the protection of exclusive rights to it

The Institute of Intellectual Property, a relatively new area in the civil law of the Russian Federation. The Civil Code is dedicated to it in Part IV, which began to operate only on January 1, 2008. In this article we will try to figure out what place the commercial designation occupies among other means of individualization, and also consider its distinguishing features when compared with other industrial property.

Keywords: commercial designation; company name; trademark; means of individualization; protection of exclusive rights to a commercial designation.

Prokhorenko, Dmitriy Vladimirovich

Law firm «Solomon Investment Group»

prohdimo@mail.ru

Liability of information intermediaries for defamation on the Internet

The article explores the problems of regulation of the civil liability of information intermediaries for defamatory false information distributed by the third parties on the Internet. The author concludes that the Russian regime of intermediary

liability is characterized by a lack of legal certainty and an imperfection of legal requirements. In order to remove the identified problems the author offers (de lege ferenda) a new regime of intermediary liability.

Keywords: Information intermediary; the Internet; defamation; honor; dignity; business reputation.

Rukhtin, Nickolay Mikhailovich

Master of Law, NRU HSE (Saint Petersburg)

LEGAL PATENT LLC (Saint Petersburg)

n.rukhtin@yandex.ru

Registration of Trademarks on the name of State Agency and Local Government Agency

In this article the author addresses theoretical problems of acquisition of exclusive right on a trademark by state agencies and local government agencies in regard to civil law status of such agencies.

Keywords: exclusive right on a trademark; state agency; local government agency; legal capacity.

Shefas, Pavel Andreevich

RSPL Journal, Avelan Law Firm

pavshefas@gmail.com

Well-Known marks in Russian law: principles of speciality and territoriality

The article is devoted to appearance of well-known trademarks in Russian law. The author using historical and comparative analysis concludes that art. 1508 of the Russian Civil Code doesn't distinguish well-known marks, which are protected without registration due to the fact that they are known in Russia and famous marks, which are already protected due to registration, but their commercial magnetism and distinctiveness make it necessary to give them more protection than to ordinary trademarks.

Then the author analyses the impact of public registration of well-known marks in Russia on understanding phenomena of well-known marks. That register doesn't create rights for the owner but merely affirms their existence. On the other hand, inclusion in that register predetermines that the mark is not only a well-known one but also famous and able to enjoy additional protection on non-competing goods.

Keywords: trademark, well-known trademark, famous trademark.

Fattakhova, Karina Airatovna

Research Center for Private Law named after S.S. Alekseev under the President of the Russian Federation (RSPL)

pavshefas@gmail.com

Using a trademark by a third party, which acts "under control" and "of volition" of the trademark owner: characteristic and correlation of concepts

This article analyzes the grounds, signs and effect of using the trademark by a third party, which acts "under control" and "of volition" of the trademark owner and tries to identify these two categories. We also provide examples of this use and provide a brief comparative overview of the problem.

Keywords: Non-use cancellation, use under the trademark owner's control, obligation to exert the requisite control, consequences of non-using the trademark.

Semeniuta, Bogdan Evgenjevich

PhD in Law

Department of Intellectual Rights, Moscow State Law Academy (U)

istbogd@ya.ru

Fan fiction and Cosplay vs. Copyright holders of original works: in search of a balance of interests

The article focuses on the legal regime of fan fiction and cosplay. The author analyzes the approaches that exist in the United States, compared them with Russian legislation and judicial practice. The author proves that the legal qualification of fan fiction and cosplay does not serve the interests of copyright development, and suggests possible ways to remove the imbalance between the interests of copyright holders of the original copyright objects and the authors of fan fiction and cosplay.

Keywords: fanfic; cosplay; disclaimer; originality; derivative work; character.

Donnikov, Yury Evgenievich

HeadHunter Ltd.

ydonnikov@gmail.com

Criteria of Establishing the Fact of Database Made Public

The article analyses legal features of the database as made public. The author comes to conclusions that the fact of familiarization with the database of a limited number of persons does not mean making it public. At the same time, the database shall not be recognized as made public even if it is partially available to third parties. In case access to the database requires registration actions (login and password entry), such feature will not create the status of the database as made public.

Keywords: right of database producer, related rights, copyright, databases, making database public, database publication, putting in the public domain.