



Журнал Суда по интеллектуальным правам

Сентябрь 2017

6

Правовое регулирование использования музыкальных произведений в составе телевизионных программ

14

Исторический аспект правовой охраны аудиовизуальных произведений

26

Анонимность в Интернете

Обращение главного редактора



Е.А. Ястребова,
главный редактор Журнала Суда по интеллектуальным правам

УВАЖАЕМЫЕ ЧИТАТЕЛИ И КОЛЛЕГИ!

Представляем вашему вниманию семнадцатый номер Журнала Суда по интеллектуальным правам.

В этом выпуске журнала несколько статей на тему авторских прав. Одна из них – статья Е.В. Ульяновой «Исторический аспект правовой охраны аудиовизуальных произведений». Многочисленные отклики наших читателей в группах журнала в социальных сетях показывают, что исторические вопросы, касающиеся охраны прав на интеллектуальную собственность, вызывают большой интерес.

В качестве дополнительного источника дореволюционных книг по праву на результаты интеллектуальной и творческой деятельности можем порекомендовать материалы блока «Классика российского правового наследия» с общедоступного ресурса [«ГАРАНТ-Образование»](#) партнера журнала компании «Гарант».

Следует заметить, что на сайте журнала публикуются не только статьи, но и новости законодательства, аннотации к судебной практике; освещаются события в сфере интеллектуальной собственности. Так, 22 сентября ОКЮР провел [конференцию](#) «Ошибки резидента: как их избежать и использовать». Л.А. Новоселова, председатель Суда по интеллектуальным правам, выступила на ней с докладом, посвященным анализу ошибок представителей в судебных процессах.

В начале этого учебного года продолжил свою работу клуб IP Law Club, созданный на базе МГЮА под руководством председателя Суда по интеллектуальным правам РФ, заведующей кафедрой интеллектуальных прав МГЮА, д. ю. н., профессора Л.А. Новоселовой. В клубе уже состоялось заседание по теме «Паразитический маркетинг». Желающие могут вступить в группу дискуссионного клуба ВКонтакте – <https://vk.com/iplawclubmsal> и в дальнейшем получать оперативную информацию о его будущих мероприятиях, в том числе становиться его участником.

Сообщаем также, что 21-22 февраля 2018 г. в Университете имени О.Е. Кутафина (МГЮА) состоится VI Международный IP Форум. В рамках IP Форума пройдет научно-практический семинар Суда по интеллектуальным правам, посвященный обсуждению актуальных проблем судебной практики по спо-

рам, связанным с защитой интеллектуальных прав (ведущие спикеры – судьи Суда по интеллектуальным правам).

Зарегистрироваться на мероприятие можно по ссылке – <https://ip-forum.timepad.ru/event/575247/>.

Уважаемые коллеги, Журнал Суда по интеллектуальным правам зарегистрирован в РИНЦ и включен в список журналов ВАК. Мы ждем ваши новые статьи, затрагивающие вопросы развития науки и практики применения норм по защите прав на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации по адресу ipc@garant.ru. Статьи для декабрьского выпуска редакция журнала принимает до 10 декабря 2017 г.

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!

Перед вами очередной номер Журнала Суда по интеллектуальным правам.

На этот раз в журнале представлено больше статей по авторскому праву, а также рассматриваются отдельные аспекты защиты промышленной собственности. Кроме того, вниманию читателей предлагаются вопросы, напрямую не связанные с охраной и защитой интеллектуальных прав, но непосредственно согласованные с использованием информационно-телекоммуникационной сети Интернет. Надеюсь, они будут вам интересны.

В последнее время в практике Роспатента и судебной практике возникает все больше споров, касающихся возможности использования в товарных знаках названий географических объектов.

Так, в 2017 г. в одном из последних дел по этому вопросу, анализируя обозначение «ЗОЛОТО ГРУЗИИ» с точки зрения возможности введения им в заблуждение потребителей конкретных товаров – «алкогольных напитков (за исключением пива), изготовленных в Грузии», – в отношении которых испрашивалась правовая охрана, суд не согласился с мнением Роспатента о недопустимости предоставления такому обозначению правовой охраны в отношении конкретных товаров на основании подп. 1 п. 3 ст. 1483 Гражданского кодекса Российской Федерации.

Роспатент исходил при этом из того, что 1) спорное обозначение включает в себя элемент, указывающий на конкретную страну, при этом 2) отсутствуют доказательства ведения заявителем хозяйственной деятельности на территории этой страны или договоров заказа на поставку товаров.

Суд же исходил из того, что охраноспособность обозначения по этому основанию проверяется в отношении конкретных товаров, и указанные выше обстоятельства сами по себе не свидетельствуют о возможности введения потребителя в заблуждение относительно места происхождения конкретных товаров, в отношении которых испрашивается правовая охрана (алкогольных напитков (за исключением пива), изготовленных в Грузии), или их производителя (постановление президиума Суда по интеллектуальным правам от 22 мая 2017 г. по делу № СИП-680/2016).

Аналогичный подход был применен и к обозначению «Золото Азербайджана», которому испрашивалась правовая охрана в отношении товаров «алкогольные напитки (за исключением пива), изготовленные в Азербайджане» (постановление президиума Суда по интеллектуальным правам от 22 мая 2017 г. по делу № СИП-679/2016).

Учитывая, что различные аспекты порядка и случаев использования географических наименований в настоящее время приобрели большую актуальность, Суд по интеллектуальным правам запланировал обсудить возникающие вопросы в рамках очередного заседания Научно-консультативного совета при Суда по интеллектуальным правам, которое состоится в ноябре 2017 г.

Справка по этому вопросу будет опубликована на сайте Журнала Суда по интеллектуальным правам с тем, чтобы не только члены Научно-консультативного совета в рамках заседания, но и все интересующиеся этим вопросом на страницах нашего журнала смогли высказать свое мнение.

Будем рады узнать ваше мнение по вопросам использования в товарных знаках географических наименований (равно как и иные публикации по вопросам охраны и защиты интеллектуальных прав).

Содержание

Авторские и смежные права

6 Н.В. Иванов

Правовое регулирование использования музыкальных произведений в составе телевизионных программ

В статье рассматриваются вопросы правовой квалификации использования музыкальных произведений в составе телевизионных программ. Автор анализирует действующее законодательство, противоречивую судебную практику его применения и мнения специалистов. В результате проведенного анализа сформулированы предложения по совершенствованию правового регулирования в рассматриваемой сфере.

14 Е.В. Ульянова

Исторический аспект правовой охраны аудиовизуальных произведений

В статье рассматриваются общие вопросы, связанные с правовым регулированием кинематографических (аудиовизуальных) произведений с момента возникновения кинематографа до внесения поправок в Бернскую конвенцию 1886 г., предусматривающих существование кинематографического произведения в качестве самостоятельного объекта исключительного права.

Правовые вопросы

19 С.В. Михайлов

Что такое право на забвение?

Статья посвящена раскрытию институциональных вопросов по теме обоснования права на забвение.

26 С.В. Михайлов

Анонимность в Интернете

В статье исследуется обоснование принципа анонимности в сети Интернет.

Патентное право

33 А.М. Зайцев

Судьба лицензионных соглашений при банкротстве лицензиара: опыт ФРГ и США

В представленной статье автор анализирует судебную практику и законодательное регулирование, касающиеся лицензионных соглашений, при банкротстве лицензиара в ФРГ и США.

39 А.В. Михайлов

Essen defense и особенности ее применения, или «Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 13 декабря 2007 № 122: десять лет спустя»

В статье рассматриваются особенности применения ответчиком своих собственных патентов в спорах о нарушении чужих патентов, – Essen defense, которая получила широкое распространение с 2007 г. в связи с публикацией соответствующих разъяснений Президиумом ВАС.

Право на товарные знаки

44 А.М. Зайцев

Пародия на товарный знак: европейский опыт

В представленной статье автор анализирует практику европейских стран рассмотрения споров о пародии на товарные знаки. При этом отмечается, что не всегда такая пародия, даже если она используется в коммерческой деятельности, признается неправомерной. Автор полагает, что соответствующие выводы европейских судов могут использоваться и в российском правоприменении.

Частное мнение

52 Л.К. Бондаренко

Признаки неотчуждаемости права авторства

В статье раскрывается проблема единообразия понимания основных понятий в авторском праве. Исследуются условия возникновения и границы неотчуждаемости в праве авторства. Выявляются признаки неотчуждаемости в понятиях: интеллектуальная деятельность; творчество; художественное творчество; творческая личность; произведение искусства с точки зрения искусствоведения, философии, социальной психологии, – актуальные в судопроизводстве.

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.Ф. Яковлев,

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:

Е.М. Гордеева

Корректор:

Е.В. Рыжер

ISSN 2313-4852

© Суд по интеллектуальным правам,
Фонд «Правовая поддержка», 2017

Правовое регулирование использования музыкальных произведений в составе телевизионных программ



Н.В. Иванов,
кандидат юридических наук, доцент,
заведующий кафедрой гражданского права СПбГЭУ,
доцент кафедры гражданского права и процесса
СПб филиала Высшей школы экономики

В статье рассматриваются вопросы правовой квалификации использования музыкальных произведений в составе телевизионных программ. Автор анализирует действующее законодательство, противоречивую судебную практику его применения и мнения специалистов. В результате проведенного анализа сформулированы предложения по совершенствованию правового регулирования в рассматриваемой сфере.

Использование музыкальных произведений в современном обществе носит массовый и разнообразный характер. Данные объекты авторских прав регулярно транслируются в радио- и телеэфире, звучат в торговых центрах, ресторанах, на транспорте и в других общественных местах, размещаются в сети Интернет и иных информационно-телекоммуникационных сетях. В этих условиях значительную роль в соблюдении прав авторов музыкальных произведений, исполнителей, изготовителей фонограмм и их правопреемников играют организации по управлению авторскими и смежными правами на коллективной основе (далее – организации коллективного управления), которые выступают посредниками между правообладателями и пользователями – выдают разрешения на использование объектов путем заключения лицензионных договоров, истребуют от пользователей отчеты об использовании, соби-

рают и распределяют между правообладателями вознаграждение.

Для современного использования музыкальных произведений характерно доведение их до аудитории не в оригинальном, а в переработанном виде или в составе иных объектов – рекламных роликов, развлекательных и иных радио- и телепередач. С точки зрения предусмотренных действующим законодательством правил использования объектов авторских прав и деятельности организаций коллективного управления особый интерес представляет правовая квалификация использования результатов музыкального творчества, сопровождающегося визуальным рядом. Представляется, что доведение музыкальных произведений до аудитории в сопровождении визуального ряда с учетом действующего регулирования должно влиять на правовую квалификацию такого использования музыкальных произведе-

ний. И если правовому регулированию публичного исполнения, сообщения в эфир и по кабелю музыкальных произведений в составе кинофильмов уделено достаточно внимания в литературе и судебной практике, то юридическая составляющая использования музыкальных произведений в составе иных аудиовизуальных объектов редко оказывается предметом отдельного рассмотрения.

Вопрос квалификации использования музыкальных произведений в переработанном виде и в составе сложных объектов, не относящихся к категории кинофильмов, является актуальным, прежде всего, применительно к сфере телевизионного вещания. Телевизионные каналы используют в своей деятельности музыкальные произведения не только в составе кинофильмов, но и рекламных роликов, различного рода телевизионных программ – развлекательных, новостных, аналитических, исторических и т. д. Без музыкального оформления в принципе трудно представить современное телевизионное вещание.

Длительное время юридическим сообществом на использование музыкальных произведений в телеэфире не в оригинальном, а переработанном виде или в составе телепередач не обращалось какого-либо особого внимания. Считалось, что такое использование подпадает под действие лицензионного договора, заключаемого между организацией коллективного управления и вещателем. Как известно, на основании данного договора вещателю предоставляется право использования входящих в реестр организации коллективного управления обнародованных музыкальных произведений посредством сообщения в эфир и (или) по кабелю. Право организации коллективного управления на заключение подобного лицензионного договора следует из договоров с правообладателями. Если такая организация является аккредитованной – в данной сфере на сегодняшний день таковой является Общероссийская общественная организация «Российское Авторское Общество»¹ (далее – РАО), – право на заключение лицензионных договоров в интересах

правообладателей следует из особого статуса аккредитованной организации, предусмотренного действующим законодательством. В силу пунктов 3, 4 ст. 1244 Гражданского кодекса РФ² (далее – ГК РФ) аккредитованная организация коллективного управления вправе заключать лицензионные договоры в интересах правообладателей и при отсутствии договора с ними, за исключением случаев, когда правообладатель изъял свои объекты из реестра организации.

Достаточно показательным в этом отношении является дело № А40-116329/2013. В 2013 г. ООО «Музыкальное право» обратилось в Арбитражный суд г. Москвы с исковым заявлением о взыскании с ОАО «Первый канал» компенсации в размере 300 000 рублей за бездоговорное сообщение в телеэфир музыкального произведения В. Цоя «Звезда по имени Солнце». Данное произведение было исполнено американской музыкальной группой Brazzaville в составе телепрограммы «Вечерний Ургант» в переработанном виде (в новой аранжировке), название и текст песни были переведены на английский язык. Арбитражный суд г. Москвы отказал в удовлетворении заявленных требований. В обоснование принятого решения суд, помимо прочего, сослался на право организации эфирного вещания самостоятельно определять содержание радио- и телепередач (ст. 1329 ГК РФ), а также на заключенный между РАО и ответчиком лицензионный договор, на основании которого РАО предоставило ответчику право использования музыкальных произведений, входящих в его реестр, в том числе спорного музыкального произведения, а ответчиком за предоставленное право было выплачено вознаграждение в пользу правообладателя. При этом суд не придавал значения тому обстоятельству, что спорное произведение было переработано (новая аранжировка, перевод названия и текста) и включено в состав телевизионной программы. Решение суда первой инстанции обжаловано не было и по истечении установленного срока вступило в законную силу.

¹ Приказ Минкультуры России от 15 августа 2013 г. № 1164 «О государственной аккредитации организации по управлению правами на коллективной основе на осуществление деятельности в сфере управления исключительными правами на обнародованные музыкальные произведения (с текстом или без текста) и отрывки музыкально-драматических произведений в отношении их публичного исполнения, сообщения в эфир или по кабелю, в том числе путем ретрансляции».

² СЗ РФ. 2006, № 52 (1 ч.), Ст. 5496.

Очевидно, что телевизионная программа при таком подходе не рассматривается как разновидность аудиовизуального произведения. Данная позиция в целом характерна для деятельности РАО. Из типовой формы лицензионного договора для эфирных телекомпаний, размещенной на официальном сайте РАО³, следует, что РАО предоставляет указанным компаниям право использования музыкальных произведений (с текстом или без текста) и отрывков музыкально-драматических произведений на условиях простой неисключительной лицензии посредством сообщения в телеэфире (абз. 1 п. 2.1 договора). Кроме того, предметом договора охватываются отношения по выплате вознаграждения за сообщение в эфир музыкальных произведений в составе аудиовизуальных произведений (абз. 2 п. 2.1 договора). Таким образом телепрограммы, в которых используются музыкальные произведения как бы «сами по себе», и на использование которых РАО выдает разрешение, противопоставляются аудиовизуальным произведениям, на использование музыкальных произведений в составе которых РАО разрешение не выдает, а лишь собирает вознаграждение за сообщение в эфир музыкального произведения в составе аудиовизуального на основании п. 3 ст. 1263 ГК РФ. Иными словами, телепрограмма не рассматривается как вид аудиовизуальных произведений, и, как следствие, не подчиняется правовому режиму аудиовизуальных произведений. Аналогичные условия содержатся в форме лицензионного договора с кабельными телекомпаниями. Здесь уместно также отметить, что в согласно п. 2.4 формы лицензионного договора его действие не распространяется на переработку произведений, входящих в реестр РАО. Это означает, что телекомпании вправе использовать произведения по договору с РАО в оригинальном, но не в переработанном виде. Несмотря на данное условие лицензионного договора, которое на протяжении многих лет включается в лицензионные договоры РАО с пользователями, суд в приведенном примере счел возможным обосновать правомерность использования переработки ответчиком ссылкой на договор.

В литературе столь узкий подход к понятию «аудиовизуальное произведение» также имеет своих сторонников. Например, И.А. Силонов ставит знак равенства между аудиовизуальными произведениями и фильмами. В обоснование данного подхода он обращается к Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений от 9 сентября 1886 г. (ред. от 28 сентября 1979 г.) (далее – Бернская конвенция), в ст. 2, 14, 14bis которой используется понятие «кинематографическое произведение», а не «аудиовизуальное произведение». Автор отмечает, что «по содержанию телепрограмма никак не может быть отнесена к аудиовизуальным произведениям (фильмам)». Кроме того, он обращает внимание на то обстоятельство, что телепрограммы, в отличие от кинофильмов, часто идут не только в записи, но и в прямом эфире. В результате И.А. Силонов приходит к выводу, что телепрограммы наряду с видеозаписями не относятся к аудиовизуальным произведениям (фильмам) [8]. Схожей позиции придерживается М.А. Рожкова, основываясь на положениях Бернской конвенции, а также нормах ст. 1240 ГК РФ о сложных объектах, которые должны состоять из нескольких охраняемых объектов, что свойственно не всем телепрограммам. Также она констатирует, что «под аудиовизуальными произведениями следует понимать именно фильмы (кинофильм, телефильм, видеофильм), но не телепередачи и телепрограммы» [7]. Не относит телепрограммы к аудиовизуальным произведениям также В.Н. Лопатин [6].

В литературе высказывается и другая точка зрения, согласно которой телепрограмма (телепередача) является разновидностью аудиовизуального произведения и должна подчиняться ее правовому режиму. Так, А.П. Сергеев относит к аудиовизуальным произведениям не только кино- и видеофильмы, но и телевизионные произведения, «которые специально созданы для показа по телевидению», а также видеозаписи [4. С. 172 – 173]. Э.П. Гаврилов полагает, что «тремя основными видами произведений, входящих в понятие “аудиовизуальные произведения”, являются кинофильмы, телефильмы и телепрограммы» [2].

Некоторые специалисты поднимают рассматриваемую проблему, однако не предлагают ее

³ Доступно в сети Интернет по адресу: <http://rao.ru/for-users/tv-companies/>.

возможного решения. Так, И.А. Блинец и К.Б. Лео́нтьев отмечают, что «в настоящее время происходит постепенная ассимиляция всех кинематографических произведений, однако по-прежнему не решен вопрос о различиях между кинематографическими и телевизионными произведениями, например, при передачах, ведущихся непосредственно с места событий, трансляций концертов, видеозаписей спектаклей и т. д.» [1].

Совсем недавно проблема юридической квалификации телепрограммы вновь привлекла к себе внимание в связи с новыми судебными спорами между теми же лицами и, в частности, в связи с правовой позицией, которую занял Суд по интеллектуальным правам (далее – СИП) при пересмотре в кассационном порядке двух судебных дел.

Так, в 2016 г. в Арбитражный суд г. Москвы обратилось ООО «Музыкальное право» с иском к ОАО «Первый канал» о взыскании компенсации в размере 300 000 рублей за бездоговорное сообщение в эфир музыкального произведения с текстом «Кукушка», автором которого является В. Цой, а обладателем исключительного права – истец (дело № А40-14248/2016). Данное произведение было исполнено в переработанном виде в рамках телепрограммы «Голос. 4 сезон» одним из ее участников. Как и в деле 2013 г., о котором речь шла ранее, ответчик возражал против удовлетворения иска со ссылкой на ст. 1329 ГК РФ, а также на лицензионный договор с РАО, по условиям которого он вправе сообщать в эфир обнародованные музыкальные произведения, входящие в репертуар РАО.

Суды первой и апелляционной инстанции отказали в удовлетворении иска, посчитав использование произведения правомочным – осуществленным на основании лицензионного договора с аккредитованной организацией коллективного управления. При этом суд первой инстанции указал, что хотя телепрограмма «Голос. 4 сезон» имеет признаки аудиовизуального произведения, она подчиняется особому правовому режиму в силу ст. 1329 ГК РФ, в соответствии с которой ответчик вправе самостоятельно определять содержание телепередач. Как отмечено в судебном решении, «получение каких-либо разрешений для этого не требуется». При этом включение музыкального произведения в состав телепередачи, по мнению

суда первой инстанции, является не способом использования музыкального произведения, а лишь «техническим процессом, без которого невозможно целевое использование телепередачи, т. е. ее сообщение в эфир и по кабелю (в том числе, с помощью сети Интернет)». Суд апелляционной инстанции оставил решение без изменения, согласившись с аргументами суда первой инстанции.

При кассационном пересмотре дела СИП с целью получения экспертных мнений относительно правовой квалификации использования музыкальных произведений в телевизионных программах направил запросы в Министерство культуры РФ, ФГБУН «Институт государства и права Российской академии наук» и Научно-методический центр «Кафедра ЮНЕСКО по авторскому праву и другим правам интеллектуальной собственности» НИУ «Высшая школа экономики». Согласно позиции Министерства культуры РФ, воспроизведенной в тексте постановления СИПа, не все телепередачи могут быть отнесены к аудиовизуальным произведениям. В частности, такие телепередачи, как трансляции концертов или спортивных, праздничных мероприятий не отвечают признакам аудиовизуального произведения, для их создания характерно отсутствие творческого труда, замысла авторов; «происходит исключительно фиксация зрелищного представления». При этом к аудиовизуальным произведениям могут быть отнесены телепередачи, которые выходят в прямой эфир, если по содержанию они отвечают признакам аудиовизуального произведения.

Институт государства и права РАН также признал телепередачу разновидностью аудиовизуального произведения, подчеркнув, что она должна восприниматься как сложный объект и объект делимого или неделимого соавторства. При этом передачи, выходящие в прямой эфир, также могут быть отнесены к аудиовизуальным произведениям: «Не имеет значения, записана ли телевизионная программа заранее или же ее вещание происходит в прямом эфире, если присущие телевизионной программе характеристики сохраняются».

Специалисты кафедры ЮНЕСКО по авторскому праву и другим правам интеллектуальной собственности ВШЭ, как следует из текста постановления, также относят телепередачи, в том числе выходящие в прямом эфире, к аудиовизуаль-

ным произведениям. Телепрограмма «Голос», по мнению авторов ответа на запрос, «представляет собой сложный объект (аудиовизуальное произведение), включающий несколько охраняемых результатов интеллектуальной деятельности, в частности, музыкальные произведения, их исполнение, а также такой неординарный объект интеллектуальной собственности, как формат (концепция) телепередачи. Сюда же относятся используемые в передаче средства индивидуализации (логотип телепрограммы)».

Изучив данные запросы, коллегия СИП констатировала, что телепрограмма может быть отнесена к аудиовизуальным произведениям, если она «обладает следующими характеристиками:

- 1) состоит из зафиксированной серии связанных между собой изображений;
- 2) может быть как с сопровождением, так и без сопровождения звуком;
- 3) воспринимается с помощью соответствующих технических устройств зрительно, а при наличии звукового сопровождения – и на слух;
- 4) воспринимается как сложный объект;
- 5) создана творческим трудом авторов».

При пересмотре данного дела СИП также не согласился с судами нижестоящих инстанций в том, что включение музыкального произведения в состав аудиовизуального произведения не является способом использования музыкального произведения. По мнению коллегии СИП, включение произведения в состав сложного объекта (телепередачи) и сообщение в эфир являются последовательными по отношению друг к другу этапами и представляют собой «самостоятельные способы использования результатов интеллектуальной деятельности».

СИП также отклонил ссылку нижестоящих судов на ст. 1329 ГК РФ, поскольку из положений данной статьи не следует, что организации эфирного вещания вправе свободно использовать объекты интеллектуальной собственности, права на которые принадлежат другим лицам. По смыслу постановления, поскольку лицензия РАО не распространяется на переработку произведений, для правомерного использования музыкального произведения в составе аудиовизуального произведения изготовителю аудиовизуального произведения недостаточно лицензионного договора с РАО.

В результате СИП отменил постановления судов нижестоящей инстанции и отправил дело на новое рассмотрение. В обоснование данного решения СИП, в частности, указал, что «при рассмотрении настоящего дела судам следовало установить, является ли телепередача "Голос" аудиовизуальным произведением, правомерно ли включено в его состав спорное музыкальное произведение, в том числе с учетом наличия соответствующего договора между РАО и ответчиком, имела ли место переработка спорного музыкального произведения».

При новом рассмотрении дела Арбитражный суд г. Москвы удовлетворил иск ООО «Музыкальное право» в полном объеме – взыскал с ответчика компенсацию в размере 300 000 рублей. Суд квалифицировал телепрограмму «Голос. 4 сезон» как аудиовизуальное произведение, с помощью привлеченного к участию в деле специалиста установил факт переработки музыкального произведения и констатировал неправомерность переработки и включения музыкального произведения в состав указанной телепрограммы. На момент написания настоящей статьи решение не вступило в законную силу в связи с неистечением срока на его обжалование в апелляционном порядке.

Аналогичный иск в 2016 г. ООО «Музыкальное право» предъявило в Арбитражный суд г. Москвы к ОАО «Первый канал» в связи с включением музыкального произведения В. Цоя «Весна» в рекламный ролик весенней серии телевизионной программы «Что? Где? Когда?» (дело № А40-133665/2016). Цена иска на этот раз составила 3 000 000 рублей. Суды первой и апелляционной инстанции отказали в удовлетворении иска по тем же основаниям, что и в предыдущем деле. СИП отменил судебные акты и направил дело на новое рассмотрение в суд первой инстанции. Аргументация, содержащаяся в мотивировочной части постановления, во многом совпадает с аргументацией мотивировочной части постановления СИП по предыдущему делу. На момент написания настоящей статьи дело находится на новом рассмотрении в Арбитражном суде г. Москвы.

Как видим, при рассмотрении данных дел СИП занял позицию, согласно которой телевизионные программы, сопровождающиеся визуальным и звуковым рядом, не должны противопо-

ставляться кинофильмам. Данные объекты, являющиеся разновидностями аудиовизуального произведения, подчиняются единому правовому режиму, в том числе в части пределов прав организаций коллективного управления по предоставлению пользователям права использования произведений и сбора с них вознаграждения.

С данным подходом следует в целом согласиться. Программы, которые выходят не в прямом эфире, а в записи, т. е. специально создаются и объективно существуют до их сообщения в эфир и по кабелю, отвечают всем признакам аудиовизуального произведения, закрепленным в п. 1 ст. 1263 ГК РФ: состоят из зафиксированной серии связанных между собой изображений (с сопровождением или без сопровождения звуком) и предназначены для зрительного и слухового (в случае сопровождения звуком) восприятия с помощью соответствующих технических устройств. При этом перечень аудиовизуальных произведений согласно п. 1 ст. 1263 ГК РФ является открытым. Что касается положений Бернской конвенции, в которых предусмотрен специальный правовой режим кинематографических произведений, но не аудиовизуальных, то, на наш взгляд, этому обстоятельству не следует придавать большого значения. В данном случае имеет место терминологическое, а не существенное различие. И в статьях 2, 14, 14bis Бернской конвенции, в п. 1 ст. 1263 ГК речь идет о кинематографических произведениях и произведениях, выраженных средствами, аналогичными кинематографическим. Содержание данных понятий – круг произведений, которые ими охватываются, совпадает, различны лишь термины, используемые для их обозначения.

Следует также учитывать, что большинство современных телевизионных программ, по крайней мере развлекательных, и с точки зрения технологии их производства, и с художественной точки зрения мало чем отличаются от телевизионных фильмов, которые в законе прямо отнесены к аудиовизуальным произведениям. Такие телепрограммы, как «Голос», «Вечерний Ургант», «Что? Где? Когда?» и др. являются результатом творчества лиц различных творческих профессий – режиссеров, сценаристов, операторов, художников, композиторов. Само по себе отсутствие драматических актеров, перевоплощающихся

в персонажей, не свидетельствует о том, что произведение не может признаваться аудиовизуальным. В какой-то мере их можно сравнить с документальными фильмами, в которых также не участвуют драматические актеры. Примерно об этом еще 20 лет назад писала Д. Липчик: «Несущественно, озвучено ли данное аудиовизуальное произведение или нет, относится ли оно к драматургическому жанру (драма, комедия, мультфильм, документальный фильм, репортаж и т. д.), имеет ли оно полный, средний или короткий метраж, зафиксировано ли оно с помощью фотоманитного метода (фильм) или электронного метода (видео), какой материальный носитель используется при этом (прозрачная пленка, электронная видеолента и т. д.)» [5. С. 80].

Более того, очевидно, что схожие подходы и технологии используются при производстве телевизионных программ, не относящихся к категории развлекательных (новостные, аналитические, ток-шоу и пр.). Стремясь привлечь внимание современного зрителя, избалованного большим потоком информации в режиме мультимедиа, изготовители телепрограмм с помощью различных кинематографических средств (сценарий, режиссура, дизайн студии, визуальные эффекты, операторская работа, монтаж) усложняют и разнообразят форму подачи информации. Даже современные трансляции спортивных, музыкальных и иных мероприятий, в том числе сообщаемые в прямом эфире, в отличие от аналогичных программ 20 – 30-летней давности, являются результатом не только технических, но и творческих усилий режиссеров, операторов, дизайнеров, комментаторов и т. д. и в полной мере отвечают признакам аудиовизуального произведения.

Таким образом, можно констатировать, что аудиовизуальные произведения составляют основную часть контента, сообщаемого в эфир и по кабелю современными телекомпаниями. В этих условиях распространение норм о сложных объектах и аудиовизуальных произведениях на отношения по включению музыкальных произведений в состав телевизионных программ с учетом действующего правового регулирования представляется обоснованным.

В то же время, на наш взгляд, следует принять во внимание возможные последствия такого под-

хода. Достаточно ясно, что при его планомерной реализации изготовители телевизионной продукции, привыкшие использовать в своих программах любые музыкальные произведения со ссылкой на лицензионный договор между вещателем и РАО, окажутся в принципиально иных условиях, предполагающих необходимость вступления в переговоры и заключения лицензионных договоров с широким кругом правообладателей. Более того, заключение данных договоров и осуществление по ним выплат в пользу правообладателей не отменит обязанности по выплате вознаграждения, предусмотренной п. 3 ст. 1263 ГК РФ. Коль скоро телепрограммы подчиняются правовому режиму аудиовизуальных произведений, авторы музыкальных произведений с текстом, включенных в состав телепрограмм, сохраняют право на получение дополнительного вознаграждения за сообщение в эфир и по кабелю, а также за ретрансляцию музыкальных произведений в составе аудиовизуальных произведений. В конечном итоге в проигрыше могут оказаться зрители, которым будет предложен ограниченный набор музыкального материала, сопровождающий телепрограммы, в том числе и такие, как шоу «Голос».

Отдельного решения требует вопрос размещения вещателями контента в сети Интернет. Практически любая современная телекомпания осуществляет параллельное Интернет-вещание, размещает уже вышедшие в эфир программы на официальном сайте в сети Интернет, в своих аккаунтах в социальных сетях и т. п. Данные действия также не охватываются лицензионными договорами, заключаемым между РАО и телекомпаниями, поскольку данные договоры, как следует из их формы, не распространяются на такой способ использования обнародованных музыкальных произведений, как доведение произведения до всеобщего сведения. Хотя некоторые правообладатели передают в управление РАО исключительное право и в части использования произведений в сети Интернет, говорить о наличии у РАО прав на предоставление лицензий на использование в Интернете произведений значительного числа правообладателей вряд ли возможно с учетом, прежде всего,

того, что доведение до всеобщего сведения в силу ст. 1244 ГК РФ не подпадает под институт государственной аккредитации – статус РАО как аккредитованной организации коллективного управления на данную сферу использования произведений не распространяется.

Таким образом, рассматриваемая проблема может быть решена за счет увеличения сфер использования обнародованных музыкальных произведений, в отношении которых должны действовать правила о расширенном коллективном управлении. Перечень способов использования обнародованных музыкальных произведений, содержащийся в п. 1 ст. 1244 ГК РФ, целесообразно дополнить за счет включения в него таких, как включение музыкального произведения в оригинальной или переработанной форме в состав аудиовизуального произведения⁴ и донесение до всеобщего сведения. Вопрос о том, кто должен быть аккредитован в данной сфере использования произведения – одна из действующих аккредитованных организаций коллективного управления или какая-то другая, – требует отдельного исследования и решения.

При дополнении перечня способов использования обнародованных произведений, подлежащих аккредитации, нельзя также не учитывать давно существующее намерение российского законодателя отказаться от института государственной аккредитации организаций коллективного управления и, как следствие, модели расширенного коллективного управления. Данное намерение отражено, в частности, в п. 1282 Доклада Рабочей группы по присоединению Российской Федерации к Всемирной торговой организации, принят 16.11.2011 – 17.11.2011. Если такой отказ произойдет, то решение рассматриваемой проблемы будет зависеть не столько от законодателя, сколько от эффективности деятельности конкурирующих организаций коллективного управления, а также от того, в какой мере им удастся убедить правообладателей в целесообразности передачи в управление исключительного права в той части, в которой оно распространяется на рассматриваемые способы (формы) использования музыкальных произведений.

⁴ Строго говоря, включение музыкального произведения в состав аудиовизуального произведения является, на наш взгляд, не способом, а формой использования музыкального произведения. См.[3] С. 44 – 45.

Ключевые слова:

авторское право; сложный объект интеллектуальных прав; аудиовизуальное произведение; лицензионный договор; коллективное управление авторскими правами.

Список литературы:

1. *Близнец И.А., Леонтьев К.Б.* Авторское право и смежные права. М., 2011.
2. *Гаврилов Э.П., Еременко В.И.* Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации (постатейный). М., 2009.
3. *Иванов Н.В.* Авторские и смежные права в музыке. 2-е издание / Под ред. А.П. Сергеева. М., 2015.
4. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть четвертая (постатейный) / Под ред. А.П. Сергеева. – М., 2016.
5. *Липчик Д.* Авторское право и смежные права. Пер с фр. М., 2002.
6. *Лопатин В.Н.* Аудиовизуальное произведение и сообщение передачи в эфир: вопросы защиты интеллектуальных прав // Право интеллектуальной собственности. 2017. № 1. С. 21 – 24.
7. *Рожкова М.* Является ли телепередача или телепрограмма аудиовизуальным произведением / сложным объектом интеллектуальной собственности // Доступно в сети Интернет по адресу: https://zakon.ru/blog/2017/1/6/yavlyaetsya_li_teleperedacha_ili_teleprogramma_audiovizualnym_proizvedeniemslozhnym_obektom_intellek.
8. *Силонов И.А.* О правовом статусе аудиовизуального произведения, видеозаписи концерта (спектакля) и телепрограммы // Копирайт. 2013. № 2. С. 74 – 80.

Исторический аспект правовой охраны аудиовизуальных произведений



Е.В. Ульянова,
аспирант РАНХиГС при Президенте Российской Федерации,
помощник председателя Суда по интеллектуальным правам

В статье рассматриваются общие вопросы, связанные с правовым регулированием кинематографических (аудиовизуальных) произведений с момента возникновения кинематографа до внесения правок в Бернскую конвенцию 1886 г., предусматривающих существование кинематографического произведения в качестве самостоятельного объекта исключительного права.

Современное производство кинофильмов, сериалов, телепередач и иных аудиовизуальных произведений является высокотехнологичной индустрией, использующей последние достижения в области цифровой обработки данных, компьютерной графики, результаты интеллектуальной деятельности огромного количества людей. Помимо прочего, общий доход в индустрии аудиовизуальных произведений (кино, телевидение) составил более 320 млрд долларов в 2016 г. и продолжает расти¹.

Вопросу правовой охраны аудиовизуальных произведений уделяется большое внимание в отечественной и мировой юридической доктрине, а также в правоприменительной практике. Вместе с тем остается огромное количество неопределенных моментов, связанных, по мнению автора, в первую очередь с особенностями право-

вой природы как самих аудиовизуальных произведений, так и входящих в них других результатов интеллектуальной деятельности. Например, вопрос субъектного состава участников, задействованных в производстве аудиовизуального произведения, напрямую влияет на то, кто будет признан в качестве авторов и правообладателей.

К решению существующих правоприменительных проблем, возникающих в связи с созданием и использованием аудиовизуальных произведений, следует подходить комплексно. Представляется крайне важным сначала определить природу аудиовизуального произведения как объекта авторских прав с исторической точки зрения, и в каком направлении развивались тенденции по охране данного объекта.

Аудиовизуальное произведение является сравнительно молодым объектом авторских

¹ Так, по данным Американской ассоциации кинокомпаний (Motion Pictures Association of America, МРАА) в 2016 г. доход от продаж билетов в кинотеатрах составил около 38 млрд долларов. Согласно прогнозам, в 2020 г. такой доход составит более 52 млрд долларов. В свою очередь, доход от телевизионных программ, сериалов в 2016 г. составил порядка 280 млрд долларов, к 2020 г. прогноз составит более 320 млрд долларов [1; 2].

прав. Особенности регулирования правовой охраны аудиовизуальных произведений напрямую связаны с природой данного объекта авторских прав, историей и технологией производства, фиксации и воспроизведения получаемых результатов.

Принято считать, что кинематограф как вид искусства возник 28 декабря 1895 г., когда прошел первый сеанс кинопоказа братьев Луи и Огюста Люмьер [3].

Первые кинематографические произведения были относительно примитивными с точки зрения современного технического воплощения и представляли скорее «визуальное» произведение. Изначально такие работы не признавались в качестве результата творческой деятельности их авторов, а считались формой развлечения, научной забавой. Как отмечает А.О. Радоминова, на тот момент при создании кинематографических постановок речь могла идти только о заимствовании сюжета, но не об охраняемой форме произведения [4].

Необходимость правового регулирования фото-представлений² стала очевидна в результате увеличения числа кинематографических произведений и появлением пиратских кинопоказов. При подготовке первых правовых норм в сфере киноиндустрии перед правоведами начала XX в. стояли два основных вопроса:

- 1) как защитить фильмы от нарушений со стороны производителей-конкурентов и от неправомерного воспроизведения;
- 2) является ли кинематографическое произведение использованием (исполнением) чужого драматического произведения.

Как было отмечено выше, изначально кинематографические постановки не признавались в качестве объектов авторского права, а считались высокотехнологичным развлечением, аттракци-

оном. Позже стало высказываться мнение, что они по своей природе схожи с фотографиями. Но следует иметь в виду, что правовой статус фотографии как объекта авторских прав в большинстве стран также был неоднозначен [5]. В целом Европейские страны того периода можно условно разделить на три группы. К первой группе стран (среди них Франция и страны, находившиеся под влиянием французского права) относились те, кто признавал фотографии полноправным объектом правовой охраны наравне с литературными и художественными произведениями, предоставляя им аналогичную правовую охрану. Во вторую группу входили страны, признававшие фотографии объектами авторского права, но предоставлявшие им более узкий объем правовой охраны в сравнении с другими объектами. К таким странам относились Германия (и страны, инкорпорировавшие немецкое право) и в определенной степени Великобритания. Так, в соответствии с Законом Германской империи об охране авторских прав на дизайны и модели 1876 г., фотографии признавались объектом авторского права, но срок действия исключительных прав составлял пять лет, в качестве неправомерного использования признавалась механическая репродукция фотографии без согласия автора [6]. В других странах правовой статус фотографий так и остался дискуссионным.

Однако распространение режима правовой охраны фотографий на кинематографические произведения привело к новой дискуссии о правовой природе кино [7]: в первую очередь кинофильм является серией связанных кадров (фотографий), зафиксированных на одной пленке, или это, прежде всего, разновидность драматического произведения, которое охраняется как любое литературное или художественное произведение³.

² Изначально произведения братьев Люмьер получили название кинематографических представлений, фото-представлений [3].

³ Примечательно, что вопрос соотношения отдельного кадра и аудиовизуального произведения в целом поднимался в современной юридической науке и правоприменительной практике. Так, судебная практика придерживается позиции, что использование отдельных кадров (стоп-кадров) аудиовизуального произведения образует нарушение исключительного права на такое произведение в целом. При этом стоп-кадр (изображение кадра) является лишь статичным визуальным воплощением творческого замысла авторов произведения, и сам по себе, в отрыве от произведения, не обладает признаками оригинальности, в связи с чем не может быть признан самостоятельным результатом творческого труда (см. напр. Постановления Суда по интеллектуальным правам от 29 июля 2016 г. по делу № А08-3103/2015, от 7 апреля 2016 г. по делу № А51-9451/2015).

Вопрос о соотношении кинематографического представления и драматических произведений, лежавших в основе его сюжета, также решался неоднозначно. Во многом на подходы современников влияло то, что существовало только немое кино. Как отмечал Я.А. Канторович, «в кинематографических представлениях передается только игра, в виде мимики и движений действующих лиц, без слов, в которых, главным образом, заключается содержание литературного произведения» [9]. Таким образом, кинематограф не заимствует содержания драматического произведения, потому что не заимствует слов, которые составляют творчество драматурга, и не нарушает авторских прав последнего.

Согласно другой точке зрения, в состав авторского права драматурга входит право на сюжет, следовательно, он может запрещать использование этого сюжета, в том числе в форме кинематографического произведения.

Также кинематографическое представление является определенной формой исполнения драматического произведения. Я.А. Канторович приводит в пример точку зрения немецкого профессора Кона, который указывал, что и в пантомиме, и в кинематографическом изображении игра и мимика дают зрителям полное понимание всего драматического или комического содержания пьесы. Поэтому кинематографическое представление является незаконной репродукцией драматических произведений.

В качестве примера отсутствия однозначного подхода к правовому статусу кинематографических произведений Я.А. Канторович приводит французскую судебную практику 1904-1909 гг. [8] Так, Парижский суд по четырем однородным делам (в том числе по кинематографическому представлению на основе оперы Гуно «Фауст») признал кинематографические произведения «контрафакцией» и присудил выплатить компенсации авторам драматических постановок. Но апелляционная инстанция не согласилась с решениями нижестоящих судов на том основании, что «кинематограф заимствует только план произве-

дения, который находится в общем пользовании; ценность литературного произведения составляют стиль и психологический анализ», в этом плане кинематограф представляет собственный творческий характер.

Следует отметить, что в рассматриваемый период времени (конец XIX – начало XX в.) в мире практически отсутствовали международно-правовые акты, которые могли бы обеспечить гармонизацию внутреннего законодательства различных стран. В свою очередь немое кино стало универсальным произведением, обладая универсальным характером распространения (не требовался перевод текста, копирование киноленты не представляло технических трудностей). Но разнообразие правового регулирования в национальных правовых системах привело к тому, что по-разному определялся правовой статус кинофильмов, что серьезно затрудняло их распространение (и, как следствие, – коммерческое использование). Частично указанную проблему помогли решить правки, предложенные в 1908 г. в рамках Берлинской конференции по пересмотру положений Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений 1886 г. [9].

Согласно статье 3 Бернской конвенции (в первоначальной редакции), положения конвенции применялись к фотографическим произведениям и произведениям, созданным на основе технологий, аналогичным фотографии⁴. Таким образом, данная статья также могла применяться и к кинематографическим произведениям, поскольку технология их создания была аналогична фотографии (как неоднократно отмечалось в правовых дискуссиях того времени).

Текст Бернской конвенции был дополнен ст. 14, которая предусматривала право авторов литературных и художественных произведений разрешать создание и публичное воспроизведение их работ в рамках кинематографа. При этом кинематографическая постановка подлежала охране как литературное или художественное произведение, если автор посредством сценической постановки или комбинации изображаемых со-

⁴ Перевод автора с английского языка «this convention shall apply to photographic works and to works produced by a process analogous to photography».

бытий придал произведению оригинальный характер, несущий отпечаток личности автора⁵.

Таким образом, по результатам конгресса 1908 г., Бернская конвенция предоставляла правовую охрану двум разновидностям кинематографических произведений⁶:

1) созданных на основе существующих драматических или художественных произведений с прямого разрешения авторов использовать такие произведения в кинематографе;

2) являющихся самостоятельными, оригинальными произведениями.

Важно отметить, что в силу наличия указанных выше условий для признания кинематографической постановки объектом авторского права, она не была включена в ст. 2 Бернской конвенции, то есть не признавалась охраняемым произведением по умолчанию. Но в данном случае важно, что кинематографическое произведение признавалось объектом правовой охраны уже на международном уровне.

На момент принятия поправок в Бернскую конвенцию Российская империя не была ее участницей, указанные выше подходы не нашли своего отражения в Законе об авторском праве 1911 г. Несмотря на то что данный акт был подготовлен с учетом германского опыта, положений Бернской конвенции и считался в целом крайне прогрессивным и современным [10], в нем нашли подробное отражение только вопросы, связанные с правовой охраной фотографических произведений. Во многом это было связано с тем, что, как отмечали современники, проблема соотношения кинематографических и драматических произведений практически не затрагивался правоприменительной практикой Российской империи [8].

Первым российским законодательным актом, в котором был урегулирован вопрос об авторско-правовой охране фильма, стало Постановление ЦИК СССР и СНК СССР от 30 января 1925 г. «Об основах авторского права». Так, согласно статье 2 авторское право распространялось на кинема-

тографические сценарии, имеющие свойства самостоятельных произведений, а также на киноленты. При этом термин «кинолента» не является точным, поскольку кинолента – материальный носитель, а не само произведение (кинофильм) [11; 12]. Срок правовой охраны киноленты составлял 10 лет.

После разрешения вопроса о том, быть или не быть кинематографическим произведениям охраняемыми объектами, законодательства Европейских стран стали опять развиваться в направлении определения авторских прав, возникающих в связи с созданием таких произведений. При этом единого подхода в отношении круга авторов и первоначальным обладателем авторских прав на аудиовизуальные произведения не существует до сих пор.

Вопросы, затронутые на заре становления правового регулирования охраны аудиовизуальных произведений, остаются актуальными и в настоящее время. Так, например, до сих пор в доктрине отечественного и зарубежного права ведется дискуссия о природе аудиовизуального произведения. Одни специалисты считают аудиовизуальное произведение оригинальным, творчески самостоятельным произведением, являющимся «органическим соединением разных видов искусств в единое художественное целое» [13]. По мнению других, аудиовизуальное произведение является производным, то есть использующее полностью или элементы ранее существовавших произведений (например, отдельные или специально аранжированные музыкальные произведения) [14]. По мнению третьей группы, аудиовизуальные произведения скорее относятся к составным произведениям, поскольку при их создании результат интеллектуального творчества проявляется в подборе и расположении материалов [15].

Решение теоретических вопросов несет важную практическую функцию, поскольку позволяет определить не только круг субъектов, задействованных в отношениях по созданию и исполь-

⁵ Перевод с английского – А.О. Радоминова: «Cinematograph productions shall be protected as literary or artistic works if, by the arrangement of the acting form or the combinations of the incidents represented, the author has given the work a personal and original character».

⁶ Интересно, что инициаторами внесения изменений были не представители кинематографа, а сообщества авторов драматических и художественных произведений, которые в принципе возражали против использования их творческих работ в кинематографе [5].

зованию аудиовизуальных произведений, но позволит в перспективе определить правовую сущность более сложных аудиовизуальных произведений, которые в текущих условиях развития кинематографа вышли за пределы отдельного кинофильма. Появление так называемых «киновселенных», включающих в себя несколько отдельных кинофильмов, многосерийных фильмов, создаваемых на их основе литературных и

художественных произведений, подталкивает участников гражданских правоотношений, судебную практику, законодателей вырабатывать более универсальные подходы к определению сущности аудиовизуальных произведений. По мнению автора, это невозможно без обращения к практическому и теоретическому опыту начала XX в.

Ключевые слова:

аудиовизуальное произведение, Бернская конвенция 1886, кинематограф, авторские права, объект исключительного права.

Список литературы:

1. МРАА Report. Theatrical Market Statistics 2016 (http://www.mpa.org/wp-content/uploads/2017/03/MRAA-Theatrical-Market-Statistics-2016_Final-1.pdf).
2. TV and video revenue worldwide in 2015 and 2020 (<https://www.statista.com/statistics/259985/global-filmed-entertainment-revenue>).
3. Садуль Ж. Всеобщая история кино. Том 1 (Изобретение кино 1832-1897, Пионеры кино 1897-1909). М.: Искусство, 1958.
4. Радоминова А.О. Гражданско-правовое регулирование создания и использования аудиовизуальных произведений: история и современность. Дисс. на соискание ученой степени к.ю.н. М., 2012.
5. Katina P. Film Copyright in the European Union. Cambridge University Press. 2016.
6. Copyright Acts for the German Empire regarding works of art, photography, and designs, Berlin (1876), Primary Sources on Copyright (1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer (www.copyrighthistory.org).
7. W. Carlyle Croasdell. The Law of Copyright in Relation to Cinematography. London, Ganes. 1911.
8. Канторович Я.А. Авторское право на литературные, музыкальные, художественные и фотографические произведения. Петроград, 1916.
9. S. Ricketson, J. Ginsburg. International Copyright and Neighboring Rights. The Berne Convention and Beyond. Oxford University Press Inc. NY, 2006.
10. Дамян М.С. Авторское право. Абсурд и гениальность: монография. М.: Волтерс Клувер. 2011.
11. Ваксенберг А., Грингольц И. Автор в кино. М.: Искусство, 1961.
12. Антимонов Б.С. Флейшиц Е.А. Авторское право. М.: Госюриздат, 1953.
13. Сергеев А.П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации. М.: Теис, 1996.
14. Дедков Е. Право композитора на вознаграждение за публичное исполнение фильма и необходимость его отмены // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. № 7, 2010.
15. Судариков С.А. Право интеллектуальной собственности. Учебник. М.: Проспект, 2014.

Что такое право на забвение?



С.В. Михайлов,
кандидат юридических наук,
преподаватель кафедры интеллектуальных прав
Московского государственного юридического университета
имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

Статья посвящена раскрытию институциональных вопросов по теме обоснования права на забвение.

1. Человек и машина.

Сбои бывают даже у машин, не говоря о человеке. Еще древние говорили: «Errare humanum est» – человеку свойственно ошибаться.

С одной стороны, человек – это, прежде всего, общественное существо, и речь идет о поведенческих ошибках, совершаемых нами как личностями.

В этом смысле греческий поэт Феогнид, живший за 500 лет до н. э., высказал мысль, что невозможно сохранить ни с кем тесных дружеских отношений, если сердиться на всякую ошибку друзей, «так как ошибки неизбежны между смертными».

С другой стороны, человек, будучи биологическим существом, обладает таким функциональным свойством, как память, которой присущ феномен забывания. Мы досаждем на нашу забывчивость. Однако истории известны случаи, когда люди обладали абсолютной памятью. Например, считается, что Александр Македонский помнил имя каждого солдата своей армии¹.

2. Феномен забывания.

У Борхеса есть рассказ «Фунес, помнящий» о человеке, который, упав в юности с лошади, приобрел абсолютную память: он помнил все, поэтому настоящее потеряло для него ценность, затемненное его превосходными и детальными воспо-

минаниями. В самом рассказе есть важное замечание: «Думать – значит забыть различия, уметь обобщать, резюмировать».

В чрезмерно насыщенном мире Фунеса не было ничего кроме подробностей, почти соприкасающихся подробностей».

Современная наука согласна с Борхесом – мышление как таковое невозможно без процесса анализа, проявляющегося в выявлении приоритетов, основанных на забывании.

Обратим внимание на важное свойство сознания, имеющее этический (!) характер: людям свойственно забывать плохое, но помнить хорошее. Этот феномен возвращает нас к социальному аспекту человеческой природы: считается, что понять кого-либо – значит практически простить его.

Понимание поступков, мотивации другого человека связано с мышлением, процесс которого функционально связан с забыванием, поэтому логично, что забывать и уметь прощать – базовые категории, формирующие человека как личность.

3. Итак, что такое право на забвение в XXI веке?

Человеческое общество погрузилось в новую цифровую информационную среду обитания. Несмотря на то что такая среда создана человеком, с технической стороны это царство машин, кото-

¹ Или это был Кир, король Персии? Не помню.

рые в отличие от человека ничего не забывают, следовательно ничего и не прощают. Это действительно очень жестокая среда.

Интернет помнит все. Например, ваш потенциальный работодатель, прежде чем начать общаться с вами, заглянет в сеть Интернет, поищет информацию о вас, есть ли там что-нибудь характеризующее вас не только как работника, но и как личность. И горе вам, если в Интернете есть негативные сообщения из прошлого, которые, может быть, к вам сегодняшнему имеют очень слабое отношение. Будьте уверены, потенциальный работодатель примет эти сведения во внимание.

Такая информация находится в глобальном доступе по всему миру и хранится вечно, – Интернет не способен ни забывать, ни прощать.

4. На помощь человеку приходит право.

Информационная среда – сеть Интернет – является выражением идеи глобализации. Но идея права – феномен более глобальный, чем Интернет.

Там, где появляется человеческое общество, возникает право. Человек технически создал цифровую среду, погрузился в нее, – и вместе с ним в сети Интернет естественным образом неизбежно появляются правовые инструменты и правовое регулирование.

Необходимо только понять, какую форму, адекватную новой цифровой среде, приобретет право.

Итак, цифровая среда с технической точки зрения помнит все и всегда. Информация, будучи размещенной в сети Интернет, не исчезает и не может быть забыта или стерта.

Вместе с тем поисковые системы, обеспечивающие пользователям сети Интернет доступ к запрашиваемой информации, технически могут прекратить выдачу ссылок, позволяющих получить доступ к информации, опубликованной на интернет-ресурсах (сайтах) третьих лиц. Таким образом, вовсе не обязательно стирать информацию с того или иного интернет-ресурса как таковую. Это и технически неосуществимо, так как сведения постоянно копируются с одного ресурса на другой. Но для «забвения» достаточно убрать ключевые слова (так называемые мета-теги) из информационных систем поисковых машин, и доступ к сведениям станет затруднительным.

Таков механизм нового российского закона в цифровой сфере, вступившего в силу с 1 января 2016 г., – Федерального закона от 13 июля 2015 г. № 264-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон "Об информации, информационных технологиях и о защите информации" и ст. 29 и 402 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации» (далее – Закон о праве на забвение).

5. Итак, в России с 1 января 2016 г. вступил в силу Закон о праве на забвение.

Закон о праве на забвение дополняет Федеральный закон от 27 июля 2006 г. № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» ст. 10.3, согласно которой:

«1. Оператор поисковой системы, распространяющий в сети "Интернет" рекламу, которая направлена на привлечение внимания потребителей, находящихся на территории Российской Федерации, по требованию гражданина (физического лица) (далее в настоящей статье – заявитель) обязан прекратить выдачу сведений об указателе страницы сайта в сети "Интернет" (далее также – ссылка), позволяющих получить доступ к информации о заявителе, распространяемой с нарушением законодательства Российской Федерации, являющейся недостоверной, а также неактуальной, утратившей значение для заявителя в силу последующих событий или действий заявителя (подчеркнуто мной. – С.М.), за исключением информации о событиях, содержащих признаки уголовно наказуемых деяний, сроки привлечения к уголовной ответственности по которым не истекли, и информации о совершении гражданином преступления, по которому не снята или не погашена судимость...»

5. В течение десяти рабочих дней с момента получения требования заявителя или уточненных заявителем сведений (в случае направления заявителем уведомления, указанного в части 3 настоящей статьи) оператор поисковой системы обязан прекратить выдачу ссылок на информацию, указанную в требовании заявителя, при показе результатов поиска по запросам пользователей поисковой системы, содержащих имя и (или) фамилию заявителя, уведомить об этом заявителя или направить заявителю мотивированный отказ.

6. Оператор поисковой системы направляет заявителю уведомление об удовлетворении указанного в части 1 настоящей статьи требования за-

явителя или мотивированный отказ в его удовлетворении в той же форме, в которой было получено указанное требование.

7. Заявитель, считающий отказ оператора поисковой системы необоснованным, вправе обратиться в суд с иском о прекращении выдачи ссылок на информацию, указанную в требовании заявителя.

8. Оператор поисковой системы обязан не раскрывать информацию о факте обращения к нему заявителя с требованием, указанным в части 1 настоящей статьи, за исключением случаев, установленных федеральными законами».

6. Право на забвение как институт Европейского права.

В Европейском Сообществе, да и вообще в мире, институциональное формирование права на забвение связывают с прецедентным решением Европейского Суда 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 Gonsales.

Выдержки из этого судебного акта и мнения Генерального адвоката Jääskinen от 25 июня 2013 г. по указанному делу, переведенные на русский язык, прилагаются к настоящей статье². Поэтому не пересказывая в подробностях сути дела и мотивов решения (которые вы найдете в прилагаемых параграфах решения и мнения), предлагаю справку о выводах, сделанных Европейским Судом по спору.

В начале 1998 г. в известной испанской газете были опубликованы два сообщения, касающиеся продажи с аукциона недвижимости в ходе процедуры банкротства по неуплате налогов. Герой сообщений, испанский гражданин Mario Costeja Gonsales, был анонсирован как собственник недвижимости. Позже появилась электронная версия газеты, доступная в сети Интернет.

В июле 2010 г. испанский административный орган, AEPD, по обращению гражданина Mario Costeja Gonsales вынес в отношении Google Spain SL и Google Inc. решение с требованием принять меры, необходимые для удаления из информационной системы поиска доступа к вышеуказанным спорным сведениям.

Google Spain SL и Google Inc. обжаловали в испанские суды указанное административное решение. Высший испанский суд Audencia Nacional обратился с запросом в Европейский Суд, который в мае 2014 г. постановил, что юрисдикция судов Европейского Сообщества распространяется в отношении американской компании Google Inc., поскольку ее деятельность в рассматриваемом случае касается прав и интересов европейского гражданина, а также основана на ведении коммерческой деятельности на территории Сообщества.

В силу того что интересы отдельной личности, выражающиеся в праве на частную жизнь, в соответствии со ст. 7 и 8 «Конвенции о защите прав человека и основных свобод» и п. 2 преамбулы Директивы № 95/46/ЕС Европейского парламента и Совета Европейского Союза «О защите физических лиц при обработке персональных данных и о свободном обращении таких данных» имеют более высокую юридическую силу не только в отношении конкурирующего экономического интереса оператора поисковой машины, но и в отношении публичного интереса к доступу к информации, полученной в результате поиска, в отношении субъекта запрашиваемых сведений. Соответственно оператор поисковой машины (Google Inc.) должен обеспечить удаление из системы поиска ссылок, касающихся спорных сведений, в отношении которых их субъект (заявитель) подал требование об их удалении.

7. Вопросы, возникающие в связи с правом на забвение.

В связи с тем, что право на забвение позволяет удалять из поисковых систем не только информацию, распространяемую с нарушением законодательства, или недостоверную информацию, но и сведения, соответствующие действительности, но по тем или иным причинам расцениваемые субъектом информации в качестве нежелательной; в литературе поднимается вопрос о том, что право на забвение дает возможность частным лицам фактически «переписывать историю».

К примеру, представьте фотографию, на которой Алиса и Боб вместе делают что-нибудь в каком-либо месте в определенное время. Предпо-

² Судебные выводы также заслуживают внимания при более глубоком изучении вопроса.

ложим, Алиса желает воспользоваться правом на забвение и удалить эту фотографию, но Боб настаивает на ее существовании. Чья воля подлежит исполнению?

Аналогичный вопрос встает относительно групповой фотографии. Что, если кто-то один из сфотографировавшихся захочет удалить снимок?

Вернемся к Бобу и Алисе. Предположим, Боб процитировал твит-сообщение, полученное от Алисы, в своем большом по объему статусе в блоге. Позже Алиса захотела удалить свой твит. Какой эффект это произведет в отношении публикации Боба? Должен ли быть удален весь текст или только процитированный твит Алисы? Что если без твит-сообщения Алисы текст Боба станет бессмысленным? Какими критериями руководствоваться?⁵

И как в данном случае право на забвение соотносится с правами журналиста и правом общества на доступ к информации?⁴ Не получится ли так, что реализация частного интереса, получившего законное преимущество перед публичным интересом к свободному доступу к информации, практически приведет к искажению информации?

Особое опасение вызывает то, что оценку того, насколько достоверная информация является неактуальной, утратившей значение для заявителя в силу последующих событий или действий заявителя, должно произвести другое частное лицо, коим является оператор поисковой системы.

Нетрудно предсказать, что в отсутствие четких критериев оценки указанных условий и под угрозой применения существенных санкций⁵ операторы поисковых систем будут практически автоматически удалять ссылки, указанные в требованиях заявителями в качестве нежелательных.

Между тем в США института права на забвение как такового не существует, поскольку американские юристы считают, что он не совместим с

Первой поправкой к Конституции, провозглашающей свободу слова.

Американские судебные прецеденты противоречивы, а на законодательном уровне пока только в Штате Калифорния принят закон о праве детей на удаление постов, размещенных ими в социальных сетях. При этом такое право касается только текстов, опубликованных самими несовершеннолетними, а не третьими лицами о них⁶.

8. Альтернативные решения.

Есть мнение, что право на забвение может быть урегулировано правилами и соглашениями самих субъектов сети Интернет. Например, некоторое время назад Facebook в одностороннем порядке изменила условия, предоставляя пользователям право удалять контент, размещенный ими в Facebook.

Кроме того, есть предложения об автоматическом удалении информации после определенного промежутка времени. То есть в сети остаются только законом определенные сведения, а все остальные стираются из поисковых машин и Интернет-ресурсов.

Также есть предложение о праве на контекстуализацию. Оно заключается в том, что вместо удаления данных субъект информации, считающий, что сведения о нем носят негативный характер, будет вправе дополнить опубликованную в сети Интернет информацию своими комментариями, которые могут исправить общее впечатление или, по крайней мере, реализовать принцип предоставления слова тем лицам, которых информация касается (*audiatur et altera pars*).

Приложение: перевод некоторых параграфов из мнения Генерального адвоката Jääskinen от 25 июня 2013 г. и решения Европейского Суда 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 Gonsales*.

⁵ Peter Druschel et al. The right to be forgotten – between expectations and practice // Eur. Network and info. Sec. Agency (ENISA). 2011. P. 7.

⁴ Согласно пункту 1 ст. 47 закона РФ от 27 декабря 1991 г. № 2124-1 «О средствах массовой информации» журналист имеет право искать, запрашивать, получать и распространять информацию.

⁵ Согласно частям 3, 11 ст. 17.15 КоАП РФ максимальный штраф для операторов поисковой системы, юридических лиц, за неисполнение решения суда о прекращении выдачи ссылок, позволяющих получить доступ к информации о гражданине в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» (право на забвение), достигает 1 млн рублей (за нарушение повторного требования пристава-исполнителя).

⁶ Michael L. Rustad & Sanna Kulevska Reconceptualizing the Right To Be Forgotten // Harvard Journal of Law & Technology [Vol. 28 No. 2] 2015. P. 380.

Выдержки, касающиеся факты дела (право на забвение), из мнения Генерального адвоката Jääskinen от 25 июня 2013 г. по делу № C-131/12 Google Spain SL, Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja Gonsales

«III. Факты и вопросы, переданные на рассмотрение для предварительного решения.

18. В начале 1998 г. одна широко распространенная в Испании газета опубликовала в своем печатном издании два объявления об аукционе недвижимости, связанных с производством по делу о наложении ареста за долги в связи с банкротством по налоговым долгам. Субъект персональных данных (Mario Costeja Gonsales) был упомянут в качестве собственника недвижимости. Впоследствии электронная версия газеты стала доступна в интернете.

19. В ноябре 2009 г. субъект персональных данных связался с издателем газеты, утверждая, что, когда его имя и фамилия вводятся в поисковую систему Google, появляется ссылка на страницы газеты с объявлениями об аукционе недвижимости. Он утверждал, что процедуры по аресту имущества, связанные с его банкротством по налоговым долгам, были завершены и решены много лет назад и в настоящее время не имеют значимости. Издатель газеты ответил, что удаление его данных не является оправданным, учитывая, что публикация была осуществлена по приказу Министерства труда и социального обеспечения Испании.

20. В феврале 2010 г. субъект персональных данных связался с Google Испания и потребовал, чтобы результаты поиска не предоставляли бы какие-либо ссылки на вышеуказанную газетную публикацию, когда его имя и фамилия будут вводиться в поисковую систему Google. Google Испания направила запрос в компанию Google Inc., чей зарегистрированный офис находится в Калифорнии, Соединенные Штаты Америки, исходя из того, что последняя предоставляет услуги поиска в интернете.

21. После этого субъект персональных данных подал жалобу в Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) (административный орган Испании) с требованием обязать издателя удалить или исправить публикацию так, чтобы его персональные данные не появлялись, либо же издатель

должен использовать средства, предоставленные в поисковых системах так, чтобы защитить личные данные заявителя. Он также утверждал, что Google Испания или Google Inc. обязаны удалить или скрыть его данные так, чтобы они перестали включаться в результаты поиска и открывать ссылки на газету с персональными данными.

22. По решению от 30 июля 2010 г. директор AEPD удовлетворил жалобу, поданную субъектом персональных данных против Google Испания и Google Inc., призывая их принять меры, необходимые для того, чтобы вывести данные из их системы и обеспечить в будущем доступ к ним невозможным, но отклонил жалобу в отношении издателя. Это было связано с тем, что публикация данных в прессе была юридически оправдана. Google Испания и Google Inc. подали две апелляции до обращения в суд, добиваясь отмены решения AEPD».

Выдержки из решения Европейского Суда (касающиеся решения по существу вопроса о праве на забвение) 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 Gonsales

«Выводы по вопросу 3, касающемуся объема прав субъекта персональных данных, гарантированных в соответствии с Директивой 95/46.

89. Третьим вопросом обращающийся суд выясняет, в сущности, могут ли ст. 12 (б) и подп. (а) п. 1 ст. 14

Директивы 95/46 интерпретироваться как позволяющие субъекту данных (герою публикации) требовать от оператора поисковой системы удалить из списка результатов, отображаемых после поиска, сделанного по его имени, ссылки на веб-страницы, опубликованные на законных основаниях третьими лицами и содержащие правдивую информацию, относящуюся к нему, на том основании, что эта информация может нанести ущерб ему; или он хочет, чтобы это было «забыто» после определенного времени.

90. Google Испания, Google Inc., Греческое, Австрийское и Польское правительства и Комиссия полагают, что на этот вопрос следует ответить отрицательно. Google Испания, Google Inc., Польское правительство и Комиссия утверждают в этой связи, что ст. 12 (б) и подп. (а) п. 1 ст. 14 Директивы 95/46 предоставляют права

субъектам данных только если спорная обработка данных прямо противоречит Директиве или на основании неоспоримых законных оснований, связанных с их конкретной ситуацией, а не только потому, что субъекты персональных данных считают, что такая обработка может нанести им ущерб, или они хотят, чтобы обрабатываемые данные были преданы забвению. Греческое и Австрийское правительства утверждают, что субъект данных должен обращаться к издателю соответствующего сайта.

91. По мнению г-на Costeja Gonsales, Испанского и Итальянского правительств, субъект данных может быть против индексации поисковой системой персональных данных, относящихся к нему, когда их распространение посредством поисковой системы наносит ему ущерб, и его основные права на защиту таких данных и на неприкосновенность частной жизни – которые охватывают «право на забвение» – перевешивают законные интересы оператора поисковой системы и публичный интерес в свободном распространении информации.

92. В отношении статьи 12 (б) Директивы 95/46, применение которой подлежит условию, что обработка персональных данных будет не совместима с Директивой, следует напомнить, что, как это было отмечено в п. 72 настоящего постановления, такая несовместимость может произойти не только оттого, что эти данные являются неточными; *но и в особенности оттого, что они являются неверными, не соответствующими или чрезмерными по отношению к целям обработки; что они являются неактуальными; или оттого, что они хранятся дольше, чем это необходимо, если только они не хранятся в исторических, статистических или научных целях (курсив мой. – С.М.).*

93. Это следует из требований, изложенных в статье 6 (1) (с) – (е) Директивы 95/46 о том, что даже первоначально законная обработка точных данных может со временем становиться не совместимой с Директивой, если эти данные больше не являются обязательными в свете тех целей, для которых они были собраны или обработаны. В особенности если данные являются неверными, несоответствующими, или более не соответствующими, или чрезмерными по отношению к этим целям и с учетом того, сколько времени прошло.

94. Таким образом, если такие обстоятельства будут обнаружены, то согласно просьбе субъекта данных в соответствии со ст. 12 (б) Директивы 95/46 включение в список результатов поиска по имени ссылок на веб-страницы, публикуемые на законных основаниях третьими лицами и содержащие правдивую информацию, относящуюся к нему лично, является, на данный момент времени, не совместимым со ст. 6 (1) (с) – (е) Директивы, потому что данная информация оказывается с учетом всех обстоятельств дела неверной, несоответствующей, или более не соответствующей, или чрезмерной по отношению к целям обработки запроса, осуществляемым оператором поисковой системы. Информация и ссылки, указанные в списке результатов поиска, должны быть удалены.

95. Что касается запросов, предусмотренных ст. 12 (б) Директивы 95/46, основанных на предполагаемом несоблюдении условий, изложенных в ст. 7 (F) Директивы, и запросов по подп. (а) в п. 1 ст. 14 Директивы, следует указать, что в каждом случае обработка персональных данных должна быть разрешена в соответствии со ст. 7 на весь период, в течение которого она выполнена.

96. Таким образом, при оценке запросов, сделанных с целью возражения против обработки данных, – нужно, в частности, выяснить, имеет ли субъект данных право на то, чтобы информация, относящаяся к нему лично, не должна в данный момент времени больше быть связана с его именем в списке отображаемых результатов поиска по его имени. *В этой связи следует отметить, что не является обязательным для возникновения такого права, чтобы включение рассматриваемой информации в список результатов поиска наносило ущерб субъекту данных (курсив мой. – С.М.).*

97. Хотя субъект данных может в свете его основных прав в соответствии со ст. 7 и 8 Хартии запросить, чтобы спорная информация больше не была доступна для широкой публики посредством включения в такой список результатов поиска, должно быть признано, как следует в частности из п. 81 настоящего решения, что эти права имеют приоритет, как правило, не только перед экономическими интересами оператора поисковой системы, но и интересами широкой общественности в получении этой информации, осно-

вываясь на поиске, связанном с именем субъекта данных. Вместе с тем будет неправильным, если получится, что по специфическим причинам, таким как роль субъекта данных в общественной жизни, вмешательство в его основные права оправдывается перевешивающим интересом широкой общественности в доступе вследствие включения в список результатов спорной информации.

98. Что касается данной конкретной ситуации, относительно отображения в списке результатов поиска, который получают интернет-пользователи путем поиска с помощью Google, поиск по имени субъекта данных, ссылок на страницы онлайн-архивов ежедневной газеты, которые содержат объявления, упоминающие имя субъекта данных и связанные с аукционом недвижимости, связанным с арестом имущества за долги по налогам, – следует признать, что, учитывая степень важности для частной жизни субъекта данных информации, содержащейся в тех объявлениях; и тот факт, что первоначальная публикация имела место 16 лет назад, субъект данных имеет право на то, чтобы эта информация не была больше связана с его именем с помощью такого списка. Соответственно, поскольку в данном рассматриваемом деле не возникает особых причин, обосновывающих преобладающий интерес общественности, в контексте такого поиска, в доступе к этой информации, предмете спора, субъект данных может, в силу ст. 12 (б) и подп. (а) п. 1 ст. 14 Ди-

рективы 95/46, требовать, чтобы эти ссылки были удалены из списка результатов поиска.

99. Отсюда следует ответ на вопрос 3. Статьи 12 (б) и подп. (а) в п. 1 ст. 14 Директивы 95/46 должны интерпретироваться так, что при оценке условий применения этих положений должно в числе прочего рассматриваться, имеет ли право субъект данных на то, чтобы спорная информация, касающаяся его лично, в данное время больше не была связана с его именем посредством списка результатов поиска, сделанного на основе поиска по имени, независимо от того, наносит ли включение спорной информации ущерб субъекту данных. Так как субъект данных может в свете его основных прав в соответствии со ст. 7 и 8 Хартии требовать, чтобы спорная информация больше не была доступной для широкой публики посредством ее включения в такой список результатов поиска, эти права, как правило, перевешивают не только экономический интерес оператора поисковой системы, но и интерес широкой общественности в получении доступа к информации, основанной на поиске по имени субъекта данных. Однако будет неправильным, если окажется по каким-то особым причинам, таким как роль субъекта данных в общественной жизни, что вмешательство в его основные права оправдывается преобладающим интересом широкой публики в доступе к спорной информации в вопросе посредством ее включения в список результатов поиска».

Ключевые слова:

право на забвение, обоснование права на забвение в Интернете, право в Интернете, правовое регулирование в Интернете.

Список литературы:

1. *Peter Druschel ET AL.* The right to be forgotten — between expectations and practice // Eur. Network and Info. Sec. Agency (ENISA). 2011. P. 7.
2. *Michael L. Rustad & Sanna Kulevska* Reconceptualizing the Right To Be Forgotten // Harvard Journal of Law & Technology [Vol. 28 No. 2] 2015. P. 380.

Анонимность в Интернете



С.В. Михайлов,
кандидат юридических наук,
преподаватель кафедры интеллектуальных прав
Московского государственного юридического университета
имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

В статье исследуется обоснование принципа анонимности в сети Интернет.

1. Сеть Интернет представляет собой цифровую информационную среду, которой пользуется все человечество. При этом Интернет является выражением идеи глобализации.

Но идея права – феномен более глобальный, чем Интернет: там, где появляется человеческое общество, неизбежно возникает право.

Человек создал техническую цифровую среду, использует ее: вместе с ним в сети Интернет естественным образом возникают правовые инструменты и правовое регулирование. Парадокс права заключается не в том, что для Интернета искусственно конструируются новые правила, а в том, что право в новой среде уже существует объективно, – надо его только понять и адекватно оформить.

Юристы-практики, считающие, что правовое регулирование вообще не свойственно Интернету, либо сами глубоко ошибаются, либо вполне сознательно вводят общественность в заблуждение, отвечая на запросы, вызванные вполне понятными коммерческими интересами.

Например, когда человечество осваивало морскую и океанскую среду, так же казалось, что никакого международного морского права не су-

ществует и не может существовать, поскольку море – это стихия, где нет государственных границ, существует только право сильного – полная возможность пиратствовать и грабить. Недаром нарушение авторских прав в киберпространстве сегодня называется именно пиратством.

С Интернетом сегодня происходит то же самое. Еще раз отмечу, что право в Интернете существуют объективно; необходимо только понять, какую форму, адекватную новой цифровой среде, оно приобретает.

2. Человек, будучи субъектом права, имеет признаваемые человеческим сообществом фундаментальные права, благодаря которым он функционирует как социальная личность. В указанные права естественным образом входит право на имя.

Право на имя вкупе со ст. 8 (право на уважение семейной и частной жизни)¹, ст. 9 (свобода мысли, совести и религии) и ст. 10 (свобода выражения мнения) Конвенции о защите прав человека и основных свобод (заключена в г. Риме 4 ноября 1950 г.) (далее – Конвенция) означает право человека выступать в общественных отношениях (выражать мнение, взгляды и т. д.) анонимно или под псевдонимом.

¹ Согласно статье 8 Конвенции:

1) каждый имеет право на уважение его личной и семейной жизни, его жилища и его корреспонденции;
2) не допускается вмешательство со стороны публичных властей в осуществление этого права, за исключением случаев, когда такое вмешательство предусмотрено законом и необходимо в демократическом обществе в интересах национальной безопасности и общественного порядка, экономического благосостояния страны, в целях предотвращения беспорядков или преступлений, для охраны здоровья или нравственности или защиты прав и свобод других лиц.

Кроме того, право на анонимность и псевдоним основывается на установленных законом специальных принципах ограничения сбора персональных данных, указанных в п. 5, 7 ст. 5 Федерального закона от 27 июля 2006 г. № 152-ФЗ «О персональных данных»².

При этом согласно п. 1 ст. 19 Гражданского кодекса РФ (далее – ГК РФ) гражданин приобретает и осуществляет права и обязанности под своим именем, включающим фамилию и собственно имя, а также отчество, если иное не вытекает из закона или национального обычая. В случаях и в порядке, предусмотренных законом, гражданин может использовать псевдоним (вымышленное имя).

Такие случаи предусматривает, например, ст. 1265 ГК РФ (право авторства), согласно которой автор произведения выступает в правоотношениях по своему выбору под своим именем, под псевдонимом или анонимно.

Также, к примеру, возможность использования псевдонима предусмотрена абзацем вторым п. 1 ст. 53 Федерального закона от 7 июля 2003 г. № 126-ФЗ «О связи».

Таким образом, право на имя и право на частную жизнь тесно переплетены и означают для физического лица возможность выбора выступать в общественных отношениях под своим именем, анонимно или под псевдонимом. При этом в правовые отношения согласно российскому закону гражданин вступает под своим именем, но, как отмечено выше, в случаях, предусмотренных законом, он также вправе использовать псевдоним или же выбрать анонимность.

3. Таким образом, основываясь на ст. 6 ГК РФ (применение гражданского законодательства по аналогии) можно сделать вывод, что в Интернете если физическое лицо действует в целях общения, оно может выступать под своим именем, под псевдонимом или анонимно.

Если же физическое лицо действует в целях приобретения гражданских прав и обязанностей (например, заключает договор или совершает платеж), то оно должно действовать под своим именем, но в случаях, установленных законом, вправе выступать под псевдонимом (например, псевдоним абонента-гражданина в базе данных оператора связи³) или анонимно (например, журналист имеет право распространять подготовленные им сообщения и материалы за своей подписью, под псевдонимом или без подписи⁴).

4. Теперь предстоит убедиться, что рассматриваемые вопросы совершенно практичны и их можно использовать при решении житейских споров.

Расскажем об английском кейсе (*Golden Eye International Ltd v. Telefonica UK Ltd*⁵), связанном с принудительным раскрытием персональных данных (в порядке досудебного раскрытия доказательств, disclosure)⁶ более чем 9000 физических лиц, абонентов ведущего британского Интернет-провайдера «O2», вовлеченных в нарушение авторских прав на порнографические фильмы, посредством участия в файлообменной сети с протоколом BitTorrent.

Перед судом встал вопрос, предоставить ли запрошенный истцами принудительный ордер в

² Содержание и объем обрабатываемых персональных данных должны соответствовать заявленным целям обработки. Обрабатываемые персональные данные не должны быть избыточными по отношению к заявленным целям их обработки (п. 2).

Хранение персональных данных должно осуществляться в форме, позволяющей определить субъекта персональных данных, не дольше, чем этого требуют цели обработки персональных данных, если срок хранения персональных данных не установлен федеральным законом, договором, стороной которого, выгодоприобретателем или поручителем по которому является субъект персональных данных. Обрабатываемые персональные данные подлежат уничтожению либо обезличиванию по достижении целей обработки или в случае утраты необходимости в достижении этих целей, если иное не предусмотрено федеральным законом (п. 5).

Указанные нормы почти дословно заимствованы из п. (с), (е) ст. 6 Директивы № 95/46/ЕС Европейского парламента и Совета Европейского Союза «О защите физических лиц при обработке персональных данных и о свободном обращении таких данных» (принята в г. Люксембурге 24 октября 1995 г.).

³ Абзац второй п. 1 ст. 53 Федерального закона от 7 июля 2003 г. № 126-ФЗ «О связи».

⁴ Пункт 12 ст. 47 Закона РФ от 27 декабря 1991 г. № 2124-1 «О средствах массовой информации».

⁵ К настоящей статье приложены выдержки на русском языке из решения по делу *Golden Eye International Ltd v. Telefonica UK Ltd*. [2012] EWHC 723 (Ch).

⁶ Процедура раскрытия доказательств (disclosure), к сожалению, не знакома российским юристам. См. об этом подробно: *Нил Эндриус*. Система гражданского процесса Англии: судебное разбирательство, медиация и арбитраж. М., 2012. С. 120-133.

отношении Интернет-провайдера «O2» о предоставлении истцам (обладателям авторских прав) информации более чем о 9000 физических лиц, вовлеченных в нарушение авторских прав на конкретные порнографические фильмы, чтобы дать возможность истцам привлечь абонентов «O2» к участию в деле в качестве ответчиков, если последние не возместят ущерб по претензии правообладателей с требованием о добровольном возмещении ущерба за пиратское использование фильмов.

Суд пришел к выводу о столкновении имущественного исключительного (авторского) права на порнографические фильмы (ст. 1 Протокола № 1 к Конвенции⁷) с правом потенциальных нарушителей авторских прав в сохранении анонимности и сокрытии своих персональных данных (ст. 8 Конвенции⁸), что приведет к фактическому уходу от имущественной ответственности за пиратство в Интернете. Каждое из указанных балансирующих конвенционных прав не имеет преимущества перед другим, поэтому суд отметил, что такие коллизии разрешаются судом в каждом конкретном случае отдельно с учетом баланса интересов, вовлеченных в спор.

Судья в своем решении отметил, что сам по себе факт того, что в рассматриваемом случае речь идет об авторском праве на порнографические фильмы не является причиной для отказа истцам в испрашиваемом ордере, поскольку нет никаких предположений, что они действовали недопустимо или иным образом незаконно. Напротив, у истцов есть убедительные аргументы, что многие из предполагаемых ответчиков нарушили имущественные (авторские) права истцов.

Таким образом, английский суд сделал вывод, что в рассматриваемом деле авторские права (интеллектуальная собственность) перевешивают заинтересованность потенциальных ответчиков в

защите их конфиденциальности и защите персональных данных (анонимность).

5. Еще одно интересное судебное решение было вынесено в феврале 2013 г. в Германии, дело ULD v. Facebook Inc. and Facebook Ireland Ltd⁹.

Спор касается положений Политики реальных имен Facebook, согласно которым названная социальная сеть позиционируется как пространство общения реальных людей: именно людей, а не вымышленных лиц, юридических лиц, персонажей, животных и т. д.

Соответственно, Facebook требует под страхом блокировки аккаунта регистрироваться в сети под своим реальным именем, а не под псевдонимом или тем более анонимно (впрочем, это технически невозможно). Это правило с некоторыми отступлениями касается даже известных людей, прославившихся под артистическими, литературными или иными псевдонимами. Как исключение, после верификации такие звездные лица, например Леди Гага, могут быть зарегистрированы под псевдонимом.

Как отмечено выше, в Европейском союзе право на псевдоним или анонимность основано на п. (с), (е) ст. 6 Директивы № 95/46/ЕС Европейского парламента и Совета Европейского Союза «О защите физических лиц при обработке персональных данных и о свободном обращении таких данных».

При этом в ФРГ есть специальное регулирование: в соответствии с § 13 ст. 6 Закона ФРГ о телемедиате (Telemediengesetz), поставщики услуг массовых электронных коммуникаций (включая веб-сайты) должны предоставлять пользователям возможность оставаться неизвестными или использовать псевдоним насколько это технически возможно и разумно.

В соответствии с этим законом административный орган – Управление комиссара по защите персональных данных Федеральной Земли

⁷ Статья 1 (Защита собственности).

Каждое физическое или юридическое лицо имеет право на уважение своей собственности. Никто не может быть лишен своего имущества иначе как в интересах общества и на условиях, предусмотренных законом и общими принципами международного права.

Предыдущие положения не умаляют права государства обеспечивать выполнение таких законов, какие ему представляются необходимыми для осуществления контроля за использованием собственности в соответствии с общими интересами или для обеспечения уплаты налогов или других сборов или штрафов.

⁸ Текст статьи приведен в сноске 1.

⁹ ULD v. Facebook Inc. and Facebook Ireland Ltd., decision dated 02/14/2013, case numbers 8 B 60/12 and 8 B 61/12.

Шлезвиг-Гольштейн, Независимый центр по защите данных (Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz – ULD) – вынес предписание в отношении Facebook Inc. и Facebook Ireland Ltd о предоставлении пользователям Facebook возможности выступать в этой социальной сети под псевдонимом или анонимно.

Facebook Inc. и Facebook Ireland Ltd обжаловали указанное предписание в Административный суд Федеральной Земли Шлезвиг-Гольштейн, который постановил, что вышеприведенная норма немецкого закона не имеет юрисдикционной силы, поскольку Facebook Inc. (юридическое лицо по праву Штата Калифорния, США) оперирует персональными данными (аккумулирует, систематизирует, обрабатывает и т. д.) не на территории ФРГ, а посредством своего дочернего общества, расположенного в Ирландии, что делает невозможным применение немецкого закона¹⁰.

Это судебное решение вынесено на основании формально-позитивистского подхода, определяющего сферу юрисдикции немецкого права в отношении американской компании. Но в ходе спора, отстаивая свои позиции по существу, стороны сослались на весьма любопытные факты.

Главный аргумент Facebook, обосновывающий Политику реальных имен, заключается в том, что такие правила пресекают троллинг и иное нежелательное поведение, в том числе связанное с киберпреступлениями.

Например, бывший директор по маркетингу Facebook Рэнди Цукерберг заявляет, что, по ее мнению, «анонимность должна быть изгнана из Интернета ... Люди ведут себя намного лучше под своими реальными именами ... Я думаю, люди прячутся за анонимность и чувствуют себя словно могут говорить все, что захотят, как за закрытыми дверями»¹¹.

Эта аргументация так же повторяет обоснование, указанное в пояснительной записке к про-

екту федерального закона № 333556-6, предлагавшему установить для всех социальных электронных сетей, действующих в России, правило запрета псевдонимов и анонимности, аналогичное Политике реальных имен Facebook. При этом сомнительно, что функционеры Facebook и Google, являющиеся апологетами запрета псевдонимов и анонимности в Интернете, имеют отношение к названному законопроекту. Между тем есть конкретный южнокорейский опыт, заключающийся в том, что в 2007 г. Южная Корея установила Закон о персональной верификации, согласно которому для выражения мнения участники дискуссий на сайтах, имеющих свыше 100 000 просмотров, должны пройти процедуру верификации. Цель закона состояла в уменьшении нежелательных и антинормативных публикаций путем изменения уровня анонимности в пользу установления реальных личностей участников форумов.

Согласно исследованию Южнокорейской Комиссии по Коммуникациям, эта система оказалась неэффективной, – в действительности оскорбительные комментарии в Интернете снизились всего лишь на 0,9% в 2008 г.

Южнокорейский опыт очевидно показывает, что даже реальная угроза судебного (в том числе уголовного) преследования не меняет онлайн-поведения людей к лучшему¹².

При этом учтем, что в угоду мнимой борьбе с антисоциальным поведением мы готовы принести в жертву естественное право человека на имя, включающее право выступать под псевдонимом или анонимно. Свобода выражения мнения под псевдонимом или анонимно действительно важна, поскольку это имеет большое социальное значение в разных жизненных ситуациях: здоровье, детские и подростковые вопросы, люди с психическими отклонениями, жертвы сексуального насилия, а также политические убеждения и т. д.

¹⁰ Суд руководствовался п. 1 ст. 5 Закона ФРГ о защите данных (Bundesdatenschutzgesetz – BDSG), который ссылается на ст. 4 Директивы № 95/46/ЕС, определяющую законодательство государства-члена ЕС, имеющее юрисдикцию в отношении обработки персональных данных. Эта норма, в свою очередь, устанавливает правило национального закона. Законом ФРГ о защите данных установлено, что он не применяется, если оператор находится в другом государстве-члене Европейского Союза, но собирает, обрабатывает или использует личные данные в Германии, за исключением случаев, когда такой сбор, обработка или использование осуществляется филиалом оператора в Германии.

¹¹ *Boscer*. Facebook's Randy Zuckerberg: Anonymity Online «Has to go away». Цит. по: Shmitz Sandra. Facebook's Real Name Policy. *Byu-Byu*, Max Mustermann? // *JIPITEC* 3. 4 (2013). P. 203.

¹² *Shmitz Sandra*. Facebook's Real Name Policy. *Byu-Byu*, Max Mustermann? // *JIPITEC* 3. 4 (2013). P. 199.

К сожалению, возможно, что интересы функционеров Facebook и Google¹⁵ заключаются вовсе не в заботе о нравственности в Интернете и предотвращении киберпреступлений, а в сборе персональных данных о нашем, прежде всего, коммерческом и социальном поведении. Такая информация обладает огромной ценностью.

Например, ULD в письме от 21 августа 2012 г.¹⁴, адресованном Федеральной Торговой Комиссии США о нарушениях Facebook.Inc Соглашения о «безопасной гавани» между США и ЕС¹⁵, ставит вопросы о том, что Facebook предоставляет сервис Insight, по которому без согласия пользователей доступ к данным Facebook Insights в любое время могут получить все администраторы конкретной фан-страницы, что позволяет оперативно отслеживать количество активных пользователей, определять их поведенческие шаблоны, а также оценивать эффективность этой страницы и стратегии маркетинга.

Facebook без согласования со своими пользователями внедрила функцию автоматического распознавания лиц, основывающуюся на антропологических параметрах, считанных с фотографий пользователей. Эта функция, по мнению ULD, нарушает Европейское и Германское законодательства о персональных данных.

Кроме того, Facebook оставляет за собой право в одностороннем порядке изменять правила предпочтений и регистрации в отношении пользователей фактически без предварительного информирования пользователей или предоставления им выбора.

Приложение: перевод некоторых положений судебного решения GOLDEN EYE от 26 марта 2012 г., дело №: HC11C03290, цитирование: [2012] EWHC 723 (Ch)

Между:

- (1) GOLDEN EYE (INTERNATIONAL) LIMITED
- (2) BEN DOVER PRODUCTIONS
- (3) CELTIC BROADCASTING LTD
- (4) EASY ON THE EYE
- (5) DMS TELECOMS LIMITED

- (6) GARY BAKER
- (7) HARMONY FILMS LIMITED
- (8) JUSTIN RIBEIRO DOS SANTOS t/a JOYBEAR PICTURES

- (9) ORCHID MG LIMITED
- (10) KUDETTA BVBA
- (11) RP FILMS LIMITED
- (12) SWEETMEATS PRODUCTIONS t/a S.M.P.
- (13) SLL FILMS LIMITED
- (14) TERENCE STEPHENS t/a ONE EYED JACK PRODUCTIONS

– and –
TELEFÓNICA UK LIMITED Defendant (Ответчик)

– and –
CONSUMER FOCUS Intervener (Вступившее в дело лицо)

Jonathan Cohen (instructed by Wagner & Co) for the Claimants

Guy Tritton (instructed by Consumer Focus) for the Intervener

The Defendant did not appear and was not represented

Дата слушаний: 9 марта 2012 г.

Решение

Судья Арнольд

Пункт 116. Доводы, принятые Апелляционным Судом во внимание по делу RFU v Viagogo, дополняются доводами, указывающими на необходимость учета пропорциональности последствий выдачи испрашиваемого ордера по настоящему делу. Во-первых, п. 2 ст. 3 Директивы о принудительном осуществлении прав на интеллектуальную собственность 2004/48/ЕС накладывает общее обязательство по учету пропорциональности санкций за нарушение прав интеллектуальной собственности, в том числе по выдаче судебных ордеров на раскрытие персональных данных нарушителей: дело C-324/09 L'Oréal SA v eBay International AG [2011] ECR I-0000 стр. [139] – [144]. Во-вторых, Европейский Суд постановил, что при принятии мер по защите авторского права против онлайн-нарушений, национальные суды должны

¹³ Не будем касаться глубоко здесь вопроса о государственных функционерах. Приведем только один пример их проявления заботы о якобы публичных интересах.

¹⁴ См.: <https://www.datenschutzzentrum.de/facebook/kommunikation/20120821-ftp-facebook-en.pdf>.

¹⁵ Подробнее о целях заключения Соглашения о «безопасной гавани» между США и ЕС см.: Курбалия Й. Управление Интернетом. М., 2010. С. 148-149.

установить справедливый баланс между защитой права интеллектуальной собственности, гарантированной п. 2 ст. 17 Хартии, и защитой основных прав личности, которых касаются такие меры, и в частности прав, гарантированных ст. 7 и 8 Хартии: дело C-275/06 *Productores de Musica de España (Promusicae) v Telefonica de España SAU* [2008] ECR I-271 стр. [61]-[68] и дело C-70/10 *Scarlet Extended SA v Société belge des auteurs compositeurs et éditeurs (SABAM)* [2011] ECR I-0000 стр. [42]-[46], [50]-[53].

Подход к рассмотрению пропорциональности

Пункт 117. На мой взгляд, оптимальный подход к рассмотрению пропорциональности можно резюмировать в следующих положениях. Во-первых, авторские права истцов являются имущественными правами, закрепленными ст. 1 Первого протокола к Европейской Конвенции по правам человека (ЕКПЧ), и правами интеллектуальной собственности, указанными в п. 2 ст. 17 Хартии. Во-вторых, право на неприкосновенность частной жизни в соответствии с п. 1 ст. 8 ЕКПЧ / ст. 7 Хартии и право на защиту персональных данных в соответствии со ст. 8 Хартии затронуты настоящим предметом заявления о выдаче ордера о раскрытии доказательств по настоящему делу. В-третьих, авторские права истцов являются «правами третьих лиц» в рамках п. 2 ст. 8 ЕКПЧ / п. 1 ст. 52 Хартии. В-четвертых, подход, сформированный лордом Стейном, согласно которому ст. 8 и ст. 10 ЕКПЧ использованы в деле *Re S* [2004] UKHL 47, [2005] 1 AC 593 стр. [17,] также применим, когда необходимо установить баланс в пользу либо ст. 1 Первого протокола ЕКПЧ / п. 2 ст. 17 Хартии, с одной стороны, либо в пользу ст. 8 ЕКПЧ / ст. 7 Хартии и ст. 8 Хартии – с другой стороны. Такой подход заключается в следующем:

1) ни одна из указанных статей не имеет юридического приоритета над другой;

2) ценности, являющиеся предметом двух статей, находятся в конфликте, поэтому требуется интенсивный фокус на сравнительной важности конкретных конфликтующих прав в каждом конкретном случае;

3) доводы применения или ограничения каждого права должны быть приняты во внимание;

4) тест на пропорциональность – или «тест конечной балансировки» – должен быть применен в каждом случае.

Пункт 145. Первоначальный иск *Golden Eye and Ben Dover Productions* и заявление о выдаче судебного ордера *Norwich Pharmacal* (по этому делу был выдан ордер на раскрытие доказательств в отношении третьих лиц) поданы владельцем авторских прав и его исключительным лицензиатом, оба документа соединены в одно дело, и заявители по ним присоединятся к любым последующим требованиям против нарушителей. Учитывая коммерческое основание требований, указанное выше, нет ничего необычного, не говоря уже о возражениях против нарушения авторских прав, в соглашении *Ben Dover* (соглашение об объединении требований). Сам по себе факт, что в рассматриваемом случае авторское право касается порнографических фильмов, не является причиной, чтобы отказать заявителям в испрашиваемом ордере, поскольку нет никаких предположений, что они действовали недопустимо или иным образом незаконно. Напротив, у заявителей есть убедительные аргументы в пользу того, что многие из предполагаемых ответчиков нарушили их имущественные (авторские) права. Вероятно, заявители намерены добиваться возмещения ущерба и раскрытия информации (по ордеру) необходимо для того, чтобы сделать это. При таких обстоятельствах интересы заявителей в обеспечении их авторских прав перевешивают заинтересованность потенциальных ответчиков в защите их конфиденциальности и защите их прав на персональные данные. Таким образом логичнее выдать судебный ордер на раскрытие персональных данных, при условии, что ордер и предлагаемое письмо-претензия будут оформлены так, чтобы защитить законные интересы потенциальных ответчиков и в особенности – тех, кто на самом деле не нарушал авторских прав. Это потребует редактирования проекта ордера и проекта письма-претензии для решения проблем, изложенных в п. 121–138. Кроме того, будет установлен срок для подачи заявлений к потенциальным ответчикам в Патентные окружные суды.

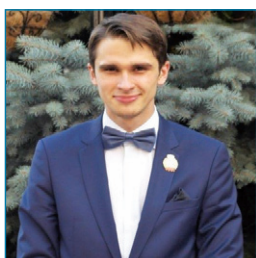
Ключевые слова:

анонимность в Интернете, право в Интернете, правовое регулирование в Интернете.

Список литературы:

1. Golden Eye International Ltd v. Telefonica UK Ltd. [2012] EWHC 723 (Ch).
2. ULD v. Facebook Inc. and Facebook Ireland Ltd., decision dated 02/14/2013, case numbers 8 B 60/12 and 8 B 61/12.
3. *Boscer*. Facebook`s Randy Zuckerberg: Anonymity Online «Has to go away». Цит. по: Shmitz Sandra. Facebook`s Real Name Policy. Ву-Ву, Max Mustermann? // JIPITEC 3. 4 (2013). P. 203.
4. *Shmitz Sandra*. Facebook`s Real Name Policy. Ву-Ву, Max Mustermann? // JIPITEC 3. 4 (2013). P. 199.
5. *Курбалия Й.* Управление Интернетом. М., 2010. С. 148-149.

Судьба лицензионных соглашений при банкротстве лицензиара: опыт ФРГ и США



А.М. Зайцев,
магистр частного права, юрист

В представленной статье автор анализирует судебную практику и законодательное регулирование, касающиеся лицензионных соглашений, при банкротстве лицензиара в ФРГ и США.

Лицензионное соглашение является таким же договором, как и остальные, поэтому в случае банкротства одной из сторон к нему применяются общие правила, касающиеся длящихся договоров. В соответствии со ст. 102 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» судьбу такой лицензии решает арбитражный управляющий. Он имеет право оставить длящийся договор в силе или же отказаться от него. Но является ли такое положение справедливым? Примечательно, что справедливость такого решения в отношении лицензионных соглашений активно обсуждается в судебной практике Германии¹.

Когда мы говорим об отказе лицензиара от лицензионного соглашения, такой отказ может означать гибель бизнеса лицензиата. В отличие от

имущества исключительные права могут быть незаменимы в высокотехнологической среде. В инновационных отраслях бизнеса (в особенности, где ведутся так называемые патентные войны) распространена практика перекрестных лицензий, обратных лицензий (когда лицензия дается с условием о предоставлении встречной лицензии на зависимое изобретение правообладателю более раннего изобретения) или так называемые FTO-(free to operate)² лицензии. Допустим, что две компании – производителя смартфонов заключили перекрестную лицензию между собой. Каждая из компаний предоставляет другой права на использование своего изобретения, вознаграждение ни одной из сторон не уплачивается. Через какое-то время одна из них признается банкро-

¹ American Bankruptcy Institute. Journal December/January 2013. Vol XXXI, No. 11. Adam Gallagher. Riaz K. Janjuah, Marvin Knapp. P. 89–92. http://www.freshfields.com/uploadedFiles/SiteWide/Campaigns/R_and_I/Content/ABI%20article.pdf. Дата обращения: 19 апреля 2017 г.

² Лицензии на предоставление существующих и будущих прав в отношении любого использования. Применяются, например, для подстраховки сторон гражданского оборота: допустим, лицо продает ластики, крепящиеся на карандаш (или, например, продает устройство для «стирания» рисунка электронного карандаша для планшетов). Без самого карандаша такой ластик не будет продаваться. Лицо по лицензии FTO просит предоставить ему все права на карандаш и используемые в нем решения для того, чтобы вести свой бизнес, даже если какие-то решения, используемые в производстве карандаша еще не запатентованы; и, возможно, у изготовителя (изобретателя) карандаша даже намерения нет намерения их патентовать. Таким образом лицо страхует себя от риска предъявления претензий о нарушении исключительных прав в будущем.

том, и арбитражный управляющий начинает анализировать сделки несостоятельного лица. Конечно, интерес арбитражного управляющего заключается в том, чтобы реализовать активы банкрота при наиболее выгодных условиях и сформировать большую конкурсную массу, а также удовлетворить наибольшее количество требований конкурсных кредиторов. Поэтому арбитражный управляющий заинтересован прекратить безвозмездное предоставление права пользования, в том числе и по перекрестной лицензии.

Можно представить, какой эффект произведет отмена лицензионных соглашений для других участников рынка, которые не имеют в дальнейшем возможности использовать изобретение банкрота. Это позволяет арбитражному управляющему формулировать стратегию по монетизации изобретения: если допустить, что такое изобретение не может не использоваться другими участниками рынка, то они должны обращаться в суд за предоставлением принудительной лицензии, которая будет предоставляться только за плату. Позже арбитражный управляющий сможет продать патент за высокую цену, т. к. лицензии более никому не предоставляются бесплатно.

Чтобы дать лицензиату правовую защиту от рисков такого рода, в немецкой судебной практике уже существуют судебные решения, в соответствии с которыми на соглашения о предоставлении прав на результаты интеллектуальной деятельности не распространяются общие правила о дящихся договорах в банкротстве. В частности, они не расторгаются при наступлении банкротства лицензиара, а арбитражный управляющий не может расторгнуть такие лицензионные договоры без серьезных причин.

Первоначальная позиция была сформирована Верховным судом ФРГ в делах 2012 г. в отношении сохранения сублицензионных договоров при банкротстве лицензиара сразу в двух делах:

M2Trade (дело касалось предоставления прав на компьютерную программу)⁵ и Take Five (дело касалось известной джазовой композиции Take Five группы The Dave Brubeck Quartet)⁴. Сублицензии сохранялись на тех же условиях, что и были выданы, но вознаграждение подлежало уплате сублицензиатом правообладателю исключительного права вместо лицензиата.

Но впервые такой подход был применен в 2009 году Верховным судом ФРГ в деле *Reifen Progressiv* BGH, Urteil v. 26.03.2009, Az. I ZR 153/06⁵. В этом деле Верховный суд ФРГ отметил, что права, предоставляемые как по лицензии, так и по сублицензии обладают *in rem* характером⁶. Суд посчитал, что интерес сублицензиата подлежит большей защите, чем интерес главного лицензиара⁷.

Интересная позиция была продемонстрирована Высшим региональным судом Мюнхена в деле *OLG München*, 6 U 541/12. Два предприятия создали третье, которому были отчуждены существующие и будущие исключительные патентные права с условием, что предприятие предоставит право использования для этих компаний-учредителей (отчуждение с обратной лицензией). Позже созданное юридическое лицо впало в банкротство, а управляющий пытался отменить лицензионные соглашения. Суд посчитал, что соглашения остаются в силе и на них не распространяется общее правило об автоматической отмене дящихся договоров, предусмотренное § 103 Закона ФРГ "О несостоятельности". Суд мотивировал свое решение тем, что отчуждение с обратной лицензией нужно квалифицировать как исполненный, а не дящийся договор. Передача прав созданному лицу производилась учредителями исключительно с целью получения дальнейших лицензий, это было условием передачи. Поэтому обратная лицензия не должна рассматриваться в качестве самостоятельного договора, а должна быть частью

⁵ German Federal Court decision, dated July 19, 2012, file number I ZR 10/10, NJW 2012, 3301 (M2Trade).

⁴ German Federal Court decision, dated July 19, 2012, file number I ZR 24/11, NJW-RR 2012, 1127 (TakeFive).

⁵ <https://www.telemedicus.info/urteile/IT-Vertragsrecht/859-BGH-Az-I-ZR-15306-Reifen-Progressiv.html>. Дата обращения: 19 апреля 2017 г.

⁶ <http://www.mondaq.com/germany/x/259530/Insolvency+Bankruptcy/CrossLicense+Agreements+In+German+Insolvency+Proceedings+An+Update>. Дата обращения: 19 апреля 2017 г.

⁷ American Bankruptcy Institute. Journal December/January 2013. Vol XXXI, No. 11. Adam Gallagher. Riaz K. Janjuah, Marvin Knapp. P. 89- 92. http://www.freshfields.com/uploadedFiles/SiteWide/Campaigns/R_and_I/Content/ABI%20article.pdf. Дата обращения: 19 апреля 2017 г.

сделки по отчуждению исключительных прав по смыслу второго предложения первого абзаца ст. 15 Патентного закона ФРГ. Суд отметил, что при получении соответствующих прав от учредителей лицензиар-банкрот согласился, что права лицензиатов-учредителей будут безотзывными. Таким образом, несостоятельный лицензиар ограничил свои права на основании ст. 9 Патентного закона ФРГ⁸. Проводя аналогии с вещным правом, можно отметить, что такая правовая конструкция подобна сервитуту.

В августе 2014 г. Региональным судом Мюнхена в решении LG München, 7 O 11811/12 была сформирована новая позиция в отношении перекрестных лицензионных соглашений free to operate. Суд отметил, что главный интерес лицензиата в free to operate лицензии заключается не в предоставляемом договорном праве использования технического решения, а в защите от будущих исков и свободном ведении своего бизнеса⁹. На этом основании суд также посчитал, что договор был не длящимся, а исполненным, и предоставленная free to operate лицензия сохраняет свою силу.

Все это свидетельствует о том, что немецкие суды стараются соблюсти баланс интересов сторон лицензионных отношений и анализируют суть правовых конструкций. Возможно, что на вышеприведенные решения судов повлияли два законопроекта, призванных изменить общее правило § 103 Закона ФРГ о банкротстве применительно к лицензионным соглашениям.

Первый законопроект был составлен в 2007 г. В соответствии с этим законопроектом лицензия сохраняла свою силу при банкротстве лицензиара, но управляющий имел право потребовать всю сумму вознаграждения за лицензию досрочно¹⁰.

В 2012 г. был представлен новый законопроект. Он не предусматривал положений о невоз-

можности отказа от лицензионного соглашения арбитражным управляющим, но лицензиат мог потребовать от банкрота заключение договора на приемлемых условиях. Из-за существенной критики представителей немецкой промышленности законопроект был отклонен¹¹. На сегодняшний день законодательство ФРГ о несостоятельности так и не было изменено в соответствующей части.

В отличие от Германии регулирование банкротства США предусматривает сохранение действия лицензии при банкротстве лицензиара с 1988 г. в соответствии положениями раздела (n) ст. 365 Банкротного кодекса США¹². Несколько ироничным выглядит то, что в 2014 г. суд применил эту норму к патентам немецкого банкрота, отказавшись применять немецкое банкротное законодательство к перекрестным лицензионным соглашениям на предоставление прав в отношении американских патентов (в частности, правило об автоматической отмене лицензионных соглашений при признании лицензиара несостоятельным, в соответствии с § 103 Закона ФРГ о несостоятельности). Такое решение вынес Федеральный апелляционный суд США по четвертому округу по делу *Dr. Michael Jaffe v. Samsung Electronics Co.*, No. 12-1802 (4th Cir. 2013)¹³. Предметом рассмотрения суда были перекрестные лицензии между компанией Samsung и банкротом, производителем полупроводников Qimonda. Компания Qimonda подала заявление о банкротстве в Германии в 2009 г. Основной актив компании составляло порядка 10 тысяч патентов, из них около 4 тысяч было зарегистрировано в США и являлось предметом перекрестных соглашений с другими участниками рынка электроники. Интересы банкрота в этом деле представлял немецкий арбитражный управляющий – господин Джаффе (Jaffe). Он обратился в американский банкротный суд с заявлением

⁸ Dr. Claudia Milbradt und Florian Reiling. The topic is still hot – waiting for the Federal Supreme Court.

URL: <http://www.businesslaw-magazine.com/2015/09/03/the-topic-is-still-hot-waiting-for-the-federal-supreme-court-germany-recent-case-law-on-cross-licenses-and-insolvency-law-sec-103-inso-as-a-risk-for-the-use-of-necessary-techno>; Дата обращения: 19 апреля 2017 г.

⁹ Ibid.

¹⁰ Ansgar C. Rempp, Christian Staps. Germany: (Cross-)License Agreements In German Insolvency Proceedings: An Update. <http://www.mondaq.com/germany/x/259530/Insolvency+Bankruptcy/CrossLicense+Agreements+In+German+Insolvency+Proceedings+An+Update>. Дата обращения: 19 апреля 2017 г.

¹¹ Ibid.

¹² 11 U.S. Code § 365 – Executory contracts and unexpired leases <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/11/365>.

¹³ <http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca4/12-1802/12-1802-2013-12-03.html>. Дата обращения: 19 апреля 2017 г.

о признании процедуры банкротства компании Qimonda, проводимой в соответствии с немецким законодательством, а также за признанием своих полномочий как арбитражного управляющего компании на основании главы 15 Банкротного кодекса США. Суд удовлетворил заявления господине Джаффе с условием соблюдения вышеприведенных правил ст. 365 Банкротного кодекса США в отношении перекрестных лицензий, предоставляющих права на объекты, зарегистрированные американскими патентами.

Позиция суда не позволила провести планируемые арбитражным управляющим действия по реализации активов несостоятельной компании. В соответствии с правилами немецкого банкротного законодательства арбитражный управляющий планировал отменить американские перекрестные лицензии, поскольку компания утратила к ним интерес в связи с остановкой своего производства, и хотел заключить возмездные договоры. На этом основании господин Джаффе предпринял попытку расторгнуть лицензионные соглашения и отправил уведомления об аннулировании перекрестных лицензий сторонам таких соглашений. После получения уведомлений некоторые лицензиаты по перекрестным лицензиям, в частности – Samsung, обратились в суд. В первой инстанции господин Джаффе смог убедить суд, что ст. 365 (n) не применяется к перекрестным лицензиям, заключенным с компанией Qimonda; к таким лицензионным соглашениям должно применяться немецкое банкротное право, а сами договоры, соответственно, могут быть аннулированы. Позже апелляционный суд отменил акт суда первой инстанции, посчитав, что такое решение недостаточно обоснованно, и отправил его на новое рассмотрение с указанием на то, чтобы суд первой инстанции рассмотрел представленный на обзрение суда вопрос более глубоко.

При повторном рассмотрении дела в суде первой инстанции управляющий Джаффе решил укрепить свою позицию. Он просил суд предоставить возможность заключения лицензии с Qimonda всем желающим на разумных и недискриминационных условиях (разработав и опубликовав соответствующие условия); в случае возникновения сложностей с определением таких условий господин Джаффе предложил обратиться

в арбитраж Всемирной организации интеллектуальной собственности при ООН за обязывающим компанию Qimonda решением. Также Джаффе привлек эксперта, который заверил суд, что предоставление лицензий на разумных и недискриминационных условиях предоставит компании-банкроту 47 миллионов долларов ежегодного дохода. В отличие от эксперта, представленного господином Джаффе, представители лицензиата были менее оптимистичны, утверждая, что тактика арбитражного управляющего в случае успеха может подорвать устоявшийся рынок полупроводников, нанести вред инвестиционной и инновационной активности в США и причинить вред потребителям по всему миру. После долгих слушаний суд постановил, что решение господина Джаффе будет иметь больше вреда, чем пользы. Суд также отметил, что расторжение соответствующих перекрестных лицензий будет нарушать фундаментальные принципы публичной политики США. Это решение управляющий Джаффе попытался оспорить в федеральном апелляционном суде. На этот раз Федеральный апелляционный суд США по четвертому округу поддержал решение нижестоящего суда, посчитав, что оно оптимально соблюдает баланс интересов. При этом двое из трех судей апелляции отметили, что положения ст. 365(n) о невозможности прекращения лицензионного соглашения в банкротстве отражают фундаментальные принципы американской публичной политики, а потому должны быть соблюдены.

Практикующие юристы полагают, что решение по этому делу скажется на подходе американских судов к лицензионным соглашениям в банкротстве как для иностранных компаний, так и для американских субъектов рынка. При этом решение Федерального апелляционного суда США по четвертому округу поддерживается в доктрине по двум причинам.

1. Перекрестные лицензии – распространенная практика. Она в значительной степени позволяет снизить транзакционные издержки для участников рынка. Многие компании настроили свои производственные мощности, надеясь на права, предоставленные компанией Qimonda. При этом затраты, связанные с использованием

прав по таким перекрестным лицензиям, невозвратны.

2. В случае удовлетворения иска ничто не мешало бы одному из бывших лицензиатов по перекрестной лицензии создать дочернюю компанию, выкупить патенты у компании-банкрота и воздействовать на рынок по своему усмотрению: свернуть политику предоставления лицензий на недискриминационных условиях, монополизировать технологии, подавать иски в суд и т. д.¹⁴. Так это было бы или нет – неизвестно, но дело наглядно демонстрирует подход американских судов к лицензионным соглашениям при банкротстве лицензиара. Такой подход с большой долей вероятности будет поддержан в том числе и в отношении перекрестных лицензий, в которых одна сторона предоставляет права исключительно на американские патенты, а другая – исключительно на иностранные.

Характеризуя американские правила, затрагивающие лицензионные соглашения при банкротстве лицензиара, необходимо более подробно раскрыть положения уже упомянутой ст. 365 Банкротного кодекса США, а также некоторую практику их применения.

В соответствии с пунктом n ст. 365 Банкротного кодекса США лицензиат, которому предоставлено право использовать «Интеллектуальную собственность» в случае введения конкурсного производства, в отношении лицензиара имеет по своему усмотрению одно из двух средств защиты своих интересов: 1) расторгнуть лицензионный договор и потребовать компенсацию убытков от лицензиара-банкрота за его расторжение; 2) сохранить право использования «Интеллектуальной собственности» на основании договора (с некоторыми ограничениями).

В Банкротном кодексе США используется специальный термин «интеллектуальная собственность». Под этим термином, в соответствии со ст. 101 (35A) Банкротного кодекса США, понимается следующее: секреты производства, изобретения, промышленные образцы, полезные модели, объекты авторского права, селекционные достижения, заявки на получение патента (результаты

интеллектуальной деятельности). Таким образом, в понятие «Интеллектуальная собственность» банкротного законодательства США не включены товарные знаки и знаки обслуживания, а вышеприведенное правило не применяется к средствам индивидуализации. Несмотря на это в американской судебной практике за лицензиатом иногда сохраняют право на использование товарного знака даже в случае отказа от лицензионного договора банкротом в конкурсном производстве.

Так, например, между двумя участниками рынка бытовой электроники был заключен договор. В соответствии с условиями договора, одна сторона – Chicago American Manufacturing (производитель) обязалась произвести портативные вентиляторы, которые в дальнейшем должны были реализовываться второй стороной договора – Lakewood Engineering and Manufacturing Co (покупатель). Для свободного производства вентиляторов Lakewood Engineering and Manufacturing Co. предоставила Chicago American Manufacturing неисключительную лицензию на изобретения, которые должны были использоваться при производстве вентиляторов, а также неисключительную лицензию на товарные знаки, которые размещались на продукции. Поскольку на момент заключения договора покупатель Lakewood Engineering and Manufacturing Co. уже испытывала финансовые сложности, то у производителя вентиляторов Chicago American Manufacturing не было уверенности в том, что покупатель сможет оплатить стоимость произведенной продукции в полном объеме. Поэтому в условия договора были включены положения, согласно которым Chicago American Manufacturing могла сама реализовать неоплаченные вентиляторы, произведенные для покупателя с нанесенными на них товарными знаками (и используемыми в них изобретениями). По прошествии 3 месяцев с момента заключения договора покупатель был признан банкротом, а его предприятие, включая патенты и товарные знаки, было приобретено компанией SUNBEAM PRODUCTS, INC. (известной под брендом Jarden Consumer Solutions), а вышеупомянутый договор с условиями о предоставлении

¹⁴ *Thomas Carey*. Can a Foreign Bankruptcy Upset the License Of a U.S. Patent? A Court of Appeals Says “No”. URL: <https://sunsteinlaw.com/can-foreign-bankruptcy-upset-license-us-patent-court-appeals-says>. Дата обращения: 19 апреля 2017 г.

лицензий покупателем производителю был прекращен конкурсным управляющим. Несмотря на эти обстоятельства компания Chicago American Manufacturing продолжала производить и продавать вентиляторы с нанесенными на них товарными знаками несостоятельного покупателя. На этих основаниях покупатель бизнеса SUNBEAM PRODUCTS, INC. обратилась в суд с требованием о взыскании компенсации с производителя вентиляторов за нарушение прав на товарные знаки и запатентованные изобретения, а также с требованием о дальнейшем запрете нарушения исключительных прав. В решении по делу¹⁵ Федеральный апелляционный суд США по седьмому округу посчитал, что прекращение договора по банкротным основаниям влияет на прекращение обязательств между сторонами, но не на наличие пре-

доставленных ранее прав. Таким образом, производитель вентиляторов мог и дальше производить и продавать вентиляторы в очерченных договором пределах с нанесенными на них товарными знаками¹⁶.

Таким образом, в условиях развитой патентной среды, патентных войнах и при развитых патентных стратегиях общий подход к отмене длящихся договоров при банкротстве лицензиара не всегда остается применимым. Необходимость обеспечения интересов кредиторов должника уступает необходимости обеспечения другой, более широкой группы интересов – потребителей и участников высокотехнологичных рынков. Возможно, что с развитием рынков технических решений в России также будут актуальны описанные выше подходы.

Ключевые слова:

банкротство, лицензионные соглашения, сублицензионные соглашения.

Список литературы:

1. *Charles M. Oellermann, Mark G. Douglas*. Trademark Licenses in Bankruptcy: The Seventh Circuit Fires a Shot Across the Bow of Lubrizol. URL: <http://www.jonesday.com/trademark-licenses-in-bankruptcy-the-seventh-circuit-fires-a-shot-across-the-bow-of-lubrizol-10-01-2012>.
2. *Thomas Carey*. Can a Foreign Bankruptcy Upset the License Of a U.S. Patent? A Court of Appeals Says “No”. URL: <https://sunsteinlaw.com/can-foreign-bankruptcy-upset-license-us-patent-court-appeals-says>. Дата обращения: 19 апреля 2017 г.
3. American Bankruptcy Institute. Journal December/January 2013. Vol XXXI, No. 11. Adam Gallagher. Riaz K. Janjuah, Marvin Knapp. P. 89- 92. http://www.freshfields.com/uploadedFiles/SiteWide/Campaigns/R_and_I/Content/ABI%20article.pdf.
4. *Dr. Claudia Milbradt und Florian Reiling*. The topic is still hot – waiting for the Federal Supreme Court. URL: <http://www.businesslaw-magazine.com/2015/09/03/the-topic-is-still-hot-waiting-for-the-federal-supreme-court-germany-recent-case-law-on-cross-licenses-and-insolvency-law-sec-103-inso-as-a-risk-for-the-use-of-necessary-techno>.
5. *Ansgar C. Rempp, Christian Staps*. Germany: (Cross-)License Agreements In German Insolvency Proceedings: An Update. <http://www.mondaq.com/germany/x/259530/Insolvency+Bankruptcy/CrossLicense+Agreements+In+German+Insolvency+Proceedings+An+Update>.

¹⁵ Sunbeam Products, Inc. v. Chicago American Manufacturing, LLC, Docket Number 11–3920 (7th Cir. Jul. 9, 2012).

¹⁶ *Charles M. Oellermann, Mark G. Douglas*. Trademark Licenses in Bankruptcy: The Seventh Circuit Fires a Shot Across the Bow of Lubrizol. URL: <http://www.jonesday.com/trademark-licenses-in-bankruptcy-the-seventh-circuit-fires-a-shot-across-the-bow-of-lubrizol-10-01-2012/>.

Essen defense и особенности ее применения, или «Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 13 декабря 2007 № 122: десять лет спустя»



А.В. Михайлов,
патентный поверенный РФ,
евразийский патентный поверенный,
независимый патентный специалист в области фармацевтики

В статье рассматриваются особенности применения ответчиком своих собственных патентов в спорах о нарушении чужих патентов, – Essen defense, которая получила широкое распространение с 2007 г. в связи с публикацией соответствующих разъяснений Президиумом ВАС.

О многообразных последствиях, которые имело разъяснение, данное в п. 9 Письма [7], сказано немало.

Некоторые авторы представляют его последствия весьма драматично, полагая, что оно полностью подрывает ценность любого патента: ведь для защиты от чужого патента, достаточно немного дополнить его какой-нибудь

мелочью и совершенно законно получить свой [1, 2].

Другие усматривают в нем следы давней дискуссии о том, какое из правомочий в исключительном праве (позитивное или негативное) является главенствующим, и полагают, что своим разъяснением суд встал на позицию В.А. Дозорцева, склонявшегося к позитивному подходу^{1,2} [3, 6].

¹ Согласно которому право использования, а не запрещения является главным.

² Мы являемся сторонниками негативного подхода, поскольку можно легко представить себе существующую систему исключительных прав, построенную совсем без обращения к позитивной концепции, в то время как обратное представить себе невозможно. Например, в рамках негативной концепции природа исключительного права может быть урегулирована следующим образом.

1. Все лица обязаны воздерживаться от использования изобретения любыми способами, если иное не предусмотрено законом.
2. Правом требования (исключительное право) в отношении обязанности по п. 1 первоначально наделяется патентообладатель.
3. У патентообладателя отсутствует право требования по п. 2 к себе самому.

По мнению М.В. Лабзина письмо [7] накладывает на Истца не предусмотренное законом требование, согласно которому, прежде, чем приступить к защите своего патента, он должен вначале аннулировать чужой [6].

Также специалисты нашли в письме [7] неожиданные выводы о том, что вместо сравнения материального объекта с предметом охраны по патенту, как это и предусмотрено ст. 1358 ГК РФ, судам предлагается сравнивать сами предметы охраны, да еще каким-то образом при этом использовать доктрину эквивалентов [3, 6].

Мы полагаем, что ни одно из мнений, высказанных специалистами, не является точным. Причина в том, что разъяснение, данное в указанном письме [7], изначально не было полным и самодостаточным и всегда нуждалось в дополнительных пояснениях, что и привело к тому, что каждый из специалистов увидел в нем что-то свое, а суды стали применять разъяснение, до конца не понимая его смысла, что привело к удручающим решениям судов низших инстанций.

Однако вся информация, необходимая для его правильного толкования и применения, была дана в Постановлении [4]. Тот тип защиты, который использовал ответчик в данном деле, насколько нам известно, не имеет прямых аналогов в мире, будем называть его *Essen defense*, как это принято у наших иностранных коллег.

Значение Постановления [4] – не только в том, что оно расширило сферу применения п. 9 письма [7], в результате чего стало возможно сравнивать

между собой не только патенты на полезные модели, но и любые РИД, включая изобретения. Это отметили многие специалисты [3, 6]. Однако от них укрылось, что в Постановлении [4] отражены обстоятельства дела, с учетом которых суть письма [7] становится полностью ясна.

Главный вывод Постановления практически воспроизводит соответствующее место из п. 9 письма [7] и не содержит никакой новой информации:

«Таким образом, при наличии двух патентов на изобретение с одинаковыми либо эквивалентными признаками, приведенными в независимом пункте формулы, действия общества по использованию своего патента не могут быть расценены в качестве нарушения патента с более ранней датой приоритета».

Именно это утверждение неоднозначно понимается в том смысле, что для защиты от патента на А достаточно получить патент на А + Б⁵. Спорность этого утверждения очевидна без какого-либо глубокого анализа. Если бы оно соответствовало действительности, то в каждом случае, когда между двумя патентами имеется хоть что-то общее, пусть даже назначение запатентованного устройства, – в них не будет никакой пользы ни одному из патентообладателей, а запретительная функция исключительного права перестанет существовать⁴. В результате станут бессмысленными сотни и тысячи патентов на велосипеды, автомобили, летательные аппараты, космические ракеты, а ФГБУ «ФАПРИД» вряд ли сможет взы-

4. Патентообладатель наделяется исключительным правом с момента его признания в установленном законом порядке или с момента, когда упомянутые в п. 1 лица узнали или должны были узнать о таком праве, в зависимости от того, какой момент наступит позже.

5. Патентообладатель в одностороннем порядке может частично или полностью отказаться от исключительного права.

6. Патентообладатель на основании договора может полностью или частично:

1) освободить другое лицо от имеющихся у них обязанностей по п. 1,

2) взять на себя обязанности по п. 1 по отношению к другому лицу,

3) передать исключительное право, другому лицу (последующему патентообладателю), тем самым лишаясь этого права в той мере, в какой оно передано другому лицу.

7. Исключительное право может перейти к другому лицу на основании, предусмотренном законом.

8. В случае если одним и тем же исключительным правом наделены несколько патентообладателей одновременно:

1) у них отсутствует право требования в отношении обязанности по п. 1 друг к другу,

2) распоряжение исключительным правом согласно п. 6 возможно только таким образом, при котором объем обязанностей другого лица по п. 1 перед каждым из патентообладателей с учетом договора будет одинаковым.

⁵ О такой опасности предупреждается в [5], в разделе, посвященном зависимым объектам патентного права. И, как показала судебная практика, эта опасность в полной мере реализовалась.

⁴ Заметим, что представление о преимущественно негативной составляющей в исключительном праве является в настоящее время главенствующей, а слова В.А. Дозорцева, по-видимому, были ошибочно истолкованы [8]).

скивать лицензионное вознаграждение с оборонных заводов в доход государства, если те обзаведутся хотя бы одним независимо созданным патентом на экспортную продукцию.

Однако если данное утверждение понимать во взаимосвязи с обстоятельствами дела и правовой позицией Истца, все встает на свои места:

«При рассмотрении спора суды установили, что изобретение истца используется в продукте ответчика, изготовленного по техническим условиям. И это обстоятельство подтверждено в заключении судебной экспертизы. Вопрос об использовании изобретения комбината в изобретении общества, защищенном более поздним патентом № 2325821, то есть о включении в формулу изобретения общества всех признаков, указанных в независимом пункте формулы изобретения комбината, истцом не ставился, судом и экспертами не исследовался. Ответчик при этом настаивал на наличии у него изобретения, отличающегося от изобретения истца, то есть “независимого” патента, и использовании именно своего [7] патента, а комбинат не оспаривал патентоспособность изобретения ответчика».

Следует обратить внимание на то, что в главном выводе Постановления [4], в отличие от нормы п. 3 ст. 1358 ГК РФ, не говорится, что для вывода об отсутствии нарушения должны быть использованы все без исключения признаки по патенту Истца или эквивалентные признаки. Поэтому, если понимать его буквально, то для вывода об отсутствии нарушения будет достаточно совпадения любого признака, что далеко не однозначно. Постановление [4], обретает смысл только в том случае, если помимо требования о хотя бы неполном совпадении признаков старшего и младшего патентов учитывается позиция Истца, который указал на отличия своего изобретения и отсутствие зависимости между патентами. Именно отличия⁵, а вовсе не факт неполного совпадения признаков и послужили основанием для принятия Постановления [4].

Но если это действительно так, возникает вопрос: зачем в письме [7] и Постановлении [4] вообще упоминается именно о совпадении призна-

ков, если для вывода об отсутствии нарушения нужно выявить только отличия?

Вероятнее всего суд учитывал, что корректное сравнение патентов между собой невозможно, если они относятся к совершенно разным продуктам или способам. Они должны иметь хоть что-то общее, чтобы можно было провести сколько-нибудь осмысленное сопоставление признаков двух изобретений. Например, нельзя сравнить между собой патенты, охраняющие способ горизонтального бурения газовых скважин и таблетки для лечения вирусной инфекции, или патент на колесную пару тепловоза и паровозный свисток. Сопоставляемые объекты либо должны относиться к средствам сходного назначения, либо соотноситься как целое и часть. В любом случае в них должны быть какие-то общие или хотя бы эквивалентные признаки, которые могли бы позволить сопоставить их между собой. При отсутствии общих признаков ссылка Ответчика на свой патент не должна учитываться судом, так как вопрос об использовании такого патента никак не соотносится с предметом доказывания.

Однако, как мы отметили выше, наличие общих элементов лишь позволяет говорить о необходимости более детального сравнения патентов и само по себе не свидетельствует об отсутствии нарушения. Такой вывод может быть сделан только в результате выявления отличий. Причем из упоминания Ответчика о независимости его патента следует, что отличия могут быть не любыми. Отсутствие нарушения будет гарантировано только при соблюдении ряда условий:

1) помимо общих с патентом Истца элементов имеется явное отличие, то есть отличие такого рода, которое полностью исключает использование хотя бы одного из признаков по независимому пункту патента Истца;

2) это отличие сохраняется, даже если толковать соответствующий признак по патенту Истца с учетом доктрины эквивалентов;

3) имеют значение только отличия старшего изобретения от младшего, а не наоборот.

Условие 1 чрезвычайно важно. Не любое отличие младшего изобретения от старшего

⁵ Точнее – неправомерный отказ нижестоящих судебных инстанций исследовать вопрос об этих отличиях и отсутствие какого-либо опровержения этого довода Ответчика со стороны Истца.

исключает использование старшего. Например, если патент Истца охраняет поезд с ультразвуковым свистком, а патент Ответчика — с инфразвуковым свистком, такое отличие будет явным (при этом согласно условию 2 ультразвуковой и инфразвуковой свисток не должны быть эквивалентными). Если же в патенте Ответчика тип свистка или его наличие не уточняется — такое отличие уже не будет явным, ибо мы не можем достоверно утверждать, какой именно тип свистка используется Ответчиком без проведения экспертизы в отношении конкретного материального объекта.

Также отличия младшего изобретения от старшего не могут заключаться только в том, что младшее помимо признаков старшего содержит какой-то дополнительный признак, отсутствующий в старшем. Такие отличия не должны иметь значения при сравнении патентов. Именно для исключения подобных ситуаций важен порядок сравнения, то есть условие 3, когда при выявлении отличий сравнивают старший патент с младшим, а не наоборот.

Если между двумя изобретениями отсутствуют отличия, удовлетворяющие приведенным условиям, то в одном из частных случаев⁶ мы получим ситуацию зависимых изобретений по ст. 1358.1 ГК РФ. Данная норма, на наш взгляд, является избыточной, поскольку даже если младшее изобретение не признается зависимым в силу требований ст. 1358.1 ГК РФ, это еще не означает, что продукт по младшему изобретению (формально независимому) не нарушает старшего патента, а если же изобретение является зависимым, то вывод о невозможности его использования без согласия обладателя старшего патента уже следовал из действующего законодательства.

Таким образом для правильного разрешения дела при наличии патентов как у Истца, так и у Ответчика необходимо ответить на следующие вопросы:

- 1) имеет ли изобретение по патенту Ответчика такие отличия, которые полностью исключают использование изобретения Истца;
- 2) использовано ли изобретение Истца в спорном продукте;

3) использовано ли изобретение Ответчика в спорном продукте.

В случае отрицательного ответа на вопрос 1 для установления факта нарушения (отсутствия нарушения) необходимо ответить только на вопрос 2 (положительный ответ на вопрос 3 не означает, что при этом не используется изобретение Истца, а отрицательный — свидетельствует о том, что сам Ответчик использует совсем не то, что охраняется его патентом).

Если ответ на вопрос 1 положительный, достаточно будет ответить только на вопрос 3: ведь если Ответчик в самом деле использует именно свое изобретение, и оно явным образом отличается от изобретения Истца, то положительный ответ на вопрос 2 можно получить лишь в результате ошибки эксперта. Например, в деле № А40-219448/15-15-1789 эксперт установил наличие в конкретном дорожном ограждении как признака установки стоек в полые металлические сваи по патенту Истца № 149221, так и признака установки стоек в стальные гильзы, забетонированные в фундаментные блоки (которые никак нельзя назвать «сваями»), по патенту Ответчика № 126014, хотя эти признаки взаимно исключали друг друга и даже не были эквивалентными. Будучи вызванным в судебное заседание, эксперт затруднился с ответом на вопрос о том, как такое возможно.

Наконец, относительно еще одного вопроса: с какой целью п. 9 письма [7] упоминается об аннулировании патента? Мы полагаем, что ответ заключается в следующем. Данное требование по сути эквивалентно презумпции вышеупомянутых явных отличий: если Ответчик получил патент на нечто сходное с техническим решением по патенту Истца, следовательно, техническое решение Ответчика имеет явные отличия. Это весьма разумно с точки зрения экономии расходов на патентоведческие экспертизы, если учесть, что во многих случаях отличия между изобретениями действительно носят явный характер. Однако мы полагаем, что опровергнуть данную презумпцию можно не только путем признания патента недействительным, но и в рамках судебной экспертизы — в случае отрицательного ответа на вопрос

⁶ Когда в младшем изобретении явным образом присутствуют все без исключения признаки старшего.

1. При этом в качестве доказательства результаты экспертизы предпочтительнее, поскольку выдача младшего патента (даже если изобретение со- отвечает всем условиям патентоспособности) не всегда свидетельствует о наличии явных отличий⁷.

Ключевые слова:

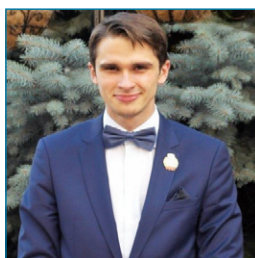
Essen defense, коллизии между патентами.

Список литературы:

1. Мещеряков В.А. У них свой патент, а у нас свой [Текст] / В.А. Мещеряков // ПП. 2010, № 2. С.33-42.
2. Мещеряков В.А. У них свой патент, а у нас свой / В.А. Мещеряков // ПП. 2010, № 3. С. 14-23.
3. Джермакян В.Ю. Комментарий к главе 72 «Патентное право» Гражданского кодекса РФ 3-е издание, переработанное и дополненное // СПС «Гарант», 2013.
4. Постановление Президиума ВАС РФ № 8091/09 от 01 декабря 2009 г. // СПС «Гарант».
5. Гаврилов Э.П. О «столкновениях» исключительных прав // Хозяйство и право, 2010, № 10. С. 9-18.
6. Лабзин М.В. В чьей власти находится зависимый объект интеллектуальной собственности? [Текст]. Часть II / М. В. Лабзин. // ПЛ. 2013, № 2. С. 11-22.
7. Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 13 декабря 2007 г. № 122 «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел, связанных с применением законодательства об интеллектуальной собственности» // СПС «Гарант».
8. Лабзин М.В. Научные концепции понимания права интеллектуальной собственности // ПЛ. М., 2014, № 8. С. 57-68.

⁷ О чем сказано, например, в [5] для случая, когда младшее изобретение основано на дополнении старшего.

Пародия на товарный знак: европейский опыт



А.М. Зайцев,
магистр частного права, юрист

*That great poets imitate and improve,
whereas small ones steal and spoil.
William Henry Davenport Adams
“Imitators and Plagiarists”
1892*

В представленной статье автор анализирует практику европейских стран рассмотрения споров о пародии на товарные знаки. При этом отмечается, что не всегда такая пародия, даже если она используется в коммерческой деятельности, признается неправомерной. Автор полагает, что соответствующие выводы европейских судов могут использоваться и в российском правовом порядке.

Современное общество потребления можно охарактеризовать чрезмерной «брендингованностью». Огромное количество известных брендов окружает нас повсеместно. Некоторые из них обладают существенной репутацией и в сознании потребителей становятся нарицательными, обозначая, например, элитарность или эталон качества (продукция Apple). Но что, если кто-то захочет использовать аллюзию на известное обозначение для своих целей? Используя популярность товарного знака, создать свой собственный бренд, основываясь на шутке, привлекая тем самым к себе внимание. Всегда ли такие пародии, которые используются в коммерческой деятельности, будут неправомерны? Или, например, известный художник начнет продавать свои постеры, на которых товарный знак используется в соответствии с творческим замыслом артиста. Может ли такая переработка и последующее использование товарного знака нарушать права правообладате-

ля? К сожалению, в российской доктрине эти вопросы почти не рассматривались.

Стоит сказать, что в России возникали такие ситуации, когда бизнесмены пытались использовать аллюзии на известные бренды.

Так, например, в 2010 г. в Москве в одном здании с отделением Сбербанка открылось заведение со звучным названием Сбербар. Вывески Сбербара и Сбербанка хотя отличались цветом (красный и зеленый соответственно), но были схожи и шрифтами, а также рубриками «Режим работы» и «Обслуживание физических лиц». Логотип на вывеске кафе (бокал) напоминал фирменный сбербанковский кошелек, водруженный на стеклянную ножку. Владельцы кафе планировали работать под слоганом «Еда рядом!» (напоминающим сбербанковский – «Всегда рядом!») и ввести для постоянных клиентов дисконтную карту «Собирабельная книжка». Но, по всей видимости, руководство Сбербанка не оценило находчивость, прояв-

ленную организаторами ресторанного бизнеса, и потребовало от них сменить имидж заведения (к сожалению, какие именно претензии были предъявлены юристами Сбербанка, в СМИ не уточняется). После этого Сбербар был переименован в «Депозитарий», а вывески, содержащие в себе идентичные банку рубрики и спародированный знак кредитной организации, были заменены. Полагая, что в будущем количество споров о пародии на товарные знаки будет только расти, целью настоящей работы является описание опыта европейских судов при разрешении таких споров.

Европейский союз

На уровне Суда Европейского союза еще не было рассмотрено ни одного дела, в котором бы суд рассмотрел правомерность использования пародии на товарный знак. Возможно, что через какое-то время для судов государств – участниц Европейского союза будут обязательны унифицированные правила по рассмотрению споров о пародии на товарный знак.

Франция:

В 2002 г. международная организация Greenpeace проводила кампанию против нефтяной корпорации Esso (ExxonMobil). Целью кампании было обратить внимание широкой аудитории на политику Exxon Mobil, направленную на загрязнение окружающей среды. Так, в частности, компания Esso игнорировала вопросы глобального потепления и изменения климата при осуществлении своей деятельности. Французское отделение «Гринпис» в ходе кампании использовала логотип Esso, изменив буквы SS в слове Esso символами американского доллара – \$\$\$. Полагая, что действия Greenpeace подпадают под использование товарного знака, компания Esso обратилась в суд. Аргументы истца были основаны на том, что использование его логотипа с двумя знаками доллара посередине может создавать ассоциативные связи между нефтяной компанией и нацистским обозначением SS, что причинит вред репутации компании. Апелляционный суд в решении по делу отметил, что такое использование товарного знака может осу-

ществляться ответчиком в соответствии с конституционной свободой слова в целях критических заявлений. Суд посчитал, что Greenpeace создала пародию на товарный знак Exxon Mobil и может использовать обозначение E\$\$O в устных заявлениях, официальных отчетах, на своем сайте в целях критики и комментирования действий нефтяной компании, поскольку это соответствует целям общественной организации Greenpeace. Суд также указал, что Greenpeace не имело намерения продвигать созданный ими бренд E\$\$O, из сообщений общественной организации четко усматривалось, что концепция пародийного бренда была создана исключительно для полемики¹. Подобное же решение в тот же день, что и решение по иску Esso, 8 апреля 2008 г. было вынесено в отношении товарного знака AREVA – названия известной французской компании ядерной промышленности. Greenpeace также устроила акцию против этой компании и переработала товарный знак AREVA, стараясь представить компанию в негативном свете, разместив череп в изображении логотипа. Эти решения, возможно, станут ключевыми в практике французских судов и позволят использовать пародию на товарный знак в некоммерческих целях.

Юрист французского отделения международной консалтинговой фирмы Baker & McKenzie SCP J.F. Bretonnière отмечает, что, основываясь на ст. L.713-5, которая предоставляет защиту известным товарным знакам также и в отношении тех товаров, для которых такой товарный знак не зарегистрирован, французские суды признают коммерческие пародии нарушением исключительного права. Так, Высший суд Парижа 17 февраля 1990 г. посчитал, что юмористическая имитация словесного товарного знака LACOSTE, а также изобразительного товарного знака крокодила с добавлением словосочетания Attention, j'accoste (Beware, I'm accosting), а также семейной пары крокодилов нарушает соответствующие исключительное право. Суд отметил, что право на создание и использование пародии или карикатуры не может рассматриваться в случаях чистого коммерческого интереса². По мнению J.F. Bretonnière, суд пришел к та-

¹ Ann Balatska. Trademark parody and Freedom of expression – Shall we dance? P. 22. URL: http://www.academia.edu/1487976/Trademark_parody_and_Freedom_of_expression_Shall_we_dance_paper_.

² Paris High Court, February 17 1990.

кому выводу также потому, что французское законодательство о товарных знаках не содержит соответствующее исключение в отличии от авторского права Франции.

Возможно поэтому в деле, разрешенном Высшим судом Парижа 14 июля 2001 г., было констатировано нарушение прав DANONE. Здесь ответчик запустил и использовал сайт www.jeboycottedanone.com. На самом сайте был сымитирован комбинированный товарный знак DANONE посредством приписки *Je boycotte* (я бойкотирую), что, по мнению суда, неправомерно и некорректно.

Примечательно, что в деле *ESSO v. Greenpeace*, разрешенном Верховным судом Франции, Парижский суд вынес предварительный запрет (*preliminary injunction*) в отношении ответчика, основываясь на следующих факторах: 1) существенная репутация товарного знака ESSO; 2) товарный знак использовался практически в идентичной форме тому, как он используется правообладателем; 3) ассоциация между обозначением E\$O и товарным знаком ESSO действительно может возникнуть в сознании у потребителей³.

В деле же *Greenpeace v. AREVA* в решении по делу Парижский суд отметил нарушение по следующим причинам: 1) Гринпис могла использовать другие средства для того, чтобы продемонстрировать, что деятельность AREVA в ядерной сфере несет опасность; 2) использованное изображение будет сразу же наталкивать на мысль, что деятельность AREVA смертельно опасна; 3) ассоцирование AREVA со смертельно опасной деятельностью влечет пренебрежительное отношение к компании. Апелляционная инстанция поддержала это решение, ссылаясь на то, что Гринпис злоупотребил своим правом на свободу слова, его действия могут привести к дженеризации обозначения AREVA, связывая товарный знак с чем-то не безопасным и вредным⁴.

Эти решения нижестоящих судов показывают, что правообладатели пытаются защищать свои

товарные знаки от репутационного воздействия, а суды полагают нужным защищать их образ в сознании потребителей.

Но не всегда суды признавали высмеивающее использование товарного знака неправомерным. Так, например, 19 сентября 1990 г. Высшим судом Парижа было признанным правомерным использование товарного знака LADA в шуточном диалоге в фильме, который содержал следующую фразу: «Чем LADA отличается от ВИЧ? Попробуй кому-нибудь передать свою LADA...»⁵. Суд посчитал, что такое использование товарного знака в диалоге имеет юмористический характер, а также признал отсутствие намерения причинить таким использованием истцу вред, признал отсутствие принижения репутации истца (*disparagement*).

Позиция Кассационного суда Франции, скорее всего, изменит подход нижестоящих судов и позволит использовать пародию на товарные знаки в некоммерческих целях. Что касается коммерческого использования пародии, то выработка соответствующих подходов еще ждет своего часа, как и соответствующие судебные споры. Но уже сейчас некоторые французские юристы ищут пути решения. Так F Bretonnière предлагает несколько факторов, которые могут иметь важную роль в разрешении вопроса о том, будет ли признана такая пародия правомерной. Во-первых, необходимо выяснить вопрос о целях пародии. Французский юрист полагает, что судебная практика французских судов показала, использование пародии исключительно в коммерческих целях недопустимо. Если пародия имеет действительно юмористическую или общественную цель перед собой, то она может использоваться в том числе и в коммерческой деятельности. Во-вторых, использование товарного знака в пародии в необходимом объеме. Суд должен определить, является ли использование товарного знака в конкретном случае необходимым и влечет ли оно чрезмерные неблагоприятные последствия для правообладателя.

³ *J.F. Bretonniere* ..Building and enforcing intellectual property value 2009. France ,Trademark rights v free speech: can prejudicial trademark use still be prevented? Baker & McKenzie SCP. URL: <http://www.iam-media.com/Intelligence/IP-Value/2009/Law-litigation-Europe-Middle-East/FranceTrademark-rights-v-free-speech-can-prejudicial-trademark-use-still-be-prevented>. P. 137.

⁴ *J.F. Bretonniere*. Op.cit. P. 138.

⁵ Там же.

Германия

В Германии также имеется своя специфика рассмотрения судами вопроса правомерности пародии в отношении товарных знаков. Практика в отношении коммерческой пародии Германии достаточно обширна, а возможность использования пародии на товарный знак предоставляется на основе конституционных (и естественных) прав человека и гражданина.

В деле *Lila-Postkarte I ZR 159/02*, 3 February 2005; BGH GRUR 2005, 583 Верховный суд Германии признал правомерным использование словесного товарного знака MILKA и фирменного фиолетового дизайн-цвета бренда (который также был зарегистрирован в качестве товарного знака в отношении шоколада) художником при реализации им своих почтовых открыток. На открытке была размещена фраза на немецком языке: «Тишина над верхушками деревьев, где-то коровы мычат. Муу!» (It is quiet over all tree-tops, somewhere a cow moos. Moo!). Открытка была подписана от имени вымышленного персонажа Rainer Maria Milka. что было отсылкой на немецкую поэтессу Rainer Maria Rilke. Ответчик ссылался на то, что его работа в целом является пародией на известную поэму Иоганна Вольфганга Гёте. В своем решении по делу Верховный суд Германии отметил, что почтовая открытка ответчика является художественным произведением, которое имеет право на существование, поскольку включает в себя сатирическое содержание на методы рекламы Milka своей продукции.

Суд отверг наличие нарушения в соответствии со статьей 5 Директивы ЕС 89/104/ЕЕС (эта Директива предшествовала той, что уже была упомянута выше; соответствующие положения также содержат в себе невозможность причинения ущерба различительной способности и репутации используемого товарного знака). Помимо этого Верховный суд ФРГ сослался на положения части 3 ст. 5 Основного закона Германии

(Конституции Германии), которая предоставляет защиту свободе творчества (Freedom of Art) в ФРГ. В мотивировочной части решения было отмечено, что использования цвета бренда и словесного обозначения правомерно по нескольким причинам: во-первых, ответчик не наносит вред репутации товарному знаку Milka; во-вторых, использование товарных знаков нельзя рассматривать как использование исключительно в коммерческих целях. Даже учитывая, что ответчик имел имущественный интерес в том, что продавал свои открытки, это обстоятельство не стало решающим для того, чтобы признать ответчика нарушающим исключительное право на товарные знак⁶.

По мнению Энн Балатцка, решение Верховного суда ФРГ позволяет говорить о том, что право на пародирование товарного знака охраняется в соответствии с конституционным правом на свободу творчества, также гарантированным ст. 10 Европейской конвенции прав человека и гражданина.

Также следующее использование товарных знаков в Германии было признано правомерным и рассматривалось как пародийное использование (несмотря на то что такого исключения для права на товарный знак как пародия в ФРГ законодательно не предусмотрено): использование обозначений MARS и NIVEA в рекламных слоганах для продвижения презервативов MARS macht mobil bei Sex-Sport und Spie⁷ и Es tut NIVEA als das erste Mal⁸; использование слогана adihash gives you speed на футболках (отсылка к Adidas); регистрация и использование доменного имени scheiss-t-online.de⁹ (T-online – интернет-провайдер в ФРГ); использование желтого цвета, зарегистрированного в качестве товарного знака немецкой федеральной почтой Deutsche Post, добросовестной строительной компанией Deutsche Pest¹⁰; использование словесного товарного знака die Tagesschau (название регулярной рубрики на федеральном телевидении) в качестве названия ко-

⁶ *Ann Balatska*. Trademark parody and Freedom of expression – Shall we dance? P. 29. URL: http://www.academia.edu/1487976/Trademark_parody_and_Freedom_of_expression_Shall_we_dance_paper.

⁷ BGH GRUR 1994, 808 – Markenverunglimpfung I.

⁸ BGH GRUR 1995, 57 – Markenverunglimpfung II.

⁹ LG Düsseldorf, judgement of 30 January 2002 – 2a O 245/01.

¹⁰ LG Hamburg GRUR 2000, 514.

лонки новостей в газете¹¹. В некоторых пародийных делах немецкие суды вообще не рассматривали пародию как использование товарного знака, а следовательно, не констатировали нарушение. В частности, в одном из дел использование слогана *Bumms mal Wieder* на наклейках для машин, специально разработанных для того, чтобы соответствовать логотипу BMW¹² (в этом деле ссылка на конституционную свободу творчества отсутствует); использование доменного имени *awd- aussteiger.de* для форума бывших работников немецкой компании, предоставляющей услуги финансового посредника AWD¹³ (в этом деле ссылка на свободу творчества отсутствует); использование названия журнала, которое охранялось в качестве товарного знака *fit for fun* на открытках, адаптированного таким образом, что читатель мог прочесть *fick for fun* (аналог *fuck for fun*) на открытках¹⁴ (в силу конституционного права на свободу творчества); продажа юмористических наклеек с надписью *Lusthansa* (от слова *Lust*), пародирующей известные авиалинии *Lufthansa*^{15, 16}. В 2011 г. на сайте Европейского парламента¹⁷ были размещены материалы, посвященные соотношению свободы слова, самовыражения и исключительному праву на товарный знак. Среди таких материалов были опубликованы отчеты рабочих групп Италии и Германии, посвященные исследованию данного вопроса¹⁸. В качестве выводов рабочей группы Германии указывается, что поскольку категория «использование товарного знака» не определена в законе, то вполне возможно, что на сегодняшний день существует потребность в защите свободы самовыражения. Суд ЕС тракту-

ет категорию использования наиболее широко (в частности, в деле *BMW v. Deenik*, GRUR Int. 1999, 438), а немецкое законодательство не содержит в себе положений об институте свободного использования товарных знаков, только частные случаи, которые не являются нарушением исключительного права¹⁹.

Таким образом, немецкие суды достаточно лояльно относятся к пародии на товарный знак, в том числе и используемой в коммерческой деятельности.

Нидерланды

Голландские суды также признают возможность создания пародии на товарные знаки. Так в юридическом сообществе Нидерландов выделяется так называемое дело *The Miffy case*²⁰. В данном деле голландский хостинг-провайдер *Punt.nl* на принадлежащих ему сайтах *www.gratisanimaties.punt.nl*, *www.terreurmutsie.punt.nl* разместил семь пародийных мультяшек с известным мультимедийным в Голландии персонажем – кроликом *Miffi* (зарегистрированного в качестве товарного знака), который представлялся в необычных для этого персонажа сценах. Правообладателю не понравилось такое использование персонажа – товарного знака, и он обратился в суд. Примечательно, что ответчик в этом деле ссылался на возможность создания пародии без разрешения правообладателя и выплаты ему вознаграждения, предусмотренную законом об авторских правах²¹ в том случае, если такая пародия не нарушает правила социальных обычаев (*what would normally be sanctioned under the rules of social custom*). В 2009 г. окружной суд Амстердама за-

¹¹ OLG Hamburg GRUR-RR 2002, 389.

¹² BGH GRUR 1986, 759.

¹³ OLG Hamburg MMR 2004, 415.

¹⁴ OLG Hamburg AfP 1999, 287.

¹⁵ OLG Frankfurt am Main, NJW¹⁹⁸², 648.

¹⁶ AIPPI Report Q188 in the name of the German Group by Christian ROHNKE, Kristofer BOTT, Kay-Uwe JONAS and Sigrid ASSCHENFELDT URL: <https://epthinktank.eu/2014/07/04/european-trademark-law-and-the-freedom-of-speech/>.

¹⁷ Там же.

¹⁸ AIPPI Report Q188 in the name of the German Group by Christian ROHNKE, Kristofer BOTT, Kay-Uwe JONAS and Sigrid ASSCHENFELDT P.168. URL: https://www.aippi.org/download/committees/188/GR188germany_english.pdf.

¹⁹ AIPPI Report Q188 in the name of the German Group by Christian ROHNKE, Kristofer BOTT, Kay-Uwe JONAS and Sigrid ASSCHENFELDT P.169. URL: https://www.aippi.org/download/committees/188/GR188germany_english.pdf.

²⁰ Court of Appeal of Amsterdam, decision of 13 September 2011, LJN: BS7825, (*Mercis B.V./ Punt.nl B.V.*) overturning District Court of Amsterdam, 22 December 2009 LJN: BK7383 (*Mercis B.V./ Punt.nl B.V.*), IER 2010, 23.

²¹ Статья 18b: «Publication or reproduction of a literary, scientific or artistic work in the context of a caricature, parody or pastiche will not be regarded as an infringement of copyright in that work, provided the use is in accordance with what would normally be sanctioned under the rules of social custom».

претил использование персонажа в двух мультиках из семи. В решении по делу было отмечено, что мультик под названием *lijntje*, в котором Miffy с большими красными глазами нюхает кокаин, и *nijn-eleven*, в котором Miffy, управляя аэропланом, планировал врезаться в небоскреб, нарушают права на товарный знак – персонажа мультика для маленьких детей, поскольку может воздействовать на репутацию товарного знака и создать ассоциацию между товарным знаком и употреблением наркотиков, терроризмом. Отмечается, что это решение в Голландии получило разную оценку среди юристов²². Но уже 13 сентября 2011 г. апелляционный суд Амстердама отменил решение нижестоящего суда, посчитав, что указанные мультфильмы не могут нарушить права ни на персонажа, ни на товарный знак. Использование персонажа в пародиях, по мнению суда, которая позволяет ассоциировать персонажа детских мультфильмов с наркотиками, сексом или терроризмом, необязательно неправомерно²³. Примечательно, что законодательство о товарных знаках Голландии не содержало исключения – возможности создания пародии.

Также интересно другое дело – *Darfunica case*. В этом деле спор разгорелся вокруг картины художницы Нади Плеснер (*Nadya Plesner*): маленькой и худой африканской девочки, стоявшей нагишом и держащей в руках сумочку *Louis Vuitton* и чихуахуа. Изображение представляло собой часть работы под названием *Simple Living*, которая была направлена на привлечение внимания общественности к проблемам Дарфуры, и, в том числе, к проблеме голода в Африке. Надя Плеснер предлагала к продаже свою картину. *Louis Vuitton* полагала, что использование сумочки, дизайн которой (принт) зарегистрирован в качестве товарного знака и промышленного образца – дизайна Европейского союза, подрывает репутацию компании, создает негативные ассоциации. При этом, однако, представители *Louis Vuitton* выбрали довольно изощренный способ защиты своих прав. Прежде всего, из трех видов правовой защиты –

произведения, товарного знака и промышленного образца был выбран режим исключительного права на промышленный образец. Также представители дома моды утверждали, что авторское право Голландии, которое предоставляет в качестве случая свободного использования возможность создания пародии, не применяется, если это затрагивает репутацию компании. Такой вывод был сделан представителями истца на том основании, что свободное использование – пародия является ограничением исключительного права; репутация же является чем-то, что от исключительного права отлично, не охраняется и не включается в состав исключительного права и является другим имуществом компании. Случаи свободного использования произведения, такие как пародия, предусмотрены в качестве тех случаев, которые не нарушают исключительное право, однако это не говорит о том, что такое предусмотрено в случае, если нарушена репутация компании.

Суд первой инстанции удовлетворил требования истца частично. В окружном Гаагском суде ответчик ссылаясь на права, гарантированные ему ст. 10 Европейской конвенции о защите прав человека и основных его свобод (далее – Конвенция), в том числе свободу творчества. Компания *Louis Vuitton* также ссылаясь на свои естественные права, дарованные ст. 1 Первого протокола Конвенции, которая гарантирует защиту имущества (в понимании предоставления гарантий юридически лицам в понимании ЕСПЧ в решении по делу *Анкхойзер буш против Португалии* 2007 г.). Во второй инстанции суд признал, что художник не нарушает права компании, а ст. 10 Европейской конвенции по охране основных прав и свобод человека и гражданина предоставляет общую возможность художнику использовать товарный знак или промышленный образец в своей работе.

Примечательно, что действия компании Луи Вьюттон привели к так называемому «эффекту Стрейзанд»: <http://www.nadiaplesner.com/simple-living--darfunica1>.

²² Lucie Guibault. (2011). The Netherlands: Darfunica, Miffy and the right to parody!. *jipitec*, Vol. 2. P. 238.
URL: <https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-2-3-2011/3178/guibault.pdf>.

²³ Lucie Guibault. The Netherlands: Darfunica, Miffy and the right to parody! P. 238.
URL: <https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-2-3-2011/3178/guibault.pdf>.

Данный опыт показывает, что суды Франции, Голландии, Германии понимают, насколько широка сегодня категория исключительного права на товарный знак, и осознают существующий конфликт между свободами творчества, самовыражения, информации и правом на товарный знак. В законодательстве этих стран не было опыта свободного использования для исключительного права на товарный знак как создание пародии. Однако суды предоставляют возможность для такого использования, оправдывая его в том числе и положениями Европейской конвенции о защите прав человека и основных его свобод. К сожалению, судебная практика по данному вопросу достаточно казуистична и может отличаться не только от страны к стране, но и между различными судами одного государства. При этом можно отметить, что многие суды анализируют намерения ответчика-пародиста и запрещают пародии тогда, когда они используются в качестве средства продвижения собственных товаров ответчика. Отдельного замечания заслуживает то, что европейские суды все-таки признают возможность использования пародии на товарный знак в коммерческой деятельности, в том числе ссылаясь на свободу слова и свободу творчества.

Но иногда европейские суды считают, что свобода творчества и свобода слова не могут ущемлять интересы правообладателя товарного знака.

Англия

В 2007 г. английский суд выдал судебный запрет на передачу в эфир телепередачи о конкурсах красоты для трансвеститов и транссексуалов под названием MR MISS WORLD по иску правообладателя товарного знака MISS WORLD. В этом деле суд посчитал, что ответчик получает несправедливое преимущество от уже зарегистрированного товарного знака. Предоставляя судебный запрет истцу, судья Pumfrey J отметил, что «сфера применения статьи 10 (Европейской конвенции по охране основных свобод прав человека и гражданина) в отношении товарных знаков совершенно не проработана... будет совершенно спра-

ведливо отметить, что в этом аспекте она совершенно не работает»²⁴.

Но не все английские суды запрещают пародии на товарные знаки. В 2009 г. популярная английская онлайн-игра для детей The Moshi Monsters представила пародийного персонажа на известную певицу Леду Гагу – Lady Goo Goo²⁵. Персонаж-пародия на Леди Гагу была представлена в игре впервые в сентябре 2009 г., через несколько месяцев после выпуска первого хита Леди Гаги в Европе. Первоначально создатели компьютерной игры отрицали, что их персонаж является пародией на Леди Гагу. На этом основании Леди Гага подала иск к создателям игры. Нужно отметить, что иск был обоснован также тем, что Леди Гага обладала исключительным правом на товарный знак Lady Gaga. Леди Гага опасалась, что размещение шуточных клипов с пародийным персонажем в игре и на YouTube может повлиять на деятельность самой певицы; ответчик осуществляет свою деятельность, как и сама певица. В мае 2011 г. певица запустила в детской онлайн-игре Farmville брендированный уголок Lady Gaga, в котором можно было покупать внутриигровые товары. В апреле 2011 г. ответчик – создатель игры пытался зарегистрировать товарный знак Lady Goo Goo, а также выпустил клип на танцевальную песню в игре и на YouTube The Moshi Dance Song в июне того же года с пародийным персонажем. В сентябре 2011 г. иск был подан истцом. Исковые требования первоначально были сформулированы так, чтобы предотвратить использование песни выдуманного персонажа. Позже требования были дополнены запретом самого пародийного персонажа. Леди Гага утверждала, что о персонаже ей стало известно только после публикации пародийного клипа на YouTube. Первоначально создатели игры отрицали пародию на известную песню певицы Bad Romance. Однако иск был мотивирован не нарушением прав на песню, но нарушением прав на товарный знак. Суд отметил, что имя Lady Goo Goo сходно до степени смешения с известным товарным знаком Lady Gaga, что создатели игры могут получать неспра-

²⁴ Burrell, Robert and Gangjee, Dev Saif, Trade Marks and Freedom of Expression: A Call for Caution (April 20, 2010). University of Queensland TC Beirne School of Law Research Paper No. 10-05. URL: <https://ssrn.com/abstract=1604886> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1604886>. P. 24.

²⁵ Помимо этого в игре были такие пародийные персонажи, как Broccoli Spears и Banana Montana.

ведливые преимущества от различительной способности товарного знака (take unfair advantage of its distinctive character²⁶). Более того, Ga-Ga и Goo-Goo – это звуки, которые издают младенцы, что еще раз может свидетельствовать о сходстве имен. Суд посчитал, что Lady Goo Goo не была чистой пародией: она должна была популяризировать игру The Moshi Monsters, а в последующем использоваться для продажи записей пародийных песен.

Также в деле тщательно анализировалась возможность смешения двух брендов потребителями. Суд посчитал, что потребители могут подумать о коммерческой связи брендов истца и ответчика с большой долей вероятности. Клип на YouTube Lady Goo Goo был отмечен тегами так, что при наборе на сайте поискового запроса Lady Gaga пародийный клип отображался в результатах. Суд постановил, что некоторые, если не большинство потребителей будут введены в заблуждение этим обстоятельством. Анализ Интернет-бло-

гов показал, что некоторые пользователи Интернета отождествляют Lady Gaga с Lady Goo Goo. Суд учел тот факт, что на продвижение вымышленного персонажа заплатили 200 000 долларов, поэтому принял Соломоново решение. Ответчику было позволено оставить персонажа и развивать его в рамках детской компьютерной игры, но при этом был выдан судебный запрет использование его за рамками игры, в том числе при публикации клипов на YouTube²⁷. При этом истцу надлежало выплатить ответчику 300 000 фунтов для вступления судебного запрета в силу.

Данная практика демонстрирует, что пародия на товарный знак получает право на свое существование в европейских странах. Зачастую коммерческое использование пародии на товарный знак признается правомерным. Полагаем, что и российские суды не должны предвзято относиться к коммерческим пародиям на товарные знаки как заведомо недопустимым.

Ключевые слова:

пародия, товарный знак, исключительное право, свободное использование товарных знаков.

Список литературы:

1. *Ann Balatska*. Trademark parody and Freedom of expression – Shall we dance? P. 22. URL: http://www.academia.edu/1487976/Trademark_parody_and_Freedom_of_expression_Shall_we_dance_paper_.
2. *J.F. Bretonnière*. Building and enforcing intellectual property value 2009. France, Trademark rights v free speech: can prejudicial trademark use still be prevented? Baker & McKenzie SCP. URL: <http://www.iam-media.com/Intelligence/IP-Value/2009/Law-litigation-Europe-Middle-East/FranceTrademark-rights-v-free-speech-can-prejudicial-trademark-use-still-be-prevented>. P. 137.
3. AIPPI Report Q188 in the name of the German Group by Christian ROHNKE, Kristofer BOTT, Kay-Uwe JONAS and Sigrid ASSCHENFELDT. P. 168. URL: https://www.aippi.org/download/committees/188/GR188germany_english.pdf.
4. *Lucie Guibault*. (2011). The Netherlands: Darfurnica, Miffy and the right to parody!. *jipitec*, Vol. 2. P. 238. URL: <https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-2-3-2011/3178/guibault.pdf>.
5. Burrell, Robert and Gangjee, Dev Saif, Trade Marks and Freedom of Expression: A Call for Caution (April 20, 2010). University of Queensland TC Beirne School of Law Research Paper No. 10-05. URL: <https://ssrn.com/abstract=1604886> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1604886>. P. 24.
6. *Sarah Byrt*. Lady Gaga stops Lady Goo Goo’s song – trade marks and parodies in the UK. Mayer Brown Legal Update. October 2011. P.1. URL: <https://www.mayerbrown.com/files/Publication/eed723e4-061e-479c-9046-c70e56704937/Presentation/PublicationAttachment/436e7f5c-8f27-4ea2-9008-b2412740105a/11754.pdf>.

²⁶ *Sarah Byrt*. Lady Gaga stops Lady Goo Goo’s song – trade marks and parodies in the UK. Mayer Brown Legal Update. October 2011. P.1. URL: <https://www.mayerbrown.com/files/Publication/eed723e4-061e-479c-9046-c70e56704937/Presentation/PublicationAttachment/436e7f5c-8f27-4ea2-9008-b2412740105a/11754.pdf>.

²⁷ *Ate My Heart Inc v Mind Candy Ltd* [2011] EWHC 2741 (Ch).

Признаки неотчуждаемости права авторства



Л.К. Бондаренко,

д. ф. н., кандидат искусствоведения,
СКФ ФГБОУ ВО «Российский государственный университет правосудия»,
г. Краснодар, доцент кафедры УПП

В статье раскрывается проблема единообразия понимания основных понятий в авторском праве. Исследуются условия возникновения и границы неотчуждаемости в праве авторства. Выявляются признаки неотчуждаемости в понятиях: интеллектуальная деятельность; творчество; художественное творчество; творческая личность; произведение искусства с точки зрения искусствоведения, философии, социальной психологии, – актуальные в судопроизводстве.

При решении проблемы охраны (ст. 1250, 1251 ГК РФ¹) границ авторского права (ст. 1255 ГК РФ) особую роль приобретает единообразие ключевых понятий, имеющих межотраслевой характер и исходящих из нескольких разделов специальных знаний: социальной психологии, искусствоведения, эстетики, культурологии, юриспруденции. В данном контексте привлекает внимание один из аспектов авторского права – неотчуждаемость права авторства (право на имя и иные личные немущественные права, п. 2. ст. 1228, ст. 1255 ГК РФ). Так, в пункте 2, 3 ст. 1255 ГК РФ определены границы авторского права совокупностью прав, каковыми являются: исключительное право; авторство; право автора на имя; право на неприкосновенность произведения; право на обнародование произведения. В этой же статье в п. 3 показаны расширенные границы авторского права: право

на вознаграждение; право на отзыв; право следования; право доступа к произведениям искусства.

Интеллектуальные права (ст. 1227 ГК РФ) на произведения искусства, интерпретируемые в контексте исследования как неотделимость (неотчуждаемость и непередаваемость) результатов интеллектуальной деятельности от личности (имени) создателя (п. 2. ст. 1228 ГК РФ), составляют особенность данного института гражданского права.

Таким образом, в фокусе внимания находится проблема неотчуждаемости и непередаваемости права авторства на произведения искусства.

Изучаемый аспект актуален в случае регулирования правовых споров в сфере культуры, что нашло отражение в материальном праве в ч. IV, разд. VII Права на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации ГК РФ, а также в УК РФ² (преступления против консти-

¹ Гражданский кодекс Российской Федерации (ГК РФ) от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ Принят Государственной Думой 21 октября 1994 г. от 7 февраля 2017 г. № 12 – Список изменяющих документов ФЗ, от 28 марта 2017 г. № 39-ФЗ, Редакция от 28 марта 2017 г. // <http://www.consultant.ru/> Дата обращения 30 июня 2017 г.

² Уголовный кодекс, действующая редакция от 7 февраля 2017 г. Москва, Кремль 13 июня 1996 г. № 63-ФЗ. Принят Государственной Думой 24 мая 1996 г. Одобрен Советом Федерации 5 июня 1996 г. Каталог документов, изменяющих УК РФ// <http://rulaws.ru/uk/> Дата обращения 20 августа 2017 г.

туционных прав и свобод человека и гражданина ст. 146, ст. 147 УК РФ; преступления в сфере экономической деятельности ст. 180 УК РФ).

Проблема охраны границ права авторства актуальна при установлении предмета доказывания в гражданском, арбитражном, административном и уголовном процессе; в экспертной деятельности при определении уполномоченными лицами предмета исследования судебно-искусствоведческой экспертизы и постановке вопросов перед судебным экспертом.

Таким образом, тема исследования отвечает современной тенденции интеграции специальных и юридических знаний [13], обеспечивающей эффективность судопроизводства.

Для исследования выделенной проблемы необходимо применение комплекса методов: формально-логического, системно-структурного, аналогии и сравнения, с помощью которых возможно решение задачи по выяснению признаков неотчуждаемости права авторства в рамках современного судопроизводства.

Исследование. В статье 1228 ГК РФ указывается, что интеллектуальная деятельность – это творческий труд (который неотъемлем от создателя). В этой связи возникает вопрос: чем же обусловлена неотчуждаемость права авторства?

Чтобы ответить, необходимо уточнить ключевые для права авторства понятия, имеющих отношение к правам на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации – произведение искусства³, как то: «интеллектуальная деятельность», «художественное творчество», «произведение искусства», «творческая личность». Это позволит установить признаки неотчуждаемости права авторства относительно продукта художественного творчества.

В большинстве источников определение «деятельность» имеет единообразный характер, т. к. оно основывается на концепции разработанной в разное время в различных контекстах в социальной психологии: культурно-исторической концепции Л.С. Выготского [5]; общей психологии А.Р. Лу-

рии [12, с. 65–66]; А.Г. Маклакова [14]; когнитивистикой психологии С.Л. Рубинштейна [16, с. 551] и аналитической концепции психологии личности А.А. Леонтьева [11, с. 431] и др. С этих позиций любая деятельность, в том числе интеллектуальная и творческая, рассматривается как особый вид деятельности, определенной социальной активности человека [16, с. 551], проявляющейся в специфических формах поведения. В данных видах деятельности отражаются особенности психики субъекта, его индивидуально-психологические свойства, проявляющиеся в мотивационной сфере [16, с. 435–442] и психическом состоянии. В конечном итоге в деятельности выражается отношение субъекта к общественным и социальным ценностям⁴.

В этой связи следует отметить, что существуют различные виды деятельности: игровая; познавательная; учебная; трудовая; деятельность общения; творческая, которая является когнитивной преобразовательной деятельностью, направленной на творческое создание нового, общественно значимого продукта⁵; противоправная; преступная и т. д. Интеллектуальная деятельность имеет сквозной характер, она же определяет качественные характеристики любого вида деятельности⁶.

В этой связи возникает вопрос о характерных признаках художественного творчества как разновидности интеллектуальной деятельности.

Художественное творчество как явление имеет особую ценность в процессе развития личности, общества, государства, народа. Оно неотделимо от понятия творчества как особого вида деятельности. Данное понятие имеет свою длительную историю развития, получая, как правило, концептуальную интерпретацию, зависящую от историко-культурной парадигмы.

Советский психолог Я.А. Пономарёв – специалист по психологии творчества (эвристике⁷) – отмечал, что творчество проявляется во взаимодействии творческой личности с действительностью. Он полагал, что это своего рода механизм, ведущий к развитию как творческой личности, так и его окружения. Творчество, считал советский пси-

³ Раздел VII ГК РФ.

⁴ Прим. автора.

⁵ См.: <https://ru.wikipedia.org/wiki/Деятельность>. Дата обращения: 16 июня 2017 г.

⁶ Прим. автора.

⁷ Эвристика – техническое моделирование процесса поиска и открытия нового знания. См.: БСЭ. 3 изд. Т. 25. С. 331.

холог, – это необходимое условие для развития материи, образования ее новых форм, вместе с возникновением которых меняются и сами формы творчества, где творчество человека является лишь одной из таких форм [15]. Тем самым Я.А. Пономарёв как бы поставил знак равенства между развитием и творчеством.

Если исходить из данного определения, то творческое начало является одним из свойств материи, что исключает воздействие на среду творческой воли со стороны человека. С этим трудно согласиться, так как развитие материи не является сутью проявления, в данном случае художественного творчества.

Если считать творчество свойством материи, то, по теории саморазвития Дарвина [6], развитие неорганической или органической природы происходило до недавнего времени – времени изменения экосреды – и без воздействия человека. Однако адаптация, являющаяся революционным этапом развития живого организма, большей частью является стрессовым не осознаваемым полностью процессом приспособления организма к изменениям среды [9]. В этом случае адаптация как проявление свойства живой материи не может расцениваться как творчество в контексте человеческой деятельности, так как оно присуще всем живым организмам в той или иной степени.

В этом случае художественное творчество имеет, в отличие от естественных концепций, ярко выраженный искусственный характер. Являясь побуждением (не вполне осознаваемым внутренним мотивом [16]), оно требует все же вполне осознанного подхода на этапе формирования мотивации (выбор эстетической цели; выбор художественных средств; принятие решения; оценка возможных рисков; планирование; применение творческой воли; осознание наступления определенного результата; эстетическая самооценка результата творческой деятельности).

В этом плане более определенно интерпретирует творчество С.Л. Рубинштейн, который видел суть творчества в разрешении определенной теоретической или практической проблемы [16,

с. 551]. Тем самым он как бы переместил творчество сугубо в контекст деятельности человека.

Применительно к художественному творчеству следует отметить, что проблема творческого поведения (творчества), как таковая имеет психофизиологический характер. Она возникает на глубинном уровне как не вполне осознаваемое побуждение в творческой самореализации. В этом смысле художественное творчество как самостоятельный вид творчества располагает определенным художественным (выдуманым) способом взаимодействия творческой личности со своим внутренним интуитивным (не всегда осознаваемым, но глубоко чувствуемым художником) миром и окружающей его реальностью. В этом случае художественное творчество имеет одновременный интуитивный неосознаваемый и осознаваемый характер [12].

В этой связи можно отметить следующие признаки художественного творчества:

1) художественное творчество – это высшая стадия познавательного процесса, отвечающая необходимости создания художественного образа.

В контексте основы создания интеллектуального продукта художественное творчество является процессом преодоления интеллектуальных, психо-эмоциональных, эстетических, этических барьеров, которое реализуется в виде эстетически обусловленной художественной деятельности, сопровождаемой эстетически обусловленными переживаниями⁸;

2) целью творчества является создание художественного образа, имеющего художественную форму и художественное содержание.

Художественное творчество в области образительного искусства проявляется в непосредственном или целенаправленном применении специальных художественно обусловленных знаний: интуитивных, или специальных, – личностью, имеющей потребность в создании нового интеллектуального продукта. В результате создается художественно значимый объект, вызывающий эстетические переживания, исходящие из опыта и ценностных ориентаций творческой личности⁹.

⁸ Прим. автора.

⁹ То же.

Исходя из вышесказанного можно выделить следующие признаки художественного творчества, составляющие сущность неотделимости (неотчуждаемости) продукта интеллектуального труда и личности создателя:

– художественное творчество является процессом удовлетворения потребности в творческой самореализации с целью создания уникального (нового) интеллектуального продукта;

– художественное творчество характеризуется художественными способами творческой самореализации;

– художественное творчество нацелено на создание произведения искусства, в котором аккумулярована уникальная авторская (не отделимая от личности создателя) ценная для общества и художественной культуры художественная информация, требующая защиты со стороны государства.

Выделенные признаки в совокупности раскрывают общественную ценность художественного творчества, что составляет основу юридического содержания понятия «интеллектуальная деятельность», которая предполагает действительный характер данного явления, состоявшегося в реальности и совершившегося в действительных условиях. Именно этот аспект нашел отражение в охранном институте авторского права как юридически обусловленного механизма защиты результатов интеллектуальной деятельности.

В институте неотчуждаемости права авторства следует выделить субъект интеллектуальной деятельности – творческую личность. В статье 1228 ГК РФ указано, что автором результата интеллектуальной деятельности «признается гражданин, творческим трудом которого создан такой результат». В пункте 2 ст. 1228 ГК РФ закреплено, что право авторства, т. е. право на имя и иные личные неимущественные права, неотчуждаемы и непередаваемы.

Таким образом, в праве авторства аккумуляровано признание общественной значимости творческой личности как источника творческой информации; самого творческого метода, обеспечивающего результат; а также – признание ценности продукта интеллектуальной деятельности – произведения искусства для культуры, художественные свойства которого коррелируют с общественно значимой иерархией историко-культурных и эстетических ценностей и пр.¹⁰. На основе признания общественной ценности творческой личности выстраивается государственная политика (через фонды, государственные премии и награды) по поддержанию, сохранению, передаче произведения искусства в государственные учреждения¹¹.

В этом случае творческая личность характеризуется:

– наличием творческих способностей, необходимых для восприятия и обработки специального информационного объема;

– наличием художественных и эстетических знаний, необходимых для качественной обработки специфической информации;

– творческими навыками художественно обусловленного воспроизводства информации, необходимой для создания художественных признаков и свойств произведения искусства или их изменения в процессе создания предметов изобразительного, декоративного, декоративно-прикладного, монументального, визуального искусства;

– умениями – художественно обусловленными методами, техническими средствами, стандартными и уникальными способами, необходимыми для создания художественного образа, т. е. способностью применять с помощью специальных методов, художественно обусловленные знания в практической деятельности.

¹⁰ То же.

¹¹ Федеральный закон от 15 апреля 1993 г. № 4804-1 «О вывозе и ввозе культурных ценностей» с изменениями и дополнениями от: 2 ноября 2004 г., 23 июля 2008 г., 17 июля 2009 г., 1 июля, 6 декабря 2011 г., 23 июля 2013 г. <http://base.garant.ru> (Дата обращения: 28 мая 2017 г.); Федеральный закон от 25 июня 2002 г. № 73-ФЗ «Об объектах культурного наследия (памятниках истории и культуры) народов Российской Федерации» (Собрание законодательства Российской Федерации, 2002, № 26, ст. 2519)/ <http://base.garant.ru/> (Дата обращения: 28 мая 2017 г.); Федеральный закон от 22 октября 2004 г. № 125-ФЗ «Об архивном деле в Российской Федерации» (с изменениями и дополнениями) 4 декабря 2006 г., 1 декабря 2007 г., 13 мая 2008 г., 8 мая, 27 июля 2010 г., 11 февраля 2013 г., 4 октября 2014 г., 28 ноября 2015 г., 2 марта, 23 мая 2016 г. Принят Государственной Думой 1 октября 2004 г. Одобрен Советом Федерации 13 октября 2004 г./Система ГАРАНТ: <http://base.garant.ru/>; Федеральный закон «О Музейном фонде Российской Федерации и музеях в Российской Федерации» от 26 мая 1996 г. № 54-ФЗ (последняя редакция) Принят Государственной Думой 24 апреля 1996 г. (Дата обращения: 28 мая 2017 г.).

Заключительным этапом в процессе интеллектуальной деятельности – художественного творчества – является появление результата: произведения искусства, в котором ярко проявляются его сущностные бытийные черты, которые лежат в основе неотчуждаемости авторских прав.

В этой связи следует уточнить понятие «произведение искусства» в юридическом контексте (в данном случае, произведение изобразительно-го искусства).

В статье 1225 ГК РФ указано, что производением науки, литературы и искусства является «результат интеллектуальной деятельности и приравненным к ним средства индивидуализации юридических лиц, товаров, работ, услуг и предприятий, которым предоставляется правовая охрана»¹². Далее в статьях 1226, 1227 ГК РФ закреплено, что интеллектуальная собственность, являясь результатом интеллектуальной деятельности конкретных лиц, обладает личными неимущественными правами, которые следуют за ранее созданным произведением. Исходя из этого – произведение изобразительного искусства представляет собой материальное воплощение творческого труда, которое имеет двойной статус. Оно, являясь интеллектуальной собственностью автора, представляет собой материально выраженный объект, который обладает свойствами духовного продукта¹³ (т. е. как результат духовной деятельности, способный воздействовать на духовную сферу человека).

В данном случае высокий статус продукта интеллектуальной деятельности обусловлен его уникальными (художественными по форме и содержанию [1] и эстетическими по целям) свойствами.

Если применить криминалистическую теорию идентификации [7, 13], то основными признаками произведения искусства являются:

– индивидуальность – как неповторимость совокупных признаков произведения изобразительного искусства, достигнутых в результате уникального (не серийного) способа создания;

– устойчивость этих признаков относительно времени и пространства.

К этому можно добавить промежуточное звено между устойчивостью и рефлексорностью (относительно произведения искусства), как то:

– узнаваемость как отражение наличия значимых индивидуальных, устойчивых признаков произведения искусства, занимающего определенное место в системе художественных эстетических ценностей¹⁴;

– рефлексорность как способность произведения изобразительного искусства в силу наличия в нем неотъемлемых художественных эстетических качеств, воздействовать на эстетическое сознание [10] (знание) и подсознание (чувственную сферу) реципиента.

Уникальность свойств произведения изобразительного искусства обусловлена нацеленностью их на удовлетворение эстетической потребности в духовной пище [8].

Таким образом, произведение искусства представляет собой: активный процесс психофизиологического отражения творческой личностью окружающего мира; актуальное познание окружающей действительности; воспроизведение этого отражения в уникальной эстетической художественной форме.

Вывод. Выявленные общие и частные признаки в основных компонентах права авторства, в таких как: художественное творчество как вид интеллектуальной деятельности; творческая личность как основополагающий субъект авторского права; произведение искусства как результат интеллектуальной деятельности, – позволяют в совокупности определить основные свойства неотчуждаемости права авторства.

В итоге произведение искусства в духовном плане представляет собой сущность творческой активности [17] личности, нацеленной на воздействие, главным образом – на эстетическое мировосприятие человека и общества в целом посредством художественного образа. Именно так возникает неотъемлемая духовная связь создателя – художника, скульптора, архитектора – и его интеллектуального продукта – произведения искусства, которое, обладая уникальными,

¹² См.: Раздел VII Права на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации, ч. 4, глава 68 ГК РФ.

¹³ Прим. автора.

¹⁴ То же.

неповторимыми, узнаваемыми характеристиками (поэтому воздействующими на психофизиологические свойства других), составляет единое целое с духовной сущностью творческой личности. В юридическом контексте это – связь с именем автора как выражением морального капитала творческой личности [2], а также его психофизикой как материальным условием возникно-

вения интеллектуального продукта. Это придает черты неразделимости личности и творческого процесса и целостности личности от конечного продукта – произведения изобразительного искусства.

Таким образом, выявленные признаки и свойства являются одним из условий неотчуждаемости права авторства.

Ключевые слова:

авторское право; неотчуждаемость права авторства; творческая деятельность; произведение искусства.

Список литературы:

1. Анализ и интерпретация произведения искусства: Учеб пособие / Н.А. Яковлева, Е.Б. Мозговая, Т.П. Чаговец и др.; под ред. Н.А. Яковлевой. М.: Высшая школа, 2005. 551 с.
2. Бердяев Н.А. Философия свободы. Смысл творчества. М, 1989.
3. Бондаренко Л.К. Основные адаптивные процессы в современном отечественном искусстве рубежа веков. (1991-2011 гг.). / Дисс. на соискание д. ф. н., подгот. на кафедре эстетики МГУ им. М.В. Ломоносова, 2016. 379 с.
4. Большая советская энциклопедия. 3 изд. Т. 25. С.331.
5. Выготский Л.С. Психология искусства / Общ. ред. В.В. Иванова Коммент. Л.С. Выготского и В.В. Иванова, вступит. ст. А.Н. Леонтьева. 3-е изд. М.: Искусство, 1986. 573 с.
6. Дарвин Ч. Происхождение видов путем естественного отбора /Комментарии А.В. Яблокова, Б.М. Медикова. М.: Просвещение, 1987. 383 с.
7. Зинин А.М., Майлис Н.П. Научные и правовые основы судебной экспертизы: Курс лекций. М. 2001.
8. Ильин И.А. Путь к очевидности. М., 1993.
9. Интегральная индивидуальность человека и ее развитие / РАН. ИН-Т Психологии. Пермский ГПУ. Под ред. Б.А. Вяткина. М.: Ин-т Психологии РАН, 1999. 328 с.
10. Искусство в системе культуры. Составитель и ответственный редактор М.С. Каган. Л.: Наука, ленинградское отделение, 1987. 270 с.
11. Леонтьев А.А. Деятельность Сознание. Личность. М.: Смысл, 2005.
12. Лурия А.Р. Лекции по общей психологии. СПб.: Питер, 2004. 320 с.
13. Майлис Н.П. Основы дактилоскопии: Курс лекций. М : РГУП., 2016. 155 с.
14. Маклаков А.Г. Общая психология: Учебник для вузов. СПб: Питер, 2004. 583 с.
15. Пономарев Я.А. Исследование проблем психологии творчества. Сборник статей. М., Наука, 1983.
16. Рубинштейн С.Л. Основы общей психологии. СПб.: Питер, 2005. 551 с.
17. Современная философия: Словарь и хрестоматия. Ростов-на-Дону: Феникс, 1995. 511 с.

Ivanov, Nikita Vitalievich

Associate Professor, candidate of legal Sciences
Saint-Petersburg State Economic University, head of
Department of civil law:

Saint-Petersburg branch of Higher school of Economics,
associate Professor of civil law and process Department
4nivanov@gmail.com

**Legal regulation of the use of musical works as part
of the TV programs**

The article considers the issues of legal qualification
of the use of musical works as part of the TV programs.
Based on the analysis of current legislation, practice and
opinions of experts, the author formulates proposals for
improvement of legal regulation in this sphere.

Keywords: copyright; complex object; an audiovisual
work; license agreement; collective management of
copyright.

Ulyanova, Ekaterina Vladimirovna

PG student of the Russian Presidential Academy of
National Economy and Public Administration, assistant of
the President of the Intellectual Property Court
sip.eulyanova@ARBITR.RU

**Historical Aspect for Legal Protection of Audiovisual
Works**

The article considers general questions concerning
the legal status of the cinematographic (audiovisual)
works since their appearance in 1895 till the adoption of
the amendments to the Berne Convention 1886, which
provided the existence of the cinematographic work as a
separate subject of the IP.

Keywords: audiovisual work, Berne Convention 1886,
cinematograph, copyright, subject of the IP.

Mikhailov, Semen Viktorovich

Ph.D., lecturer of the Department of Intellectual
Property Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
semmikhv@mail.ru

What is the right to be forgotten?

The article is devoted to the institutional issues
concerning the substantiation of the right to be forgotten.

Keywords: the right to be forgotten, the right to oblivion,
substantiation of the right to be forgotten on the Internet,
law on the Internet, legal regulation on the Internet.

Mikhailov, Semen Viktorovich

Ph.D., lecturer of the Department of Intellectual
Property Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
semmikhv@mail.ru

Anonymity in the Internet

The article explores the rationale for the principle of
anonymity in the Internet.

Keywords: anonymity on the Internet, anonymity online,
substantiation of anonymity on the Internet, law on the
Internet, legal regulation on the Internet.

Zaitsev, Aleksei Maksimovich

LLM (RSPL), Private practice
Alzaytsev94@gmail.com

**Licensor`s bankruptcy issues in Germany and the
USA**

In the represented Article the Author analyzes Germany
and USA court practice and regulation concerning license
agreements issues.

Keywords: insolvency, bankruptcy, license agreements,
sublicense agreements.

Mikhailov, Alexey Viktorovich

Russian and Eurasian patent attorney
Alexey@mikhailov.pro

**Peculiarities of Essen defense, 10 years after the
Letter of HAC of the RF No 122 of December 13, 2007**

Hereby we are trying to make clear the genuine sense of
the Letter of HAC of the RF No 122 of December 13, 2007,
which introduced a new of defense in patent infringement
cases (Essen defense).

Keywords: Essen defense, patent collision.

Zaitsev, Aleksei Maksimovich

LLM (RSPL), Private practice
Alzaytsev94@gmail.com

Trademark parodies in the Europe

In the represented Article the Author analyzes the
trademarks parodies court practice of European countries.
The Author, stated, that trademarks parody not always
infringing the exclusive right, even if it is used in commercial
activities, according to European experience.

Keywords: trademark, parody, fair dealing, exclusive
right.

Bondarenko, Lyudmila Konstantinovna

D.F.S., Cand. of Art Science, North-Caucasus Branch of
FGBEI HE "Russian State University of Justice", Krasnodar,
reder department of criminal process law.
sichaykin@mail.ru

The characteristic unalienable of justice authorship

Opens the problem uniformity basic determinations
of author's law. Accent the conditions rise and borders
the unalienable of justice authorship. Revelation the
characteristics unalienable to determinations: intellectual
work, fiction creative work, creative personality, product
of art, actual to legal procedure, proceed: of Art Science,
philosophy, social psychology.

Keywords: author's law, unalienable of justice authorship,
creative work, product of art.