



Журнал Суда по интеллектуальным правам

Июнь 2021

34

Правовое регулирование отношений, возникающих по поводу объектов интеллектуальной собственности, созданных технологией искусственного интеллекта, на примере опыта Великобритании, США и ЕС

46

Понятие сайта (веб-сайта) для целей права

133

Споры по нарушениям исключительных прав на товарные знаки в маркетплейсах

Содержание

- 4 **Официальная хроника**
ПРОТОКОЛ № 26 заседания Научно-консультативного совета при Суде по интеллектуальным правам

Правовые вопросы

Э.А. Шахназарова

- 34 **Правовое регулирование отношений, возникающих по поводу объектов интеллектуальной собственности, созданных технологией искусственного интеллекта, на примере опыта Великобритании, США и ЕС**

Правовое регулирование отношений, возникающих по поводу объектов интеллектуальной собственности, созданных технологией искусственного интеллекта, является одной из наиболее актуальных тем как в российской, так и в зарубежной юридической науке. В настоящей статье на примере опыта Великобритании, США и ЕС проанализированы различные подходы к таким вопросам, как возможность создания технологией искусственного интеллекта объектов интеллектуальной собственности, охраноспособность таких объектов, определение субъектов соответствующих прав.

М.А. Рожкова, О.В. Исаева

- 46 **Понятие сайта (веб-сайта) для целей права**

С развитием цифровых технологий веб-сайт приобрел значительную популярность как инструмент, используемый в профессиональной деятельности. Вместе с тем современная правоприменительная практика свидетельствует об отсутствии четкого понимания правовой природы данного объекта. Авторами статьи предпринята попытка продемонстрировать предусмотренные действующим законодательством возможности предоставления охраны составляющим веб-сайта, а также оценить перспективы охраны веб-сайта в целом.

М.А. Рожкова, О.В. Исаева

- 55 **Правовые режимы фотографии в российском праве**

Современная фотография является не только искусством, но также служит доказательством или средством запечатления изображения человека. Несмотря на закрепление различных правовых режимов фотографии их соотношение между собой до сих пор не до конца понятно. Авторы указывают на существующие проблемы и пробелы законодательства, а также выдвигают предложения, которые могут быть полезны как ученым при дальнейшем обсуждении данной темы, так и законодателю при развитии существующего регулирования.

В.Л. Вольфсон

- 70 **По направлению к восстановлению: компенсация за нарушение исключительного права в доктрине, правовых позициях Конституционного Суда и правоприменении**

Зависимость размера компенсаций за нарушение исключительного права от понимания их природы столь значительна, что незавершенность давней научной дискуссии оборачивается поправками в ГК, постановлениями Конституционного Суда, разъяснениями Верховного Суда и неустойчивой судебной практикой. Рассматривая компенсацию как одну из восстановительных мер ответственности, автор предлагает изменения легального режима, но также показывает, какие требования при его сохранении являются злоупотреблением правом.

Д.В. Мурзин

- 103 **Виндикационная модель защиты исключительного права на результаты интеллектуальной деятельности**

В статье рассматриваются вопросы применения виндикации к отношениям, связанным с защитой исключительного права на результаты интеллектуальной деятельности. Делается вывод о необходимости разработки общего способа защиты нарушенных абсолютных прав по виндикационной модели. Применение виндикационной модели придаст предсказуемость правоприменительной деятельности, создаст гарантии защиты нарушенных прав независимо от юридической специфики объекта абсолютных прав и технических особенностей фиксации этих прав. В отношении регистрируемого имущества основанием для применения виндикационной модели служит слабая публичная достоверность систем учета прав. Обеспечительной (абсолютной) составляющей виндикационной модели является признание

Главный редактор:

Е.А. Ястребова

Главный научный редактор:

В.А. Корнеев

Редакционная коллегия:

Л.А. Новоселова

В.А. Корнеев

В.В. Голофаев

М.А. Рожкова

Е.А. Павлова

В.О. Калятин

В.В. Байбак

Е.Ю. Пашкова

Редакционный совет:

Л.А. Новоселова

В.А. Корнеев

В.В. Витрянский

П.В. Крашенинников

Т.К. Андреева

Е.А. Суханов

И.А. Дроздов

Секретарь

редакционного совета:

Е.В. Ульянова

Дизайн, верстка, цветокоррекция:

Т.В. Арклиц

Корректор:

Е.В. Рыжер

ISSN 2313-4852

© Суд по интеллектуальным правам,
Фонд «Правовая поддержка», 2021

права. Восстановительной (относительной) составляющей виндикационной модели является восстановление легитимации правообладателя в отношении принадлежащих ему объектов абсолютного права (возврат владения, внесение изменений в записи о правообладателе в системах учета прав, передача права администрирования доменным именем и т. п.).

Т.Н. Бурибаев, А.А. Гачина

110 **World of Lawcraft. Вопросы защиты прав пользователей онлайн-игр**

Настоящая статья посвящена рассмотрению вопросов возможности применения права реального мира в целях регулирования отношений, возникающих из видеоигр. Авторами исследована концепция «магического круга», позволяющая осознать примерную «границу» виртуального мира, внутри которой игровые отношения не должны быть подвержены правовому регулированию. Особое внимание уделено сложившейся в российской судебной практике негативной тенденции отказов в защите прав пользователей онлайн-игр.

Е.В. Залазаева

128 **Позиция судов по вопросу охраны контента группы в социальных сетях как объекта интеллектуальной собственности (обзор)**

В статье рассматривается вопрос об охране контента группы в социальных сетях как объекта интеллектуальных прав на основе анализа судебной практики. По результатам анализа судебной практики и научной доктрины по рассматриваемому вопросу выделены три основные позиции: первая – группа в социальной сети как объект прав изготовителя базы данных, вторая – невозможность признания смежных прав на группу в социальной сети, третья – сообщество в социальной сети как вторичное произведение: сложный объект или составное произведение.

Право на товарные знаки

А.С. Ворожевич

133 **Споры по нарушениям исключительных прав на товарные знаки в маркетплейсах**

Статья посвящена условиям ответственности маркетплейсов за нарушения исключительных прав на товарные знаки. На основе анализа актуальной российской и зарубежной судебной практики автор отвечает на вопрос, относятся ли маркетплейсы к информационным посредникам.

З.А. Кашаров, Э.Н. Гапураева

142 **Вопросы квалификации действий по приобретению и использованию исключительного права на товарный знак в качестве недобросовестной конкуренции или злоупотребления правом**

На сегодняшний день вопросы квалификации действий по приобретению и использованию исключительного права на товарный знак в качестве недобросовестной конкуренции или злоупотребления правом являются актуальными и активно обсуждаются в научном сообществе. Существует неопределенность в разграничении недобросовестной конкуренции и злоупотребления правом при регистрации товарных знаков. В статье предпринята попытка разграничения понятия недобросовестной конкуренции и злоупотребления правом.

161 *И.Д. Ходаков*

Договоры о сосуществовании товарных знаков в российской и международной практике

Статья посвящена договорам о сосуществовании товарных знаков и правоприменительной практике, связанной с заключением таких договоров при регистрации товарных знаков и отчуждении исключительного права на товарный знак, в российском и зарубежных правовых порядках.

Патентное право

172 *А.Г. Королева*

Особенности применения доктрины функциональности в сфере законодательства о промышленных образцах

В статье приводится анализ применения доктрины функциональности при выявлении существенных признаков промышленного образца, обусловленных исключительно технической функцией изделия. На основе исследования отечественной и зарубежной правоприменительной практики делается вывод о необходимости совершенствования методики анализа элементов художественно-конструкторских решений на наличие утилитарных функций.

ПРОТОКОЛ № 26 заседания Научно- консультативного совета при Суде по интеллектуальным правам

28 апреля 2021 г.

Заседание Научно-консультативного совета при Суде по интеллектуальным правам (далее – НКС при СИП) прошло в онлайн-формате на платформе Microsoft Teams.

На обсуждение были вынесены вопросы, возникающие при рассмотрении дел о пресечении нарушений исключительных прав. Данные вопросы в виде проекта Обзора практики Суда по интеллектуальным правам были предварительно направлены всем участникам заседания (далее – Обзор).

В заседании приняли участие члены НКС при СИП, представители органов государственной власти, в том числе судьи и работники аппаратов арбитражных судов, Первого апелляционного суда общей юрисдикции, преподаватели и сотрудники кафедр ведущих высших учебных заведений страны, а также практикующие юристы.

Письменные заключения по поставленным к заседанию вопросам представили:

Бутенко Светлана Викторовна – кандидат юридических наук, патентный поверенный Российской Федерации, ведущий научный сотрудник Научно-образовательного центра «Интеллектуальная собственность и интеллектуальные права» Юридического института Национального исследовательского Томского государственного университета, заместитель директора общества с ограниченной ответственностью «Агентство интеллектуальной собственности «Бутенко и партнеры»;

Войниканис Елена Анатольевна – кандидат философских наук, доцент, ведущий научный сотрудник Института права и развития ВШЭ – Сколково, член Международного научно-образовательного центра «Кафедра ЮНЕСКО по авторскому праву, смежным, культурным и информационным правам» Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики»;

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

Гринь Елена Сергеевна – кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры интеллектуальных прав Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА);

Кожемякин Дмитрий Владимирович – кандидат юридических наук, старший научный сотрудник Научно-образовательного центра «Интеллектуальная собственность и интеллектуальные права» Юридического института Национального исследовательского Томского государственного университета;

Копылов Сергей Александрович – заместитель директора по правовым вопросам автономной некоммерческой организации «Координационный центр национального домена сети Интернет» (далее – Координационный центр);

Медведев Валерий Николаевич – управляющий партнер юридической фирмы «Городисский и Партнеры», патентный поверенный Российской Федерации, Евразийский патентный поверенный; президент российской национальной группы Международной федерации поверенных по интеллектуальной собственности (FICPI Russia);

Рабец Анна Петровна – кандидат юридических наук, доцент, заместитель заведующего кафедрой гражданского права и процесса Юридической школы Дальневосточного федерального университета;

Федотов Михаил Александрович – доктор юридических наук, профессор, руководитель Международного научно-образовательного центра «Кафедра ЮНЕСКО по авторскому праву, смежным, культурным и информационным правам» Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики».

В дискуссиях участвовали:

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

Бутенко Светлана Викторовна – кандидат юридических наук, патентный поверенный Российской Федерации, ведущий научный сотрудник Научно-образовательного центра «Интеллектуальная собственность и интеллектуальные права» Юридического института Национального исследовательского Томского государственного университета, заместитель директора общества с ограниченной ответственностью «Агентство интеллектуальной собственности «Бутенко и партнеры»;

Войниканис Елена Анатольевна – кандидат философских наук, доцент, ведущий научный сотрудник Института права и развития ВШЭ – Сколково, член Международного научно-образовательного центра «Кафедра ЮНЕСКО по авторскому праву, смежным, культурным и информационным правам» Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики»;

Калятин Виталий Олегович – кандидат юридических наук, профессор Российской школы частного права, главный юрист по интеллектуальной собственности РОСНАНО, член рабочей группы по

подготовке проекта части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации;

Копылов Сергей Александрович – заместитель директора по правовым вопросам автономной некоммерческой организации «Координационный центр национального домена сети Интернет»;

Корнеев Владимир Александрович – кандидат юридических наук, заместитель председателя Суда по интеллектуальным правам;

Медведев Валерий Николаевич – управляющий партнер юридической фирмы «Городисский и Партнеры», патентный поверенный Российской Федерации, Евразийский патентный поверенный; президент российской национальной группы Международной федерации поверенных по интеллектуальной собственности (FICPI Russia);

Мурзин Дмитрий Витальевич – кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского права Уральской государственной юридической академии, член Научно-консультативного совета при Арбитражном суде Уральского округа;

Серго Антон Геннадьевич – доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры интеллектуальных прав Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), профессор Российской государственной академии интеллектуальной собственности, президент юридической фирмы «Интернет и Право»;

Старженецкий Владислав Валерьевич – кандидат юридических наук, первый заместитель декана факультета права, доцент кафедры международного публичного и частного права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики»;

Тиллинг Екатерина Михайловна – адвокат, руководитель практики интеллектуальной собственности юридической фирмы Eversheds Sutherland;

Федотов Михаил Александрович – доктор юридических наук, профессор, руководитель Международного научно-образовательного центра «Кафедра ЮНЕСКО по авторскому праву, смежным, культурным и информационным правам» Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики»;

Щербак Наталия Валериевна – кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры гражданского права Московского государственного университета им. М.В. Ломоносова.

Заседание открыла председатель Суда по интеллектуальным правам **Л.А. Новоселова** и назначила модератором заседания заместителя председателя Суда по интеллектуальным правам **Георгия Юрьевича Данилова**.

В качестве первого вопроса Г.Ю. Данилов предложил обсудить отраженную в пункте 1.1 Обзора проблему, которая была сформулирована следующим образом.

Требование о пресечении правонарушения, выражающегося в неправомерном использовании доменных имен, тождественных или сходных до степени смешения с товарным знаком, может быть заявлено в том числе регистратору в виде требования прекратить делегирование доменного имени¹.

В сопровождающем указанный вопрос примере суд возложил на регистратора доменных имен (далее – регистратор) обязанность прекратить делегирование доменного имени. Не согласившись с судебным актом, регистратор обратился в суд с кассационной жалобой, в которой указал, что, являясь регистратором, он не несет ответственность за действия администратора доменного имени (далее – администратор). По мнению регистратора, статья 1253.1 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ) в отношении его неприменима, поскольку он не является информационным посредником.

Как указал регистратор, предъявление требований о нарушении исключительного права на товарный знак при его использовании в доменном имени возможно исключительно к администратору, что разъяснено в пункте 159 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 23.04.2019 № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» (далее – Постановление ВС РФ № 10).

Суд установил, что на основании подпункта 2 пункта 1 статьи 1252 ГК РФ исковое требование о пресечении действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения, может быть предъявлено в том числе к лицу, которое само та-

кие действия не совершает, но может их пресечь. Установление в Правилах регистрации доменных имен закрытого перечня оснований для прекращения делегирования доменов не исключает возможности принятия судебного акта о пресечении нарушения путем прекращения делегирования доменов, поскольку данные Правила не являются нормативным актом и не могут ограничить предоставленную законом возможность защиты права истца путем предъявления такого требования (*постановления Суда по интеллектуальным правам от 05.12.2016 по делу № А56-74358/2015, от 04.07.2018 по делу № А40 132026/2017, от 03.02.2020 по делу № А40-311941/2018, от 20.05.2020 по делу № А40-77990/2019*).

В пункте 1.1 Обзора были обозначены также следующие дополнительные вопросы.

А. Если к регистратору домена предъявлен иск о прекращении делегирования этого домена, достаточно ли привлечения администратора домена в качестве третьего лица, не заявляющего самостоятельных требований относительно предмета спора, или суд должен предложить истцу привлечь администратора домена как соответчика/второго ответчика по делу?

В некоторых случаях администратор домена привлекается к участию в деле наряду с регистратором в качестве ответчика по требованию о прекращении делегирования доменного имени (постановления Суда по интеллектуальным правам от 05.12.2016 по делу № А56 74358/2015, от 03.02.2020 по делу № А40-311941/2018), в других – в качестве третьего лица, не заявляющего самостоятельных требований (*постановление Суда по интеллектуальным правам от 20.05.2020 по делу № А40-77990/2019*).

Б. Должно ли требование о пресечении нарушения сначала обязательно быть предъявлено к администратору домена, а лишь во вторую очередь – к регистратору?

В. Допустимо ли требование о прекращении делегирования домена в случае неправо-

¹ Согласно п. 1.1 Правил регистрации доменных имен в доменах .RU и .РФ, утвержденных решением Координационного центра от 05.10.2011 № 2011-18/81 (далее – Правила регистрации доменных имен; Правила), делегирование домена – размещение и хранение информации о доменном имени и соответствующих ему серверах DNS на серверах DNS домена верхнего уровня, что является необходимым условием для функционирования доменной адресации в сети Интернет.

мерного использования результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации на сайте при отсутствии доменного нарушения? Если да, то при каких условиях оно может быть удовлетворено?

Г. Могут ли меры пресечения носить временный характер, например, в рассматриваемом случае – прекратить делегирование домена до удаления информации с сайта?

Так, в случае удовлетворения указанного требования без ограничений по времени администратор домена не сможет использовать данный домен для правомерных целей, например, чтобы адресовать пользователя на другой сайт (*постановления Суда по интеллектуальным правам от 07.09.2018 по делу № А55-11965/2017, от 08.12.2016 по делу № А40-52455/2015; определение Арбитражного суда города Москвы от 04.06.2014 по делу № А40-118705/2013*).

Первым слово было предоставлено **А.Г. Серго**, который отметил правильность и разумность подхода, изложенного в пункте 1.1 Обзора. В отношении дополнительных вопросов «А», «Б», «В», «Г» он изъявил желание прокомментировать их позднее.

С.А. Копылов озвучил положения, отраженные в его письменном заключении. По утверждению выступающего, на основании подпункта 2 пункта 1 статьи 1252 ГК РФ пресечение незаконных действий в виде прекращения делегирования доменного имени регистратором исполнимо. Однако применение подобных мер не в полной мере будет служить достижению целей иска об устранении нарушения, выражающегося в правомерном использовании товарных знаков на сайте или в доменном имени.

Делегирование доменного имени заключается в размещении и хранении информации о доменном имени и о соответствующих ему серверах DNS² (nameservers) на серверах DNS домена верхнего уровня (корневой зонный файл), что является необходимым условием для функционирования доменной адресации в сети Интернет.

Прекращение делегирования доменного имени заключается в удалении информации об этом

доменного имени и о серверах DNS, на которых размещен зонный файл домена, из корневого зонного файла, вследствие чего ресурс, адресация к которому осуществляется с использованием доменного имени, делегирование которого прекращено, станет недоступен пользователям, чьи устройства обращаются к такому ресурсу через корневые серверы DNS. Однако пользователям интернет-провайдера или хостинг-провайдера, на чьих серверах DNS размещен зонный файл домена, ресурс будет доступен до тех пор, пока этот провайдер не удалит зонный файл домена со своих серверов DNS.

По мнению **С.А. Копылова**, прекращение делегирования доменного имени существенно затрудняет доступ к сайту, к которому адресует доменное имя, но не исключает возможность доступа к этому сайту иными способами, например путем использования IP-адреса или другого доменного имени. Данные тезисы отражены в решениях судов первой и второй инстанции по ряду дел (например, № А40-102695/2015, № А40-52455/15, № А40-18446/18), указывающих на то, что прекращение делегирования доменного имени де-факто не влечет прекращения доступа к нарушающему права правообладателя материалу.

В случае если доменное имя используется не только в качестве средства адресации к сайту, где размещена информация с нарушением прав правообладателя, но и в качестве адреса электронной почты и/или имени почтового сервера, и/или имен серверов DNS, используемых пользователями сети Интернет, то при прекращении делегирования такого доменного имени у этих пользователей возникнут проблемы с электронной почтой, станут недоступны их сайты. Кроме того, по словам выступающего, при прекращении делегирования доменное имя продолжает быть зарегистрированным в реестре доменных имен на ответчика как на нарушителя законных прав и интересов истца.

С.А. Копылов отметил, что применение рассматриваемой меры может быть избыточным и может ограничивать доступ не только к незаконному, но и к законному контенту, размещенному

² От англ. Domain Name System – «система доменных имен» – компьютерная распределенная система хранения и обработки информации о доменных зонах.

на указанном сайте, а также может нарушить систему адресации к другим сайтам и доступ к адресам электронной почты на доменном имени, делегирование которого было прекращено. Это в целом может повлечь риски, вплоть до признания требований истца о прекращении делегирования злоупотреблением правом по смыслу статьи 10 ГК РФ. В связи с этим, по мнению выступающего, данную меру нужно использовать в исключительных случаях, когда речь идет о правонарушениях, связанных с незаконным использованием результатов интеллектуальных прав в части контента, опубликованного на сайте. Однако подобная мера является малоэффективной в случаях нарушения права на товарный знак в доменном имени.

На взгляд С.А. Копылова, когда прекращение делегирования доменного имени как мера окончательного пресечения адресации к сайту сформируется в судебной практике, и регистратор будет привлекаться в качестве ответчика, то на него однозначно распространится норма об информационных посредниках. В этом случае регистраторы будут вынуждены прекращать делегирование по досудебным требованиям правообладателей, без учета значимости сайта и существа требований к контенту, поскольку регистратор не может повлиять на контент никаким способом.

В соответствии со сложившейся судебной практикой (например, дела № А40-77990/19, № А40-18446/18, № А55-11965/2017, № А40-109822/2020), по утверждению выступающего, регистратор не относится к данной категории. Регистратор не включен также в круг субъектов – операторов связи, провайдеров услуги хостинга и др., которые вовлечены в установленную Федеральным законом от 27.07.2006 № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» (далее – Закон об информации) процедуру ограничения доступа к информации в сети Интернет.

Резюмируя, С.А. Копылов отметил, что в настоящее время уже существуют результативные с технической стороны механизмы разрешения рассматриваемой проблемы. В судах европейских стран сформировались прецеденты: при нарушении прав на товарный знак в доменном имени следует обращаться с соответствующими требованиями к администратору, а в случае нарушения прав на объекты интеллектуальной собственности на

сайте целесообразно обращаться к хостинг-провайдеру, размещающему данный сайт, за исключением информации, распространяемой с нарушением закона.

Так, в деле от 23.03.2021 № BS-59142/2019-HJR Верховный суд Дании установил, что обладатель веб-сайта и хостинговая компания могут удалить контент с веб-сайта, который нарушает авторские права, но регистратор не может этого сделать. Лишь в случае, если не представляется возможным воздействовать на правонарушителя или удалить контент с сайта, в качестве крайней меры можно рассматривать вопрос об обращении к регистратору за прекращением делегирования доменного имени.

Позицию С.А. Копылова поддержал **В.Н. Медведев**. Он отметил, что при разрешении подобных споров необходимо учитывать множество аспектов технического характера. С позиции правообладателя, казалось бы, является достаточно логичным обратиться к регистратору с требованием о прекращении делегирования, и при отсутствии делегирования якобы не будет функционировать доменное имя. Но это не соответствует действительности. Следовательно, в таких случаях суд должен исходить из конкретных обстоятельств дела.

В.А. Корнеев попросил С.А. Копылова и В.Н. Медведева в контексте рассматриваемого вопроса назвать возможные альтернативные способы защиты прав правообладателей.

С.А. Копылов высказал мнение о том, что на сегодняшний день Координационный центр в качестве альтернативного варианта защиты прав пытается активно лоббировать «фильтр» Федеральной службы по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций (Роскомнадзора). Это похоже на меры, направленные на обеспечение защиты авторских и (или) смежных прав в сети Интернет. В случае одобрения предложения Координационного центра Московский городской суд по заявлению правообладателя товарного знака будет осуществлять обеспечительные меры. Таким образом, в «фильтр» Роскомнадзора будут помещаться три идентификатора сайта – доменное имя, IP-адрес, унифицированный указатель ресурса URL (сетевой адрес). Эти идентификаторы будут блокироваться на уровне провайдера. Несмотря на то, что существуют ме-

тоды обхода этого «фильтра», 99% так называемых ленивых пользователей уже не смогут посещать сайт правонарушителя.

По утверждению С.А. Копылова, указанная мера в настоящее время признана эффективной и активно применяется в других странах. Другого метода, кроме как удаление незаконного контента с источника, не существует. Второй по эффективности метод, как указал выступающий, – это список Роскомнадзора.

Частично соглашаясь с мнением С.А. Копылова, **В.Н. Медведев** отметил, что сегодня пользователи сети Интернет становятся более продвинутыми. Многие из них используют VPN³-соединение, поэтому способы обхода указанного «фильтра» существуют. В данном случае Роскомнадзор может предотвращать правонарушения лишь на территории Российской Федерации. Но если воспользоваться другим сервисом или территорией другого государства, то доступ к любому сайту будет легко предоставлен. Соответственно, проблема сохранится.

В качестве решения рассматриваемой проблемы выступающий предложил разрешать судебные споры в порядке упрощенного производства в отсутствие существенных материальных требований. Таким образом, по его мнению, будет обеспечена оперативность судопроизводства.

В своем письменном заключении В.Н. Медведев прокомментировал подпункты «А», «Б», «В», «Г» пункта 1.1 Обзора.

Отвечая на вопрос подпункта «А», В.Н. Медведев указал, что выбор способа защиты права и конкретного ответчика остается за истцом. Если истец не имеет самостоятельных требований к администратору и считает, что только прекращение делегирования доменного имени является наиболее эффективным способом защиты нарушенного права, то достаточно привлечения администратора в качестве третьего лица, поскольку в любом случае судебный акт может затронуть права и обязанности последнего.

В отношении подпункта «Б» В.Н. Медведев отметил, что данный вопрос должен решаться ис-

ходя из обстоятельств каждого конкретного дела и выбранного истцом способа защиты нарушенного права. По мнению В.Н. Медведева, данный подход не ограничивает право истца на применение части 1 статьи 47 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее – АПК РФ).

По подпункту «В» В.Н. Медведев заметил, что разрешение данного вопроса также зависит от обстоятельств конкретного дела, например, если истец сможет доказать, что лишение администратора доменного имени является единственно возможным способом защиты нарушенного права, или если администратор злостно не исполняет ранее принятое решение о прекращении правонарушения, в том числе используя различные технические способы (переадресация, создание «зеркал» и др.).

Комментируя подпункт «Г», В.Н. Медведев подчеркнул, что указанные меры вполне отвечают задаче института обеспечительных мер, предусмотренных главой 8 АПК РФ.

Продолжил дискуссию **В.В. Старженецкий**. Он поблагодарил Суд по интеллектуальным правам за своевременно поднятую тему пресечения правонарушений, поскольку эта тема и соответствующие средства защиты являются одними из главных вопросов во всем мире. Как указал выступающий, пресечение правонарушения по своей эффективности ничем не уступает взысканию компенсации, а порой оно даже превосходит последнее.

В.В. Старженецкий обозначил три красные линии, через призму которых он хотел бы проанализировать пункт 1.1 Обзора. Выступающий отметил, что, во-первых, пресечение правонарушения не должно подменять собой другие средства защиты права, тем не менее из содержания Обзора следует обратный вывод. Во-вторых, требование о пресечении правонарушения должно находиться в прямой причинно-следственной связи с правонарушением. В-третьих, пресечение нарушения права должно быть пропорционально правонарушению с точки зрения прав третьих лиц.

Комментируя подпункт «В» пункта 1.1 Обзора, В.В. Старженецкий указал, что в вопросе о

³ От англ. Virtual Private Network – «виртуальная частная сеть» – совокупность технологий, позволяющих обеспечить одно или несколько сетевых соединений (логическую сеть) поверх другой сети (например, Интернет).

прекращении делегирования при отсутствии доменного нарушения существует диссонанс в отношении прямой причинно-следственной связи. Если пойти этим путем, то можно зайти слишком далеко. По словам выступающего, нельзя сказать, что такой путь невозможен, но должны быть какие-то дополнительные квалифицирующие признаки, например, когда другое средство защиты права не помогает. Тогда крайней мерой является прекращение делегирования домена, за исключением случая нарушения прав на товарный знак в доменном имени.

Высказывая свою точку зрения по поводу подпункта «Г» пункта 1.1 Обзора, В.В. Старженецкий отметил, что, наверное, меры пресечения могут носить временный характер, но опять же в данном вопросе отсутствует прямая причинно-следственная связь в отношении правонарушения. Поэтому, по утверждению выступающего, здесь необходимо добавить какой-то контекст, так как не всегда при правонарушении нужно автоматически прекращать делегирование доменного имени. В данном случае прекращение делегирования является также крайней мерой.

В.В. Старженецкий перешел к обсуждению **пункта 1.2 Обзора**, который содержал следующий вопрос.

В качестве меры пресечения доменного нарушения суд может передать право администрирования спорным доменным именем правообладателю.

В иллюстрирующем указанный вопрос примере суды удовлетворили исковое требование о понуждении ответчика передать безвозмездно истцу право администрирования спорного домена, хотя суд признал обоснованным тот довод ответчика, что в ГК РФ и в иных нормативных актах такой способ защиты гражданских прав, как безвозмездная передача правообладателю товарного знака права администрирования спорного доменного имени, тождественного или сходного до степени смешения с товарным знаком истца, прямо не предусмотрен.

Суд по интеллектуальным правам счел, что удовлетворение такого искового требования не привело к принятию незаконного судебного акта, поскольку препятствия для передачи ответчиком права администрирования доменного имени ист-

цу отсутствуют, а актами в сфере регулирования доменных имен такая передача не запрещена.

На момент рассмотрения судом кассационной жалобы обжалуемое судебное решение в указанной части было исполнено: администратором спорного домена стал истец (*постановление Суда по интеллектуальным правам от 16.05.2019 по делу № А40--126845/2018; аналогично: постановления Суда по интеллектуальным правам от 23.09.2013 по делу № А56-79350/2012, от 15.12.2014 по делу № А41-401/2014, от 11.03.2015 по делу № А79 1204/2014, от 10.04.2015 по делу № А45-11171/2014*).

С точки зрения **В.В. Старженецкого**, в анализируемом случае наличествует концептуальная проблема с подменой средства защиты права. Действительно, в различных правовых системах, по словам выступающего, по-разному отвечают на вопрос о том, вправе ли правообладатель требовать передачу себе доменного имени ответчика. Но в основном такое требование квалифицируется как самостоятельное средство защиты права. Что касается отечественного законодательства или разъяснений судов высших инстанций, то ни один из источников не содержит сведения о том, что указанное требование является самостоятельным средством защиты права. Таким образом, выступающий отрицательно оценил подход, отраженный в пункте 1.2 Обзора.

Е.М. Тиллинг поддержала позицию В.В. Старженецкого. Она отметила, что исполнимость не должна являться единственным возможным критерием для принятия того или иного решения, а также для выбора формы ответственности.

Возвращаясь к пункту 1.1 Обзора, **Е.М. Тиллинг** обратила внимание участников дискуссии на то, что буквальное толкование статьи 1253.1 ГК РФ не позволяет относить регистратора к информационному посреднику. Тем не менее, по словам выступающей, в отношении этого вопроса в практике существует иная точка зрения, а иллюстрирующий пункт 1.1 Обзора дело является хорошим примером для полноценного разрешения данного разногласия.

Далее слово взяла **Н.В. Щербак**, которая согласилась с подходом, изложенным в пункте 1.1 Обзора.

Рассуждая о подпункте «А» пункта 1.1 Обзора, **Н.В. Щербак** задалась следующим вопросом: если

к регистратору предъявлен иск о прекращении делегирования, нужно привлекать администратора в качестве третьего лица, не заявляющего самостоятельных требований, или необходимо его признать в качестве соответчика? С одной стороны, можно предположить, что в каждом конкретном деле судья должен производить квалифицированную оценку роли администратора спорного доменного имени. Но, с другой стороны, можно опираться на Правила регистрации доменных имен.

С точки зрения Н.В. Щербак, в рассматриваемом случае нужно использовать функционально-институциональный подход. Согласно Правилам регистрации доменных имен в функцию регистратора входит делегирование домена, в то время как администратор не занимается таким делегированием. Поэтому когда в судебном процессе к регистратору обращаются с требованием о прекращении делегирования доменного имени, то администратора достаточно признать в качестве третьего лица, не заявляющего самостоятельных требований. Конечно, по утверждению выступающей, третье лицо имеет юридическую заинтересованность в исходе дела, поскольку судебное решение может повлиять на его права и обязанности. Но в данной ситуации администратору статус соответчика не нужен, при условии, что тут отсутствует конкуренция исков, т. е. способы защиты прав не конкурируют между собой.

Комментируя подпункт «В» пункта 1.1 Обзора, Н.В. Щербак отметила, что создается довольно странная ситуация: судья рассматривает спор по существу и констатирует, что в данном случае отсутствует доменное нарушение, т. е. спорное доменное имя не является тождественным товарному знаку истца или сходным с ним до степени смешения. Судья устанавливает, что доменное имя зарегистрировано и используется добросовестно, и, тем не менее, удовлетворяет исковое требование о прекращении делегирования домена. На взгляд выступающей, в подобной ситуации не нужно опираться только на один способ защиты права, а следует использовать другие способы защиты права на основании статей 12 и 1252 ГК РФ.

В отношении пункта 1.2 Обзора Н.В. Щербак высказала следующее мнение. С ее точки зрения, безвозмездная передача судом права администрирования спорного доменного имени правообла-

телю товарного знака вызывает опасения. Выступающая предложила в качестве альтернативного варианта предоставление преимущественного права правообладателю. Иными словами, после удовлетворения иска правообладатель приобретает преимущественное право обратиться к регистратору и перерегистрировать спорное доменное имя на себя. Таким образом, правообладатель демонстрирует свой имущественный интерес, свою заинтересованность в этом доменном имени.

Следующее слово было предоставлено **В.О. Калятину**. Он в целом поддержал позиции предыдущих выступающих по подпункту «А» пункта 1.1 Обзора.

В отношении подпункта «В» пункта 1.1 Обзора выступающий отметил, что сама по себе регистрация доменного имени не является правонарушением, поэтому не должно допускаться прекращение делегирования домена при отсутствии доменного нарушения.

Затрагивая вопрос о том, является ли регистратор информационным посредником, В.О. Калятин отметил, что сама постановка данного вопроса является неправильной. Как указал выступающий, регистратор является лицом, осуществляющим профессиональную деятельность по регистрации доменных имен, в то время как деятельность информационного посредника – это деятельность лица, связанная с предоставлением другому лицу возможности использовать определенные объекты в Интернете. Указанные действия могут пересекаться, а могут и не пересекаться. Регистратор может быть информационным посредником лишь в конкретной обстановке, в конкретных условиях. Поэтому заявлять о том, что регистратор никогда не является информационным посредником, некорректно.

В.О. Калятин заметил, что в пункте 1.2 Обзора вопрос поставлен также неправильно, поэтому из него проистекают соответствующие выводы. По мнению выступающего, целью предъявления иска о нарушении права на товарный знак является пресечение определенного правонарушения, в то время как лицо, обладающее доменным именем, может использовать его, не нарушая права на товарный знак, поскольку товарный знак регистрируется в отношении конкретных товаров и услуг. Иными словами, правообладатель товарного знака

и обладатель доменного имени находятся в разных плоскостях. Соответственно, когда выносится решение о прекращении правонарушения, то это не связано с принадлежностью лицу доменного имени. Если лицо обладает доменным именем, оно может прекратить правонарушение, но оставить за собой данное доменное имя.

В рассматриваемом контексте В.О. Калятин провел аналогию с правом на фирменное наименование. Он указал, что когда происходит нарушение права на товарный знак чужим фирменным наименованием, то ГК РФ предоставляет ответчику право выбора: либо он изменяет свое фирменное наименование, либо он прекращает определенный вид деятельности, которая конфликтует с деятельностью истца, сохраняя при этом за собой право на фирменное наименование. По мнению выступающего, такая же логика должна применяться и в отношении доменного имени. Соответственно, о каком-либо преимущественном праве говорить не приходится, поскольку в данном случае в предмет иска не входит разрешение вопроса о праве на доменное имя.

Свою точку зрения по вынесенным на обсуждение вопросам изложил **А.Г. Серго**.

По подпункту «А» пункта 1.1 Обзора он отметил, что при предъявлении к регистратору иска о прекращении делегирования доменного имени администратор обязательно должен привлекаться к спорному делу. Другой вопрос: достаточно ли привлечения администратора в качестве третьего лица? По утверждению выступающего, хотя с точки зрения истца такой порядок может являться эффективным, но, с другой стороны, это ситуация схожа с тем, когда решается судьба имущества собственника, привлекаемого при этом в качестве третьего лица, что является неправильным.

В отношении подпункта «В» пункта 1.1 Обзора А.Г. Серго указал, что в данном случае вопрос сформулирован некорректно, так как, поднимая вопрос о сайте, далее предлагается решить судьбу домена. По мнению выступающего, сайт и доменное имя – это два различных объекта и прямой связи между ними нет, поэтому смешивать их недопустимо.

Рассуждая о подпункте «Г» пункта 1.1 Обзора, А.Г. Серго подчеркнул, что в данном контексте мера пресечения должна носить исключитель-

но временный характер, поскольку в дальнейшем обладателем доменного имени может стать другое лицо, и было бы несправедливо устанавливать ограничения новому администратору за «грехи» предыдущего администратора.

Озвучивая свою позицию применительно к пункту 1.2 Обзора, выступающий отметил, что при разрешении доменных споров необходимо отказаться от применения правил Координационного центра. По его мнению, решение о передаче доменного имени должно решаться судом, и должно решаться положительно. Это нужно использовать в качестве меры защиты нарушенного права, а не в качестве меры пресечения правонарушения.

Возражая против мнения В.О. Калятина, А.Г. Серго напомнил, что нынешняя судебная практика исходит из того, для признания правонарушения достаточно самого факта регистрации доменного имени, при этом не учитывается вопрос различия сфер деятельности сторон.

Обсуждение пункта 1.2 Обзора продолжил **Д.В. Мурзин**. Он акцентировал внимание участников заседания на том, что согласно позициям Европейского суда по правам человека и Конституционного Суда Российской Федерации (далее – Конституционный Суд) доменное имя является имуществом, право на которое нигде не поименовано. С точки зрения выступающего, защищать нарушенное право на это имущество можно, но необходимо говорить не о специфическом праве – праве администрирования спорного доменного имени, а о признании права (статья 12 ГК РФ). Если будет существовать лицо, которое может оформить признание права, то, соответственно, к этому лицу и будет адресоваться приказ об оформлении признания права.

Дополняя предыдущие выступления участников заседания, **С.А. Копылов** указал, что в данном контексте регистратор как информационный посредник рассматривается только в связи с его непосредственной функцией, а именно поддержки им конкретного доменного имени. Во всех остальных ипостасях не имеет значения, является он информационным посредником или нет. По мнению выступающего, регистратор самостоятельно не устанавливает делегирование домена. Он отправляет заявку администратора, включая сведения о домене, в те серверы DNS, которые

указал сам администратор. Поэтому говорить о том, что именно регистратор устанавливает делегирование, – это не совсем правильно. Регистратор передает сведения, которые ему сообщил администратор.

Возражая В.О. Калятину, выступающий отметил, что согласно пункту 158 Постановления ВС РФ № 10 нарушением исключительного права на общеизвестный товарный знак может являться не только использование доменного имени, но и сам по себе факт регистрации доменного имени, тождественного этому общеизвестному товарному знаку или сходного с ним до степени смешения.

В своем письменном заключении С.А. Копылов высказал мнение также в отношении подпунктов «А», «Б», «В», «Г» пункта 1.1 и пункта 1.2 Обзора.

Комментируя подпункт «А» пункта 1.1 Обзора, С.А. Копылов отметил, что в соответствии с Постановлением ВС РФ № 10, позицией СИП (Справка по вопросам, возникающим при рассмотрении доменных споров, утвержденная постановлением президиума Суда по интеллектуальным правам от 28.03.2014 № СП-21/4) и сложившейся с 2001 года судебной практикой (например, дела № А41-106828/2015, № А56-41504/2017, № А40-236038/18, № А40-320389/19, № А40-236550/2019, № А41-98174/19, № А40-188399/20, № А40-82658/20, решение Люблинского районного суда г. Москвы от 12.03.2018 по делу № 2-932/2018, решение Красноармейского районного суда г. Волгограда от 27.03.2018 по делу № 2-688/2018) надлежащим ответчиком по искам, связанным с доменными именами, является администратор, а регистратор должен привлекаться к участию в деле по таким спорам в качестве третьего лица.

Рассуждая о подпункте «Б» пункта 1.1 Обзора, С.А. Копылов отметил, что по сведениям, известным Координационному центру, в 2021 году регистратор привлекался:

- в качестве единственного ответчика – в 2 (двух) делах;
- в качестве ответчика вместе с администратором – в 4 (четыре) делах;
- в качестве третьего лица, при этом ответчиком являлся администратор – в 22 (двадцати двух) делах;
- в деле участвовал только администратор – 6 (шесть) дел.

Привлечение регистратора в качестве ответчика, по утверждению С.А. Копылова, касается и судебных расходов, которые регистратор может нести, будучи ответчиком. Такая ситуация существует в категории дел по пункту 3 статьи 26 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации (далее – ГПК РФ) (рассматриваемое в Московском городском суде дело № 3-0002/2019), где из-за отсутствия определенности в понятиях и формальной возможности заявить требование к регистратору создается ситуация, где суды удовлетворяют требования о распределении расходов на технических операторов услуг, которые не являются нарушителями прав истца. Расходы на государственную пошлину были взысканы с регистратора также по решениям арбитражного суда по делам № А40-319261/19-110-2381, № А55-14776/2019, № А55-36121/2019.

По подпункту «В» пункта 1.1 Обзора С.А. Копылов указал, что требование о прекращении делегирования в случае неправомерного использования объектов интеллектуальной собственности на сайте при отсутствии доменного нарушения представляется малоэффективным и не соответствующим целям устранения нарушения прав. Основным лицом, которое имеет возможность повлиять по смыслу статьи 1253.1 ГК РФ на передачу контента в сети Интернет и пресечь правонарушение (с учетом порядка ограничения доступа к сайтам, предусмотренного статьями 15.1-1–15.7 Закона об информации, где регистратор не указан как участник данной процедуры), является хостинг-провайдер. Привлечение регистратора в качестве ответчика допустимо в исключительных случаях как временная (обеспечительная) мера, побуждающая ответчика к скорейшему прекращению неправомерного использования объектов интеллектуальной собственности на сайте до вынесения решения суда.

Выражая мысли по поводу подпункта «Г» пункта 1.1 Обзора, С.А. Копылов отметил, что подобные меры пресечения возлагает дополнительные и избыточные обязанности на регистратора и порождают, например, следующие вопросы: должен ли регистратор продлевать регистрацию доменного имени самостоятельно и держать его снятым с делегирования, пока администратор не удалит информацию; должен ли регистратор отслеживать

дальнейшие действия администратора в случае, если лицо удалит информацию с сайта, после чего делегирование будет восстановлено, но лицо вновь разместит запрещенный контент.

С точки зрения С.А. Копылова, лицо может также удалить доменное имя, которое в свою очередь может быть зарегистрировано другим администратором у другого регистратора. Это будет по факту регистрацией уже нового доменного имени, несмотря на совпадения символического обозначения, а новые лица уже не связаны судебным решением в своих действиях.

Высказывая мнение по поводу пункта 1.2 Обзора, С.А. Копылов указал, что требование к ответчику о передаче доменного имени правообладателю может быть заявлено истцом и удовлетворено решением суда. Однако с учетом пункта 4.2.1 Положения «О процедурах, подлежащих применению при возникновении споров о доменных именах», утвержденного решением Координационного центра от 20.09.2012 № 2012-07/47 такое требование может затруднить реализацию прав истца в случае, если ответчик будет уклоняться от исполнения решения суда, и повлечет необходимость обращения в службу судебных приставов за принудительным исполнением.

Равным образом, по словам С.А. Копылова, могут возникнуть сложности с исполнением судебного решения при возможном повороте судебного акта, если доменное имя уже передано истцом третьему лицу либо аннулировано и зарегистрировано другим лицом, что является достаточно распространенной практикой при «обратном захвате домена».

Как отметил С.А. Копылов, необходимо учитывать, что для передачи права администрирования регистратор должен располагать необходимыми для внесения в реестр доменной зоны данными истца (в том числе контактными), а также согласием на обработку таких данных. Возможно, данная информация должна содержаться в резолютивной части судебного решения, чтобы не возникал риск просрочки его исполнения при отсутствии вины регистратора. Кроме того, по утверждению С.А. Копылова, в случае вынесения судебного решения об обязанности регистратора передать доменное имя могут возникнуть иные сложности, например, при отсутствии обеспечительных мер

регистратором и/или администратором в ходе судебного процесса или после вынесения судебного решения может стать другое лицо. Тогда исполнение этого решения не может быть осуществлено.

Немаловажен, на взгляд С.А. Копылова, вопрос о соотношении трехлетнего срока для исполнения судебного решения и жизненного цикла доменного имени, который составляет один год. Без обеспечительных мер доменное имя может удалиться из реестра и может быть зарегистрированным другим администратором, у другого регистратора.

Вынесение подобного судебного решения возможно лишь при условии, что суд получил необходимые и достаточные доказательства того, что на момент вынесения этого решения регистратор, которому заявляются требования, является текущим обслуживающим доменное имя регистратором. В делах, где судом не были установлены судебные ограничения или где доменное имя находится в доменных зонах, в которых отсутствуют аналогичные, предусмотренные правилами Координационного центра, положения о 90-дневных ограничениях на действия с доменом при отсутствии определения об обеспечительных мерах, возникают ситуации, когда во время судебного заседания администратор заменяет регистратора. Таким образом, при отсутствии достаточной осведомленности суда такое решение может быть адресовано ненадлежащему лицу.

Подытоживая, С.А. Копылов отметил, что в целом передача доменного имени в рамках исполнения судебного решения может быть рассмотрена как эффективная мера пресечения незаконного использования товарного знака в доменном имени истца с учетом вышеуказанных обстоятельств.

Излагая свою точку зрения по поставленным вопросам в письменной форме, **Д.В. Кожемякин** отметил, что в рассматриваемых правоотношениях фигура регистратора всегда является вторичной (субсидиарная ответственность) по отношению к той роли, которую играет администратор в допущенном правонарушении. Этот вывод следует из двух посылок. Во-первых, регистратор не обладает полномочиями, позволяющими влиять на выбор конкретного доменного имени в процессе его регистрации. Во-вторых, специфика доменных споров нередко требует прохождения фазы административного разбирательства (например,

в антимонопольных органах), в том числе потому, что многие доменные имена не используются администраторами для продвижения конкретных товаров и услуг, в отношении которых зарегистрирован товарный знак истца, и правонарушителю вменяются специфические составы.

Д.В. Кожемякин указал, что по искам о пресечении правонарушения, в том числе о прекращении делегирования доменного имени, ответчиком всегда должен выступать администратор, а уже во вторую очередь, если истец сочтет это необходимым, – и регистратор. Привлечение по подобным делам администратора в качестве третьего лица едва ли должно допускаться, поскольку в таком случае фактически выносятся решения в отношении имущества администратора.

По мнению Д.В. Кожемякина, прекращение делегирования не приводит к автоматическому аннулированию регистрации доменного имени и потому проблему последующего правонарушения не разрешает. Так, недобросовестный администратор даже в случае удовлетворения такого требования сможет возобновить делегирование, например, перенеся доменное имя к другому регистратору.

По вопросу прекращения делегирования доменного имени в отсутствие доменного нарушения при неправомерном использовании объектов интеллектуальной собственности в контенте сайта Д.В. Кожемякин отметил, что предъявление подобного требования невозможно. Право на доменное имя представляет собой имущественное право, поэтому его ограничение допустимо только на основании прямого указания в федеральном законе.

По утверждению Д.В. Кожемякина, с учетом того, что судебная практика не всегда поддерживает тезис о том, что право на доменное имя носит имущественный характер, целесообразно иметь в виду, что в настоящее время при нарушении прав на объекты авторских и смежных прав установлен иной механизм пресечения правонарушения, нежели прекращение делегирования доменного имени, а именно блокировка сайта на территории Российской Федерации. Эта мера, на взгляд Д.В. Кожемякина, более пропорциональна послед-

ствиям правонарушения, поскольку доменные имена представляют собой универсальную технологию адресации, которая позволяет получить доступ к сайту в разных странах.

В свою очередь, правовая охрана объектов интеллектуальной собственности является строго территориальной и носит специфический характер от юрисдикции к юрисдикции (например, доктрина *fair use*⁴ предоставляет больше свободы использования, чем ограничения исключительного права, предусмотренные российским законодательством). Следовательно, подытоживает Д.В. Кожемякин, констатация нарушения исключительного права на территории одной страны не должна, по общему правилу, приводить к невозможности использования технологии адресации для получения доступа к сайту из других государств. Исключение можно сделать при доказанной направленности сайта исключительно на русскоязычную аудиторию, однако критерии для определения такой направленности в настоящий момент доктриной не выработаны.

Как отметил Д.В. Кожемякин, вынесение решения о передаче доменного имени истцу допустимо и технически такая передача возможна. Он подчеркнул, что подобная мера прямо предусматривается в выработанной Всемирной организацией интеллектуальной собственности Единой политике по урегулированию споров в области доменных имен (*Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy, UDRP*). Никаких объективных причин настаивать на существующей практике, по которой в зоне .RU регистрация доменного имени сначала прекращается, а только затем правообладатель регистрирует его в приоритетном порядке, по словам ученого, не наблюдается.

А.П. Рабец представила письменные комментарии в отношении пункта 1.1 Обзора.

Отвечая на подпункт «А» пункта 1.1 Обзора, А.П. Рабец указала, что в описанной ситуации суд должен предложить истцу привлечь администратора в качестве ответчика. Исковая форма защиты нарушенного права, по словам ученого, подразумевает материально-правовой спор, который

⁴ От англ. *fair use* – «добросовестное использование» – правовая доктрина в США, которая описывает исключения и ограничения исключительного права на объекты авторского права.

основан на нарушении принадлежащего истцу исключительного права на средство индивидуализации. Согласно нормам АПК РФ и ГПК РФ, а также доктрине процессуального права ответчиком должно выступать лицо, которому может быть предъявлено исковое требование, т. е. лицо, которое совершило действия, приводящие к оспариваемому результату, и поэтому может отвечать за эти действия.

На взгляд А.П. Рабец, по сути, нарушителем исключительного права является администратор (пункт 159 Постановления ВС РФ № 10). В доктрине также отмечено, что надлежащим ответчиком по делам о нарушении прав на средства индивидуализации в доменных именах, а также лицом, которое должно нести ответственность за нарушение прав на товарный знак и на фирменное наименование в доменном имени, является администратор. Основной функцией регистратора, по утверждению ученого, являются действия по внесению в Реестр⁵ сведений о доменном имени, о его администраторе и иных установленных сведений. Основание возникновения правоотношения между регистратором и администратором – договор об оказании услуг регистрации. При этом у регистратора существует возможность пресечь действия, нарушающие исключительные права на средства индивидуализации, путем прекращения делегирования доменного имени. Согласно пункту 2 статьи 46 АПК РФ в данном случае имеются основания для процессуального соучастия.

По подпункту «Б» пункта 1.1 Обзора А.П. Рабец высказала то мнение, что требование о пресечении правонарушения сначала должно предъявляться к администратору, а во вторую очередь – к регистратору, за исключением случаев совпадения указанных субъектов в одном лице. Кроме того, не исключен вариант процессуального соучастия.

При предъявлении иска к администратору, по мнению ученого, существуют основания для привлечения регистратора в качестве третьего лица без

самостоятельных требований относительно предмета спора. В связи с этим ввиду некоторой схожести ситуаций стоит обратить внимание на процессуальное положение регистрирующего органа по спорам о правах на недвижимое имущество.

С точки зрения А.П. Рабец, в судебной практике превалирует подход о привлечении регистрирующего органа в качестве третьего лица без самостоятельных требований на предмет спора. Так, согласно пункту 53 совместного постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации и Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 29.04.2010 № 10/22 «О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при разрешении споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав» ответчиком по иску, направленному на оспаривание зарегистрированного права или обременения, является лицо, за которым зарегистрировано спорное право или обременение. Ответчиками по иску, направленному на оспаривание прав или обременений, вытекающих из зарегистрированной сделки, являются ее стороны. Государственный регистратор не является ответчиком по таким искам, однако может быть привлечен к участию в подобных делах в качестве третьего лица, не заявляющего самостоятельных требований относительно предмета спора.

Что касается подпункта «В» пункта 1.1 Обзора, А.П. Рабец указала, что такое требование в определенных случаях допустимо. Иск о пресечении действий, создающих угрозу нарушения интеллектуальных прав (делегирование домена), может быть направлен против косвенных нарушителей, т. е. субъектов, деятельность которых может способствовать нарушению указанных прав (регистратор).

По утверждению ученого, в правовой доктрине исследован набор условий, необходимых и достаточных для возникновения угрозы правонарушения⁶, которые следует учитывать при пресечении правонарушений в сети Интернет. Так,

⁵ Согласно Правилам регистрации доменных имен Реестр – это база данных Координатора, содержащая сведения о зарегистрированных доменных именах второго уровня, их администраторах и другие необходимые сведения. Координатор – это уполномоченное юридическое лицо, осуществляющее управление доменами .RU и .РФ в интересах российского и мирового интернет-сообщества и организующее функционирование Реестра.

⁶ См.: Бондаренко С.С. Защита гражданских прав при возникновении угрозы их нарушения: автореф. дис. канд. юр. наук / С.С. Бондаренко. – СПб., 2011. – С.6.

в состав угрозы правонарушения входят три условия: 1) наличие субъективного права (исключительного права на средство индивидуализации); 2) наличие противоправных действий (например, делящиеся действия); 3) допустимость возникновения дополнительных (недостающих) условий, при которых противоправные действия способны привести к нарушению субъективного права (например, доменному нарушению).

Комментируя подпункт «Г» пункта 1.1 Обзора, А.П. Рабец отметила, что в качестве одного из признаков рассматриваемого способа защиты нарушенных прав в правовой литературе указывается на то, что пресечение противоправного действия может заключаться только в требовании прекращения этого действия, т. е. является бессрочным и постоянным⁷. Вместе с тем по требованию о пресечении действий, нарушающих право на товарный знак и выражающихся в незаконном использовании доменного имени, в целях предотвращения значительного ущерба заявителю могут быть применены обеспечительные меры (пункт 160 Постановления ВС РФ № 10). Прекращение делегирования до удаления информации с сайта, с точки зрения ученого, можно рассматривать в качестве обеспечительной меры ввиду временного характера обеспечительных мер. Без применения обеспечительных мер по доменному спору реализация принятого судебного решения в дальнейшем будет невозможна или существенно затруднена.

М.А. Федотов в своем выступлении поддержал позицию о том, что регистратор может выступать информационным посредником лишь в отдельных случаях. По его мнению, утверждение о том, что Правила регистрации доменных имен не являются нормативным актом, представляется достаточно спорным.

Разбирая подпункт «А» пункта 1.1 Обзора, ученый указал, что ответ на данный вопрос прямо следует из нормы подпункта 2 пункта 1 статьи 1252 ГК РФ, поэтому регистратор является надлежащим ответчиком.

По подпункту «Б» пункта 1.1 Обзора М.А. Федотов заметил, что требование о пресечении пра-

вонарушения не обязательно должно быть предъявлено сначала к администратору, а лишь во вторую очередь – к регистратору. Возможен и противоположный вариант.

М.А. Федотов поддержал позиции, изложенные в подпунктах «В», «Г» пункта 1.1, а также в пункте 1.2 Обзора.

Выступающий прокомментировал пункт 1.3 Обзора, который звучал следующим образом.

Требование о пресечении нарушения, совершаемого с использованием программы для электронной вычислительной машины, с учетом подпункта 2 пункта 1 статьи 1252 ГК РФ может быть предъявлено к правообладателю такой программы.

В прилагаемом к пункту 1.3 Обзора деле истец являлся обладателем исключительного смежного права на базу данных пользователей социальной сети.

Ответчик был правообладателем программы для ЭВМ, которая на основе собственных технологических методов и алгоритмов поиска, хранения и анализа данных из социальных сетей, включая социальную сеть истца, собирает и в автоматизированном режиме обрабатывает данные о пользователях социальной сети для оценки кредитоспособности потенциальных и существующих заемщиков, являющихся пользователями таких социальных сетей. Будучи правообладателем названной программы, ответчик предлагал третьим лицам собственные программные продукты, позволяющие осуществлять работу с данными социальной сети для указанных целей.

Отменяя акты судов нижестоящих инстанций и направляя дело на новое рассмотрение, Суд по интеллектуальным правам указал, что из акта суда апелляционной инстанции не усматривается, что суды установили способ функционирования программного продукта, разработанного ответчиком, и следовательно, выводы по вопросу о том, имело ли место извлечение и (или) использование ответчиком материалов из базы данных, а также носило ли оно существенный характер, не могут быть признаны основанными на исследовании

⁷ См.: Кузнецова О.А. Понятие пресечения действий, нарушающих право, как способа защиты гражданских прав // Современное право. – 2013. – № 12. – С. 66–70.

и оценке всей совокупности имеющих значение для дела обстоятельств.

Если будет установлено, что материалы из базы данных действительно извлекаются и используются, но не ответчиком, а посредством программного обеспечения ответчика, требования истца подлежат рассмотрению с учетом того, что в силу статьи 1252 ГК РФ требование о пресечении действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения, может быть заявлено не только к лицу, совершающему такие действия или осуществляющему необходимые приготовления к ним, но и к иным лицам, которые могут пресечь такие действия (*постановление Суда по интеллектуальным правам от 24.07.2018 по делу № А40-18827/2017*).

По мнению М.А. Федотова, в описанной ситуации требование о пресечении правонарушения к правообладателю программы для ЭВМ может быть предъявлено при наличии двух условий. Во-первых, если лицо использует компьютерную программу для правонарушения с согласия правообладателя данной программы. Во-вторых, если программа для ЭВМ была создана с целью нарушения исключительного права. Только в указанных случаях, по утверждению выступающего, на правообладателя программы для ЭВМ может быть возложена обязанность пресечь правонарушения. Иначе наказание понесет тот, кто является не виноватым.

Пункт 1.3 Обзора был прокомментирован также в письменном заключении **Е.А. Войниканис**. Она отметила, что в данном контексте, применяя подпункт 2 пункта 1 статьи 1252 ГК РФ, суду необходимо установить не только то, что использующие компьютерную программу ответчика лица извлекали и использовали материалы из базы данных социальной сети, но и то, что такое извлечение и использование касалось существенной части базы данных или что такие действия могут привести к воссозданию базы данных в целом или ее существенной части (абзац второй пункта 1 статьи 1334 ГК РФ).

С точки зрения ученого, здесь возможны два варианта: необходимо установить либо извлечение и использование существенной части базы данных каждым отдельным пользователем, либо суммарное извлечение существенной

части всеми пользователями программы для ЭВМ.

При первом варианте, на взгляд Е.А. Войниканис, суд может обязать правообладателя программы для ЭВМ пресечь извлечение и использование материалов лишь в отношении тех пользователей, которые (1) извлекают и используют всю или существенную часть его базы данных или (2) осуществляют неоднократное извлечение или использование материалов базы данных, которое противоречит нормальному использованию базы данных и ущемляет необоснованным образом законные интересы изготовителя базы данных, т. е. может привести к воссозданию всей или существенной части базы данных.

Второй вариант, заключающийся в суммировании извлечения и (или) использования, которые осуществляли пользователи программы для ЭВМ, по утверждению ученого, является крайне спорным.

Для иллюстрации последнего варианта Е.А. Войниканис привела пример, связанный с известной справочно-правовой системой, незарегистрированные пользователи которой в совокупности за достаточно большой период времени могут извлечь и использовать существенную часть данной базы данных, находящейся в открытом доступе. Е.А. Войниканис отметила, что поскольку понятия «извлечение» и «использование» являются широкими понятиями, а способ извлечения и использования принципиального значения не имеет, то такие пользователи оказываются «суммарными» нарушителями исключительного права изготовителя базы данных.

Описанная ситуация, по мнению ученого, не сильно отличается от ситуации с пользователями сети Интернет, которые не зарегистрированы в социальной сети, но осуществляют поиск информации в ее открытой части. Социальные сети в той части, в которой пользователи не устанавливают специальных ограничений по доступу к информации, размещенной на их персональных страницах, представляют собой сети с открытым доступом. Более того, правила доступа к персональной странице устанавливает ее обладатель через специальные настройки, а не обладатель социальной сети. С учетом данных обстоятельств, по словам ученого, можно сказать, что право третьих лиц

(пользователей Интернета, не зарегистрированных в социальной сети) извлекать и использовать данные, размещенные в открытом доступе, преюмируется.

Указанный вывод, как отметила Е.А. Войниканис, не противоречит закону. Пункт 1 статьи 1335.1 ГК РФ наделяет лицо, правомерно пользующееся обнародованной базой данных, правом извлекать из базы данных материалы и осуществлять их последующее использование в любых целях в объеме, составляющем несущественную часть базы данных. При этом закон не ограничивает не только цели извлечения и использования, но и способ их осуществления. Таким образом, лица, не зарегистрированные в социальной сети, вправе извлекать и использовать несущественную часть базы данных социальной сети любым способом, будь то копирование данных вручную или применение для этих целей специальной программы для ЭВМ.

Е.А. Войниканис указала, что подход, содержащийся во втором варианте, противоречит сути и цели правовой охраны смежного права изготовителя базы данных. Согласно позиции Суда по интеллектуальным правам «целью самостоятельной охраны смежным правом содержания базы является защита инвестиций изготовителей таких баз, поскольку такая цель лишь авторско-правовой охраной базы данных достигнута быть не может»⁸.

Вред инвестициям, по мнению Е.А. Войниканис, наносится только в том случае, если извлекается или используется все или существенная часть содержания базы данных. В случае, когда каждый отдельный пользователь извлекает и использует незначительную часть базы данных в своих интересах, законный интерес изготовителя базы данных в защите своих инвестиций не нарушается. В данной ситуации у пользователей, в том числе коммерческих организаций, разные интересы, а вероятность недобросовестной конкуренции и нарушения коммерческих интересов правообладателя отсутствует.

Между тем, как заметила Е.А. Войниканис, возможна и иная ситуация. Смежное право изготовителя базы данных будет нарушено, если у ка-

кой-то части пользователей компьютерной программы будет общий интерес в воссоздании базы данных или в извлечении и использовании ее существенной части. В этом случае оптимальным решением будет предъявление требования о пресечении правонарушения к правообладателю программы для ЭВМ.

В качестве хорошего примера Е.А. Войниканис сослалась на немецкое дело *Automobil-Onlinebörse*⁹, обстоятельства которого состояли в следующем.

Изготовителю базы данных принадлежал сайт по продаже автомобилей, на котором физические лица и компании размещали свои объявления. Ответчиком был правообладатель программного обеспечения для одновременного поиска автомашин на нескольких веб-сайтах, включая сайт истца. Выбрав ответ на запрос с подходящей ему информацией, пользователь мог перейти по ссылке непосредственно на сайт по продаже автомобилей. Кроме того, программное обеспечение ответчика содержало специальную опцию, при использовании которой результаты новых поисковых запросов сравнивались с результатами более старых поисковых запросов, хранящихся в оперативной памяти компьютера. Если в результате сравнения выявлялись новые данные, они сохранялись программой и помечались как новые.

Суд пришел к выводу о том, что поскольку сам ответчик не извлекал никаких данных из базы данных истца, а вместо этого продавал программное обеспечение, то правонарушение могло быть совершено только пользователями программного обеспечения. Однако проведенный судом анализ обстоятельств дела не подтвердил наличие нарушения прав изготовителя базы данных со стороны пользователей спорной программы для ЭВМ.

Верховный суд Германии согласился с выводами апелляционного суда о том, что по смыслу пункта 2 статьи 7 Директивы 96/9/ЕС Европейского парламента и Совета от 11.03.1996 «О правовой охране баз данных» (далее – Директива) действия пользователей представляют собой извлечение материалов из базы данных. Поскольку

⁸ Постановление Суда по интеллектуальным правам от 06.04.2015 по делу № А45-595/2014.

⁹ BGH, Urteil vom 22.06.2011 – I ZR 159/10. URL: <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BGH&Datum=22.06.2011&Aktenzeichen=I%20ZR%20159/10>

определение понятия «извлечение» в Директиве включает в себя не только постоянный, но и временный перенос данных (vorübergehende Übertragung), временное хранение данных в оперативной памяти компьютеров пользователей для целей просмотра материалов базы данных может рассматриваться как извлечение. Пользователи компьютерной программы ответчика копировали данные, найденные в процессе выполнения поискового запроса, в оперативную память своих компьютеров. По мнению суда, не имеет значения тот факт, что они не преследовали цели создания другой базы данных.

Далее суд указал следующее: «Ответ на вопрос о том, нарушают ли пользователи программного обеспечения право истца как изготовителя базы данных путем копирования частей его базы данных, существенных с точки зрения количества или качества, зависит от того, имеется ли совокупность нескольких пользователей, которые используют базу данных истца сообща, т. е. осуществляя сознательное взаимодействие (bewusstem und gewolltem Zusammenwirken)...

Пользователи программного обеспечения ответчика посредством автоматизированных запросов сохраняют данные из базы данных истца в оперативной памяти своих компьютеров. Однако это неоднократное и систематическое извлечение не эквивалентно использованию существенной части базы данных с точки зрения количества или качества. По своему совокупному эффекту такие акты по извлечению данных не предназначены для воссоздания всего или существенной части содержания защищенной базы данных...

Обладатель сайта может предоставить доступ к своему веб-сайту и его контенту только для определенных лиц или сделать его зависимым от особых требований. Однако если он делает свой веб-сайт и его содержание общедоступными без ограничений, он не может – как справедливо указал апелляционный суд – потребовать от пользователей посещения его веб-сайта, если они хотят получить доступ к его контенту. В частности, он не может запретить пользователям получать доступ

к своему веб-сайту с помощью поисковых систем. Соответственно, с точки зрения конкурентного права деятельность поисковых систем считается приемлемой (grundsätzlich hinzunehmen), если она направлена только на облегчение поиска контента, сделанного общедоступным уполномоченным лицом, без обхода технических средств защиты».

Второй блок вопросов, вынесенных на обсуждение, был посвящен патентным правам. Пункт 2.1 Обзора был сформулирован следующим образом.

Регистрация в Министерстве здравоохранения Российской Федерации (Минздраве России) лекарственного средства, в котором использовано чужое изобретение по действующему патенту, и осуществление регистрации предельной отпускной цены на лекарственный препарат не создают угрозы нарушения исключительного права на это изобретение.

В иллюстрирующем рассматриваемый вопрос примере истцу принадлежало исключительное право на изобретение сроком действия до 25.07.2022.

Ответчик № 1 получил 25.04.2017 регистрационное удостоверение на воспроизведенный лекарственный препарат (дженерик¹⁰) со сроком действия до 25.04.2022 и осуществил регистрацию предельной отпускной цены своего лекарственного препарата по решению Минздрава России (Ответчик № 3).

В прилагаемой к регистрационному удостоверению инструкции по применению было указано, что препарат Ответчика № 1 содержит активное действующее вещество, которое защищалось патентом истца.

Из регистрационного удостоверения следовало, что производителем лекарственного средства являлся Ответчик № 2. Поскольку патент в объеме пунктов 1 и 4 формулы изобретения охранял вышеуказанное вещество, истец заявил, что в фармацевтической субстанции Ответчика № 2 используются все признаки, приведенные в независимом пункте 1 и в зависимом пункте 4 содержащейся в патенте истца формулы изобретения,

¹⁰ От англ. generic drug – буквально «родовой (более общий, а не более специфичный (конкретный, видовой, specific) препарат)».

следовательно, Ответчик № 2 нарушает его исключительное право на изобретение.

Истец считал, что Ответчик № 1, имея регистрационное удостоверение на лекарственный препарат, а также осуществив регистрацию цены на него, может начать производство и реализацию лекарственного препарата в любой момент, в том числе до истечения срока действия патента на изобретение. Поэтому истец обратился к Ответчику № 3 с требованием отменить государственную регистрацию лекарственного препарата и исключить данный препарат из Государственного реестра лекарственных средств.

Отказывая в удовлетворении исковых требований, суды указали, что угроза правонарушения в настоящем деле не установлена. Ни одно из действий ответчиков, на которые ссылался истец в обоснование заявленных требований (научное исследование лекарственного препарата истца, в котором используется изобретение по патенту истца; регистрация лекарственной формы; регистрация предельной отпускной цены), не является противоправным, а напротив, соответствует положениям статьи 1359 ГК РФ и Федерального закона от 12.04.2010 № 61-ФЗ «Об обращении лекарственных средств» (далее – Закон об обращении лекарственных средств), следовательно, сами по себе не нарушают и не могут нарушать право истца.

Суд отклонил довод истца о необоснованном отказе в удовлетворении требований к Ответчику № 3. Пункт 7 статьи 32 Закона об обращении лекарственных средств, по мнению суда, в качестве основания для принятия решения об отмене государственной регистрации лекарственного препарата и исключении лекарственного препарата из Государственного реестра лекарственных средств указывает на решение о нарушении прав правообладателя объектов интеллектуальной собственности при обращении лекарственных средств, т. е. решение, принятое по результатам рассмотрения спора, вытекающего из гражданско-правовых отношений по иску о защите исключительного права правообладателя (*постановление Суда по интеллектуальным правам от 21.09.2018 по делу № А40-170151/2017*).

Для комментирования указанного вопроса слово было предоставлено **Е.А. Войниканис**. Она отметила, что в данном случае речь идет об од-

ной из распространенных категорий споров фармацевтики, а именно о спорах между компаниями – обладателями прав на действующие патенты и компаниями, которые готовы производить дженерики. Проблемы возникают в связи со стратегиями, которые используют последние для того, чтобы выйти на рынок как можно раньше и опередить своих конкурентов. Основной вопрос, который приходится решать судам, состоит в следующем: какие подготовительные шаги для введения в гражданский оборот лекарственного препарата приводят к угрозе нарушения исключительного права?

Как указала Е.А. Войниканис, в пункте 2.1. Обзора изложена позиция, в соответствии с которой регистрация лекарственного препарата и регистрация предельно отпускной цены на лекарственный препарат не создают угрозу правонарушения. В целом поддерживая такую позицию, выступающая отметила, что действия, создающие угрозу правонарушения (подпункт 2 пункт 1 статьи 1252 ГК РФ), могут быть как неправомерными, так и правомерными. В предлагаемой редакции пункта 2.1 Обзора перечислены только те действия, которые являются заведомо неправомерными: действия по осуществлению производства, предложению к продаже, продаже или иные действия по введению в гражданский оборот. Однако возможна ситуация, когда подобную угрозу создает правомерное действие. Одно из таких действий уже приведено в пункте 2.1 Обзора: регистрационное удостоверение ответчика истекает одновременно с окончанием срока действия патента. В другом деле регистрационное удостоверение прекращало свое действие раньше прекращения действия патента. В этой ситуации Суд по интеллектуальным правам сделал вывод о том, что ответчик преследует намерение к введению лекарственного препарата в гражданский оборот до истечения срока действия патента на референтный препарат.

Е.А. Войниканис подчеркнула, что наличие лишь одного обстоятельства, которое можно оценить как угрозу правонарушения, не должно определять решение суда. Суд по интеллектуальным правам неоднократно справедливо отмечал, что угроза не должна быть абстрактной или гипотетической. По мнению выступающей, для установления реальной угрозы должна быть дана оценка

объяснениям ответчика, например экономическим и иным основаниям, по которым последний совершает соответствующие действия. Кроме того, должно быть установлено не одно действие, а последовательность действий, направленных на нарушение исключительного права в ближайшем будущем.

С точки зрения ученого, в данном контексте аннулирование или приостановление регистрации лекарственного препарата является неправомерным, поскольку состоявшаяся регистрация представляет собой не действие, которое необходимо пресечь, а завершенный юридический факт, который необходимо оценивать наряду с иными обстоятельствами дела, но нельзя аннулировать или приостановить.

Требование о пресечении угрозы правонарушения, по утверждению Е.А. Войниканис, всегда направлено на совершаемые действия или на действия, которые могут быть совершены с высокой вероятностью. В европейской судебной практике в этом случае доказывается *an imminent threat* («неизбежная угроза»). Такие требования не могут быть направлены на завершенные действия, т. е. на регистрацию, как результат правомерных действий.

Что касается запрета ответчику осуществлять действия, направленные на регистрацию, то, на взгляд ученого, такой запрет является неправомерным. Введение лекарственного препарата в гражданский оборот без нарушений исключительных прав возможно только после истечения срока действия патента. Стремление добросовестного производителя дженериков заключается в том, чтобы начать их производство и продажу буквально на следующий день после прекращения действия патента. Такая цель не противоречит закону и, кроме того, имеет социально-экономическое значение.

Как отметила Е.А. Войниканис, стоимость препарата-дженерика существенно ниже по сравнению с референтным препаратом, что делает дженерик более доступным для населения. Запрет на осуществление действий по регистрации означа-

ет, что ответчик начнет производство препарата со значительной задержкой. Обосновать такую задержку с точки зрения защиты патентного права нельзя, и, следовательно, речь идет об искусственном продлении срока действия патента.

Таким образом, с точки зрения Е.А. Войниканис, на все вопросы, поставленные в пункте 2.1 Обзора, необходимо ответить отрицательно. И общий вывод заключается в простом тезисе: регистрация лекарственного препарата изначально не связана со статусом патента и не является правонарушением. Поэтому все требования истца об аннулировании или приостановлении регистрационного удостоверения либо о том, чтобы ответчик воздержался от действий по регистрации лекарственного препарата, являются необоснованными. Данный вывод, по утверждению выступающей, подтверждается законодательством и обширной судебной практикой Европейского союза и стран – членов данного Союза.

Е.А. Войниканис отметила, что в соответствии с правом Европейского союза так называемая патентная увязка (*patent linkage*)¹¹ является незаконной, при этом основания такого подхода практически полностью совпадают с аргументами, приведенными в пункте 2.1 Обзора. Во-первых, патентное право и законодательство об обращении лекарственных средств представляют собой разные сферы регулирования. Задача органа по регистрации лекарственного препарата, по словам Е.А. Войниканис, состоит в том, чтобы проверить, является ли лекарственное средство безопасным, эффективным и качественным. Иные факторы, такие как статус патента, не должны учитываться при оценке рисков, связанных с лекарственным препаратом. Изготовитель препарата-дженерика вправе подавать заявку на регистрацию и получать регистрационное удостоверение до истечения срока действия патента. Наконец, легитимность действий по регистрации препарата-дженерика подтверждается специальным ограничением исключительного права под названием «положение Болар» (*Bolar Provision*), в соответствии с которым не является нарушением патентного права

¹¹ С понятием «патентная увязка» связывают практику, в рамках которой регистрация или иная административная процедура, необходимая для введения в гражданский оборот воспроизведенного лекарственного препарата или биоаналога, зависит от патентного статуса оригинального препарата.

проведение исследований и экспериментов для получения регистрационного удостоверения или иного акта органа власти, необходимого для введения в оборот препарата. В контексте российского законодательства должно применяться положение подпункта 2 статьи 1359 ГК РФ.

Завершая выступление, Е.А. Войниканис отметила, пункт 2.1. Обзора является важным для обеспечения правовой определенности и единообразия судебной практики, и с учетом небольших корректировок, на которые было указано со стороны выступающей, его необходимо согласовать.

Далее слово взяла **С.В. Бутенко**, которая согласилась с мнением Е.А. Войниканис. Она отметила, что сложно спорить с правовой позицией, изложенной в пункте 2.1. Обзора, но необходимо учитывать еще ряд факторов, свидетельствующих о правильности выбранной правовой позиции.

Во-первых, по словам выступающей, раньше регистрация отпускной цены входила в процедуру регистрации лекарственного препарата, и она осуществлялась Минздравом России. Ныне экономический анализ предельной отпускной цены осуществляет Федеральная антимонопольная служба, поэтому процесс регистрации стал более длительным (он занимает примерно 45–60 рабочих дней, хотя фактически может продолжаться в течение года). Соответственно, нужно исходить из того, что производитель препарата-дженерика должен иметь возможность выйти на рынок, образно говоря, на следующий день по истечении срока действия исключительного права. При этом правообладатель-оригинатор получает преимущество в виде временного лага, который составляет более чем 45–60 рабочих дней. Если препарат-дженерик имеет отношение к лекарствам в твердой форме, то это преимущество составит примерно один год, поскольку в данном случае нужно провести проверку биоэквивалентности, завезти фармацевтическую субстанцию и др.

Кроме того, как указала выступающая, сейчас в авангарде фармацевтических исследований возникают биологические препараты, например различные вакцины, моноклональные антитела и др. По этой группе препаратов временной лаг у правообладателя-оригинатора будет еще больше, примерно три или четыре года, поскольку по жидким лекарственным формам и биологическим препа-

ратам нужно проводить полные клинические исследования.

Таким образом, по утверждению С.В. Бутенко, здесь создается баланс между общественным интересом в виде создания равных условий для выхода на рынок соответствующего лекарственного препарата для всех участников рынка, с одной стороны, и частного интереса в виде защиты от нарушения прав патентообладателя – с другой.

С.В. Бутенко добавила, что с учетом той самой пропорциональности, о которой говорил В.В. Старженецкий, последние два с половиной года у истцов-правообладателей возникла возможность достаточно легко реализовывать свое бремя доказывания, потому что появилась Федеральная служба по надзору в сфере здравоохранения (Росздравнадзор). Это, по словам выступающей, является аналогом единой государственной автоматизированной информационной системы (ЕГАИС) для ликероводочной продукции, где правообладатель может отслеживать и серию препаратов, и куда эти препараты были поставлены, вплоть до конечного потребителя. Следовательно, в этой ситуации сложности доказывания отсутствуют, а система является достаточно сбалансированной в отношении интересов производителей оригинальных препаратов.

Подводя итог своему выступлению, С.В. Бутенко отметила, что право Европейского союза позволяет производителям препаратов-дженериков зарегистрировать лекарственное средство до истечения срока действия корреспондирующего патента, и не рассматривает это как угрозу правонарушения. Более того, требование о приостановлении действия регистрации на лекарственный препарат до даты истечения срока действия патента или более ранней даты не соответствует актуальной редакции отечественного Закона об обращении лекарственных средств. Иными словами, данный закон не предусматривает опции приостановления регистрации лекарственного средства, и это обстоятельство является значимым.

Озвучивая свою точку зрения по обозначенным вопросам, **В.О. Калятин** указал, что в пункте 2.1. Обзора вопрос поставлен некорректно, поскольку названные регистрации создают угрозу правонарушения. И спорить с этим, по утверждению выступающего, бессмысленно, поскольку

регистрация имеет единственную цель – это введение товара в гражданский оборот. Вопрос только в том, что когда заявитель собирается реализовывать свои товары – до истечения срока действия патента или после данного срока.

Согласно позиции В.О. Калятина при подаче заявления на регистрацию препарата существует угроза правонарушения, но в то же время само правонарушение в данном случае отсутствует и, возможно, это правонарушение никогда не совершится. Исходя из этого, по словам выступающего, нецелесообразно требовать приостановления или отмены регистрации ввиду отсутствия правонарушения. Между тем заявителю можно запретить осуществлять иные действия, которые будут направлены на введение товара в оборот до истечения срока действия патента.

М.А. Федотов в своем выступлении согласился с мнениями Е.А. Войниканис и С.В. Бутенко. При этом он отметил, что решение о приостановлении действия регистрации препарата-дженерика до даты истечения срока действия патента на оригинальный препарат является оптимальным, в том числе и с точки зрения обеспечения баланса частного и общественного интересов.

Комментируя пункт 2.1 Обзора, **Н.В. Щербак** указала на европейскую или американскую практику, которая допускают превентивный запрет на будущее. Выступающая отметила, что нельзя позволять возникновение ситуации, подобной делу *Компания «Новартис АГ» против ООО «Натива»*, когда была осуществлена регистрация дженерика за семь лет до окончания срока действия патента производителя-оригинатора.

Е.А. Войниканис возразила против мнения В.О. Калятина, заметив, что в нем наличествует внутреннее противоречие. С точки зрения выступающей, угроза правонарушения существует в случае, когда есть намерение выпустить препарат-дженерик до истечения срока действия патента на оригинальный препарат. Если такого намерения нет, т. е. его нельзя доказать, то угроза правонарушения отсутствует. Заведомо сама по себе регистрация препарата не является ни правонарушением, ни угрозой правонарушения. Такая позиция, по словам Е.А. Войниканис, подтверждается многочисленными решениями судов европейских стран.

Анализируя рассматриваемые вопросы в письменной форме, **О.А. Городов** указал, что сама по себе государственная регистрация лекарственного средства и предельной отпускной цены не является нарушением исключительного права на использование активного действующего вещества, принадлежащего патентообладателю, в роли которого может выступать и лицо, на чье имя зарегистрирован референтный лекарственный препарат.

По мнению О.А. Городова, государственная регистрация дженерика до его легального ввода в гражданский оборот в связи с окончанием срока действия патента на оригинальный препарат является оправданной в связи с наличием:

- публичного интереса, имеющего место в сфере обеспечения здоровья населения (статья 18 Федерального закона от 21.11.2011 № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации»);

- длительного срока регистрации лекарственного препарата (статья 13 Закона об обращении лекарственных средств).

Факт государственной регистрации дженерика за несколько лет до окончания срока действия патента на оригинальный препарат, по утверждению ученого, действительно несет в себе потенциальную угрозу нарушения исключительного права патентообладателя, наличие которой необходимо принимать во внимание, оценивая при этом степень добросовестности производителя дженерика и экономические интересы производителя референтного препарата.

Указанная угроза, на взгляд О.А. Городова, может быть сведена к минимуму посредством выдачи уполномоченным федеральным органом регистрационного удостоверения на воспроизведенный лекарственный препарат с отсроченной датой его вступления в силу. При этом не будут нарушены ни интересы производителя дженерика, ни интересы патентообладателя.

Такие меры, как требования о понуждении ответчика к подаче в Минздрав России заявления об отмене государственной регистрации лекарственного препарата, о запрете ответчику осуществлять действия, направленные на регистрацию в Российской Федерации лекарственного средства, о понуждении Минздрава России к аннулированию регистрации лекарственного средства, с точки зрения

О.А. Городова, являются чрезмерными, поскольку не учитывают наличие публичного интереса в вопросах обеспечения здоровья граждан и своевременной доступности лекарств потребителям.

Что касается требования о приостановке действия регистрации дженерика до даты истечения срока действия патента на оригинальное лекарственное средство, то указанное требование, направленное на пресечение угрозы правонарушения, по словам О.А. Городова, может быть обращено к Минздраву России по основанию, предусмотренному подпунктом 2 пункта 1 статьи 1252 ГК РФ. В данном случае законодатель, на взгляд ученого, не указывает на необходимость соблюдения конкретных действий, порождающих эффект пресечения правонарушения и не требует, чтобы они, а равно опосредующие указанные действия процедуры были установлены законом. Поэтому отсутствие в законе процедуры приостановления регистрации лекарственных средств не должно являться препятствием для предъявления соответствующего требования к Минздраву России как к лицу, способному пресечь действия, создающие угрозу нарушения юридической монополии патентообладателя на использование активного действующего вещества.

Излагая свою позицию по пункту 2.1. Обзор в письменной форме, **Е.С. Гринь** отметила, что следует различать понятия «обращение» и «оборот» лекарственного средства. Так, обращение лекарственных средств – это разработка, доклинические исследования, клинические исследования, экспертиза, государственная регистрация, стандартизация и контроль качества, производство, изготовление, хранение, перевозка, ввоз в Российскую Федерацию, вывоз из Российской Федерации, реклама, отпуск, реализация, передача, применение, уничтожение лекарственных средств (пункт 28 статьи 4 Закона об обращении лекарственных средств).

Оборот лекарственного средства, находящегося под патентно-правовой охраной, по мнению Е.С. Гринь, определяется через понятие использования изобретения, под которым понимается ввоз на территорию Российской Федерации, изготовление, применение, предложение о продаже, продажа, иное введение в гражданский оборот или хранение для этих целей продукта, в котором ис-

пользовано изобретение (подпункт 1 пункта 2 статьи 1358 ГК РФ).

Таким образом, на взгляд ученого, сама по себе государственная регистрация лекарственного средства не относится к понятию «оборот лекарственного препарата».

Е.С. Гринь указала, что основная правовая позиция, сформированная в правоприменительной практике по регулированию обращения и оборота воспроизведенных лекарственных препаратов, выражена в постановлении Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 16.06.2009 № 2578/09. Исходя из данной правовой позиции регистрация сама по себе также не должна создавать какие-либо угрозы для нарушения права правообладателя.

Тем не менее правоприменительная практика по подобным делам показывает, что при расчете начальных (максимальных) цен контрактов государственные заказчики используют цены дженериков, зарегистрированные в Государственном реестре предельных отпускных цен. При этом тот факт, что дженерик не может находиться в гражданском обороте без нарушения прав патентообладателя оригинального препарата, не учитывается.

Как отметила Е.С. Гринь, согласно пункту 1 статьи 437 ГК РФ реклама и иные предложения, адресованные неопределенному кругу лиц, рассматриваются как приглашение делать оферты, если иное прямо не указано в предложении. Поэтому регистрация цены на препарат-дженерик по юридической природе может квалифицироваться в качестве приглашения делать оферты. Такое действие подпадает под норму пункта 2 статьи 1358 ГК РФ, т. е. происходит незаконное использование изобретения.

Резюмируя, Е.С. Гринь пришла к выводу, что государственная регистрация цены может выполнять функцию предложения о продаже препарата. Она может учитываться при формировании цены контрактов, что нарушает права патентообладателя референтного лекарственного средства. С точки зрения ученого, правовая позиция, выраженная в постановлении Суда по интеллектуальным правам от 28.02.2019 по делу № А40 106405/2018, является обоснованной.

В.Н. Медведев в своем письменном заключении отметил следующее.

В делах подобного рода происходит следующая коллизия: с одной стороны, суды не удовлетворяют требование истца о запрете ответчику производить спорный препарат и вводить его в гражданский оборот, поскольку это требование является абстрактным (ответчик еще не совершал таких действий). Однако, с другой стороны, решение о признании факта угрозы правонарушения не рассматривается судами в качестве достаточного основания для исключения спорного лекарственного препарата из реестра Минздрава России по пункту 7 статьи 32 Закона об обращении лекарственных средств. Вместе с тем суд может установить наличие угрозы правонарушения только при условии признания того факта, что обращение спорного препарата приведет к нарушению патентных прав истца.

Как указал В.Н. Медведев, по своей природе споры, основанные на положении подпункта 2 пункта 1 статьи 1252 ГК РФ, являются гражданско-правовыми. При этом требование по названной норме можно предъявить к любому лицу (пункт 57 Постановления ВС РФ № 10), в том числе к государственному органу, который может пресечь указанные в этой норме действия.

В рассматриваемом случае, по утверждению В.Н. Медведева, Минздрав России может пресечь оборот спорного лекарственного средства путем отмены его государственной регистрации. При таком подходе отсутствует необходимость в предъявлении к ответчику требований об обязанности подать заявление об отмене государственной регистрации его препарата и предельной отпускной цены на него, исполнение которых может стать затруднительным, поскольку это зависит от совершения ответчиком дополнительных действий – подготовить надлежаще оформленные заявления, подписать их уполномоченным лицом, подать документы по установленной процедуре.

В.Н. Медведев подчеркнул, что для удовлетворения требования о запрете ответчику осуществлять действия, направленные на регистрацию в Российской Федерации лекарственного препарата и предельных отпускных цен на него до даты истечения срока действия патента истца, отсутствуют правовые основания. В то же время факт использования запатентованного изобретения устанавливается на основании регистрационного до-

сье и инструкции о применении лекарственного препарата ответчика, которые станут доступными лишь после государственной регистрации спорного препарата.

В анализируемом контексте, с точки зрения В.Н. Медведева, нельзя исходить из узкого толкования пункта 7 статьи 32 Закона об обращении лекарственных средств. Правообладатель может осуществлять защиту исключительного права как при делящемся правонарушении, так и при угрозе правонарушения. При удовлетворении требований правообладателя о пресечении правонарушения либо угрозы правонарушения решающим вопросом для суда является установление обстоятельств обращения зарегистрированного лекарственного препарата, которое приводит к правонарушению.

По мнению В.Н. Медведева, в рамках искового производства патентообладатель может отказаться от взыскания судебных расходов с Минздрава России (часть 4 статьи 110 АПК РФ). Но в настоящее время сформировалась практика об отказе во взыскании судебных расходов с Федеральной службы по интеллектуальной собственности (Роспатента), в случае заключения мировых соглашений между заявителем и третьим лицом в рамках дел о признании недействительными решений данного административного органа.

Подытоживая, В.Н. Медведев отметил, что приостановить действие регистрации на лекарственный препарат до даты истечения срока действия патента или более ранней даты, в случае досрочного прекращения действия патента, нельзя, поскольку отсутствуют правовые основания для удовлетворения такого требования.

Г.Ю. Данилов предложил перейти к обсуждению **третьего блока вопросов**, посвященных средствам индивидуализации.

Пункт 3.1 Обзора был сформулирован следующим образом.

Требование о запрете использовать товарный знак в отношении конкретных товаров, указанных в таможенной декларации, в виде запрета на введение товаров в гражданский оборот на территории Российской Федерации, не может быть квалифицировано как абстрактное.

В прилагаемом к пункту 3.1 Обзора деле суд первой инстанции удовлетворил указанное требование, но суд апелляционной инстанции отменил

его решение. Последний, руководствуясь положениями статей 1225, 1229, 1250, 1252, 1477, 1484, 1515 ГК РФ, пришел к выводу о том, что исковые требования являются абстрактными, содержат общий запрет конкретному лицу на будущее время использовать объект интеллектуальной собственности.

Суд по интеллектуальным правам отменил акт суда апелляционной инстанции и направил дело на новое рассмотрение, отметив следующее: суд апелляционной инстанции не учел, что требование истца о запрете использования спорных товарных знаков содержало указание на конкретные товары с приведением их названий, артикулов, количества и номера таможенной декларации, т. е. не носило абстрактный характер, а было конкретизировано. Использованная истцом формулировка исковых требований позволяла установить, в отношении каких товаров заявлено требование, и дальнейшей конкретизации не требовалось (*постановление Суда по интеллектуальным правам от 27.05.2019 по делу № А41 52544/2016*).

Пункт 3.2 Обзора был посвящен «параллельному» импорту.

Позиция, высказанная в постановлении Конституционного Суда от 13.02.2018 № 8-П, не исключает возможности принятия мер пресечения нарушения в виде запрета выпуска в оборот товаров, указанных в таможенной декларации, на территории Российской Федерации, в случае ввоза на территорию Российской Федерации без согласия правообладателя товарного знака продукции, на которой товарный знак размещен самим правообладателем либо с его согласия.

В иллюстрирующем указанный вопрос примере суды удовлетворили исковое требование о запрете использования товарных знаков истца без его разрешения в отношении товаров, указанных в таможенной декларации.

Ответчики утверждали, что суды не приняли во внимание правовые позиции, изложенные в постановлении Конституционного Суда от 13.02.2018 № 8-П (далее – Постановление КС РФ № 8-П) и допускающие возможность присутствия в гражданском обороте на территории Российской Федерации товаров, ввезенных в режиме «параллельного» импорта, а также применение к «параллель-

ным» импортерам мер ответственности, но не мер пресечения.

Суд по интеллектуальным правам отклонил указанный довод, отметив, что правовые позиции Конституционного Суда касаются лишь применения таких способов защиты исключительных прав в отношении товаров, ввезенных в режиме «параллельного» импорта, и лиц, осуществляющих такой ввоз, как изъятие из оборота и уничтожение за счет нарушителя контрафактных товаров, этикеток, упаковок товаров, а также взыскание с нарушителя компенсации.

Согласно указанным позициям товары, на которых товарный знак размещен самим правообладателем или с его согласия и которые ввезены на территорию Российской Федерации без согласия правообладателя, могут быть изъяты из оборота и уничтожены в порядке применения последствий нарушения исключительного права на товарный знак лишь в случае их ненадлежащего качества и (или) для обеспечения безопасности, защиты жизни и здоровья людей, охраны природы и культурных ценностей.

Приведенный подход касается только определенного способа защиты исключительных прав (изъятие из оборота и уничтожение за счет нарушителя товаров, этикеток, упаковок товаров) и не исключает возможности принятия иных мер, направленных на предотвращение оборота соответствующих товаров без согласия правообладателя.

Иное означало бы фактическую легализацию «параллельного» импорта при существовании законодательно закрепленного в Российской Федерации национального принципа исчерпания исключительных прав, позволяющую без согласия правообладателя товарного знака ввозить на территорию Российской Федерации и в дальнейшем вводить в оборот товары, маркированные таким товарным знаком, при условии выплаты правообладателю компенсации.

Суд обратил внимание на то, что запрет на введение товаров в гражданский оборот на территории Российской Федерации не лишает их собственника возможности вывезти этот товар за пределы Российской Федерации и реализовать его на территории иного государства либо получить согласие правообладателя на введение товаров в гражданский оборот на территории Российской

Федерации (постановление Суда по интеллектуальным правам от 19.04.2019 по делу № А35-9146/2016).

Указанный вывод также следует из положений абзаца четвертого и пятого пункта 75 Постановления ВС РФ № 10.

В.В. Старженецкий отметил, что применение мер пресечения правонарушения в отношении «параллельного» импорта, как это изложено в Обзоре, может привести к результату, равному уничтожению оригинальных товаров.

Как указал В.В. Старженецкий, в рассматриваемой ситуации необходимо трактовать позицию Конституционного Суда более широко, поскольку в Постановлении КС РФ № 8-П защищается значимый публичный интерес. Поставленную проблему, по мнению выступающего, нужно разрешать через обращение в Конституционный Суд в форме запроса. Иначе, с точки зрения правовых последствий, может возникнуть преграда в доступе к рынку легальных товаров, а также образоваться сверхмонополия.

В своем письменном заключении **Д.В. Кожемякин** подчеркнул, что судам следует с осторожностью рассматривать подобные требования, не допуская злоупотребления правом со стороны правообладателя. В своем постановлении Конституционный Суд установил, что правообладатель не вправе запрещать ввоз товаров на территорию Российской Федерации, дискриминируя рынок по ассортиментному, качественному или ценовому критерию, в отсутствие на то разумного экономического интереса.

Д.В. Кожемякин процитировал выдержку из соответствующего акта: «Действия правообладателя, недобросовестно использующего – в нарушение требований Конституции Российской Федерации и основных начал гражданского законодательства – механизм национального (регионального) исчерпания исключительного права на товарный знак, в частности ограничивающего ввоз на внутренний рынок Российской Федерации конкретных товаров или реализующего ценовую политику, состоящую в завышении цен на российском рынке по сравнению с другими рынками в большей степени, чем это характерно для обычной экономической деятельности и для удовлетворения разумного экономического интереса пра-

вообладателя, не могут расцениваться как одобряемые с точки зрения защиты конституционно значимых ценностей, если такие действия приводят к ограничению доступа российских потребителей к соответствующим товарам».

По мнению ученого, принимая решение о запрете выпуска товара на территорию Российской Федерации, суды должны установить, имеется ли у правообладателя соответствующий добросовестный экономический интерес в наложении запрета. При этом бремя доказывания наличия такого интереса должно быть возложено на правообладателя, поскольку именно он располагает необходимыми и полными сведениями о своей деятельности и должен обосновывать мотивы предъявления соответствующих требований.

Требование о пресечении правонарушения, на взгляд Д.В. Кожемякина, может быть предъявлено как к декларанту, так и к поставщику.

М.А. Федотов поддержал подходы, изложенные в пунктах 3.1 и 3.3 Обзора.

Последний вопрос звучал следующим образом.

Не является общим запретом и может быть удовлетворено (при наличии соответствующих оснований) требование о запрете использования в отношении однородных товаров обозначения, признанного судом сходным до степени смешения с товарным знаком истца, в спорном доменном имени, на страницах сайта под спорным доменом, в конкретном адресе электронной почты.

Комментируя пункт 3.2 Обзора, М.А. Федотов указал, что требование о запрете совершать действия по «параллельному» импорту должно быть предъявлено декларанту/приобретателю товара и поставщику товара (собственнику спорного товара в момент его ввоза на территорию Российской Федерации).

Ученый проанализировал дополнительные вопросы, относящиеся к пункту 3.4 Обзора, которые были сформулированы следующим образом.

Если истец заявляет требование о пресечении нарушения в общем виде (о запрете использования спорного обозначения без указания видов деятельности, товаров/услуг), то вправе ли суд предложить истцу уточнить требование?

Конкретизация заявленных требований, определение их предмета и фактических оснований возлагаются на истца.

Принятый по делу судебный акт должен быть исполнимым. Иное означало бы не только отсутствие возможности восстановления нарушенных прав заявителя в объеме, соответствующем объему установленного судом нарушения, но и отсутствие правовой определенности.

Каким образом следует поступать суду при отказе истца от уточнения требований?

Подход № 1

Суд отказывает в иске полностью, исходя из того что такое требование является общим запретом, который недопустим (пункт 57 Постановления ВС РФ № 10).

Подход № 2

Суд определяет, в отношении каких видов деятельности, товаров/услуг имеется риск смешения спорных обозначений, и в этой части удовлетворяет требование (*постановление Суда по интеллектуальным правам от 29.01.2020 по делу № А57-9490/2019*).

М.А. Федотов отметил, что подход № 2 является наиболее правильным, отвечающим задачам правосудия. По его мнению, истец может заявить требование о пресечении правонарушения в общем виде, но суд может предложить истцу уточнить это требование. Истец может отказаться от уточнения требований, и в этом случае суд вправе сам уточнить эти требования, а в остальной части иска отказать.

С точки зрения выступающего, когда истец отказывается уточнять свои требования в части пресечения правонарушения, то это свидетельствует либо о неподготовленности этого истца либо о преследовании им каких-то других целей.

С.В. Бутенко добавила, что в рассматриваемой ситуации не будет большой крамолы, если суд по собственной инициативе предложит истцу уточнить исковые требования. Но если истец все-таки категорически отказывается уточнять требования, то в иске нужно отказать в полном объеме, иначе будет попирается принцип состязательности.

Комментируя в письменной форме пункты 3.1, 3.2 и 3.3 Обзора, **В.Н. Медведев** поддержал изложенные в них подходы.

Далее В.Н. Медведев высказал свое мнение относительно пункта 3.4., который содержал следующую формулировку.

При нарушении исключительного права на общеизвестный товарный знак суд может запретить его использование ответчиком в отношении конкретных видов деятельности/товаров и услуг лишь при наличии установленных в пункте 3 статьи 1508 ГК РФ условий (если использование другим лицом этого товарного знака в отношении указанных товаров будет ассоциироваться у потребителей с обладателем исключительного права на общеизвестный товарный знак и может ущемить законные интересы такого обладателя). Соответственно, мера пресечения может быть применена только в той части видов деятельности/товаров и услуг, в отношении которой действует охрана общеизвестного товарного знака, и в той, в отношении которой присутствуют указанные условия (*постановление Суда по интеллектуальным правам от 29.01.2020 по делу № А57-9490/2019*).

В.Н. Медведев указал, что в указанном деле столкнулись исключительные права на товарный знак и фирменное наименование. Конфликт мог бы быть разрешен на основе положений пункта 6 статьи 1252 ГК РФ и пунктов 3 и 4 статьи 1474 ГК РФ. В обоих случаях, на взгляд В.Н. Медведева, необходимо анализировать использование ответчиком своего фирменного наименования в той или иной деятельности на предмет установления аналогичности этой деятельности истца, а также однородности товаров (услуг) товарам (услугам), на которые распространяется охрана товарного знака истца, а в ситуации защиты права на общеизвестный товарный знак, – наличие условий, предусмотренных пунктом 3 статьи 1508 ГК РФ.

Учитывая, что в указанном деле принятые акты судов нижестоящих инстанций были отменены Судом по интеллектуальным правам и дело было направлено на новое рассмотрение, которое по существу не состоялось из-за примирения сторон, В.Н. Медведев отметил, что нецелесообразно приводить его в Обзоре в качестве примера реализации пункта 3 статьи 1508 ГК РФ.

Г.Ю. Данилов предложил участникам заседания перейти к обсуждению **четвертого блока**

вопросов, которые касались проблем обеспечения исполнения судебного решения о пресечения правонарушения. Один из вопросов был изложен в следующем в виде.

Какие обстоятельства учитываются при определении размера судебной неустойки и каким образом неустойка может быть расчитана?

Согласно разъяснениям, приведенным в пункте 32 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 24.03.2016 № 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств» (далее – Постановление ВС РФ № 7), удовлетворяя требования истца о присуждении судебной неустойки, суд указывает ее размер и/или порядок определения. Размер судебной неустойки определяется судом на основе принципов справедливости, соразмерности и недопустимости извлечения должником выгоды из незаконного или недобросовестного поведения (пункт 4 статьи 1 ГК РФ). В результате присуждения судебной неустойки исполнение судебного акта должно оказаться для ответчика явно более выгодным, чем его неисполнение.

В определениях Конституционного Суда от 27.06.2017 № 1367-О, от 24.11.2016 № 2579-О сказано, что положения пункта 1 статьи 308.3 ГК РФ направлены на защиту прав кредитора по обязательству, в частности путем присуждения ему денежной суммы на случай неисполнения должником судебного акта на основе принципов справедливости, соразмерности и недопустимости извлечения выгоды из незаконного или недобросовестного поведения, и с учетом разъяснений, данных в Постановлении ВС РФ № 7, где указано, что присуждение судебной неустойки в целях побуждения должника к своевременному исполнению обязательства в натуре возможно только по заявлению истца (взыскателя) как одновременно с вынесением судом решения о понуждении к исполнению обязательства в натуре, так и в последующем при его исполнении в рамках исполнительного производства, суду надлежит учитывать обстоятельства, объективно препятствующие исполнению судебного акта о понуждении к исполнению в натуре.

Из изложенного выше следует, что судебная неустойка в отличие от классической неустойки

несет в себе публично-правовую составляющую, поскольку она является мерой ответственности на случай неисполнения судебного акта, устанавливаемой судом в целях дополнительного воздействия на должника. Размер судебной неустойки определяется судьей по своему внутреннему убеждению с учетом обстоятельств дела и исходя из принципов справедливости, соразмерности и недопустимости извлечения выгоды должником из своего незаконного или недобросовестного поведения (*определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации от 05.06.2018 № 305-ЭС15-9591 по делу № А40 66152/2014*).

Комментируя поставленный вопрос, **С.В. Бутенко** указала, что в рассматриваемом контексте судебная неустойка должна быть прогрессивной, поскольку это стимулирует к своевременному исполнению судебного акта. Вместе с тем, по мнению выступающей, при установлении размера итоговой судебной неустойки нужно принимать во внимание такие факторы, как длительность правонарушения, наличие умысла, известность товарного знака и интенсивность его использования правообладателем, длительность срока, который прошел с момента предъявления претензии и до момента вынесения судебного акта, процессуальные злоупотребления со стороны ответчика, которые могли привести к затягиванию судебного спора.

Далее С.В. Бутенко проанализировала вопрос, который был изложен следующим образом.

Какие требования могут быть признаны общим запретом конкретному лицу на будущее использовать результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации?

В сопровождающем указанный вопрос тексте было сказано, что согласно абзацу третьему пункта 57 Постановления ВС РФ № 10 требования об общем запрете конкретному лицу на будущее использовать результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации (например, о запрете размещения информации в информационно-телекоммуникационных сетях, в том числе в сети Интернет) не подлежат удовлетворению. Такой запрет установлен непосредственно законом (абзац третий пункта 1 статьи 1229 ГК РФ).

В то же время допустимым является требование о запрете конкретному исполнителю исполнять те

или иные произведения (абзац первый пункта 57 Постановления ВС РФ № 10), требование администратору домена о пресечении нарушения, выражающегося в неправомерном использовании доменных имен, тождественных или сходных до степени смешения с товарным знаком (подпункт 5 пункта 2 статьи 1484 ГК РФ), в виде запрета использования доменного имени определенным образом (например, об обязанности удалить информацию о конкретных видах товаров на соответствующем сайте или прекратить адресацию на данный сайт) (пункт 158 Постановления ВС РФ № 10).

Подлежат ли признанию абстрактными, а соответственно, недопустимыми требования о пресечении нарушения, заявленные следующим образом:

1) о запрете предлагать к продаже, продавать товары, маркированные спорными товарными знаками (данное требование признано абстрактным в деле № А40-171719/2017, в то же время в деле № А41-69364/2016 признано допустимым требование о запрете осуществлять хранение, перевозку, предложение к продаже, продажу, отгрузку товара, на упаковке которого неправомерно использован объект авторского права истца);

2) о запрете совершать дистанционную продажу контрафактной продукции, на которой размещены товарные знаки истца, посредством сайта в сети Интернет, на котором ответчиком допущено нарушение;

3) о запрете любых действий, нарушающих исключительное право на полезные модели, охраняемые патентами истца, в том числе изготавливать, предлагать к продаже, продавать, иным образом вводить в гражданский оборот на территории Российской Федерации или хранить для этих целей продукцию, в которой использовано спорное техническое решение, поскольку ответчик изготавливал и поставлял изделия, в которых использовался каждый признак полезной модели (признаны не абстрактными в деле № А71-2984/2018);

4) о запрете ответчику использовать обозначение, сходное до степени смешения с товарными знаками истца, при маркировке товара, однородного товарам, для которых зарегистрированы эти товарные знаки (признано абстрактным, поскольку не указано, в отношении каких конкретно товаров должен действовать запрет; по делу № А19-8478/2018).

Как отметила **С.В. Бутенко**, несмотря на наличие разъяснений по поводу абстрактности требований о пресечении нарушения, приведенных в Постановлении ВС РФ № 10, подобные требования не должны быть жестко ограниченными. В таких случаях, по мнению выступающей, необходимо учитывать, что перечисленные в Обзоре четыре вида иска на самом деле по своей юридической природе не всегда являются именно исками о присуждении. Зачастую они могут представлять собой иски к злостному правонарушителю о признании права.

С.В. Бутенко подчеркнула, что если объявлять абстрактными любые требования, то правообладатель все время должен подавать в суд точечные иски, что в итоге приведет к дисбалансу прав сторон и некоторой девальвации принудительной силы судебных решений.

В письменном заключении С.В. Бутенко прокомментировала приведенные в Обзоре четыре вида иска следующим образом.

По ее мнению, требования, указанные в первом виде иска, нередко представляют собой иски о признании права, обращенные к недобросовестному правонарушителю.

В отношении второго вида иска она указала, что если доменное имя идентифицировано в просительной части иска, указаны номера свидетельств на товарные знаки, то такое требование едва ли можно признать абстрактным.

Третий вид иска, с точки зрения ученого, относится к дискуссионному вопросу, поскольку с учетом ресурсоемкости и высокой стоимости патентных споров, вероятно, стоит «легализовать» и такие требования.

Что касается четвертого вида иска, то С.В. Бутенко предложила признать его абстрактным, принимая во внимание неоднозначность пределов права в каждом конкретном случае и критерий однородности товаров.

Дискуссию продолжила **Н.В. Щербак**. Она отметила, что в действующих нормативно-правовых актах не содержатся четкие правила об астренте. Тем не менее существует утратившее силу постановление Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 04.04.2014 № 22 «О некоторых вопросах присуждения взыскателю денежных средств за неисполнение судебного акта», которое можно использовать в качестве ориентира.

По мнению выступающей, суды должны добиваться исполнения судебного решения, и исполнение судебного акта должно для ответчика оказаться более выгодным, чем его неисполнение. Определяя размер присуждения денежных средств на случай неисполнения судебного акта, суд должен учитывать степень затруднительности исполнения судебного акта, возможности ответчика по добровольному исполнению судебного акта, его имущественное положение, в частности размер его финансового оборота, а также иные заслуживающие внимания обстоятельства.

Н.В. Щербак указала, что суд не должен руководствоваться статьей 333 ГК РФ, и он не обязан искать соизмеримость последствиям правонарушения. По мнению выступающей, судебная неустойка носит штрафной характер, и она взыскивается сверх убытков. Размер судебной неустойки, на взгляд ученого, может устанавливаться как в твердой денежной сумме, так и в виде прогрессивной шкалы, например, за первую неделю неисполнения одна сумма, за вторую – сумма в большем размере и др.

В завершение выступления Н.В. Щербак отметила, что поскольку судебная неустойка присуждается в рамках дел о вынуждении к исполнению обязательств в натуре, то такие требования не облагаются государственной пошлиной. Следовательно, суду предоставляется полный карт-бланш.

Письменное заключение В.Н. Медведева содержало ответы на нижеприведенные вопросы.

Суд не вправе отказать в присуждении судебной неустойки в случае удовлетворения иска о пресечении нарушения.

Комментируя указанный вопрос, В.Н. Медведев отметил, что в данном контексте с учетом критериев, приведенных в определении Верховного Суда Российской Федерации от 05.06.2018 № 305-ЭС15-9591 по делу № А40-66152/2014, можно принять во внимание следующие обстоятельства:

- степень сопротивления должника исполнению обязательства;
- степень возможного ущерба заявителя, который может быть причинен в силу неисполнения судебного решения в установленные сроки;
- неоднократное признание должника нарушителем в ходе рассмотрения аналогичных споров о защите интеллектуальных прав в прошлом.

При этом, по утверждению В.Н. Медведева, прогрессивная шкала оказывает большее стимулирующее воздействие на скорейшее исполнение судебного акта.

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

При анализе приведенного вопроса В.Н. Медведев отметил, что обоснованным является сложившийся в судебной практике подход, согласно которому обязанности ответчика, указанные в пункте 4 статьи 1474 ГК РФ, не являются альтернативным гражданско-правовым обязательством. Следовательно, положения статей 308.1 и 320 ГК РФ не должны применяться к рассматриваемым отношениям (постановления Девятого арбитражного апелляционного суда от 23.09.2016 по делу № А40-60275/2016, от 23.11.2016 по делу А40-71218/2016, постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 07.09.2016 по делу № А50-4937/2016).

Кому принадлежит право выбора способа пресечения правонарушения? Должен ли истец указывать в исковом заявлении, каким образом необходимо пресечь правонарушение?

Разбирая обозначенные вопросы, В.Н. Медведев высказал мнение о том, что право выбора способа пресечения правонарушения должно принадлежать истцу, поскольку последний может выбрать способ, который, по его мнению, наилучшим образом будет способствовать восстановлению его нарушенных прав. Вывод, содержащийся в пункте 152 Постановления ВС РФ № 10, по утверждению В.Н. Медведева, обусловлен прямым указанием на возможность выбора способа прекращения правонарушения ответчиком в соответствии с пунктом 4 статьи 1474 ГК РФ. В отношении других объектов интеллектуальной собственности указанный вопрос может быть урегулирован иным образом.

В случае совершения правонарушения в сети Интернет (в частности, путем размеще-

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

Рассуждая о перечисленных вопросах, В.Н. Медведев отметил, что с учетом быстрого развития технологий всегда остается спорным вопрос о том, какие технические меры будут необходимыми и достаточными для исполнения решения суда. В связи с этим, по его мнению, не стоит ограничиваться конкретными мерами по пресечению повторных правонарушений, а сформулировать требование в общем виде, как и предложено: обязать принимать технические меры, ограничивающие доступ к спорным объектам интеллектуальных прав.

В отношении четырех видов исков, которые были прокомментированы С.В. Бутенко, В.Н. Медведев высказал следующее мнение.

Первый вид иска, на его взгляд, не может считаться абстрактным. В данном случае правообладатель товарного знака просит запретить ответчику совершать действия, которые привели к правонарушению, чтобы ответчик не имел права возобновить их в будущем. Как подчеркнул В.Н. Медведев, на практике стала складываться ситуация, когда в ходе судебного разбирательства ответчики прекращают правонарушение и на этом основании суд отказывает в удовлетворении неимущественных требований истца о пресечении правонарушения. А при отсутствии имущественных требований истца это приводит к отказу в иске, что влечет негативные последствия для истца в части взыскания с него судебных расходов со стороны ответчика.

Требование, отраженное во втором виде иска, по мнению В.Н. Медведева, также не является абстрактным. Оно достаточно конкрети-

зировано указанием на вид действий ответчика и на его сайт.

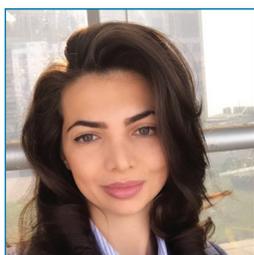
Комментируя третий вид иска, В.Н. Медведев отметил, что, с одной стороны, данное требование повторяет букву закона и на этом основании может быть признано абстрактным. Однако, с другой стороны, отказ в удовлетворении такого требования может позволить ответчику изменить артикул или наименование своей продукции, признанной судом контрафактной, и продолжить свою незаконную деятельность. В этом случае патентообладателю придется вновь обращаться за судебной защитой.

Четвертый вид иска, с точки зрения В.Н. Медведева, может быть признан абстрактным, поскольку полностью совпадает с положением закона. При этом если в рамках данного дела будет заявлено и удовлетворено требование истца о запрете ответчику совершать определенные действия, например производство, предложение к продаже, продажу товаров, маркированных спорными товарными знаками, то удовлетворение такого требования о запрете использовать сходные обозначения в отношении однородных товаров избыточно.

Для подведения итогов заседания **Г.Ю. Данилов** предоставил слово **Л.А. Новоселовой**.

Резюмируя все высказанные мнения, **Л.А. Новоселова** выразила признательность участникам заседания за содержательное обсуждение некоторых поставленных вопросов. Вместе с тем она отметила, что, к сожалению, целый ряд вопросов, отраженных в Обзоре, не получил должного освещения при обсуждении, в частности вопрос о возможности выбора порядка пресечения при исполнении судебных решений, связанных с прекращением права на фирменное наименование. С точки зрения Л.А. Новоселовой, в более серьезном обсуждении нуждаются также вопросы, касающиеся пресечения правонарушения в сети Интернет. Л.А. Новоселова призвала участников заседания представить письменные мнения по названным и аналогичным вопросам с целью их дальнейшего более глубокого обсуждения в рамках рабочей группы НКС при СИП.

Правовое регулирование отношений, возникающих по поводу объектов интеллектуальной собственности, созданных технологией искусственного интеллекта, на примере опыта Великобритании, США и ЕС¹



Э.А. Шахназарова,

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

Правовое регулирование отношений, возникающих по поводу объектов интеллектуальной собственности, созданных технологией искусственного интеллекта, является одной из наиболее актуальных тем как в российской, так и в зарубежной юридической науке. В настоящей статье на примере опыта Великобритании, США и ЕС проанализированы различные подходы к таким вопросам, как возможность создания технологией искусственного интеллекта объектов интеллектуальной собственности, охраноспособность таких объектов, определение субъектов соответствующих прав.

Ключевые слова:

искусственный интеллект; охраноспособность объектов интеллектуальной собственности; технические средства; робототехника; правоспособность; патентоспособность.

Стремительное развитие и широкое применение технологии искусственного интеллекта порождает ряд вопросов, в том числе – может ли искусственный разум создавать объекты интеллекту-

альной собственности. О правовых последствиях использования подобных технологий в мире до сих пор ведутся многочисленные дискуссии, то есть нет единого мнения и отсутствует универсальное

¹ Статья подготовлена в рамках НИР при поддержке Министерства науки и высшего образования Российской Федерации: «Разработка правового режима объектов авторских прав, создаваемых с помощью компьютерных технологий в условиях развития технологий искусственного интеллекта».

решение. Одним из главных является вопрос о том, осуществляется ли при использовании технологии искусственного интеллекта собственно интеллектуальная деятельность, или на осуществление творческой деятельности способен только человек, что подчеркивается в доктрине ссылкой на основополагающую концепцию личных неотчуждаемых прав – прав, которые неразрывно связаны с личностью автора (право авторства, право автора на имя, право на неприкосновенность произведения, право признаваться автором изобретения, полезной модели или промышленного образца, право изобретателя быть названным в качестве такового в патенте). Не менее важным является вопрос о том, возникает ли результат интеллектуальной деятельности, когда объект, в котором есть все признаки объекта интеллектуальной собственности, полностью автономно создается искусственным интеллектом, или же, – второй возможный вариант, – когда технология искусственного интеллекта, управляемая и используемая человеком, применяется при создании такого объекта. Соответственно возникает необходимость определения, кто является обладателем прав на созданный результат и какого характера права у него возникают.

Всемирная организация интеллектуальной собственности (ВОИС) как международная организация, деятельность которой в той или иной степени связана с исследованием современных технологий, подчеркивает актуальность вопроса о том, где должна быть проведена черта между творчеством человека и машины, то есть какими должны быть объем вклада или степень участия человека, чтобы результат труда относился к первой или второй указанной выше категории.

С учетом задачи ВОИС способствовать развитию изобретательской и творческой деятельности на благо экономического, социального и культурного развития всех стран государства-члены обратились к ней с просьбой предоставить площадку

для обсуждения тематики искусственного интеллекта и политики в области интеллектуальной собственности. Ведущаяся в настоящее время «дискуссия ВОИС»² – первый этап этого процесса.

Анализ зарубежного опыта регулирования отношений в сфере интеллектуальной собственности, реализуемых с использованием искусственного интеллекта, представляется важным, так как технология искусственного интеллекта находит широкое применение в самых разных отраслях промышленности по всему миру и оказывает влияние на различные сферы творчества.

За основу исследования предлагается взять организационно-правовые подходы к рассматриваемым вопросам в ЕС, Великобритании, США ввиду особенностей национально-правового регулирования вопросов охраны объектов интеллектуальной собственности, созданных искусственным интеллектом.

Интересным опытом регулирования отношений в сфере интеллектуальной собственности, реализуемых с использованием искусственного интеллекта, представляется опыт Великобритании. На основании того, что искусственный интеллект уже обучен изобретать, в Великобритании обсуждаются потребности в изменении существующей структуры права интеллектуальной собственности³.

В соответствии с существующим патентным законодательством Великобритании только физическое лицо (то есть человек) может и должно быть указано как «изобретатель» в патентной заявке (ст. 7 Патентного закона Великобритании 1977 г.⁴). Данное правило недавно нашло отражение в различных решениях, касающихся патентных заявок на изобретения, созданные с помощью системы искусственного интеллекта под названием DABUS. Так, Доктор Стивен Талер, создатель системы DABUS, подал заявку на патенты от своего имени, но назвал DABUS изобретателем. Заявки были отклонены Ведомством интеллектуальной

² См.: Искусственный интеллект и политика в области интеллектуальной собственности. Дискуссия ВОИС по вопросам ИС и ИИ. URL: https://www.wipo.int/about-ip/ru/artificial_intelligence/policy.html (дата обращения: 28 декабря 2020 г.).

³ См.: *Ellis Justin., Tatraeva M.* Artificial Intelligence and Intellectual Property: challenges to the existing legal framework. URL: <https://ilaw.co.uk/artificial-intelligence-and-intellectual-property-challenges-to-the-existing-legal-framework/> (дата обращения: 27 декабря 2020 г.).

⁴ The Patents Act 1977 (as amended). URL: <https://www.gov.uk/guidance/the-patent-act-1977/section-7-right-to-apply-for-and-obtain-a-patent> (дата обращения: 27 декабря 2020 г.).

собственности Великобритании (УКIPO), Европейским патентным ведомством и Ведомством США по патентам и товарным знакам⁵. Нормативная правовая база, применяемая всеми тремя ведомствами по интеллектуальной собственности, требует, чтобы изобретатель был человеком; соответственно – системы искусственного интеллекта не могут быть изобретателями, поэтому патент не может существовать в отношении технологии, которую создает, «изобретает» искусственный интеллект.

Доктор Талер обжаловал решение UKIPO в английских судах. Однако суд оставил решение UKIPO в силе. Суд пояснил, что тот факт, что DABUS не является физическим лицом, является общим основанием, поэтому любая заявка на патент, в которой DABUS указан в качестве изобретателя, обречена на провал⁶.

Хотя законодательство не запрещает учитывать технологическую специфику реализации отношений, суд по делу DABUS указал, что есть основания для аргументов в пользу того, что обладатель системы искусственного интеллекта, которая что-то изобретает, может быть указан как изобретатель: «Это было бы гораздо проще утверждать, что доктор Талер имел право на изобретение и на получение патента... на том основании, что он (доктор Талер) владел машиной, которая сделала изобретение»⁷. Такой подход можно позаимствовать из закона об авторском праве.

Вопрос о признании исключительных прав на «произведения» как объекты авторских прав, созданные искусственным интеллектом, требует обращения к Закону Великобритании об авторском праве.

Закон Великобритании об авторском праве, промышленных образцах и патентах (CDPA) 1988 г.⁸ в целом предоставляет охрану литературным, драматическим, музыкальным и художественным произведениям. В качестве охраняемых

произведений может быть и программа для ЭВМ (программный код), который классифицируется для целей охраны как литературное произведение и является примером результата интеллектуальной деятельности, который может быть создан с помощью искусственного интеллекта.

Как правило, законы об авторском праве требуют наличия определенной степени творчества, созданного человеком (с учетом того, что объекты авторских прав – это прежде всего результаты интеллектуальной деятельности). Но в Великобритании существует особая категория для произведений, созданных компьютером, при условии соблюдения требования оригинальности, которое может применяться к результатам деятельности искусственного интеллекта, направленным на создание объектов интеллектуальной собственности. Согласно п. 1 ст. 9 CDPA автор – это лицо, которое создало произведение.

При этом в п. 3 ст. 9 Закона указывается на то, что в случае литературного, драматического, музыкального или художественного произведения, созданного с помощью компьютера, *автором считается лицо, которое принимает меры, необходимые для создания произведения.*

Это означает, что произведение должно быть результатом свободного и творческого выбора автора и отражать его личный подход. Такой подход, по сути, может применяться по аналогии к произведениям, созданным с помощью искусственного интеллекта.

Что касается выхода Великобритании из ЕС (Brexit), этот факт не должен повлиять на охрану прав интеллектуальной собственности, доступную в Великобритании⁹. Действительно, фундаментальные положения патентного и авторского права закреплены в международных договорах, независимых от ЕС (в том числе в Европейской патентной конвенции, распространяемой не только на страны ЕС). Что касается национальных

⁵ См.: Ellis Justin., Tatraeva M. Указ. соч.

⁶ См.: Decision of THE HIGH COURT OF JUSTICE. Thaler v The Comptroller-General of Patents, Designs and Trade Marks. 15 July 2020. URL: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Patents/2020/2412.html> (дата обращения: 27 декабря 2020 г.)

⁷ См.: там же.

⁸ Copyright, Designs and Patents Act 1988. URL: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/contents> (дата обращения: 29 декабря 2020 г.).

⁹ См.: Hervey M. Intellectual property and artificial intelligence in the UK. 6.08.2019. URL: <https://gowlingwlg.com/en/insights-resources/articles/2019/ip-and-ai-in-the-uk/> (дата обращения: 24 января 2021 г.)

прав на объекты интеллектуальной собственности, действующих в Великобритании, существующие системы защиты и обеспечения соблюдения этих прав останутся неизменными¹⁰.

В Великобритании патентоспособность регулируется Патентным законом 1977 г., который был принят во исполнение Европейской патентной конвенции. В целом британский суд стремится следовать решениям апелляционных комиссий Европейского патентного ведомства, а Руководящие принципы Европейского патентного ведомства по экспертизе и прецедентное право апелляционных комиссий являются источниками ключевых принципов регулирования. Европейское патентное ведомство недавно добавило в свои Руководящие принципы конкретные указания по искусственному интеллекту. Как и в других ключевых юрисдикциях (например, в Японии, Корее и США), алгоритмы сами по себе сталкиваются со значительными проблемами патентоспособности. Европейское патентное ведомство придерживается подхода, согласно которому вычислительные модели и алгоритмы искусственного интеллекта исключаются из патентоспособности, если только они не составляют компьютерную программу, имеющую «дополнительный технический эффект», выходящий за рамки «нормального» физического взаимодействия между программой и компьютером, на котором она выполняется (п. G-II-3.6 Руководящих принципов Европейского патентного ведомства по экспертизе)¹¹.

Другие сферы отношений, вызывающие серьезные дискуссии, включают передовой опыт в отношении степени и сути раскрытия информации о работе искусственного интеллекта, патентоспособность изобретений, созданных изобретательским искусственным интеллектом (технологией, способной на изобретательство); и вопрос о том, повысит ли изобретательский искусственный интеллект со временем препятствия для определения изобретательского уровня или даже потребует новых подходы к охране изобретений. На данный момент как Европейское патентное ведомство, так и Ведомство интеллектуальной собственности Ве-

ликобритании на практике требуют, чтобы имена изобретателей-людей назывались в рамках процесса подачи заявки на патент, но это требование не подкрепляется штрафами за ложные утверждения (в отличие от системы США), и нет обязательства раскрывать роль изобретательского искусственного интеллекта, участвующего в создании изобретения (степень такого участия).

Более непосредственную практическую озабоченность вызывают потенциальные сложности доказательства нарушения патентных прав на технологию искусственного интеллекта, когда, например, предполагаемое нарушение прав может частично осуществляться в «облаке». По этой причине патентная охрана на технологию искусственного интеллекта часто нацелена на борьбу с нарушениями, которые можно легко выявить из общедоступных документов.

С учетом перечисленного можно заключить, что процессы, связанные с функционированием искусственного интеллекта, должны быть понятными и открытыми, а сама технология искусственного интеллекта при предоставлении патентной охраны пригодна к обратному инжинирингу и реинжинирингу.

При этом нет никаких специальных препятствий для охраны технологии искусственного интеллекта в качестве секрета-производства (ноу-хау) посредством режима коммерческой тайны (что также допускается британским законодательством на основе норм общего права, приведенных в свое время к 2018 г. в соответствии с положениями Директивы Европейского Парламента и Совета Европейского Союза 2016/943 от 8 июня 2016 г. о защите конфиденциальных ноу-хау и деловой информации (коммерческой тайны) от незаконного приобретения, использования и раскрытия). Такая охрана представляется оправданной, когда в отношении технологии искусственного интеллекта практически невозможен обратный инжиниринг.

Таким образом, право Великобритании справедливо допускает обратную ситуацию, когда патентной охране или охране в рамках секрета-производства и режима коммерческой тайны

¹⁰ См.: там же.

¹¹ European Patent Office, Guidelines for Examination, G-II-3.6. URL: https://www.epo.org/law-practice/legal-texts/html/guidelines/e/g_ii_3_6.htm (дата обращения: 24 января 2021 г.).

подлежит сама технология искусственного интеллекта. В этом контексте важно понимание правообладателя технологии искусственного интеллекта, как его владельца, к которому может быть обращено и требование по нарушенным интеллектуальным и иным правам третьих лиц (если у технологии нет иных пользователей ответственных за его действия).

Крайне важным и показательным с точки зрения возможной охраны результатов интеллектуальной деятельности, созданных искусственным интеллектом, представляется опыт США.

В США сложился отдельный подход к объектам авторских прав, созданным технологией искусственного интеллекта. Как правило, для предоставления авторских прав требуется выполнение двух основных условий. Во-первых, работа должна быть в осязаемом виде, во-вторых, она должна быть оригинальной. Поскольку одной из современных областей применения искусственного интеллекта является создание литературных и художественных произведений, изучение авторского права в контексте искусственного интеллекта является в США актуальным направлением юридической науки и практики. Понимание основных проблем в обозначенном контексте возможно при анализе старейших основополагающих прецедентов: *Burrow Gilles Lithographic Co. v. Sarony*¹², *Bleistein v. Donaldson Lithographing*¹³, *Alfred Bell & Co. v. Catalda Fine Arts*¹⁴.

В деле *Burrow Gilles Lithographic Co. v. Sarony* рассматривался вопрос возможности защиты авторских прав на фотографию, созданную компьютером (машиной). Суд, постановив, что чисто механический труд сам по себе не является творческим, сузил сферу защиты авторских прав. Следовательно, если такой строгий подход будет применяться к системам искусственного интеллекта, предоставление авторских прав на произведения, созданные ими, будет затруднено.

В споре *Bleistein v. Donaldson Lithographing*, по сути, продолжилось рассмотрение сходного вопроса. Суд в данном деле четко различал работу

человека и результат, созданный искусственным путем. Судья Холмс очертил уникальность человеческой личности и закрепил этот критерий в качестве предварительного условия для защиты авторского права. Суд прояснил свою позицию, используя для описания авторского права слова «что-то непреодолимое, которое принадлежит только одному человеку». Предполагалось, что не существует места для авторско-правовой охраны чего-либо, что не было продуктом человеческого творчества.

Решение по делу *Alfred Bell & Co. v. Catalda Fine Arts* свидетельствует о более мягком подходе судов к авторским правам. Суд снизил стандарт оригинальности и постановил, что произведение является оригинальным, если оно не было скопировано с любого другого художественного произведения аналогичного характера. В решении указывалось, что непреднамеренные или случайные изменения могут быть заявлены автором как его собственные. Таким образом, это решение было опережающим для лиц, претендующих на авторские права на результат, созданный искусственным интеллектом, если такой результат не был скопирован, несмотря на то что был создан с помощью определенных программ и алгоритмов.

Эти три судебных решения представляются в определенной степени различающимися в восприятии правоприменителем подходов к объектам, которые не были созданы человеком в полной мере, что, как представляется, оставляет возможность для судов США в современных условиях придерживаться доводов, изложенных и в последнем рассмотренном решении, при признании результатов интеллектуальной деятельности, созданных с использованием искусственного интеллекта и авторских прав лица, использующего технологию искусственного интеллекта для создания результатов интеллектуальной деятельности.

Неоднозначность подходов к характеру результатов интеллектуальной деятельности, созданных искусственным интеллектом, возникла в американском обществе довольно давно. Еще в 1974 г. Национальная комиссия по новым

¹² *Burrow Gilles Lithographic Co. v. Sarony*, 111 U.S. 53 (1884).

¹³ *Bleistein v. Donaldson Lithographing*, 188 U.S. 239 (1903).

¹⁴ *Alfred Bell & Co. v. Catalda Fine Arts*, 191 F.2d 99 (2d Cir. 1951).

технологиям использования произведений, охраняемых авторским правом (CONTU) в одном из своих отчетов заявила, что разработка искусственного интеллекта, способного на создание самостоятельных произведений, носит теоретический, а не практический характер¹⁵. Управление оценки технологий (ОТА) снова обратилось к этому вопросу в 1986 г., когда оценило последствия быстрого прогресса в интерактивных вычислениях в сфере интеллектуальной собственности. ОТА не согласилась с CONTU и предложила считать искусственный интеллект легитимным соавтором работ, защищенных авторским правом¹⁶. В настоящее время, спустя практически 35 лет дебаты об оптимальном подходе к технологии искусственного интеллекта, создающей результаты интеллектуальной деятельности, достигли своего пика, когда одна сторона утверждает, что компьютеры не могут быть такими же творческими, как люди, тогда как другие с этим не согласны, презюмируя наличие творческих способностей у определенных технологий искусственного интеллекта¹⁷.

Даже если конкретное государство допускает предоставление авторских прав на произведения, созданное искусственным интеллектом, вопрос о том, кому именно предоставляется это авторское право, остается дискуссионным. Это связано с тем, что действующее законодательство США требует хотя бы наличия юридического лица правообладателя, коим искусственный интеллект не является, если только его создателю не будет предоставлено это право¹⁸. Если система (технологическое решение) искусственного интеллекта была приобретена третьими лицами, возникает вопрос, будут ли авторские права предоставлены создателю или покупателю. Решение в пользу создателя реализовано в таких странах, как Англия и Новая Зе-

ландия, где авторские права на произведения, созданные искусственным интеллектом, передаются программисту посредством юридической фикции. Правовая охрана предоставляется в форме расширения определения авторского права, чтобы включить в него произведения, созданные компьютером (те, у которых нет человека-автора, то есть искусственный интеллект)¹⁹.

Что касается собственно американского подхода к объектам авторских прав, в создании которых человек не принимал непосредственного участия, то в правоприменительной практике компетентных органов США пока главенствует подход, согласно которому произведение получает охрану, если оно создано человеком, равно, как и произведение может быть зарегистрировано в Бюро авторских прав США только, если оно создано человеком. Так, еще 2014 г. Бюро регистрации авторских прав США выпустило Сборник практики Бюро регистрации авторских прав США, в частности, указав, что «ведомство не будет регистрировать произведения, созданные с помощью машины или простого механического процесса, который работает случайным образом или автоматически без какого-либо творческого участия или вмешательства человека-автора²⁰». Обозначенная позиция подтверждается и судебным делом, связанным с селфи обезьяны (фотографией, сделанной самой обезьяной), когда фотографу, который дал фотоаппарат обезьяне, сделавшей селфи, было отказано в предоставлении авторских прав на фотографию в деле *Naruto v. Slater*, No. 16-15469 (9th Cir. 2018).

Что касается объектов патентного права, в соответствии с патентным законодательством США «изобретатель» определяется как физическое лицо или группа лиц, которые разработали

¹⁵ Final Report, National commission on new technological uses of copyrighted works 4 (1978). URL: <http://eric.ed.gov/PDFS/ED160122.pdf> (дата обращения: 26 января 2021 г.).

¹⁶ Intellectual Property Rights in an Age of Electronics and Information, U.S. Office of technological assessment (April 1986) URL: <https://ota.fas.org/reports/8610.pdf> (дата обращения: 26 января 2021 г.).

¹⁷ См.: *Tripathi, Swapnil, Ghatak, Chandni* «Artificial Intelligence and Intellectual Property Law» // *Christ University Law Journal*. 2018, Vol. 7, No. 1, p. 88.

¹⁸ См.: *James Boyle*. *Endowed by their Creator? The Future of Constitutional Personhood*, The brookings institution future of the constitution. URL: https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2016/06/0309_personhood_boyle.pdf (дата обращения: 26 января 2021 г.).

¹⁹ См.: *Tripathi, Swapnil, Ghatak, Chandni* «Artificial Intelligence and Intellectual Property Law» // *Christ University Law Journal*. 2018, Vol. 7, No. 1, p. 89; Copyright, Designs and Patents Act, § 178, 1988 (UK); Copyright Act, § 2, 1994 (New Zealand).

²⁰ Copyright Office, *Compendium of U.S. Copyright Office Practices* (3d ed. 2014). § 313.2

или открыли²¹ предмет изобретения (п. f ст. 100 Патентного закона США – 35 Раздел Свода Законов США)²². Обозначенное определение, на первый взгляд, исключает любые формальные доводы о направленности законодательства США на признание возможности создания изобретения кем-либо кроме людей. Решающим фактором для выдачи патента на любое изобретение является его соответствие критериям патентоспособности. Так, американское законодательство требует, чтобы изобретение обладало новизной, неочевидностью, полезностью и законностью (изобретение в целом должно удовлетворять требованиям законодательства США).

В случае с изобретениями, созданными с помощью технологий искусственного интеллекта, основная проблематика на пути к получению патента заключается в соответствии такого изобретения обозначенным выше критериям. С точки зрения критерия новизны, несмотря на то что система искусственного интеллекта, безусловно, будет иметь доступ к предшествующему уровню техники, что можно сделать автоматизировано, спорные вопросы по новизне представляются в некоторых случаях неизбежными. Что касается вопроса об изобретательском уровне, то, если с помощью системы искусственного интеллекта определение новизны еще практически возможно, то шансы на внедрение инноваций в существующие модели или концепции, которые не очевидны для специалиста в данной области, безусловно, оценить труднее.

Ведомство США по патентам и товарным знакам (USPTO) опубликовало итоговый отчет, озаглавленный «Общественное мнение о политике в области искусственного интеллекта и интеллектуальной собственности»²³, в котором обобщены почти 200 комментариев от различных заинтересованных сторон в ответ на соответствующий запрос. В частности, в отчете обсуждаются: элемен-

ты изобретения, созданного искусственным интеллектом (от структуры базы данных, которую использует искусственный интеллект, до обучающих данных, самого алгоритма и результатов изобретения искусственного интеллекта). В Отчете говорится, что изобретения искусственного интеллекта можно отнести к следующим категориям: (а) изобретения, которые воплощают прогресс в области искусственного интеллекта; (б) изобретения, которые применяют искусственный интеллект (в области, отличной от искусственного интеллекта); и (с) изобретения, которые могут быть созданы самим искусственным интеллектом. Тем не менее в отчете было бы целесообразно более четко сформулировать различия между этими первыми двумя категориями и последней категорией, а именно, охрана самих изобретений (т. е. категорий (а) и (б)) и защиты результатов интеллектуальной деятельности – изобретений, созданных искусственным интеллектом (то есть категории (с)), а также рассмотрения каждого типа в последующих частях Отчета (которые иногда неявно сосредоточены на той или иной категории)²⁴.

Таким образом, существующие законы США в области интеллектуальной собственности являются достаточно надежными и гибкими для решения проблем, связанных с использованием искусственного интеллекта в создании объектов интеллектуальной собственности при признании интеллектуальных прав лишь за физическим и юридическим лицом (лицами, обладающими правосубъектностью, к коим искусственный интеллект пока не относится). Тем не менее в США на различном уровне отмечается необходимость возвращения к этим вопросам и рассмотрения новых подходов к праву интеллектуальной собственности в будущем, поскольку искусственный интеллект продолжает постоянно развиваться.

В контексте анализа нормативных правовых подходов к регулированию отношений

²¹ Открытие в США является одним из видов изобретений.

²² Consolidated Patent Laws, § 100 (f), U.S.C 35, URL: https://www.uspto.gov/web/offices/pac/mpep/consolidated_laws.pdf (дата обращения: 26 января 2021 г.).

²³ См.: Public Views on Artificial Intelligence and Intellectual Property Policy. URL: https://www.uspto.gov/sites/default/files/documents/USPTO_AI-Report_2020-10-07.pdf (дата обращения: 28 января 2021 г.).

²⁴ См.: *Erin Hanson, Elle Davis*. USPTO publishes report on public views on artificial intelligence and IP Policy – US IP law adequate for now, until artificial general intelligence is reached? URL: <https://www.whitecase.com/publications/alert/uspto-publishes-report-public-views-artificial-intelligence-and-ip-policy-us-ip> (дата обращения: 28 января 2021 г.).

с использованием технологии искусственного интеллекта примечательным является опыт Европейского союза в качестве примера унификации норм на региональном уровне. В настоящее время ЕС увеличивает инвестиции в разработку технологий искусственного интеллекта, повсеместно расширяя сферы его применения.

Рассматривая вопрос о том, признаются ли исключительные права на объекты авторских прав, созданные искусственным интеллектом, обратимся к ст. 2 Директивы 2009/24/ЕС от 23 апреля 2009 г. «О правовой охране компьютерных программ»²⁵, а также ст. 4 Директивы 96/9/ЕС Европейского Парламента и Совета от 11 марта 1996 г. «О правовой охране баз данных»²⁶, в которых в качестве автора указывается физическое лицо или группа физических лиц, создавших объект, подразумевая человеческий фактор. Кроме того, несмотря на тот факт, что понятие оригинальности, применимое к объектам авторского права, четко не определено в европейском законодательстве, в некоторых документах оригинальность связывается также с физическими лицами или человеческими качествами. В статью 2 Директивы 2001/84/ЕС от 27 сентября 2001 г. «О праве следования (перепродажи) в интересах автора оригинала произведения искусства»²⁷ в качестве создателей упоминаются физические лица (художники), а Директива 2006/116/ЕС Европейского парламента и Совета от 12 декабря 2006 г. «О сроке охраны авторских и некоторых смежных прав»²⁸ указывает на человеческий фактор («личность»). Кроме того, п. 3 ст. 1 Директивы 2009/24/ЕС от 23 апреля 2009 г. «О правовой охране компьютерных

программ», п. 15 Директивы 96/9/ЕС Европейского Парламента и Совета от 11 марта 1996 г. «О правовой охране баз данных», а также п. 16 Директивы 2006/116/ЕС Европейского парламента и Совета от 12 декабря 2006 г. «О сроке охраны авторских и некоторых смежных прав» (в отношении фотографий) указывают на «собственное интеллектуальное творчество автора» как на единственный критерий, который следует учитывать при оценке оригинальности.

Таким образом, для того чтобы подпадать под охрану авторского права, объект должен быть тесно связан с личностью автора. Исходя из этого критерия в науке многие высказывают точку зрения о том, что в соответствии с действующим законодательством произведения, созданные искусственным интеллектом, не подпадают под охрану авторских прав. Это связано с тем, что произведения, созданные исключительно с помощью технологии искусственного интеллекта, не могут считаться оригинальными с точки зрения законодательства об авторском праве, поскольку в них отсутствует человеческий фактор²⁹.

В пункте 18 Резолюции Европарламента от 16 февраля 2017 г. «О положениях гражданского права применительно к робототехнике»³⁰ отмечается, что ввиду того, что в настоящее время не существует специальных правовых норм, регулирующих робототехнику, к данной сфере может быть применена существующая система правового регулирования, с учетом некоторых аспектов. При этом подчеркивается необходимость поддержать разработку нейтрального с точки зрения технологии подхода к праву интеллектуальной собственности

²⁵ Directive 2009/24/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on the legal protection of computer programs. URL: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:111:0016:0022:EN:PDF> (дата обращения: 30 января 2021 г.).

²⁶ Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the legal protection of databases. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A31996L0009> (дата обращения: 30 января 2021 г.).

²⁷ Directive 2001/84/EC of the European Parliament and of the Council of 27 September 2001 on the resale right for the benefit of the author of an original work of art. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32001L0084> (дата обращения: 30 января 2021 г.).

²⁸ Directive 2006/116/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on the term of protection of copyright and certain related rights. URL: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:372:0012:0018:EN:PDF> (дата обращения: 30 января 2021 г.).

²⁹ См.: Iglesias M., Shamuilia S., Anderberg A. Intellectual property and artificial intelligence. URL: https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/bitstream/JRC119102/intellectual_property_and_artificial_intelligence_jrc_template_final.pdf (дата обращения: 30 января 2021 г.).

³⁰ European Parliament resolution of 16 February 2017 with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (2015/2103(INL)). URL: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_EN.html (дата обращения: 30 января 2021 г.).

в тех сферах, где потенциально могут быть внедрены технологии робототехники.

Действие принципа технологической нейтральности означает применение действующего законодательства к новым «технологичным» отношениям. Возможно, в таком случае объективная необходимость принятия новых документов будет сведена к минимуму, а принимаемые нормы и предписания будут нейтральными в отношении используемых технологий.

В законодательстве ЕС отсутствуют положения, препятствующие выдаче патентов на изобретения, созданные с использованием технологий искусственного интеллекта, при условии, что изобретение является патентоспособным. Согласно п. 1 ст. 52 Европейской патентной конвенции 1973 г.³¹ европейские патенты могут быть выданы на любые изобретения, которые являются новыми, имеют изобретательский уровень, промышленно применимы (то есть если для специалиста оно не следует из уровня техники). Кроме того, заявка на европейский патент должна раскрывать сущность изобретения достаточно ясно и полно, чтобы изобретение могло быть осуществлено специалистом в данной области техники (ст. 83 Европейской патентной конвенции 1973 г.) Категория «специалист в данной области техники» является ключевым вопросом для изобретений, созданных технологией искусственного интеллекта. Однако в данной конвенции отсутствует определение «специалиста в данной области техники», что вызывает сложности. При этом самой сложной задачей является определение возможностей технологии искусственного интеллекта (который в данном случае является инструментом). Сложно представить, как патентные ведомства, а также судьи установят, мог ли квалифицированный специалист с помощью данного инструмента создать конкрет-

ное техническое решение. Еще труднее определить возможности искусственного интеллекта, так как результаты работы технологии искусственного интеллекта трудно предсказать.

В октябре 2020 г. Европейский парламент принял три важных документа, регламентирующих различные сферы отношений в рамках функционирования технологии искусственного интеллекта: Резолюция от 20 октября 2020 г. «Этические принципы в сфере искусственного интеллекта, робототехники и связанных с ними технологий»³², посвященная этическим подходам в сфере регулирования отношений, связанных с реализацией технологий искусственного интеллекта; Резолюция от 20 октября 2020 г. «Режим гражданской ответственности, возникающей при использовании технологии искусственного интеллекта»³³, посвященная гражданской ответственности за ущерб, причиненный технологией искусственного интеллекта, а также рассматривающая вопрос об интеллектуальных правах на произведения, созданные непосредственно искусственным интеллектом или с помощью него; Резолюция от 20 октября 2020 г. «Об интеллектуальных правах в сфере развития технологий искусственного интеллекта»³⁴, которая содержит подходы к регулированию отношения в контексте взаимосвязи между искусственным интеллектом и интеллектуальными правами.

Данные резолюции Европарламента особенно важны, поскольку они не только определяют сферы отношений, реализация которых возможна с использованием искусственного интеллекта, и определяют потенциальные проблемы, но и содержат конкретные предложения по законодательному урегулированию спорных вопросов.

Европарламент также закрепил в приведенных резолюциях понятие системы искусственного интеллекта (п. «а» ст. 4 Регламента, текст которого

³¹ Convention for the European patent for the common market (Community Patent Convention) 1973. URL: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:41975A3490:EN:HTML> (дата обращения: 30 января 2021 г.)

³² European Parliament resolution of 20 October 2020 with recommendations to the Commission on a framework of ethical aspects of artificial intelligence, robotics and related technologies (2020/2012(INL)). URL: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0275_EN.pdf (дата обращения: 22 января 2021 г.).

³³ European Parliament resolution of 20 October 2020 with recommendations to the Commission on a civil liability regime for artificial intelligence (2020/2014(INL)). URL: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0276_EN.pdf (дата обращения: 25 января 2021 г.).

³⁴ European Parliament resolution of 20 October 2020 on intellectual property rights for the development of artificial intelligence technologies (2020/2015(INI)). URL: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0277_EN.pdf (дата обращения: 22 января 2021 г.).

содержится в Резолюции от 20 октября 2020 г. «Этические принципы в сфере искусственного интеллекта, робототехники и связанных с ними технологий», а также п. «а» ст. 3 Регламента, текст которого содержится в Резолюции от 20 октября 2020 г. «Режим гражданской ответственности, возникающей при использовании технологии искусственного интеллекта»).

Так, *под системой искусственного интеллекта или искусственным интеллектом* понимается система, являющаяся программным обеспечением или аппаратным устройством, отображающая поведение, имитирующее интеллект, в том числе путем сбора и обработки данных, анализа и интерпретации полученной информации, а также наделенная автономностью для совершения каких-либо действий для достижения конкретных целей.

Подчеркивается тот факт, что технология искусственного интеллекта не наделена ни правоспособностью, ни человеческим разумом. Единственная задача, поставленная перед данной технологией, – служить человеку (подп. 6 п. «В» Резолюции от 20 октября 2020 г. «Режим гражданской ответственности, возникающей при использовании технологии искусственного интеллекта»).

В рамках законодательства ЕС проводится дифференциация произведений, созданных человеком с помощью технологии искусственного интеллекта (AI-assisted human creations) и произведений, созданных непосредственно технологией искусственного интеллекта (AI-generated creations). Европейским парламентом предложен следующий подход: в тех случаях, когда технология искусственного интеллекта являлась вспомогательным инструментом в процессе создания, применяется действующее законодательство об интеллектуальном собственности ЕС (п. 14 Резолюции от 20 октября 2020 г. «Об интеллектуальных правах для развития технологий искусственного интеллекта»).

В то же время в п. 15 вышеуказанной Резолюции Европейский парламент отмечает, что определенные технические решения, созданные с помощью технологии искусственного интеллекта, должны быть защищены в соответствии с новой правовой базой интеллектуальной собственности в целях стимулирования инвестиций в такую форму создания, а также в целях поддержки изо-

бретателей. Однако не предполагается создание какого-либо специального регулирования. Отмечается, что произведения, созданные непосредственно технологией искусственного интеллекта (роботами) могут не подпадать под охрану авторского права ввиду отсутствия автора-человека. Чтобы соблюсти принцип оригинальности, который предполагает связь с физическим лицом, и ввиду того, что концепция «творческий вклад» подразумевает личность автора, отмечается необходимость придерживаться общих положений об авторском праве на произведения, созданные искусственным интеллектом на основе принципа технологической нейтральности в случае, если такие произведения подпадают под охрану авторского права; рекомендуется предоставлять интеллектуальные права физическому или юридическому лицу, которые создали произведение на законных основаниях и только если получено разрешение правообладателя, в случае если защищенный авторским правом материал используется при создании нового произведения, и если не применяются исключения или ограничения авторского права; подчеркивается необходимость упрощения доступа к данным и обмену данными, открытыми стандартами и технологиями с открытым исходным кодом при поощрении инвестиций и стимулировании инноваций.

Анализируя актуальное законодательство ЕС, касающееся регулирования отношений, возникающих по поводу объектов интеллектуальной собственности, созданных технологией искусственного интеллекта, можно прийти к выводу о том, что результат, полученный с помощью технологии искусственного интеллекта, законодательством ЕС расценивается как объект интеллектуальных прав, имея в виду творческий результат. Однако Европарламент подчеркивает, что на данный момент регламентация отношений в сфере искусственного интеллекта находится в стадии разработки, и все сопутствующие вопросы, в том числе о статусе результата интеллектуальной деятельности, созданного технологией искусственного интеллекта, пока не находят отражение в специальных положениях законодательства.

С учетом проведенного анализа законодательства зарубежных стран и принимая во внимание то обстоятельство, что в некоторых странах,

например в США, юридические лица могут признаваться не только правообладателями, но и авторами произведений (при создании служебных произведений), концепцию юридической фикции юридического лица представляется возможным распространить и на искусственный интеллект, наделив его правосубъектностью. При этом реализацию соответствующих прав будет осуществлять физическое лицо, контролирующее функционирование искусственного интеллекта, которое представляется возможным в контексте деятельности по созданию объектов интеллектуальной собственности именовать правообладателем технологии (или системы) искусственного интеллекта. Такой правообладатель, вероятно, должен иметь возможность не только по общему предлагаемому правилу пользоваться соответствующими правами на результаты интеллектуальной деятельности, созданные искусственным интеллектом, а также правами на сам искусственный интеллект; но и нести субсидиарную ответственность за нарушение прав третьих лиц, если организационно-финансовых возможностей искусственного интеллекта как самостоятельного субъекта прав (юридической фикции) будет недостаточно. Статус искусственного интеллекта для целей наделения его правосубъектностью, в зависимости от уровня надежности технологии, представляется возможным приравнять к юридическому лицу (при наименьшем уровне надежности

технологии) или установить в качестве независимого с включением в специальный реестр систем искусственного интеллекта, который должно вести Патентное ведомство или налоговый орган (при высоком уровне надежности технологии). В таком случае искусственный интеллект может обладать организационной обособленностью, а также иметь свой счет, аккумулируя средства от коммерческой деятельности искусственного интеллекта.

При этом исключительные права на объекты интеллектуальной собственности, созданные искусственным интеллектом, возможно будет аккумулировать в рамках такого юридического лица или специального субъекта прав (системы искусственного интеллекта). Бенефициаром же таких прав, то есть лицом, использующим и распоряжающимся исключительным правом на соответствующий результат интеллектуальной деятельности, как отмечено выше, представляется целесообразным считать лицо, «контролирующее» функционирование искусственного интеллекта – правообладателя системы искусственного интеллекта. При этом существование личных неимущественных прав на такие результаты интеллектуальной деятельности, созданные искусственным интеллектом, возможно опосредовано при указании на автора – создателя системы искусственного интеллекта (лишь в случае, если такой создатель – физическое лицо).

Список литературы:

1. Yu R. The machine author: what level of copyright protection is appropriate for fully independent computer-generated works? // *University of Pennsylvania Law Review*. 2017. Vol. 165. – P. 1243. Цит. по: Понкин И.В., Редькина А.И. Искусственный интеллект и право интеллектуальной собственности // *Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права*. 2018. № 2. С. 36.
2. *Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony* / Decision of the United States Supreme Court № 18 of March 17, 1884. URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/111/53/> (дата обращения: 20 декабря 2020 г.)
3. *Ellis Justin, Tatraeva M.* Artificial Intelligence and Intellectual Property: challenges to the existing legal framework. URL: <https://ilaw.co.uk/artificial-intelligence-and-intellectual-property-challenges-to-the-existing-legal-framework/> (дата обращения: 27 декабря 2020 г.)
4. *Hervey M.* Intellectual property and artificial intelligence in the UK. 6.08.2019. URL: <https://gowlingwlg.com/en/insights-resources/articles/2019/ip-and-ai-in-the-uk/> (дата обращения: 24 января 2021 г.)
5. *Tripathi, Swapnil, Ghatak, Chandni* «Artificial Intelligence and Intellectual Property Law» // *Christ University Law Journal*. 2018, Vol. 7, No. 1, p. 88.

6. *James Boyle*. Endowed by their Creator? The Future of Constitutional Personhood, The brookings institution future of the constitution. URL: https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2016/06/0309_personhood_boyle.pdf (дата обращения: 26 января 2021 г.).
7. *Tripathi, Swapnil, Ghatak, Chandni* «Artificial Intelligence and Intellectual Property Law» // Christ University Law Journal. 2018, Vol. 7, No. 1, p. 89; Copyright, Designs and Patents Act, § 178, 1988 (UK); Copyright Act, § 2, 1994 (New Zealand).
8. *Erin Hanson, Elle Davis*. USPTO publishes report on public views on artificial intelligence and IP Policy – US IP law adequate for now, until artificial general intelligence is reached? URL: <https://www.whitecase.com/publications/alert/uspto-publishes-report-public-views-artificial-intelligence-and-ip-policy-us-ip> (дата обращения: 28 января 2021 г.)
9. *Iglesias M., Shamuilia S., Anderberg A.* Intellectual property and artificial intelligence. URL: https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/bitstream/JRC119102/intellectual_property_and_artificial_intelligence_jrc_template_final.pdf (дата обращения: 30 января 2021 г.)

Понятие сайта (веб-сайта) для целей права



М.А. Рожкова,

доктор юридических наук, главный научный сотрудник Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ, профессор-исследователь Балтийского федерального университета им. Иммануила Канта, президент IP CLUB, эксперт РАН, член Экспертного совета Комитета Государственной Думы по информационной политике, информационным технологиям и связи



О.В. Исаева,

аспирант Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ

С развитием цифровых технологий веб-сайт приобрел значительную популярность как инструмент, используемый в профессиональной деятельности. Вместе с тем современная правоприменительная практика свидетельствует об отсутствии четкого понимания правовой природы данного объекта. Авторами статьи предпринята попытка продемонстрировать предусмотренные действующим законодательством возможности предоставления охраны составляющим веб-сайта, а также оценить перспективы охраны веб-сайта в целом.

Ключевые слова:

веб-сайт; правовая охрана веб-сайта; составляющие веб-сайта; контент веб-сайта; дизайн веб-сайта.

Сайты или, иначе, **веб-сайты** (от англ. *website*, где *web* – сеть, паутина, *site* – участок, место) признаются базовым элементом всемирной сети Интернет. Вместе с тем, несмотря на широкую распространенность, у многих юристов нет четкого понимания того, что собой представляет веб-сайт (с правовой точки зрения) и какую правовую защиту веб-сайт может получить.

В ГК РФ легального определения понятия «сайт» нет. Но его можно обнаружить в п. 13 ст. 2 Закона об информации: «сайт в сети “Интернет” – совокупность программ для электронных вычи-

слительных машин и иной информации, содержащейся в информационной системе, доступ к которой обеспечивается посредством информационно-телекоммуникационной сети “Интернет” (далее – сеть “Интернет”) по доменным именам и (или) по сетевым адресам, позволяющим идентифицировать сайты в сети “Интернет”».

К сожалению, как и некоторые другие дефиниции, сформулированные в Законе об информации, определение понятия «сайт» нельзя назвать ни ясным, ни верным. Последнее – прежде всего потому, что программа для ЭВМ никак не может

быть отнесена к разновидностям информации. При этом для целей правовой охраны сайта в качестве объекта интеллектуальных прав процитированное определение вовсе не годится: законодательство в сфере интеллектуальной собственности не предназначено для правовой охраны информации, а ведь именно через это понятие раскрывается понятие сайта в Законе об информации.

В условиях, когда веб-сайты стабильно причисляют к объектам интеллектуальных прав, необходимо более четко определить, что же следует понимать под этим термином и каким составленным сайтом предоставляется правовая охрана законодательством в сфере интеллектуальной собственности.

Контент веб-сайта (содержательная составляющая сайта)

Под **контентом** сайта (англ. *content*) понимается его *содержимое* или, иначе, *содержательное наполнение*. Контент сайта крайне разнообразен и может включать в себя:

– **объекты интеллектуальной собственности** – фотографии, литературные и художественные произведения (разных форматов), творческие или нетворческие базы данных, музыкальные и аудиовизуальные произведения, товарные знаки и проч.;

– **информацию** (информационные элементы), которая, как известно, не охраняется законодательством в сфере интеллектуальной собственности.

Таким образом, контент сайта – это вовсе не единое произведение, получающее авторско-правовую охрану. В составе контента сайта могут быть, в частности, охраняемые результаты интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации, права на которые принадлежат правообладателю сайта; охраняемые объекты интеллектуальной собственности, права на которые принадлежат третьему лицу и размещение которых на сайте (использование) согласовано с этим третьим лицом; информация (данные).

Изложенное заставляет заострить внимание на том, что в ст. 1260 ГК РФ веб-сайт (интернет-

сайт) прямо отнесен к числу создаваемых на основе других произведений и (или) неохранных объектов [4] **составных произведений**, суть которых состоит в подборе и компоновке их составляющих (подп. 2 п. 2 ст. 1259 ГК РФ). Согласно п. 2 ст. 1260 ГК РФ авторско-правовую охрану получают осуществленные создателем (составителем) составного произведения подбор или расположение материалов – применительно к сайту это означает, что охраняется избранный составителем **порядок подбора и компоновки объектов, составляющих контент сайта**. Это дает основания говорить о том, что *лицу, которое осуществило подбор и размещение контента на сайте (составительство), принадлежат авторские права на сайт как составное произведение*. Сказанное вовсе не означает, что у составителя есть права на *сам контент сайта* – как указывалось выше, права на составляющие контент объекты могут принадлежать разным лицам. К обязанностям составителя относится соблюдение прав правообладателей, объекты интеллектуальной собственности которых были использованы (размещены) на веб-сайте.

Еще более важным является то, что по смыслу ст. 1260 ГК РФ авторское право на составное произведение возникает лишь тогда, когда *при подборе и компоновке объектов, составляющих контент сайта, был реализован новаторский подход, использовались оригинальные творческие идеи, креативность*. Иными словами, веб-сайт получает правовую охрану в качестве составного произведения только в случае **творческого подхода к подбору и компоновке составляющих сайт объектов**. Если контент размещается, например, в строго хронологическом порядке, то такое размещение не дает оснований характеризовать сайт как составное произведение, созданное творческим трудом, и, соответственно, в этом случае он не получает правовую охрану в качестве объекта авторского права (гл. 70 ГК РФ).

Резюмируя, можно говорить о том, что авторско-правовую охрану в качестве составного произведения может получить творческая компоновка контента сайта¹. Примечательно, что

¹ Вывод о том, что именно контент сайта представляет собой составное произведение, также сделан Судом по интеллектуальным правам в постановлении от 16 марта 2016 г. по делу № А40-26249/2015 и поддержан Верховным Судом РФ в определении № 305-ЭС16-7224 от 15 августа 2016 г. по тому же делу.

аналогичный подход поддерживается и в зарубежных правопорядках.

Так, законодательство США в области авторского права не признает сам по себе веб-сайт в качестве охраняемого авторским правом объекта (17 U.S.C. § 102(a)), поскольку принято считать, что веб-сайт является только средством фиксации авторских произведений, средством их распространения, и не представляет собой самостоятельный контент. Вместе с тем, согласно разъяснениям Бюро регистрации авторских прав (U.S. Copyright Office), так как веб-сайт может содержать в себе такие охраняемые объекты, а при его создании может быть приложено немало творческих усилий, в качестве потенциально возможных выделяют три уровня авторско-правовой охраны: охрана объектов контента (содержимого: текст, фото, видео, программы и т. д.) как самостоятельных произведений, охрана HTML-кода (код на языке разметки HTML) как литературного произведения и охрана компоновки контента как составного (*compilation*), коллективного (*collective work*) или производного (*derivative work*) произведения².

При этом охрана в качестве составного произведения может быть предоставлена при условии достаточной степени творческого самовыражения лица, производившего отбор и/или организацию контента в целом, что также допускает и соавторство на отдельных этапах. Так, в случае вовлеченности в соответствующий процесс нескольких лиц возможно соавторство при выборе материала, который будет размещен на веб-сайте, или при его группировке³.

В рамках рассматриваемого вопроса внимания заслуживает подход, сформировавшийся во Франции. Кодекс интеллектуальной собствен-

ности (CPI) определяет составное произведение (*l'œuvre composite*) как «новое произведение, в состав которого включено другое, ранее созданное произведение, и которое создано без участия автора последнего» (ст. L113-2 CPI). При этом правоприменительная практика также исходит из того, что несмотря на отсутствие веб-сайтов как таковых в перечне объектов, на которые распространяется авторско-правовой режим (ст. L112-2 CPI), и ввиду открытости данного перечня, при соблюдении некоторых условий, веб-сайту может быть предоставлена авторско-правовая охрана.

Так, одним из требований является достаточная проработанность сайта и выражение его в объективной форме, делающей его доступным для ознакомления другими лицами. Это связано с исключением из авторско-правового режима концепций и идей, находящиеся только в сознании человека. Иными словами, автору концепции веб-сайта будет отказано в признании его автором сайта, поскольку «если интернет-сайт может представлять собой охраняемое творческое произведение, только выбор цвета, форм, графики, макета ... может придать ему такой характер; признать в качестве автора человека, чей вклад ограничился представлением идеи или концепции, невозможно»⁴.

Кроме того, согласно общеевропейскому подходу⁵, для получения авторско-правовой охраны веб-сайт должен быть оригинальным, причем условие оригинальности распространяется не только (и не столько) на компоновку составляющих сайт объектов, но в большей степени на его внешний вид, художественно-эстетическую составляющую. Согласно правоприменительной практике Франции, «выбору в пользу сочетания указанных различных элементов [доминирующие цвета,

² Compendium of U.S. Copyright Office Practices. / U.S. Copyright Office. Third Edition. January 2021. Section 1006. (URL: <https://www.copyright.gov/comp3/docs/compendium.pdf>)

³ Compendium of U.S. Copyright Office Practices. / U.S. Copyright Office. Third Edition. January 2021. Section 1006.4. (URL: <https://www.copyright.gov/comp3/docs/compendium.pdf>)

⁴ TGI Bordeaux, 1ère civ, 8.11.2016, X / Ocea Ingénierie (URL: <https://www.legalis.net/jurisprudences/tribunal-de-grande-instance-de-bordeaux-1ere-ch-civ-jugement-du-8-novembre-2016/>)

⁵ См. решение Европейского суда по делу *Infopaq International A/S v. Danske Dagblades Forening* (no. C-5/08, ECJ, 2009), в рамках которого Суд пришел к выводу о том, что «авторское право по смыслу ст. 2(a) Директивы 2001/29 подлежит применению только в отношении объекта, который является оригинальным в том смысле, что является результатом самостоятельной интеллектуальной деятельности автора» (§37); а также Директиву Европейского Парламента и Совета Европейского Союза 2006/116/ЕС от 12 декабря 2006 г. О сроке действия охраны авторского права и некоторых смежных прав, в которой закреплено: «По смыслу Бернской конвенции, фотографическое произведение должно считаться оригинальным, если оно является результатом интеллектуальной деятельности автора, отражающим его личность...» (преамбула, абзац 16).

графика, заголовки, логотип и др.] в соответствии с определенным оформлением предшествует художественное исследование, никак не навязанное функциональным императивом, что придает сайту особый облик, отличающий его от других сайтов, и подчеркивает творческие усилия, характеризующие сайт как оригинальный ...»⁶.

Дизайн веб-сайта (художественно-эстетическая составляющая сайта)

Веб-сайт характеризует не только его содержательное наполнение (*контент*), но и его внешняя эстетика (*дизайн*), выступающая самостоятельным объектом интеллектуальных прав. При этом характеристика дизайна сайта для целей решения вопросов его правовой охраны невозможна без понимания сущности *веб-разработки* (англ. *web development*) – процесса создания сайта.

Веб-разработка не является одномоментным процессом, а включает в себя несколько этапов, среди которых, опуская детали, можно выделить следующие: (1) разработка графического дизайна главной страницы сайта и его основных страниц; (2) верстка сайта, то есть написание на основе графической картинки HTML-кода, в результате чего появляется возможность просматривать сайт с помощью браузера; (3) создание функциональной части сайта с помощью программного кода и тестирование; (4) размещение сайта в сети Интернет и наполнение его контентом; (5) поисковая оптимизация, способствующая более эффективному поиску сайта в сети Интернет. Первые два из приведенных этапов охватывают часть веб-разработки, называемую веб-дизайном.

Следует отметить, что понятие «**веб-дизайн**» (от англ. *web design*) используется в разных смысловых значениях. С одной стороны, веб-дизайн представляет собой *деятельность*, связанную с созданием внешнего вида сайта, что включает в себя как подготовку на бумаге или в графическом редакторе его макета (в виде изображения), так и написание на основе такого макета (или, в случае его отсутствия, на основе описанных в техническом задании характеристик) HTML-кода, закрепляющего размещение элементов страницы веб-

сайта (изображения, логотипы, кнопки и проч.) на «полотне» браузера [7]. Вместе с тем получившие в последнее время широкое распространение конструкторы и визуальные редакторы интернет-сайтов позволяют пользователю соответствующего инструмента создать полноценный работающий сайт, ограничившись выбором необходимых настроек и не написав при этом ни строчки HTML-кода (код генерируется автоматически). Кроме того, не меньшей популярностью сегодня пользуются одностраничные веб-сайты, не подразумевающие как таковой функционал: сайт-визитная карточка физического лица или компании, сайт-презентация мероприятия или какой-либо программы (например, образовательной или стажировки) и проч. – процесс разработки таких сайтов зачастую сводится к веб-дизайну, поскольку именно внешний вид сайта является основной целью его создания. В описанных случаях, фактически действуя как дизайнер, лицо в конечном счете создает полноценный продукт, что серьезно сближает понятия «веб-разработка» и «веб-дизайн».

В то же время термин «веб-дизайн» используют для обозначения *результата* приведенной деятельности – визуальной составляющей интернет-сайта, т. е. *разновидности графического дизайна, который рассматривается в качестве творческой (художественно-проектной) деятельности, сегодня объединяющей в себе традиционные техники изобразительного искусства и высокие технологии, результатом которых становятся специфические объекты дизайна*. Именно веб-дизайн в указанном значении представляет интерес с точки зрения охраноспособности составляющих интернет-сайта.

Применительно к дизайну веб-сайтов можно говорить о том, что действующее российское законодательство в сфере интеллектуальной собственности предоставляет различные возможности их правовой охраны: в частности, он может охраняться как *произведение дизайна и дизайнерское решение*.

1. Прямое отнесение произведений дизайна к числу объектов авторских прав (ст. 1259 ГК РФ) дает основания заключить, что дизайн веб-сайта

⁶ CA Versailles, 12e ch., 2.07.2013, n° 11/04954 (URL: <https://www.doctrine.fr/d/CA/Versailles/2013/B7E4F995D4C6573BF2854>)

получает авторско-правовую охрану как произведение с момента его создания.

Авторско-правовая охрана в качестве **произведения дизайнера** предоставляется *внешнему виду сайта в целом*, без выделения существенных / несущественных признаков или каких-либо значимых элементов. Иными словами, в качестве авторского произведения дизайнера рассматривается «общая картинка» страницы сайта, как ее могут видеть пользователи сети Интернет. При этом авторско-правовая охрана дизайнера веб-сайта вовсе не подразумевает, что самостоятельную охрану получает каждая из составляющих внешнего вида сайта, например: используемый шрифт, сочетание цветов, конфигурация графических объектов, дизайн кнопок на панели навигации и проч. Некоторые из названных могут становиться автономными объектами интеллектуальных прав, другие не получают правовую охрану.

Важно заметить, что объективная форма выражения веб-сайта может варьироваться: при проектировании дизайн сайта может оформляться в виде наброска на обычном листе бумаги (рисунок), быть сконструирован в графическом редакторе наподобие *Photoshop* либо сразу быть сверстан на HTML-языке и просматриваться в браузере. В то же время уже после размещения веб-сайта в сети Интернет его страница доступна в браузере, а также может подтверждаться посредством электронной копии страницы сайта (сохраненной в веб-архиве, например, *The Wayback Machine*) либо распечатанной скрин-копии страницы сайта, либо нотариально заверенными «бумажными» копиями страниц сайта.

2. Дизайн может получить правовую охрану в качестве объекта патентных прав: п. 1 ст. 1352 ГК

РФ устанавливает патентно-правовую охрану *промышленных образцов*, в качестве которых охраняются решения внешнего вида изделия промышленного или кустарно-ремесленного производства. Патентно-правовая охрана, как известно, устанавливается не автоматически – для этого необходимо получение соответствующего патента.

В отличие от авторско-правовой, патентно-правовая охрана может быть *предоставлена дизайнерскому решению* (решению внешнего вида) *как в целом интерфейса сайта*⁷, *так и отдельно его составляющим*: например, патентно-правовую охрану могут получить кнопки на панели навигации (иконки)⁸, используемый на сайте шрифт⁹ и проч.

Здесь же следует отметить, что составляющие дизайнерского решения интерфейса веб-сайта могут охраняться и в качестве иных объектов интеллектуальных прав: например, цветовое решение сайта может основываться на сочетании цветов, получивших правовую охрану в качестве товарного знака¹⁰.

Резюмируя, можно говорить о том, что авторско-правовую охрану в качестве произведения дизайнера получает «общая картинка» страницы сайта, тогда как патентно-правовая охрана в качестве дизайнерского решения может быть предоставлена как внешнему виду страницы сайта в целом, так и отдельным визуальным элементам этого вида.

Инструментарий компьютерных программ (программное обеспечение сайта)

Достаточно часто различными специалистами высказывается идея о том, что компьютерные программы (в отечественном законодательст-

⁷ См., например: патент на промышленный образец № 123437 «НАБОР СТРАНИЦ ИНТЕРФЕЙСА САЙТА (изделие в целом)...», патентообладатель – АО «Авиакомпания «Россия» (RU); патент на промышленный образец № 122269 «НАБОР СТРАНИЦ ИНТЕРФЕЙСА САЙТА», патентообладатель – ООО Управляющая компания «Региональные Объединенные Системы Водоканал» (RU); патент на промышленный образец № 118643 «НАБОР СТРАНИЦ ИНТЕРФЕЙСА ИНТЕРНЕТ-САЙТА», патентообладатель – ООО «НефтьГазСервис Навигатор» (RU).

⁸ См., например: патент на промышленный образец № 106614 «ГРАФИЧЕСКИЙ ИНТЕРФЕЙС ЛЕВОГО НАВИГАЦИОННОГО МЕНЮ», патентообладатель ООО «АТЛАС» (RU).

⁹ См., например: патенты на промышленные образцы № 86428 «ШРИФТ “ARTEMIUS TEXT REGULAR”» и № 88793 «ШРИФТ» патентообладателя ООО «Студия Арт. Лебедева» (RU) и шрифты, используемые на сайте www.artlebedev.ru (по состоянию на 10 марта 2021 г.).

¹⁰ См., например: товарный знак № 310048 (розовый) правообладателя Реккит Бенкайзер Н.В. (NL) и цветовое оформление сайта www.vanish.ru (по состоянию на 10 марта 2021 г.); товарные знаки № 561631 (синий (Pantone 300CV)) и № 639382 (синий (PANTONE 300 CV), белый) правообладателя ПАО «Газпром» и цветовое оформление сайта www.gazprom.ru (по состоянию на 10 марта 2021 г.); товарный знак № 696846 (зеленый (Pontone 361C), фиолетовый (Pontone 2603C)) правообладателя ПАО «МегаФон» и цветовое оформление сайта megafon.ru (по состоянию на 10 марта 2021 г.).

ве они обозначаются термином «программы для ЭВМ») являются составной частью веб-сайта, что и послужило мотивом к закреплению в Законе об информации ранее процитированного определения. Между тем критическая оценка этого утверждения позволяет сделать другие выводы.

Возвращаясь к процессам веб-разработки и веб-дизайна, следует заметить, что они, бесспорно, требуют использования различных компьютерных программ. Однако такие программы (вне зависимости от того, используются ли при создании сайта профессиональные веб-дизайнерские программы либо сайт «собирается» с помощью общедоступного конструктора сайта) – это лишь *инструменты построения (создания) сайта*.

После размещения готового сайта в сети Интернет требуется другое программное обеспечение – необходимое для поддержания его работоспособности и, в частности, осуществления поисковой оптимизации сайта, его адаптации к различным устройствам, исправления ошибок и проч. Но и здесь компьютерные программы выступают лишь в роли инструментов – *инструментов администрирования сайта*. Причем сайт нуждается не только в поддержании его работоспособности, но и в актуализации контента, что предполагает использование *программного обеспечения для управления содержимым сайта* (англ. *Content Management Software* или *Content Management System*; далее – *CMS*) – с помощью которого может меняться структура сайта и количество страниц сайта, размещаются текстовые файлы, фотографии, аудио- и видеофайлы, архивируется устаревшая информация и проч. То есть инструментарий *CMS* позволяет поддерживать веб-сайт в рабочем состоянии, обеспечивая его актуальность.

В этих условиях можно лишь отчасти согласиться с замечанием А.И. Савельева о сложной структуре интерактивных интернет-сайтов, которые состоят из презентационного слоя (*presentation layer*), с которым непосредственно взаимодействует пользователь, слоя бизнес-логики (*logic layer*), представляющего собой «сервер, на котором содержатся приложения, обеспечивающие основной бизнес-функционал сервиса», и доступного только с сервера слоя баз данных (*data layer*), содержащего информацию о клиентах, товарах, со-

вершенных транзакциях и т. п. [6]. Подобное подразделение используется не для сайта (страниц сайта), а для обеспечивающих веб-сайт программных приложений.

Резюмируя, надо признать бесспорную значимость инструментария, с помощью которого создается сайт и поддерживается его функционирование. Но техническая поддержка веб-сайта, осуществляемая посредством компьютерных программ, не дает повода включать программное обеспечение в состав самого сайта – это лишь технический инструментарий. Схожим образом механизмы, используемые при строительстве дома или для его последующего поддержания, не входят в состав дома.

Система адресации в сети Интернет (доменное имя, IP-адрес, URL)

Как следует из процитированного ранее определения веб-сайта, в ст. 2 Закона об информации упоминается возможность обращения к сайту «по доменным именам и (или) по сетевым адресам, позволяющим идентифицировать сайты в сети Интернет». В то же время ст. 15.1 Закона об информации посвящена «Единому реестру доменных имен, указателей страниц сайтов в сети Интернет и сетевых адресов, позволяющих идентифицировать сайты в сети Интернет, содержащие информацию, распространение которой в Российской Федерации запрещено» (далее – Единый реестр), который создавался в целях ограничения доступа к сайтам, содержащим запрещенную к распространению информацию. То есть Единый реестр охватывает не только доменные имена и сетевые адреса, но и указатели страниц сайтов в сети Интернет, что нуждается в дополнительных пояснениях.

Доменное имя (англ. – *domain name*) используется для адресации *пользовательского сетевого устройства* (компьютера, смартфона и проч.) на конкретный информационный ресурс – это может быть одностраничный сайт-визитка, поисковая система, сайт социальной сети, домашняя страница и проч. Весьма удачно сущность доменного имени была обозначена в постановлении Федерального арбитражного суда Московского округа: «Домен... – это набор символов, позволяющий идентифицировать и найти в сети Интернет

ресурс (веб-сайт) с определенным доменным именем»¹¹. В пункте 15 ст. 2 Закона об информации понятие «доменное имя» определено менее точно и не столь понятно – доменное имя предлагается понимать как *обозначение символами, предназначенное для адресации сайтов в сети Интернет в целях обеспечения доступа к информации, размещенной в сети Интернет*.

Сетевой адрес или, иначе, IP-адрес (сокр. от англ. *Internet Protocol Address*), присваивается каждому работающему в сети Интернет устройству (серверу, компьютеру, смартфону и проч.), позволяя идентифицировать его среди иных работающих в Интернете устройств, получать и передавать ту или иную информацию. В пункте 16 ст. 2 Закона об информации под сетевым адресом (IP-адресом) понимается *«идентификатор в сети передачи данных, определяющий при оказании телематических услуг абонентский терминал или иные средства связи, входящие в информационную систему»*.

Изложенное позволяет разграничивать доменное имя и сетевой адрес: первый используется для перехода на информационный ресурс (сайтов и иже с ними), второй – для идентификации устройства, выходящего в сеть¹². Например, доменное имя официального сайта Верховного Суда РФ – *vsrf.ru* (где *.ru* – домен первого уровня (национальный домен), а *vsrf.ru* – домен второго уровня [5]), а IP-адрес сервера, где размещен этот веб-сайт, – 95.173.156.120).

Примечательно, что на сервере (как устройстве, имеющем собственный IP-адрес) могут размещаться одновременно тысячи разных информационных ресурсов (сайтов, порталов, домашних страниц и т. д.), имеющих разные доменные имена. В то же время сайт (информационный ресурс), имеющий одно доменное имя, может размещаться сразу на нескольких серверах и соответствовать одновременно нескольким IP-адресам (например, для распределения нагрузки на серверы).

Неразграничение понятий «доменное имя» и «сетевой адрес» (IP-адрес) вполне способно по-

влечь за собой нарушение субъективных прав лиц. Иллюстрацией сказанному может стать не так давно рассмотренное Европейским Судом по правам человека дело «Владимир Харитонов против России»¹³. Оно возникло из ситуации, когда в стремлении заблокировать сайт, на котором была размещена запрещенная к распространению информация, блокированию по IP-адресу был подвергнут веб-сервер, на котором помимо сайта-нарушителя были размещены и другие сайты. То есть блокирование по IP-адресу сервера привело к блокировке не только сайта-нарушителя, но и законопослушных сайтов, не содержащих запрещенную информацию (включая сайт заявителя). ЕСПЧ признал, что в подобной ситуации имело место нарушение права заявителя на свободу слова (свободу получения и распространения информации) и присудил ему компенсацию в сумме 12 тыс. евро.

URL (сокр. от англ. *Uniform Resource Locator* – унифицированный указатель местонахождения ресурса в сети Интернет) представляет собой адрес конкретной веб-страницы в рамках одного сайта. Этот указатель необходим для точной адресации именно на нужную страницу информационного ресурса. Например, URL страницы контактов на официальном сайте Верховного Суда РФ будет иметь следующий вид: <https://www.vsrfr.ru/contacts/> (где *https* – это протокол передачи данных; *vsrf.ru* – доменное имя; *contacts/* – собственно путь к искомой странице). Именно об URL идет речь в определении страницы сайта, где говорится об «указателе, состоящем из доменного имени и символов, определенных владельцем сайта» (пункт 14 ст. 2 Закона об информации).

Безусловно, прописываемое в URL доменное имя свидетельствует о взаимосвязи указанных способов адресации. Вместе с тем нельзя подменять одно понятие другим – непонимание их специфики приводит к правоприменительным ошибкам.

Так, в одном деле истец жаловался на нарушение его исключительных прав на товарный знак AIRTAG, ссылаясь на то, что на одной из страниц

¹¹ Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 02 июня 2003 г. № КГ-А41/3503-03.

¹² Что во многих случаях позволяет идентифицировать и субъекта, использующего это устройство.

¹³ *Vladimir Vladimirovich Kharitonov v. Russia*, no. 10795/14, ECHR, 2020.

сайта ответчика, где предлагались товары с этим знаком, в URL использовалось слово, совпадающее с товарным знаком ответчика – <https://stranakart.ru/AIRTAG>. Сделав на этом основании вывод о том, что в доменном имени нелегально используется товарный знак истца, суд вынес решение о запрещении ответчику использовать этот знак в доменном имени, а администрирование этого доменного имени признал нарушением исключительных прав истца¹⁴. Между тем спорный товарный знак истца не входит в состав доменного имени (доменное имя ответчика – stranakart.ru), а используется для переадресации в URL, поэтому для признания исключительных прав истца нарушенными именно в связи с доменным именем нет оснований.

Резюмируя, следует подчеркнуть необходимость четкого разграничения названных понятий не только специалистами в области компьютерных технологий, но также правообладателями сайтов и правоприменителями. Понимание различий в способах адресации в сети Интернет позволит быстрее сформировать единую правоприменительную практику, исключить неправожденные решения и эффективно защищать права пострадавших лиц.

Правовая охрана составляющих сайта и сайта в целом

Выше были рассмотрены вопросы правовой охраны составляющих сайта (в контексте интеллектуальной собственности). По мнению многих юристов, правовую охрану в качестве объекта интеллектуальных прав должен получать и веб-сайт в целом. И тут возникают сложности, поскольку такая правовая охрана нормами об интеллектуальной собственности прямо не предусмотрена.

Некоторые авторы в связи с этим предлагают отнести сайт к сложным объектам авторских прав [1], что находит поддержку у других со ссылкой на то, что «квалификация интернет-сайта как сложного объекта позволит выделить организатора со-

здания сайта и концентрировать имущественные права на данный объект» [3].

Между тем препятствием реализации этой идеи является прежде всего то, что ст. 1240 ГК РФ содержит закрытый перечень сложных объектов, относя к ним только кинофильмы, иные аудиовизуальные произведения, театрально-зрелищные представления, мультимедийные продукты, базы данных¹⁵.

Не позволяет поддержать идею о сайте как сложном объекте и то, что веб-сайт вообще трудно отнести к числу таковых. Характеризуя веб-сайт в качестве сложного объекта, Е.С. Басманова указывает на множественность «неоднородных элементов (результатов интеллектуальной деятельности), расположенных многослойно» [2], подчеркивая следующее: «С одной стороны, в составе сайта присутствует множество объектов правовой охраны различной природы: графические изображения, литературные произведения, программы ЭВМ, базы данных, аудиовизуальные произведения и проч. С другой стороны, указанные результаты интеллектуальной деятельности расположены в составе интернет-сайта не собирательно, а иерархически, системно. Системообразующим элементом в данном случае служит само “тело” интернет-сайта, его “оболочка” – HTML код, задающий формат гипертекстовых страниц, отвечающий за их дизайн и форму расположения объектов в их пределах. Далее, отдельные гипертекстовые страницы сайта не существуют изолированно, а соединены гипертекстовыми ссылками, в результате установления которых сайт приобретает целостную иерархическую структуру (структуру “дерева”)» [2]. Между тем проведенный контекстный анализ составляющих веб-сайта (который надо понимать как *особым образом структурированную информацию – в виде совокупности связанных между собой веб-страниц и электронных файлов, объединенных одним доменным именем*) не позволяет воспринимать его как многослойный объект: сложная структура присуща инструментарию CMS,

¹⁴ Решение Первомайского районного суда г. Кирова от 08 октября 2019 г., апелляционное определение Судебной коллегии Кировского областного суда от 24 декабря 2019 г. по делу № 33-52-7/2019, № 2-2111/2019, определение Шестого кассационного суда общей юрисдикции от 19 мая 2020 г. по делу № 88-7819/2020, 88-6732/2020.

¹⁵ Вывод о закрытом перечне сложных объектов был сделан в свое время Верховным Судом РФ в определении № 32-АПГ12-35 от 12 октября 2012 г. по делу № 3-180/2012.

тогда как составляющими сайта является лишь дизайн и контент.

Сказанное подтверждает необходимость дальнейших разработок в области правовой охраны веб-сайта как самостоятельного объекта гражданских прав. В то же время надо при-

знать, что действующее законодательство содержит достаточно нормативного материала для эффективной правовой охраны составляющих веб-сайта, что на данном этапе позволяет обеспечить необходимую защиту прав в случае их нарушения.

Список литературы:

1. *Басманова Е.С.* Интернет-сайт как объект имущественных прав: Дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2010.
2. *Басманова Е.С.* О приобретении прав на интернет-сайты юридическим лицом // Журнал российского права. 2010. № 7 (163). С. 118 - 122.
3. *Мальцев Н.М.* Правовой режим интернет-сайтов как объектов интеллектуальных прав // Патенты и лицензии. Интеллектуальные права. 2019. № 9 (URL: <https://www.gorodissky.ru/publications/articles/pravovoy-rezhim-internet-saytov-kak-obektov-intellektualnykh-prav/>)
4. Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации (поглавный) / под ред. А.Л. Маковского. М.: Статут, 2008. С. 392 (автор – *Павлова Е.А.*).
5. *Рожкова М.А.* Права на доменное имя // Право в сфере Интернета: Сборник статей / Рук. авт. кол. и отв. ред. д.ю.н. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2018. С. 195-223 // https://rozhkova.com/books_text/PRAVO_internet.pdf.
6. *Савельев А.И.* Электронная коммерция в России и за рубежом: правовое регулирование / А. И. Савельев. – 3-е изд., перераб. и доп. Москва : Статут, 2020. 920 с.
7. *Stokes R.*, Minds of Quirk. eMarketing: The essential guide to marketing in a digital world / 5th edition. Quirk, 2014. ISBN: 978-0-620-56515-8. P. 132-142.

Правовые режимы фотографии в российском праве¹



М.А. Рожкова,

доктор юридических наук, главный научный сотрудник Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ, эксперт РАН, член Экспертного совета Комитета Государственной Думы по информационной политике, информационным технологиям и связи, президент IP CLUB



О.В. Исаева,

юрист по вопросам интеллектуальной собственности компании eyezon, аспирант Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ

Современная фотография является не только искусством, но также служит доказательством или средством запечатления изображения человека. Несмотря на закрепление различных правовых режимов фотографии их соотношение между собой до сих пор не до конца понятно. Авторы указывают на существующие проблемы и пробелы законодательства, а также выдвигают предложения, которые могут быть полезны как ученым при дальнейшем обсуждении данной темы, так и законодателю при развитии существующего регулирования.

Ключевые слова:

изображение; правовая охрана; персональные данные; фотографическое произведение; фотография.

В продолжение уже поднимаемой нами темы многоаспектности явлений, традиционно признаваемых объектами интеллектуальных прав², представляется правильным обратить внимание на один из интереснейших в этом ключе объектов – фотографию.

Введение

Первые в мире фотографические изображения были созданы в 1822 г. французским изобретателем Жозефом Нисефором Ньепсом. Будучи увлеченным экспериментами по закреплению световых изображений химическими способами с

¹ Настоящая работа представляет собой русскоязычную доработанную версию статьи, опубликованной по результатам Международной научно-практической конференции «Law and the Information Society: Digital Approach» (LISID-2020) – Marina Rozhkova, Olga Isaeva. Legal protection of photographs in the digital age: Russian regulation // SHS Web Conf., 109 (2021) 01032. DOI: <https://doi.org/10.1051/shsconf/202110901032>.

² См.: Рожкова М.А., Исаева О.В. Понятие сайта (веб-сайта) для целей права [Электронный ресурс] // Журнал Суда по интеллектуальным правам. 2021.

целью усовершенствовать литографию, французский изобретатель смог сделать снимки на оловянных пластинках и литографском камне с помощью солнечного света³. Данный фотографический процесс был назван гелиографией (фр. *héliographie*), что дословно переводится как «написание солнцем». Хотя гелиография оказалась малоприменимой для фотографирования с натуры, она активно использовалась издателями книг для изготовления вкладок с репродукциями картин известных художников.

Затем Нисефор Ньепс, желающий продолжить опыты фиксации светового рисунка, объединился с Луи Жаком Манде Дагером, который после смерти Ньепса придал процессу фотографирования практическую основу. Дагер разработал новый способ получения изображения, основанный на светочувствительности йодистого серебра, – дагеротипию (фр. *daguerréotype*). День сообщения об этом изобретении на заседании Парижской академии наук (7 января 1839 г.) считается днем изобретения фотографии. 14 июня 1839 г. права на технологию были выкуплены правительством Франции, предоставившим Дагеру пожизненную пенсию и передавшим технологию в общественное достояние всего мира, за исключением Англии, где технология была запатентована⁴. Следует отметить, что дагеротипия использовалась не слишком долго и уже во второй половине XIX в. была вытеснена более простыми и дешевыми фотографическими технологиями.

Примечательно, что в начале своего существования и практически до конца XIX в. фотография не рассматривалась как искусство, а ее создатели – как авторы, творческим трудом которых создавалось произведение. Фотография использовалась исключительно в прагматических целях: как средство фиксации в научных целях, способ документирования событий и объектов, вспомогательное (тренировочное) средство для художников и т. д. Так, особое значение фотография приобрела для

целей охраны правопорядка и развития криминалистики, что привело к созданию документов, удостоверяющих личность, с фотографиями обладателей.

При этом фотографии мгновенно было найдено и коммерческое применение. Став доступной альтернативой художественному полотну, создаваемому живописцем, снимки становятся предметом коллекционирования – многочисленные компании изготавливают небольшого формата фотографии знаменитостей, пейзажей из дальних стран, архитектурных памятников, жанровых сценок. В этот период начинают выпускаться фотографические альбомы, огромную популярность приобретают групповые и индивидуальные портретные снимки, создаются рекламные фотокарточки.

В то же время на выставках фотографии выставляются не как произведения искусства, а вместе с литографиями или в научном отделе (как демонстрация фотодокументирования) либо вообще отдельно – в качестве образцов независимой сферы деятельности, не примыкающей ни к технике, ни к художественному творчеству⁵. На статус результата творческой деятельности фотография стала серьезно претендовать лишь к концу XIX в., когда создатели художественных снимков начали использовать особые техники съемки и печати – применять фильтры и специальные объективы, производить обработку позитива фотографии химическими составами с целью получения более выразительного художественного эффекта, создавать композиции, используя фотомонтаж, и т. д. В результате в 1908 г. фотография стала объектом охраны по Бернской конвенции.

Градации фотографий на информационные и эстетические

В действительности фотографии всегда подразделялись на *информационные* (закрепляющие определенную информацию, «протокольные») и *эстетические* (творческие, отражающую

³ Helmut Gernsheim The 150th Anniversary of Photography // *History of Photography*. 1977. Vol. I. No. 1, January (URL: <https://web.archive.org/web/20090908012105/http://www.hrc.utexas.edu/exhibitions/permanent/wfp/heliography.html>)

⁴ Patent No. 8194: 'A New or Improved Method for Obtaining the Spontaneous Reproduction of All Images Received in the Focus of the Camera Obscura' См. об этом подробнее: Steve Edwards. 'Beard Patentee': Daguerreotype Property and Authorship. *Oxford Art Journal* 36.3. 2013. P. 369-394.

⁵ См.: *Леваиш В.* Лекции по истории фотографии. М., 2014. Лекция 4.

художественное восприятие автора – создателя фотографии). В связи с этим в российских публикациях, а то и судебных актах встречается интуитивное несогласие со сформировавшимся в российском праве тезисом о том, что каждая фотография представляет собой результат интеллектуальной деятельности. И здесь богатую пищу для размышлений дает сформировавшаяся в германском праве доктрина минимальных стандартов охраноспособности авторских произведений.

К условиям, исключаящим творческий характер произведения, германское учение об уровне творческого характера произведения относит, например, объем возможностей автора по созданию оригинального авторского произведения, а также механический либо случайный характер действий создателя продукта, по внешним признакам напоминающего произведение. В той мере, в какой форма произведения определяется факторами, существенно сужающими возможности автора проявить свою индивидуальность в произведении, она не может быть признана индивидуальной (оригинальной), даже если и является объективно новой. В этом смысле отсутствие у автора возможностей по созданию произведения в оригинальной форме исключает творческий характер произведения. Другими словами, германское авторское право охраняет не всякий интеллектуальный продукт, по внешним признакам напоминающий произведение, а только *такой, который обладает определенным качеством, позволяющим говорить о тесной связи с личностью автора*⁶.

Сказанное вовсе не означает абсолютную неоспособность фотографий, не отражающих как таковой художественный замысел автора. И здесь примечательным является то, что германский Закон об авторском праве и смежных правах (UrhG)⁷ упоминает, во-первых, **фотографические произведения** (нем. *Lichtbildwerk*), на

которые распространяется *авторско-правовой режим* (§ 2 UrhG), и, во-вторых, «простые» **фотографии** (нем. *Lichtbild*), являющиеся объектом *смежных прав* (§ 72 UrhG). При этом Закон не устанавливает четких критериев для отнесения фотоизображения к той или иной категории, упоминая лишь, что произведением, по смыслу Закона, считается только личное интеллектуальное творение (§ 2(2) UrhG). И хотя оценка наличия этого критерия осуществляется судами весьма субъективно, без обозначения определенных границ, в качестве характерных признаков произведения часто выделяют *продуманную постановку и высокую степень индивидуальности*⁸. При этом, как отмечают исследователи, в случае «простых» фотографий объектом охраны является не творческое произведение, а скорее личное, техническое, экономическое и/или организационное исполнение, не имеющее творческого характера, что и отличает их от других объектов охраны по Закону об авторском праве⁹.

Таким образом, в соответствии с германской доктриной не приобретут правовой охраны в качестве объекта авторского права фотографии протокольного (информационного, технического) характера, например, снимки участников конференции или совета директоров, однотипные «туристические» фотографии достопримечательностей, портретные фото для документов либо сделанные папарацци снимки частной жизни кинозвезд – подобные фотографии по германскому праву будут объектами смежных прав. Но фотографии, в которых отражена индивидуальность авторского восприятия, бесспорно, будут признаваться объектами авторского права – фотографическими произведениями. Хотя выявить четкие критерии для отграничения эстетических фото от информационных довольно затруднительно, в реальности эти виды фотографий серьезно различаются, что

⁶ См., например: *Кашанин А.В.* Проблема минимальных стандартов охраноспособности произведений в авторском праве. Германский опыт // Вестник гражданского права. 2007. № 4. С. 23–62.

⁷ Urheberrechtsgesetz (Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte). Gesetz vom 09.09.1965 (BGBl. I S. 1273).

⁸ См.: *Damian Kaufmann.* Urheberrecht und Bildrechte einfach erklärt – Lichtbild oder Lichtbildwerk? / Zeilenabstand.net [Электронный ресурс] // URL: <https://www.zeilenabstand.net/urheberrecht-und-bildrechte-einfach-erklart-lichtbild-oder-lichtbildwerk/>

⁹ См.: *Ilva Johanna Schiessel.* Reichweite und Rechtfertigung des einfachen Lichtbildschutzes gem. § 72 UrhG / Series: Bild und Recht - Studien zur Regulierung des Visuellen, vol. 6. Edition 2020, p. 42. ISBN print: 978-3-8487-6866-0, ISBN online: 978-3-7489-0962-0, <https://doi.org/10.5771/9783748909620-42>

становится очевидными на авторских выставках фотографических произведений.

Сложившийся в германском праве подход в части требования оригинальности полностью соответствует Директиве Европейского Парламента и Совета Европейского Союза 2006/116/ЕС от 12 декабря 2006 г. О сроке действия охраны авторского права и некоторых смежных прав, в которой закреплено следующее правило: «По смыслу Бернской конвенции, фотографическое произведение должно считаться оригинальным, если оно является результатом интеллектуальной деятельности автора, отражающим его личность...». Более того, Суд Европейских сообществ пояснил, что «индивидуальность» автора фотографического произведения может быть проявлена на всех этапах его создания: от выбора позы фотографируемого лица или освещения (на подготовительном этапе) до выбора угла съемки или созданной атмосферы (в процессе создания снимка) и техники обработки готовой фотографии, в том числе с использованием программного обеспечения¹⁰. Иными словами, европейский подход предусматривает предоставление авторско-правовой охраны не только эстетическим фотографиям, но только тем из них, которые отражают личность автора.

Разграничение фотографий на информационные и эстетические, появление значительного числа специальных приложений и компьютерных программ, позволяющих обрабатывать фотографии, проблемность защиты частной жизни в век информационных технологий и другие вопросы порождают потребность в формировании различных подходов при установлении правовой охраны фотографии. Какие же правовые режимы фотографии уже нашли закрепление в российском законодательстве?

Разнообразие правовых режимов фотографии

Российское законодательство не содержит положений, в которых бы прямо проводилось разграничение фотографий на эстетические и информационные. Однако российское право устанавливает

различные правовые режимы фотографий в разных их ипостасях, что позволяет говорить о том, что такое разграничение подспудно имеет место быть.

1. Фото как фиксация изображения человека в определенный момент времени

Действующий Гражданский кодекс РФ (далее – ГК РФ) содержит ст. 152.1, носящую наименование «Охрана изображения гражданина».

Предварить ее рассмотрение нужно указанием на существование в ранее действующем российском законодательстве схожей по содержанию статьи – ст. 514 ГК РСФСР (1964), которая закрепляла следующие положения: «Опубликование, воспроизведение и распространение произведения изобразительного искусства, в котором изображено другое лицо, допускается лишь с согласия изображенного, а после его смерти – с согласия его детей и пережившего супруга. Такое согласие не требуется, если это делается в государственных или общественных интересах либо изображенное лицо позировало автору за плату». Эта статья была помещена в разд. IV «Авторское право» и предполагала решить вопросы, которые воспроизведены в ее названии – «Охрана интересов гражданина, изображенного в произведении изобразительного искусства», то есть вопросы, возникающие при обнаружении и распространении произведения (как объекта авторского права).

Иная нацеленность у ст. 152.1 ГК РФ: нормы этой статьи не имеют никакого отношения к авторскому праву и, по сути, нацелены на решение сразу трех задач.

Во-первых, эта статья устанавливает правила обнаружения и дальнейшего использования различных изображений гражданина (фотографий, видеозаписей, произведений изобразительного искусства), на которых запечатлено частное лицо в определенный момент времени. Поскольку ст. 152.1 ГК РФ прямо закрепляет, что субъект изображения вправе предоставить иному лицу право на использование своего фотоизображения,

¹⁰ Judgment of the Court (Third Chamber) of 1 December 2011: *Eva-Maria Painer v. Standard VerlagsGmbH and Others* (Case C-145/10) at 90-92.

можно говорить о легализации для гражданина возможности распорядиться правом на свое изображение, в том числе и на возмездной основе. То есть здесь речь идет о введении в гражданский оборот права на изображение гражданина.

Во-вторых, с учетом включения ст. 152.1 в главу Кодекса, посвященную нематериальным благам, эту статью можно расценивать и как направленную на ограничение вмешательства в частную жизнь граждан. Неприкосновенность частной жизни может быть нарушена, например, посредством распространения фотоснимков, никоим образом не порочащих честь и достоинство гражданина, но информирующих о моментах его частной (личной) либо семейной жизни. Это дополнительно обосновывает установленное данной статьей требование об обязательном получении согласия изображенного гражданина на использование его изображения, а в соответствующих случаях – согласия иных лиц, прямо названных в законе.

В-третьих, положения ст. 152.1 ГК РФ создают правовые основы для реализации права на внешний облик (внешность), которое российская доктрина традиционно рассматривает исключительно в контексте неотчуждаемых прав, принадлежащих человеку от рождения¹¹. Широко распространенная практика фотосессий (съемок, где модель позирует за плату) позволяет реализовать это право на внешний облик. В контексте настоящей статьи важно то обстоятельство, что модель вправе распорядиться правами на получившееся фотографическое изображение (дать согласие на его обнародование и иное использование), причем закон не предусматривает норму о допустимости для модели впоследствии отозвать свое согласие, а судебная практика признает правомерность использования изображений без предварительного получения согласия модели, если факт позирования за плату подтверждается соответствующими доказательствами¹².

Примечательно, что зарубежные правовые порядки предлагают различные подходы к решению последнего вопроса. Например, Кассационный суд Франции постановил, что актриса, которая являлась моделью и телеведущей, не имела права препятствовать использованию своей обнаженной фотографии, сделанной известным фотографом, в книге об искусстве, потому что, дав согласие на запечатление своего изображения, она также дала согласие на дальнейшую публикацию и экспонирование фотографии для любых целей¹³. В то же время ст. 97 Итальянского Закона об авторском праве¹⁴ предусматривает, что согласие изображенного лица не является необходимым, когда изображение используется в научных, образовательных или культурных целях, однако ни демонстрация, ни коммерческое распространение не допускаются, когда есть вероятность нанесения ущерба чести, репутации или достоинству изображенного лица.

2. Фотографии в качестве биометрических персональных данных

Присоединение России к Конвенции Совета Европы о защите физических лиц при автоматизированной обработке персональных данных (ETS № 108) 1981 г. (далее – Конвенция 108), нацеленной на разрешение проблем, порождаемых использованием новых технологий и обеспечение фундаментальных прав человека при автоматизированной обработке информации, привело к принятию Федерального закона от 27 июля 2006 г. № 152-ФЗ «О персональных данных» (далее – Закон о персональных данных). Этот закон отражает большинство положений Конвенции 108 и, как указано в его ст. 2, преследует цель обеспечения защиты прав и свобод человека и гражданина при обработке его персональных данных, в том числе защиты прав на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну.

¹¹ См. подробнее: Рожкова М.А. Комментарий к ст. 128 и 152.1 ГК РФ // Гражданский кодекс Российской Федерации. Постатейный комментарий к главам 6–12 / Под ред. д.ю.н., проф. Л.В. Санниковой. М.: Статут, 2014.

¹² См., например: Апелляционное определение Московского городского суда от 24 ноября 2014 г. по делу № 33-46886.

¹³ Cour de Cassation, 1ère chambre civile, 20 mars 2007, Bull. 2007, I, no. 125, pourvoi no. 06–10.305. Available online: <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000017826747/>.

¹⁴ Legge 22 aprile 1941 n. 633 Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio (G.U. n.166 del 16 luglio 1941)

В пункте 1 ст. 11 Закона о персональных данных закреплено понятие «биометрические персональные данные», которое определено как «сведения, которые характеризуют физиологические и биологические особенности человека, на основании которых можно установить его личность (биометрические персональные данные) и которые используются оператором для установления личности субъекта персональных данных». Основываясь на этом определении, юристы нередко относят фотографии к числу биометрических персональных данных¹⁵.

Между тем не учитывается, что к числу биометрических персональных данных могут быть отнесены только те фотографии, которые созданы с соблюдением ряда требований, установленных специальными стандартами и нормативными актами.

В частности, в ГОСТ Р ИСО/МЭК 19794-5-2013 «БИОМЕТРИЯ. Часть 5. Данные изображения лица» (утв. и введен в действие Приказом Росстандарта от 06 сентября 2013 г. № 987-ст) закреплены определенные требования для записи изображения лица человека в качестве биометрических данных. Стандарт предусматривает, что одна запись изображения может содержать несколько изображений лица и включать необходимые данные (геометрические представления лица – карты глубины, трехмерные карты точек, данные вершин), а кроме того – и трехмерное представление (раздел 5.1). При этом установлено, что изображение может иметь формат JPEG, JPEG2000 или PNG, которые позволяют получить изображение с разрешением, достаточным для определения таких особенностей,

которыми можно руководствоваться при проверке личности (в частности, родинок, шрамов и т. д.).

Таким образом, фотография, которая допускает использование в качестве биометрических персональных данных, представляет собой не обычное фотоизображение, а полученные с помощью фото- и видеоустройств данные изображения лица человека¹⁶, которые, как и вся биометрия¹⁷, зашифрованы¹⁸. Эти данные могут быть переданы, в частности, в Единую биометрическую систему и использоваться для проведения визуальной экспертизы, автоматического распознавания лица, идентификации.

В данном контексте следует упомянуть разъяснения Федеральной службы по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций (далее – Роскомнадзор), в которых прямо указывается, что к числу биометрических персональных данных относятся, в частности, цветное цифровое фотографическое изображение лица в загранпаспорте, фотографические изображения сотрудников, посетителей государственных и муниципальных органов, предприятий (организации), содержащимися в системе контроля управления доступа (СКУД)¹⁹. При этом отмечается, что не являются биометрическими персональными данными, например, фотографии лиц в личных делах работников.

3. Фотографии в качестве персональных данных

Фотографии, создаваемые без соблюдения соответствующих технических требований, не имеют отношения к биометрии. Но это вовсе не означает, что такие фотографии, если они фиксируют

¹⁵ См. например: *Кривогин М.С.* Особенности правового регулирования биометрических персональных данных // *Право. Журнал Высшей школы экономики.* 2017. № 2. С. 80–89; *Долматов А.В., Долматов Е.А.* Особенности и проблемы правового регулирования защиты персональных данных // *Вестник Санкт-Петербургской юридической академии.* 2018. № 3. С. 53–60.

¹⁶ См.: *Кузбагаров М.Н., Кузбагарова Е.В.* Единая биометрическая система и единая система идентификации и аутентификации как инструменты обеспечения безопасности банковских операций с использованием сети интернет: правовые и организационные вопросы // *Правовое государство: теория и практика.* 2020. № 4-2 (62). С. 199–212.

¹⁷ См.: *Рассолов И.М., Чубукова С.Г., Микурова И.В.* Биометрия в контексте персональных данных и генетической информации: правовые проблемы // *Lex russica (Русский закон).* 2019. № 1 (146). С. 108–118.

¹⁸ В одном из определений Верховного Суда РФ была поддержана позиция нижестоящих судов о том, что «пропуск с фотографией, характеризующей физиологические и биологические особенности человека (относящейся к биометрическим персональным данным), позволяет установить, принадлежит ли данному лицу предъявляемый пропуск, на основе которых можно установить его личность путем сравнения фото с лицом предъявителя пропуска и указываемых владельцем пропуска фамилии, имени и отчества» (Определение Верховного Суда РФ от 05 марта 2018 г. № 307-КГ18-101 по делу № А42-342/2017).

¹⁹ Разъяснения Федеральной службы по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций от 30 августа 2013 «Разъяснения по вопросам отнесения фото-, видеоизображений, дактилоскопических данных и иной информации к биометрическим персональным данным и особенностей их обработки».

изображение лица, не могут выступать в качестве персональных данных.

Пункт 1 ст. 3 Закона о персональных данных, в котором персональные данные определены как «любая информация, относящаяся к прямо или косвенно определенному или определяемому физическому лицу (субъекту персональных данных)» позволяет относить фотографическое изображение гражданина, не подпадающее под категорию биометрических персональных данных, к числу персональных данных.

Однако только часть юристов четко придерживается такой позиции²⁰. Другие же, говоря о фотографии, классифицируют их строго на биометрические персональные данные и изображения гражданина, охраняемые по правилам ст. 152.1 ГК РФ²¹, не упоминая возможность для фото выступать в качестве «обычных» персональных данных.

Конечно, биометрическая фотография, представляющая собой совершенную с соблюдением специальных требований зашифрованную запись данных, отличается от обычной фотографии, являющейся именно фотоизображением гражданина. Понимание последней как именно персональных данных опирается на общий посыл Закона о персональных данных, согласно которому *всякая информация*, включая фотографическое изображение, может быть отнесена к персональным данными если цель ее обработки состоит в идентификации, то есть определении человека (такой подход заложен и в европейском законодательстве²²). Следовательно, фотография гражданина, которая не относится к числу биометрических персональных данных, в соответствии п. 1 ст. 3 Закона о персональных данных может быть отнесена к числу персональных данных, если содержит субъективную информацию о человеке,

позволяющую его идентифицировать (опознать, выделить из числа других), а иногда и другие данные, например: дату и время снимка, настройки камеры, местоположение GPS и проч.

В тех случаях, когда целью обработки фотографии не является идентификация гражданина, речь идет об обычном использовании фотографии, подпадающем под положения упоминавшейся ст. 152.1 ГК РФ.

4. Фотографии в качестве авторских произведений

Согласно п. 1 ст. 1259 ГК РФ фотографические произведения и произведения, полученные способами, аналогичными фотографии, являются объектами авторских прав. При этом Кодекс прямо закрепляет только два требования к произведениям (в том числе фотографическим): оно должно быть создано в результате *творческой деятельности* (ст. 1257) и выражено в *объективной форме* (п. 3 ст. 1259).

Таким образом, предъявляя требования к процессу (деятельность по созданию произведения должна носить творческий характер) российский законодатель уклонился от закрепления каких-либо требований (помимо объективной формы) к результату этого процесса. Это обстоятельство по сути признает Суд по интеллектуальным правам в одном из своих постановлений: «Действующее законодательство не устанавливает никаких специальных условий, которые были бы необходимы для признания фотографических произведений объектом авторского права и для предоставления ему соответствующей охраны, в связи с чем автор (фотограф) уже в силу самого факта создания произведения (любой фотографии) обладает авторскими правами на него вне зависимости от его художественного значения и ценности»²³. Верховный

²⁰ См. например: *Мошкович М.Г.* Фотографии граждан: что нужно знать компании // Главная книга. 2018. № 21. С. 74–78; *Кривогин М.С.* Отдельные аспекты применения законодательства о персональных данных при обработке изображения гражданина // Право. Вестник Воронежского государственного университета. 2018. № 1. С. 108–117.

²¹ См. например: *Галиуллина Д.Р.* Биометрические персональные данные // документ. Архив. История. Современность. 2015. № 15. С. 264–268. Истоки формирования этой позиции можно обнаружить в названных выше разъяснениях Роскомнадзора, где в качестве общих правил использования фотографий (включая их обнародование) идет ссылка на положения ст. 152.1 ГК РФ.

²² См. например: *Determining what is personal data.* Data Protection Act. P. 14 // <https://ico.org.uk/media/for-organisations/documents/1554/determining-what-is-personal-data.pdf>

²³ Постановление Суда по интеллектуальным правам от 25 сентября 2017 г. № С01-664/2017 по делу № А57-29754/2016.

Суд РФ в своих разъяснениях развивает эту мысль: «...Само по себе отсутствие новизны, уникальности и (или) оригинальности результата интеллектуальной деятельности не может свидетельствовать о том, что такой результат создан не творческим трудом и, следовательно, не является объектом авторского права»²⁴.

Сложно поддержать законодательный подход, вследствие которого охраноспособными произведениями признаются любые фотографии вне зависимости от их оригинальности, а с учетом этого и их художественной ценности. Следование ему приводит к тому, что правовую охрану в качестве «авторских произведений» получают фотографии, вовсе лишенные признаков оригинальности и какой-либо индивидуальности: идентичные снимки одних и тех же достопримечательностей с одного и того же ракурса²⁵, фотографии предлагаемой к продаже продукции²⁶, фотографии на документы, «протокольные» снимки всевозможных собраний или событий²⁷ и т. п.

При этом нельзя не подчеркнуть, что европейское право, несмотря на аналогичное отсутствие прямых указаний в законодательстве, развивается по другому пути, основываясь на позиции, согласно которой произведением будет считаться та фотография, которая является оригинальной, отражающей личность ее автора (о чем говорилось в начале настоящей статьи).

Так, во французском праве при отсутствии в Кодексе интеллектуальной собственности прямого упоминания критерия оригинальности произведения требование о нем сформировалось в доктрине и подтверждается судебной

практикой²⁸. Согласно упоминавшейся германской доктрине минимальных стандартов охраноспособности для целей признания произведения объектом авторско-правовой охраны анализируется уровень творческого характера этого произведения (а не процесса его создания), что предполагает оценку возможностей автора создавать оригинальное произведение, проявить свою индивидуальность в произведении и проч.²⁹ То есть и без прямого введения в закон критерия оригинальности произведения для целей установления авторско-правовой охраны этот критерий обычно подразумевается.

На наш взгляд, такой подход должен быть воспринят в отечественном праве – оригинальность должна стать критерием для признания произведения объектом авторского права³⁰. Применительно к фотографиям можно говорить о том, что оригинальным следует считать такое фотоизображение, в котором можно выделить характеристики, отражающие личность автора и в любом случае отличающие данное произведение от остальных, – особый стиль, техника съемки, ракурс, наличие отличительного элемента в кадре, выбор времени съемки и композиции фотографирования и т. д.

Причем, предвосхищая возможные вопросы о том, кто будет устанавливать оригинальность фотографических произведений, хотелось бы обратить внимание на следующий нюанс. В отличие от промышленного образца, для которого в силу закона оригинальность является обязательным условием патентоспособности (п. 1 ст. 1352 ГК РФ) и при ее установлении подлежат учету все имею-

²⁴ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23 апреля 2019 г. № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации».

²⁵ См., например: постановление Суда по интеллектуальным правам от 30 октября 2017 г. по делу № А40-239418/2016; Определение Верховного Суда РФ от 19 апреля 2019 г. № 309-ЭС19-4080 по делу № А60-47992/2017.

²⁶ См., например: апелляционное определение Московского городского суда от 28 января 2019 года по делу № 33-881; определение Верховного Суда РФ от 26 июня 2017 г. № 309-ЭС17-4997 по делу № А50-29320/2015.

²⁷ См., например: определение Верховного Суда РФ от 19 августа 2016 г. № 306-ЭС16-11177 по делу № А49-6557/2015.

²⁸ См. например: *Кашанин А.В.* Минимальный уровень творческого характера произведений в авторском праве Франции // *Право в современном мире*. 2010. № 1. С. 114–124.

²⁹ См. например: *Кашанин А.В.* Проблема минимальных стандартов охраноспособности произведений в авторском праве. Германский опыт // *Вестник гражданского права*. 2007. № 4. С. 23–62.

³⁰ См. об этом также: *Рожкова М.А.* «Авторское право охраняет форму, патентное – содержание» – правильно ли это утверждение и при чем здесь «оригинальность произведения» и «плагиат»? [Электронный ресурс] // *Закон.ру*. 2021. 10 февраля. URL: https://zakon.ru/blog/2021/2/10/avtorskoe_pravo_ohranyaet_formu_patentnoe_soderzhanie_pravilno_li_eto_utverzhenie_i_pri_chem_zdes

щие приоритет заявки на промышленные образцы³¹, полагаем, что *оригинальность авторского произведения должна презюмироваться*. В то же время указанная презумпция должна быть опровержима: при возникновении спора в отношении оригинальности произведения этот вопрос может решаться судом с учетом представленных сторонами доводов и доказательств.

В развитие сказанного следует упомянуть недавнее определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ, вынесенное по делу № 3-466/2019³². Хотя в рамках данного дела судами рассматривался вопрос о защите исключительных прав на дизайн сайта, текст указанного определения содержит важное для всего авторского права замечание: «В силу общепринятого подхода объект, который удовлетворяет условию оригинальности, может получить авторско-правовую охрану, даже если его реализация была обусловлена техническими соображениями, при условии, что это не мешает автору отражать свою личность в этом объекте, осуществляя свою свободную волю, выбор; когда компоненты объекта характеризуются только своей технической функцией, критерий оригинальности не соблюдается». Иными словами, Верховный Суд РФ признал общепринятым подход, в силу которого авторско-правовую охрану может получить объект, «который удовлетворяет условию оригинальности», что и означает возможность для автора отразить свою личность (индивидуальность) в этом объекте. Указав на то, что «для разрешения вопроса о предоставлении правовой охраны объекту, необходимо установить, проявил ли его автор выбором формы продукта свои творческие способности ори-

гинальным способом, сделав свободный и творческий выбор и моделирование продукта таким образом, чтобы отразить его личность, является ли это оригинальным произведением, результатом интеллектуального творчества, в связи с тем, что через эту форму автор произведения оригинальным образом выражает свои творческие способности, делая свободный и творческий выбор, отражая свою личность», Верховный Суд РФ упомянул тот самый «критерий оригинальности», необходимость введения которого была рассмотрена выше. Хотелось бы надеяться, что это определение станет отправной точкой для использования обозначенного подхода на практике и, как следствие, повышения «порога» охраноспособности произведений в качестве объектов авторского права.

4.1. Фотографии, создаваемые в рамках режима свободы панорамы

Рассматривая фотографии в качестве авторских произведениях, юристы обращаются к вопросу о том, следует ли относить результат фотографирования авторского произведения, например снимок картины или скульптуры в галерее, к производным произведениям (переработке другого произведения)³³ или рассматривать как воспроизведение другого произведения средствами фотографии³⁴. Думается, что обычная фиксация авторского произведения посредством различных средств, включая как видеозапись, так и фотографию, должна квалифицироваться как воспроизведение произведения, что является разновидностью использования произведения (п. 2 ст. 1270 ГК РФ) и, соответственно, требует согласия на то автора произведения. В таких случаях фотография

³¹ Надо заметить, что в п. 4 ст. 1352 ГК РФ прямо упоминаются «все заявки на изобретения, полезные модели, промышленные образцы и заявки на государственную регистрацию товарных знаков, знаков обслуживания, которые поданы в Российской Федерации другими лицами». Однако, как подчеркивается в литературе, при установлении новизны и оригинальности промышленного образца это совершенно бесполезно и попросту невозможно; вероятно, именно по этой причине «федеральный орган исполнительной власти в абзаце 6 п. 2 ст. 1386, абзаце 6 п. 1 ст. 1389 и абзаце 6 п. 1 ст. 1391 ГК исключил проведение информационных поисков при оценке конкретного охраняемого объекта с использованием информации, относящейся соответственно к другим объектам» (см. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (части четвертой) (постатейный) в 2 т. Т. 2 / отв. ред. Л.А. Трахтенгерц; Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации. 2-е изд. Москва: Проспект, 2020. С. 48-49).

³² Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 27 апреля 2021 г. № 5-КГ21-14-К2 по делу № 3-466/2019.

³³ См. об этом, например: Довгалюк А. Фотография как объект авторских прав // Часть 3 [Электронный ресурс] // Закон.ру. 08.05.2015. URL: https://zakon.ru/blog/2015/05/08/fotografiya_kak_obekt_avtorskix_prav_chast_3

³⁴ См. об этом, например: Довгалюк А. Фотография как объект авторских прав // Часть 2 [Электронный ресурс] // Закон.ру. 07.05.2015. URL: https://zakon.ru/blog/2015/5/7/fotografiya_kak_obekt_avtorskix_prav_chast_2

обычно выступает лишь техническим средством воспроизведения и, по общему правилу, вообще не может относиться к охраноспособным произведениям. В то же время, когда чужое авторское произведение попадает в кадр случайным образом или становится лишь фоном, то вполне допустимо признавать создаваемую фотографию оригинальным произведением, носящим производный характер, которое, впрочем, в соответствии с положениями п. 3 ст. 1260 ГК РФ требует согласия автора (правообладателя) первоначального произведения.

Коснувшись вопроса фотографирования авторских произведений, нельзя игнорировать и его частный случай: создание фотографии тех авторских произведений, которые расположены в местах, *открытых для общественности*. Подобные фотографии подпадают под специальный правовой режим, который закреплен в законодательстве многих государств и именуется в доктрине как **«свобода панорамы»**.

Режим «свободы панорамы» позволяет фотографировать и свободно распространять изображения защищенных авторскими правами объектов, находящихся в общественных местах. Хотя «свобода панорамы» в том или ином виде присутствует в законодательстве многих зарубежных стран, особенности данного режима проявляются и в перечне объектов, на которые распространяется этот режим; и в типе разрешенного использования (коммерческое или некоммерческое); и в определении общественных мест (мест, открытых для общественности). Эти нюансы серьезно варьируются от страны к стране.

По российскому законодательству «свобода панорамы» предусмотрена для мест, *открытых для свободного посещения*. Причем Верховный Суд РФ специально подчеркнул, что к числу таких мест вовсе не относится сеть Интернет и другие информационно-телекоммуникационные сети³⁵, поэтому можно говорить о том, что «свобода панорамы» действует только в реальном мире – в общественных местах со свободным (бесплатным) посеще-

нием, допускающих публичное обозрение соответствующих объектов на постоянной основе (открытые парки, улицы, площади и проч.).

«Свобода панорамы» нашла закрепление в ст. 1276 ГК РФ и распространяется на изображения произведений *изобразительного искусства и фотографических произведений, произведений архитектуры, градостроительства и произведений садово-паркового искусства*, находящиеся в местах, открытых для свободного посещения. С 2014 г.³⁶ данная статья устанавливает два правила. Во-первых, допускается без согласия правообладателя и выплаты ему вознаграждения воспроизведение и распространение изображений *произведений изобразительного искусства или фотографических произведений*, за исключением случаев, когда такое произведение является основным объектом использования или созданное изображение используется в коммерческих целях (п. 1 ст. 1276 ГК РФ). Во-вторых, признается допустимым свободное воспроизведение и распространение изображений *произведений архитектуры, градостроительства и произведений садово-паркового искусства*, включая коммерческое использование таких изображений (п. 1 ст. 1276 ГК РФ).

Ограничение объема настоящей статьи не позволяет провести сопоставительный анализ зарубежного регулирования режима «свободы панорамы». Вместе с тем необходимо отметить, что во многих зарубежных юрисдикциях этот режим обеспечен достаточно проработанным правовым регулированием, что снимает множество вопросов на практике. На наш взгляд, есть явная потребность в проведении тщательных исследований в этой сфере в целях выявления лучших практик и совершенствования российского законодательства.

4.2. Фотоизображения, создаваемые с помощью дополнительных приложений и программ

В контексте обсуждения оригинальности фотоснимков возникает вопрос, можно ли признавать авторским произведением фотографическое изображение, эффективность которого

³⁵ См. п. 100 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23 апреля 2019 г. № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации».

³⁶ См. Федеральный закон от 12 марта 2014 г. № 35-ФЗ «О внесении изменений в части первую, вторую и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации».

достигнута за счет не творческой деятельности, а умелого использования, например стандартных функций Photoshop или иного графического редактора. Этот вопрос становится особенно актуальным в условиях все более расширяющегося применения новейших технологий, использующих в том числе и возможности искусственного интеллекта.

С одной стороны, цифровые технологии применяются и в процессе создания фотоснимков с использованием, например, смартфонов, и в процессе редактирования фотографий. Разнообразные программы и приложения позволяют редактировать фотоизображения без значительных интеллектуальных усилий: достаточно загрузить снимок и лишь отметить, что именно нужно изменить (стиль фотографии, композицию, баланс белого и т. д.), или воспользоваться автоматической корректировкой, либо выбрать стиль знаменитого живописца (как это предлагает, например, приложение Prizma), чтобы получить совершенно другое изображение. Но сложно усматривать за результатом такой обработки появление «оригинальности» фото в значении «отражающее личность автора».

С другой стороны, для некоторых авторов использование функций Photoshop или других редакторов является возможностью проявления индивидуальности, собственного стиля и особого видения объекта фотографирования. Микс «обычных» снимков с неожиданными фантазийными деталями, авторская цветокоррекция, необычный коллаж нескольких снимков, спецэффекты и т. п. приводят к тому, что меняется «реальность»: в получившемся изображении находят отражение идеи, воплощение которых без отдельных функций редактора просто невозможно. При этом зачастую такая обработка требует куда более значительных временных и интеллектуальных ресурсов, нежели создание первоначального снимка.

Во втором случае, по всей видимости, есть все основания говорить о создании авторского произведения – используя графический редактор, автор создает новое изображение, которое является оригинальным, то есть отражающим индивидуальность создавшего его лица. И следует обратить внимание на следующий момент: если основой такого фотопроизведения стало другое оригинальное фото, есть все основания говорить о создании производного произведения (п. 1 ст. 1260 ГК РФ), что налагает на автора производного произведения обязанность получения согласия на использование первоначального произведения.

4.3. Фотографии, создаваемые без участия субъекта права

Фотографии, создаваемые без участия субъекта права, условно можно подразделить на создаваемые в автоматическом режиме и получаемые случайным образом под влиянием каких-либо внешних (природных) факторов.

К первой группе относятся фотографии с камер фотофиксации или сделанные в автоматическом режиме, например камерами наружного наблюдения³⁷. Сюда же следует отнести и фото, создаваемые искусственным интеллектом без участия человека – это объясняется тем, что искусственный интеллект на сегодняшний день не признается субъектом права³⁸. То есть фотографии этой группы не подпадают под авторско-правовую охрану, поскольку здесь отсутствует и критерий творчества, и сам субъект права. Вместе с тем такого рода фотографии успешно используются в качестве доказательств для установления факта совершения того или иного действия, в том числе при разбирательстве в суде³⁹.

Ко второй группе можно отнести фотографии, «созданные», например, животными. Поскольку субъектом авторского права может быть только физическое лицо, в случае если фотография была сделана животным, авторские права на нее не воз-

³⁷ См.: Сидоров Э.Т., Темняков Д.А. Значение фотосъемки и видеозаписи как средств фиксации административных правонарушений в правоприменительной деятельности полиции // Вестник экономической безопасности. 2016. № 1. С. 230–238.

³⁸ См.: Рожкова М.А. Станет ли искусственный интеллект самостоятельным субъектом права? // Хозяйство и право. 2021. № 6. С. 14–22.

³⁹ См., например: Постановления Верховного Суда РФ от 18 марта 2020 г. по делу № 78-АД20-1; от 09 августа 2019 г. по делу № 57-АД19-42; от 10 сентября 2018 г. по делу № 46-АД 18-15.

никают (в том числе ни у владельца фотоаппарата, ни у хозяина животного) – по сложившемуся мнению, полученную фотографию следует рассматривать как общественное достояние.

Так, в известном деле об авторских правах на фото, сделанные обезьяной⁴⁰, несмотря на попытки Дэвида Слейтера (фотограф, которому принадлежала камера) обосновать свои авторские права ссылкой на то, что именно он создал условия, при которых создание спорных снимков стало возможным, в предоставлении снимкам авторско-правовой охраны было отказано⁴¹.

Примечательно, что Бюро авторского права США дополнило справочник по регистрации (Compendium of U.S. Copyright Office Practices) явным указанием в секции 313.2, что Бюро не будет регистрировать произведения, созданные природой, животными или растениями. И в качестве первого же примера приводится «фотография, сделанная обезьяной»⁴².

5. Космические (спутниковые) снимки как базы данных

Говоря о космических (спутниковых) снимках, под ними понимают не просто фотоизображения, сделанные из космоса. Строго говоря, такие снимки не являются фотографией в привычном ее понимании.

В ГОСТ Р 42.0.03-2016 «Гражданская оборона. Правила нанесения на карты прогнозируемой и сложившейся обстановки при ведении военных конфликтов и чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера. Условные обозначения» (утв. и введен в действие Приказом Росстандарта от 29 июня 2016 г. № 728-ст) «космические (спутниковые) снимки» (далее – космические снимки) определены так: «Вид данных дистанционного зондирования, полученных со спутника,

как результат съемки (фотографической, телевизионной и др.) Земли, небесных тел и космических явлений аппаратурой, находящейся за пределами атмосферы Земли (на искусственных спутниках Земли, космических кораблях и т. п.), дающий изображения (снимки) в различных областях электромагнитного спектра» (п. 3.5). То есть нормативно закреплено, что под космическими снимками надо понимать *данные дистанционного зондирования*, получаемые с использованием специальной съемочной аппаратуры (фотографической, телевизионной и иной). Таким образом, по сути, космические снимки – это собирательное название данных, зашифрованных в изображении⁴³.

Высокодетальные цифровые космические снимки характеризуются значительной информационной емкостью. Причем отмечается: «Цифровое изображение сохранено как двумерное множество маленьких областей, названных пикселями (далее – неделимые элементы изображения)), и каждый пиксель соответствует пространственной области на поверхности земли. Эту структуру множества или сетки также называют растром, таким образом данные изображения часто упоминаются как растровые данные... Каждый пиксел в растровом изображении содержит цифровое значение. Применяя различные математические преобразования к цифровым значениям ячеек (пикселей), можно извлечь различную информацию, которую трудно или даже невозможно выделить традиционным ручным способом»⁴⁴. Кроме того, подчеркивается: «Чем больше бит (памяти) выделяется на пиксель, тем больше число значений, соответствующих одному пикселю, тем точнее аппроксимируется исходный дискретный сигнал, тем больше информации снимок может хранить»⁴⁵. Пиксели растровых моделей традиционно относят к пространственным данным, применительно к совокупности

⁴⁰ См. например: Guadamuz, Andrés & Review, Internet. (2016). The monkey selfie: copyright lessons for originality in photographs and internet jurisdiction. Internet Policy Review. Volume 5. 10.14763/2016.1.398.

⁴¹ *Naruto v. Slater*, 888 F.3d 418 (9th Cir. 2018).

⁴² См. об этом: *Бардов И.* Какие фотографии являются объектами авторского права? [Электронный ресурс] // 29.01.2017. URL: <https://bardov.legal/qanda/kakie-fotografii-yavlyayutsya-obektami-avtorskogo-prava>

⁴³ См. об этом подробнее: *Рожкова М.А.* Космические (спутниковые) снимки как базы данных // Satellite Imagery as a Database [Электронный ресурс] // Закон.ру. 2021. 8 июня. (URL: https://zakon.ru/blog/2021/6/8/kosmicheskie_sputnikovye_snimki_kak_baza_dannyh_satellite_imagery_as_a_database)

⁴⁴ *Штырова В.К., Данилов В.А.* Дешифрирование аэро- и космических снимков. Курс лекций. Саратов. СГУ. С. 21.

⁴⁵ Обработка цифровых снимков в ДЗЗ (дистанционном зондировании земли) // URL: <https://habr.com/ru/post/210810/>

которых признается следующее: «Набор пространственно определенных данных, выступающих как модели реальных объектов и явлений»⁴⁶, представляет собой базу данных (базу пространственных данных). Иными словами, *цифровое изображение*, состоящее из зашифрованных в пикселях данных, допускает признание его *базой данных*.

В то же время нельзя не замечать и существующее в мировой практике понимание космических снимков как произведений, охраняемых авторским правом. Это проявляется в позиции негосударственных операторов космических аппаратов, настаивающих на наличии у них интеллектуальных прав на космические снимки, что подтверждается предоставлением снимков на условиях лицензии Creative Commons. Иными словами, операторы считают себя правообладателями в значении, установленном авторским правом, поскольку сами определяют тип лицензии Creative Commons, на основании которой их снимки могут использоваться третьими лицами⁴⁷.

И здесь примечательным становится следующее. С учетом того, что космические снимки создаются посредством специальной аппаратуры, «действующей» в соответствии с разработанной программой и фактически без участия человека, крайне сложно усмотреть за созданными таким образом снимками творческий характер (да и участие человека здесь крайне призрачно). Это принципиально влияет на подход

к космическим снимкам как к объектам авторского права.

В то же время в контексте понимания космических снимков как объектов смежных прав – исходя из понимания пикселя как «информационного элемента» – цифровой космический снимок может рассматриваться как инвестиционная база данных и охраняться как объект смежных прав при условии, что в ее состав входит не менее 10 000 таких информационных элементов – соблюдение условия о творческом характере процесса создания такого снимка вовсе не требуется.

Заключение

Проведенное исследование дает возможность сделать вывод о том, что действующее российское законодательство предусматривает несколько правовых режимов для фотографий, не устанавливая при этом четких границ действия того или иного режима. Ввиду недостаточности разъяснений правоприменителя, казалось бы, неохранным фотографиям предоставляется авторско-правовая охрана, а на обычное изображение гражданина может распространяться одновременно два правовых режима. Обозначенные нами проблемы, пробелы законодательного регулирования и высказанные предложения, надеясь, послужат основой для продолжения научной дискуссии по проблематике в рассмотренной сфере.

Список литературы:

1. Рожкова М.А., Исаева О.В. Понятие сайта (веб-сайта) для целей права [Электронный ресурс] // Журнал Суда по интеллектуальным правам. 2021.
2. Steve Edwards. 'Beard Patentee': Daguerreotype Property and Authorship. *Oxford Art Journal* 36.3. 2013. P. 369-394.
3. Левашов В. Лекции по истории фотографии. М., 2014.
4. Кашанин А.В. Проблема минимальных стандартов охраноспособности произведений в авторском праве. Германский опыт // Вестник гражданского права. 2007. № 4. С. 23–62.

⁴⁶ Michael F. Goodchild. Core curriculum in gis / Michael F. Goodchild and Karen K. Kem. California: NCGIA. 1991 (цит. по: Кащенко Н. А. Геоинформационные системы [Текст]: учебн. пос. для вузов / Н.А. Кащенко, Е.В. Попов, А.В. Чечин. Н. Новгород: ННГАСУ, 2012. С. 66).

⁴⁷ В качестве примера можно привести политику SpaceX. Сегодня снимки, сделанные компанией «Илона Маска», условно можно считать находящимися в общественном достоянии ввиду установления в отношении них режима Attribution 2.0 Generic. Однако в 2015 году в отношении снимков компании действовал режим Attribution-NonCommercial 2.0 Generic, что означало запрет на любое использование в коммерческих целях (в том числе, в виде производных объектов).

5. *Damian Kaufmann*. Urheberrecht und Bildrechte einfach erklärt – Lichtbild oder Lichtbildwerk? / Zeilenabstand.net [Электронный ресурс] URL: <https://www.zeilenabstand.net/urheberrecht-und-bildrechte-einfach-erklart-lichtbild-oder-lichtbildwerk/>
6. *Ilva Johanna Schiessel*. Reichweite und Rechtfertigung des einfachen Lichtbildschutzes gem. § 72 UrhG / Series: Bild und Recht - Studien zur Regulierung des Visuellen, vol. 6. Edition 2020, p. 42. ISBN print: 978-3-8487-6866-0, ISBN online: 978-3-7489-0962-0, <https://doi.org/10.5771/9783748909620-42>
7. *Рожкова М.А.* Комментарий к ст. 128 и 152.1 ГК РФ // Гражданский кодекс Российской Федерации. Постатейный комментарий к главам 6–12 / Под ред. д.ю.н., проф. Л.В. Санниковой. М.: Статут, 2014.
8. *Кривогин М.С.* Особенности правового регулирования биометрических персональных данных // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2017. № 2. С. 80–89.
9. *Долматов А.В., Долматов Е.А.* Особенности и проблемы правового регулирования защиты персональных данных // Вестник Санкт-Петербургской юридической академии. 2018. № 3. С. 53–60.
10. *Кузбагаров М.Н., Кузбагарова Е.В.* Единая биометрическая система и единая система идентификации и аутентификации как инструменты обеспечения безопасности банковских операций с использованием сети интернет: правовые и организационные вопросы // Правовое государство: теория и практика. 2020. № 4–2 (62). С. 199–212.
11. *Рассолов И.М., Чубукова С.Г., Микурова И.В.* Биометрия в контексте персональных данных и генетической информации: правовые проблемы // Lex russica (Русский закон). 2019. № 1 (146). С. 108–118.
12. *Кривогин М.С.* Отдельные аспекты применения законодательства о персональных данных при обработке изображения гражданина // Право. Вестник Воронежского государственного университета. 2018. № 1. С. 108–117
13. *Мошковиц М.Г.* Фотографии граждан: что нужно знать компании // Главная книга. 2018. N 21. С. 74–78.
14. *Галиуллина Д.Р.* Биометрические персональные данные // Документ. Архив. История. Современность. 2015. № 15. С. 264–268.
15. Determining what is personal data. Data Protection Act. P. 14 // <https://ico.org.uk/media/for-organisations/documents/1554/determining-what-is-personal-data.pdf>
16. *Кашанин А.В.* Минимальный уровень творческого характера произведений в авторском праве Франции // Право в современном мире. 2010. № 1. С. 114–124.
17. *Кашанин А.В.* Проблема минимальных стандартов охраноспособности произведений в авторском праве. Германский опыт // Вестник гражданского права. 2007. № 4. С. 23–62.
18. *Рожкова М.А.* «Авторское право охраняет форму, патентное – содержание» – правильно ли это утверждение и при чем здесь «оригинальность произведения» и «плагиат»? [Электронный ресурс] // Закон.ру. 2021. 10 февраля. URL: https://zakon.ru/blog/2021/2/10/avtorskoe_pravo_ohranyaet_formu_patentnoe_soderzhanie_pravilno_li_eto_utverzhdenie_i_pri_chem_zdes
19. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (части четвертой) (постатейный) в 2 т. Т. 2 / С .А. Горленко, В. О. Калятин, Л. Л. Кирий и др.; отв. ред. Л.А. Трахтенгерц; Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации. — 2-е изд. — Москва : Проспект, 2020. — 524 с.
20. *Довгалюк А.* Фотография как объект авторских прав // Часть 3 [Электронный ресурс] // Закон.ру. 08.05.2015. URL: https://zakon.ru/blog/2015/05/08/fotografiya_kak_obekt_avtorskix_prav_chast_3
21. *Довгалюк А.* Фотография как объект авторских прав // Часть 2 [Электронный ресурс] // Закон.ру. 07.05.2015. URL: https://zakon.ru/blog/2015/5/7/fotografiya_kak_obekt_avtorskix_prav_chast_2
22. *Сидоров Э.Т., Темняков Д.А.* Значение фотосъемки и видеозаписи как средств фиксации административных правонарушений в правоприменительной деятельности полиции // Вестник экономической безопасности. 2016. № 1. С. 230–238. т
23. *Рожкова М.А.* Станет ли искусственный интеллект самостоятельным субъектом права? // Хозяйство и право. 2021. № 6. С. 14–22.

24. Guadamuz Andrés & Review, Internet. (2016). The monkey selfie: copyright lessons for originality in photographs and internet jurisdiction. *Internet Policy Review*. Volume 5. 10.14763/2016.1.398.
25. Бардов И. Какие фотографии являются объектами авторского права? [Электронный ресурс] // 29 января 2017 г. URL: <https://bardov.legal/qanda/kakie-fotografii-yavlyayutsya-obektami-avtorskogo-prava>
26. Рожкова М.А. Космические (спутниковые) снимки как базы данных. // *Satellite Imagery as a Database* [Электронный ресурс] // Закон.ру. 2021. 8 июня. (0,4 п.л.) URL: https://zakon.ru/blog/2021/6/8/kosmicheskie_sputnikovye_snimki_kak_baza_dannyh_satellite_imagery_as_a_database
27. Штырова В.К., Данилов В.А. Дешифрирование аэро и -космических снимков. Курс лекций. Саратов. СГУ. С. 21.
28. Michael F. Goodchild. Core curriculum in gis / Michael F. Goodchild and Karen K. Kem. California: NCGIA. 1991 (цит. по: Кащенко Н. А. Геоинформационные системы [Текст]: учебн. пос. для вузов / Н.А. Кащенко, Е.В. Попов, А.В. Чечин. Н. Новгород: ННГАСУ, 2012. С. 66).

По направлению к восстановлению: компенсация за нарушение исключительного права в доктрине, правовых позициях Конституционного Суда и правоприменении



В.Л. Вольфсон,
кандидат юридических наук,
доцент кафедры юриспруденции СЗИУ РАНХИГС

Зависимость размера компенсаций за нарушение исключительного права от понимания их природы столь значительна, что незавершенность давней научной дискуссии оборачивается поправками в ГК, постановлениями Конституционного Суда, разъяснениями Верховного Суда и неустойчивой судебной практикой. Рассматривая компенсацию как одну из восстановительных мер ответственности, автор предлагает изменения легального режима, но также показывает, какие требования при его сохранении являются злоупотреблением правом.

Ключевые слова:

правовая природа компенсаций за нарушение исключительного права; соразмерность компенсации последствиям нарушения; минимальный размер компенсаций; злоупотребление правом.

Использованы следующие сокращения: ААС – арбитражный апелляционный суд; АО – Апелляционное определение; АС – Арбитражный суд; ВС, ВС РФ – Верховный Суд Российской Федерации; ГК – Гражданский кодекс Российской Федерации; КС, КС РФ, Суд – Конституционный Суд Российской Федерации; Постановление № 5/29 – совместное по-

становление Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 26 марта 2009 г. № 5/29 «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие ч. 4 ГК РФ»; Постановление № 10 – Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23 апреля 2019 г. № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса РФ»; Постановление № 28-П – Постановление Консти-

туционного Суда РФ от 13 декабря 2016 г. № 28-П «По делу о проверке конституционности подп. 1 ст. 1301, подп. 1 ст. 1311 и подп. 1 п. 4 ст. 1515 Гражданского кодекса РФ в связи с запросами Арбитражного суда Алтайского края»; Постановление № 28-П – Постановление Конституционного Суда РФ от 24 июля 2020 г. № 40-П «По делу о проверке конституционности подпункта 2 пункта 4 статьи 1515 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с запросом Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда»; СИП – Суд по интеллектуальным правам; СКЭС – Судебная коллегия по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации; ФКЗ – Федеральный конституционный закон от 21 июля 1994 г. № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации»; ФЗ-35 – Федеральный закон «О внесении изменений в часть первую, вторую и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» от 12 марта 2014 г. № 35-ФЗ.

Введение

Правовая природа компенсаций как способ защиты нарушенного гражданского права и, в частности, исключительного права на интеллектуальную собственность, особенно в соотно-

шении с понятийно и практически соседствующей с ней мерой защиты в виде возмещения убытков, и столь же неизбежно граничащей с ней темой злоупотребления правом, образует достойную тему для цивилистической дискуссии. Как обычно и бывает в правоведении, данная проблема обратила на себя внимание науки в том числе ввиду отсутствия ответа в законодательстве на лежащий в ее основе вопрос и порождаемой этим неизбежной неоднородностью практики. Такое положение дел наиболее заметно в области защиты исключительных прав, где компенсация применяется особенно часто в силу природы самих этих прав – простота их нарушения и сложность оценки вреда, причиненного правообладателю нарушением, затрудняют определение его объема. Что же касается других предусмотренных законодательством оснований для компенсации, связанных с причинением вреда неправомерными действиями¹, то они немногочисленны и, за исключением причинения морального вреда, далеко не столь распространены практически². В прикладном виде эта теоретическая проблема проявляется в сложностях с определением соразмерности взыскиваемых компенсаций последствиям нарушения, причем отсутствие корреляции дает о себе знать при выходе из границ санкционной симметрии и в ту, и в другую

¹ В ряде случаев обязанность выплаты компенсаций возникает в связи с уменьшением имущества обладателя права на предусмотренных законом основаниях, т.е. в рамках регулятивного отношения. Таковы меры по устранению несоответствия или отсутствия выделяемой имущественной массы принадлежащей лицу доли или обеспечения их соразмерности (п. 2 ст. 123.16, ст. 247, п. 4 ст. 252, п. 2 ст. 258, ст. 1170), по восстановлению имущественного положения лица, соразмерному произведенным им при исполнении его обязанностей необходимым расходам, за которые отвечает указанное в законе другое лицо (абз. 2 п. 1 ст. 356, п. 2 ст. 709, ст. 729, абз. 2 п. 4 ст. 867 ГК, ст. 160, ст. 171 ЖК) или утраченному им праву, обязанность по предоставлению которого лежит на другом лице (п. 3 ст. 15 ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью»). Статья 16.1 ГК возлагает охранительное обязательство выплаты компенсаций на лица, причинившие не дозволенное законом уменьшение имущества правомерными действиями. Существуют, впрочем, и основания для выплаты компенсаций страхового типа (ФЗ «О саморегулируемых организациях», ст. 50.1 и 50.2. ФЗ «О рынке ценных бумаг»). Но во всех случаях эта обязанность появляется тогда, когда обязанность возмещения, предполагающая соответствие предоставления размеру утраченного имущества, является трудноисполнимой. Отметим, что ранее «компенсацией», ныне во избежание двусмысленности именуемой «вознаграждением», обозначались выплаты работодателем работнику за использование служебного изобретения, служебной модели или промышленного образца (ст. 1470) и пользователем – патентообладателем за период временной правовой охраны изобретения.

² Помимо названных случаев компенсации, к известным гражданскому законодательству основаниям для компенсации вреда, причиненных неправомерными действиями, относятся предусмотренные в ГК утрата права участия в корпорации (п. 3 ст. 65.3) и последствия нарушения строительных норм (п. 1 ст. 60). Пунктом 7 ст. 32.1 ФЗ «Об акционерных обществах» предусмотрена компенсация вреда, причиненного акционерным соглашением. Согласно ст. 18 ФЗ «О противодействии терроризму», государство осуществляет компенсационные выплаты лицам, которым был причинен ущерб в результате террористического акта. Гражданско-правовые компенсации в счет возмещения вреда, причиненного при перевозке пассажира, предусмотрены транспортными уставами и кодексами, а также международными конвенциями о перевозках. Кроме того, к таким основаниям следует отнести нарушение права на судопроизводство в разумный срок и права на исполнение судебного акта в разумный срок в соответствии с Федеральным законом от 30 апреля 2010 г. № 68-ФЗ (не разбирая здесь вопроса об отраслевой принадлежности этого закона).

сторону³. О том, какое значение имеет для оборота отсутствие ответа на вопрос о природе компенсаций в действующем праве, свидетельствует двукратное обращение к ней высших судебных органов по гражданским делам и экономическим спорам в пленумных постановлениях, а также, что еще красноречивее, двукратное принятие по этой проблеме «итоговых решений» (в соответствии с терминологией ст. 71 ФКЗ) в ходе конституционного судопроизводства, что само по себе выглядит неординарно для конституционно-правовых толкований отраслевой проблемы права. В свою очередь, несмотря на то, что большие посылки, на которые опиралась дедукция во всех четырех постановлениях, могли быть имплицитными, а выводы силлогизмов должны были ограничиваться разъяснениями по применению норм права (в случае высших судов по рассмотрению споров) и оценками проверяемых положений в рамках предмета обращения заявителя (в случае конституционного нормоконтроля – ст. 74 ФКЗ), очевидно, что эти посылки опирались на доктринальные подходы и фактом их использования оказывают на них взаимообразное влияние. Кроме того, одно то, что после таких разъяснений всякий раз переопределяется правовой режим компенсаций (в неизбывном соотношении с возмещением) является самостоятельным толчком к академической дискуссии, но, возможно, и демонстрацией неудовлетворительности регулирования.

В этой работе излагается свой взгляд на проблему правовой природы компенсаций за нарушение исключительного права как с теоретического угла зрения, так и в семантике правового режима (с учетом его возможного понимания судами в русле Постановления № 10), возникшего после принятия КС обоих постановлений, без разделения этих фундаментальных для любого правового исследования предметов, а в намеченном выше системном выражении, свидетельствующем об их изначальной взаи-

мозависимости. Поэтому начнем с изложения правового режима, а точнее – обозначим его контур, внутри которого нам видится вакуум с двумя гипотезами его преодоления. Затем перейдем к доктринальному освещению проблемы, в продолжение которого автор высказывает свои идеи о природе компенсаций. Следующая наша тема – меры по примирению вытекающих из действующего права противоречивых предположений применительно к теоретической проблеме, предпринятые законодателем и КС для того, чтобы разрешить проблему прикладную – противодействие заведомой несоразмерности при взыскании компенсаций. Мы внимательно оценим последствия этих мер – в том числе будет исследована позднейшая судебная практика, отражающая восприятие судами обоих Постановлений КС. После этого будут прокомментированы интересующие нас разъяснения Постановления № 10 – оно появилось в период времени между постановлениями КС, но те было бы нежелательно рассматривать по отдельности – как ввиду необходимости видеть развитие и уточнение силы представленных в них правовых позиций, так и ввиду единства угла зрения на эти позиции в нашем исследовании. Завершат работу итоговые доводы автора в поддержку его воззрений и предложения по изменениям в законодательстве.

§ 1. Правовая природа компенсаций в *lex lata*: вакуум с оговорками

Прежде всего для целей этого исследования стоит заметить, что все упомянутые в законе требования компенсаций, если они возникают в связи с причинением вреда неправомерными действиями, подпадают с оговоренными ниже изъятиями под режим деликтного права, то есть не только возникают в результате деликта в доктринальном смысле, но и подчиняются положениям гл. 59 ГК, на что неоднократно обращалось внимание в литературе [10; 20, 42; 14, 17]. Данный вывод следует, на наш взгляд, во-первых, из положений абз. 3 п. 1 ст. 1064, допускающей установ-

³ В литературе в качестве показательного примера взыскания завышенной компенсации периода действия ГК приводится Постановление Президиума ВАС РФ от 30 ноября 2010 г. № 10521/10. Надзорная инстанция оставила в силе судебные акты, которыми были удовлетворены требования правообладателя о взыскании 200 000 руб. за продажу компакт-диска лицензионной стоимостью 200 руб. с 20 музыкальными произведениями [20, 47]. В виде примеров взыскания явно заниженной компенсации на основании действующих ныне положений права приводятся судебные акты, принятые по делам № А40-242482/2016, А41-81557/2016, А41-85521/2016 [21, 142]. Красноречивым свидетельством наличия в правоприменении обсуждаемой здесь системной проблемы выглядит решение, вынесенное после принятия Постановления КС № 28-П АС Алтайского края по делу № А03-22533/2014 после возобновления производства по делу, которое и послужило поводом для обращения этого суда с запросом в КС – с ответчика в пользу правообладателя была взыскана компенсацию в размере 5 000 руб., что в 170 раз меньше суммы, заявленной истцом.

ление законом или договором, регулируемыми деликтное правоотношение, обязанности выплаты потерпевшему компенсации сверх возмещения вреда. И важным для нас здесь является не диспозиция нормы, не как таковое указание на то, что компенсация может взыскиваться сверх возмещения, а отнесение ее гипотезы к предмету регулирования средствами деликтного права, т. е. определение правовых начал компенсации положениями гл. 59. Эта идея образует одну из посылок, имплицитно присутствующую в *ratio decidendi* Постановления № 28-П: при обосновании в мотивировочной части (абз. 5 п. 3.1.) допустимости взыскания компенсаций сверх размера возмещения, Суд, аргументируя тезис о совместимости такой меры защиты с началами гражданского законодательства, ссылается, в частности, на ту же норму (на абз. 3 п. 1 ст. 1064). Кроме того, следует обратить внимание на то, что сама гл. 59 названа «Обязательства вследствие причинения вреда» (а не по его возмещению), а потому тот факт, что обсуждаемая норма содержится в разделе этой главы, названном «Общие положения о возмещении вреда» (§ 1), должен пониматься не исходя из предположения о том, что законодатель отождествил возмещение вреда с любыми обязательствами вследствие его причинения, что вело бы к ошибочному представлению, будто компенсация в российском праве не является мерой защиты, применяемой к причинению вреда, а напротив, как указание на то, что компенсация является одной из применяемых вследствие такого правонарушения мер защиты, которые не сводимы к одному

лишь возмещению. Во-вторых, вывод о распространении на правовой режим компенсаций деликтного права подтверждается также включением в гл. 59 раздела, в котором устанавливаются условия взыскания и правила определения размера компенсации морального вреда. И здесь уже дело не только в том, что способ защиты права, явно отличный от возмещения вреда, включен в главу, содержащую регулирование деликтных отношений; но еще и в том, что положения о компенсации морального вреда как способе защиты права предусмотрены в предшествующих по расположению общих нормах ГК, что делает ненужным указание на специальные случаи компенсации этого вреда⁴, однако не пресекает необходимости в нормах, в которых бы раскрывался легальный режим возникающего вследствие причинения такого вреда деликтного обязательства.

Между двумя видами деликтных обязательств – по возмещению вреда и по его компенсации – есть и общность, вытекающая из родового единства обязательства, есть и различия, которые будут раскрыты ниже. Пока же отметим, что из родовой и легальной принадлежности обязанности выплаты компенсаций к деликтным обязательствам вытекают последствия, которые, возможно, недооцениваются. Например, презумпция вины нарушителя – в случаях, когда она является условием ответственности (п. 2 ст. 1064)⁵, правила об учете вины и имущественного положения потерпевшей стороны (ст. 1083), субсидиарная ответственность за действия частично-дееспособного деликвента (п. 2 ст. 1074)⁶.

⁴ Абзац 1 п. 2 ст. 150 ГК, в верном истолковании абз. 3 п. 2 Постановления Пленума ВС РФ от 20 декабря 1994 г. № 10 «Некоторые вопросы применения законодательства о компенсации морального вреда».

⁵ Этот же вывод следует из правовой позиции Президиума ВАС, вытекающей из включенного им судебного акта в п. 9 Информационного письма 13 декабря 2007 г. № 122 «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел, связанных с применением законодательства об интеллектуальной собственности» (см. абз. 6).

⁶ Хотя компенсация как мера защиты, по мнению, в поддержку которого были приведены доводы и в этой работе, подпадает под правовой режим деликтного права, обоснованность распространения на взыскание компенсаций правил п. 2 ст. 1074 ГК и п. 3 ст. 1083 не выглядит очевидной и в одинаковой мере веской. Решение этой задачи вновь будет зависеть от понимания природы компенсаций. Вряд ли может вызвать сомнения применимость последнего правила; и по отношению к требованию о компенсации, истолкованной в соответствии со штрафной парадигмой, оно не просто приложимо, но смотрится даже более сообразным, чем требования о возмещении: если имущественное положение деликвента принимается во внимание при восстановительных мерах, при штрафной санкции такие соображения тем более не могут игнорироваться. Воздерживаться же от применения этого ресурса смягчения санкции суды (в тех случаях, когда они вообще этот рассматривают), по-видимому, побуждает восприятие правила п. 3 ст. 1083 как специального, что, как следует из сказанного, неверно. И все же суды могут учитывать имущественное положение ответчика для целей снижения компенсаций (см. Постановление СИП от 19 ноября 2018 г. № С01-779/2018 по делу № Ф84-4984/2017). Однако ответственность, установленная в ст. 1074 ГК, имеет восстановительную направленность. Поэтому, если усматривать в компенсациях штрафную сущность, применение субсидиарной ответственности при штрафной компенсации вовсе не так очевидно, как правил о снижении объема возмещения – к определению размера компенсации, ибо цели этих институтов деликтного права противоположны (полнота восстановления имущественного интереса потерпевшего и компромисс с имущественным положением деликвента). Впрочем, даже в этом случае п. 2 ст. 1074 может быть применен по аналогии закона. Суд, считающий компенсацию восстановительной мерой, по-видимому, не увидит препятствий к привлечению законных представителей к субсидиарной ответственности.

На вопрос о том, может ли пониматься обязанность выплаты компенсации как обязательство из неосновательного обогащения, как из доктрины [45, 234], так и положений действующего права (ст. 1103) следует отрицательный ответ: постольку поскольку имеются все условия деликтного обязательства, оно имеет преимущество в конкуренции с обязательством кондикционным; если же причинение вреда не порождает деликтное обязательство или же возмещение вреда им не охватывается (если вред причинен правомерным действием), то потерпевшее лицо вправе заявить требование из неосновательного обогащения – вместо деликтного или субсидиарно по отношению к нему.

В целях последовательности изложения в этой статье нельзя обойти положения ГК о компенсации за нарушение исключительного права. Для экономии внимания читателей ограничимся констатацией того, что соответствующие положения содержатся в п. 3 ст. 1252 ГК, которая определяет для этого вида ответственности правонаделительный режим – санкция применима в предусмотренных ГК случаях, каковые установлены в ст. 1301, 1311, 1406.1, 1515, 1537; компенсации при этом различаются по способу определения объема – в твердой сумме по усмотрению суда, в двукратном размере стоимости права и двукратном размере стоимости экземпляра и товара. Как уже говорилось, прямых свидетельств того, из какой природы компенсаций исходит российское право, *de lege lata* не существует, но есть два косвенных – причем столь же неявных по смыслу, сколь и явно противоречащих друг другу. Во-первых, в ч. IV ГК не вошло содержавшееся в ст. 49 Закона РФ от 09 июля 1993 № 5351-1 «Об авторском праве и смежных правах» (в ред. 2004 г.)⁷ правило о независимо-

сти компенсаций от наличия у правообладателя убытков. При историческом толковании, то есть помещении прежнего и действующего правовых режимов в общее смысловое поле, отсутствие такой нормы в действующем тексте ГК читается как квалифицированное умолчание – т. е. как указание на то, что компенсация не может не зависеть от наличия убытков, или во всяком случае имеет восстановительную природу. Во-вторых, есть установленный в абз. 3 п. 3 ст. 1252 неснижаемый (исходя из текста этой нормы) предел компенсации. Таким образом, признается возможность взыскания компенсаций и при полном отсутствии негативных последствий на стороне истца и какого-либо обогащения на стороне ответчика: это значит, что российское право признает штраф, во всяком случае как компонент в ответственности за нарушение исключительного права. И хотя это соображение не создает легальных поводов рассматривать существование правила минимального размера, особенно в свете приведенного выше исторического толкования; как предписание судам исходить из штрафной природы компенсаций при заявлении их в большем размере оно лишает убедительности и утверждение, что действующее право в целом исходит из восстановительного предназначения рассматриваемой меры ответственности.

Высказаны разные мнения о том, подлежат ли компенсации взысканию лишь за нарушение исключительного права в отсутствие договора [12,7]⁸ либо также и при наличии договорных отношений [25,113]. Автор присоединяется к последней точке зрения, т. к. ничто иное не может следовать из п. 3 ст. 1237 ГК и из ст. 1254, и ничто в положениях п. 3 ст. 1252 не свидетельствует о том, что их применение ограничено договорными отношениями. Такой вывод сделан в

⁷ Впрочем, еще в период действия первой редакции Закона «Об авторском праве» практика начала формироваться под влиянием Информационного письма Президиума ВАС РФ от 28 сентября 1999 г. № 47 «Обзор практики рассмотрения споров, связанных с применением Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах», в соответствии с п. 13 которого требование об уплате компенсации подлежит удовлетворению при наличии доказательств только несанкционированного использования произведения, то есть факта правонарушения.

⁸ Ранее тезис о невозможности взыскания компенсации за нарушения исключительного права стороной договора был сделан применительно к ст. 49 Закона «Об авторском праве и смежных правах» в п. 11 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 28 сентября 1999 г. № 47 «Обзор практики рассмотрения споров, связанных с применением Закона Российской Федерации «Об авторском праве и смежных правах»». Однако и в 2011 г., т. е. уже в период действия Постановления № 5/29, в одном из своих решений Президиум ВАС указывал, что «компенсация является санкцией за бездоговорное гражданское правонарушение» (Постановление Президиума ВАС РФ от 27 сентября 2011 г. № 3602/11 по делу № А08-8099/2009-30).

п. 41 и 79 Постановления № 10⁹; Постановление № 5/29 в п. 15 также допускало взыскание компенсаций за действие по использованию прав, не предусмотренное договором.

§ 2. Доктрина

В доктрине ведется давний спор о том, являются ли компенсации за нарушение исключительного права мерой восстановления утраченного блага или же штрафной санкцией. Этот спор имеет прямое отношение к разрешению практического вопроса о наличии коррелята при определении размера присуждения, в том числе и при взыскании ниже минимального порога. Удовлетворение требования в самой малозначительной пропорции к заявленному объему при отсутствии доказанных убытков на стороне истца вкупе с отсутствием доказательств дохода у ответчика будет означать признание за компенсацией штрафной природы. Но о том же самом понимании компенсации будет свидетельствовать и решение, которым требования правообладателя о компенсации удовлетворяются и в несоразмерно малом объеме по сравнению с причиненными убытками, что тоже далеко не редкость [21,136].

Обычно в трудах по теме указывают на то, что мнения ученых отводят им самим место среди либо сторонников «восстановительного», либо «штрафного» подхода, хотя среди первых отмечают различия в воззрениях. Классификация теорий затрудняется тем, что не все авторы указывают, являются ли их высказывания суждениями *de lege lata* или же также и *de lege ferenda* (принадлежность суждения к тому или другому классу может менять место его автора в этой классификации на противоположное). **Далее, трудно было бы найти** исследователя, который, признавая штрафной компонент в компенсациях,

отрицал бы в них цель восстановления. Более того, иногда в обсуждаемой санкции усматривают самостоятельную природу, что создает и повод для придания таким суждениям значения самостоятельного направления в доктрине [21; 40; 44], однако по существу в них можно найти лишь констатацию штрафного компонента, в связи с чем подчеркивается двойственность или «гибридность» санкции, а также следы ее происхождения в американских *statutory damages* [41], которые действительно сложно не заметить¹⁰, и даже в Соглашении TRIPS [44]. В любом случае, распределять исследователей по научным лагерям здесь не имеет смысла. Лучше выделить наиболее известные позиции, воздерживаясь от классификации.

Большинством ученых поддерживается «восстановительный» подход. А.П. Сергеев указывает на то, что компенсация является заимствованным из англо-американского права упрощенным способом возмещения убытков, в условиях, когда затруднено доказывание их конкретного размера [15,207-208; 25,115-116; 37,384]¹¹. Близкое понимание института высказывал В.А. Хохлов («метод установления и взыскания убытков»), оговариваясь при этом, что «в компенсации имеется и незначительная карательная составляющая» [46]. По мнению О.Н. Садикова, споры о природе компенсации вызваны неверной терминологией, поскольку возмещаются имущественные потери, т. е. убытки [35,54-55]. А.К. Большова, Л.С. Симкин отмечают, что восстановительная миссия компенсации шире, чем возмещение убытков, охватывая также и деловую репутацию [1] и нематериальный вред¹². Известны если не воззрения, то судебные акты, где компенсация была причислена к обязательствам из неосновательного обогащения¹³. Среди тех, кто видит в компенсациях способ имущественного восстановления¹⁴, есть ученые, которые

⁹ Следует также согласиться с выводом в разъяснении о возможности исключения применения ст. 1252 договором: формула п. 3 ст. 1237 («ответственность [...] установленную настоящим Кодексом, иным законом или договором») сообщает норме свойство диспозитивности.

¹⁰ На это обращают внимание и другие авторы. В нашей работе также уделяется внимание этой генеалогии.

¹¹ Особенность этого способа усматривается А.П. Сергеевым в освобождении потерпевшего от обязанности доказывать размер убытков. В другой своей работе он указывает на то, что «при этом наличие самих убытков предполагается, а их потенциальный размер оценивается судом при назначении размера компенсации» [38, 77].

¹² К этому мнению присоединяется также М.В. Таболо [44].

¹³ Постановление ФАС Московского округа от 31 августа 2004 г. № КГ-А40/6637-04 [46].

¹⁴ По мнению Э.П. Гаврилова, «компенсация взыскивается независимо от убытков у истца», однако «основным недостатком» правового регулирования является то, что «зачастую суммы взыскиваемой компенсации оказываются слишком большими, неадекватными тяжести правонарушения. Иными словами, вместо того, чтобы служить средством восстановления нарушенного имущественного права, возмещения причиненного вреда, компенсация превращается в средство сурового наказания за совершенное гражданское правонарушение» [12,7-8].

указывают на их сходство или даже тождество с законной (зачетной) неустойкой [11; 12; 18; 43,38]. Например, Э.П. Гаврилов отмечает, что неустойка взывается при отсутствии убытков [12,6], полагая это свойством обсуждаемой санкции.

Ученые, которые усматривают штрафную (карательную) природу компенсаций в положениях действующего права, связывают ее с существом правового регулирования [3;40]¹⁵, в отличие от автора этой работы, допускающего такой вывод лишь в виде косвенного эффекта легального неснижаемого минимума. При этом одни из них ограничиваются констатацией¹⁶, другие же усматриваемому ими положению дел высказывают одобрение¹⁷. Многие ссылаются на установленную возможность взимания компенсаций в размере двукратной стоимости права или контрафакта, полагая это проявлением штрафной (публично-правовой) природы санкции [3,116-117; 23,18; 9,255]. Среди тех, кто поддерживает мнение о целесообразности штрафного подхода, общей является убежденность в том, что такой подход необходим ввиду сложностей расчета убытков, причиненных нарушением исключительного права [9,250; 34; 24,24].

В научной литературе также находит поддержку двойственный подход к природе компенсации. Признание, наряду с восстановительными задачами, еще и карательной функции

компенсации как свойства ее легального режима достаточно распространено [17; 26; 32; 33; 41], но здесь речь о суждениях *de lege ferenda* – с призывом соединить признание восстановительного характера компенсаций «с умеренно штрафным началом». Отрицание той или другой составляющих расценивается как крайности, приводящие к практическим затруднениям [21,142]. Но именно данная точка зрения нашла концептуальную поддержку в постановлениях КС, а также в одном из законопроектов. Было сделано предложение закрепить законодательно самостоятельность «оценочной» и штрафной компенсаций¹⁸.

Что касается доктринальных предпочтений правоприменителя, то несмотря на регулярное появление судебных актов, подобных приведенным выше, где отсутствие представлений о корреляции между размером компенсаций и последствий нарушения, в свою очередь будучи прямым следствием нерешенности теоретической проблемы, становилось причиной взыскания как явно завышенных, так и столь же несообразно заниженных сумм, можно указать на то, что суды тяготеют к восстановительной интерпретации обсуждаемой санкции¹⁹, при этом как в случае взыскания компенсации в твердой сумме, так и (впрочем, гораздо реже) рассчитанной в двукратном размере от стоимости контрафактных

¹⁵ Так, Е.Н. Васильева усматривает в компенсации карательную функцию, обосновывая это своим пониманием применения этой санкции: таковое, с ее точки зрения, обусловлено лишь фактом нарушения, но не зависит от факта убытков [3,105].

¹⁶ По мнению Н.А. Шебановой, «компенсация, как она определена действующим законодательством, не является средством восстановления нарушенных прав в полном объеме [...] частично восстанавливая нарушенные имущественные права, она одновременно выполняет и карательную функцию, представляя, в сущности, санкцию за допущенное нарушение» [30,255]. Отметим, что Н.А. Шебанова, так же, как и Е.Н. Васильева, несмотря на высказанные ими суждения о природе компенсаций, указывают на то, что их размер не может зависеть от степени вины нарушителя, поскольку такая зависимость не в свойствах гражданско-правовой ответственности, с чем автору этой работы остается только согласиться. [47,236; 3,105].

¹⁷ Л.В. Новоселова указывает, что «нормативное регулирование компенсации в той части, в которой не исключается ее применение независимо от причиненных убытков, особых претензий и упреков не вызывает, поскольку позволяет обеспечить баланс интересов правообладателя и общества в целом (заинтересованного в защите интеллектуальной собственности как условия его развития) и соразмерность ответственности последствиям допущенного нарушения». [32,48–55; 33].

¹⁸ Предназначением первой является «восполнение предполагаемых имущественных потерь», второй (причисляемой к «мерам гражданско-правовой ответственности штрафного характера») – «возмещение возможных в дальнейшем потерь потерпевшего, «которые не могут быть в полной мере определены при рассмотрении иска [...] а также исключение случаев извлечения нарушителями дохода из незаконного использования произведений и объектов смежных прав». [29,10–15]. Представленные автором, А.Ф. Музыкой, в раскрытом виде, предлагаемые им новеллы обнаруживают сходство со структурой в § 504(с) Закона «Об авторском праве» США: основным критерием различения выступает наличие вины; в рамках оценочной компенсации выделяется режим пониженной ответственности (правда, в размере причиненных убытков) для нарушителей, доказавших отсутствие вины; смягчение же санкций в случае штрафной компенсации не допускается.

¹⁹ Эволюционный анализ практики судов по взысканию компенсации можно найти у В.В. Старженецкого [41].

экземпляров или стоимости товарного знака²⁰. Но не отрицать восстановительную природу компенсаций еще не значит отказываться в признании их штрафного компонента, что внятно подтвердил СИП в одном из своих постановлений²¹, как и ранее КС в Постановлении № 28-П. Это вновь «двойственный» подход, оценку которому нам еще предстоит дать.

§ 3. Воззрения автора

В соответствии с неоднократно изложенной в его трудах теорией интереса в субъективном прав [4; 7] автор полагает, что любое субъективное право, равно регулятивное и охранительное, по своей природе и структуре должно строго соответствовать существу того интереса, которое это право призвано выразить или защитить. В части, затронутой вопросом об отраслевом делении системы права, эта теория представляет собой лишь здесь одну из ветвей традиционного для нашей доктрины воззрения, и исходит из того, что в частном праве должны применяться только те способы регулирования, включая и меры возложения ответственности, которые выражают и защищают частные интересы. Поскольку поиски публично-правовой природы интеллектуального права автором не приветствуются постольку он не счи-

тает допустимым защиту интереса обладателя такого права при помощи мер, которые учитывали бы интерес иной, нежели интерес самого правообладателя. И если ничто в особенностях исключительных прав как вида объектов оборота не дает повода заключить, что их нарушение должно быть свободно от экономической природы настолько, чтобы допустить юридическую ответственность вне этой экономической природы; то следуя все той же теории интереса, мы должны будем возражать и против возложения имущественного претерпевания на нарушителя за самый факт нарушения. Если такое вменение допустить, оно было бы только публично-правовым по своей природе. Таким образом, любые частно-правовые способы защиты нарушенного исключительного права должны обеспечивать восстановление экономических благ, на которые направлен интерес, защищаемый этим правом. Любые другие цели ответственности за посягательства на интересы в интеллектуальной собственности, если законодатель видит в этих интересах достаточную для выражения в праве общественную значимость, должны реализовываться средствами публичного права²².

Теперь нам понадобится методологическая установка, которая позволит определить, что именно нам предстоит найти. Одно то, что меры

²⁰ Так, еще в 2004 г. судом кассационной инстанции истцу было полностью отказано во взыскании компенсации ввиду отсутствия доказательств причиненных убытков (Постановление ФАС Поволжского округа от 13 апреля 2004 г. по делу № А06-2026-3/03). Постановлением Президиума ВАС РФ от 04 октября 2011 г. № 4453/11 по делу № А40-99593/2009 судебные акты отменены ввиду того, что расчет компенсаций произведен без учета стоимости контрафактных экземпляров и на основании тиража, выпущенного истцом, а не ответчиком. В Постановлении Президиума ВАС от 20 ноября 2012 г. № 8953/12 по делу № А40-82533/2011 указывалось следующее: «Размер компенсации за неправомерное использование произведения должен определяться исходя из необходимости восстановления имущественного положения правообладателя. Это означает, что он должен быть поставлен в то имущественное положение, в котором он находился бы, если бы произведение использовалось правомерно». Этот подход сохраняется и поныне: при заявлении требования о компенсациях в несоразмерных убытках (но на уровне не ниже минимального) размере суды могут его значительно снизить, недвусмысленно определяя мотивы решения: см. Постановление СИП от 25 сентября 2019 г. № С01-534/2019 по делу № А13-9733/2018, АО Нижегородского областного суда от 18 сентября 2018 г. № 33-11219/2018, Постановлении Восемнадцатого ААС от 06 мая 2016 г. № 18АП-3915/2016 по делу № А76-27649/2015, АО Мосгорсуда от 14 августа 2019 г. по делу № 33-31931/2019, Постановление СИП от 27 марта 2018 г. № С01-1169/2017 по делу № А40-130255/20. К чему может привести правоприменителя квалификация рассматриваемой санкции как штрафа, помимо уже приведенных примеров, хорошо также видно по Решению АС г. Москвы от 01 ноября 2004 г. по делу № А40-32376/04-110-301, которым с ответчика, несмотря на отсутствие доказательств причиненных им истцу убытков, было взыскано 1 млн. руб. за использование в доменном имени элемента, сходного до степени смешения с фирменным наименованием истца.

²¹ Постановление СИП от 12 декабря 2019 г. № С01-1234/2019 по делу № А69-3035/2018. При этом в практике встречаются и решения, где указания на то, что компенсация имеет восстановительный характер, не сопровождается какими-либо оговорками (Определение ВС РФ от 04 октября 2019 г. № 305-ЭС19-17485 по делу № А40-12629/2019), или даже эксплицитно отрицающие наличие штрафного компонента. См., напр., АО Нижегородского областного суда от 18 сентября 2018 г. № 33-11219/2018.

²² Автор полностью разделяет здесь позицию А.П. Сергеева: «... Придание компенсации характера карательной меры не соответствует духу и принципам гражданского права. Если исключительные права в отношении объектов интеллектуальной собственности нуждаются в наличии подобных мер охраны, то эта проблема должна решаться публичным правом, в частности путем совершенствования малоэффективных административных и уголовно-правовых санкций» [38, 79].

ответственности за нарушение исключительного права *должны* обладать только восстановительной природой, еще не может сообщить такую природу какой-либо санкции из арсенала средств защиты, известных доктрине, если эта санкция начнет применяться в частном праве. Это замечание обретает особую ценность в нашем случае, с учетом «родословной» компенсации – которая ведет происхождение от санкции в юрисдикции, не придерживающейся отраслевого деления. Мы поэтому не будем говорить о возможном противоречии между *lex lata* и *lex ferenda*. Мы даже не имеем в виду какой бы то ни было эмпирический материал законодательства – в конечном счете, законодатель мог назвать что угодно **«компенсацией»**, порождая семантическое смешение с тем, что обычно подразумевает эта категория. И отчасти именно это и произошло – как уже говорилось выше, наличие штрафного компонента в действующем институте **названном этим именем**, невозможно отрицать просто ввиду того, что за взыскателем зарезервирован минимальный размер санкции²³. Задача должна состоять в поиске ответа на вопрос: какими признаками обладает мера ответственности в виде восстановления экономического положения лица, претерпевшего вред вследствие нарушения его исключительных прав, если эта мера не равнозначна возмещению убытков?

При такой постановке вопроса ответ находится сравнительно легко. Все, что в этом случае отличается такую меру ответственности, т. е. взыскание компенсаций, от возмещения убытков, заключается в определении предмета восстановления. Меры эти отличны друг от друга тем, что если возмещение убытков направлено на восстановление определенной части имущества, которой истец лишился вследствие имущественного вреда и величину или физические параметры которой суд устанавливает по внутреннему убеждению на основании представленных истцом доказательств, то компенсация, применяемая как мера восстановления в случаях затруднительности определения размера вреда (напр., при нарушениях, сужающих емкости рынков правообладателей), связана с раз-

мером вреда лишь косвенно. Она ему соразмерна – **но «соразмерность» вместе с тем означает и то**, что означает и то, что если размер вреда вообще отсутствует (что в судопроизводстве по частным спорам равнозначно неспособности истца обосновать размер вреда), то отсутствует и основание для компенсации, ибо нет коррелята для соразмерности. С учетом восстановительной специфики компенсаций они чаще всего востребованы для преодоления последствий нарушения в виде неполученных доходов и репутационного (но экономически значимого) вреда. Даже компенсация в размере двукратной стоимости права использования или контрафактного экземпляра, которая считается присущей только российскому праву [9,253], заведомо карательной мерой [23,18; 3,116; 9,255; 41], по-видимому, объявлять неверно, поскольку она может охватывать риски утраты рынка и репутации²⁴. Впрочем, сама по себе такая схема расчета имеет мало общего с частно-правовой санкцией и более походит на таксы, применяемые за нарушение лесного законодательства.

Разные юридические факты образуют условия применения этих разных мер ответственности – помимо общих для них факта правонарушения, вины (за известными изъятиями) и причинной связи между нарушением и последствиями, образующими область экономического восстановления. Обе являются разновидностями деликтной ответственности, что вытекает, в частности, из абз. 3 п. 1 ст. 1064 и ст. 1100 ГК.

При требовании о возмещении убытков должен доказываться их размер, ибо возмещению подлежит утраченная часть имущества. При этом неспособность истца доказать размер убытков даже с разумной степенью достоверности не может повлечь отказ в требовании, если факт убытков все же доказан (п. 5 ст. 393 ГК). Цель этой меры защиты – возмещение, а доказанный факт убытков указывает на их наличие; отказ в удовлетворении такого требования означал бы, что доказанная, пусть крайне незначительная, часть убытков осталась без возмещения. То, что объем взыскания определяется в этом случае «исходя из прин-

²³ Это породило новое именование обсуждаемого явления – альтернативная компенсация [41].

²⁴ Иного мнения придерживается Е.Н. Васильева [9, 116-117], которая указывает на то, что стоимости расходов на приобретение права, как правило, составляет крайне незначительную часть себестоимости товара.

ципов справедливости и соразмерности ответственности допущенному нарушению», вовсе не делает из убытков компенсацию именно потому, что и в этом случае суд исходит из задачи возмещения утраченной части имущества (включая неполученные доходы), и объем возмещения должен быть равен тому, что утрачено.

При взыскании компенсаций доказываться должна соразмерность нарушению (что в сущности означает соразмерность убыткам и репутационному вреду). Если размер убытков (вреда) не доказан, то даже доказанного факта убытков будет недостаточно для взыскания компенсации (сверх «штрафного» минимума), – ведь чтобы убедить в том, что взыскиваемая сумма удовлетворяет критерию соразмерности (а без этого компенсация как мера защиты утрачивает свою основу, то есть интерес правопритязателя), суд должен видеть коррелят, – т. е. иметь некое представление о размере убытков²⁵. Но нельзя ожидать от истца по иску о взыскании компенсаций доказывания факта причиненных убытков – ведь он и не требует взыскать убытки. Если правообладатель требует компенсацию выше минимального предела, допустим – 10 000 руб. 01 коп., и при этом ничем не подтверждает размер причиненных ему убытков, то следует считать, что у суда отсутствуют основания для взыскания компенсации в сумме 1 копейки, т. к. не доказаны обстоятельства, подтверждающие одно из условий применения компенсационной ответственности – ее соразмерность: нельзя взыскать соразмерное тому, размер чего не установлен. Итак, при требовании о взыскании компенсаций доказыванию подлежат факт совершенного нарушения и обоснованию – соразмерность экономическим последствиям нарушения истребуемой суммы.

Из названных отличий между восстановительными мерами ответственности вытекает отличие

в основании возникновения охранительных обязательств, в которых эти меры выражаются. Деликтное обязательство по возмещению убытков возникает при наличии четырех известных условий – и независимо от предъявления требования о возмещении, а также судебного акта, присудившего такое возмещение. Компенсационное деликтное обязательство в твердой сумме – т. е. в размере, определяемом по решению суда, – без такого решения возникнуть не может. Обязательство по выплате компенсации в размере двукратной стоимости права или экземпляров (товаров) возникает с момента предъявления такого требования (но независимо от судебного решения о его удовлетворении), так как наличие альтернатив означает необходимость выбора правообладателем способа расчета компенсаций. При этом открывшиеся после постановлений КС возможности уменьшения или отклонения требований о взыскании в том числе расчетных компенсаций в случае признания таких требований злоупотреблением правом, а также их снижения в целях обеспечения соразмерности, не меняют того, что определение их размера в общем порядке происходит без участия суда²⁶.

Крайне важно, чтобы сохранение компенсацией восстановительной природы осознавалось судами и доктриной в наиболее частых случаях заявления такого требования – при восстановлении с ее помощью неполученных доходов, в том числе вследствие лишения рыночной емкости, а также репутационного вреда. Лучше, чтобы соответствующие указания следовали из закона, о чем будет сказано ниже. Сомнения в восстановительной природе не должны возникать и тогда, когда есть высокая вероятность, что присужденная компенсация будет отличаться от объема причиненного вреда, ибо такая вероятность есть имманентное ее свойство, а при компенсации вреда упомянутых

²⁵ Если правообладатель требует компенсацию в минимально предусмотренном законом размере или же расчетную компенсацию (в размере стоимости нарушенного права или товаров либо контрафактных материальных носителей, на которых размещен или в которых выражен объект), то исходя из легального текста, какой он есть сейчас, ему не может быть отказано в компенсации (если только не расценивать такое требование, что после Постановления КС №-28-П стало допустимым, как злоупотребление правом, либо не применять правовые позиции мотивировочных частей постановлений № 28-П и 40-П). См. также п. 61 Постановления № 10.

²⁶ В практике СИП такой размер компенсации справедливо (исходя из *lex lata*) признается «по смыслу пункта 3 статьи 1252 ГК одновременно и минимальным и максимальным размером компенсации, предусмотренным законом». См. Постановление СИП от 04 июля 2019 г. № С01-570/2019 по делу № А05-10211/2018. На это также указал КС в п. 4.1. Постановления № 40-П.

видов эта вероятность становится системной. Если же закон будет прямо ориентировать суды на учет всех экономических последствий нарушения исключительного права при компенсации вреда, то системной станет вероятность превышения этих последствий присуждаемыми компенсациями. Однако эти риски неотделимы от обсуждаемой санкции, нимало не меняя ее восстановительную сущность. Наличие у гражданско-правовой ответственности этой сущности вовсе не означает, что любая ее мера обязана не отклоняться в ту или другую сторону от математического эквивалента восстановления. Соответствие величины присуждаемого взыскания величине установленного имущественного претерпевания – свойство лишь возмещения убытков. В гражданском праве всегда находится место таким санкциям, которые не только не обладают указанным свойством, но напротив, по умолчанию, а в некоторых случаях и вообще, его исключают. Неустойки, даже когда они являются зачетными, не просто не гарантируют эквивалентность взыскания имущественному претерпеванию, но в отличие от компенсаций даже не имеют коррелята соразмерности причиненному вреду²⁷. Приведение неустойки к размеру, приличествующему категории гражданско-правовой ответственности, представляет собой задачу, требующую судебного вмешательства, причем если это договорная неустойка, применяемая к предпринимателю, – эта задача решается в режиме экстраординарности²⁸. Естественно, еще более узнаваемо

в этом описании большинство исключительных неустоек. Если же неустойка является штрафной, то соответствие установленному претерпеванию исключается по определению. И тем не менее превышение неустойки над установленными убытками, даже когда это является ее сущностным свойством, не подлежащем корректировке, вовсе не означает, что эта мера гражданско-правовой ответственности утратила связь с восстановительной природой и переродилась в меру публичную. Применяемые в частном праве штрафные неустойки, конечно, суть лишь экстраординарные случаи ответственности, но они выражают (должны выражать, если стоит задача остаться в частно-правовой парадигме) те умаленные нарушением экономические интересы кредитора, которые, по оценке законодателя, имеют мало шансов быть учтенными при доказывании размера убытков. Широко применяемые в законодательстве о перевозке законные неустойки, многие из которых являются штрафными, а другие исключительными, направлены именно на покрытие тех рисков кредитора, о которых мы здесь говорим, оставляя в стороне вопрос о разумности определения их размера²⁹. Вместе с тем, хотя штрафная неустойка соприродна гражданско-правовой ответственности, ей не соприродно положение, при котором такая неустойка становится основной или хотя бы обычной мерой ответственности. И уж во всяком случае – такое положение не соприродно ответственности за нарушение исключительных прав³⁰.

²⁷ Не случайно российские цивилисты в период работы над Гражданским Уложением указывали на то, что неустойка является штрафом за неисправность, имея в виду, что требование об уплате неустойки может соединяться с требованием реального исполнения. [2, 536].

²⁸ Имеются в виду правила п. 1 (необходимость заявления должника) и п. 2 (исключительность применения и только при нарушении договорного равновесия) ст. 333. Известно, впрочем, что текст п. 78 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. N 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств» не исключает такое толкование, при котором указанный правовой режим распространяется на законные неустойки.

²⁹ Штрафы, подлежащие уплате за нарушение перевозчиком договора перевозки пассажира, являются штрафными неустойками (ст. 110 УЖТ, ст. 120 ВЗК с учетом практики применения ст. 793 ГК, п. 13 ст. 34 УАТ). Теперь таковыми стали считавшиеся исключительными неустойки за просрочку доставки груза (в п. 24 Постановления Пленума ВС РФ от 26 июня 2018 г. N 26 штраф, упомянутый в п. 11 ст. 34 УАТ, превращен в штрафную неустойку, поскольку Пленум признал право грузоотправителя требовать возмещения убытков).

³⁰ Штрафы в перевозке применяются потому, что это бизнес технологичный до степени запрограммированности, зависимый от инфраструктурной среды. Предприниматель, осуществляющий такого рода деятельность, должен принимать на себя все риски с нею связанные, а нарушение срока доставки является штатной ситуацией, встроенный в его деятельность перевозчика. Однако нарушитель исключительного права не ведет какой-либо профессиональной деятельности, системным свойством которой была бы регулярность нарушений исключительных прав на интеллектуальную собственность. Поэтому применение к нему мер ответственности, исключающих соответствие взыскания доказанным убыткам, пусть бы даже предположительно восстанавливающих недоказанные претерпевания, не может действовать как режим по умолчанию.

После того как мы нашли пример неоднородности движения к экономическому восстановлению в неустойке, было бы своевременно дать оценку тем отнесенным нами, как и самими их авторами, к восстановительным теориям воззрениям, которые усматривают в компенсациях род законной неустойки. На суть наших расхождений укажут качества обеих санкций, названные выше: соразмерность вреду как конститутивный признак самостоятельности в ряду мер ответственности, у компенсации, и отсутствие этого свойства у неустойки. Этому подходу возражать следует не тем, что неустойка является мерой договорной ответственности, нарушение исключительного права – деликтом, а применение неустойки в деликтных обязательствах невозможно [44,28]. Прежде всего неверна исходная посылка – компенсация за нарушение исключительного права является институтом деликтного права, но может применяться и в договорных отношениях (см. предыдущий раздел). Далее, к недоговорным отношениям применение законной неустойки общими положениями об обязательствах вовсе не исключается [22,293]. Не углубляясь в теорию неустоек, это можно принять как свидетельство того, что для именованной неустойкой санкции в виде установленной в законе денежной суммы, подлежащей взысканию при доказанности факта недоговорного правонарушения³¹, останутся только терминологические препятствия³². Не убедителен также аргумент об обеспечительной сущности неустойки [3,106] – сочетание этой сущности с санкционной в неустойке очень ситуативно [2,534] и, вовсе отсутствует в законной неустойке, которая способна быть только мерой ответственности, ибо

не может учитывать интересы сторон обязательства. Причина же невозможности признания компенсации неустойкой, как мы полагаем, в том, что для ее взыскания мало одного факта нарушения; безусловность установленным размером убытков не означает безусловность убытками и репутационным вредом. В условия применения этой санкции *входит* наличие убытков, а на определение ее объема *влияет* их размер и другие последствия нарушения; компенсация всегда должна быть им соразмерна. Тогда, когда ее величина устанавливается в зависимости от стоимости нарушенного права или контрафактного товара, и заявляется в твердой сумме истцом и определяется решением суда. Все это чуждо законным неустойкам; конечно, законодатель не должен забывать о восстановительной природе любой частно-правовой санкции, но о прямой корреляции с последствиями нарушения речи нет³³. Вот почему неустойка, в отличие от компенсаций, устанавливается в виде определенной или определяемой суммы. Снижение ее с прицелом на реальные последствия нарушения возможно, но оптика этого прицела по существу отсутствует, а для предпринимателей это снижение допускается в исключительных случаях. Отметим, что ВАС еще в 2007 г. прямо отверг обсуждаемую интерпретацию применительно к компенсациям за нарушение прав на товарный знак, причем отличие правового режима усмотрел в том, что в делах по взысканию компенсаций «при оценке соразмерности совершенного нарушения и ответственности за это суду предоставлена возможность определения конкретной суммы компенсации в пределах, установленных законом»³⁴. Позднее эта позиция

³¹ Такие частно-правовые меры ответственности традиционно применяются в лесном законодательстве. См. ст. 100 Лесного кодекса РФ и принятое на их основе Постановление Правительства РФ от 29 декабря 2018 г. № 1730, которым устанавливаются таксы для исчисления размера вреда, причиненного лесным насаждениям в твердой денежной сумме не только в размере кратной стоимости древесины, но и в твердой денежной сумме.

³² Представляется, что вполне можно было бы назвать неустойками, к примеру, установленные в § 101(b) Закона США 1909 г. меры ответственности за отдельные виды бездоговорного использования произведений: \$10 за каждое изготовление копий произведений изобразительного искусства, \$1 – иных произведений; \$50 за чтение лекции, проповеди или торжественных речей; \$10 за исполнение музыкального произведения.

³³ О. С. Иоффе указывает, что «считать неустойку заранее определенным убытком, а тем более интересом кредитора нет решительно никаких оснований». [22,287].

³⁴ Имеется в виду правовая позиция в п. 14 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 декабря 2007 г. № 122 «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел, связанных с применением законодательства об интеллектуальной собственности». Санкция, которая была установлена в п. 4 ст. 46 Закона РФ «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров» и которая в имеющей значение для дискуссии части была тождественна п. 3 ст. 1252, за исключением отсутствующего в ней указания на освобождение от доказывания размера убытков, не является неустойкой, а потому не может быть снижена на основании ст. 333, в том числе и по аналогии, ввиду того, что является «специальным регулированием». Вместе с тем, в 2004 г. в судебных актах предусмотренная п. 4 ст. 46 названного закона санкция могла называться «неустойкой» (см., напр., Постановление ФАС Поволжского округа по делу № А06-2026-3/03 от 13 апреля 2004 г.).

была по существу распространена на все виды компенсаций³⁵.

Неоднозначность указаний действующего закона и разъяснений высших судов приводит к сомнениям в том, должны ли (а если и должны – всегда ли будут фактически) все без исключения возникшие из нарушения экономические претерпевания охватываться режимом компенсационного восстановления (то есть в величине, определяемой исходя из соразмерности претерпеванию); и прежде всего мы говорим об утраченной емкости рынка и репутационных потерях. Сомнение в ответственности восстановительной интерпретации поддерживается также восприятием заведомо несоответствующей части компенсаций убыткам как штрафной меры превенции. Выше говорилось, что эти колебания основаны на неверных допущениях. Однако именно они побуждают законодателя сохранять публично-правовой штрафной компонент в обсуждаемой мере ответственности, а некоторые правоведы, суды и КС считают это положение оправданным. Причем предположение о необходимости такого компонента неизбежно ведет, в ходе переосмысления условий применения новой по существу санкции, к тому, что одним из них должна выступать вина. И здесь особенно показательна позиция А.Ф. Музыки. Предназначение штрафной компенсации (выделяемой им в виде отдельной санкции наряду с оценочной) он видит в возмещении тех самых благ, которые мы считаем подлежащими восстановлению присуждением обычной, единой компенсации³⁶; снижение су-

дом компенсации, определенной правообладателем, не допускается³⁷; такое возмещение, явно для соответствия своей штрафной (здесь – публично-правовой) природе, обусловлено, по общему правилу, наличием вины³⁸. В такого рода штрафной компенсации конвертируются все те представления о восстановительной природе частно-правовой ответственности, а также возникающие из этих представлений опасения, которые критиковались выше, а привлечение вины как условия наступления такой ответственности становится уже логически вынужденным, заданным публично-правовой природой явления шагом, и точно той же логикой искусственного разъединения единой санкции на два принципиально несовместных режима объясняется, вероятно, и тезис А.Ф. Музыки о независимости от наличия вины «оценочной компенсации»³⁹. Итогом операции по последовательному разделению и наделению возникших новых сущностей предикатами, сообразных критериям дифференциации, становится смешение в одном, причем частно-правовом акте, двух иноприродных друг другу санкций за одно и то же противоправное посягательство, что неверно само по себе, повторяет ошибку американского законодателя, за которую он критикуется в национальной доктрине [49], а в наших условиях – еще и преступает концептуальные границы отраслевого деления системы права.

Виновность является обязательным условием наступления ответственности в публичном праве. По этой причине, как отмечалось в доктрине

³⁵ Постановление Президиума ВАС РФ от 27 сентября 2011 г. N 3602/11 по делу N A08-8099/2009-30: «В силу пункта 3 статьи 1252 Гражданского кодекса компенсация подлежит взысканию при доказанности факта правонарушения и является санкцией за безоговорочное гражданское правонарушение. Компенсация представляет собой самостоятельный вид гражданско-правовой ответственности, и к ней не могут применяться правила, предусмотренные в отношении других видов гражданско-правовой ответственности».

³⁶ «Возмещение потерпевшему не только непосредственно причиняемых нарушением убытков, но также возможных в дальнейшем потерь имущественного характера, которые не могут быть в полной мере определены при рассмотрении иска, что имеет место, в частности, при незаконном размещении произведения или объекта смежных прав в свободном доступе в сети Интернет, а также исключение случаев извлечения нарушителями дохода из незаконного использования произведений и объектов смежных прав» [29]. Впрочем, на позицию автора могло повлиять отсутствие на момент создания его труда положений в гражданском законодательстве, позволяющих суду устанавливать убытки с разумной степенью достоверности и, более того, запрещающих суду отказывать в возмещении убытков только на то основании, что этот способ определения их размера не срабатывает; иными словами, действующее право (п. 5 ст. 393) не допускает отказ в возмещении убытков, если сам факт убытков установлен, независимо от того, доказан ли их размер.

³⁷ Но предлагается сделать возможным полный отказ в компенсации недобросовестным правообладателям.

³⁸ Вместе с тем, на тех нарушителей, которые вели себя недобросовестно после того, как им становится известно о факте нарушения, А.Ф. Музыка допускает возложение штрафа и независимо от их вины.

³⁹ При допущении снижения размера компенсации для нарушителей, доказавших отсутствие вины, что, как уже говорилось, явно перекликается с правилом в § 504(с) (2) американского закона.

[14,18; 36,23] и в абз, 3 п. 4.1. Постановлении № 28-П, в той мере, в какой ответственность в виде взыскания компенсаций является публично-правовой по признаку независимости объема взыскания от задач восстановления утраченного блага, она не может не учитывать степень вины нарушителя, ибо обратное приводило бы к дискриминации тех лиц, которые подлежат такой ответственности, но ввиду применяемых в отношении них принципов гражданского права должны отвечать независимо от вины. Однако необходимость такой перверсии фундаментально разных правил отраслевой ответственности говорит только о том, что при нормальном положении дел должны отсутствовать поводы для столь нетрадиционных решений, – иными словами, для того, чтобы гражданско-правовые условия применения публично-правовой ответственности не подвергались публично-правовой фильтрации, нужно, чтобы эти условия к такой ответственности просто не применялись – и, разумеется, наоборот. По нашему мнению, отсутствие или наличие вины должно иметь для взыскания компенсаций за нарушение исключительного права только то значение, какое конвенционально придается этому условию ответственности положениями деликтного права в целом. Это означает, что в известных случаях вина таким условием не выступает. «Учет степени вины» – публично-правовое явление, и то, что законодатель посчитал нужным определить его одним из критериев, приложимых к размеру морального вреда (ст. 151, п. 2 ст. 1001), не дает повода применять эти критерии к обсуждаемой компенсации по аналогии закона, ибо таковая есть способ экономического восстановления, тогда как компенсация морального вреда – способ загладить человеку причиненные ему страдания, что делает разумным учет провинности причинителя. Однако такое восприятие вины едва ли закрепится раньше, чем законодатель полностью убедится в том, что усовершенствовать гражданско-правовой институт можно, развивая присущую ему природу, а не вынуждая его к сим-

биозу с публично-правовым штрафом, пусть бы и «в умеренных пределах» – из-за отсутствия теоретических обоснований расчет меры такой умеренности всегда будет произвольным⁴⁰.

§ 4. Уменьшение объема компенсаций: попытка не «проштрафиться»

Сразу введем необходимый контекст. Все меры, которые обсуждаются ниже, принимались в условиях невозможности назначения компенсации ниже установленного законом минимального размера. Для нарушений исключительных прав характерна многообъектность посягательства – и речь не только о различных объектах интеллектуальных прав (а они часто выражены в одном вещественном объекте); связанными одним целеполаганием действиями часто могут быть нарушены различные составляющие исключительного права (право на импорт, воспроизведение, распространение, и т. д.), затронуты и введены в оборот разные материальные носители. В условиях, когда любые рассуждения об «обосновании размера и соразмерности» становятся беспредметны, как только речь заходит о минимальном размере, оборот нуждался в правовых льготах на снижение ответственности. Нужда же в них возникала в силу трех свойств действующего режима. Во-первых, описанные выше пробельность в *lex lata* и отсутствие восполняющей ясности в доктрине, при наличии явного указания на штрафную франшизу, не могли не суггестировать в сознании судов допустимость штрафной интерпретации этой санкции в целом, что не могло не приводить к практике взыскания компенсаций в несоразмерных нарушении и даже в несуразных объемах, особенно в период действия первой редакции п. 3 ст. 1252, с ее обозначенным дозволением производить расчет компенсаций за каждое отдельное посягательство (по существу – за каждое нарушение исключительного права, независимо от того, осуществлено ли оно самостоятельным или связанными с иными нарушениями действием), а не только за нарушение «в

⁴⁰ Можно также обратить внимание на то, что ст. 45 Соглашения TRIPS, на которую иногда ссылаются в попытке найти фундамент для версии о самостоятельности обсуждаемой санкции, наделяет институт *pre-established damages* явно восстановительными задачами – коль скоро он предназначается, причем в виде исключения, только для случаев невиновного нарушения. Применение этой меры защиты даже не имеет для членов ВТО обязательной силы – в отличие от возмещения убытков.

целом» (по существу – за связанные одним целеполаганием действия, приводящие к множественности нарушений). Впрочем, отсутствие у правоприменителя представления о природе компенсаций, даже независимо от влияния легально выделенного штрафного компонента, конечно, и само по себе приводило к несоразмерным взысканиям. Во-вторых, неснижаемый минимум позволяет правообладателю паразитировать на требованиях о компенсации путем заявления требования на уровне этого минимума, в каковом случае он освобождается от обоснования соразмерности⁴¹, причем опять-таки злоупотребление становится особенно явным тогда, когда расчет производится за каждое посягательство. В-третьих, смягчение режима назначения компенсаций путем переключения его с принципа «за каждое посягательство» на принцип «за каждый объект (каждое исключительное право)», а также правила «экстраординарного минимума» осуществлялось законодателем с пониманием того, что ответчик все равно будет платить штраф – причем, как очень скоро показала практика, его объемы и при новом режиме оставались репрессивными.

Так или иначе, в силу ФЗ-35 ст. 1252 получила редакцию, исключавшую принцип «одно нарушение – одна компенсация»: с 1 октября 2014 г. стала невозможна ответственность за каждый отдельный контрафактный экземпляр или способ использования в рамках нарушенного исключи-

тельного права. Это, конечно, искусственное ограничение ответственности⁴² и льгота пользователям, а льготы по определению являются вынужденными мерами, не отражающими распределение экономических интересов⁴³. Этим же законом было введено в ГК правило «ниже наименьшего предела», которое мы назвали «экстраординарным минимумом» – для случаев, когда нарушены права на несколько объектов интеллектуальных прав⁴⁴. Объявлять их одним нарушением было бы чересчур смело, поэтому для смягчения ответственности была выбрана тактика не искусственного сокращения объектов посягательства, а малообъяснимая с точки зрения восстановительной теории, но видимо единственно доступная в заданных условиях арифметическая идея. Было решено, что суд может снизить заявленный суммарный размер компенсации («с учетом характера и последствий нарушения») на любую сумму не ниже 50 % суммы минимальных размеров всех компенсаций. Откуда взялось значение 50 % – объяснить сложно, но что было делать законодателю, если он не решился отменить правило о минимальном размере? Наконец, в ФЗ-35 были не только льготы: закон отменял требование виновности для наступления ответственности при осуществлении предпринимательской деятельности (ст. 1250)⁴⁵.

Таким образом, возникло двойное дно правового режима – редкое для юриспруденции воплощение формулы «если нельзя, но очень хочется,

⁴¹ См. абз. 1 п. 61 Постановления № 10.

⁴² Так, А.П. Сергеев призывает вернуться к содержащемуся в прежней редакции п. 3 ст. 1252 правилу – компенсация может взыскиваться за каждый случай неправомерного использования охраняемого объекта интеллектуальной собственности либо за допущенное правонарушение в целом, исходя при этом из того, что компенсация будет пониматься как восстановительная мера в виде способа возмещения убытков – по-видимому, именно в этих целях А.П. Сергеев предлагает ввести в закон указание на то, что окончательное решение по вопросу [расчета компенсации] должно приниматься судом [38,79]. Предположительно, том же подходе основывался проект федерального закона № 198171-7 «О внесении изменения в статью 1252 Гражданского кодекса Российской Федерации» [21,140].

⁴³ Эту новеллу также было бы уместно сравнить с применяемым в Законе США «Об авторском праве» 1976 г. правилом квалификации посягательства. В отличие от Закона 1909 г., объектом посягательства, для целей определения влекущего ответственность действия, является нарушение в отношении каждого отдельного произведения – ранее она наступала за любое вообще нарушение (в том числе, например, за многочисленные случаи несанкционированного использования произведений или же его экземпляров, или же каких-либо составляющих исключительного права). Американский законодатель надеялся таким образом снизить размер взыскиваемых неустоек, особенно за несанкционированные правообладателем теле- и радиотрансляции. Однако эффективность этих мер вызывает у исследователей сомнения [49].

⁴⁴ Правило экстраординарного минимума применяется в § 504(c) (2) Закона об авторском праве США 1976 г. В случае, если ответчик докажет невиновность посягательства, размер законной неустойки (statutory damage) может быть снижен судом до 200 долларов в отношении одного произведения.

⁴⁵ Указанным законом были внесены и другие изменения в правила взыскания компенсаций: распространение санкции на нарушения патентных прав (ст. 1406.1), расчет компенсации от стоимости контрафактных экземпляров (ст. 1301, 1311, 1537), солидарная ответственность лиц, совершивших нарушение совместными действиями (п. 6.1. ст. 1252) – такое же положение имеется в § 504(c) (1) Закона об авторском праве США 1976 г.

то можно». Для любого вида регулирования – это положение, избобличающее не только малодушную тщетность «можно», но и системную дефектность «нельзя». И то, что новое «нельзя» явилось следствием оппортунизма, ясно свидетельствовало о том, что оно не устранил проблему. Практика быстро это подтвердила. Даже если, применяя новое правило, считать, что при множестве объектов посягательства (например, способов использования – воспроизведение, доведение до всеобщего сведения, распространение) совершение связанных одним целеполаганием нескольких действий образует одно нарушение, то в том случае, когда таковыми объектами становятся различные объекты интеллектуальных прав, пусть даже закрепленные на одном носителе⁴⁶ (предположим, 20 песен, записанные в одном файле/одной фонограмме) размер компенсации (после снижения до экстраординарного минимума) все равно оказывается несправедливым – именно в частно-правовом смысле, то есть попирающим принцип равновесия. Двадцать отдельных музыкальных произведений, неправомерно записанных, а затем выпущенных в оборот или размещенных на своей странице частным лицом, без единой копейки доказанных как убытков истца, так и доходов ответчика, это 200 000 руб. правообладателям за нарушение авторских и смежных прав⁴⁷. Все посягательства выразились в использовании обоих исключительных прав (на музыкальные произведения и на исполнения) различными, но связанными способами, и поэтому для целей применения мер защиты, включая компенсации, они рассматриваются как единое (и одно) нарушение (первая льгота) – но применительно к каждому объекту и, разумеется, к тому и другому исключительному праву раздельно. Вторая льгота – 50 % от суммы минимальных компенсаций (10 000 руб. за

каждый объект и за каждое исключительное право). Ни к чему другому не могли привести искусственные изменения, внесенные в абз. 3 п. 3 ст. 1252.

Для дальнейшего продавливания двойного дна, вероятно, законодательный ресурс был уже непригоден. Полномочия судам по снижению компенсации в большем размере теперь могла дать только правовая позиция КС. Неизбежность ее появления обеспечивалась не доктринальным единением членов КС с восстановительной теорией, а невозможностью достичь обоснованной соразмерности при многообъектности нарушения, при том что соразмерность любого вида юридической ответственности правонарушению, за которое она назначается, является конституционной ценностью, последовательно отстаиваемой КС.

§ 5. Постановление № 28-П: первое итоговое решение и его последствия

Постановление № 28-П могло бы устранить данную несправедливость. Но выстроив характерный логический маршрут («сами по себе проверяемые законоположения не противоречат Конституции, и все же, постольку поскольку они не исключают придания им судебной практикой смысла, противоречащего Конституции, они ей противоречат»), КС не мог не пойти по пути точечных смягчений – адресованных тому, что исключить нельзя. Но нужно обозначить предмет нормоконтроля, связывающего Суд в силу ст. 74 ФКЗ, а он был таков: «Вытекающее из положений подп. 1 ст. 1301, подп. 1 ст. 1311, п. 1. подп. 1 п. 4 ст. 1515 взыскание в определяемом по решению суда размере компенсаций в твердой сумме за нарушение индивидуальным предпринимателем исключительных прав на несколько объектов авторского права или смежных прав либо на товарные знаки» (п. 1.4. мотивировочной части). Далее Суд указывает, что

⁴⁶ Нарушение прав на различные охраноспособные объекты не рассматриваются как единое нарушение даже если они размещены на одном носителе. (Постановление Президиума ВАС РФ от 30 ноября 2010 г. № 10521/10 по делу № А23-4426/09Г-20-238: «каждое из музыкальных произведений и фонограмм, содержащихся на компакт-диске [...] является самостоятельным объектом исключительных прав»). Критикуя такой подход применительно к товарным знакам, А.В. Семенов справедливо указывает, что «это противоречит существу исключительного права на товарный знак как средство индивидуализации, предназначенное лишь для принятия потребителем решения о выборе и совершения сделки в отношении конкретного товара или услуги». [36,23] (См. Постановление Президиума ВАС № 9414/12 по делу А13-8185/2011 от 27 ноября 2012 г.: «Размещение нескольких товарных знаков на одном материальном носителе в этом случае является нарушением исключительных прав на каждый товарный знак»).

⁴⁷ Описанная ситуация – модель так наз. «мультипликации ответственности». «Чрезмерной и несправедливой» называют эту санкцию и те ученые, которые поддерживают штрафную направленность компенсаций [32].

действующее правовое регулирование позволяет взыскивать в пользу лица, чье исключительное право на объект интеллектуальной собственности было нарушено, компенсацию в размере, который может и превышать размер фактически причиненных ему убытков⁴⁸. В следующем абзаце, пусть и *obiter dicta*, но в явном единстве с предшествующим суждением, КС уже прямо называет эту ответственность «штрафной по своей природе», находя причину ее появления в том, что «федеральный законодатель не только учитывал объективные трудности в оценке причиненных правообладателю убытков, но и руководствовался необходимостью – в контексте правовой политики государства по охране интеллектуальной собственности – общей превенции соответствующих правонарушений»; а в абз. 3 п. 4.1. и абз. 2 п. 4.2., в виде еще одного логически точного умозаключения, приходит к тому, что этот штраф является частно-правовым институтом, наделенным публично-правовой функцией (таковой, собственно, и является общая превенция). При этом КС подошел к оценке конституционности этих законоположений исходя из многократно примененного им в предшествующих решениях принципа соразмерности (пропорциональности) санкции совершенному правонарушению, который «предполагает дифференциацию ответственности в зависимости от тяжести содеянного, размера и характера причиненного ущерба, учет степени вины правонарушителя и иных существенных обстоятельств, обуславливающих индивидуализацию при применении взыскания» (абз. 3 п. 4). Далее же Суд усмотрел вероятное нарушение Конституции в том, что такой режим ответственности может, при однократности нарушения и множественности объектов, оказаться чрезмерным, явно несправедливым и даже угрожающим подрывом доверия граждан как к закону, так и к суду (абз. 3 и 4 п. 4.2.). Для этой аб-

страктной коллизии КС сумел найти в резолютивной части очень внятные юридические очертания, причем куда более узкие, чем те, что были заданы пределами нормоконтроля: индивидуальный предприниматель нарушение допускает впервые, негрубо и при осуществлении неосновной для себя деятельности, а сумма компенсаций многократно превышает размер убытков. Кроме того, будучи связанным логикой признания штрафного компонента, Суд не мог не применить публично-правовой принцип учета вины нарушителя при назначении ответственности к гражданско-правовому принципу исключения вины из условий ответственности предпринимателя, для чего вынужден был сконструировать юридический эвфемизм: предприниматель должен «иметь возможность доказать, что им были предприняты все необходимые меры и проявлена разумная осмотрительность с тем, чтобы избежать незаконного использования права, принадлежащего другому лицу – правообладателю» (абз. 2 п. 4.2.). Из публично-го права – и тезис о несовместимости с Конституцией режима снижения компенсаций, лишаящего суд возможности принять во внимание отсутствие рецидива (нарушение совершено «впервые»)⁴⁹.

Выделим три правовых эффекта, создаваемых Постановлением № 28-П.

Во-первых, как непосредственно следует из резолютивной части, вне возможности снижения оказалось колоссальное количество ситуаций, которые при применении указанного режима ответственности несколько не меньше задевают представления о справедливости, чем те, в отношении которых Суд справедливость восстановил. Одна из таких ситуаций (с записью исполнений двадцати музыкальных произведений на электронном носителе и последующим доведением до всеобщего сведения) уже была смоделирована выше. Чтобы сделать наш тезис еще убедительнее, добавим

⁴⁸ «Допущение законом такой возможности [...] нельзя признать мерой, несовместимой с основными началами гражданского законодательства [...]» (абз. 3 п. 3.1. мотивировочной части).

⁴⁹ При этом принимать во внимание это обстоятельство суды готовы лишь тогда, когда нарушение совершено «впервые» вообще — а не только в отношении истца, что делает обсуждаемое правило снижения компенсаций еще более отчетливо публичным. См. Постановление Девятнадцатого ААС от 17 февраля 2021 г. по делу № А08-12631/2019. Вероятно, это связано с тем, что среди обстоятельств, подлежащих учету при определении размера компенсации, в Постановлении № 10 (п. 64) указывается лишь на неоднократность, а не на «наличие ранее совершенных лицом нарушений исключительного права данного правообладателя», как в Постановлении № 5.29 (абз. 2 п. 43.3). Противоположная позиция АС Алтайского края по делу № А03-22533/2014 при возобновлении рассмотрения дела после Постановления № 28-П была сформулирована до Постановления № 10.

в эту модель то, что нарушителем является не имеющее собственного дохода частично дееспособное лицо – например, подросток из небольшого городка, снимавший выступление музыкального коллектива на телефон, а затем разместивший записи на своей странице. Под выделенные в Постановлении 28-П изъятия из штрафного режима данная ситуация не подпадает. Пребывая в легальном поле, созданном резолютивной частью Постановления, суд, если только не решится прибегнуть к соображениям о недопустимости злоупотребления правом, не сможет снизить размер компенсаций на основании действующих правил п. 3 ст. 1252 более, чем до уровня 200 000 руб., что станет непосильным бременем для подростка и разорит, в случае привлечения их к субсидиарной ответственности, его законных представителей, если те обладают обычным для таких населенных пунктов доходом. При этом суды избегают применения для целей снижения компенсаций нормы деликтного права об уменьшении размера ответственности с учетом материального положения гражданина⁵⁰. Однако ограниченность эффекта резолютивной части Постановления проявилась не только в скудности «диспозиции» обсуждаемых правоположений, но и в их «гипотезе»⁵¹: связанный пределами нормоконтроля, КС, как уже отмечалось, не давал оценку конституционности штрафной несоразмерности компенсаций, взыскиваемых за нарушения прав на один объект и (или) совершенных не индивидуальным предпринимателем и (или) рассчитанных иначе, чем в твердой сумме (абз. 2 п. 1.4).

Во-вторых, остается неясным, как именно должна восприниматься правовая позиция Суда

в Постановлении № 28-П – и не только в целях обсуждения нашей темы: только ли в том окончательном виде, в каком она получила выражение в резолютивной части решения, либо же, независимо от этого выражения, в виде больших посылок силлогизма *ratio decidendi*, сформулированных в мотивировочной части. К чему приводит первое прочтение, показано выше. Однако положение изменится, если считать, что обязывающая сила правовой позиции состояла в идее пропорциональности любой, в том числе и штрафной санкции, которую несколько раз высказывает КС в мотивировочной части. В позициях самого КС⁵² и в доктрине конституционного права утвердилось мнение, согласно которому, во-первых, любые правовые позиции КС являются общеобязательными, во-вторых, они развиваются и в итоге располагаются именно в мотивировочной части решения [13,58; 26,432; 27,43; 28; 42]⁵³. Вместе с тем ряд ученых полагает, что правовая позиция находит «вторичное отражение» в резолютивной части [16,28; 48,25], а потому присутствует в обеих частях решения КС. Если задаться целью искать в акте правоприменительной дедукции большие посылки силлогизма [6], которые собственно суть то, что мы именуем «правовыми позициями» и которые в итоге образуют *ratio decidendi*, то найти их можно только в мотивировочной части акта. В резолютивной же части лишь суммируются выводы, которые стали следствием приложения правовых позиций к малым посылкам силлогизма, каковые в конституционном судопроизводстве по делам о проверке конституционности соответствующих законоположений представляют собой предмет

⁵⁰ Пункт 3 ст. 1083. См. об этом выше в тексте работы в § 1 работы. Вместе с тем, после Постановления № 28-П суды стали учитывать материальное положение, в т. ч. связанное с нуждами семьи, индивидуального предпринимателя (см. об этом ниже в обзоре практики).

⁵¹ Кавычки объясняются тем, что, хотя представление о нормативности решений КС доминирует в науке конституционного права, оно разделяется не всеми учеными [16,26-27; 27,62; 31], и поэтому использование категорий описания нормы права применительно к правоположениям Постановления допустимо лишь условно.

⁵² Так, в соответствии с п. 2 абз. 2 мотивировочной части Определения КС от 8 октября 1998 г. № 118-О, «положения мотивировочной части постановления Конституционного Суда РФ, содержащие толкование конституционных норм либо выявляющие конституционный смысл закона, на которых основаны выводы Конституционного Суда РФ, сформулированные в резолютивной части этого же постановления, отражают правовую позицию Конституционного Суда РФ и также носят обязательный характер». Категория общеобязательности правовых позиций Суда, в том числе недопустимость их преодоления при установлении нового регулирования, раскрывается, в частности, в абз. 2 п. 4 Постановления от 16 июня 1998 г. № 19-П, абз. 1 п. 1 Постановления КС № 11-П от 19 июля 2002 г., в п. 3 Постановления от 08 ноября 2012 г. № 25-П, абз. 3 п. 2.1. Постановления от 26 июня 2020 г. № 30-П.

⁵³ То, что место правовых позиций – в мотивировочной части решения, подчеркивает С.П. Маврин [28]. Менее определенно об этом высказывается Б.А. Страшун [42].

осуществляемого КС нормоконтроля. При этом важно подчеркнуть значимость такого подхода именно для конституционного правосудия. Правовые позиции КС, будучи выражением смысла положений Конституции, произведенным органом, который наделен исключительной компетенцией их официального толкования⁵⁴, представляют собой декларации основных ценностей национальной системы права и тем самым – важнейший источник развития самого права. На наш взгляд, этот довод в пользу признания общеобязательности для любого правоприменителя в российской юрисдикции правовых позиций, расположенных в мотивировочной части решений КС, независимо от того, какое воплощение они получили в резолютивной части⁵⁵. И как следует из оценок самого КС в Постановлении № 40 (абз. 1 и 2 п. 4.1., абз. 1 п. 4.2.), неоднозначность, или дуализм эффекта Постановления № 28-П предопределены были таким представлением об обязательности правовых позиций КС, которое усматривает их в единстве суждений о положениях Конституции в мотивировочной и резолютивных частях. Ошибочным или нет является такое видение, скупость выделенных КС изъятий из штрафного режима компенсаций в резолютивной части, в сочетании с эксплицитным признанием этого режима их истинной и не противоречащей основам гражданского законодательства природой, не позволила принципу соразмерности санкций последствиям нарушения, на который крепилась ось *ratio decidendi* Постановления № 28-П, быть воспринятым как общеобязательная правовая позиция, без изъятий подде-

жащая применению ко всем искажениям баланса интересов при взыскании штрафной компенсации за нарушение исключительных прав. Пусть невыполнением рекомендаций Постановления № 28-П по закреплению нормативных критериев для снижения размера компенсации «возникшие противоречия относительно сферы действия этих позиций обусловлены не в последнюю очередь» (абз. 1 п. 4.2. Постановления № 40-П), в первую очередь, полагаем, они обусловлены особенностями Постановления № 28-П. При этом ограниченность и «диспозиции», и «гипотезы» (определяемой областью нормоконтроля) выводов резолютивной части Постановления № 28-П, как следует из Постановления № 40-П, могла бы быть преодолена адаптацией такого правопонимания, при котором автономной общеобязательностью наделяются позиции КС, сформулированные в мотивировочной части. К чести судебной практики, она, пожалуй, сумела по крайней мере выйти за нормоконтрольные границы в интерпретации правовых позиций Постановления № 28-П. Так, определением СКЭС ВС определенные КС льготы по снижению компенсаций признаны применимыми и к юридическим лицам⁵⁶, причем впоследствии это дело вошло в Обзор практики ВС⁵⁷. Другими судебными актами, в том числе принятыми СКЭС, правовая позиция КС была применена и к другим, «расчетным» разновидностям компенсаций⁵⁸ (подп. 2 ст. 1301⁵⁹, подп. 2 п. 4 ст. 1515⁶⁰). Обе эти позиции были поддержаны и в одном из постановлений СИП⁶¹. И хотя в другом акте СИП ожидаемо подтвердил, вслед за КС, наличие в компенсациях

⁵⁴ См. ч. 5 и 6 ст. 125 Конституции в истолковании, многократно встречающемся в актах КС, в т. ч. упоминаемых выше. См. также ст. 79 и 106 ФКЗ.

⁵⁵ Однако автор этой работы является убежденным противником попыток придания нормативного значения любым судебным актам, кроме тех, что принимает КС [5].

⁵⁶ Определение ВС РФ от 25 апреля 2017 № 305-ЭС16-13233 по делу № А40-131931/2014.

⁵⁷ Пункт 21 Обзора судебной практики ВС РФ № 3 (2017) (утв. Президиумом ВС РФ 12 июля 2017 г.).

⁵⁸ Следует иметь в виду, что выбор способа компенсации принадлежит истцу; суд по своей инициативе не вправе его изменять. См. п. 59 Постановления № 10. Ранее эта позиция уже вошла в п. 35 Обзора судебной практики по делам, связанным с разрешением споров о защите интеллектуальных прав (утв. Президиумом ВС РФ от 23 сентября 2015 г.).

⁵⁹ АО Свердловского областного суда от 16 марта 2017 г. по делу № 33-3923/2017, АО Воронежского областного суда от 03 апреля 2019 г. по делу № 33-1779/2019.

⁶⁰ Определение СКЭС от 11 июля 2017 г. N 308-ЭС17-3085 по делу N A53-22718/2016: изложив позицию КС в п. 2 резолютивной части Постановления № 28-П, СКЭС указала, что «учитывая системную связь подпункта 2 пункта 4 статьи 1515 ГК РФ с пунктом 3 статьи 1252 ГК РФ, аналогичный подход должен применяться как к размеру компенсации, определяемому по усмотрению суда, так и в двукратном размере стоимости товаров, на которых незаконно размещен товарный знак, или в двукратном размере стоимости права использования товарного знака, определяемой исходя из цены, которая при сравнимых обстоятельствах обычно взимается за правомерное использование товарного знака».

⁶¹ Постановление СИП от 29 января 2018 г. № C01-1129/2017 по делу № А32-1221/2017.

штрафного компонента, даже такая практика далеко не была однозначной⁶². Более редкими были случаи, когда суды, опираясь на правовые позиции мотивировочной части Постановления, выходили за изъятия из минимального штрафного режима, определенные КС в резолютивной части⁶³, но можно указать на готовность учитывать материальное положение предпринимателя⁶⁴. При этом ВС всегда исходит из того, что суд не вправе снижать размер компенсаций по своей инициативе⁶⁵.

В-третьих, появление обсуждаемой правовой позиции КС означает, что стали возможны отказы в удовлетворении требований, которые остаются несоизмеримыми нарушению после снижения их размера на основании абз. 3 п. 3 ст. 1252, посредством квалификации таких требований как злоупотребления правом. С позиций теории осуществления гражданских прав и злоупотребления правом, раскрываемой автором этой работы в его трудах [4; 7], объясняется это следующим. Злоупотребление частным правовым благом (в том числе правом, правомочием, отсутствующей обязанностью) представляет собой осуществление этого правового блага для преследования иного интереса в материальном благе, нежели тот интерес, выражением которого данное

правовое благо служит, в том числе интереса недостаточного по отношению к интересу противоположной стороны в двустороннем отношении. Юридические факты, служащие основанием возникновения субъективного права, представляют собой ничто иное, как вмененные (предустановленные) значения минимальной квоты наличия интереса, необходимой для приобретения этого права, а юридические факты, служащие основанием его прекращения – вмененным значением максимальной квоты его снижения. Постольку поскольку отсутствует юридический факт первого вида либо присутствует факт второго вида, никакое поведение противоположной стороны не может расцениваться как злоупотребление правовым благом (отсутствующей или недостаточной обязанностью в данном случае)⁶⁶, ибо законом для рассматриваемого положения прямо отрицается корреспондирующий интерес первой стороны – интерес в материальном благе, по поводу которого у той и у другой стороны могут иметься соответствующие правовые блага. Однако законом могут устанавливаться вмененные минимумы и максимумы интереса для возникновения или прекращения не только субъективного права, но и отсутствующей обязанности;

⁶² В очередной раз выделим правовую позицию в АО Нижегородского областного суда от 18 сентября 2018 г. № 33-11219/2018. Суд прямо указал, что довод жалобы истца «об отсутствии у суда оснований для снижения заявленной суммы компенсации противоречит правовой природе компенсации, взыскание которой носит восстановительный (компенсационный), а не штрафной характер». При этом суд еще и раскрыл свое понимание восстановительной природы компенсации, указав, что «в каждом конкретном случае при определении ее размера в целях обеспечения сохранения баланса прав и законных интересов сторон и недопущения незаконного обогащения правообладателя с использованием института компенсации следует устанавливать, какой размер компенсации способен обеспечить восстановление прав» истца. См. также Постановление Девятнадцатого ААС от 19 мая 2017 № 19АП-2067/2017 по делу № А08-7393/2016, где отрицание штрафного компонента также не вызывает сомнений: «...Компенсация за нарушение исключительных прав является мерой гражданско-правовой имущественной ответственности и имеет своей целью восстановление нарушенных интересов, то есть выплату правообладателю такой компенсации его потерь, которая будет адекватна и соизмерима с нарушенным интересом. Нарушенный интерес правообладателя, в свою очередь, состоит в компенсации имущественного ущерба и возмещении правонарушителем любых доходов, полученных от нарушения права».

⁶³ Прежде всего, конечно, когда обстоятельства дела выходили за предмет нормоконтроля, особенно в случае нарушения прав на один объект, что, напомним, и стало поводом для обращения в КС заявителя с запросом, итогом рассмотрения которого стало Постановление № 40-П. Суды указывали, что снижение компенсации невозможно ввиду того, что «отсутствует основной критерий, являющийся в соответствии с положениями абзаца третьего пункта 3 статьи 1252 ГК РФ и разъяснениями, данными в постановлении Конституционного Суда РФ от 13 декабря 2016 г. № 28-П, основанием для снижения размера компенсации ниже низшего предела, – одновременное нарушение исключительных прав на несколько объектов интеллектуальной собственности». См., напр., Постановление Девятнадцатого ААС от 22 ноября 2018 г. № 19АП-5247/2019 по делу № А14-24655/2018, Восьмого ААС от 22 июня 2020 г. № 08АП-6672/2018 по делу № А70-1326/2018.

⁶⁴ Постановлении Двадцатого ААС от 26 июня 2017 г. № 20АП-1954/2017 по делу № А68-8458/2016.

⁶⁵ Эта позиция вошла и в п. 59 Постановления № 10, и в п. 35 Обзора судебной практики по делам, связанным с разрешением споров о защите интеллектуальных прав (утв. Президиумом ВС РФ 23 сентября 2015 г.); она представлена и в упомянутых выше Определении ВС РФ от 25 апреля 2017 и Обзоре судебной практики ВС РФ № 3 (2017). Из недавних актов см. Определение СКЭС от 17 мая 2019 № 305-ЭС19-36 по делу № А41-39965/2018, Определение СКЭС от 18 января 2018 г. № 305-ЭС17-16920 по делу № А40-222928/2016. После Постановления № 40-П: Решение АС Курганской обл. от 28 декабря 2020 г. № А34-9159/2020 по делу № А34-9159/2020.

⁶⁶ Отсутствующая (или недостаточная) обязанность – такой же объект злоупотребления, как и прочие правовые блага [8].

наличие такого легального вменения означает, что ни при каких уровнях возрастания интереса в отпадении обязанности до достижения установленного для этого блага минимального ценза и ни при каких уровнях сохранения интереса в освобождении от обязанности после прохождения допустимого порога снижения этот интерес в правовом благе не будет учитываться и не будет считаться злоупотреблением правом какое бы то ни было, независимо от объема притязания, соответствующее этим уровням требование противоположной стороны. Возможность же все это наблюдать, благодаря примененному нашему законодателем уникальному для частного права регулированию, была доступна и в разбираемом случае – но положение изменилось после принятия Постановления № 28-П. Это и есть третий его эффект. Он принципиально отличен от необходимости прочтения правила о штрафном компоненте компенсационной санкции абз. 3 п. 3 ст. 1252 в соответствии с принципом соразмерности любой ответственности, что составляет возможный сценарий (при условии наделения правовых позиций Суда, изложенных в мотивировочной части, свойством самостоятельной общеобязательности) описанного выше второго эффекта. Ибо даже если считать, что модальностью общеобязательности обладает правовая позиция в единстве мотивировочной и резолютивной частей, а потому не соглашаться с тем, что ко всем требованиям о компенсациях в минимально допустимом законом объеме должен применяться принцип соразмерности, то и тогда следует увидеть, что КС «проломил брешь» в режиме тотальной недопустимости прохождения нижнего порога компенсаций или, в категориях нашей теории, лишил режима безоговорочности максимальный ценз снижения интереса в сохранении отсутствия обязанности. Сам по себе факт, что абсолютность этого нижнего порога, неважно для каких исключений и для какого их числа, признана его свойством, не совместимым с Конституцией, и перестала быть качеством его правового режима, означает, что юридически модальными стали случаи, когда сохранение интереса нарушителя исключительного права в освобождении от обязанности

после снижения этого интереса ниже вмененного законом максимума снижения может учитываться при оценке правоотношения на предмет равновесия интересов, а значит, и создавать условия для проведения теста на злоупотребление правом со стороны правообладателя. Тем не менее, практика признания требований, заявленных на минимально допустимом законом уровне, злоупотреблением правом нам неизвестна, при том что достаточно распространены случаи признания злоупотреблением предъявления таких требований как таковых – особенно в случаях, когда правообладатель умышленно содействовал образованию множественности нарушений своего права⁶⁷ или заключал лицензионные договоры с целью приобретения соответствующих требований (см. абз. 3 п. 4.3 Постановления № 40-П).

§ 6. Постановление № 40-П: эволюция модальности правовых позиций

Высказанные выше оценки, в том числе подробное изложение правовых эффектов, Постановления № 28-П, включая и те, которые были даны самим Судом в Постановлении № 40-П, ясно свидетельствуют о том, какую ценность вынужден был придать Суд второму «итоговому решению» по проблеме соразмерности нарушению санкции, которая сохраняет штрафной компонент в *lex lata*, – и в этом, по мнению самого КС, не выпадает из конституционного поля. Предметом нормоконтроля Суда на сей раз стало такое понимание положений подп. 2 п. 4 ст. 1515, при котором те лишают суд возможности снижать размер предусмотренной этой нормой «расчетной» компенсации (а именно в двукратном размере стоимости права использования товарного знака) за нарушение, совершенное индивидуальным предпринимателем. Однако не вызывало сомнений, что истинное назначение Постановления не могло заключаться только в проверке соответствия Конституции указанных законоположений. Один факт обращения заявителя с таким запросом в Суд уже сам по себе означал, что проблема возникает именно ввиду неопределенности с

⁶⁷ См., напр., Постановление Двадцатого ААС от 20 августа 2014 г. по делу № А68-1500/2014, Решение АС Приморского края от 19 мая 2016 г. по делу № А51-34352/2014.

применением к размеру компенсаций больших посылок Постановления № 28-П, – по мнению заявителя, случай нарушения права на один объект интеллектуальной собственности, постольку поскольку он выходил за предметы нормоконтроля Постановления № 28-П, мог не охватываться юридической силой Постановления (см. об этом абз. 2 п. 4.1. Постановления № 40-П), прежде всего – интерпретацией Судом конституционного принципа соразмерности (пропорциональности) любой санкции последствиям нарушения как подлежащего применению при назначении компенсации за нарушение исключительного права. Из уже упоминавшихся суждений в абз. 1 и 2 п. 4.1., абз. 1 п. 4.2. Постановления № 40-П следует, что и сам Суд отчетливо сознавал, что значение Постановления будет существенно превосходить выводы о конституционности проверяемых законоположений. Перед Судом стояла задача не только исключить сомнения в том, что большие посылки предыдущего акта конституционного правосудия, представляющие собой интерпретацию принципа пропорциональности любой санкции, даже заключающей в себе штрафной компонент, обладают свойством общеприменимости. По существу, ему предстояло дать понять, что эти позиции обладают общеобязательностью, поскольку в обратном случае правовой смысл решения можно снова было бы свести к оценке меры конституционности законоположений, составлявших предмет нормоконтроля, применительно к перечню (пусть бы и с оговоркой «в частности») обстоятельств (пусть бы и самых распространенных в обороте) «гипотезы» правоположений резолютивной части, каковая гипотеза в силу самой своей опредмеченности существенно сужала бы применимость важнейшего принципа, выраженного в правовой позиции мотивировочной части. Отличие между «общеприменимостью» и «общеобязательностью» в употребляемых здесь значениях состоит в модальности силы правовых позиций: общеприменимость подразумевает то, что позиция должна быть принята во внимание при рассмотрении всех дел, на которые она распространяется, с последствиями любой степени для

мотивации суждения реципиента, в том числе и вполне вероятно – в силу предполагаемой авторитетности позиций КС – с эффектом решающего довода; общеобязательность же означает юридическую связанность позицией как нормой права.

По-видимому, Постановление № 40-П полностью не устранило вероятность интерпретации правовой силы позиций Суда с оглядкой на его выводы в резолютивной части, поскольку в нее снова вошли указания на обстоятельства, при наличии которых отказ в снижении компенсации является противоречащим Конституции пониманием проверяемой на соответствие ей нормы, при том что предмет нормоконтроля уже сам по себе образовывал сужение фронта решения той задачи, о которой сказано выше – и не только определенностью проверяемого законоположения, но и тем его пониманием, оценить которое на соответствие Конституции просил Суд заявитель. И все же столь нужный шаг в Постановлении был сделан. Суд прямо указал на то, что его правовые позиции (в данном случае – в мотивировочной части Постановления № 28-П) «имеют общий (универсальный) характер», но кроме того раскрыл это выделенное им свойство правовой позиции таким образом, который, на наш взгляд, позволяет усмотреть указание на их самостоятельную, безотносительно выражения в резолютивной части, общеобязательность: они «должны учитываться не только при применении тех же самых норм Гражданского кодекса Российской Федерации, которые стали непосредственным предметом проверки Конституционного Суда Российской Федерации, и лишь в контексте идентичных обстоятельств дела, но и в аналогичных ситуациях» (абз. 2 п. 4.2)⁶⁸. Представляется, что «учитываться» здесь означает едва ли то же, что «приниматься во внимание» – в последнем случае, вероятно, необходимости в раскрытии «универсальности» бы не было; вряд ли КС исходил бы из того, что такая модальность не является режимом его любых позиций по умолчанию. Причину, по которой Суд не указал прямо на «обязательность» позиций мотивировочной части,

⁶⁸ На то, что это положение – важнейшее в Постановлении № 40-П, указывает также А.П. Сергеев [36,18].

то есть на то, что они являются составляющей правового режима, можно усмотреть в том, что ни нормативность решений, ни общеобязательность обсуждаемых правовых позиций не является общепризнанным постулатом конституционного права.

Не исключено, что те, кто хотел бы, чтобы позиции мотивировочной части решений КС приобрели наконец статус безоговорочной обязательности, получили серьезный повод для оптимизма. Более уверенно можно говорить о том, что он есть и у сторонников восстановительной теории. Постановление № 40-П, именно благодаря уточнению юридической силы правовых позиций, будет оказывать благотворное воздействие на практику – что, в нашем понимании, означает всемерный учет восстановительной природы обсуждаемой санкции. И это так даже несмотря на то, что КС в очередной раз и даже более настойчиво, чем прежде, подчеркнул, что различает в ней штрафной компонент (п. 3, абз. 1 п. 4.3, п. 5) – правда, таковой (*obiter dictum* в абз. 2 п. 3) должен пребывать в «умеренных пределах»; более того, словно отвечая тем, кто мог бы заподозрить его в компромиссе с законодателем, КС проявил последовательность и указал, что снижение расчетной компенсации по подп. 2 п. 4 ст. 1515, ввиду превентивной составляющей санкции, не может привести к взысканию ее в размере менее стоимости права использования товарного знака (абз. 4 п. 5). Но при этом в Постановлении вошли констатация восстановительной природы и отрицание возможности взыскания компенсации в отсутствие убытков (п. 3)⁶⁹, а также прямое отнесение «тяжелого материального положения» ответчика к

значимым для дела обстоятельствам, которые суд «не может быть лишен возможности учесть», что важно теперь уже не только потому, что этих суждений в Постановлении № 28-П не было⁷⁰, но и ввиду указания Постановления № 40-П на общеобязательность позиций мотивировочной части. Наконец, Постановление по существу повторило вынужденный эвфемизм для обозначения учета вины предпринимателя («нельзя не учитывать предпринятые таким лицом необходимые меры и проявление им разумной осмотрительности» – абз. 1 п. 5).

§ 7. Восприятие правовых позиций Постановления № 40-П судебной практикой

Судебные акты, появившиеся после Постановления № 40-П подтверждают высказанные предположения. Суды, удовлетворяя заявления о снижении компенсации, действительно выходят за позиции резолютивной части, определенных как «гипотезой» ее правоположений (т. е. пределами нормоконтроля), так и «диспозицией» (т. е. обстоятельствами, отказ учитывать которые признан неконституционным). Так, со ссылкой на позиции КС в мотивировочной части Постановления оно уже было признано применимым к взысканию расчетных компенсаций по подп. 3 ст. 1301 за нарушение прав на один объект⁷¹, а недавно – и компенсаций в твердой сумме за нарушение авторских прав⁷². В другом деле суд, присуждая размер компенсации в твердой сумме за нарушение прав на пять товарных знаков, заявленной в размере 50 000 руб., ниже экстраординарного минимума (20 000 руб.), принял во внимание разовую реализацию товара в розничной торговле, незна-

⁶⁹ Совместимость этого суждения с разъяснением, которое включено в абз. 2 п. 59 Постановления № 10 («правообладатель не обязан доказывать факт несения убытков»), обсуждается ниже.

⁷⁰ Постановление № 28-П упоминало лишь о том, что из положений п. 3 ст. 1252 и общих начал гражданского законодательства следует, что суд «не лишен возможности принять во внимание материальное положение ответчика – индивидуального предпринимателя» (абз. 3 п. 3.2).

⁷¹ Постановление Восьмого ААС от 28 декабря 2020 г. № 08АП-13055/2020 по делу № А70-12997/2020. На универсальность правовых позиций Постановления № 40-П (которую, как указывалось, Суд констатировал в виде самостоятельной правовой позиции в абз. 2 п. 4.2 мотивировочной части) ссылается и Шестнадцатый ААС (Постановление от 17 декабря 2020 г. № 16АП-4201/20 по делу № А61-2263/2020), также приходя к выводу о применимости Постановления к компенсациям в соответствии подп. 3 ст. 1301.

⁷² Постановление Девятого ААС от 5 февраля 2021 г. по делу № А40-239679/19, снижение с 800 000 до 250 000, ответчик – юридическое лицо. Даже если считать, что здесь имело место обычное снижение размера взыскания, суд сослался на тезис об универсальности принципа размерности в абз. 2 п. 4.2 Постановления № 40-П.

чительную стоимость, «отсутствие тиражности и [...] продолжения совершения нарушений после привлечения к ответственности»⁷³. Еще в одном решении были не просто уменьшены против того же предела размеры компенсации (до 10 000 руб. суммарно за нарушение прав в отношении шести объектов), но и нашли прямое применение позиции мотивировочных частей Постановления № 28-П (п. 4.2.) и 40-П, в том числе процитировано указание на универсальность этих позиций, чем и был обоснован выход за позиции резолютивной части Постановления⁷⁴. Уяснение сущности правовой позиции Суда в мотивировочной части Постановления № 40-П позволяет судам заключить, что отсутствие доказанной многократности превышения размера компенсации над убытками, составлявшей один из предикатов применимости положений резолютивной части, само по себе не может препятствовать снижению компенсации в размере, который, по мнению суда, не отвечает природе санкции⁷⁵. Решения о снижении компенсации при нарушении прав на один товарный знак принимаются и в том случае, когда

нарушение допущено юридическим лицом: при этом отмечается, что «компенсация не может иметь “карательный”, “отягощающий”, “предупредительный” или “политический” характер [...] целью компенсации является возмещение заявителю действительных неблагоприятных последствий нарушения, а не наказание ответчика»⁷⁶. Суды стали еще более расположены, чем после Постановления № 28-П, учитывать обстоятельства финансового положения ответчика, особенно снижение его доходов в связи с пандемией, причем, как можно было ожидать, и в случае заявления требований, вытекающих из нарушений прав на один объект⁷⁷. И, конечно, признают, что отсутствие основного критерия в соответствии с Постановлением № 28-П (одновременное нарушение прав несколько объектов) не является безусловным основанием для отказа в снижении компенсации⁷⁸. Однако имеются, в подтверждение высказанного выше опасения, и примеры другого рода – некоторые суды не обращают внимания на общеобязательность правовых позиций мотивировочных частей Постановления и остаются в нормоконтрольных

⁷³ Решение АС Ульяновской обл. от 15 января 2021 г. А72-11820/2020 по делу № А72-11615/2020.

⁷⁴ Решение АС г. Санкт-Петербурга и Ленинградской области 15 января 2021 г. по делу № А56-96655/2020. При этом суд принял во внимание не только негрубый характер нарушения, но и уклонение истца от досудебного урегулирования, а также то, что «ответчик ведет свою деятельность в небольшом поселении, в малых объемах [...] ответчик является микропредприятием с незначительным оборотом и небольшой прибылью». АС Республики Татарстан, взыскивая с предпринимателя 4878 руб. 04 коп. компенсации за незаконное использование (продажа плоскогубцев стоимостью 155 руб.) одного товарного знака при заявленных правообладателем 200 000 руб. в размере двукратной стоимости использования права, также опирался на позиции в мотивировочных частях Постановлений № 28-П (абз. 6 п. 4) и № 40-П (Решение Ф06-64627/2020 от 18 декабря 2020 г. по делам № 11АП-6400/2020 и № А65-1423/2020). Тем же судом было вынесено решение о том же размере присуждения компенсации, с тем же обоснованием и по иску того же правообладателя к юридическому лицу (Решение АС Республики Татарстан № Ф06-65100/2020 от 18 декабря 2020 г. по делам 11АП-7225/2020 и № А65-1918/2020).

⁷⁵ А именно, когда «размер компенсации является чрезмерным, противоречит принципам разумности и справедливости, носит «карательный» характер, не отвечает требованиям дифференциации ответственности в зависимости от всех имеющих существенное значение обстоятельств» (Постановление Пятнадцатого ААС от 1 декабря 2020 г. № 15АП-22615/2019 по делу № А53-12771/2019). Ответчиком был проживающий в сельской местности, ограниченный в средствах, имеющий сложные семейные обстоятельства пенсионер. Снизив размер компенсации вдвое, суд, однако, вынужден был определить его равным однократной стоимости нарушенного права (100 000 руб., что более чем в 2,5 превысило средний годовой размер дохода ответчика от предпринимательской деятельности), т. к. был связан другим упоминавшимся указанием мотивировочной части Постановления.

⁷⁶ Постановление Одиннадцатого ААС от 07 декабря 2020 № 11АП-10962/2020 по делу № А65-14317/2020. См. также Решение АС г. Москвы от 22 декабря 2020 г. № 09АП-20692/202 по делу № А40-288032/19-134-2104 (следуя указаниям Постановления № 40-П, суд снизил вдвое компенсацию, заявленную в размере двукратной стоимости права, но ответчиком было юридическое лицо), Постановление Девятого ААС от 5 февраля 2021 г. по делу № А40-239679/19.

⁷⁷ Постановление Седьмого ААС от 07 декабря 2020 № 07АП-9498/2020 по делу № А27-16430/2020, Решение АС Орловской обл. по делу № А48-8808/2020 (наличие на иждивении ответчика ребенка-студента; непогашенного кредита, факт утраты надворной постройки [...] при пожаре [...], отсутствие доходов в связи с пандемией). См. также Решение АС Республики Татарстан от 24 февраля 2021 г. по делу № А65-30014/2020.

⁷⁸ Постановление СИП от 5 февраля 2021 г. № С01-1719/2020 по делу № А66-4473/2020; Определение СКЭС от 26 января 2021 № 310-ЭС20-9768 по делу по делу № А48-7579/2019.

рамках того и другого постановления⁷⁹. СИП указывает на то, что снижение компенсации ниже штрафного минимума обусловлено КС «одновременным наличием ряда критериев», однако обращает внимание и на позицию, изложенную в мотивировочной части (абз. 4 п 5), «согласно которой суды не могут быть лишены возможности учесть все значимые для дела обстоятельства»⁸⁰. Кроме того, в ряде недавних постановлений СИП явно исходил из того, что идеи универсальной соразмерности в Постановлении № 40-П не направлены на лишение компенсаций штрафной («в умеренных пределах») составляющей, с чем, ввиду представленных в самом Постановлении подтверждений, придется согласиться. Поэтому компенсация в размере двукратной стоимости права, если она составляет символическую сумму, неспособную не только восстановить имущественное положение истца, но и служить «публично-правовой цели – стимулированию участников гражданского оборота к добросовестному [...] поведению, исключающему получение необоснованных преимуществ в предпринимательской деятельности [...] не отвечает смыслу правового регулирования интеллектуальной собственности»⁸¹. Следует также помнить о том, что признание Судом положения закона неконституционным может являться новым существенным обстоятельством, образующим основание для пересмотра судебного акта, в котором такой закон был применен в отношении лиц, не являвшихся участником кон-

ституционного судопроизводства, лишь в исключительных случаях⁸²; в общем же случае это возможно тогда, когда в постановлении КС не указан момент, с которого признанный неконституционным нормативный акт утрачивает силу⁸³, а в абз. 4 п. 5 Постановлении № 40-П он указан: ключевое слово – «впредь».

§ 8. Правовая природа компенсаций в разъяснениях Постановления № 10

Как уже пояснялось в разделе «Введение», разъяснения, данные ВС в Постановлении № 10, которые проливали бы свет на восприятие высшей судебной инстанцией природы компенсаций за нарушение исключительного права, в работе обсуждаются после раскрытия подходов к нашей проблеме в Постановлении № 40-П – если бы постановления КС, в период между принятием которых появилось Постановление № 10, не рассматривались одно вслед за другим, было бы сложнее увидеть развитие содержащихся в них правовых позиций.

Предварим исследование методологическим замечанием. Исследовать на предмет выявления возможного ответа на какой-либо доктринальный вопрос позиции правоприменителя, в том числе и включенные в акт, изданный в целях придать им единообразие, имеет смысл только держа в уме вытекающие из конституционно-правовых полномочий судебной власти ограничения в постулировании этих позиций. Даже несмотря на прискорбное (по

⁷⁹ Решение АС Республики Саха (Якутия) № А58-6127/2020 от 15 января 2021 г. по делу № А58-6127/2020. Однако нужно отметить, что суд допустил снижение компенсации в отношении юридического лица. См. также Постановление Девятнадцатого ААС от 18 января 2021 г. № 19АП-6388/16 по делу № А35-8150/2016 («обстоятельств, соответствующих обозначенным в указанных постановлениях № 28-П и № 40-П критериям, позволяющих снизить размер компенсации, не установлено»), Постановление Одиннадцатого ААС от 13 января 2021 г. № 11АП-16047/2020 по делу № А55-19502/2020, Постановление Первого ААС от 10 декабря 2020 г. 01АП-7422/2020 А43-54445/2019 (но в этом деле соразмерность назначенной компенсации, в том числе правильность вывода суда об отсутствии у предпринимателя поводов к ее снижению, не вызывает сомнений).

⁸⁰ Постановление СИП от 18 февраля 2021 г. № 10АП-7627/2020 по делу № А41-78282/2019. В Решении АС от 4 февраля 2021 г. № по делу А47-12929/2020 подчеркивается: «для снижения размера компенсации на основании критериев, указанных в постановлении от 13.12.2016 № 28-П, надлежит доказать наличие не одного из этих критериев, а их совокупность, поскольку каждый из них не является самостоятельным основанием для снижения размера компенсации ниже нижнего предела». Далее обсуждается Постановление № 40-П, но без рефлексии в отношении процитированного суждения.

⁸¹ И это несмотря на устоявшееся в практике, прежде всего усилиями самого СИП, восприятие компенсации в двукратном размере стоимости права или товара (носителя) как «одновременно и минимального и максимального размера, предусмотренного законом» (см. об этом выше в работе). Постановление СИП от 4 февраля 2021 г. № С01-1720/2020 по делу № А65-37557/2019; от 5 февраля 2021 г. № С01-1737/2020 по делу № А55-30570/2019; от 18 февраля 2021 г. С01-1785/2020 № А03-20618/2019.

⁸² См. Определение КС РФ от 08 июля 2014 № 1562-О; Постановление от 21.01.2010 № 1-П. Основаниями для такого пересмотра являются положения ч. 3 ст. 79 ФЗК и подп. 3 ч. 3 ст. 311 АПК. Применительно к Постановлению № 40-П см. Постановление Второго ААС № 02АП-4031/2020 от 30 декабря 2020 по делу № А29-618/2020, еще более подробно – Постановление Девятнадцатого ААС от 23 декабря 2020 г. по делу № А08-15108/2017, Пятнадцатого ААС от 3 февраля 2021 года № 15АП-22310/2020 по делу № А32-6176/2018 № 15АП-22310/2020. См. об этом пункты 2 и 9 Постановления Пленума ВАС РФ от 30 июня 2011 г. № 52.

⁸³ Определение КС РФ от 05 февраля 2004 г. № 78-О, Определение КС РФ от 14.01.1999 № 4-О [26,424]. Отметим, что ч. 3 ст. 79 ФЗК действует в новой редакции с 9 ноября 2020 г.

мнению автора) признание КС «фактической обязательности» правовых позиций высших судов⁸⁴, ВС *дает разъяснения по применению законодательства*⁸⁵; можно ли эти разъяснения считать, как требует кому-то еще памятная идея разделения властей, не обладающими свойством нормативности, и какими бы ни были представления ВС о толковании закона, и считает ли сам ВС, что его деятельность, как того требует Конституция, не идет далее распознавания содержания догмы, – он вынужден действовать так, чтобы избежать упреков в правотворчестве. Мало того – разъяснения пленумов не являются дискурсом метауровня по отношению к интерпретируемому легальному тексту, чем являются даже малые послышки в актах конституционного правосудия (суждения по содержанию правоположений, образующих предмет нормоконтроля), не говоря уж о послышках больших (интерпретаций Конституции применительно затронутому институту частного права). И поэтому, в отличие от тезисов КС по отраслевой тематике, пленумная юриспруденция ВС ограничивается абстракцией системного уровня, воздерживаясь, от суждений о правовой природе того, о чем идет речь. Из этого следует, что правовые позиции систематизирующих практику актов даже тогда, когда они формулируются в смысловом поле, разбитом на доктринальные сегменты, тем самым, казалось бы, почти утрачивая способность не оказаться на той или другой стороне разграничения, будут конвертироваться в модальность высказывания, распределяющего свой предмет по разделам внутрисистемной, а не доктринальной таксономии. Но сконструировать в описанном случае суждение так, чтобы оно не обрело даже косвенные значения в доктринально-активных

сегментах смыслового поля, не получится. Поэтому обратить внимание на некоторые разъяснения Постановления № 10 для целей нашей работы будет не бесполезным.

В абзаце 2 п. 59 воспроизведенная норма ГК «компенсация подлежит взысканию при доказанности факта нарушения» дополняется следующим разъяснением: «При этом правообладатель не обязан доказывать факт несения убытков и их размер»⁸⁶. Если понимать отрицание Постановлением № 10 правообразующего для требования о взыскании компенсаций значения факта причинения убытков как указание на отсутствие связи между компенсациями и убытками, это разъяснение может показаться противоречащим позиции (упомянутой ранее, но более поздней по времени появления) в абз. 1 п. 3 Постановления № 40-П: «Компенсация может взыскиваться и сверх убытков, но лишь при наличии таковых». В разъяснении, однако, не отрицается корреляция между компенсацией и убытками, а если бы это отрицание имелось, то оно бы противоречило другим разъяснениям в Постановлении № 10, **о которых будет сказано ниже**, речь идет только о том, что факт и размер убытков как таковые не входят в условия применения компенсации как меры ответственности – и это действительно так: заявитель не требует их возмещения, он требует компенсацию, соразмерной вреду. Следовательно, на него нельзя возлагать бремя доказывания обстоятельств, на которые он не ссылается. Другое дело, что, как уже отмечалось, если истец не сумеет обосновать такую соразмерность, то в этом требовании ему должно быть отказано, причем даже и тогда,

⁸⁴ Постановление КС от 21 января 2010 г. № 1-П, в котором Суд не увидел неконституционность ч. 1 ст. 311 АПК в истолковании Постановления 14 февраля 2008 г. № 14, ограничившись третьестепенным требованием сопровождать «правовые позиции» оговоркой о ретроактивности, а сами «правовые позиции» квалифицировал как «фактически обязательные» для нижестоящих судов (и тем самым вопреки правилу ст. 3 ФКЗ вынес суждение по вопросу факта) является, на мой взгляд, едва ли не самым мрачным эпизодом в истории Суда

⁸⁵ В соответствии со ст. 126 Конституции ВС «дает разъяснения по вопросам судебной практики». В пункте 4 ст. 19 ФКЗ «О судебной системе» уточняется, что они даются в целях обеспечения единообразного применения законодательства. Точно так же определяется компетенция Пленумов ВС в подп. 1 п. 3 ст. 5 ФКЗ «О Верховном Суде». Модальностью обязательности (что приводило бы к тождеству с правотворчеством и означало бы явление, которое автор в своих работах именуется «узурпацией догмы») эти разъяснения, как и вся юриспруденция ВС, равно системная и при осуществлении правосудия, не обладает ввиду несовместимости такого положения с принципом разделения властей. Антиконституционная норма п. 2 ст. 13 в ФКЗ «Об арбитражных судах», имевшая обратный смысл, утратила силу (ФКЗ-8 от 04.06.2014). См. подробнее в «После ВАС: доктрина свободы договора в современном российском правоприменении». // Закон, № 9, 2016 г. С. 91–99.

⁸⁶ В п. 43.2. Постановления № 5/29 отсутствие связи взыскиваемой компенсации с фактом убытков эксплицитно не выделялось – указывалось лишь на то, что нет необходимости доказывать их размер.

когда он сумел бы обосновать факт убытков. Отсюда и позиция КС: действительно, если убытков нет, то нет того, чему компенсация должна быть соразмерна – отсутствует то, что требовалось бы восстанавливать.

ВС подтвердил верность принципу соразмерности компенсации предполагаемому размеру вреда, причем бремя обоснования соразмерности нарушению лежит на истце (абз. 1 п. 61)⁸⁷. Нынешнее Постановление (п. 60), как и 5/29 в п. 43.1., требует указания в исковом заявлении объема заявленной компенсации (п. 60) в виде цены иска. И затем, как указывается уже в абз. 4 п. 62 Постановления № 10, в ходе разбирательства спора истцу придется обосновывать размер присуждения (но не размер убытков!), а не только его соразмерность – причем далее в этом разъяснении приводится «примерный», но на редкость подробный перечень обстоятельств, которые может принять в качестве обоснования размера компенсации суд⁸⁸. Очевидно, что верификация обоснованности размера компенсации, не говоря уже о «соразмерности» нарушению, не может осуществляться без учета объема причиненного вреда. Из обстоятельств, перечисленных в абз. 4 п. 62, некоторые косвенно, а некоторые прямо относятся к величине убытков. И это при том, что ни факт, ни размер убытков доказывать не надо.

Отступления от принципа соразмерности нет и в указании абз. 1 п. 61 на освобождение от обоснования соразмерности при взыскании компенсации в минимальном размере. И дело здесь не только в том, что это разъяснение появилось еще до появления Постановления № 40-П, тезис которого об универсальности принципа соразмерности любой санкции правонарушению, содержащийся в абз. 3 п. 4 Постановления № 28-П, в том случае, если бы за

правовыми позициями мотивировочной части на момент появления данного разъяснения было бы окончательно признано свойство нормативности, был бы уже частью правового режима, но и в том, что разъяснение не касается условий применения санкции – в нем речь только о снятии с истца бремени доказывания. Поскольку действующий закон, как говорилось, устанавливает вмененный максимум снижения интереса ответчика в освобождении от санкции в виде минимально допустимой суммы ее применения, постольку и требования истца, заявленные на уровне этой суммы, не должны подтверждаться каким-либо доказыванием интереса в ее взыскании. Хотя после Постановления № 28-П при сомнениях в достаточности этого интереса суд может поставить вопрос о злоупотреблении правом, в условиях неотмененного минимума взыскания этот интерес предполагается – суд может самостоятельно выявлять соответствие компенсации, заявленному на минимальном уровне, критерию соразмерности, но не возлагать обязанность по представлению таких доказательств на истца.

Обратить внимание следует также на одно из разъяснений в п. 59: формулу «правообладатель вправе вместо возмещения убытков требовать от нарушителя выплаты компенсации за нарушение указанного права» из п. 3 ст. 1252 ВС представил в следующем виде: «при нарушении исключительного права имеет право выбора способа защиты: вместо возмещения убытков он может требовать от нарушителя выплаты компенсации за нарушение указанного права». После этого добавил: «Одновременное взыскание убытков и компенсации не допускается». Смысловое ударение, таким образом, в разъясняемой норме нужно ставить на слово «вместо». Акцент явно на заместительной, по отношению к взысканию убытков, сущности компенсаций. О том же свиде-

⁸⁷ В Постановлении № 5/29 прямо не говорилось о том, что от истца требуется доказать соразмерность компенсации последствиям нарушения, однако при этом сам по себе принцип соразмерности, как материально-правовой параметр присуждаемой компенсации, Постановлением 5/29 (абз. 2 п. 43.3) был подтвержден. Указание на то, что истец обязан доказать соразмерность заявленной им суммы компенсации допущенному нарушению в Постановлении № 10, является, вероятно, не более чем констатацией обычной процессуальной обязанности.

⁸⁸ При этом перечень таких обстоятельств, во-первых, расширился, по сравнению с тем, что приведен в абз. 2 п. 43.3. Постановления № 5/29, – в него включены «обстоятельства, связанные с объектом нарушенных прав (например, его известность публике)», а также то, «являлось ли использование результатов интеллектуальной деятельности или средств индивидуализации, права на которые принадлежат другим лицам, существенной частью хозяйственной деятельности нарушителя», во-вторых, из него исключена вызывавшая критику в доктрине [21, 139] необходимость учитывать наличие ранее совершенных лицом нарушений исключительного права только данного правообладателя, в-третьих, в новом Постановлении раскрыто значение ряда обстоятельств.

тельствует и то, что договорную неустойку Постановление № 10 считает по умолчанию зачетной по своей природе по отношению к компенсации (п. 41).

По причинам, раскрытым в начале раздела, положительного ответа на вопрос о том, является ли компенсация способом восстановления экономического положения, Постановление № 10 не могло дать – и не дало. Более того, по тем же причинам в нем неминуемо должны были найти место и такие разъяснения, которые отражали бесспорное наличие в действующем праве штрафного компонента компенсационной ответственности – ее неснижаемого уровня. В уже упоминавшемся перечне обстоятельств, которые судам следует принимать во внимание для определения обоснованности размера компенсации (абз. 4 п. 62), имеется и «наличие и степень вины нарушителя (в том числе носило ли нарушение грубый характер, допускалось ли оно неоднократно)». Вина, не как условие ответственности, но как коррелят ее размера, является не просто штрафом – это штраф из публичного права. Эта проблема подробно обсуждалась в § 3; напомним, вывод заключался в том, что публично-правовая перверсия условий гражданско-правовой ответственности неизбежна постольку, поскольку правовой режим объема присуждаемого взыскания допускает отсутствие его зависимости от задач восстановления⁸⁹. Отметим, что в абз. 2 п. 3 ст. 1252, где содержатся общие подходы к определению размера компенсации, говорится только о «характере нарушения и иных обстоятельств дела с учетом требований разумности и справедливости». Более того, к ответственности предпринимателей, в силу ФЗ-35, вина не применяется и в виде ее условия. На эти несоответствия обратил внимание и КС (абз. 1 п. 4.3. Постановления № 40-П); Суд вынужден был признать, что в сложившейся правовой реальности вину (да и ее сте-

пени) нельзя не учитывать, хотя сделал это не номинально, а посредством эвфемистических формул (§ 5 и § 6).

И, конечно, важно оценить, как Постановление № 10 интерпретировало новеллы в правовом режиме компенсации, введенные ФЗ-35, которые мы описали в § 4 и назвали «льготами», ибо они представляют собой не слишком увязанные с частно-правовыми задачами поиска равновесия интересов меры по смягчению прямо или косвенно представленного в правовом режиме компенсации штрафного компонента.

Очевидно, что в п. 56 нашла истолкование концепция единого целеполагания первая льгота – ВС исключил квалификацию в качестве самостоятельных нарушений связанных единой экономической целью действий, выразившихся в использовании объектов интеллектуальной собственности различными способами и (или) в отношении разных материальных носителей⁹⁰. Вряд ли можно считать противоречащим этому разъяснению указание в абз 3 п. 89, касающееся объектов авторского права: «Незаконное использование произведения каждым из упомянутых в пункте 2 статьи 1270 ГК РФ способов представляет собой самостоятельное нарушение исключительного права». По общему правилу каждое посягательство (неправомерное использование) действительно образует отдельное нарушение (это указано в первом предложении разъяснения в п. 56); перекалфикация же таких посягательств в единое нарушение, допустимая при наличии в них единого целеполагания, представляет собой специальное правило, возникающее из исторического толкования, а именно при сопоставлении действующей и прежней редакции абз. 3 п. 3 ст. 1252. Если ранее нарушением, дающим право на компенсацию, признавался «каждый случай неправомерного использования», то ныне законодатель говорит о нем как о

⁸⁹ Ранее практика, руководствуясь гражданско-правовыми ориентирами ответственности, могла отрицать значение степени вины нарушителя. См. Постановление ФАС Московского округа от 13 ноября 2002 № КГ-А41/7.

⁹⁰ «Использование результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации несколькими способами представляет собой, по общему правилу, соответствующее число случаев нарушений исключительного права. Вместе с тем использование результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации одним лицом различными способами, направленными на достижение одной экономической цели, образует одно нарушение исключительного права. Например, хранение или перевозка контрафактного товара при условии, что они завершены фактическим введением этого товара в гражданский оборот тем же лицом, являются элементом введения товара в гражданский оборот и отдельных нарушений в этом случае не образуют; продажа товара с последующей его доставкой покупателю образует одно нарушение исключительного права».

«действию, нарушающем право», что создает дополнительный семантический объем, позволяющий считать нарушением такое действие, которое необязательно выражается в каждом случае неправомерного использования, и в итоге осуществить юридическую фикцию квалификации как единого действия нескольких случаев неправомерного использования.

Применение второй льготы («ниже минимального размера»), введенной ФЗ-35, разъясняется в п. 64. После изложения наглядных ситуаций множественности посягательств на разные объекты интеллектуальной собственности, эта льгота распространена (абз. 4) на неправомерное использование *одного* объекта несколькими действиями, если таковые составляют «единый процесс использования объекта». Иными словами, ВС посчитал, что для применения второй льготы подойдут и основания, предназначенные для применения первой. Такое разъяснение является еще одним случаем того, что автор статьи называет узурпацией догмы – т. е. эксцессом неконституционного правотворчества, причем прямо противоречащим легальному тексту и существу второго льготного режима. Правило, предусмотренное вторым предложением абз. 3 п. 3 ст. 1252, исключает снижение компенсаций ниже минимального предела при нарушении прав на один объект: эта льгота была зарезервирована на случай множественности объектов интеллектуальной собственности, права на которые нарушены, просто ввиду того, что такие действия уже никак нельзя было объявить единым нарушением, и поэтому применению первой льготы они не подлежали. Но следует считаться с тем, что прибегать к скрытым методам поиска частно-правового равновесия, в данном случае в виде соразмерности санкции допущенному нарушению, ВС вынуждает сохраняющий силу гибридный режим разноотраслевой ответственности. То, что обе льготы, примененные по отдельности, сами по себе такого равновесия могут не обеспечить, было показано на примере, в § 4. Оговорка «сами по себе» подразумевает открывшуюся после Постановления № 40-П возможность добиваться этой цели, опираясь на правовые позиции обоих постановлений КС.

§ 9. Заключительные аргументы в пользу восстановительной теории, предложения по изменению законодательства

Представим в этом разделе наиболее важные выводы из проделанного исследования, но придадим им практическую направленность.

Итак, во-первых, мы полагаем, что компенсация является гражданско-правовой, а значит – восстановительной мерой ответственности, отличной от возмещения убытков тем, что она направлена на восстановление экономического положения истца не в том объеме, который равен установленному судом размеру утраченного вследствие правонарушения блага, а в том, что соразмерен, по мнению суда, любым экономическим последствиям нарушения. Описание целей и границ компенсационного восстановления дано в § 3. Правообладатель, заявляющий требование о компенсации, должен доказать факт нарушения и обосновать объем требования соразмерностью причиненному ему экономическому вреду *любого вида*.

Во-вторых, представления о том, что превышение размера восстановления над объемом причиненного вреда несовместимо с гражданско-правовой ответственностью, неверны, и если для оправдания сохранения вероятности такого превышения используется тезис о необходимости превенции, то от такого довода надлежит отказаться как от избыточного с точки зрения аргументации и неверного по своему происхождению.

В-третьих, при общем переключении режима компенсаций на частно-правовой, вина как условие наступления такой ответственности должна обрести привычные признаки: юридическое значение иметь лишь в виде поведенческого требования должной осмотрительности, не изменять это значение в зависимости от степени, по существу – публично-правовой «степени общественной опасности» или «отношения к содеянному», в известных случаях – вовсе не обуславливать ответственность. Ввиду неспособности гражданского правонарушения измеряться «общественной опасностью» размер компенсации не должен также зависеть от того, совершено ли это нарушение впервые (один из критериев снижения в Постановлениях № 28-П и № 40-П), и от того, имеет ли место реци-

див в отношении истца или других правообладателей (обстоятельство, не оставляемое практикой без внимания, см. § 5 и § 8).

В-четвертых, надлежит полностью отказаться от идеи неснижаемого минимума компенсаций, как общего вида, так и *minimum minimumum*, ибо компенсация в предлагаемом понимании должна быть совершенно свободна от публичного штрафа; **так же, впрочем, нужно поступить и с идеей максимума – и все по той же причине.**

В-пятых, нужно отказаться и от другой доктрины с отчетливо уголовно-правовой идеологией – единого экономического целеполагания различных посягательств как одного из способов построения конструкции нарушения. Такая конструкция оправдана учетом опасности посягательства и (или) состоянием умысла нарушителя, однако эти соображения совершенно иррелевантны частно-правовому компенсированию, если перед ним поставлена задача монетарного исцеления реальных или вероятных экономических реакций.

Исходя из этого предлагается изложить текст абз. 2 п. 3 ст. 1252 в следующей редакции: «При определении размера компенсации суд принимает во внимание все виды имущественного вреда, причиненного нарушением исключительного права. Компенсация должна быть соразмерна причиненному вреду и направлена на устранение экономических последствий нарушения». Абзац 3 п. 3 ст. 1252 предлагается исключить. Также предлагается исключить из ГК «расчетные компенсации» – в виде двукратной стоимости права и контрафактных экземпляров как эксплуатирующие искусственные методы определения соразмерности путем конвенционального вменения.

Опасениям за то, что категория соразмерности вреда (любых видов) является неопределенной для целей присуждения величины компенсации в судебном акте, предстоит быть пре-

одоленными судебной практикой. В рамках предложенных указаний в законе суды должны получить полную свободу постепенного поиска консенсуса или хотя бы устойчивых границ в части определения таких величин применительно к тем или иным группам обстоятельств нарушения – при неукоснительном следовании восстановительной парадигме⁹¹. До предложенных изменений в законодательстве суды должны прилагать критерий соразмерности компенсаций любого вида последствиям нарушения, исходя из того, что правовым позициям в мотивировочной части Постановлений № 28-П и № 40-П, на которых такой подход будет основан, последним из постановлений придана общеобязательность (подробно об этом в § 5 и § 6). Изменения в правовом режиме, произведенные КС, наделяют также суды возможностью отклонять требования о компенсации или уменьшать их размер, если они представляют собой злоупотребление правом (§ 6).

На то, что бессистемное развитие законодательства может привести к возникновению явлений, не совместимых с принципами гражданско-правовой ответственности, обращал внимание еще в 2001 г. В.А. Дозорцев, видевший развитие права интеллектуальной собственности в дифференциации его категорий, т. е. в постижении и раскрытии их природы. Для него были неприемлемы идеи о вытеснении компенсациями ввиду их мнимой самостоятельности, убытков в системе санкций за нарушения исключительных прав, – они «разрушают принцип гражданско-правовой ответственности» [19,400], который заключается в том, чтобы восстановить благо, а не преподать урок законопослушания. Пришла пора вернуть частно-правовому институту его природу, отказавшись от затратной тактики пластических операций.

⁹¹ Так, уже и сейчас в Постановлении № 10 в абз. 4 п. 62 названо изрядное число критериев, позволяющих судам очень тщательно оценить «обоснованность соразмерности» и «обоснованность размера» компенсаций. В частности, не стоит опасаться того, что восстановительная парадигма приведет к взысканию компенсаций по среднерыночным ставкам вознаграждения – напротив, суды должны будут учитывать доходы, полученные ответчиком от несанкционированного использования, а не только ожидания истца от обычных поступлений по договорам. Опасения же за то, что восстановительная компенсация, напротив, позволит нарушителю остаться безнаказанным в ситуации, когда не доказаны ни убытки истца, ни доходы ответчика, ни пусть бы даже и репутационные риски, при том, что нарушение исключительных прав всегда отбирает у правообладателя часть рыночной емкости, отводятся напоминанием о том, что мы не говорим о возмещении, а о восстановлении, соразмерным, по мнению суда, причиненному вреду любого вида.

Список литературы:

1. *Большова А.К., Симкин Л.С.* О развитии института компенсации за нарушение исключительных прав // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. – М.: ЮРИТ-Вестник, 2004, № 6. С. 110–115.
2. *Брагинский М.И., Витрянский В.В.* Договорное право: Общие положения. – М.: Изд-во «Статут», 1998. – 682 с. Автор главы – В.В. Витрянский.
3. *Васильева Е.Н.* Компенсация за нарушение исключительного права на интеллектуальную собственность. // Труды института государства и права Российской Академии Наук. – 2015. - № 6. С. 101–124.
4. *Вольфсон В.Л.* Недобросовестность как диагноз злоупотребления правом. М., Проспект, 2019. 80 с.
5. *Вольфсон В.Л.* Непринужденная неустойчивость. О судьбах публичного интереса в пересмотре вступивших в законную силу судебных актов. // Вестник СПбГУ за 2014 г. Серия «Право». Выпуск №2. С. 5–23.
6. *Вольфсон В.Л.* Правовая экспертиза нормативного акта на предмет его соответствия положениям законодательства, обладающего высшей по отношению к нему юридической силой. // Юридическая мысль. № 1 (7). 2002. С. 73–89.
7. *Вольфсон В.Л.* Противодействие злоупотреблению правом в российском гражданском законодательстве. М., Проспект, 2017. 144 с.
8. *Вольфсон В.Л.* Требование добросовестности «при исполнении обязанностей» и при заверениях об обстоятельствах: мнимость и необходимость. // Юридическая мысль, № 4 (108). 2018. С. 103–111.
9. *Ворожевич А.С.* Защита прав на средства индивидуализации. В кн.: Право интеллектуальной собственности : учебник для вузов / Л. А. Новоселова [и др.]; Под ред. Л. А. Новоселовой. – 2-е изд., перераб. и доп. – Москва: Издательство Юрайт, 2020. 343 с.
10. *Гаврилов Э.П., Еременко В.И.* Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации (постатейный). – М.: Экзамен, 2009. 973 с.
11. *Гаврилов Э.П.* Компенсация за нарушение исключительного права на товарный знак // Хозяйство и право. 2012. № 7. С. 41–52.
12. *Гаврилов Э.П.* Компенсация за нарушение исключительных прав и некоторые новые аспекты ее применения // Хозяйство и право. 2013. № 7. С. 3–21.
13. *Гаджиев Г.А., Пепеляев С.Г.* Предприниматель – налогоплательщик – государство. Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации. – М.: Издательство «ФБК-Пресс», 1998. 592 с.
14. *Гаджиев Г.А.* Компенсация за нарушение исключительных прав: вопросы квалификации // Закон. 2016. № 12. С. 16–28.
15. Гражданское право : учебник : в 3 т. Т. 3 / Е. Н. Абрамова, Н. Н. Аверченко, Ю. В. Байгушева [и др.]; под ред. А. П. Сергеева. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Проспект, 2019. 752 с.
16. *Гриценко Е.В.* Пределы нормотворчества конституционного права России. // Вестник СПбГУ. 2012. Сер. 14. Вып. 2 С. 28 С. 24–33.
17. *Гуляева Н.С.* Компенсация за нарушение исключительных прав: вопросы квалификации // Закон. 2016. № 12. С. 16–28.
18. *Гурский Р.А.* Компенсация в системе гражданско-правовых способов защиты авторского права // Новая правовая мысль. 2005. № 5. С. 21–24.
19. *Дозорцев В.А.* Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации. Сборник статей / Исследовательский центр частного права. – М.: «Статут», 2003. 416 с.
20. *Еременко В.И.* Вопросы ответственности за нарушение исключительных авторских и смежных прав Законодательство и экономика. 2011. № 8. С. 42–52.
21. *Иванов Н.В.* Компенсация за нарушение исключительного права: проблемы определения размера ответственности. // Закон. 2017. № 10. С. 135–144.
22. *Иоффе О.С.* Ответственность по советскому гражданскому праву. Л.: Издательство Ленинградского университета, 1955. – 310 с.

23. *Калятин В.О.* Компенсация за нарушение исключительных прав: вопросы квалификации // Закон. 2016. № 12. С. 16–28.
24. *Кольздорф М.А.* Компенсация за нарушение исключительных прав: вопросы квалификации // Закон. 2016. № 12. С. 16–28.
25. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть четвертая: учебно-практический комментарий / под ред. А. П. Сергеева. – Москва : Проспект, 2016. – 912 с. С. 115–116. (Автор комментария к ст. 1252 – А. П. Сергеев).
26. Комментарий к Федеральному конституционному закону «О Конституционном Суде Российской Федерации» (под ред. Г.А. Гаджиева). – «Норма: Инфра-М», 2012 г. 672 с. (Авторы комментария к ст. 79 – Г.А. Гаджиев и С.П. Маврин).
27. *Лазарев Л.В.* Правовые позиции Конституционного Суда России. М.: Городец, Формула права, 2003. 528 с.
28. *Маврин С.П.* Некоторые соображения о понятии правовых позиций Конституционного Суда Российской Федерации // Журнал конституционного правосудия. 2010. № 4. С. 12–18.
29. *Музыка А.Ф.* Компенсация как способ защиты исключительных прав на произведения и объекты смежных прав: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2011. С. 10–15.
30. Научно-практический комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. В 2 т. Т. 2. Части III, IV ГК РФ / Под ред. Т.Е. Абовой, М.М. Богуславского, А.Г. Светланова. 6-е изд. М., 2011. – 679 с. (автор комментария к ст. 1252 – Н.А. Шебанова).
31. *Нерсисянц В.С.* Суд не законодательствует и не управляет, а применяет право (о правоприменительной природе судебных актов)//Судебная практика как источник права. М. 1997. С. 38–40.
32. *Новоселова Л.А.* Принцип справедливости и механизм компенсации как средство защиты исключительных прав. // Вестник гражданского права, 2017, № 2. С. 48–55.
33. *Новоселова Л.А.* О механизме компенсации за нарушение исключительных прав // Хозяйство и право. 2017. № 3. С. 3–17.
34. *Поголяев В.В.* Комментарий к Закону РФ «Об авторском праве и смежных правах» от 9 июля 1993 г. № 5351-1: (в ред. Федер. законов от 19 июля 1995 № 110-ФЗ, от 20 июля 2004 № 72-ФЗ): (постатейный) / Поголяев В.В., Вайпан В.А., Любимов А.П.– М.: Юстицинформ, 2006 152 с.
35. *Садиков О.Н.* Убытки в гражданском праве Российской Федерации. М.: Статут, 2009. 211 с.
36. *Семенов А.В.* Компенсация за нарушение исключительных прав: вопросы квалификации // Закон. 2016. № 12. С. 16–28.
37. *Сергеев А.П.* Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации. – М.: Проспект, 2001. 750 с.
38. *Сергеев А.П.* Правовая природа компенсации за нарушение исключительного авторского права // Гражданское законодательство. Статьи, комментарии, практика. Вып. 50 / под ред. А.Г. Диденко. Алма-Ата, 2017. С. 68–79.
39. *Сергеев А.П.* Уменьшение размера компенсации за нарушение исключительного права. / В сб. Интеллектуальные права: вызовы 21 в.: сб. докладов II Межд. конференции (10-14 ноября 2020 г.) /под ред. Э.П. Гаврилова, С.В. Бутенко. – Томск: ООО «Паньки», 2020. 196 с.
40. *Симкин Л.С.* Из практики рассмотрения дел о правовой охране программ для ЭВМ // Вестник ВАС РФ. 1997. № 8. С. 78–79.
41. *Старженецкий В.В.* Статутные убытки в праве интеллектуальной собственности РФ: эволюция и актуальные проблемы // Вестник экономического правосудия РФ. 2015. № 10. С. 116–147.
42. *Страшун Б.А.* Решения Конституционного Суда Российской Федерации как источник права // Конституционное правосудие. Вестник Конференции органов конституционного контроля стран молодой демократии. Ереван. Выпуск № 4 (14) 2001 – 1 (15) 2002. С. 154–167.

43. Радецкая М.В., Туркина А.Е. Обзор судебной практики по вопросу взыскания компенсации за нарушение исключительного права на результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации. // Журнал Суда по интеллектуальным правам, март 2020. С. 5–41.
44. Таболо М.В. Компенсация за нарушение исключительных прав как мера гражданско-правовой ответственности. / Законодательство, № 8, 2017. С. 25–33.
45. Флейшиц Е.А. Обязательства из причинения вреда и из неосновательного обогащения. – М.: Госюриздат, 1951. 240 с.
46. Хохлов В.А. Вопросы практики применения правил о компенсации в связи с нарушением исключительных прав // Закон. 2007. № 10. С. 59–75.
47. Шебанова Н.А. К вопросу о защите авторских прав в современной практике арбитражных судов Российской Федерации // Интеллектуальная собственность в России и ЕС: правовые проблемы. Сб. статей / Под ред. М.М. Богуславского и А.Г. Светланова. М., 2008. С. 223–238.
48. Эбзеев Б.С. Конституционный Суд Российской Федерации: становление, юридическая природа, правовые позиции. // Комментарий к постановлениям Конституционного Суда Российской Федерации. М. 2000. Т. 1. Вступительная статья. С. 24–25.
49. Pamela Samuelson, Tara Wheatland Statutory Damages in Copyright Law: A Remedy in Need of Reform William and Mary Law Review [Vol. 51:439 2009]. С. 439–511.

Виндикационная модель защиты исключительного права на результаты интеллектуальной деятельности



Д.В. Мурзин,

кандидат юридических наук,
доцент кафедры гражданского права
Уральского государственного юридического университета,
доцент кафедры обязательственного права Уральского филиала Исследовательского центра частного права имени С.С. Алексеева при Президенте Российской Федерации

Исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 18-29-15016

В статье рассматриваются вопросы применения виндикации к отношениям, связанным с защитой исключительного права на результаты интеллектуальной деятельности. Делается вывод о необходимости разработки общего способа защиты нарушенных абсолютных прав по виндикационной модели. Применение виндикационной модели придаст предсказуемость правоприменительной деятельности, создаст гарантии защиты нарушенных прав независимо от юридической специфики объекта абсолютных прав и технических особенностей фиксации этих прав. В отношении регистрируемого имущества основанием для применения виндикационной модели служит слабая публичная достоверность систем учета прав. Обеспечительной (абсолютной) составляющей виндикационной модели является признание права. Восстановительной (относительной) составляющей виндикационной модели является восстановление легитимации правообладателя в отношении принадлежащих ему объектов абсолютного права (возврат владения, внесение изменений в записи о правообладателе в системах учета прав, передача права администрирования доменным именем и т. п.).

Ключевые слова:

исключительное право; право собственности; добросовестный приобретатель исключительного права; владение; виндикация; легитимация.

1. Поиски общего способа защиты абсолютных прав

В ходе реформы гражданского законодательства в п. 3 ст. 1227 ГК РФ появилось положение

о том, что к интеллектуальным правам не применяются положения о вещных правах, если только это прямо не установлено в самом разделе об интеллектуальных правах¹. Это положение было

¹ В ред. Федерального закона от 12.марта2014 № 35-ФЗ «О внесении изменений в части первую, вторую и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации».

призвано пресечь попытки сторонников широкого понимания права собственности использовать догматический анализ позитивного права, в первую очередь в целях распространения норм о виндикации на случаи защиты нарушенного исключительного права. Однако обращение к вещно-правовым способам защиты является неизбежным. Так, А.П. Сергеев прямо пишет: «Право на товарный знак может быть защищено с помощью иска, который по своим основаниям и условиям удовлетворения сходен с виндикационным» [10, с. 94]. Столь же прямолинейна Л.В. Сагдеева: «При отсутствии каких-либо ограничений на использование общих норм Гражданского кодекса и с учетом абсолютно-го и имущественного характера отношений оправданно использование существующей модели виндикации в спорах об “истребовании” тех объектов (интеллектуальной собственности), которые подлежат государственной регистрации» [8, с. 74].

Вероятно, дискуссия по поводу допущения конструкции виндикационного иска в сферу защиты интеллектуальных прав показала, что виндикационная модель напрямую связывается с фигурой добросовестного приобретателя. В связи с этим правильной является позиция Л.А. Новоселовой, которая подчеркивает, что в отношении интеллектуальных прав «речь идет не о допустимости виндикационного иска, а о возможности эффективного использования ссылки на добросовестность в качестве средства защиты приобретателя исключительного права по сделке (договору) против иска правообладателя, требующего восстановить (или признать) свое исключительное право, т. е. о возможности распространения принципа распределения рисков, заложенного в нормах о виндикации, на отношения, объектом которых являются исключительные права» [6, с. 170].

Современная теория гражданского права должна, очевидно, обратить внимание именно на эту проблему: необходимо разработать общую норму об условиях добросовестного приобретения всякого имущества как об основании приобретения права на это имущество, а не тратить усилия на борьбу с предложениями применить по аналогии виндикацию нематериальных объектов. Авторы таких предложений имеют в виду совсем другое.

Однако обособление конструкции добросовестного приобретения имущества от собствен-

но виндикации выявляет другую причину, по которой юридическая конструкция виндикационного иска продолжает привлекать внимание теории и практики и в таких сферах, которые традиционно признавались свободными от влияния вещных прав. Это проблема защиты нарушенного права (исключительного, в том числе) при противоправном лишении правообладателя господства над объектом абсолютных прав (результата интеллектуальной деятельности, в том числе). Разработка общего способа защиты абсолютных прав по виндикационной модели нужна прежде всего, для того чтобы остановить поиски этой защиты непосредственно в вещном виндикационном иске всякий раз, когда появляется новый нематериальный объект гражданских прав или встают практические вопросы защиты правообладателя.

В литературе были предприняты попытки разработки неких общих способов защиты, основывающихся на идее виндикационного иска. Так, Г.Н. Шевченко под названием «квази-виндикационного» иска была «предложена конструкция абсолютно-правового средства защиты прав *владельца* именных ценных бумаг, лишившегося их *владения*, которое может быть заявлено к любому лицу, к которому перешло *владение* спорными ценными бумагами (курсив мой. – Д.М.) [14, с. 13]. Таким образом, фактически разработка этого способа защиты закончилась терминологической подменой традиционного понятия, при этом крайне непоследовательной выглядит позиция, когда для «квази-виндикации» используется категория «владение», а не «квази-владение». Не случайно, что Д.И. Степанов, первым высказывавшийся в свое время за разработку нового способа защиты, в последующих работах отказался от него и пришел к мысли о возможности «чистой» виндикации бездокументарных акций. Д.И. Степанов, указал, что «предложенная ранее модель “квази-виндикации” есть не более чем синтез последовательного признания недействительной цепочки сделок... с одновременным истребованием в качестве неосновательного обогащения ценных бумаг или признанием права собственности прежнего собственника» [11, с. 76].

Большой энтузиазм в свое время вызвала идея «восстановления корпоративного контроля». По этому образцу предлагается формулировать

способы защиты в иных сферах гражданского права. Так, Л.В. Сагдеева признает желательность применения виндикационного иска в отношении по «истребованию» регистрируемых результатов интеллектуальной деятельности, но склоняется к мысли о моделировании такого способа защиты как «восстановление контроля над исключительным правом» [9, с. 8, 21]. Думается, в данном случае имеет место просто терминологическая подмена, аналогия с «восстановлением корпоративного контроля» здесь отсутствует, поскольку этот способ защиты не является переименованием виндикационного иска, а представляет собой теоретически обоснованную меру защиты реституционного характера.

Представляется, что моделирование общего способа защиты должно опираться на выявление его сущностных признаков, без попыток замены неудобной терминологии. С другой стороны, не следует придавать общее значение виндикационному иску. Когда теория и законодатель формулируют новые способы защиты абсолютных прав по образцу виндикационного иска, то тем самым демонстрируются преимущества не виндикационного иска, а виндикационной модели, на основании которой и следует разрабатывать общий способ защиты абсолютного права.

2. Признание права и восстановление легитимации

Признание права является общим способом защиты всякого абсолютного права (ст. 12 ГК РФ) и специальным способом защиты интеллектуальных прав (ст. 1251, п. 1 ст. 1252 ГК РФ). Классическая школа процессуального права указывала, что этот иск не может быть снабжен принудительным исполнением, поскольку в силу своей природы он и не предполагает принуждение ответчика к чему-либо (в отличие от иска о присуждении) [1, с. 441 – 444]. Однако признание исключительного права на регистрируемое имущество (объекты патентных прав, товарные знаки) обязательно должно

повлечь за собой изменение записи в государственных реестрах в части сведений о правообладателе. Значит, требование о признании права на регистрируемое бестелесное имущество (где отсутствует фактор владения), даже при отсутствии физического перемещения блага, не будет являться просто иском о констатации. Изменение сведений о правообладателе в государственных реестрах по результатам рассмотрения спора о правах на регистрируемые результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации – это восстановление легитимации правообладателя, что автоматически повлечет лишение господства над нематериальным имуществом одного субъекта (ответчика) и приобретение господства над имуществом другим субъектом (истцом).

При этом способы восстановления абсолютных прав являются в современных условиях многообразными и зависят от технических аспектов легитимации правообладателя.

Так, например, Суд по интеллектуальным правам в качестве меры пресечения нарушения прав на товарный знак (подп. 2 п. 1 ст. 1252 ГК РФ) применяет такой способ защиты нарушенного права как передача права администрирования спорным доменным именем обладателю права на товарный знак. В результате исполнения такого судебного решения истец становится администратором спорного домена². Домен, будучи нематериальным регистрируемым имуществом, является объектом абсолютных прав. Требование о внедоговорном переходе прав на домен от одного лица к другому означает требование об изъятии имущества у лица, не имеющего прав на это имущество в пользу правообладателя. Истец требует признать свое право на домен и просит суд применить такую восстановительную меру защиты, которая привела бы к восстановлению легитимации истца как правообладателя (что означает и фактическое восстановление его господства над доменом). Тем самым, в данной ситуации защита правообладателя строится по виндикационной модели³. Таким

² См. постановление Суда по интеллектуальным правам от 16 апреля 2019 г. по делу № А40-126845/2018; см. также постановления Суда по интеллектуальным правам от 23 сентября 2013 г. по делу № А56-79350/2012, от 15 декабря 2014 г. по делу № А41-401/2014, от 11 марта 2015 г. по делу № А79 1204/2014, от 10 апреля 2015 г. по делу № А45-11171/2014.

³ Спецификой рассматриваемой ситуации является то, что первоначально за истцом не было закреплено прав на домен. Но в данной ситуации право использовать определенное доменное имя зависит от права на товарный знак. Тем самым, и право на конкретный домен возникло у обладателя права на товарный знак.

образом, данный способ защиты не является пресекающей мерой – собственно пресекающей формой защиты в рассматриваемых отношениях является обращенное к регистратору требование прекратить делегирование доменного имени⁴.

Другой пример можно привести из сферы цифровых прав. В связи с невозможностью традиционной виндикации токена (объекта цифровых прав) предлагается для случаев неправомерной цифровой транзакции, совершенной помимо воли правообладателя, вместо истребования токена предусмотреть в законодательстве новое притязание – требование о возврате доступа к цифровому коду [4, с. 60]. Указанное требование – это обусловленное технической спецификой требование о восстановлении легитимации в системе блокчейна с целью возврата господства над токеном – объектом абсолютных прав. А поскольку предварительным условием удовлетворения требований о восстановлении легитимации является доказательство истцом своих абсолютных прав на токен, то и способ защиты в рассматриваемой ситуации в целом является защитой, построенной по виндикационной модели.

Использование такого алгоритма, как сочетание требования о признании права с требованием о восстановлении легитимации, позволяет создать общую виндикационную модели защиты нарушенных прав обладателя любого имущества – объекта абсолютных прав. Применение виндикационной модели придаст предсказуемость правоприменительной деятельности, создаст гарантии защиты нарушенных прав независимо от юридической специфики объекта абсолютных прав и технических особенностей фиксации этих прав.

3. Виндикационная модель и публичная достоверность (бесповоротность прав)

В отношении определенных результатов интеллектуальной деятельности и приравненных к ним средств индивидуализации ведутся государственные реестры (п. 2 ст. 1232 ГК РФ). Позитивное право не дает возможности усомниться в том, что правовая природа таких реестров отличная от пра-

вовой природы Единого государственного реестра недвижимости. Вместе с тем Л.А. Новоселова указывает, что существует разница в регулировании реестров недвижимости и интеллектуальной собственности. Исторически реестр прав на результаты интеллектуальной собственности, в частности на изобретения, в отличие от реестра прав на недвижимое имущество, создавался не для того, чтобы обеспечивать гражданский оборот, а для того, чтобы была известна информация о том, какие технические решения являются охраняемыми. Соответственно, реестры интеллектуальных прав в большинстве стран не являются публично достоверными [3, с. 21].

Однако и публичная достоверность реестров недвижимости является для многих правовых порядков только идеалом. У. Маттеи так описывает эту проблему: «Конечно, чем более приходится полагаться на государственную регистрацию, тем более разрушительным будет эффект коррупции и ненадлежащего ведения реестровых книг. Таким образом, воспроизведение германской модели, с ее в высшей степени надежным бюрократическим аппаратом, в государствах с экономикой переходного типа, таких, как Россия или Венгрия, либо в странах с меньшей культурой организации, к каковым, например, принадлежит Италия, может стать отнюдь не легкой задачей» [5, с. 153 – 154].

С тех же позиций следует оценивать и возможности такой категории как «бесповоротность прав» [7, с. 61 – 63]. Так, Д.В. Лоренц, обосновывая невозможность виндикации токена, в числе причин называет то, что «система блокчейн обладает свойством бесповоротности» [4, с. 60]. Однако бесповоротность прав все же зависит от конструкции добросовестного приобретения имущества от неуправомоченного отчуждателя. Как поясняла Редакционная комиссия по составлению проекта Гражданского уложения на примере системы государственной регистрации прав на недвижимость, «лицо, добросовестно приобретшее имение, полагаясь на верность вотчинной книги, должно почитаться свободным от всяких притязаний на имение сторонних лиц. На этом основывается начало

⁴ См. постановления Суда по интеллектуальным правам от 05 декабря 2016 г. по делу № А56-74358/2015; от 04 июля 2018 г. по делу № А40 132026/2017; от 03 февраля 2020 г. по делу № А40-311941/2018; от 20 мая 2020 г. по делу А40-77990/2019.

бесповоротности приобретаемых по вотчинной книге прав, имеющее своим последствием ограничение виндикации» [2, с. 763]. В таком понимании бесповоротность прав – это частный случай возникновения абсолютного права на имущество, приобретенного от неуправомоченного отчуждателя. «Система блокчейна» сама по себе здесь ни при чем – добросовестность приобретателя является ограничением виндикации для всякого имущества. Если же говорить о бесповоротности в том виде, как она закреплена в известной «системе Торренса», то ее применение позволяет только требовать компенсации убытков от лица, осуществляющего учет прав, но полностью исключает возврат господства над утраченным имуществом – в том числе, и в форме «возврата доступа к цифровому коду».

Записи о правообладателях в реестрах (включая государственные реестры и иные системы учета прав) предназначены для создания видимости права и имеют, в связи с этим, двойственное значение.

Во-первых, записи о правообладателях в реестрах создают условия предположения осведомленности о фактах, отраженных в таких реестрах. По словам В.В. Чубарова, в России «юридическое содержание принципа публичной достоверности в полном объеме сводится к упрощенной, ориентированной во многом на объективные (а не на субъективные, как в ст. 302 ГК РФ) критерии защиты прав добросовестного приобретателя» [13, с. 318]. А.В. Егоров утверждает, что единственный вариант создать защиту добросовестного приобретателя имущественных прав – это создать видимость владения для объектов, в отношении которых ведутся государственные реестры [3, с. 22–23]. Такое понимание функции реестров очень далеко от признания бесповоротности прав, закрепленных в таких реестрах.

Во-вторых, записи в реестрах устанавливают презумпцию правообладания. Но степени неопровержимости такой презумпции могут отличаться в разных правовых порядках. В российском правовом порядке широко распространенным является понимание записи в государственном реестре и в негосударственных системах учета прав как аналога владения (иногда говорят о «юридическом владении» на нематериальный объект [6, с. 174–175]).

Показательно, что речь идет именно о владении, но не о собственности. Действительно, легитимация субъектов абсолютного права на нематериальное имущество играет ту же роль, что и владение для материальных движимых вещей: создает *презумпцию наличия права* у легитимированного субъекта, причем презумпцию опровержимую. В этой реалистичной позиции заключается отличие от идеалистичной позиции, согласно которой лицо, внесенное в систему учета прав, является бесповоротным собственником (правообладателем) регистрируемого имущества.

Соответственно, отличаются и подходы к возможности виндикации регистрируемого имущества (и бестелесность имущества отходит здесь на второй план). По словам Д.И. Степанова, «для тех, кто абсолютизирует значимость записи в книгах, юридическое бытие соответствующего объекта утрачивает самостоятельное значение, запись рассматривается альфой и омегой оборота ценных бумаг и недвижимости... Любые средства защиты в таком случае должны сводиться к оспариванию записей в книгах; если же записи в книгах бесповоротны, то любая запись по списанию объекта права равносильна лишению собственности» [11, с. 31].

В российской правовой системе опровержимыми является как презумпция владения в виде собственности в отношении движимых вещей, так и презумпция собственности (правообладания) в отношении регистрируемого имущества. Признание права допустимо при опровержимых презумпциях. Если во Франции презумпция права собственности владельца признается неопровержимой (знаменитая ст. 2279 Кодекса Наполеона), то это влечет невозможность виндикации движимых вещей [5, с. 263]. Если в Германии существует бесповоротность прав, внесенных в поземельные книги, то недопустима виндикация недвижимости. Соответственно, и классическая виндикация в узком смысле, и виндикационная модель защиты абсолютного права возможны только при условии допущения опровержимости презумпции правообладания.

Представляется, что именно отсутствие в российском правовом порядке полной публичной достоверности (и, соответственно, бесповоротности прав) и позволяет использовать виндикационную

модель для защиты нарушенных абсолютных прав. Слабая публичная достоверность служит основанием для применения виндикационной модели.

4. Виндикационная модель защиты абсолютного права

Виндикационная модель защиты нарушенного права – это конструирование общего способа защиты нарушенного абсолютного права от нарушений, связанных с противоправным лишением правообладателя принадлежащего ему имущества, что выражается в утрате господства над этим имуществом.

Как виндикационный иск состоит из абсолютной составляющей (признание права собственности) и относительной составляющей (требование о возврате владения вещью), так и виндикационная модель защиты имеет комплексный характер: эта модель представляет собой функциональную сонаправленность обеспечительной и восстановительной форм защиты.

Обеспечительная составляющая виндикационной модели – это признание права. Необходимость признания абсолютного права истца диктуется тем, что способ защиты, построенный по виндикационной модели, предполагает разрешение спора о праве. Вторая составляющая виндикационной модели – восстановительная – предполагает восстановление легитимации правообладателя в отношении принадлежащих ему объектов абсолютного права.

Если легитимация в отношении материальных вещей означает возврат фактического владения вещью (изъятие вещи у ответчика), то легитимация в отношении нематериального имущества означает восстановление сведений об истце как

о правообладателе в системах учета прав на имущество. Особая легитимация существует для документарных ордерных и именных ценных бумаг, что объясняется двойственной правовой природой этих объектов.

Способами восстановления легитимации (внешних для третьих лиц признаков легитимности), обеспечивающих возможность осуществления нарушенного права, являются, в частности:

- возврат владения материальной вещью (в том числе, недвижимостью);
- внесение изменений в записи о правообладателе материального имущества (например, недвижимость) в государственных реестрах;
- внесение изменений в записи о правообладателе бестелесного имущества (например, объектов патентных прав и товарных знаков) в государственных реестрах;
- внесение изменений в записи о правообладателе бестелесного имущества в негосударственных системах учета прав (например, в реестре акционеров или в системе блокчейна);
- внесение изменений в сведения о кредиторе права, удостоверенного ценной бумагой, в тексте такой бумаги;
- передача права администрирования доменным именем и т. п.

В качестве средства защиты в рамках виндикационной модели выступает иск [12, с. 83–84]. **Иск по виндикационной модели – это внедоговорное требование истца, противоправно лишенного господства над принадлежащим ему имуществом, к ответчику, легитимированному как правообладатель, о восстановлении легитимации истца как правообладателя спорного имущества.**

Список литературы.

1. Гражданский процесс. Хрестоматия: Учебное пособие. 2-е изд., перераб. и доп. / Под ред. проф. М.К. Треушникова. М.: «Издательский дом “Городец”», 2005.
2. Гражданское уложение. Проект Высочайше учрежденной Редакционной комиссии по составлению Гражданского уложения. Под редакцией И.М. Тютрюмова. В 2-х тт. СПб, 1910. Т. 1.
3. Кольздорф М.А. Протокол № 19 заседания Научно-консультативного совета при Суде по интеллектуальным правам // Журнал Суда по интеллектуальным правам. Сентябрь 2018.
4. Лоренц Д.В. Цифровые права в сфере недвижимости: юридическая природа и способы защиты // Российская юстиция. 2020. № 2.

5. *Маттеи У.* Основные принципы права собственности. В кн.: Маттеи У., Суханов Е.А. Основные положения права собственности. М.: «Юрист», 1999.
6. *Новоселова Л.А.* Защита добросовестного приобретателя исключительного права. В кн.: Гражданское право социального государства: Сборник статей, посвященный 90-летию со дня рождения А.Л. Маковского (1930-2020) / Отв. ред. В.В. Витрянский и Е.А. Суханов. – М.: Статут, 2020.
7. *Петров Е.Ю.* К вопросу о применении абз. 2 п. 2 ст. 223 ГК РФ. // Федеральный арбитражный суд Уральского округа: Практика. Комментарии. Обзоры. 2006. № 4.
8. *Сагдеева Л.В.* Виндикация интеллектуальной собственности // Журнал российского права. 2019. № 3.
9. *Сагдеева Л.В.* Исключительное право и право собственности: автореферат дис. ... кандидата юридических наук. – М., 2020.
10. *Сергеев А.П.* Применение правил раздела II «Право собственности и другие вещные права» Гражданского кодекса РФ к отношениям интеллектуальной собственности // Закон. 2018. № 12.
11. *Степанов Д.И.* Защита прав владельца ценных бумаг, учитываемых записью на счете. М.: «Статут», 2004.
12. *Чечот Д.М.* Субъективное право и формы его защиты. В кн.: Избранные труды по гражданскому процессу. СПб.: Издательский дом Санкт – Петербургского государственного университета, 2005.
13. *Чубаров В.В.* Проблемы правового регулирования недвижимости. М.: «Статут», 2006.
14. *Шевченко Г.Н.* Проблемы гражданско-правового регулирования эмиссионных ценных бумаг. Дис... д. ю. н. Владивосток, 2006.

World of Lawcraft.

Вопросы защиты прав пользователей онлайн-игр



Т.Н. Бурибаев,

*студент 4-го курса факультета «Экономики и права»
Российского экономического университета имени Г. В. Плеханова*



А.А. Гачина,

*студентка 4-го курса факультета «Экономики и права»
Российского экономического университета имени Г. В. Плеханова*

Настоящая статья посвящена рассмотрению вопросов возможности применения права реального мира в целях регулирования отношений, возникающих из видеоигр. Авторами исследована концепция «магического круга», позволяющая осознать примерную «границу» виртуального мира, внутри которой игровые отношения не должны быть подвержены правовому регулированию. Особое внимание уделено сложившейся в российской судебной практике негативной тенденции отказов в защите прав пользователей онлайн-игр.

Ключевые слова:

онлайн-игры; магический круг; игры и пари; алеаторные сделки; натуральные обязательства; семантические пределы права; MMOG, виртуальное имущество; защита прав потребителей.

«Азартная игра есть игра, порожденная дьяволом из его стремления обманывать людей и тем искушать естество и губить души»¹.

«Если тот, у кого, как будет заявлено, ведется игра в кости, будет кем-либо избит или потерпит иной ущерб или что-либо во время игры будет у него похищено, – я не дам иска. Тому, кто в связи

с игрой допустит насилие, я определю наказание, соответствующее с делом» [4, с. 586].

Удивительно, что право с самого своего зарождения неоднозначно относилось не только к

¹ Tractatus diversi super maleficiis. Lugduni: Apud haeredes Jacobi Iuntae, 1555. P. 581

самим азартным играм, но и к участникам таких игр. При этом Римское право допускало заключение пари по поводу игр «ради доблести» (соствязание в метании копья, дротика, беге, прыжках или борьбе), а уплаченное по пари, не связанное с «навыками тела», могло быть возвращено путем предъявления кондикционного иска [8].

Сегодня проблематика регулирования отношений, вытекающих из организации игр, приобрела особую актуальность ввиду небывалой популярности (в чем не последнюю роль сыграла пандемия 2020 г.) такого особого вида игр как компьютерные онлайн-игры.

В последние годы индустрия компьютерных игр показывает небывалый рост. Как следует из комплексного исследования «Индустрия компьютерных игр-2020» от Высшей школы экономики и института «Центр развития» на 2019 год по всему миру насчитывалось около 2.5 млрд игроков, а мировой рынок компьютерных игр достиг отметки в 152 млрд долл., обогнав ряд других контентных рынков, в частности, речь идет о кино- и музыкальной индустриях, чей суммарный объем рынков составил всего 62 млрд долл. [7, с. 2]. По итогам 2019 г. российский игровой рынок также показал положительную динамику (рост на 15%, до 2 млрд долл.) [7, с. 38]. Что интересно, динамика роста общего количества игроков сохранилась, и в 2020 году по всему миру насчитывалось уже около 2.7 млрд игроков, что составляет 35% населения Земли².

Таким образом, стремительно растущая индустрия компьютерных игр создает запрос на адекватное правовое регулирование. В данном исследовании авторы попытаются обозначить ряд наиболее значимых проблем нынешней законодательной базы в части регулирования отношений, возникающих из компьютерных игр, в частности, защиты прав игроков в отношениях с создателями и организаторами компьютерных онлайн-игр.

Постановка проблемы

В отличие от однопользовательских игр, где игроки своими действиями изменяют виртуальный мир лишь в своей игровой сессии, в MMOG пользователи неизбежно вступают в различного рода отношения, связанные с торговлей, рекрутингом (различные системы, предполагающие создание формализованных иерархических структур – кланов), причинением вреда игровым персонажам друг друга, равно как и игровому имуществу (здесь и далее понятие «имущество» условно и не отождествляется авторами с аналогичным юридическим понятием)³. Данное взаимодействие обусловлено самой сущностью игрового процесса и является обязательной составляющей развития не только отдельных игровых персонажей (далее – «персонаж»), но и всего виртуального мира конкретного игрового сервера. Очевидно, что в подобных условиях рано или поздно появилась бы потребность в разрешении споров из причинения вреда (моральный, имущественный) как отдельным игрокам, так и организаторам игр.

Некоторые авторы обращаются к теме проблемных вопросов регулирования «игровых» отношений как к яркому примеру современного среза «правовой проблематики цифровой эпохи». Так, сам факт существования потребности в регулировании (правовой квалификации) отношений из MMOG говорит о назревающем кризисе соответствующих сфер, решением которого может стать комплексное переосмысление возможных пределов права [1].

Для более глубокого погружения в заданную тематику представляется целесообразным начать с краткого экскурса в историю развития такого, казалось бы, чуждого и инородного для мира права феномена – индустрии онлайн-игр.

Полноценное становление известности MMOG принято связывать с запуском первой наиболее успешной игры данного жанра – Ultima Online⁴. Данная игра являлась прорывной, поскольку пре-

² См.: *Clement J.* Number of video gamers worldwide 2020, by region. Statista. 2021. January 29. URL: <https://www.statista.com/statistics/293304/number-video-gamers/#statisticContainer>; См.: Итоги 2020 года: рынок игровой индустрии. [Электронный ресурс] // Центр развития компетенций в бизнес-информатике Высшей школы бизнеса, НИУ «Высшая школа экономики». URL: <https://hsbi.hse.ru/articles/itogi-2020-goda-rynok-igrovoy-industrii/>

³ Massively Multiplayer Online Game – массовая многопользовательская онлайн-игра.

⁴ См.: *Methenitis M.*, Internet Gambling Regulation Present and Future: Technology Outpaces Legislation as the MMORPG Problem Emerges. – 2007. URL: - <https://www.ssrn.com/index.cfm/en/>

доставляла своим игрокам такие возможности взаимодействия с миром, которые ранее либо вовсе не встречались в играх такого масштаба, либо были слабо развиты. Сложная система социальных связей обусловила необходимость в создании полноценного рынка обмена внутриигровыми предметами (бартер либо купля-продажа при использовании игрового золота). Развитая внутриигровая экономическая система стала причиной зарождения одного из первых в истории многопользовательских игр «серого» рынка продажи игровой валюты и предметов за реальные деньги.

На сегодняшний день Ultima Online остается относительно популярной игрой, поскольку в данной MMOG пользователи вольны отыгрывать абсолютно любую роль: от заклинателя зверей до королей⁵. Неудивительно, что на просторах серверов Ultima Online появились игроки, отыгрывающие роль воров и мародеров. Другой отличительной особенностью рассматриваемой игры (широко распространено мнение, что именно данная игра стала катализатором дискуссии о необходимости правового регулирования компьютерных игр) является отсутствие гарантий сохранности имущества пользователей, что вкупе с возможностью «играть за вора» создали беспрецедентную для своего времени практику «воровства» игровых предметов.

Другая игра под названием EVE Online широко известна в игровом сообществе и с момента своего выхода успела стать культовой именно благодаря предоставляемой свободе действий. Так, пользователи данной игры вольны выбрать для своего персонажа абсолютно любой род деятельности: космическое пиратство, добыча полезных ископаемых, спекуляции игровыми предметами и т. д. Но наибольший интерес для целей настоящей работы представляет рыночная система и особенности формирования цен на предметы в мире EVE Online. Экономика в данной онлайн-игре практически полностью зависит от действий игроков, и потому подчиняется экономическим законам, подобным тем, что мы имеем в реальном мире. Учи-

тывая, что все внутриигровое имущество имеет денежный эквивалент в реальном мире, большинство пользователей очень серьезно подходит к игровому процессу. При этом в данной игре нередки ситуации, когда не самые удачливые игроки теряют ввиду действий других пользователей весьма внушительные суммы. Например, в 2020 г. на форумах игры появилась история об игроке, которому не повезло попасться в засаду других игроков (космических пиратов) при перевозке ценных грузов на 5 тыс. долл.⁶

Проблема столкновения норм реального права с правилами игры в подобных MMOG налицо – можно ли к субъекту, совершившему кражу или грабёж в онлайн-игре (по крайней мере, когда украденное было куплено «потерпевшим» за реальные деньги), применять какие-либо санкции, предусмотренные законодательством конкретного правового порядка? Возможно ли заявить иск о компенсации имущественного, морального вреда к причинителю (другому игроку или же организатору игры), и изменится ли ответ на данный вопрос, если представить, что вред был причинен при использовании не предусмотренными игрой способами (взлом учетной записи) или при помощи обмана?

Magic circle – попытка оградить мир игр от излишнего регулирования

Интересно, что несмотря на относительную непопулярность исследуемой темы, российская доктрина по данной проблематике представлена достаточно глубокими концептуальными исследованиями, посвященными анализу пределов применения права, проблемам правовой квалификации сделок между игроками и организаторами, а также специфике российской судебной практики по спорам, связанным с вытекающими из видеоигр отношениями.

Так, В.В. Архипов в своем труде «Семантические пределы права в условиях медиального поворота: теоретико-правовая интерпретация» не раз ссылается на концепцию «магического круга» –

⁵ Например, Ричард Гэриот – создатель и по совместительству «король» игры.

⁶ См.: Нога С. Игрок eve online за мгновение потерял имущество на 370 тысяч рублей. [Электронный ресурс] // Компьютерра. 2020. 13 марта. URL: <https://www.computerra.ru/261929/igrok-eve-online-za-mgnovenie-poteryal-imushhestvo-na-370-tysyach-rublej/>

метафору, позволяющую осознать примерную «границу» виртуального мира, внутри которой игровые отношения не должны быть подвержены правовому регулированию [2].

Создание данной концепции обычно приписывают ученому Й. Хейзинге, который в своей книге *Homo Ludens: the Study of the Play Element in Culture* использует понятие «magic circle» для обозначения абстрактного места, где правила реального мира должны уступать правилам конкретной игры [14, с. 10].

В последующем концепция *magic circle* развивалась и наполнялась новыми смыслами. Так, в своей работе *Rules of Play* К. Сален и Э. Циммерман рассматривают данное понятие уже в контексте видео- и настольных игр [16]. По мнению данных исследователей, магический круг призван определять само ядро игры, то, вокруг чего строится весь игровой процесс. Авторами приводится наглядный пример того, каким образом люди способны переключаться между миром реальным и игровым: «...[П]еред началом игры в Змейки и Лестницы существует лишь игровая доска, несколько пластиковых фигурок и игральная кость, но с началом игры все меняется. Теперь все игровые детали складываются в единую систему. Игровая фигурка – это вы. Правила игры говорят вам как бросать кубик и передвигаться по игровому пространству. Каким-то неведомым образом все приобретает смысл, а для вас становится важным какая из пластиковых фигурок дойдет до финиша первой»⁷.

Другой исследователь данного вопроса Я. Стенрос в своей работе «*In Defence of Magic Circle: The Social and Mental Boundaries of Play*» развивает концепцию магического круга еще дальше, предлагая несколько новых подходов к пониманию границ реального мира и игр [18, с. 14–15]. Из основных идей, предложенных автором, наиболее интересной для рассмотрения представляется понимание магического круга в качестве специального социального контракта, заключаемого путем имплицитных или эксплицитных социальных переговоров [18, с. 14]. Позже мы еще вернемся к вопросу о прикладном характере данного подхода.

Если автор предыдущей работы был далек от юриспруденции и, как следствие, не уделял внимания проблематике пределов применения права непосредственно к играм, то следующий научный труд (написанный юристом-практиком) полностью посвящен исследуемому вопросу. Так, в своей книге *Virtual Law. Navigating the Legal Landscape of Virtual Worlds* Б.Т. Дюранске для целей определения той самой границы игры, за пределами которой мыслимо применять право реального мира, предлагает следующий тест: «...[Д]ействия, которые происходят в виртуальном мире, являются предметом регулирования законов реального мира, если пользователь, исполняющий данное действие, разумно понимал или должен был понимать, что такое действие будет иметь последствия в реальном мире»⁸. Б.Т. Дюранске в предложенном тесте делает акцент на игроке (субъекте), его отношении к своим действиям, а цепочку замыкают реальные последствия, находящиеся в причинной связи с действиями субъекта и изменяющие объективный (не виртуальный) мир.

Ярким примером ситуаций, которые возможно рассматривать через призму конструкции магического круга, являются грабежи и кражи в таких MMOG как *Ultima Online* или *EVE Online*. В данных игровых мирах возможность «неправомерного» (по крайней мере по меркам игры) изъятия чужого имущества прямо предусмотрена создателями. В данных игровых мирах «незаконная деятельность» (кражи, мошенничества, махинации с рынком игровых предметов) является неотъемлемой составляющей игры, предусмотренной самим организатором, и, если совсем упростить, такие действия в данных играх находятся внутри магического круга. То есть, в таких ситуациях право не должно вмешиваться во внутриигровые процессы, а игроки вольны делать все то, что разрешается организаторами.

При этом интуитивно понятно и не вызывает сомнений, что кража при использовании игровых механик и кража путем взлома чужой учетной записи хотя и направлены на достижение одного результата, но одновременно с тем второй

⁷ Перевод по: *Salen K., Zimmerman E. Rules of Play: Game Design Fundamentals // The MIT Press, – 2003, P. 14–15.*

⁸ Перевод по: *Duranske B.T. Virtual Law. Navigating the Legal Landscape of Virtual Worlds. Chicago // ABA Publishing, – 2008. P. 75.*

способ очевидно находится вне всякого фокуса социального контракта (упомянутый подход Я. Стенроса) или правил пользовательского соглашения (далее – EULA) любой ММОГ⁹. Действия по взлому чужой учетной записи с целью последующей передачи игровых предметов «соучастнику» или продажи всех игровых предметов и «вывода» денежных средств, вырученных от такой сделки, должны восприниматься любым пользователем как выходящие за рамки игры действия. Соответственно, думается, что такая деятельность должна попадать в орбиту как частного, так и публичного права соответствующего правопорядка истца (потерпевшего) по потенциальному спору. Так, например, рассматривая данный вопрос А.И. Савельев говорит о том, что кража виртуального имущества путем несанкционированного доступа к игровому аккаунту может даже образовывать состав преступления, предусмотренного ст. 272 УК РФ (неправомерный доступ к компьютерной информации) [6, с. 138].

Поскольку мы упомянули возможность распространения сферы действия уголовного права на отношения из онлайн-игр, считаем необходимым также отметить следующее. На сегодняшний день существует не так много дел, в которых суды квалифицировали действия игроков по несанкционированному доступу к чужим внутриигровым предметам в качестве уголовно наказуемых деяний. Два наиболее ярких кейса были рассмотрены китайскими судами. Так, в одном из подобных дел суд признал ответчика виновным в мошенничестве и краже чужого виртуального имущества (стоимостью 1000 долл.) другого игрока. По решению суда ценный предмет был возвращен истцу (переведен на учетную запись потерпевшего) как первоначальному собственнику¹⁰.

Второе дело касалось многократных эпизодов злоупотребления сотрудником организатора игры своими полномочиями. Ответчик получил доступ более чем к 30 учетным записям, что позволило ему заполучить и в последующем продать чужие

игровые предметы. Ответчик был признан виновным в краже виртуальной собственности¹¹.

Примечательно, что в Китае, равно как в Тайване и Южной Корее, развитие права виртуальных миров опережает все остальные правопорядки. Объясняется это в первую очередь экономическими выгодами от взимания налогов с крупных игровых студий, по этой причине эти государства всеми силами стремятся модернизировать законодательство именно «под конечного потребителя», косвенно стимулируя этим совокупный рост индустрии. Так, в Китае Министерство Общественной Безопасности выпустило рекомендательные письма в поддержку защиты виртуальных объектов [10, с. 78]. Кроме того, как отмечается некоторыми исследователями, китайская судебная система признает, что права собственности игроков на виртуальные объекты должны иметь больший приоритет, нежели права организатора на игру, в тех случаях, когда спор возникает по поводу виртуальных объектов, имеющих денежное выражение [17, с. 565]. В то же время некоторые суды не склонны признавать право собственности на игровые предметы в ситуациях, когда объекты покушения не имеют денежной ценности¹².

Таким образом, политика права названных правопорядков позволяет местным судам со всей серьезностью подходить к разрешению споров, связанных с ММОГ, что практически исключает ситуации, в которых один пользователь игры может оказаться вне фокуса всякого закона, не боясь при этом ответственности за свои действия внутри онлайн-игры, а другой – может не рассчитывать на адекватную защиту нарушенных прав.

Но столь ли значима проблема спорных ситуаций из ММОГ, чтобы распространять на них право реального мира? Может игры должны оставаться играми и не соприкасаться с реальным миром? Так, известный гейм-дизайнер и писатель Бернард де Ковен в контексте исследуемой проблемы говорил следующее: «...[И]гра должна являться тем, что ставит перед нами общую цель, достижение кото-

⁹ EULA (end-user license agreement) – лицензионное соглашение с конечным пользователем.

¹⁰ *Gradijan D. China Fines Man for Stealing, Selling Virtual Property*, 2006. – April 3. – URL: <https://www.csoonline.com/>

¹¹ Там же.

¹² *Court Dismisses Woman's Claim to Virtual Assets*, 2010. – December 27. – URL: http://www.chinadaily.com.cn/china/2010-12/27/content_11761509.htm

рой не имеет отношения ни к чему, что находится за пределами игры» [16, с. 122].

Джошуа Фэйрфилд является еще одним и, вероятно, самым известным исследователем темы правового регулирования отношений, возникающих из видео-игр. В своей работе «The Magic Circle» Д. Фэйрфилд вместо утверждения о том, что виртуальные миры не могут быть предметом регулирования закона, говорит о потенциальной возможности таких миров к генерированию специальных социальных норм (community norms), которые могут использоваться судами реального мира в качестве специфического источника права.

Говоря о магическом круге, автор следующим образом описывает его функции: «...[О]сновная задача магического круга заключается в защите виртуальных миров от внешних факторов, таких как: право, экономика реального мира, реальные деньги и т. д. Суть метафоры магического круга заключается в том, что действия в мире виртуальном нереальны, и как следствие – не могут быть урегулированы правом реального мира»¹³. Одновременно с этим Д. Фэйрфилд подвергает критике старую концепцию магического круга, в частности – ее основной критерий о границе между реальным и виртуальным. Автор предлагает модифицировать данную модель так называемым правилом о согласии (Rule of consent), которое призвано объективно оценивать действия игроков как потенциально входящих в сферу регулирования закона [15, с. 825].

Ученый предлагает следующий мысленный эксперимент. Представим, что лицо А каким-либо образом угрожает/запугивает лицо Б в реальной жизни – тогда лицо А, при установлении факта реальности угроз, будет подвержено юридическим санкциям за свои действия. Но является ли основанием для отказа в применении закона реального мира тот факт, что такие действия (угрозы или покушения) совершаются в виртуальном мире? Учитывая современную тенденцию внедрения но-

вых законов по защите пользователей от кибербуллинга, представляется, что ответ на поставленный вопрос должен быть отрицательным¹⁴.

На данном примере Д. Фэйрфилд пытается показать несостоятельность устаревшей модели теста магического круга, согласно которой личные угрозы, совершаемые в виртуальном мире, должны оставаться безнаказанными, поскольку совершаются в мире игровом, а не реальном. Модернизированный подход Д. Фэйрфилда требует исследования характера спорных действий лица А, а именно вопроса о том, находятся ли такие действия в «сфере согласия» (scope of consent) лица Б. То есть, если игровой персонаж, управляемый пользователем А, угрожает персонажу лица Б посредством игрового чата или иных невербальных действий, а последний в свою очередь разумно воспринимает данную угрозу как адресованную лично ему, то такие отношения вполне могут быть урегулированы законами конкретной юрисдикции.

Далее, развивая идею о правиле «сферы согласия», автор делает упор на возможности вмешательства реального права в игры при таких действиях игроков, которые одновременно не предусмотрены правилами игры и не являются допустимыми в конкретном «игровом» сообществе¹⁵. Иллюстрируя данную идею, автор приводит следующий пример: укусите противника в боксерском матче (знаменитый боксерский матч 1997 г. между Майком Тайсоном и Эвандером Холифилдом, после которого откусившего мочку уха своему оппоненту М. Тайсона оштрафовали и дисквалифицировали) или скульничайте в покере – юридические санкции неизбежны. Чего не случится при прямом ударе по противнику (в том же боксерском матче) или блефе в покере, так как это предусмотрено правилами, и более того – «воспринято» другими игроками как нечто допустимое.

Таким образом, Д. Фэйрфилд отходит от старого теста реальности и нереальности действий

¹³ Перевод по: *Joshua A.T. Fairfield. The Magic Circle* // Washington & Lee University School of Law. – 2009.

¹⁴ Более подробно проблема законодательного регулирования кибербуллинга рассмотрена в следующих работах: *Голованова Н.А.* Проблемы борьбы с буллингом: законодательное решение // Журнал российского права. – 2018. – № 8 (260); *Иванова К.А., Степанов А.А., Немчинова Е.В.* Кибербуллинг как девиация права граждан на свободу мнения в сети Интернет // Актуальные проблемы российского права. – 2019. – № 1; *Соколова М.* За кибербуллинг предлагают ввести уголовное наказание [Электронный ресурс] // Парламентская газета 2020. Август 7. URL: <https://www.pnp.ru/social/za-kiberbulling-predlagayut-vvesti-ugolovnoe-nakazanie.html>

¹⁵ *Hackbart v. Cincinnati Bengals, Inc.*, 1979. U.S. Court of Appeals, Tenth Circuit. – URL: <https://www.casemine.com>

и их последствий, предлагая сфокусироваться на особенностях взаимодействия в конкретных виртуальных мирах. По мнению автора, суд, рассматривая конкретный спор из видео-игр, должен руководствоваться не только условиями EULA (пользовательское соглашение), но и социальными нормами, создаваемыми и поддерживаемыми конкретным игровым сообществом.

Такой подход представляется наиболее разумным, хотя и не лишен некоторых изъянов. Очень маловероятно, что суды воспримут настолько комплексный тест-проверку, предполагающий «ювелирную» оценку характера действий причинителя вреда и реальных последствий таких деяний.

Договорное регулирование отношений между игроком и организатором игры

Соотношение правил договорных (EULA) и социальных становится различимым, если обратиться к проблеме «неравенства» обычных игроков и, как их часто именуют в зарубежной литературе, так называемых богов¹⁶. Если принять во внимание тот факт, что игрок принимает условия пользовательского соглашения, предложенного именно организатором игры, и при этом не вступает в договорные отношения с другими игроками, то назревает вопрос о природе правил, складывающихся между игроками. В отсутствие выраженной правовой нити, связывающей игроков между собой, представляется, что повседневные отношения игроков урегулированы именно социальными нормами, выработанными и воспринятыми самим сообществом. Тогда возникает вопрос: возможно ли предложить правопорядку такие созданные пользователями материальные и процессуальные предпосылки, которые бы восполнили скудную законодательную базу по вопросам разрешения споров из онлайн-игр социальными нормами конкретных игровых сообществ?

К сожалению, на сегодняшний день такая идея практически нежизнеспособна, а суды развитых

правопорядков предпочитают ориентироваться только на условия пользовательских соглашений, а не на законодательные нормы (основополагающие принципы) и уж тем более не на социальные нормы, создаваемые игроками¹⁷.

Ярким примером является дело MDY Industries, LLC v. Blizzard Entertainment (2010)¹⁸, в котором истец (MDY) требовал признать использование его программного обеспечения (Glider), как не нарушающего авторских прав Blizzard Entertainment, который в свою очередь заявил несколько встречных исковых требований¹⁹. Требования организатора (Blizzard) были основаны именно на положениях пользовательского соглашения, запрещающего использование стороннего программного обеспечения. Судебные акты по данному делу не отличаются какой-либо уникальностью, продиктованной характером правоотношений организатор – пользователь, однако в них прослеживается единая идея – организатор игры волен устанавливать режим пользования предоставляемых услуг. Данный кейс демонстрирует, что на сегодняшний день баланс интересов в отношениях между игроками и организаторами сильно смещен в сторону последних (которые и формулируют условия EULA), в то время как игроки вынуждены мириться с раскладом «бери или уходи» (take it or leave it).

В другом деле суд рассматривал вопрос правомерности организации «фабрик» по добыче игрового золота. Пользователь World of Warcraft подал иск против компании IGE, которая нанимала людей, централизованно раздавала указания по добыче внутриигровых ресурсов, а потом продавала через торговые площадки добытые предметы. Несмотря на то что спор в конечном итоге был добровольно урегулирован сторонами, сформулированная судом позиция свидетельствовала о его склонности к применению именно условий пользовательского соглашения, а не соответствующих императивных норм²⁰.

¹⁶ Gods – создатели игры, которые вполне могут иметь собственных персонажей и активно участвовать в жизни сообщества; в данной работе авторы используют понятие «организатор».

¹⁷ Blizzard Entertainment, Inc. v. In Game Dollar, LLC, 2007. – URL: <http://virtuallyblind.com>

¹⁸ MDY Industries, LLC v. Blizzard Entertainment, Inc., 2010. U.S. Court of Appeals, Ninth Circuit. – URL: <https://www.casemine.com>

¹⁹ Glider – некогда популярная программа-бот, заменяющая игрока в процессе добычи ценных ресурсов.

²⁰ Hernandez v. Internet Gaming Entertainment, U.S. District Court. S. D. Florida, 2007. – URL: <https://www.govinfo.gov>

В аналогичном деле уже Blizzard выступали в роли истца с требованиями о наложении судебного запрета на деятельность ответчика (обширная добыча золота, реклама соответствующих услуг в чате игры). Интересно, что помимо ссылок на законы о компьютерном мошенничестве и правила пользовательского соглашения, истец также аргументирует свою позицию тем, что огромное количество рекламных сообщений в чате отвлекает игроков от погружения в игровой процесс, снижая эффект иммерсивности, что ведет к совокупному ухудшению общего впечатления от игры²¹. Данный спор был также урегулирован подписанием мирового соглашения.

Такие кейсы демонстрируют неоднозначную тенденцию по применению зарубежными судами норм EULA, что оставляет открытым вопрос о применимости более «традиционных» императивных норм законодательства.

В контексте вопроса противопоставимости отношений «пользователь – организатор» и «пользователь – другой пользователь» интересен другой пример, предложенный Д. Фейрфилдом. Представим себе спор между организатором и игроком многопользовательской игры World of Warcraft, который нарушил условия EULA, использовав ненормативную лексику в групповом чате. В данном случае суд однозначно встанет на сторону организатора, заблокировавшего учетную запись сквернослава. По-видимому, позиция суда не должна меняться даже в том случае, если причиной блокировки аккаунта игрока было использование ненормативной лексики на локации «The Barrens»²². Такой подход может объясняться тем, что, вступая в игровое сообщество, игрок обязан согласиться с условиями EULA конкретной игры, которые связывают игрока правовой нитью с организатором, предписывая пользователю наиболее приемлемую (с точки зрения организатора) модель поведения. Использование ненормативной лексики запрещено большинством пользовательских соглашений, поэтому действия игрока будут расцениваться как наруше-

ние договорных обязательств, санкцией за которые может выступать блокировка учетной записи.

Одновременно с тем, если оскорбленный игрок А попытается предъявить иск, например, о возмещении морального вреда, к оскорбившему его игроку Б, возникает интересная проблема, обусловленная отсутствием каких-либо обязательственных отношений между данными лицами. Поскольку EULA это соглашение между отдельно взятым игроком с организатором, а не между игроками, пользователь, недовольный использованием ненормативной лексики другим игроком, лишен всякого средства защиты своих прав. Известно, что обязательство не создает обязанностей для третьих лиц (ст. 308 Гражданского кодекса Российской Федерации, ст. 1165 Французского гражданского кодекса), соответственно игрок А не способен самостоятельно (без помощи организатора) применить какие-либо санкции к игроку Б. Как указывает Д. Фейрфилд, теоретически суд в такой ситуации может обратиться к сложившимся социальным правилам поведения на конкретном сервере игрового мира²³. А как уже было отмечено, местом возникновения исследуемой ситуации является локация «the Barrens», на которой использование инвективной лексики является частью некоего социального контракта между игроками. Так, по мнению Д. Фейрфилда решением подобной ситуации может стать следующее: «...[Т]акой суд может решить, что, продолжая слушать (читать) публичный чат на локации «the Barrens» (игроки имеют возможность отключать каналы чата, если они не хотят их слышать), игрок А соглашается с более грубым стандартом используемой всеми игроками лексики. И хотя использование ненормативной лексики явно нарушает условия EULA, необходимо понимать, что в любой игре ожидается некоторое нарушение правил. Так, грубая лексика, по всей видимости, неизбежно включается в объем согласия (scope of consent) игроков касательно допустимости тех или иных ненормативных выражений»²⁴.

²¹ U.S. Code, Title 18, §1030 Fraud and related activity in connection with computers, 2006; California Computer Data Access and Fraud Act, California Penal Code. § 502 (West 2010).

²² Данная локация известна среди игроков онлайн-игры World of Warcraft приемлемостью использования обценной лексики.

²³ См.: *Fairfield J. Anti-Social Contracts: The Contractual Governance of Virtual Worlds* // McGill Law Journal, Vol. 53:3, - 2008, P. 460; *Risch M. Virtual Third Parties* // Santa Clara High Tech. Law Journal, Vol. 25, - 2009.

²⁴ Перевод по: *Restatement (second) of torts § 50 cmt. b.*

Ущемление прав пользователей онлайн-игр в Российской Федерации

Судебная практика в России по спорам, вытекающим из видео-игр, идет по пути наименьшего сопротивления – суды склонны отказывать в судебной защите нарушенных прав и законных интересов пострадавшей стороны (пользователя) по данной категории дел.

Российское законодательство содержит столь широко применяемую отечественными судами норму, согласно которой требования граждан и юридических лиц, связанные с организацией игр и пари или с участием в них, не подлежат судебной защите (п. 1 ст. 1062 ГК РФ).

Так, вероятно, Определение Басманного районного суда города Москвы от 1 июня 2011 г. стало одним из первых примеров такого подхода²⁵. Истец (игрок) требовал от организатора возмещения материального ущерба, процентов за пользование чужими денежными средствами, компенсации морального вреда. Основанием для иска стала блокировка учетной записи истца, ввиду чего сократился срок пользования игровым предметом (купленным игроком до блокировки), а также срок использования платной подписки на игровой сервис. Истцу отказали как в первой, так и во второй инстанции. Исследовав фактические обстоятельства дела, суд апелляционной инстанции пришел к выводу, что хотя отношения игрока и организатора урегулированы договором (иными словами – правом реального мира), однако с принятием условий такого договора игрок также соглашается с правилами, устанавливаемыми организатором. Иными словами, суд отказал в удовлетворении требования истца (со ссылкой на ст. 1062 ГК РФ), поскольку вопрос о «законности» (в контексте правил конкретного игрового сервиса) блокировки учетной записи подпадает в орбиту действия ст. 1062 ГК РФ.

В другом деле судом кассационной инстанции было отказано в удовлетворении жалобы истца, действовавшего в интересах себя и своего сына. Истец требовал признания конкретных условий

пользовательского соглашения недействительными, возврата уплаченных денежных средств, взыскания неустойки. Согласно фактуре дела, истец приобрел внутриигровые преимущества (дополнительные платные сервисы) путем конвертации реальных денег в игровую валюту. Но условие о так называемом «установлении баланса интересов игроков», закрепленное в п. 1.6 и п. 7.11 Пользовательского соглашения и условий игры, стало причиной отключения дополнительных платных сервисов аккаунтов истца²⁶. При разрешении заявленных исковых требований, суд первой инстанции, по всей видимости, проигнорировал основополагающее правило *lex specialis derogat generali*, и заключил, что частные правоотношения регулируются Законом РФ от 07 февраля 1992 г. № 2300-1 (ред. от 22 декабря 2020 г.) «О защите прав потребителей» (далее – Закон о защите прав потребителей) лишь в части, не урегулированной ГК РФ. Фактически в данном решении закрепляется идея о соотношении ГК РФ и Закона о защите прав потребителей как специального закона и общего соответственно, что не может не вызывать вопросов. Именно такая логика позволила применить ст. 1062 ГК РФ и не обращаться к Закону о защите прав потребителей, нормы которого позволили бы разрешить данный спор в пользу истца.

В деле В.В. Никулкин против Wargaming Group Limited Президиум Московского городского суда 18 сентября 2018 г. отменил определение Московского городского суда от 14 марта 2018 г., а дело направил на повторное рассмотрение в суд первой инстанции²⁷. Важно отметить, что Президиум, направляя дело на новое рассмотрение, явно и недвусмысленно указал на применимость норм Закона о защите прав потребителей (это было необходимо для признания пророгационного соглашения недействующим и рассмотрения данного спора в российском суде). Однако, Чертановский районный суд не учел позицию вышестоящего суда, отказав в удовлетворении исковых требований со ссылкой на ст. 1062 ГК РФ, а также на уже упомянутое соотношение ГК РФ и Закона о защите

²⁵ Определение Басманного районного суда города Москвы от 1 июня 2011 г. № 11-115/2009 11-43/2011 по делу № 11-115/2009.

²⁶ Определение Московского городского суда от 16 ноября 2015 г. № 4г/6-11858/2015.

²⁷ Постановление Президиума Московского городского суда от 18 сентября 2018 г. по делу № 44г-259/2018.

прав потребителей, как специального и общего закона: «Для материально-правовых отношений между организатором (владельцем) компьютерной онлайн-игры (юридическим лицом) и пользователем этой игры (физическим лицом) специальным является законодательство о проведении игр (глава 58 ГК РФ: ст. 1062–1063). Также это означает, что при разрешении споров о возмездно приобретенных в игре правах, имуществе (и прочем) не применяется ни законодательство о купле-продаже (глава 30 ГК РФ, в том числе ст. 454 и 455, на которые ссылается Истец), ни законодательство об обязательствах вследствие причинения вреда или неосновательного обогащения (главы 59 и 60 ГК РФ, в том числе ст. 1102, 1104 и 1105, на которые также ссылается Истец)». Наибольший интерес вызывает не столько решение по существу, сколько идеи, высказываемые судом по ходу. Так, из приведенного отрывка видно, что суд квалифицирует приобретаемые в игре преимущества как «права» и «имущество», но дальше данная идея не получает развития²⁸.

И подобных дел в практике российских судов подавляющее большинство. Подходы, применяемые судьями, свидетельствуют о полном отсутствии какого-либо понимания касательно правовой природы алеаторных сделок. Механически применяя ст. 1062 ГК РФ к спорным ситуациям из компьютерных игр, суды породили порочную тенденцию отказов в защите нарушенных прав пользователей игровых сервисов. Чтобы дальнейшая критика российской правоприменительной практики по исследуемой теме не показалась безосновательной, рассмотрим политико-правовые идеи, что лежат в основе ст. 1062 ГК РФ, а также опыт зарубежных юрисдикций по рассмотрению споров из онлайн-игр.

Цицерон, рассуждая о применимости права к регулированию игр, прибегнул логическому приему *reductio ad absurdum* (доведение до абсурда): «На таком основании мы могли бы даже игру в мяч или в двенадцать линеек считать присущей гражданскому праву потому лишь, что Публий Муций – великий мастер и в том и в другом»²⁹. Други-

ми словами, данный тезис показывал всю абсурдность, по крайней мере с точки зрения римских юристов, идеи правового регулирования игр.

Во многом негативное отношение римских правоведов к регулированию игр и пари было обусловлено отнюдь не представлениями об аморальности и безнравственности таких занятий, а ввиду того, что игры и пари, как сделки, основанные на пороке воли (заблуждении), не могли быть наделены иском. Здесь стоит отметить, что сделки из игр и пари в сущности своей являются наиболее ярким примером натуральных обязательств – обязательств, которые не обеспечены принудительной силой государства [9].

В литературе отмечается, что римское право строго разделяло *sponsio* (пари в форме стипуляции), и *alea* (пари, не имеющее формы стипуляции) [9]. При этом именно *sponsio* получило большее распространение. Г. Дернбург говорил: «Хотя игра была запрещена в Риме, однако пари – *sponsio* в специальном смысле – допускалось, обладало исковой силой и с древнейших времен очень часто встречалось на практике» [3, с. 275].

Римское право признавало долг из пари, связанных с «навыками тела», не в силу каких-то глубинных идей о полезности таковых, но в силу их публичности. Как точно отмечает А.Г. Федотов, «дело не в метании дротика и не в кулачном бою, а в публичности, и потому доказательной силе и бесспорности этих соревнований как способов выявления обстоятельств, от которых зависит выигрыш и проигрыш в пари» [9].

Действительно, фактор публичной доказуемости мог быть тем необходимым атрибутом пари, наличие которого придавало соответствующим сделкам юридическую силу. Сегодня большинство развитых правовых порядков признает публичные пари (лотереи), организуемые государством, именно потому, что такие сделки содержат в себе атрибут публичной доказуемости (не говоря уже о том, что такая деятельность облагается налогами).

При этом очень маловероятно, что российские суды, отказывая в удовлетворении вполне

²⁸ Решение Чертановского районного суда г. Москвы от 7 декабря 2018 г. по делу № 02-4488/2018.

²⁹ Цицерон М.Т. Об ораторе. Кн. I. Гл. 50. § 217 // Три трактата об ораторском искусстве. М.: Наука, 1972.

законных требований, вытекающим из компьютерных игр, руководствуются аналогичными идеями, сформулированными еще римскими юристами. Вероятнее всего, такое «прохладное» отношение к спорам из онлайн-игр обусловлено консервативными взглядами в целом на то, чем люди должны заниматься в свободное время и на несерьезность и неполезность видео-игр в целом. Другим возможным объяснением вполне может быть нежелание судей разбираться в тонкостях правовой квалификации самих онлайн-игр, а также внутриигровых отношений, когда есть закрепленная в законе норма, позволяющая суду отказать потребителю в защите нарушенных прав.

Впрочем, в отсутствие адекватной легальной дефиниции понятия «игра», сложно упрекать судебную систему в существовании такой негативной тенденции ограничения потерпевших в правах на судебную защиту. Нельзя не отметить, что ст. 4 ФЗ от 29 декабря 2006 г. № 244-ФЗ «О государственном регулировании деятельности по организации и проведению азартных игр и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации» (далее – Закон об азартных играх) содержит определения понятий «азартная игра» и «пари». Так, законодатель определяет данные понятия как «основанные на риске соглашения о выигрыше».

Основной момент, без уяснения которого дальнейшее исследование бессмысленно, заключается в том, что рассматриваемые дефиниции тесно связаны с характером азартности соответствующих сделок. При этом очевидно, что ММОГ, как целостный продукт, никак не может рассматриваться в качестве азартной игры (вопрос о правовом регулировании лутбоксов³⁰ в играх находится за рамками данной работы), поскольку не несет в себе ни риска, ни какого-либо выигрыша, о котором говорит законодатель в Законе об азартных играх. Напротив, люди играют в многопользовательские игры ради самого процесса достижения внутриигровых целей, коммуникации с другими

игроками. Отношения из ММОГ отличны от игр и пари в понимании ст. 1062 ГК РФ и ст. 4 Закона об азартных играх уже потому, что в пользовательских соглашениях между организаторами и игроками отсутствуют условия о выигрыше. Так, достижение максимального уровня развития персонажа в, например, World of Warcraft не влечет за собой ограничение доступа к игре или выплаты какого-либо выигрыша.

Анализ сложившихся в доктрине взглядов и подходов к решению вопроса не самой удачной формулировки ст. 1062 ГК РФ отражен в работе Е.А. Останиной [5, с. 329]. Автор рассматривает несколько потенциальных решений проблемы, в частности – текстуальное изменение (уточнение) ст. 1062 ГК РФ путем включения в текст нормы указания на характер азартности игр, которые по умолчанию лишены иска³¹.

Представляется, что механическое изменение текста нормы не позволит переломить сложившуюся судебную практику. Лишь дальнейшее развитие доктрины, и восприятие судами современных тенденций, позволит сформировать устойчивую практику достойную современного правового порядка. Очевидно, что при полном отказе судей от любых попыток правового анализа отношений из онлайн-игр, обозначенный порочный подход закрепится на долгие годы, не только ограничивая потребителей в их конституционных правах, но также снижая общий уровень инвестиционной привлекательности российского рынка компьютерных игр.

При этом необходимо отметить, что в судебной практике иногда встречаются весьма здравые подходы, демонстрирующие, что некоторые суды способны к телеологическому толкованию ст. 1062 ГК РФ в контексте споров из онлайн-игр. Так, Ленинский районный суд г. Кемерово в своем определении от 26 апреля 2013 г. приходит к двум наиболее важным в контексте данного исследования выводам: 1) интерактивная компьютерная онлайн-игра является программой интерактивного типа

³⁰ Лутбоксы, также употребляется название «кейс» или «контейнер» — виртуальный предмет в компьютерных играх, при использовании которого игрок получает случайные виртуальные предметы различной ценности и назначения.

³¹ См. напр: *Багно Ю.В.* Гражданско-правовое регулирование отношений, возникающих из игр и пари: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Краснодар, 2004. С. 9.; *Павленко П.В.* Гражданско-правовое регулирование игр, пари и смежных с ними институтов гражданского права (сравнительный аспект): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2009. С. 12.

(«мультимедиа») для ЭВМ (Постановление Правительства РФ от 17 мая 1996 г. № 614 «О ставках вознаграждения исполнителям за некоторые виды использования исполнения (постановки)»); 2) интерактивная компьютерная онлайн-игра не является азартной игрой или пари³².

Суд, разграничивая понятия компьютерной онлайн-игры и азартной игры, обращается к легальной дефиниции последней, что закреплена в уже упомянутом Законе об азартных играх. После чего судом уточняется, что в онлайн-игре «отсутствует условие о «выигрыше», т. е. о денежных средствах или ином имуществе, в том числе имущественных правах, подлежащих выплате или передаче участнику азартной игры при наступлении результата азартной игры, предусмотренного правилами, установленными организатором азартной игры, в связи с чем, отсутствует существенное условие «азартной игры» или «пари».

Основное препятствие для применения Закона о защите прав потребителей, а именно – «безвозмездность» подключения игрока к условно-бесплатной (free to play) онлайн-игре, к сожалению, должным образом не рассмотрено в решении. Приводимый судом аргумент о том, что организатором установлена плата за пользование дополнительными возможностями онлайн-игры (приобретение внутриигровых преимуществ за реальные деньги) хотя и может являться ключом к решению вопроса о применимости императивных норм закона реального мира в контексте условно-бесплатных онлайн-игр, однако явно не исчерпывает названную проблему.

Сомнение вызывает ссылка суда на положения Пользовательского соглашения рассматриваемой игры. Так, п. 6.20 данного соглашения было определено, что конкретная онлайн-игра не является азартной игрой, игрой на деньги, конкурсом, пари. Поскольку в дальнейшем суд не делает на этом акцента, представляется, что наличие в пользовательском (лицензионном) соглашении подоб-

ного условия не является обязательным фактором для наделения требования из онлайн-игры иском. Так или иначе, сегодня большинство организаторов онлайн-игр включают в свои пользовательские соглашения условие о том, что предоставляемые услуги по доступу к игре не являются азартными играми, конкурсом, пари³³.

Другим интересным примером хоть скольконибудь здравого подхода к разрешению споров в обозначенной сфере является следующее дело. Решением мирового судьи судебного участка № 48 района Черемушки г. Москвы от 18 июня 2012 г., оставленным без изменения Определением Черемушкинского районного суда г. Москвы от 6 ноября 2012 г. по делу № 11-12/2014, требования гражданина П. к ООО «Лайт Вижн Интерактив» о взыскании денежных средств, пени, расходов, штрафа, компенсации морального вреда удовлетворены в части³⁴. Требования мотивированы тем, что истец на протяжении нескольких лет играл в онлайн-игру (организатором являлся ответчик), «вкладывая» реальные деньги, путем покупки внутриигровых дополнительных возможностей, в прогресс своего игрового персонажа (около 25 тыс. руб.). Когда истец в очередной раз заканчивал задание в игре, ему посчастливилось добыть (подобрать с земли) весьма редкий игровой предмет, стоимостью 7 200 золотых монет³⁵.

Суды первых инстанций требования истца удовлетворили в части. Так, апелляция согласилась с выводами мирового суда о том, что возникшие между сторонами отношения регулируются Законом о защите прав потребителей. Пусть такой подход и не получил должного обоснования, однако это не делает его несправедливым. Что вызывает серьезные вопросы, так это крайность, в которую ушел мировой судья и поддержал районный суд – применение норм права к отношениям, складывающимся непосредственно в игре. Рассматривая требования истца о возврате (зачислении на игровой аккаунт) изъятого организатором

³² Апелляционное определение Ленинского районного суда г. Кемерово от 26 апреля 2013 г. по делу № 11-59/2013.

³³ «Пользователь соглашается с тем, что Игра не является азартной игрой, игрой на деньги, конкурсом или пари»; Пункт 9.1. Лицензионного соглашения Wargaming.net (ред. от 01 апреля 2017 г.). – URL: <https://legal.ru.wargaming.net/ru/>

³⁴ Определение Черемушкинского районного суда г. Москвы № 11-12/2014 11-211/2013 от 24 февраля 2014 г. по делу № 11-12/2014.

³⁵ Игровая валюта, конвертация в рубли один к одному.

предмета (тот самый редкий предмет за 7200 золотых) суд рассуждает следующим образом: ст. 227 ГК РФ предусмотрено, что нашедший потерянную вещь обязан немедленно уведомить об этом лицо, потерявшее ее, или собственника вещи или кого-либо другого из известных ему лиц, имеющих право получить ее, и возратить найденную вещь этому лицу. Истец не приобрел прав собственности на «находку» и не передал ее организатору игры, а значит требования истца удовлетворению не подлежат.

Видно, что суды явно пренебрегли границами реального и нереального, применив к обыденной игровой ситуации право реального мира. В данном свете полезность концепции магического круга бесспорна, поскольку право реального мира не должно настолько глубоко вмешиваться в регулирование миров игровых. Если мы говорим, что государственный суд может и должен рассматривать подобные сугубо «игровые» споры (отношения игрок-игрок), то это автоматически означает, что, например, установление факта забитого гола также может и должно находиться в компетенции государственного суда.

Между тем, в остальной части суды пришли к правильным выводам (применимость норм Закона о защите прав потребителей). Однако, данные решения были отменены постановлением Президиума Московского городского суда по делу № 44г-45, в котором суд прибегнул к уже традиционной конструкции: гражданско-правовые отношения регулируются Законом о защите прав потребителей лишь в части, не урегулированной ГК РФ и иными специальными законами, содержащими нормы гражданского права (п. 2 ПП ВС № 17 «О рассмотрении судами гражданских дел по спорам о защите прав потребителей»); требования граждан и юридических лиц, связанные с организацией игр и пари или с участием в них, не подлежат судебной защите (ст. 1062 ГК РФ). Огорчает и то, что суд даже не попытался дать правовую квалификацию сложившимся отношениям (напри-

мер: игра предоставляется безвозмездно, соответственно положения Закона о защите прав потребителей не подлежат применению).

В свете следующего Определения Конституционного Суда Российской Федерации (далее – КС РФ) от 26 мая 2011 г. № 684-О-О единичные переломы в сторону потребителя в судебной практике по рассмотрению споров из онлайн-игр представляются поистине удивительными ввиду своей редкости. В данном Определении КС РФ отказал в принятии жалобы по проверке конституционности положений ст. 1062, 1063 ГК РФ, сославшись на ст. 3 ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации»³⁶. По мнению заявителя жалобы, указанные нормы нарушают его права, гарантированные ст. 2, 17 (ч. 1), 18, 19 (ч. 1), 44 (ч. 1), 46 (ч. 1), 47 (ч. 1) и 55 (ч. 2) Конституции Российской Федерации, поскольку содержат неясность в части определения понятия «игра» и допускают их произвольное истолкование судом. Фактически данное Определение подтвердило «правильность» сложившейся практики, оценив дефиницию понятия игра (ст. 1062 ГК РФ) как формально-определенную.

Правовая природа договора между игроком и организатором

Чтобы более полно ответить на вопрос о справедливости сложившейся судебной практики, необходимо исследовать правовую природу договоров, заключаемых между организаторами и игроками. Так, признаки большинства пользовательских соглашений наиболее популярных ММОГ характерны именно для договоров присоединения (ст. 428 ГК РФ)³⁷.

Оценивая субъектный состав, а также характер и цели предоставляемых услуг, представляется вполне справедливой идея о потенциальной возможности урегулирования отношений из онлайн-игр Законом о защите прав потребителей (по крайней мере, если рассматривать отношения игрок – организатор).

³⁶ Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 26 мая 2011 г. № 684-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Шевченко Евгения Игоревича на нарушение его конституционных прав статьями 1062 и 1063 Гражданского кодекса Российской Федерации». – URL: <http://www.ksrf.ru>

³⁷ Лицензионное соглашение Wargaming.net (ред. от 01 апреля 2017 г.). – URL: <https://legal.ru.wargaming.net/ru/>; Лицензионное соглашение Blizzard с конечным пользователем. (ред. от 09 октября 2020 г.). – URL: <https://www.blizzard.com/ru-ru/>

Стоит отдельно остановиться на своеобразном дуализме судебной практики в понимании сущности самих договоров между игроками и организаторами. Так, в налоговых спорах между государством и организатором игры, суды склонны видеть в соответствующих договорах элементы договоров на предоставление услуг³⁸. Однако в спорах между игроком и организатором суды, как было показано ранее, выводят на первое место понятие «игра» и попросту отказывают в защите нарушенных прав.

Данный дуализм не может не вызывать отторжения, что подтверждается в доктрине [5, с. 329]. Ведь действительно, если суды в одних спорах организатора игры признают в качестве исполнителя услуги, то почему бы не использовать подобную логику применительно к тождественным спорам, но с иным субъектным составом?

Анализируя судебную практику российских судов, можно выделить две основные конструкции, применяемые судами для отказа в удовлетворении требований: 1) поскольку ГК РФ является специальным законом по отношению к Закону о защите прав потребителей, то нормы последнего в спорах о защите слабой стороны договора неприменимы, тогда как ст. 1062 ГК РФ лишает игроков права на судебную защиту; 2) коль скоро игрок присоединяется к игре на безвозмездной основе (модель Free-to-Play), положения Закона о защите прав потребителей согласно п. 1 ПП ВС РФ от 28 июня 2012 г. № 17 «О рассмотрении судами гражданских дел по спорам о защите прав потребителей» (далее – ПП ВС РФ от 28 июня 2012 г. № 17) неприменимы.

И если второй подход не лишен смысла и имеет под собой теоретическое обоснование, то первый вовсе является абсурдным, нарушающим права потребителей.

Пример попытки правовой квалификации отношений между игроком и организатором, в основе которого лежал критерий платности предоставляемой услуги, отражен в Апелляционном определении Московского городского суда от 20 мая 2019 г.³⁹ В данном деле суд оценивал решение

первой инстанции, отказавшей в удовлетворении исковых требований игрока к организатору. Из обстоятельств дела видно, что истец (игрок) обратился в суд за защитой своих прав после того, как ответчик (организатор) неоднократно накладывал внутриигровые санкции на персонажа истца. Истец прибегнул к своеобразной процедуре «выкупа» (персонаж истца находился во внутриигровой зоне, в сущности являющейся тюрьмой), чтобы вновь пользоваться услугами организатора, но последний спустя некоторое время снова наложил санкции на персонажа. Тут стоит отдельно заметить, что «свобода» для игрового персонажа истцу стоила 550 рублей, которые нужно было сконвертировать в игровое золото и зачислить на баланс администратора.

В данном деле суды сослались на преамбулу Закона о защите прав потребителей, пп. «г» п. 3 ПП ВС РФ от 28 июня 2012 г. № 17, заключив, что безвозмездный характер лицензионного соглашения, заключенного между игроком и организатором не позволяет применить к сложившейся ситуации нормы Закона о защите прав потребителей.

Развивая данный тезис суд говорит следующее: «Действия игрока по использованию игровой валюты, в том числе обмен на другие игровые ценности/предметы, участие в игровых акциях, дальнейшее пользование игровых предметов совершаются игроками самостоятельно и внутри игры. Игра предоставляется пользователям бесплатно, по этой причине к правоотношениям не могут быть применены положения Закона о защите прав потребителей».

Суд не учел доводы истца о том, что Арбитражным судом г. Москвы от 24 ноября 2014 г. отношения по предоставлению дополнительного платного функционала онлайн-игры были признаны услугами развлекательного характера, поскольку по мнению суда данное дело было связано со спором между организатором игры и Налоговым органом в связи с применением налоговой льготы, и не касалось спора игрок – организатор⁴⁰. Таким образом, по мнению суда признание дополнительного

³⁸ Постановление Арбитражного суда Московского округа от 18 июня 2015 г. № Ф05-7093/2015 по делу № А40-91072/14.

³⁹ Апелляционное определение Московского городского суда от 20 мая 2019 г. по делу № 33-21065/2019.

⁴⁰ Решение Арбитражного суда города Москвы от 24 ноября 2014 г. по делу № А40-91072/2014.

платного функционала Игры услугами развлекательного характера не влияет на возможность применения Закона о защите прав потребителя в отношениях игрок – организатор Игры. Центральная идея всего решения такова, что к конкретному делу неприменимы положения Закона о защите прав потребителей не потому, что сложившиеся отношения вовсе не попадают в орбиту указанного закона, а по той причине, что истец (игрок) использовал исключительно бесплатный функционал Игры, не приобретая при этом за дополнительную плату внутриигровые привилегии или предметы.

Однако, будучи относительно стройным и логичным до определенного момента, решение суда было «подпорчено» ссылкой на ст. 1062 ГК РФ. При этом судом был сделан особый акцент на том, что по смыслу нормы 1062 ГК РФ она применима ко всем играм, вне зависимости от вида: «согласно п. 1 ст. 1062 Гражданского кодекса РФ, не подлежат судебной защите требования граждан и юридических лиц, связанные с организацией и участием в любой игре, вне зависимости от ее вида».

Интересно, что дело № А40-91072/2014, на которое ссылался истец, является одним из самых знаковых для развития и функционирования игровой индустрии на территории России, поскольку в нем Арбитражный суд г. Москвы прямо указывает на обязательственный характер правовой связи между организаторами и игроками: «...[И]з анализа Лицензионных соглашений следует, что данные соглашения являются смешанными и содержат в себе положения как лицензионного соглашения, так и положения договора об оказании платных услуг... Суд приходит к выводу о том, что представление возможности использования дополнительного функционала игры (ДФИ) в целях облегчения игрового процесса и более быстрого развития игрового персонажа является по своей сути договором оказания платных услуг и имеет отдельное регулирование в анализируемом лицензионном соглашении. ... Таким образом, у потребителей формировалось представление о том, что приобретаемый дополнительный функционал

игры является услугой по организации игрового процесса»⁴¹.

Необходимо отметить, что «Мейл.ру Геймз» дошла с этим делом до кассации, однако суды не нашли оснований для отмены первоначального решения Арбитражного суда города Москвы от 24 ноября 2014 г. Интерес вызывает постановление АС Московского округа по данному делу, в котором суд указывает на то, что организатором «осуществлялись операции по безвозмездному представлению прав использования многопользовательских онлайн-игр, игровой процесс в которых осуществляется с использованием сети Интернет пользователями – физическими лицами. Фактически на возмездной основе имели место операции по реализации физическим лицам услуг по организации игрового процесса»⁴². То есть, АС Московского округа соглашаясь с решениями нижестоящих инстанций, подтвердил правильность правовой квалификации пользовательских соглашений, как договоров со смешанным характером (договор услуг в части предоставления возможности покупки внутриигровых привилегий и предметов).

Таким образом, по крайней мере один из подходов нынешней судебной практики по разрешению споров о защите прав слабой стороны в контексте отношений игрок-организатор хоть и не лишен некоторых противоречий, однако предоставляет потенциальную базу для развития в дальнейшем позитивной тенденции по удовлетворению исков потребителей к организаторам онлайн-игр.

Опыт зарубежных правовых порядков в разрешении судебных споров между игроками и организаторами

Говоря о применимости Закона о защите прав потребителей к спорам между организаторами и игроками нельзя не рассмотреть самые показательные дела зарубежной практики.

Дело *Bragg v. Linden Research, Inc.* (2007) является одним из самых обсуждаемых в данном свете, поскольку демонстрирует спор между пользователем игры *Second Life* и организатором игры по поводу прав собственности на виртуальные

⁴¹ Там же.

⁴² Постановление Арбитражного суда Московского округа от 12 октября 2015 г. по делу № А40-56211/2014.

объекты и незаконность изъятия последних⁴³. Марк Брэгг (истец) обнаружил эксплойт (уязвимость игры), который позволил ему получить доступ к данным аукциона виртуальной собственности. Истец получил возможность посещать страницы аукционов внутриигрового имущества еще до того, как они стали доступны остальным игрокам. Сделав несколько минимальных ставок (которые не были оспорены), истец заполучил несколько объектов внутриигрового имущества по низкой цене. Как только данный эксплойт был выявлен, организатор игры «конфисковал» (по факту – ограничил доступ к компьютерной информации) все купленное имущество и заморозил игровые счета истца. Брэгг утверждал, что Linden Lab (организатор) таким образом нарушил его права собственности на виртуальную собственность [11].

Суд, разрешая данный спор, в качестве основания для применения норм реального права положил факт реальности денежных средств, которые были фактически потрачены истцом. Более того, суд указал на то, что организатором игры еще в 2003 году было объявлено о признании полной защиты интеллектуальной собственности участников в отношении цифрового контента, создаваемого и приобретаемого в Second Life.

Ответчик возражал против рассмотрения дела в государственном суде, ссылаясь на третейскую оговорку, содержащуюся в пользовательском соглашении. Данный довод был отвергнут судом, поскольку было установлено, что фактически отношения между сторонами были урегулированы договором присоединения, условия которого были предложены организатором и могли быть восприняты игроком лишь полностью, что исключало возможность переговоров по поводу ущемляющих положений договора.

Поскольку по условиям мирового соглашения ответчик снял блокировку с аккаунта истца (но приобретенное в обход правил игры имущество не было возвращено), вопрос о правовой природе виртуальных объектов остался без ответа. С другой стороны, в данном деле прослеживается патерналистский подход суда к защите интересов слабой стороны догово-

ра. Учитывая, что российский Закон о защите прав потребителей направлен именно на защиту слабой стороны – потребителя, представляется, что рассмотренное дело иллюстрирует положительные черты такого подхода и потенциальную возможность его имплекации в российскую практику.

Представляется, что в широком смысле всякий договор между организатором ММОГ и пользователем является договором присоединения. Поэтому пользователь может ссылаться на недействительность недобросовестных условий договора согласно ст. 10 и 168 ГК РФ и использовать правило толкования *contra proferentem* при неясности условий пользовательского соглашения.

Говоря о недействительности положений пользовательских соглашений, нельзя не упомянуть дело, рассмотренное судом Саарбрюккена⁴⁴. В данном деле суду предстояло разобраться в стандартной на первый взгляд ситуации – ребенок на родительские деньги купил себе внутриигровые предметы в отсутствие согласия родителя.

Согласно фабуле дела, тринадцатилетний сын ответчика является участником условно-бесплатной (Free-to-Play) онлайн-игры, в которой предусмотрена возможность покупки различных предметов, ускоряющих прогресс. Организатором было предусмотрено множество способов оплаты, в том числе – оплата телефонного звонка, чем и воспользовался юный игрок, внося крупную сумму денежных средств на свой игровой аккаунт (2818,47 евро).

После исследования материалов дела суд пришел к выводу о незаконности включения в игру подобного способа оплаты, который не предполагает проверку возраста пользователя. Ссылаясь на ст. 138 Германского гражданского уложения (далее – ГГУ), суд отдельно отмечает, что рассматриваемая игра является особенно привлекательной для детей и подростков⁴⁵. При этом суд отвергает довод организатора об отсутствии у игры такой целевой аудитории, как несовершеннолетние, поскольку пласт аудитории, представленный несовершеннолетними, неизбежно входит в общую аудиторию игры. Более того, судом установлено, что надпись загрузочного экрана свидетельст-

⁴³ Bragg v. Linden Research, Inc., U.S. District Court. May, 2007.

⁴⁴ Gratis-Online-Spiele sind nicht immer gratis oder Gladius animiert Kinder ihre Eltern zu bestehlen! 2011. - Октябрь 4. - URL: <https://www.kanzlei.biz/>

⁴⁵ Сделка против добрых нравов.

вует об определенной таргетированности рассматриваемой игры именно на несовершеннолетних (загрузочный экран встречает игроков надписью: «Если вас не испугать опасностями дикой природы, если вы с гордостью можете войти на арену и сразиться с каждым, кто осмелится бросить вам вызов, тогда этот мир для вас»⁴⁶). Суд отмечает, что организатор игры должен был осознавать, что основную массу аудитории его игры составляют несовершеннолетние, соответственно риск отсутствия полной дееспособности у контрагентов (игроков) было бы справедливо возложить именно на организатора игры.

Тут важно отметить, что немецкое право, равно как и российское, предусматривает специальный механизм по исцелению (конвалидации) сделок⁴⁷. В частности, в рассматриваемом деле перед судом также стоял вопрос о наличии такого юридического факта, как последующее одобрение родителем сделки, совершенной его несовершеннолетним ребенком (п. 1 ст. 108 ГГУ). А поскольку сделка истцом (отец игрока) подтверждена не была, то она не влечет юридических последствий (ст. 110 ГГУ).

Суд также добавил, что несовершеннолетние, привлеченные первоначально предложенной возможностью играть бесплатно, попадают в «привлекательность» игры из-за незрелости и неопытности, а затем склонны воспользоваться простым и легкодоступным средством платежа для ускоренного прохождения. Суд говорит: «Всякий, кто намеренно пользуется незрелостью умов несовершеннолетних и их повышенной подверженности различного рода манипуляциям в целях извлечения выгод и возложений дополнительного бремени на третьих лиц, действует недобросовестно»⁴⁸.

Суд также ссылается на большое количество подобных дел, в которых родители детей понуждаются к оплате огромных счетов, причиной которых были внутриигровые покупки. Суд при этом высказывает сомнение в том, что во всех подобных делах отсутствовало одобрение родителя, однако учитывая размер внутриигровых транзакций и среднемесячный зара-

боток многих трудоспособных граждан весьма вероятно, что по крайней мере некоторые из подобных долгов вытекают из недействительных сделок, совершенных несовершеннолетними в отсутствие соответствующего одобрения сделки родителем.

Заключение

Проведенное исследование позволяет утверждать, что российские пользователи ММОГ в значительной мере ущемляются в своих законных правах по сравнению с игроками из иных правовых порядков, о чем свидетельствуют приведенные в настоящей работе примеры судебных актов. Так, на сегодняшний день существует несколько основных проблем, без решения которых будет невозможно как-либо изменить ситуацию к лучшему. Среди таких проблем особенно выделяются: отсутствие единообразной судебной практики касательно подходов к квалификации как самих онлайн-игр, так и отношений между игроками и организаторами; неточная легальная дефиниция понятия «азартная игра»; некая туннельность и излишний позитивизм, проявляемый судами при рассмотрении споров из ММОГ; консервативные взгляды судей на сущность онлайн-игр.

Само существо алеаторных сделок предполагает некое заблуждение сторон относительно условий сделки. Так, в отсутствие заблуждения теряется вся суть игр и пари (коль скоро стороны осведомлены касательно исхода – значит отсутствует интерес в такой сделке). Уяснение концептуального подхода к пониманию игр и пари в качестве натуральных обязательств⁴⁹, существование которых правом признается, но не обеспечивается судебной защитой (что позволяет праву «мириться» с существованием сделок с пороком воли), позволяет прийти к еще более значимому выводу. Так, согласие игрока с пользовательскими соглашениями и любыми иными правилами игры по общему правилу не содержит заблуждения относительно предоставляемой услуги по доступу к игровым функциям. Такая же логика работает в отношении приобретаемых дополнительных внутри-

⁴⁶ Перевод по: *Gratis-Online-Spiele sind nicht immer gratis oder Gladiatus animiert Kinder ihre Eltern zu bestehen!* 2011. - Октябрь 4. - URL: <https://www.kanzlei.biz/>

⁴⁷ *Бурибаев Т.Н., Гачина А.А.* Конвалидация недействительных сделок и принцип эстоппель // Экономика. Право. Общество. – 2020. – №4 (24) – С. 75

⁴⁸ Перевод по: *Gratis-Online-Spiele sind nicht immer gratis oder Gladiatus animiert Kinder ihre Eltern zu bestehen!* 2011. - Октябрь 4. - URL: <https://www.kanzlei.biz/>

⁴⁹ Федотов. Указ. соч.

игровых функций (предметов, бустеров, премиальных подписок), поскольку обычно игрок, как и любой другой разумный потребитель, перед покупкой оценивает приобретаемый объект на предмет субъективной значимости и полезности, иными словами в такой ситуации отсутствует уникальный атрибут игр и пари – заблуждение. По этой причине совершенно неразумно распространять специальный режим, предусмотренный для игр и пари, существование которого в принципе обусловлено правовой природой алеаторных сделок, на онлайн-игры.

Авторы данной работы уверены, что принятие и адаптация доктрины магического круга российским правопорядком позволит переломить негативную тенденцию игнорирования большинства споров из компьютерных игр. Именно концепция

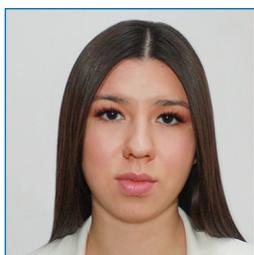
магического круга поможет судам определить пределы действия ст. 1062 ГК РФ. Другим возможным решением сложившейся проблемы может стать текстуальное изменение ст. 1062 ГК РФ, которое бы недвусмысленно ввело характер азартности в качестве обязательного признака игр и пари. Представляется, что таким образом получится достичь смежного результата – точно определить пределы действия ст. 1062 ГК РФ, выведя из орбиты данной нормы регулирование онлайн-игр.

До внедрения конкретных изменений в ткань законодательства, было бы целесообразно рассматриваемой проблеме уделить особое внимание в разъяснениях высших судов, распространив правила о защите слабой стороны на отношения, возникающие из компьютерных игр.

Список литературы:

1. *Архипов В.В.* Виртуальное право: основные проблемы нового направления юридических исследований // Известия высших учебных заведений. Правоведение. – 2013. – № 2 (307). – С. 93–114.
2. *Архипов В.В.* Семантические пределы права в условиях медиального поворота: теоретико-правовая интерпретация // дис. ... д-ра юрид. наук. – Спб., 2020.
3. *Дернбург Г.* Пандекты. Т. II: Обязательственное право. М., 1911. С. 275.
4. Дигесты Юстиниана. Том II. Перевод с латинского / под ред. Л.Л. Кофанов. – 2-е изд., испр. – М.: Статут, 2008. – 622 с.
5. *Останина Е.А.* Основание присоединения к многопользовательской онлайн-игре – договор с участием потребителей // Право в сфере Интернета: Сборник статей / отв. ред. Рожкова М.А. – М.: Статут. 2018. – С. 311–345.
6. *Савельев А.И.* Правовая природа виртуальных объектов, приобретаемых за реальные деньги в многопользовательских играх // Вестник гражданского права, – 2014, №1 С. 127–150.
7. *Седых И.А.* Индустрия компьютерных игр 2020 / Институт «Центр развития» НИУ «Высшая школа экономики». – 2020. 74 с. // [Электронный ресурс]. - URL: <https://dcenter.hse.ru/data/2020/07/27/1599127653/Индустрия%20компьютерных%20игр-2020.pdf> (дата обращения: 10 марта 2021 г.).
8. *Федотов А.Г.* Игры и пари в гражданском праве // Вестник гражданского права. - 2011. - № 2. С. 25 - 74.
9. *Федотов А.Г.* Натуральные обязательства // Вестник гражданского права. – 2010. - № 1. С. 79–131.
10. *Abramovitch S., Cummings D.* Virtual Property, Real Law: The Regulation of Property in Video Games // Canadian Journal of Law and Technology. – 2007. Vol. 6.2. P. 73-81.
11. *Candidus D.* Bragg v. Linden: Virtual Property Rights Litigation // E-Commerce Law & Policy. Vol. 9, № 7, - 2007.
12. *Duranske B.T.* Virtual Law. Navigating the Legal Landscape of Virtual Worlds. Chicago // ABA Publishing, - 2008.
13. *Fairfield J.* Virtual Property // Boston University law review. – 2005. Vol. 85:1047.
14. *Huizinga J.* Homo Ludens: the Study of the Play-element in Culture // Beacon Press, - 1955. 232 p.
15. *Joshua A.T. Fairfield.* The Magic Circle // Washington & Lee University School of Law. – 2009. – С. 824-825.
16. *Salen K., Zimmerman E.* Rules of Play: Game Design Fundamentals // The MIT Press, - 2003, 672 p.
17. *Spooner M.* It's Not a Game Anymore, Or Is It?: Virtual Worlds, Virtual Lives, and the Modern (Mis) Statement of the Virtual Law Imperative // University of St. Thomas Law Journal. – 2012. Vol. 10:2. P. 533-578.
18. *Stenos J.* In Defence of Magic Circle: The Social and Mental Boundaries of Play // DiGRA Nordic '12: Proceedings of 2012 International DiGRA Nordic Conference. – 2012. Vol. 10. 19 p.

Позиция судов по вопросу охраны контента группы в социальных сетях как объекта интеллектуальной собственности (обзор)



Е.В. Залаева,

студентка 1 курса магистратуры РШЧП,
стажер адвоката в МКА «ГРАД»,
помощник руководителя ЦОО АЦ при РСПП

В статье рассматривается вопрос об охране контента группы в социальных сетях как объекта интеллектуальных прав на основе анализа судебной практики. По результатам анализа судебной практики и научной доктрины по рассматриваемому вопросу выделены три основные позиции: первая – группа в социальной сети как объект прав изготовителя базы данных, вторая – невозможность признания смежных прав на группу в социальной сети, третья – сообщество в социальной сети как вторичное произведение: сложный объект или составное произведение.

Ключевые слова:

интеллектуальные права, социальные сети, сообщество в социальной сети, Интернет, база данных, смежные права.

Охраняется ли контент группы в социальных сетях как объект интеллектуальной собственности, в частности как база данных? Этот вопрос стал ключевым для разрешения спора о правах на сообщество «Тихвинская сорока» в социальной сети «ВКонтакте».

Согласно материалам дела Шиленкова С.А. (далее – «Истец») в 2014 г. создала сообщество в социальной сети «ВКонтакте» под названием «Тихвинская сорока» (далее – «Сообщество») в целях развития одноименного средства массовой информации, учредителем которого также являлась Истец. Для продвижения Сообщества

Истец привлекла Новочаеву Е.А. (далее – «Ответчик») в качестве администратора. Однако в последующем Ответчик ограничила доступ Истца к управлению Сообществом, а также изменила его содержание.

Истец, полагая, что таким образом были нарушены ее личные неимущественные права как автора результатов интеллектуальной деятельности, обратилась в суд с требованиями признать ее исключительное право на Сообщество как базу данных, охраняемую авторским и смежным правом, обязать Ответчика возвратить права администрирования Сообщества, а

также удалить все элементы контента, созданные на страницах Сообщества за время незаконного использования, и пресечь действия Ответчика по неправомерному использованию Сообщества.

Основные доводы судов заключались в следующем. Суд первой инстанции¹, с одной стороны, отметил, что требования о признании исключительных на базу данных и о пресечении нарушения не подлежат удовлетворению, поскольку Истец не конкретизировала, на какой именно контент она просит признать свое исключительное право автора, что вкладывает в понятие базы данных. Суд также указал, что признание прав на контент Сообщества за Истцом может привести к нарушению прав Ответчика и владельцев «ВКонтакте», так как в указанном контенте могут находиться объекты иных авторских прав, охраняемые законодательством. Таким образом, суд пришел к выводу, что иски требования, касающиеся защиты авторских прав в том виде, в котором они заявлены, не подлежат удовлетворению. С другой стороны, суд согласился с аргументацией Истца, что разрешение на доступ к управлению сообществом не наделяет Ответчика правом полностью распоряжаться фактически самим СМИ, ограничивать право Истца, как его учредителя, на доступ к Сообществу, в связи с чем требования Истца были удовлетворены в части, а именно: суд обязал Ответчика передать права администрирования Сообщества Истцу.

Суд апелляционной инстанции² отменил решение суда первой инстанции и в удовлетворении требований Истца отказал. При этом суд отметил, что нормы ч. 4 ГК РФ к возникшим правоотношениям сторон судом первой инстанции применены ошибочно. Суд указал, что список объектов интеллектуальной собственности явля-

ется исчерпывающим, а создание группы в социальной сети таковым объектом не является. В то же время суд отметил, что защита прав Истца может осуществляться на основании общих положений ГК РФ. Но в данном случае суд не нашел оснований для признания обоснованными требования Истца, поскольку права администрирования были переданы Истцом добровольно и в установленном пользовательским соглашением «ВКонтакте» порядке.

Суд кассационной инстанции³ не согласился с выводами суда апелляционной инстанции, отметив, что выводы не соответствуют фактическим обстоятельствам дела, приняты без учета абз. 2 ч. 1 ст. 1334 ГК РФ, согласно которой несанкционированное администрирование лицом в своих интересах группы в социальной сети, содержащей базу данных, созданную другим лицом, является использованием базы данных и нарушением исключительных прав правообладателя базы данных. Суд пояснил, что суды обеих инстанций не исследовали представленную в объективной форме совокупность материалов, размещенных на странице Сообщества (контент), а также с учетом этого обстоятельства не установили существенность финансовых, материальных, организационных или иных затрат, необходимых для создания такого материала и его систематизации. Судами также не был исследован вопрос о количестве самостоятельных информационных элементов (материалов), составляющих содержание контента, и материалов, созданных на странице Сообщества за время его использования Ответчиком. Таким образом, суд кассационной инстанции отменил решение апелляционного суда и отправил дело на новое рассмотрение, признав потенциальную возможность охраноспособности контента в группе в социальной сети как базы данных.

¹ Решение Петрозаводского городского суда Республики Карелия от 09 сентября 2019 г. по делу № 2-6001/2019. Гос. автоматизированная система РФ: Петрозаводский городской суд Республики Карелия. URL: https://petrozavodsky--kar.sudrf.ru/modules.php?name=sud_delo&srv_num=1&name_op=doc&number=66248488&delo_id=1540005&new=0&text_number=1

² Апелляционное определение Верховного суда республики Карелия от 10 декабря 2019 г. по делу № 2-6001/2019. Гос. автоматизированная система РФ: Верховный суд республики Карелия. URL: https://vs--kar.sudrf.ru/modules.php?name=sud_delo&srv_num=1&name_op=doc&number=2963128&delo_id=5&new=5&text_number=1

³ Определение Третьего кассационного суда общей юрисдикции от 20 мая 2020 г. по делу № 2-6001/2019. Гос. автоматизированная система РФ: Третий кассационный суд общей юрисдикции. URL: https://3kas.sudrf.ru/modules.php?name=sud_delo&srv_num=1&name_op=doc&number=568729&delo_id=2800001&new=2800001&text_number=1

Рассматривая вновь данное дело, суд апелляционной инстанции⁴ исследовал доказательства, подтверждающие понесенные Истцом организационные, материальные и иные затраты для создания Сообщества и его продвижения. Суд также отметил, что основные разделы Сообщества были сформированы Истцом. Таким образом, суд признал наличие как объекта смежного права – базы данных Сообщества, а также исключительное право Истца на указанный объект, нарушенное действиями Ответчика.

Учитывая изложенное, данное дело иллюстрирует неопределенность в вопросе правового режима групп и сообществ в социальных сетях, а также способах защиты прав на контент таких групп и сообществ. Отсутствие единого подхода в разрешении данного вопроса подтверждается также другими примерами из судебной практики.

Некоторые споры, возникающие по поводу прав на группы в социальных сетях, например: споры в отношении групп ВДНХ⁵, Лентач⁶ и др. не доходят до судов и разрешаются путем взаимодействия с администрацией социальной сети, либо созданием новых сообществ.

Что касается судебных дел, одним из известных споров о правах на группу в социальной сети стало дело по поводу прав на волонтерскую группу «Мир тесен»⁷. Касательно рассматриваемого вопроса Суд по интеллектуальным правам⁸ по данному делу отметил, что по смыслу

нормы абз. 2 п. 1 ст. 1334 ГК РФ несанкционированное администрирование лицом в своих интересах группы в социальной сети, содержащей базу данных, созданную другим лицом, является использованием базы данных и нарушением исключительных прав правообладателя базы данных.

Однако по существу дело было рассмотрено Арбитражным судом г. Санкт-Петербурга и Ленинградской области, который в своем решении не признал группу «ВКонтакте» объектом смежных прав. Постановлением Тринадцатого арбитражного апелляционного суда⁹ решение суда первой инстанции было оставлено без изменения. Таким образом, нижестоящие суды фактически нивелировали позицию Суда по интеллектуальным правам, указав, что спорная группа не является базой данных в понимании ст. 1260 ГК РФ. Однако важно отметить, что судом первой инстанции был проанализирован вопрос о количестве материалов в рассматриваемой в споре группе. Кроме того, суд установил, что истец не предоставил доказательств того, что им были понесены существенные затраты при создании базы данных.

На основании изложенного можно обозначить несколько позиций относительно вопроса защиты прав на контент группы в социальных сетях как на объект интеллектуальной собственности.

Первая позиция сводится к тому, что группа в социальной сети может являться объектом

⁴ Апелляционное определение Верховного суда республики Карелия от 01 сентября 2020 г. по делу № 2-6001/2019. Гос. автоматизированная система РФ: Верховный суд республики Карелия. URL: https://vs--kar.sudrf.ru/modules.php?name=sud_delo&srv_num=1&name_op=doc&number=11002278&dela_id=5&new=5&text_number=1

⁵ Невзоров И. «ВКонтакте» конфисковала группу у создателя и отдала ВДНХ. Это законно? [Электронный ресурс] // «Роем!». 14 апреля 2017 г. URL: <https://roem.ru/14-04-2017/247711/vdnh-vk/> (дата обращения: 01 января 2021 г.).

⁶ Лихачев Н. Основатели «Лентача» выгнали руководителя Марка Шейна из-за «неочевидных источников финансирования» [Электронный ресурс] // TJournal. 13 июля 2016 г. URL: <https://tjournal.ru/flood/31275-osnovateli-lentacha-vygnali-rukovoditelya-marka-sheyna-iz-za-neochevidnyh-istochnikov-finansirovaniya> (дата обращения: 01 января 2021 г.).

⁷ Дело № А56-58781/2012. Электронное правосудие: система электронного документооборота для судов и участников судебного процесса. URL: <https://kad.arbitr.ru/Card/9da17e68-9e4c-41b7-8865-aa738759387e>

⁸ Постановление Суда по интеллектуальным правам от 07 марта 2014 г. по делу № А56-58781/2012. Электронное правосудие: система электронного документооборота для судов и участников судебного процесса. URL: https://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/9da17e68-9e4c-41b7-8865-aa738759387e/4e4d496c-abb-4f6e-b695-fef25c60fe87/A56-58781-2012_20140307_Reshenija_i_postanovlenija.pdf?isAddStamp=True

⁹ Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 09 февраля 2016 г. по делу № А56-58781/2012. Электронное правосудие: система электронного документооборота для судов и участников судебного процесса. URL: https://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/9da17e68-9e4c-41b7-8865-aa738759387e/0d9e4922-087a-434c-b6a6-0cac7cc3ffa6/A56-58781-2012_20160209_Postanovlenie_apelljacionnoj_instancii.pdf?isAddStamp=True

¹⁰ Савельев А.И. Электронная коммерция в России и за рубежом: правовое регулирование. 2-е изд. М.: Статут, 2016. С. 184.

прав изготовителя базы данных. Данная позиция находит поддержку и в научной литературе. В частности, А.И. Савельев, указывая, что квалификация веб-сайта в качестве базы данных позволяет обеспечить его дополнительной правовой защитой, также приводит в пример рассматриваемое дело № А56-58781/2012 и отмечает, что суд квалифицировал в качестве базы данных совокупность информации, размещаемой в социальной сети в течение продолжительного периода времени¹⁰. Е.С. Гринь, рассматривая базы данных как объекты смежных прав, также приводит в пример данное дело, указывая, что в случае несанкционированного администрирования лицом в своих интересах группы в социальной сети, содержащей базу данных, созданную другим лицом, происходит нарушение абз. 2 п. 1 ст. 1334 ГК РФ¹¹.

Вторая позиция сводится к тому, что при разрешении вопроса защиты прав на контент группы в социальных сетях как на базу данных необходимо учитывать фактические обстоятельства, в том числе возможности администратора группы по ее наполнению. Данная позиция была выдвинута Арбитражным судом г. Санкт-Петербурга и Ленинградской области и Тринадцатым арбитражным апелляционным судом при рассмотрении дела № А56-58781/2012. Однако учитывая, что все популярные социальные сети предоставляют возможность расположения материалов по заданному шаблону, то есть расположение материалов в сообществе/группе заранее предопределено, и пользователь не имеет технической возможности изменить установленный сайтом порядок, то использование данного критерия ведет к тому, что признать смежное право на группу в социальной сети будет невозможно.

Существует и третья позиция, в соответствии с которой сообщество в социальной сети следует классифицировать в качестве так называемых «вторичных» произведений: сложных объектов (ст. 1240 ГК РФ) или составных произведений (подп. 2 п. 2 ст. 1259 ГК РФ)¹². Если рассматривать группу в социальной сети как составное произведение, в таком случае необходимо доказать, что она представляет собой совокупность отдельных составных элементов (которые необязательно должны быть самостоятельными произведениями), подбор и/или расположение которых представляют результат творческого труда. Согласно пункту 2 ст. 1260 ГК РФ автору составного произведения принадлежат авторские права на составительство. При квалификации сообщества в социальной сети как сложного объекта не требуется доказывания творческого характера подбора и расположения элементов, но необходимо обосновать, что страница включает несколько охраняемых результатов интеллектуальной деятельности. Так, страница сообщества в социальной сети может объединять в себе поддоменное имя как средство индивидуализации, объекты авторских прав, в том числе тексты, изображения, аудиовизуальные произведения, и базу данных пользователей¹³.

Несмотря на многообразие подходов к рассматриваемому вопросу, самое важное – определить применимые нормы и степень защиты прав администратора группы социальной сети. Данный вопрос является непростым даже с политико-правовой точки зрения, поскольку признание группы в социальной сети объектом смежного права порождает иной важный вопрос: соотношение исключительных прав изготовителей баз данных (групп, профилей в социальных сетях) и прав администраторов социальных сетей¹⁴.

¹⁰ Новоселова Л.А. Право интеллектуальной собственности: Учебник / Е.С. Гринь, В.О. Калятин, С.В. Михайлов и др.; под общ. ред. Л.А. Новоселовой. М.: Статут, 2017. Т. 2: Авторское право. С. 64 (автор главы – Е.С. Гринь).

¹² Митягин К. Правовая природа страницы социальной сети [Электронный ресурс] // Информационно-правовой портал «ГАРАНТ.РУ». 16 сентября 2015 г. URL: <http://www.garant.ru/article/649702/#ixzz6heipSluB> (дата обращения: 01 января 2021 г.).

¹³ Янковский Р.М. Социальные сети: Вопросы защиты исключительных прав пользователей // Право интеллектуальной собственности: Сб. науч. тр. / отв. ред. Афанасьева Е.Г. М., 2017. С. 119–131.

¹⁴ Глонина В.Н., Семенова А.А. Спор о правах на группу ВКонтакте «Тихвинская сорока»: к вопросу об охране прав на контент группы в социальных сетях как базы данных [Электронный ресурс] // Закон.ру. 17 июля 2020 г.. URL: https://zakon.ru/blog/2020/07/17/spor_o_pravah_na_gruppu_vkontakte_tihvinskaya_soroka_k_voprosu_ob_ohrane_prav_na_kontent_gruppy_v_so (дата обращения: 01 января 2021 г.).

Список литературы:

1. *Калятин В.О.* Право в сфере Интернета. М.: Норма, 2004.
2. *Калятин В.О.* Право интеллектуальной собственности. Правовое регулирование баз данных. ЮРАЙТ, 2019.
3. *Павлова Е.А., Калятин В.О., Корнеев В.А.* Вводный научный комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации. 2015.
4. Право интеллектуальной собственности: Учебник / Е.С. Гринь, В.О. Калятин, С.В. Михайлов и др.; под общ. ред. Л.А. Новоселовой. М.: Статут, 2017. Т. 2: Авторское право. 367 с.
5. *Савельев А.И.* Электронная коммерция в России и за рубежом: правовое регулирование. 2-е изд. М.: Статут, 2016. 640 с.
6. *Янковский Р.М.* Социальные сети: Вопросы защиты исключительных прав пользователей // Право интеллектуальной собственности: Сб. науч. тр. / отв. ред. Афанасьева Е.Г. М., 2017. С. 119–131.

Споры по нарушениям исключительных прав на товарные знаки в маркетплейсах



А.С. Ворожевич,

кандидат юридических наук,
преподаватель кафедры гражданского права
МГУ имени М.В. Ломоносова,
партнер, руководитель управления патентного бюро «Гардиум»

Статья посвящена условиям ответственности маркетплейсов за нарушения исключительных прав на товарные знаки. На основе анализа актуальной российской и зарубежной судебной практики автор отвечает на вопрос, относятся ли маркетплейсы к информационным посредникам.

Ключевые слова:

маркетплейс, исключительное право, товарный знак, ответственность, информационный посредник.

Маркетплейсы сегодня – одна из наиболее востребованных форм организации коммерческой деятельности. Они представляют платформы электронной коммерции, мультибрендовые виртуальные торговые центры. На одной площадке могут быть представлены продукты тысяч предпринимателей от предметов одежды до продуктов питания. К маркетплейсам традиционно относят Wildberries, Ozon, Yandex.market (Беру), Lamoda, Goods.ru, СДЭК Маркет, Юлмарт, Леруа Мерлен, Robo.market.

В России первое место в рейтинге маркетплейсов уверенно занимает компания Wildberries. В 2020 г. ее прибыль составила 437,2 млрд руб. Число продавцов в сравнении с 2019 г. выросло с 19 тыс. до 91 тыс. Количество пользователей Wildberries также увеличилось с 22 млн до 40 млн человек.

Маркетплейсы различным образом оформляют отношения с продавцами. Некоторые площад-

ки дают возможность продавцам реализовать товары от своего имени. При этом расчеты с потребителями могут проводиться как через площадку, так и напрямую с продавцом. Другие маркетплейсы непосредственно участвуют в реализации товаров – продают их потребителям от своего имени. Расчеты проводятся через площадку.

Рассмотрим несколько примеров.

Wildberries заключает с продавцами договор о реализации товара. В соответствии с ним продавец поручает Wildberries совершить от его имени и за его счет сделки по реализации товаров физическим лицам. Оплату за реализованные товары от потребителей получает маркетплейс. Wildberries удерживает из полученной суммы свой процент вознаграждение, после чего передает оставшуюся сумму продавцу. Wildberries может заниматься также

организацией доставки товаров, приемкой от покупателей возвращенных товаров и т. п.

Договор Wildberries предусматривает, что маркетплейс вправе отступить от указаний продавца о цене продажи товара без предварительного запроса: применять скидки, продавать по цене, меньшей установленной продавцом.

Договор, заключаемый Яндекс.маркетом, носит название «Договор на оказание услуг маркетплейса». В соответствии с ним маркетплейс оказывает заказчику (продавцу товара) услуги по размещению товарных предложений заказчику, предоставлению ему функционала, позволяющего заключить договор купли-продажи товара с пользователями; организации доставки; услуги фулфилмента. К последним относятся услуги по организации приема товаров и размещению их на складе, складская обработка товаров, подготовка сопроводительной документации, комплектация и упаковка товаров различной категории. Продавец ежемесячно оплачивает оказываемые Яндекс.маркетом услуги. По поручению продавца маркетплейс принимает безналичные платежи от покупателей и в полном объеме передает их продавцу. За это продавец выплачивает дополнительное вознаграждение. При наличии у продавца задолженности по оплате услуг, вознаграждения за исполнение поручения Яндекс.маркет может удержать сумму задолженности при перечислении продавцу денежных средств, принятых у покупателя.

Один из актуальных вопросов, который возникает в связи с деятельностью маркетплейсов, – несут ли они ответственность за нарушение исключительных прав в ситуации, когда через них реализуются контрафактные товары. В случае если маркетплейс реализует собственные товары, очевидно, что именно он и будет отвечать перед правообладателями за нарушения исключительных прав. Сложнее ситуация, когда через маркетплейсы проходят товары иных продавцов. Именно последние инициировали введение в оборот контрафактного товара, на котором нанесен чужой товарный знак или воплощен чужой объект

авторских прав. Должен ли при таких условиях нести ответственность администратор маркетплейса? И как его ответственность должна соотноситься с ответственностью продавца?

В соответствии с п. 6.1 ст. 1252 ГК РФ, если одно нарушение исключительного права на результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации совершено действиями нескольких лиц совместно, такие лица отвечают перед правообладателем солидарно. Как в свое время пояснил Суд по интеллектуальным правам, солидарная ответственность возникает у администратора доменного имени и лица, непосредственно разместившего на сайте информацию о товаре, маркированном чужим товарным знаком¹. В соответствии с п. 73 Постановления Пленума ВС РФ № 10 от 23 апреля 2019 г.² (далее – Постановление Пленума ВС РФ № 10) использование объекта интеллектуальной собственности по поручению или заданию лица, нарушившего исключительное право правообладателя, также образует нарушение исключительного права.

Таким образом можно предположить, что в тех случаях, когда маркетплейс реализует товар по поручению продавца – нарушителя, то он тоже должен нести ответственность за нарушение исключительного права. При этом ответственность продавца и маркетплейса носит солидарный характер. Здесь, однако, необходимо сделать несколько оговорок.

В соответствии со ст. 1252 ГК РФ меры ответственности за нарушение интеллектуальных прав, допущенное нарушителем при осуществлении им предпринимательской деятельности, подлежат применению независимо от вины нарушителя. Из данного правила ГК РФ предусмотрено лишь одно исключение – информационные посредники несут ответственность на началах вины. Между тем Пленум ВС РФ дал иное разъяснение. В соответствии с ними лица, действовавшие по поручению или заданию нарушителя, несут ответственность лишь при доказанности их вины – если они знали или должны были знать

¹ Справка Суда по интеллектуальным правам о некоторых вопросах применения норм раздела III «Общая часть обязательственного права» части первой Гражданского кодекса РФ, за исключением главы 23 («Обеспечение исполнения обязательств») (утв. постановлением президиума Суда по интеллектуальным правам от 3 сентября 2015 г. № СП-23/24.

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

о нарушении исключительного права правообладателя. Данное положение вызывает вопросы, во-первых, в связи с тем, что оно не основывается на конкретных нормах закона.

Во-вторых, как оно соотносится со ст. 1253.1 ГК РФ, установившей условия ответственности информационных посредников за нарушения исключительных прав. Можно предположить, что Пленум Верховного Суда имел в виду общую категорию посредников (в том числе тех, кто действует за пределами интернет-пространства) – агентов; лиц, производящих продукты по заказу нарушителя и т. п. Информационные посредники в таком случае должны рассматриваться в качестве одной из разновидностей посредников. Как и другие посредники, они несут ответственность на началах вины. При этом ст. 1253.1 ГК РФ устанавливает специальные условия их ответственности.

Так, информационный посредник, предоставляющий возможность размещения материала в информационно-телекоммуникационной сети, не несет ответственность за нарушение интеллектуальных прав при одновременном соблюдении информационным посредником следующих условий:

1) если он не знал и не должен был знать о том, что использование объекта интеллектуальной собственности содержащихся в таком материале, является неправомерным;

2) в случае получения в письменной форме заявления правообладателя о нарушении интеллектуальных прав с указанием страницы сайта и (или) сетевого адреса в сети Интернет, на которых размещен такой материал, своевременно принял необходимые и достаточные меры для прекращения нарушения интеллектуальных прав.

Применительно к субъектам, администрирующим интернет-ресурсы, на которых третьи лица могут разметить какие-либо материалы, информацию о своих товарах и т. п., можно говорить лишь о статусе информационного посредника. Иными словами, при их несоответствии критериям информационного посредника суды не должны относить их к неким иным посредникам на основании п. 73 Постановления Пленума ВС РФ № 10.

Можно ли администраторов маркетплейсов отнести к информационным посредникам?

Ответ на данный вопрос неоднозначен.

Те маркетплейсы, которые предоставляют продавцам техническую возможность разместить информацию о товарах на площадке, оказывают ряд сопутствующих услуг, но при этом сами не участвуют в реализации товаров – безусловно, могут быть отнесены к информационным посредникам. Такие субъекты именно содействуют нарушению, но не совершают его сами. При этом квалификация не должна меняться, даже если они оказывают продавцам–нарушителям услуги по хранению товаров (контрафакта). В соответствии со ст. 1484 ГК РФ исключительное право на товарный знак охватывает хранение лишь в том случае, если оно нацелено на последующее введение товара в оборот. Подобная цель есть у продавца. Администратор маркетплейса оказывает ему в данном случае техническое содействие.

Здесь возникает вопрос: на основании каких критериев (стандартов) суд может определить, знал или должен ли был маркетплейс знать о нарушении исключительных прав на товарный знак?

Нет смысла требовать от администратора проверки всех обозначений, реализуемых на площадке товаров. Во-первых, это потребует чрезмерных затрат и в конечном итоге заблокирует функционирование маркетплейса. Во-вторых, даже суды не всегда могут однозначно оценить, имеет место нарушение или нет, является ли используемое обозначение сходным до степени смешения с зарегистрированным товарным знаком.

Между тем от маркетплейсов можно требовать другого – запроса у продавцов, желающих присоединиться к платформе, документов, подтверждающих наличие у них зарегистрированных товарных знаков и (или) лицензии на использование чужих товарных знаков. Можно установить опровержимую презумпцию: администратор должен был знать о нарушении исключительных прав в том случае, если он допускает на площадку продавцов (заключает с ними договор) без предварительного запроса у них правоподтверждающих документов. На практике уже сегодня некоторые маркетплейсы (например, Lamoda) принципиально не работают с теми

продавцами, у которых нет зарегистрированных товарных знаков³.

Здесь возникает новый вопрос – как быть с теми продавцами, которые не нарушают чьи-либо прав, но у них отсутствует зарегистрированный товарный знак. Некоторые маркетплейсы (Wildberries) допускают на площадку предпринимателей, которые только подали заявку на регистрацию товарного знака, но еще не успели получить свидетельство. Очевидно, что сам по себе факт подачи заявки не говорит о том, что продавец не нарушает исключительных прав. Маркетплейсы идут на подобный компромисс, потому что не желают лишаться клиентов. Вряд ли на законодательном уровне стоит как-либо ограничивать подобную практику. Другое дело, что риски, связанные с привлечением продавца без зарегистрированного товарного знака (или лицензии на его использование) могут быть возложены на маркетплейс. В случае нарушения таким продавцом исключительного права на чужой товарный знак маркетплейс (если следовать презумпции) будет нести с ним солидарную ответственность. Для администраторов маркетплейсов это не должно создать больших проблем. Они могут заранее себя обезопасить посредством включения в договор с продавцом условия о том, что последний обязуется возместить администратору все возможные потери, связанные с предъявлением исков о нарушении исключительных прав.

Такой стандарт не будет действовать в случае с авторскими и патентными правами. Объекты авторских прав не регистрируются. Продавец в любом случае не сможет представить каких-либо документов, однозначно подтверждающих наличие у него прав на такие объекты. Патентоохраняемые объекты – регистрируемые. Но администратор маркетплейса, даже получив ссылки на конкретные патенты, не сможет оценить, эти решения используются в продукте или другие; нет ли в таком продукте иных решений, не охватываемых патентом. Не должен применяться стандарт (в том чи-

сле в случаях использования товарных знаков) и в отношении администраторов «досок объявлений» (типа Avito). Такие субъекты осуществляют минимальный контроль за размещаемыми объявлениями, большинство из которых публикуется на безвозмездных началах.

Возвращаясь к товарным знакам, необходимо отметить, что здесь возможен и иной подход – промаркетплейсный. В случае когда маркетплейс сам не участвует (в том числе в качестве посредника) в реализации товаров, а лишь оказывает техническое содействие, услуги по размещению информации о товарах продавца, можно исходить из того, что он не должен по общему правилу знать о нарушении. При условии, что, во-первых, у правообладателей есть возможность сообщить администратору о факте нарушения. Во-вторых, маркетплейс оперативно реагирует на подобные сообщения.

Несколько сложнее дела обстоят с теми маркетплейсами, которые участвуют в реализации товара и получают процент от продаж.

Согласно п. 78 постановления Пленума № 10 при решении вопроса об относимости администратора сайта к информационным посредникам должно учитываться, во-первых, вносит ли владелец сайта изменения в размещенный третьими лицами материал или нет. Во-вторых, получает ли он доходы непосредственно от неправомерного размещения материала. Существенная переработка материала и (или) получение указанных доходов владельцем сайта может свидетельствовать о том, что он является не информационным посредником, а лицом, непосредственно использующим соответствующие результаты интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации.

В свое время Судом по интеллектуальным правам было предложено учитывать при решении вопроса о применении ст. 1253.1 ГК РФ к интернет-площадкам два критерия:

– источник получения прибыли: для признания посредником интернет-площадка долж-

³ Кутцова Е. Товарный знак и маркетплейсы: все, что нужно знать для работы с Wildberries, OZON и Lamodai // <https://legal-support.ru/information/blog/trademarks/tovarnye-znaki-dlya-marketpleysov/>; Бацук А. Что нужно знать о товарных знаках, чтобы продавать товары на маркетплейсах и не попасть в суд, на компенсации и штрафы // <https://vc.ru/legal/166935-cto-nuzhno-znat-o-tovarnyh-znakah-cto-by-prodavav-tovary-na-marketpleysah-i-ne-popast-v-sud-na-kompensacii-i-shtrafy>

на зарабатывать не на продаже товара, а на предоставлении возможности размещения информации в Интернете и доступа к ней;

– кто размещает информацию на сайте: сама администрация сайта или третьи лица. Последний критерий предлагает учитывать, проверяет ли ресурс контент перед его размещением⁴.

Еще более точные критерии предложила на заседании научно-консультативного совета СИПА Светлана Крупко. По ее мнению, необходимо ограничивать сайты, которые непосредственно продают товары, и те, которые оказывают технические услуги. Если посредник не влияет на заключение и исполнение сделки и предоставляет техническую услугу, то он информационный посредник. Если же сайт участвует в сделке по реализации товара и при этом учитывается его воля, то к посредникам его относить нельзя. Значит, он должен нести ответственность за нарушение исключительных прав на общих основаниях⁵.

Если руководствоваться таким подходом, то получается, что маркетплейсов, которые: а) непосредственно участвуют в размещении информации на сайте, вносят в нее изменения, редактируют, оказывают дополнительные услуги по продвижению (рекламе) товаров; б) участвуют (в частности в качестве агента продавца) в сделке купли-продажи, взаимодействуют с покупателями по поводу контрафактных товаров; в) получают прибыль непосредственно от реализации товаров (процент с продаж), – не должны относиться к информационным посредникам. Это значит, что к ним не может применяться и положение о виновной ответственности посредников, установленное п. 73 Пленума № 10 (такой вывод не является очевидным, требуется выработка соответствующей позиции судебной практикой).

Следующий вопрос – какие меры должен предпринять маркетплейс, если правообладатель обращается с требованием устранить нарушение. Согласно ГК, информационный посредник не несет ответственности, если принял не-

обходимые и достаточные меры для прекращения нарушения. Информационный посредник как минимум должен дать правообладателю всю информацию о нарушителе и свести его напрямую с нарушителем. Во-вторых (если допустить, что он может этого не делать на стадии заключения договора с продавцом), он должен запросить у продавца информацию, документы, подтверждающие наличие у него прав на спорное обозначение. В ситуации очевидного нарушения (используется широко известный товарный знак, при этом продавец не подтвердил наличие у него лицензии) информационный посредник должен заблокировать продавца, удалить информацию о его товарах.

Обзор российской судебной практики

В российской судебной практике встречаются разные подходы к ответственности маркетплейсов за нарушение исключительных прав. До недавнего времени суды не видели каких-либо проблем в том, чтобы возложить на маркетплейс ответственность за нарушение исключительного права. При этом они не задавались вопросом, является ли он информационным посредником или нет.

Прежде всего в рассматриваемом аспекте интерес представляет постановление СИП РФ по делу ООО «Вексель» против ООО «Купишуз» (подразделение Ламоды)⁶. ООО «Вексель» – правообладатель товарного знака HIGHLANDER – предъявил иск ООО «Купишуз» о защите исключительных прав и взыскании компенсации в размере 5 млн. Истец исходил из того, что ответчик нарушил исключительное право правообладателя, используя обозначения HIGHLANDER на страницах сайта www.lamoda.ru путем демонстрации и предложения к продаже обуви, маркированной таким обозначением. Суд первой инстанции отказал в удовлетворении иска по причине того, что правообладатель злоупотребил своими правами. Апелляция удовлетворила требования частично –

⁴ Протокол № 10 Заседания рабочей группы Научно-консультативного совета при Суде по интеллектуальным правам 22 апреля 2015 г. // <http://ipc magazine.ru/official-cronicle/protocol-10-of-the-meeting-of-the-scientific-advisory-council-at-the-court-for-intellectual-property-right>

⁵ Там же.

⁶ Постановление Суда по интеллектуальным правам РФ от 21 октября 2016 г. по делу № А40-26217/2015:

в размере 50 тыс. руб. Снижая заявленную компенсацию, суд исходил из того, что сам правообладатель не использовал товарный знак в отношении обуви. Суд по интеллектуальным правам поддержал решение кассации. Вопрос природы ответственности ООО «Купишуз», его относимости к информационным посредникам судами не рассматривался.

В недавнем споре⁷ суд взыскал значительную по российским меркам компенсацию (2 051 806 руб.) с ООО «Интернет Решения» (маркетплейс Ozon) за нарушение исключительных авторских прав на произведение изобразительного искусства «Ждун». Суды установили, что на сайте www.ozon.ru продавались мягкие игрушки – изображения Ждуна. Производитель игрушек – ООО «Аспект» был привлечен к спору в качестве третьего лица.

В деле ООО «Дивес» (правообладатель) против ООО «Интернет Решения» (интернет-магазин Ozon) и ООО «СОРСО-СТР» суд признал нарушителями исключительных прав на промышленный образец (сооружение для животных) как маркетплейс, так и конкретного продавца. Суды установили, что ответчиками в сети Интернет (на сайте Озона) размещалась информация о товарах, решение внешнего вида которых тождественно названным промышленным образцам⁸.

В деле А40-302888/19 суды первой и апелляционной инстанции прямо указали на солидарный характер ответственности маркетплейса и продавца товара⁹. Фабула дела следующая. ИП Татинцян К.Я. предъявил иск к ООО «Заславская кондитерская фабрика» (респ. Беларусь) (ответчик 1), ООО «ВАЛЛАР» (ответчик 2), ООО «ВАЙ-ЛДБЕРРИЗ» (ответчик 3) о нарушении исключительных прав на товарный знак «ЛАФИНЕЛЬ». Суды установили, что ответчик 1 является производителем товаров (вафельных трубочек), маркированных обозначением Lafinele с указанием «Лафинель». Ответчик 2 продает данные товары через сайт ответчика 3. В связи с тем, что ответчик 1 осуществляет производственную деятельность на территории Беларуси, суд

отказал в удовлетворении требований к нему. В то же время суд солидарно взыскал компенсацию в размере 200 тыс. руб. с ответчиков 1 и 2, признав, что они совместно нарушили исключительное право предпринимателя на товарный знак. При этом суды не применили к маркетплейсу нормы об информационных посредниках.

Между тем в судебной практике можно найти споры, при рассмотрении которых суды определили маркетплейс в качестве информационного посредника. Прежде всего в рассматриваемом аспекте интерес представляет постановление Суда по интеллектуальным правам от 23 декабря 2020 г. по делу № А40-214785/2019. «Управляющая компания «СушиВесла» обратилось с иском к ООО «Деливери Клуб» о признании незаконным использование ответчиком фотографий (изображений) роллов, исключительные права на которые принадлежат истцу; взыскать с ответчика компенсацию за нарушение исключительных прав истца в размере 320 тыс. руб.

Суды трех инстанций пришли к выводу о том, что ответчик не является инициатором размещения спорных фотографий на сайте сервиса Delivery Club, поскольку выполнял функции информационного посредника. В частности, суды установили, что по ссылкам <https://vlg.delivervclub.ru/srv/vasabi> [vlg/tflstorichjeskaja/](https://vlg.deliverv-club.ru/srv/SushiLavkavlg/#ul) и <https://vlg.deliverv-club.ru/srv/SushiLavkavlg/#ul> размещаются карточки ресторанов-партнеров общества «Деливери Клуб» – ресторан «Васаби» (ИП Согомонян С.А.) и ресторан «СушиЛавка» (ИП Сказкоподателей Н.А.), с материалами, представленными самими партнерами, с которыми у общества «Деливери Клуб» заключены договоры.

Суды исходили из того, что «Деливери Клуб» в силу особенности функционала сервиса не может проверять и не проверяет наличие/отсутствие у партнеров прав на товарные знаки, фотографические изображения и иные объекты интеллектуальной собственности. Поэтому ответчик не знает и не может знать о том или ином нарушении

⁷ Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 18 июня 2020 г. по делу № А40-182069/17-105-1266.

⁸ Постановление Суда по интеллектуальным правам от 16 августа 2018 г. по делу № А40-114611/2017.

⁹ Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 06 ноября 2020 г. по делу № А40-302888/19.

прав третьих лиц. Именно партнеры ответчика самостоятельно формируют меню своего ресторана, ассортимент блюд, их описание, цены, добавляют фотографии и изображения, которые необходимо разместить в карточке ресторана в системе сервиса Delivery Club.

Ответчиком была соблюдена совокупность условий освобождения от ответственности как информационного посредника, предусмотренных п. 3 ст. 1253.1 ГК РФ. Факт принадлежности обществу «Деливери Клуб» сайта <https://www.deliverclub.ru/> не исключает его статуса информационного посредника в отношении сервиса, расположенного на указанном сайте.

Суды подчеркнули, что ответчик со своей стороны несет ответственность за самостоятельно размещаемый (используемый) контент в рамках сайта <https://www.deliverclub.ru/> (например, элементы дизайн сайта). Однако в связи с размещением партнерского контента в рамках сервиса такая ответственность исключается. В рассматриваемом деле инициатором размещения спорных фотографий на сайте являются партнеры ответчика. Также из материалов дела усматривается, что ответчик не знал и не должен был знать о неправомерном использовании партнерами спорного материала.

Обзор зарубежной судебной практики

В зарубежной судебной практике можно встретить разные подходы к ответственности маркетплейсов. Рассмотрим несколько показательных дел.

Позиции национальных судов:

*Tiffany v eBay*¹⁰ (США)

Компания Tiffany предъявила иск к eBay о нарушении исключительного права на товарный знак на том основании, что eBay способствовала продаже поддельных товаров на своем веб-сайте и позволяла им продавать контрафактные товары. Tiffany утверждала, что eBay был уведомлен о незаконных действиях на своем веб-сайте и, следовательно, был обязан исследовать их. Компания eBay возразила, что бремя отслеживания контр-

афакта лежит на самом правообладателе, а не на маркетплейсе. Как только к ней поступает информация о нарушении, она незамедлительно удаляет рекламу контрафакта.

Суд встал на сторону ответчика. Он указал на необходимость установления высокого стандарта доказывания того, что посредник знал или должен был знать о нарушении. По мнению суда, eBay предприняла адекватные и эффективные действия для предотвращения нарушения, инвестируя миллионы долларов в меры по борьбе с контрафактом, включая программу VeRO.

*Louis Vuitton v. eBay*¹¹ (Франция)

Правообладатель бренда Louis Vuitton предъявил иск к компании eBay о нарушении исключительных прав на товарный знак. Он ссылался на то, что маркетплейс допустил, что сторонние продавцы реализует на его площадке поддельные товары. Применяемое ответчиком программное обеспечение, призванное бороться с контрафактом, оказалось неэффективным. Суд встал на сторону правообладателя. Он исходил из того, что маркетплейс выступает в качестве брокера, активного посредника, а не хостера. В таком случае ответчик обязан следить за тем, что его бизнес не порождает незаконную деятельность. Между тем он не справился с этой задачей.

*Hermes International v Cindy Feitz and eBay*¹² (Франция)

Суд пришел к выводу, что маркетплейс должен нести с продавцом–нарушителем солидарную ответственность, так как не смог предотвратить нарушение.

Позиции суда Европейского союза

В 2011 г. Европейский суд справедливости рассмотрел дело L'Oreal (правообладатель) и др. v. eBay (№ С-324/09). Правообладатель утверждал, что через маркетплейс реализуются контрафактные товары, что нарушает его исключительные права на товарный знак. Суд ЕС подтвердил, что оператор интернет–магазина является посредником.

¹⁰ Tiffany No.04 Civ. 4607 at 1.

¹¹ SA Louis Vuitton Malletier v eBay Inc and eBay International[2010]E.T.M.R.10.

¹² Hermes International v Cindy Feitz and eBay, RG No.06/02604.

Правообладатели могут требовать от маркетплейса пресечения нарушения исключительных прав. Как отметил суд ЕС, «национальные суды могут обязать оператора онлайн-торговой площадки принять меры, которые способствуют не только прекращению нарушений этих прав пользователями этой торговой площадки, но и предотвращению дальнейших нарушений такого рода. Подобные судебные запреты должны быть эффективными, соразмерными, сдерживающими и не должны создавать препятствий для законной торговли». При этом маркетплейс, который не играет активной роли в продвижении контрафактных товаров, освобождается от мер ответственности (взыскания с него убытков). Этого, однако, не происходит, если ему были известны обстоятельства, на основании которых он мог прийти к выводу, что имеет место нарушение исключительных прав.

Не меньший интерес представляет решение суда ЕС по делу *Coty Germany GmbH v Amazon*¹³. Coty – дистрибьютор духов, лицензиат товарного знака DAVIDOFF. Маркетплейс Amazon позволяет продавцам размещать на площадке предложения о продаже товаров. Договоры купли–продажи заключаются напрямую между продавцами и покупателями. Кроме того, Amazon предоставляет продавцам услуги по хранению их товаров на складе. Доставку товаров покупателям осуществляют внешние компании. Coty было установлено, что на сайте www.amazon.de в нарушение прав на товарный знак DAVIDOFF предлагаются к продаже духи Davidoff Hot Water. Компания потребовала от маркетплейса раскрыть финальных продавцов и пресечь продажу духов. После того как маркетплейс отказался это делать, компания Coty обратилась в немецкий земельный суд.

Суд отказал в удовлетворении иска. Решение поддержала апелляция. Суды исходили из того, что Amazon не использовал товарный знак Davidoff. Маркетплейс хранил товары от имени продавцов. К подобному выводу пришел и Европейский суд справедливости. Он отметил, что выражение «использование» подразумевает активное поведение: «Использование третьей стороной обозначения, идентичного или похожего на товарный знак владельца, подразумевает, как минимум, то, что эта третья сторона использует обозначение в своих коммерческих взаимодействиях». Amazon подобных действий не совершал. При продаже товаров через электронные платформы типа Amazon использование товарных знаков осуществляется продавцами, которые являются не самим маркетплейсом, а его клиентами. При этом Европейский суд сравнил деятельность маркетплейса с деятельностью субъекта, который наполняет произведенным напитком предоставленные ему нарушителем банки с уже нанесенным на них товарным знаком. Такие субъекты осуществляют лишь техническое содействие нарушителю.

Таким образом можно заключить, что в настоящее время ни российские, ни западные суды не выработали единого подхода к оценке действий маркетплейсов. Многое зависит от степени участия оператора интернет–площадки в продаже товаров. В случае если маркетплейс оказывает лишь техническое содействие продавцам (предоставляет возможность разместить информацию о товаре) и не участвует в процессе реализации, ему, как правило, удается избежать ответственности за нарушение исключительного права.

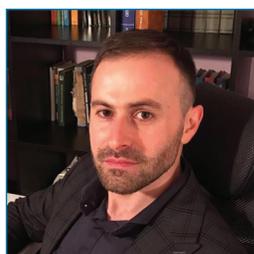
Список литературы:

1. Бацук А. Что нужно знать о товарных знаках, чтобы продавать товары на маркетплейсах и не попасть в суд, на компенсации и штрафы // <https://vc.ru/legal/166935-chto-nuzhno-znat-o-tovarnyh-znakah-chtoby-prodavat-tovary-na-marketpleysah-i-ne-popast-v-sud-na-kompensacii-i-shtrafy>

¹³ *Coty Germany GmbH v Amazon* (C-567/18).

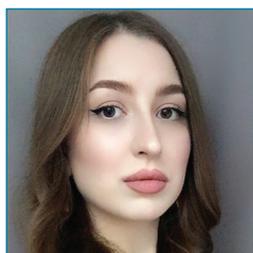
2. *Лоренц Д.В.* Информационные посредники (провайдеры) в России и зарубежных странах: природа, сущность и типология // Вестник экономического правосудия. 2020. № 5. С. 136 – 163.
3. *Нуруллаев Р.М.* Информационный посредник как субъект информационного права: дисс. ... канд юрид. наук. М., 2018. 236 с.
4. *Aher V.K.* Is it Infringement of Trade Mark Law for the Operator of an Online Marketplace (Such as Ebay) to Allow Counterfeit Goods to Be Sold? (September 27, 2010). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1797006> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1797006>
5. *Senftleben M.* Intermediary Liability and Trademark Infringement: Proliferation of Filter Obligations in Civil Law Jurisdictions? (June 24, 2019). Published in: Giancarlo F. Frosio (ed.), Oxford Handbook of Online Intermediary Liability, Oxford: Oxford University Press 2020, 381-403, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3736919> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3736919>

Вопросы квалификации действий по приобретению и использованию исключительного права на товарный знак в качестве недобросовестной конкуренции или злоупотребления правом



З.А. Кашаров,

член экспертного совета при Общественной палате Санкт-Петербурга, старший преподаватель кафедры гражданского и корпоративного права Санкт-Петербургского государственного экономического университета, советник по правовым вопросам ГК «Авангард»



Э.Н. Гапураева,

магистр юриспруденции (Санкт-Петербургский государственный университет), аспирантка Санкт-Петербургского государственного университета, ассистент кафедры гражданского и корпоративного права Санкт-Петербургского государственного экономического университета, юрисконсульт ГК «Авангард»

На сегодняшний день вопросы квалификации действий по приобретению и использованию исключительного права на товарный знак в качестве недобросовестной конкуренции или злоупотребления правом являются актуальными и активно обсуждаются в научном сообществе. Существует неопределенность в разграничении недобросовестной конкуренции и злоупотребления правом при регистрации товарных знаков. В статье предпринята попытка разграничения понятия недобросовестной конкуренции и злоупотребления правом.

Ключевые слова:

антимонопольное законодательство; защита конкуренции; средства индивидуализации; товарный знак; акт недобросовестной конкуренции; злоупотребление правом.

В условиях рыночной экономики права на различные результаты интеллектуальной деятельности и способы их защиты стали предметом широкого обсуждения в научной литературе, периоди-

ческой печати, на научных форумах и конференциях. Исключительное право на товарный знак представляет собой ценный нематериальный актив, в приобретении которого заинтересовано все

большее количество хозяйствующих субъектов. Последнее фактически диктует необходимость формирования механизмов и способов противодействия недобросовестной конкуренции, связанной с приобретением и использованием указанных прав.

В настоящей статье предпринята попытка выявить проблемы квалификации действий, связанных с приобретением и использованием исключительного права на товарный знак, как акт недобросовестной конкуренции или злоупотребление правом, с учетом актуальной правоприменительной практики.

В научной литературе выделяют два вида нарушений, связанных с приобретением и использованием исключительного права на товарный знак: недобросовестная конкуренция и злоупотребление правом.

Недобросовестная конкуренция

Глава 76 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ) предусматривает наличие таких средств индивидуализации, как фирменное наименование, товарный знак и знак обслуживания, наименование места происхождения товара, коммерческое обозначение¹.

Статья 14.4 Федерального закона от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – ФЗ «О защите конкуренции») устанавливает запрет на недобросовестную конкуренцию, связанную с приобретением и использованием исключительного права на средства индивидуализации юридического лица, средства индивидуализации товаров, работ или услуг².

Понятие недобросовестной конкуренции возникло в качестве критерия оценки поведения участников рынка товаров и услуг, соревнующихся за наиболее благоприятное положение на указанном рынке посредством использования незаконных приемов и методов соперничества.

Недобросовестная конкуренция определяется в п. 9 ст. 4 ФЗ «О защите конкуренции» как любые действия хозяйствующих субъектов (группы лиц), которые:

1) направлены на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности;

2) противоречат законодательству Российской Федерации, обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости;

3) причинили или могут причинить убытки другим хозяйствующим субъектам – конкурентам либо нанесли или могут нанести вред их деловой репутации.

Президиум ФАС России³ отмечает, что для установления акта недобросовестной конкуренции необходимо наличие всех признаков недобросовестной конкуренции, предусмотренных п. 9 ст. 4 ФЗ «О защите конкуренции», в совокупности со специальными признаками состава нарушения, предусмотренного ст. 14.4 ФЗ «О защите конкуренции».

Для квалификации действий хозяйствующего субъекта, как нарушающих запрет, установленный ч. 1 ст. 14.4. ФЗ «О защите конкуренции», необходимо установить совокупность действий:

1) по приобретению;

2) использованию исключительных прав на средства индивидуализации.

Отдельно приобретение права или использование не образует состава нарушения, предусмотренного ст. 14.4 ФЗ «О защите конкуренции»⁴.

Рассмотрим основные признаки недобросовестной конкуренции, установленные в ФЗ «О защите конкуренции».

1. Осуществление действий хозяйствующим субъектом – конкурентом.

Согласно п. 7 ст. 4 ФЗ «О защите конкуренции», под конкуренцией понимается соперничество

¹ «Гражданский кодекс Российской Федерации (часть четвертая)» от 18 декабря 2006 г. № 230-ФЗ // СПС: ГАРАНТ.

² Федеральный закон от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» // СПС: ГАРАНТ.

³ «Обзор практики применения антимонопольного законодательства коллегияльными органами ФАС России (за период с 5 января 2016 года по 1 июля 2018 года)» (утв. протоколом Президиума ФАС России от 03 октября 2018 г. № 10) // СПС: ГАРАНТ.

⁴ «Обзор практики применения антимонопольного законодательства коллегияльными органами ФАС России (за период с 5 января 2016 года по 1 июля 2018 года)» (утв. протоколом Президиума ФАС России от 03 октября 2018 г. № 10) // СПС: ГАРАНТ.

хозяйствующих субъектов, при котором самостоятельными действиями каждого из них исключается или ограничивается возможность каждого из них в одностороннем порядке воздействовать на общие условия обращения товаров на соответствующем товарном рынке.

Товарный рынок в п. 4 ст. 4 ФЗ «О защите конкуренции» описывается как сфера обращения товара (в том числе товара иностранного производства), который не может быть заменен другим товаром, или взаимозаменяемых товаров, в границах которой (в том числе географических) исходя из экономической, технической или иной возможности либо целесообразности приобретатель может приобрести товар, и такая возможность либо целесообразность отсутствует за ее пределами.

С учетом изложенных норм, под конкурентами понимаются лица, которые осуществляют деятельность на одном товарном рынке (рынке услуг) в пределах определенных территориальных границ. Наличие конкурентных отношений подтверждается тем, что товары (услуги) хозяйствующих субъектов являются взаимозаменяемыми по смыслу п. 3 ст. 4 ФЗ «О защите конкуренции» и вводятся в гражданский оборот в пределах совпадающих территориальных границ.

Интересная позиция содержится в Решении Суда по интеллектуальным правам от 24 сентября 2020 г. по делу № СИП-4/2020, где суд пришел к выводу, что, так как по отношению к обоим хозяйствующим субъектам, которые рассматриваются на предмет наличия между ними конкурентных отношений, одно и то же лицо контролирует их, указанные субъекты не могут быть признаны конкурентами⁵. Суд указал, что данные общества осуществляют согласованные действия на рынке медицинских изделий для эпиляции и коагуляции, которые направлены на достижение единого экономического результата в интересах контролирующего их лица. Такую деятельность нельзя признать соперничеством двух хозяйствующих субъектов, поскольку действия последних не носят са-

мостоятельного характера по отношению друг к другу, а обусловлены волей контролирующего их лица. Исходя из изложенного Суд по интеллектуальным правам пришел к выводу о том, что общества не являются хозяйствующими субъектами-конкурентами, однако это само по себе исключает возможность признания действий одного из этих обществ недобросовестной конкуренцией. Таким образом, суд в указанном решении исключает возможность признания конкурентами хозяйствующих субъектов, подконтрольных одному и тому же лицу, но при этом говорит о возможности признания действий одного из них недобросовестной конкуренцией. Постановлением Президиума Суда по интеллектуальным правам от 26 января 2021 г. № С01-1698/2020 по делу № СИП-4/2020 судебный акт был отменен по причине того, что суд первой инстанции сделал вывод о правах общества, вопрос о привлечении которого к участию в деле и о его возможном процессуальном статусе не разрешался. При новом рассмотрении дела вопрос о конкурентных отношениях не исследовался.

В постановлениях Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 25 мая 2010 г. № 16678/09⁶ и от 15 февраля 2011 г. № 12221/10⁷ обосновывается, что отношения участия одного юридического лица в другом сами по себе не исключают возможности признания таких лиц конкурентами на рынке определенного товара при осуществлении ими самостоятельной хозяйственной деятельности. Современная судебная практика содержит аналогичные выводы (например, Постановление Президиума Суда по интеллектуальным правам от 11 февраля 2021 г. № С01-61/2020 по делу № СИП-389/2019)⁸.

В научной литературе также содержатся выводы о возможности признания действий одного из хозяйствующих субъектов недобросовестной конкуренцией в условиях отсутствия между ними конкурентных отношений. Правовая конструкция запрета на недобросовестную конкуренцию и сложившаяся судебная практика определили то, что

⁵ Решение Суда по интеллектуальным правам от 24 сентября 2020 г. по делу № СИП-4/2020 // СПС: «ГАРАНТ».

⁶ Постановление Президиума ВАС РФ от 25 мая 2010 г. № 16678/09 по делу № А70-9090/15-2008 // СПС: ГАРАНТ.

⁷ Постановление Президиума ВАС РФ от 15 февраля 2011 г. № 12221/10 по делу № А56-62505/2009 // СПС: ГАРАНТ.

⁸ Постановление Президиума Суда по интеллектуальным правам от 11 февраля 2021 г. № С01-61/2020 по делу № СИП-389/2019 // СПС: ГАРАНТ.

отношения между правообладателем и предполагаемым нарушителем как между конкурентами непосредственно могут отсутствовать, что в свою очередь не препятствует применению соответствующих законодательных запретов и не исключает возможность квалификации действий как недобросовестной конкуренции [7].

В Постановлении Суда по интеллектуальным правам от 25 октября 2018 г. № С01-860/2018 по делу № А40-152460/2017 суд отмечает, что сам факт признания сторонами наличия между ними конкурентных отношений не подтверждает их действительное существование, поскольку суды должны исходить из доказательств, представленных в материалы дела, которые в рассматриваемом случае не подтверждали; что общества являются хозяйствующими субъектами, осуществляющими деятельность на одном товарном рынке. Следовательно, в данном деле суд исключил возможность установления факта наличия конкурентных отношений между хозяйствующими субъектами с учетом признания субъектами данного факта.

Применительно к делам, в которых установлению подлежит наличие признаков недобросовестной конкуренции, связанной с приобретением и использованием исключительного права на товарный знак, требуется установление наличия конкурентных отношений между хозяйствующими субъектами именно на момент подачи заявки на регистрацию товарного знака (Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23 апреля 2019 г. № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации»⁹, Постановление Президиума Суда по интеллектуальным правам от 30 сентября 2019 г. по делу № СИП-114/2019, от 29 мая 2020 г. по делу № СИП-648/2019¹⁰).

В Постановлении Президиума Суда по интеллектуальным правам от 11 февраля 2021 г. № С01-61/2020 по делу № СИП-389/2019 выводы суда первой инстанции о наличии между лицами конкурентных отношений, основаны на изучении выписок из Единого государственного реестра юридиче-

ских лиц (ЕГРЮЛ) в части сведений об основных видах деятельности, а также на том, что указанные обстоятельства не оспаривались лицами, участвующими в деле, признаны надлежащими¹¹.

Представляется, что при установлении наличия фактических конкурентных отношений между правообладателем товарного знака и лицом, обратившимся за защитой, необходимо исследование следующих вопросов:

1) в отношении каких классов Международной классификации товаров и услуг зарегистрирован товарный знак;

2) какие сведения об основных видах деятельности содержатся в Едином государственном реестре юридических лиц в отношении правообладателя товарного знака и заявителя;

3) на каком товарном рынке стороны осуществляют свою деятельность;

4) подтверждается ли представленными в дело доказательствами осуществление деятельности на указанном товарном рынке с использованием спорного обозначения каждой из сторон (например, договорами аренды нежилых помещений, справками, письмами, дипломами, отзывами, рекламой и пр.);

5) имеются ли пояснения сторон, из которых следует, что ими осуществляется деятельность с использованием спорного обозначения на одном товарном рынке;

6) отрицают ли стороны наличие между ними конкурентных отношений.

2. Направленность действий хозяйствующего субъекта на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности.

В Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 23 апреля 2019 г. № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» обращается внимание на то, что для квалификации действий хозяйствующего субъекта по государственной регистрации товарного знака важно установление цели, преследуемой этим

⁹ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23 апреля 2019 г. № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» // СПС: ГАРАНТ

¹⁰ Постановления Президиума Суда по интеллектуальным правам от 30 сентября 2019 г. по делу № СИП-114/2019, от 29 мая 2020 г. по делу № СИП-648/2019 // СПС: ГАРАНТ.

¹¹ Там же.

лицом и его намерений на момент подачи соответствующей заявки. В постановлении также отмечается, что для установления цели и намерения лица может оцениваться как предшествующее подаче заявки на регистрацию товарного знака поведение, так и последующее (после приобретения исключительного права)¹².

На необходимость учета цели действий правообладателя товарного знака при анализе добросовестности его поведения в общем виде указывается в п. 17 Постановления Пленума ВАС РФ от 17 февраля 2011 г. № 11 «О некоторых вопросах применения Особенной части Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях»¹³.

Большинство авторов сходятся во мнении, что направленность на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности может предполагаться, обуславливаться сутью самого деяния и не требует доказывания реального получения таких преимуществ [7].

Направленность действий хозяйствующего субъекта на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности следует рассматривать как объективную способность совершением указанных действий предоставить субъекту такие преимущества.

В Постановлении Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 25 октября 2018 г. по делу № А56-98234/2017 содержится вывод о том, что под направленностью действий хозяйствующего субъекта на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности следует понимать их способность улучшить положение конкурирующего хозяйствующего субъекта на рынке, в том числе привлечь к своим товарам (работам, услугам) потребительский спрос и увеличить размер получаемой прибыли по отношению

к размеру прибыли, которая могла быть получена им в случае воздержания от недобросовестного поведения¹⁴.

Относительно указанного признака имеются выводы также в Постановлении Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 3 июля 2018 г. по делу № А56-9026/2018, где суд указал, что направленность на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности должна быть доказана, а не предполагаться. Подобная направленность может быть доказана фактами смешения продукции третьими лицами при ее покупке, расторжения договоров с заявителем и иными способами¹⁵.

В Решении Суда по интеллектуальным правам от 11 ноября 2020 г. по делу № СИП-344/2020 содержится аналогичный ранее изложенному вывод о том, что под направленностью действий хозяйствующего субъекта на получение преимуществ в предпринимательской деятельности понимается их объективная способность предоставить лицу такие преимущества. Сами преимущества при этом предполагают возникновение такого превосходства над конкурентами, которое обеспечивает в том числе возможность получения прибыли в большем размере, чем это могло быть в случае воздержания от указанных недобросовестных действий¹⁶. Таким образом, действия хозяйствующих субъектов могут признаваться направленными на получение преимуществ, если в результате их совершения у хозяйствующих субъектов появляется возможность увеличить получаемую прибыль либо предотвратить ее неизбежное снижение. Аналогичные выводы содержатся в следующих судебных актах: Постановлении Суда по интеллектуальным правам от 10 ноября 2020 г. № С01-1210/2020 по делу № А55-27586/2019¹⁷; Решении Суда по

¹² Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 23 апреля 2019 г. № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» // СПС: ГАРАНТ.

¹³ Постановление Пленума ВАС РФ от 17 февраля 2011 г. № 11 «О некоторых вопросах применения Особенной части Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях» // СПС: ГАРАНТ.

¹⁴ Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 25 октября 2018 г. по делу № А56-98234/2017. [Электронный ресурс] «Судебные и нормативные акты РФ». Режим доступа: <https://sudact.ru/arbitral/doc/z8UlgEPutWoY/> (дата обращения: 02 февраля 2020 г.).

¹⁵ Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 3 июля 2018 г. по делу № А56-9026/2018. [Электронный ресурс] «Судебные и нормативные акты РФ». Режим доступа: <https://sudact.ru/arbitral/doc/LY3bOFkCXXW9/> (дата обращения: 02 февраля 2020 г.).

¹⁶ Решение Суда по интеллектуальным правам от 11 ноября 2020 г. по делу № СИП-344/2020 // СПС: ГАРАНТ.

¹⁷ Постановление Суда по интеллектуальным правам от 10 ноября 2020 г. № С01-1210/2020 по делу № А55-27586/2019 // ГАРАНТ.

интеллектуальным правам от 05 ноября 2020 г. по делу № СИП-1054/2019¹⁸; Постановлении Суда по интеллектуальным правам от 09 октября 2020 г. № С01-1006/2020 по делу № А82-8291/2019¹⁹; Решении Суда по интеллектуальным правам от 05 октября 2020 г. по делу № СИП-781/2019²⁰; Решении Суда по интеллектуальным правам от 11 сентября 2020 г. по делу № СИП-448/2019²¹ и др.

Следовательно, можно говорить о направленности действий лица на получение преимуществ в предпринимательской деятельности в случае наличия действительной способности путем совершения этих действий получения хозяйствующим субъектом таких преимуществ. При этом доказыванию подлежит всего лишь один факт: что эти действия могли повлечь возникновение такого превосходства над конкурентами, которое обеспечило бы в том числе возможность получения прибыли в большем размере по отношению к уровню прибыли при воздержании от указанных действий.

Итак, при исследовании вопроса о наличии в действиях лица данного признака необходимо установить:

1) возможность получения прибыли правообладателем товарного знака в большем размере, чем это могло быть в отсутствие зарегистрированного товарного знака и использования исключительных прав на него;

2) возможность предотвратить неизбежное снижение прибыли правообладателем товарного знака, которое бы наступило в отсутствие зарегистрированного товарного знака и использования исключительных прав на него.

Таким образом, действия хозяйствующих субъектов могут признаваться направленными на получение преимуществ, если в результате их совершения у хозяйствующих субъектов появляется возможность увеличить получаемую прибыль либо предотвратить ее неизбежное снижение.

3. Противоречие указанных действий положениям действующего законодательства, обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости.

Предполагается, что о противоправности действий хозяйствующего субъекта как о признаке недобросовестной конкуренции можно говорить в тех случаях, когда нарушение хозяйствующим субъектом законодательства Российской Федерации может привести к получению правонарушителем необоснованных преимуществ перед его добросовестными конкурентами – в том числе правообладателем спорного средства индивидуализации.

Так, например, в деле № А56-5444/2019 суд при квалификации действий субъекта в качестве недобросовестной конкуренции усмотрел их противоречие действующему законодательству в том, что при введении в оборот трактора К-702М-СХТ субъект использовал промышленный образец по патенту № 73731, правообладателем которого является АО «Петербургский тракторный завод», без согласия последнего, в связи чем были нарушены его исключительные права на результат интеллектуальной деятельности, а также требования ст. 1229 ГК РФ²².

Обычаем в силу п. 1 ст. 5 ГК РФ признается сложившееся и широко применяемое в какой-либо области предпринимательской или иной деятельности, не предусмотренное законодательством правило поведения, независимо от того, зафиксировано ли оно в каком-либо документе.

Практика, в которой действия хозяйствующего субъекта признавались бы противоречащими обычаям делового оборота для целей установления данного признака недобросовестной конкуренции, немногочисленна. Так, в Постановлении ФАС Восточно-Сибирского округа от 22 мая 2006 г. по делу № А19-38401/05-21-Ф02-2289/06-С1 суд пришел к выводу, что направляя требования аптекам о прекращении продажи БАД «Салсоколлин»,

¹⁸ Решение Суда по интеллектуальным правам от 05 ноября 2020 г. по делу № СИП-1054/2019 // СПС: ГАРАНТ.

¹⁹ Постановление Суда по интеллектуальным правам от 09 октября 2020 г. № С01-1006/2020 по делу № А82-8291/2019 // СПС: ГАРАНТ

²⁰ Решение Суда по интеллектуальным правам от 05 октября 2020 г. по делу № СИП-781/2019 // СПС: ГАРАНТ.

²¹ Решение Суда по интеллектуальным правам от 11 сентября 2020 г. по делу № СИП-448/2019 // СПС: ГАРАНТ.

²² Решение Арбитражного суда Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 23 июля 2019 г. по делу № А56-5444/2019. [Электронный ресурс] «Судебные и нормативные акты РФ». Режим доступа: <https://sudact.ru/arbitral/doc/qsyxIA9f1WmJ/> (дата обращения: 02 февраля 2020 г.).

находившейся в них для целей реализации на законных основаниях, ООО «Сольвей ЭМ» совершало действия, противоречащие обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости. Из содержания писем также следовало, что ООО «Сольвей ЭМ» знало о наличии конкурента на рынке и своим требованием о прекращении реализации биологической добавки могло причинить вред ООО «Сольвей»²³.

В Определении Верховного Суда РФ от 02 декабря 2020 г. № 301-ЭС20-18679 по делу № А82-19804/2019 суд не усмотрел в действиях предпринимателя по использованию для поиска в системе контекстной рекламы Яндекс.Директ ключевой фразы «красный маяк» рассматриваемого признака недобросовестной конкуренции, указав, что они не могут быть признаны противоречащими обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости. Вывод обоснован тем, что использование хозяйствующим субъектом указанной ключевой фразы обусловлено законным ведением им предпринимательской деятельности по реализации виброоборудования, в том числе производства заявителя²⁴.

В соответствии с подп. 3 и 4 ст. 1 ГК РФ при установлении, осуществлении и защите гражданских прав и при исполнении гражданских обязанностей участники гражданских правоотношений должны действовать добросовестно. Никто не вправе извлекать преимущество из своего незаконного или недобросовестного поведения.

Согласно разъяснению, содержащемуся в п. 1 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 23 июня 2015 г. № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации», оценивая действия сторон как добросовестные или недобросовестные, следует исхо-

дить из поведения, ожидаемого от любого участника гражданского оборота, учитывающего права и законные интересы другой стороны, содействующего ей в том числе в получении необходимой информации.

Для установления наличия рассматриваемого признака недобросовестной конкуренции, отсутствует необходимость подтверждения противоречия действий лица одновременно и положениям действующего законодательства, и обычаям делового оборота, и требованиям добропорядочности, разумности и справедливости. Достаточно установления хотя бы одного объекта противоречия [4].

4. Причинение или способность причинения указанными действиями убытков другому хозяйствующему субъекту-конкуренту либо нанесения ущерба его деловой репутации.

В судебной практике в качестве причинения или способности причинения убытков добросовестному хозяйствующему субъекту как правило рассматривается объективная возможность действиями правообладателя товарного знака вытеснить добросовестного субъекта с товарного рынка путем предъявления требований, направленных на пресечение использования спорного обозначения (Постановление Суда по интеллектуальным правам от 25 марта 2021 г. № С01-661/2019 по делу № А40-240172/2018²⁵, Постановление Суда по интеллектуальным правам от 08 февраля 2021 г. № С01-1886/2020 по делу № А55-31630/2019²⁶, Постановление Президиума Суда по интеллектуальным правам от 26 января 2021 г. № С01-1698/2020 по делу № СИП-4/2020²⁷).

В деле № А56-5444/2019 в целях определения наличия данного признака установлено следующее. В качестве угрозы причинения убытков АО «Петербургский тракторный завод» суд усмотрел,

²³ Постановлении ФАС Восточно-Сибирского округа от 22 мая 2006 г. по делу № А19-38401/05-21-Ф02-2289/06-С1 // СПС: ГАРАНТ.

²⁴ Определение Верховного Суда РФ от 02 декабря 2020 г. № 301-ЭС20-18679 по делу № А82-19804/2019 // СПС: ГАРАНТ.

²⁵ Постановление Суда по интеллектуальным правам от 25 марта 2021 г. № С01-661/2019 по делу № А40-240172/2018 // СПС: ГАРАНТ.

²⁶ Постановление Суда по интеллектуальным правам от 08 февраля 2021 г. № С01-1886/2020 по делу № А55-31630/2019 // СПС: ГАРАНТ.

²⁷ Постановление Президиума Суда по интеллектуальным правам от 26 января 2021 г. № С01-1698/2020 по делу № СИП-4/2020 // СПС: ГАРАНТ.

что в результате недобросовестных действий Заявителя некоторая часть потребителей могла отказаться от приобретения тракторов «Кировец» К-744Р, отдав предпочтение тракторам К-702М-СХТ, имеющим схожий внешний вид, что привело бы к недополучению АО «Петербургский тракторный завод» той части прибыли, на которую он мог рассчитывать в случае недопущения заявителем недобросовестного поведения. Судом установлено, что в деле имеется подтверждение фактического отказа как минимум одного покупателя приобретать трактор «Кировец» К-744Р производства АО «Петербургский тракторный завод» в связи с нахождением в обороте трактора К-702М-СХТ производства Заявителя, стоимость которого существенно ниже стоимости трактора К-744Р производства Заявителя. Таким образом, возможный ущерб АО «Петербургский тракторный завод» заключается в упущенной выгоде. Суд отметил, что для установления наличия рассматриваемого признака недобросовестной конкуренции достаточно подтвердить угрозу причинения убытков²⁸.

В Постановлении Суда по интеллектуальным правам от 26 апреля 2018 г. № С01-252/2018 по делу № А32-23702/2017 указано, что довод заявителя о том, что в материалах дела отсутствуют доказательства причинения убытков правообладателю действиями предпринимателя, подлежит отклонению и не может служить основанием для отмены судебных актов. При этом судами отмечено, что в результате реализации предпринимателем Диковицкой О.Ф. контрафактной продукции потребители вводятся в заблуждение относительно товара и его изготовителя, тем самым правообладателю причиняется имущественный ущерб, а также наносится вред его деловой репутации²⁹.

Для того чтобы подтвердить наличие рассматриваемого признака недобросовестной конкуренции, не требуется доказывать наличие убытков и (или) вреда деловой репутации, достаточно

доказать способность причинить убытки и (или) вред деловой репутации.

В пункте 30 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 04 марта 2021 г. № 2 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением судами антимонопольного законодательства» изложены выводы о том, что само по себе нарушение хозяйствующим субъектом при ведении предпринимательской деятельности норм законодательства, даже при наличии факта неправомерного использования охраняемого результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации, не подтверждает наличие в действиях лица состава акта недобросовестной конкуренции³⁰.

Постановление содержит обобщенный перечень признаков, установленных в законе, которые должны быть установлены при рассмотрении спора о нарушении запрета недобросовестной конкуренции. Так, Верховный суд РФ указывает на необходимость установления следующих признаков.

1. Факт осуществления хозяйствующим субъектом действий, способных оказать влияние на состояние конкуренции.

Приказом ФАС России от 28 апреля 2010 г. № 220 «Об утверждении Порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке» установлен порядок оценки состояния конкуренции на товарном рынке, которым руководствуются антимонопольные органы и суды при установлении возможности влияния действий хозяйствующего субъекта на состояние конкуренции³¹.

Вопрос о влиянии на состояние конкуренции при установлении признаков недобросовестной конкуренции, судами рассматривается повсеместно. Безусловно, речь всегда идет об установлении негативного влияния на состояние конкуренции. Так, в Постановлении Арбитражного суда Северо-Западного округа от 23 января 2020 г.

²⁸ Решение Арбитражного суда города Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 23 июля 2019 г. по делу № А56-5444/2019 // СПС: ГАРАНТ.

²⁹ Постановление Суда по интеллектуальным правам от 26 апреля 2018 г. № С01-252/2018 по делу № А32-23702/2017 // СПС: ГАРАНТ.

³⁰ Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 04 марта 2021 г. № 2 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением судами антимонопольного законодательства» // СПС: ГАРАНТ.

³¹ Приказ ФАС России от 28 апреля 2010 г. № 220 «Об утверждении Порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке» // СПС: ГАРАНТ.

№ Ф07-16207/2019 по делу № А56-24561/2019³² в качестве действий, оказывающих влияние на состояние конкуренции на товарном рынке, расценены действия хозяйствующего субъекта по отвлечению потребителей от добросовестных субъектов предпринимательской деятельности и созданию у потребителей ложного впечатления о своей принадлежности к адвокатскому сообществу. Определением Верховного Суда РФ от 12 ноября 2018 г. № 308-КГ18-18398 по делу № А63-13968/2017³³ перераспределение спроса в пользу недобросовестного участника суд признал обстоятельством, оказывающим негативное влияние на состояние конкуренции на рынке соответствующей продукции.

Предполагается, что можно говорить о наличии негативного влияния на состояние конкуренции, когда действия лица приводят к отклонению конкурентных отношений от их нормального состояния и у одного хозяйствующего субъекта появляется возможность в одностороннем порядке воздействовать на общие условия обращения товаров на соответствующем товарном рынке. Исходя из вышеизложенной судебной практики можно установить, что судами в качестве такого влияния рассматриваются действия хозяйствующего субъекта по отвлечению клиентов от добросовестных субъектов предпринимательской деятельности, созданию у потребителей ложного впечатления о своей деятельности, перераспределение спроса в пользу хозяйствующего субъекта, нарушающего запрет на недобросовестную конкуренцию и др.

2. Отличие избранного хозяйствующим субъектом способа конкуренции на рынке от поведения, которое в подобной ситуации ожидалось бы от любого субъекта, преследующего свой имуще-

ственный интерес, но не выходящего за пределы осуществления гражданских прав и честной деловой практики.

Признак в таком виде был выделен в Определении Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 26 апреля 2019 г. № 303-КГ18-23327 по делу № А04-1665/2018³⁴, Постановлении Президиума Суда по интеллектуальным правам от 25 декабря 2020 г. № С01-1545/2020 по делу № СИП-781/2019³⁵ и дублировался в Постановлении Президиума Суда по интеллектуальным правам от 28 декабря 2020 г. № С01-1285/2020 по делу № СИП-763/2019³⁶, Постановлении Президиума Суда по интеллектуальным правам от 11 февраля 2021 г. № С01-61/2020 по делу № СИП-389/2019³⁷.

Рассматриваемый признак очевидно является конкретизацией общего принципа разумности. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23 июня 2015 г. № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» содержит вывод о том, что при оценке действий сторон на предмет добросовестности следует исходить из поведения, ожидаемого от любого участника гражданского оборота, учитывающего права и законные интересы другой стороны, содействующего ей, в том числе в получении необходимой информации³⁸.

Д.А. Петров дает следующее толкование понятию разумности: «Разумность – критерий, позволяющий установить соответствие поведения определенного хозяйствующего субъекта деперсонализированным стандартам ожидаемого поведения любого участника гражданского оборота; очевидное отклонение поведения такого участника будет свидетельствовать о неразумности» [5].

³² Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 23 января 2020 г. № Ф07-16207/2019 по делу № А56-24561/2019 // СПС: ГАРАНТ.

³³ Определение Верховного Суда РФ от 12 ноября 2018 г. № 308-КГ18-18398 по делу № А63-13968/2017 // СПС: ГАРАНТ.

³⁴ Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 26 апреля 2019 г. № 303-КГ18-23327 по делу № А04-1665/2018 // СПС: ГАРАНТ.

³⁵ Постановление Президиума Суда по интеллектуальным правам от 25 декабря 2020 г. № С01-1545/2020 по делу № СИП-781/2019 // СПС: ГАРАНТ.

³⁶ Постановление Президиума Суда по интеллектуальным правам от 28 декабря 2020 г. № С01-1285/2020 по делу № СИП-763/2019 // СПС: ГАРАНТ.

³⁷ Постановление Президиума Суда по интеллектуальным правам от 11 февраля 2021 г. № С01-61/2020 по делу № СИП-389/2019 // СПС: ГАРАНТ.

³⁸ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23 июня 2015 г. № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» // СПС: ГАРАНТ.

При определении того, носили ли действия правообладателя по регистрации спорного товарного знака недобросовестный, отличный от поведения, которое в подобной ситуации ожидалось бы от любого субъекта, преследующего свой имущественный интерес, характер, суды исследуют историю введения в хозяйственный оборот спорного обозначения. Учитываются обстоятельства, подтверждающие длительность использования спорного обозначения ответчиком, в результате действий которого указанное обозначение приобрело репутацию, известность, произошло ли это до введения на рынок товаров, выпускаемых истцом. Так, в Постановлении Президиума Суда по интеллектуальным правам от 25 декабря 2020 г. № С01-1545/2020 по делу № СИП-781/2019 суд, исследовав вышеизложенные обстоятельства, пришел к выводу об отсутствии в действиях ответчика по приобретению исключительного права на спорное обозначение указанного признака, так как обозначение приобрело широкую известность благодаря именно его хозяйственной деятельности и инвестициям, имевшим место до регистрации товарного знака³⁹. Предполагается, что при известности лицу, которое приобрело исключительное право на товарный знак, о том, что средство индивидуализации, тождественное ему либо сходное с ним до степени смешения, уже используется иным лицом, приобрело репутацию, известность среди потребителей благодаря усилиям этого лица, если действия по регистрации прав на товарный знак имели нечестную цель, такие действия являются недобросовестными.

Таким образом, для целей определения наличия в действиях лица по приобретению и использованию исключительного права на товарный знак рассматриваемого признака необходимо установить:

- 1) длительность использования правообладателем товарного знака спорного обозначения до даты приоритета товарного знака;
- 2) благодаря чьим действиям (например, инвестициям) спорное обозначение приобрело репутацию, стало известным потребителям;

3) время, с которого спорное обозначение приобрело репутацию, стало известным потребителям;

4) было ли известно правообладателю об использовании заявителем тождественного или сходного до степени смешения обозначения до даты приоритета товарного знака и имел ли правообладатель намерение воспользоваться чужой репутацией и узнаваемостью такого обозначения;

5) соответствует ли поведение правообладателя, с учетом установленных обстоятельств, правилам поведения, которых обычно придерживаются хозяйствующие субъекты, преследующие свой имущественный интерес.

3. Направленность поведения хозяйствующего субъекта на получение преимущества, в частности имущественной выгоды или возможности ее извлечения, при осуществлении экономической деятельности за счет иных участников рынка, в том числе посредством оказания влияния на выбор покупателей (потребителей), на возможность иных хозяйствующих субъектов, конкурирующих добросовестно, извлекать преимущество из предложения товаров на рынке, на причинение вреда хозяйствующим субъектам-конкурентам иными подобными способами (например, в результате использования (умаления) чужой деловой репутации).

Указанный признак в изложенном виде полностью соответствует признаку, определенному ранее в ФЗ «О защите конкуренции», при этом содержит возможные варианты преимуществ и действий лица, которые могут оцениваться как направленные на получение таких преимуществ.

В Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 04 марта 2021 г. № 2 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением судами антимонопольного законодательства» также отмечается, что для доказывания факта недобросовестной конкуренции необходимо установление как специальных признаков, определенных нормами статей 14.1 – 14.7 ФЗ «О защите конкуренции», так и общих признаков недобросовестной

³⁹ Постановление Президиума Суда по интеллектуальным правам от 25 декабря 2020 г. № С01-1545/2020 по делу № СИП-781/2019 // СПС: ГАРАНТ.

конкуренции, предусмотренных п. 9 с. 4 ФЗ «О защите конкуренции», ст. 10-bis Парижской конвенции по охране промышленной собственности.

В Обзорах судебной практики за период с 1 января 2018 г. по 30 сентября 2020 г., представленных в «Классификаторе постановлений президиума Суда по интеллектуальным правам» [3] в качестве обстоятельств, которые могут свидетельствовать о цели, преследуемой лицом, подлежащих установлению для признания действий правообладателя по приобретению и использованию исключительного права на товарный знак актом недобросовестной конкуренции названы следующие:

– факт использования спорного обозначения иными лицами до подачи правообладателем заявки на регистрацию этого обозначения в качестве товарного знака;

– известность правообладателю факта использования такого обозначения иными лицами до даты подачи им заявки на регистрацию этого обозначения в качестве товарного знака;

– наличие хозяйствующих субъектов-конкурентов на момент подачи правообладателем заявки на регистрацию этого обозначения в качестве товарного знака;

– наличие у правообладателя намерения (цели) посредством приобретения исключительного права на такое обозначение (приобретение монополии на него) причинить вред хозяйствующим субъектам-конкурентам и вытеснить указанных лиц с товарного рынка путем предъявления требований, направленных на пресечение использования спорного обозначения;

– причинение либо вероятность причинения вреда хозяйствующим субъектам-конкурентам путем предъявления требований о прекращении использования спорного обозначения (Постановле-

ния президиума Суда по интеллектуальным правам от 28 октября 2019 г. по делу № СИП-267/2019⁴⁰, от 07 февраля 2020 г. по делу № СИП-754/2018⁴¹, от 28 февраля 2020 г. по делу № СИП-734/2019⁴², от 22 июня 2020 г. по делу № СИП-529/2019⁴³, от 28 мая 2020 г. по делу № СИП-558/2019⁴⁴).

Исходя из вышеизложенного можно установить, что на сегодняшний день в результате правоприменительной практики и оформления ее основных выводов в соответствующих позициях судов, перечень признаков, которые необходимо установить для признания правообладателя товарного знака нарушившим ст. 14.4. ФЗ «О защите конкуренции», конкретизирован.

В случае недоказанности хотя бы одного из перечисленных признаков исключается признание действий хозяйствующего субъекта актом недобросовестной конкуренции⁴⁵.

Злоупотребление правом. Разграничение понятий злоупотребления правом и недобросовестной конкуренции

Наряду с недобросовестной конкуренцией основанием, по которому может быть оспорено и признано недействительным предоставление правовой охраны товарному знаку, подп. 6 п. 2 ст. 1512 ГК РФ называет злоупотребление правом. В соответствии с данной нормой возможно оспаривание предоставления правовой охраны товарному знаку и признание недействительным полностью или частично в течение всего срока действия правовой охраны, если действия правообладателя, связанные с предоставлением правовой охраны товарному знаку или сходному с ним до степени смешения другому товарному знаку, признаны в установленном порядке злоупотреблением правом либо недобросовестной конкуренцией.

⁴⁰ Постановление Президиума Суда по интеллектуальным правам от 28 октября 2019 г. № C01-995/2019 по делу № СИП-267/2019 // СПС: ГАРАНТ.

⁴¹ Постановление Президиума Суда по интеллектуальным правам от 07 февраля 2020 г. № C01-1034/2019 по делу № СИП-754/2018 // СПС: ГАРАНТ.

⁴² Постановление Президиума Суда по интеллектуальным правам от 28 февраля 2020 г. № C01-34/2020 по делу № СИП-734/2019 // СПС: ГАРАНТ.

⁴³ Постановление Президиума Суда по интеллектуальным правам от 22 июня 2020 г. № C01-280/2020 по делу № СИП-529/2019 // СПС: ГАРАНТ.

⁴⁴ Постановление Президиума Суда по интеллектуальным правам от 28 мая 2020 г. № C01-489/2020 по делу № СИП-558/2019 // СПС: ГАРАНТ.

⁴⁵ Письмо ФАС России от 21 октября 2019 г. № АК/91352/19 «Об использовании средств индивидуализации в качестве ключевых слов» // СПС: ГАРАНТ.

По смыслу подп. 6 п. 2 ст. 1512 ГК РФ действия лица, зарегистрировавшего спорный товарный знак, можно квалифицировать как акт недобросовестной конкуренции или злоупотребление правом [1]. Таким образом, законодатель не признает данные понятия тождественными. Такое разграничение подтверждается в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 23 апреля 2019 г. № 10 «О применении части четвертой ГК РФ»⁴⁶. Однако должного разграничения понятий в законодательстве и позициях высших судов не наблюдается.

Часть 1 ст. 9 ГК РФ предусматривает, что не допускаются осуществление гражданских прав исключительно с намерением причинить вред другому лицу, действия в обход закона с противоправной целью, а также иное заведомо недобросовестное осуществление гражданских прав (злоупотребление правом).

В пункте 8 «Обзора практики применения арбитражными судами ст. 10 ГК РФ», утвержденном Информационным письмом Президиума ВАС РФ от 25 ноября 2008 г. № 127 содержатся выводы о том, что суд, руководствуясь положениями ст. 10 ГК РФ, вправе по собственной инициативе, с учетом имеющихся фактических обстоятельств, признать в рамках рассмотрения дела об оспаривании решения Роспатента об отказе в признании недействительным предоставления правовой охраны товарному знаку действия лица по приобретению исключительного права на товарный знак злоупотреблением правом, и далее: «При названных обстоятельствах действия гонконгской компании по приобретению исключительного права на товарный знак “AKAI” являлись актом недобросовестной конкуренции и злоупотреблением правом (ст. 10 ГК РФ)»⁴⁷.

Исходя из содержания п. 170 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23 апреля 2019 г. № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» можно сделать вывод, что так как закон не устанавливает

специального порядка признания действий правообладателя, связанных с государственной регистрацией товарного знака, злоупотреблением правом, – заявление отдельного требования о признании таких действий лица злоупотреблением правом невозможно. Такое требование может быть заявлено только в рамках рассмотрения иного судебного спора. При этом в постановлении отмечается, что решение суда, которым действия лица признаны злоупотреблением правом, является основанием для оспаривания и признания недействительным полностью или частично предоставления правовой охраны товарному знаку на основании подп. 6 п. 2 ст. 1512 ГК РФ.

Таким образом существенное отличие злоупотребления правом и недобросовестной конкуренции состоит хотя бы в том, что требование о злоупотреблении правом невозможно заявить как самостоятельное в рамках обособленного судебного спора, тогда как заявление о недобросовестной конкуренции может быть рассмотрено судом в качестве самостоятельного требования в рамках отдельного спора.

При этом в случае заявления стороной одновременно требований о признании действий хозяйствующего субъекта и злоупотреблением правом, и недобросовестной конкуренцией, суды указывают лишь на отсутствие возможности заявления самостоятельного требования о злоупотреблении правом, не обосновывая при этом разграничения злоупотребления правом и недобросовестной конкуренции, и причин невозможности признания действий лица одновременно и тем, и другим.

В Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 23 апреля 2019 г. № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» предусматривается право суда, при отсутствии соответствующих заявлений от сторон, самостоятельно вынести вопрос о злоупотреблении правом на обсуждение⁴⁸.

⁴⁶ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23 апреля 2019 г. № 10 «О применении части четвертой ГК РФ» // СПС ГАРАНТ.

⁴⁷ «Обзор практики применения арбитражными судами ст. 10 ГК РФ», утвержденный Информационным письмом Президиума ВАС РФ от 25 ноября 2008 г. № 127 // СПС ГАРАНТ.

⁴⁸ Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 23 апреля 2019 г. № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» // СПС ГАРАНТ.

Как правило, доводы о злоупотреблении правом заявляются при рассмотрении дел о признании недействительными решений Федеральной службы по интеллектуальной собственности об отказе в удовлетворении возражений против предоставления правовой охраны товарному знаку.

Так, в Решении Суда по интеллектуальным правам от 9 октября 2020 г. по делу № СИП-329/2020 дается следующая оценка доводов о злоупотреблении правом правообладателем товарного знака. Судом было установлено, что коммерческое обозначение «ГИДРОЦЕМ» с 2013 г. использовалось ООО «ПП «Гидроцем», в котором состояли Мошков И.Р. и Якшилов Д.С. с равными долями в уставном капитале; в 2015 г. участник Якшилов Д.С. зарегистрировал другое общество – ООО «Гидроцем»; а в 2018 г. ИП Мошков И.Р. (правообладатель спорного товарного знака) зарегистрировал товарный знак «ГИДРОЦЕМ», предоставив при этом обществу ПП «Гидроцем» право его использования. ООО «Гидроцем» в ходе рассмотрения дела о признании недействительным решения Федеральной службы по интеллектуальной собственности об отказе в удовлетворении возражения против предоставления правовой охраны товарному знаку по свидетельству Российской Федерации № 680973 заявило о злоупотреблении ИП Мошковым И.Р. правом, выразившемся в регистрации товарного знака. Суд пришел к выводу, что так как на дату регистрации общества «Гидроцем» (13 января 2015 г.) общество «ПП «Гидроцем» уже длительное время использовало обозначение, сходное с произвольной частью фирменного наименования заявителя, что подтверждается представленными в материалы дела доказательствами, и о таком использовании Якшилов Д.С. не мог не знать, являясь на указанную дату одним из учредителей общества «ПП «Гидроцем» и его генеральным директором, действия Якшилова Д.С. в данном случае были направлены на создание нового субъекта предпринимательской деятельности (конкурента) для осуществления деятельности в той же сфере, что и общество «ПП «Гидроцем», однако без участия в такой деятельности Мошко-

ва И.Р. В связи с этим суд счел, что действия предпринимателя по регистрации спорного товарного знака были направлены не на причинение вреда заявителю или какому-либо иному лицу, а на разумное обеспечение своих имущественных интересов в условиях учреждения другим участником общества «ПП «Гидроцем» Якшиловым Д.С. конкурирующего субъекта со сходным фирменным наименованием»⁴⁹.

Таким образом, в указанном судебном деле суд не усмотрел злоупотребления правом в действиях предпринимателя по регистрации товарного знака, тождественному коммерческому обозначению общества, в котором он состоит вместе с другим предпринимателем, признав эти действия разумным обеспечением своих имущественных интересов. Вывод обоснован главным образом тем, что второй предприниматель зарегистрировал без участия первого общество с фирменным наименованием, тождественным коммерческому обозначению общества, в числе учредителей которого они состоят вместе. При этом предприниматель, зарегистрировавший товарный знак, предоставил обществу право использования спорного товарного знака на основании лицензионного договора. Обоснованность данных выводов подтверждена в Постановлении Президиума Суда по интеллектуальным правам от 01 апреля 2021 г. № С01-1795/2020 по делу № СИП-329/2020⁵⁰.

Данная судебная практика подтверждает, что для квалификации действий по приобретению исключительного права на средство индивидуализации необходимо установить цель совершения указанных действий. В судебной практике в качестве обстоятельств, которые могут являться подтверждением недобросовестного поведения лица, приводятся, например, осведомленность обладателя исключительного права на товарный знак о том, что на момент подачи заявки на регистрацию исключительного права на товарный знак иное лицо уже законно использовало тождественное либо сходное обозначение для индивидуализации в своей деятельности, а также о том, что указанное средство индивидуализации приобрело

⁴⁹ Решение Суда по интеллектуальным правам от 09 октября 2020 г. по делу № СИП-329/2020 // СПС ГАРАНТ.

⁵⁰ Постановлении Президиума Суда по интеллектуальным правам от 01 апреля 2021 г. № С01-1795/2020 по делу № СИП-329/2020 // СПС ГАРАНТ.

определенную известность среди потребителей (например, дело № СИП-729/2018⁵¹). При этом отмечается, что сам по себе факт известности правообладателю указанных обстоятельств не свидетельствует о том, что лицо, приобретая исключительное право на средство индивидуализации, действовало недобросовестно. Важно установление намерения воспользоваться чужой репутацией и узнаваемостью такого обозначения.

Как видно из анализа дела № СИП-329/2020, действительно, не всегда факт известности правообладателю товарного знака о том, что средство индивидуализации уже используется иным лицом, является подтверждением недобросовестной цели. Так, если в деле имеется подтверждение, что действия лица по регистрации товарного знака были продиктованы его имущественным интересом без отклонений от поведения, которое в аналогичной ситуации ожидалось бы от любого хозяйствующего субъекта, такие действия не могут быть признаны злоупотреблением правом. Однако в указанном деле значение имел также тот факт, что средство индивидуализации приобрело известность благодаря действиям юридического лица, в котором в качестве участника состоял в том числе правообладатель товарного знака.

Таким образом, подлежат установлению те же обстоятельства, что и при определении одного из признаков недобросовестной конкуренции – отличие избранного хозяйствующим субъектом способа конкуренции на рынке от поведения, которое в подобной ситуации ожидалось бы от любого субъекта, преследующего свой имущественный интерес, но не выходящего за пределы осуществления гражданских прав и честной деловой практики. Так, в деле № СИП-558/2019⁵² при определении в действиях лица признаков недобросовестной конкуренции суд, оценивая доводы о недобросовестности, указывал на те же обстоятельства, что и в деле № СИП-729/2018.

По мнению А.С. Ворожевич и Н.В. Козловой, при системном толковании подп. 6 п. 2 ст. 1512 ГК РФ «...речь идет о двух самостоятельных нарушениях, которые могут иметь место на стадии регистрации товарного знака: недобросовестная конкуренция и злоупотребление правом». Если в первом случае говорится о нарушении конкретной нормы в прямом смысле слова, то во втором случае, злоупотребление правом не является прямым нарушением нормы закона [1].

Кроме этого, можно констатировать, что принцип добросовестности является базовым принципом. В любой ситуации суд может применить ст. 10 ГК РФ по собственной инициативе в целях недопущения злоупотребления правом.

Рассматривая вопрос о разграничении понятий акта недобросовестной конкуренции и злоупотребления правом, обратим внимание на позицию судьи Конституционного Суда Российской Федерации Г.А. Гаджиева, изложенную в Особом мнении к Определению Конституционного Суда РФ от 15 мая 2007 г. № 370-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы закрытого акционерного общества «Эвалар» на нарушение конституционных прав и свобод положениями п. 2 и 3 ст. 10 Закона РСФСР «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках», подп. 4 п. 1 и абз. 4 п. 3 ст. 28 Закона Российской Федерации «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров»⁵³ (далее – Особое мнение).

В указанном определении разрешался вопрос о нарушении конституционных прав и свобод положениями на сегодняшний день уже не действующих законов, однако неопределенность в разграничении понятий недобросовестной конкуренции и злоупотребления правом остается актуальной и на сегодняшний день.

⁵¹ Решение Суда по интеллектуальным правам от 01 апреля 2019 г. по делу № СИП-729/2018 // СПС ГАРАНТ.

⁵² Постановление Президиума Суда по интеллектуальным правам от 28 мая 2020 г. № С01-489/2020 по делу № СИП-558/2019 // СПС ГАРАНТ.

⁵³ Особое мнение к Определению Конституционного Суда РФ от 15 мая 2007 г. № 370-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы закрытого акционерного общества «Эвалар» на нарушение конституционных прав и свобод положениями п. 2 и 3 ст. 10 Закона РСФСР «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках», подп. 4 п. 1 и абзаца 4 п. 3 ст. 28 Закона Российской Федерации «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров» // СПС ГАРАНТ.

Так, в Особом мнении отмечается, что существует неопределенность в понимании воли законодателя: охватывают ли слова «акт недобросовестной конкуренции» и такое поведение правообладателя, которое по своим признакам представляет собой злоупотребление субъективным исключительным правом на товарный знак? Неопределенность в оспариваемых нормах привела к тому, что и в судебных актах поведение ЗАО «Эвалар» квалифицируется и как акт недобросовестной конкуренции, и как злоупотребление субъективным правом. Между тем в подп. 6 п. 2 ст. 1512 ГК РФ злоупотребление правом и недобросовестная конкуренция рассматриваются как различные правонарушения.

Достаточно часто в судебной практике можно увидеть выводы, в которых суды рассматривают вопрос о злоупотреблении правом и недобросовестной конкуренции в совокупности (например, Постановление ФАС Московского округа от 22 октября 2012 г. по делу № А41-10659/10⁵⁴).

При квалификации действий лица по регистрации прав на товарный знак как злоупотребление правом, особое значение имеют рекомендации, которые содержатся в информационном письме Президиума ВАС РФ от 25 ноября 2008 г. № 127 «Обзор практики применения арбитражными судами ст. 10 ГК РФ» и сводятся к следующему.

Во-первых, злоупотребление правом может иметь место лишь при условии наличия у лица соответствующего права⁵⁵.

Недобросовестная конкуренция запрещена на законодательном уровне. Соответственно, лица не обладают правом на недобросовестную конкуренцию, чтобы у них была возможность им злоупотреблять. Таким образом, акты недобросовестной конкуренции, прямо запрещенные законом, нельзя относить к злоупотреблению правом [2].

Во-вторых, в силу императивного положения закона о недопустимости злоупотребления пра-

вом суд при квалификации действий лица как злоупотребление правом не ограничен доводами другой стороны спора относительно злоупотребления правом противной стороной. Суд вправе по своей инициативе отказать в защите права злоупотребляющему лицу, что прямо следует и из содержания п. 2 ст. 10 ГК РФ⁵⁶.

При рассмотрении же вопроса о наличии в действиях лица признаков недобросовестной конкуренции, суд учитывает доводы, заявленные сторонами и не может по своей инициативе, без наличия соответствующего требования заявителя, признать действия лица актом недобросовестной конкуренции.

В-третьих, посредством отказа в защите права лицу, которое допустило злоупотребление правом, обеспечивается защита нарушенных прав лица, в отношении которого допущено злоупотребление. Следовательно, непосредственной целью названной санкции является не наказание лица, злоупотребившего правом, а защита прав лица, потерпевшего от этого злоупотребления. Для защиты нарушенных прав лица суд может не принять доводы другой стороны спора, злоупотребившей правом, обосновывающие соответствие действий последней по осуществлению принадлежащего ей права формальным требованиям законодательства⁵⁷.

Существование отдельного способа защиты как признание действий лица злоупотреблением правом В.А. Хохловым ставится под сомнение. Так, автор полагает, что из подп. 6 п. 2 ст. 1512 ГК РФ «желательно вообще убрать упоминание о злоупотреблении правом», так как квалификация действий лица по регистрации спорного товарного знака «не является способом правовой защиты – в силу общих соображений, а не потому, что такой способ не поименован в ст. 12 ГК РФ». Тем самым автор исключает возможность обращения в суд с самостоятельным иском о признании действий лица по

⁵⁴ Постановление ФАС Московского округа от 22 октября 2012 г. по делу № А41-10659/10 // СПС ГАРАНТ.

⁵⁵ Пункт 2 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 25 ноября 2008 г. № 127 «Обзор практики применения арбитражными судами ст. 10 ГК РФ» // СПС ГАРАНТ.

⁵⁶ Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 25 ноября 2008 г. № 127 «Обзор практики применения арбитражными судами ст. 10 ГК РФ» // СПС ГАРАНТ.

⁵⁷ Там же. Пункт 5.

регистрации товарного знака злоупотреблением правом⁵⁸.

Исходя из проанализированного материала можно выделить следующие основные различия между злоупотреблением правом и недобросовестной конкуренцией, которые не позволяют говорить о тождестве этих понятий:

1) требование о признании действий лица злоупотреблением правом не может быть заявлено в качестве самостоятельного требования, тогда как заявление о недобросовестной конкуренции может быть рассмотрено в обособленном судебном деле;

2) для злоупотребления правом необходимо наличие соответствующего права, тогда как недобросовестная конкуренция, напротив, предполагает нарушение установленного законом запрета. Невозможно злоупотреблять правом, которое у лица отсутствует;

3) при рассмотрении вопроса о злоупотреблении правом суд не связан доводами сторон, что нельзя сказать о рассмотрении вопроса о признании действий правообладателя недобросовестной конкуренцией;

4) непосредственной целью признания лица злоупотребившим своим правом является не его наказание, а защита прав лица, потерпевшего от такого злоупотребления.

Несмотря на то что заинтересованные лица, обращаясь в суд, очень часто просят одновременно признать действия по приобретению и использованию исключительных прав на товарный знак злоупотреблением правом и актом недобросовестной конкуренции, следует признать, что с учетом наличия существенных различий этих составов невозможно установление в действиях одного и того же лица признаков одновременно и злоупотребления правом и недобросовестной конкуренции. Так, если мы говорим о недобросовестной конкуренции, связанной с приобретением и использованием исключительных прав на товарный знак – то это является нарушением установленного в ст. 14.4 ФЗ «О защите конкуренции» запрета. Действия, имеющие признаки недобросовестной конкуренции в данной форме, не могут быть

признаны злоупотреблением правом, так как правом на такие действия лицо изначально не обладало ввиду установленного законом запрета. Если же в действиях лица по приобретению и использованию исключительного права на товарный знак нет всей совокупности признаков недобросовестной конкуренции, либо в рамках рассмотрения дела не заявлено требование о признании действий лица недобросовестной конкуренцией, но при этом установлено, что регистрация товарного знака была осуществлена исключительно с намерением причинить вред другому лицу, эти действия были совершены в обход закона с противоправной целью, либо наблюдается иное заведомо недобросовестное осуществление гражданских прав, возможна квалификация действий лица только как злоупотребление правом. Фактически два состава не схожи, а противоречат друг другу. Может появиться мнение об их схожести, если оценивать, например, с позиции того, что в ст. 14.4 ФЗ «О защите конкуренции» фактически говорится о приобретении и использовании исключительных прав на товарный знак – а на указанные действия лицо имеет право, так как законодательно предусмотрена возможность регистрации товарного знака, и возможность использования исключительных прав на него является законным правом в силу п. 1 ст. 1484 ГК РФ. Получается, что лицо имеет право, которым предполагается может злоупотребить. Однако следует учитывать, что речь идет не просто об осуществлении указанных прав, а о недобросовестной конкуренции, которая осуществляется посредством реализации этих прав. То есть осуществление указанных прав, если оно также содержит в себе признаки недобросовестной конкуренции, запрещено в силу ст. 14.4 ФЗ «О защите конкуренции» и поэтому не может быть признано злоупотреблением правом.

В итоге недобросовестная конкуренция фактически является законодательно закрепленной формой злоупотребления правом, и с установлением запрета на недобросовестную конкуренцию она перестает быть таковой, становится самостоятельным нарушением.

⁵⁸ Противоположного мнения придерживается Г.В. Разумова, Протокол № 1 заседания Научно-консультативного совета при Суде по интеллектуальным правам от 27 декабря 2013 г. // Журнал Суда по интеллектуальным правам. 2014. № 3. С. 4 – 27.

Представляется, что именно по перечисленным причинам суды, при наличии одновременно заявления и требований о признании действий лица злоупотреблением правом и недобросовестной конкуренцией, отказывают в удовлетворении требований в части злоупотребления правом.

Можно заключить, что злоупотребление правом и недобросовестная конкуренция являются совершенно разными правонарушениями и не соотносятся даже как общее и частное.

У лица, чье право было нарушено в связи с приобретением и использованием исключительного права на товарный знак, имеющими признаки недобросовестной конкуренции или злоупотребления правом, есть следующие варианты защиты своих прав.

1. Лицо может обратиться с требованием о признании действий правообладателя по приобретению и использованию исключительных прав на товарный знак недобросовестной конкуренцией на основании ст. 14.4. ФЗ «О защите конкуренции» в антимонопольный орган.

Для признания действий правообладателя товарного знака недобросовестной конкуренцией заинтересованное лицо может обратиться в Федеральную антимонопольную службу с соответствующим требованием. В случае положительного результата решение антимонопольного органа на основании п. 2 ст. 14.4 ФЗ «О защите конкуренции» направляется заинтересованным лицом в Роспатент для признания недействительным предоставления правовой охраны товарному знаку [1].

Также лицо может обратиться непосредственно в суд (дела по спорам о признании судом актом недобросовестной конкуренции действий правообладателя, связанных с регистрацией товарного знака, подсудны Суду по интеллектуальным правам в качестве суда первой инстанции, в остальных случаях – арбитражным судам субъектов Российской Федерации).

Так, в пункте 61 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 04 марта 2021 г. № 2 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением

судами антимонопольного законодательства» отмечено, что наличие административного порядка не исключает возможность заявления требования о признании действий правообладателя по приобретению исключительного права на товарный знак недобросовестной конкуренцией непосредственно в суд⁵⁹.

Действительно, исходя из положений ст. 10, пп. 6 п. 2 ст. 1512 ГК РФ можно сделать вывод, что лицо вправе направить заявление с требованием о признании действий по регистрации товарного знака недобросовестной конкуренцией непосредственно в суд. Данной позиции придерживаются многие специалисты, а также судебные органы. Дела по спорам о признании судом актом недобросовестной конкуренции действий правообладателя, связанных с предоставлением правовой охраны товарному знаку, подсудны Суду по интеллектуальным правам в качестве суда первой инстанции на основании п. 2 части 4 ст. 34 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, поскольку решение суда по такому делу является в силу подп. 7 п. 2 ст. 1512 ГК РФ основанием признания недействительным предоставления правовой охраны товарному знаку.

2. У лица также есть возможность обратиться в Роспатент, который правомочен признать недействительным предоставление правовой охраны товарному знаку, если действия правообладателя в установленном порядке были признаны злоупотреблением правом либо недобросовестной конкуренцией. Однако законом не установлены полномочия Роспатента по квалификации действий в качестве злоупотребления правом или недобросовестной конкуренции⁶⁰. Потребуется также совершение действий, указанных в следующем пункте.

3. Лицо имеет право заявить о признании действий по приобретению и использованию исключительных прав на товарный знак злоупотреблением правом при рассмотрении иного дела, например, по иску правообладателя о применении мер защиты принадлежащего ему права⁶¹, о при-

⁵⁹ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 04 марта 2021 г. № 2 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением судами антимонопольного законодательства» // СПС ГАРАНТ.

⁶⁰ Постановление Суда по интеллектуальным правам от 19 сентября 2016 г. по делу № СИП-93/2016 // СПС ГАРАНТ.

⁶¹ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23 апреля 2019 г. № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» // СПС ГАРАНТ.

знании недействительным решения Федеральной службы по интеллектуальной собственности.

В силу подп. 6 п. 2 ст. 1512 ГК РФ, если по результатам рассмотрения указанных в п. 1 и 3 заявлений действия правообладателя товарного знака будут признаны злоупотреблением правом или недобросовестной конкуренцией, это будет являться основанием для прекращения правовой охраны товарного знака.

В научной литературе встречаются мнения, согласно которым, заинтересованному лицу следует обратиться с заявлением в арбитражный суд, только после получения решения антимонопольного органа. В этой связи интересно обратить внимание на мнение ученых и позиции высших судов.

Например, А.П. Сергеев считает, что «в суд можно лишь обжаловать то или иное решение антимонопольного органа по вопросу недобросовестной конкуренции, но невозможно прямое, минуя антимонопольные органы, обращение заинтересованного лица в суд»⁶². Аналогичного подхода придерживается В.А. Хохлов. Выводы согласуются с подп. 1 и 2 ст. 11 ГК РФ, которыми установлено, что защиту нарушенных или оспоренных гражданских прав осуществляет в соответствии с подведомственностью дел, установленной процессуальным законодательством, суд, арбитражный суд или третейский суд. Защита гражданских прав в административном порядке осуществляется лишь в случаях, прямо установленных законом, а решение, принятое в административном порядке, может быть оспорено в суде.

По мнению А.С. Ворожевич и Н.В. Козловой институт недобросовестной конкуренции не должен применяться при рассмотрении дел об оспаривании правовой охраны товарных знаков. Данные дела целесообразно отнести к подведомственности судов, минуя стадию административного обжалования» [1].

Между тем, как уже отмечалось, в п. 61 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 04 марта 2021 г. № 2 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением судами антимонопольного законодательства» содержится вывод о

том, что по причине отсутствия в Законе о защите конкуренции указаний на то, что защита гражданских прав в административном порядке исключается при наличии возможности обратиться в суд или, напротив, является обязательным условием обращения в суд, если лицо за защитой своих прав обратится сразу в суд, минуя административный порядок, суд не может оставить такое заявление без рассмотрения.

Представляется, что наиболее эффективным и удобным является следующий алгоритм действий лица, чьи права нарушены правообладателем товарного знака, допустившим недобросовестную конкуренцию:

1) обращение с заявлением непосредственно в суд;

2) обращение в Роспатент после принятия судом решения с целью признания недействительной правовой охраны товарного знака на основании подп. 6 п. 2 ст. 1512 ГК РФ.

Так, в случае обращения первоначально в антимонопольный орган, рассмотрение дела увеличивается на стадию административного порядка, так как о признании недействительным решения антимонопольного органа правообладатель в любом случае может заявить в Суд по интеллектуальным правам.

В случае, если в действиях лица нет признаков недобросовестной конкуренции, но есть основания для заявления о злоупотреблении правом, лицу следует:

1) обратиться в Роспатент с возражением против предоставления правовой охраны товарному знаку по основаниям, изложенным в п. 2 ст. 1512 ГК РФ (кроме подп. 6 п. 2 ст. 1512 ГК РФ, так как действия правообладателя еще не признаны в установленном порядке злоупотреблением правом либо недобросовестной конкуренцией);

2) в случае отказа в удовлетворении возражений обратиться в Суд по интеллектуальным правам с заявлением о признании недействительным решения Федеральной службы по интеллектуальной собственности об отказе в удовлетворении

⁶² Протокол № 1 заседания Научно-консультативного совета при Суде по интеллектуальным правам от 27 декабря 2013 г. // Журнал Суда по интеллектуальным правам. 2014. № 3. С. 15.

возражения и в рамках рассмотрения дела исходя из доводов возражения заявить о злоупотреблении правом правообладателем.

Таким образом, на сегодняшний день законодательно предусмотрено несколько способов

защиты лица, чье право нарушено регистрацией товарного знака. В зависимости от фактических обстоятельств тот или иной способ может иметь преимущества с позиции более быстрого и эффективного рассмотрения спора.

Список литературы:

1. *Ворожевич А.С., Козлова Н.В.* Недобросовестная конкуренция или злоупотребление правом при регистрации товарного знака: проблемы квалификации и способы защиты // *Lex russica*. 2017. № 5. С. 70–82.
2. *Грибанов В.П.* Осуществление и защита гражданских прав. М.: Статут, 2001. С. 63; *Голикова О.В.* Недобросовестная конкуренция и злоупотребление правом // *Конкурентное право*. 2011. № 1. С. 43.
4. Научно-практический комментарий к Федеральному закону «О защите конкуренции» (постатейный) / К.Н. Алешин, И.Ю. Артемьев, Е.А. Большаков и др.; отв. ред. И.Ю. Артемьев. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Статут, 2016. 1024 с.
5. *Петров Д.А.* Недобросовестная конкуренция: понятие и признаки // *Конкурентное право*. 2015. № 4. С. 34–36.
6. Протокол № 1 заседания Научно-консультативного совета при Суде по интеллектуальным правам от 27 декабря 2013 г. // *Журнал Суда по интеллектуальным правам*. 2014. № 3. С. 4-27.
7. *Право интеллектуальной собственности: учебник* / Е.В. Бадулина, Д.А. Гаврилов, Е.С. Гринь и др.; под общ. ред. Л.А. Новоселовой. М.: Статут, 2017. Т. 1: Общие положения. 512 с.

Договоры о сосуществовании товарных знаков в российской и международной практике



И.Д. Ходаков,

*Аспирант кафедры патентного права
и правовой охраны средств индивидуализации РГАИС,
Консультант юридической фирмы АЛРУД*

Статья посвящена договорам о сосуществовании товарных знаков и правоприменительной практике, связанной с заключением таких договоров при регистрации товарных знаков и отчуждении исключительного права на товарный знак, в российском и зарубежных правовых порядках.

Ключевые слова:

товарные знаки; распоряжение исключительным правом; договоры о сосуществовании товарных знаков; договорные ограничения исключительного права; введение потребителей в заблуждение.

С ростом количества товарных знаков и заявок на регистрацию товарных знаков неизбежно уменьшается количество свободных обозначений и одновременно растет число сходных до степени смешения товарных знаков и потенциальных конфликтов между правообладателями. Многие правообладатели не заинтересованы в судебном разрешении таких споров или в оспаривании правовой охраны собственных товарных знаков в Роспатенте.

Сходные товарные знаки могут регистрироваться в отношении однородных товаров компаниями, не являющимися конкурентами и действующими на разных товарных рынках. В таких случаях некоторые правообладатели допускают мирное сосуществование товарных знаков при условии разграничения общих интересов и исключения ситуаций, способных ввести по-

требителей в заблуждение при выборе товаров и услуг.

Возникают вопросы: допустимо ли правообладателям в договорном порядке разграничить сферы использования сходных товарных знаков? Могут ли стороны договориться о регистрации сходного товарного знака, или об ограничении перечня товаров и услуг зарегистрированного товарного знака или иным образом ограничить свое исключительное право на товарный знак?

Такие же вопросы возникают при отчуждении товарного знака в отношении части товаров или если отчуждение происходит в связи с реорганизацией юридического лица путем разделения и выделения, и стороны такой реорганизации хотят продолжить свою предпринимательскую деятельность и использовать сходные товарные

знаки. Допустима ли такая ситуация и как она может быть урегулирована в договорном порядке?

Так, в рамках одной из сделок по отчуждению исключительного права на товарный знак, а впоследствии в рамках рассмотрения дела в суде стороны предоставили договор о сосуществовании товарных знаков, сходных до степени смешения, и совместно настаивали на признании незаконным решения Роспатента об отказе в регистрации отчуждения¹. Суды не согласились с позицией правообладателя и приобретателя исключительного права на товарный знак, поскольку такое отчуждение противоречит существу исключительного права на товарный знак и нарушает публичные интересы из-за введения потребителей в заблуждение.

В подобных случаях, какие условия должны соблюдаться сторонами договора, чтобы договор признавался действительным и позволил сторонам договориться о разграничении использования собственных товарных знаков?

Практика заключения договоров о сосуществовании в России новая, и в судебных актах они стали встречаться только в последние 5–7 лет. Полагаем, что целесообразно обратиться к мировому опыту заключения подобных договоров, в том числе в связи с тем, что именно иностранные правообладатели чаще выступают сторонами таких сделок в России.

Договор о сосуществовании товарных знаков (известный в иностранных правовых системах и англоязычной литературе как *consent agreement*, *coexistence agreement*, *delimitation agreement*, *prior rights agreement*) – это двухсторонний или многосторонний договор между правообладателем товарного знака, имеющего более ранний приоритет, и лицом или лицами, использующими или планирующими использовать сходный товарный знак в том числе путем регистрации собственного товарного знака. Данный договор определяет права и обязанности по разграничению исключительных прав на сходные товарные знаки и использо-

ванию собственных товарных знаков в установленном договорном порядке. Говоря об определении договора о сосуществовании товарных знаков, многие иностранные исследователи и практикующие юристы ссылаются на определение данное Международной ассоциацией по товарным знакам (*International Trademark Association*), в соответствии с которым договор направлен на сосуществование товарных знаков «без возможности их смешения» и, в том числе, для использования в отношении однородных товаров, и позволяет сторонам установить правила, по которым товарные знаки будут мирно сосуществовать². Такой договор может заключаться по ряду причин, которые будут рассмотрены ниже.

Во-первых, он направлен на защиту лица, которое использует обозначение, сходное до степени смешения с товарным знаком, имеющим более ранний приоритет, и направлен на исключение возможности предъявления требования о нарушении прав на товарный знак на будущее.

Во-вторых, договор заключается для предоставления его в патентные ведомства для регистрации собственного товарного знака, включая цели преодоления решения об отказе в регистрации товарного знака, оспаривания такого решения в вышестоящих органах³.

В-третьих, договор заключается, чтобы разграничить сферы интересов компаний и заранее определить территорию, области использования товарных знаков или товарные рынки, а также потенциальные регистрации новых товарных знаков.

В-четвертых, такие договоры заключаются также в рамках сделок по слиянию и поглощению компаний, когда исключительное право отчуждается в отношении части товаров и компании определяют будущие границы сосуществования на рынке. Также отмечается, что договор о сосуществовании может быть заключен при разделении и выделении юридических лиц в целях сохранения возможно-

¹ Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 18 марта 2013 г. № 09АП-3966/2013-АК по делу № А40-130123/12

² *Carin Thomsen*. Trademark Co-existence Agreements in the Perspective of EU Competition Law. P. 26 URL: https://gupea.ub.gu.se/bitstream/2077/32214/1/gupea_2077_32214_1.pdf

³ *Tamara Nanayakkara*. IP and Business: Trademark Coexistence. URL: https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2006/06/article_0007.html

сти производить товары и оказывать услуги под сходными товарными знаками после разделения бизнеса. Например, в Соединенном Королевстве после выделения бизнеса из материнской компании Selfbridges в 1999 г., сосуществуют товарные знаки Miss Selfridge и Selfridges в отношении сети магазинов одежды и сети универмагов соответственно⁴.

Часто договоры носят ограничительный характер и содержат негативные обязательства, запрещающие правообладателю товарного знака использовать его определенным образом, подавать заявки на новые товарные знаки, расширять перечень товаров и услуг при регистрации новых товарных знаков, подавать оппозиции и заявления об оспаривании правовой охраны товарного знака⁵.

США

В некоторых практико-ориентированных публикациях утверждается, что договоры о сосуществовании имеют бóльший вес в юрисдикции США, чем в других юрисдикциях⁶. Выражается это в том, что, по мнению судов США, при заключении договора мнение сторон о вероятности смешения товарных знаков на рынке должно иметь большее значение, поскольку они лучше знают реальную ситуацию, чем чиновники или судьи⁷. Например, апелляционный суд второго округа США в деле *Times Mirror Magazines Inc. v. Fiels & Stream Licenses Co.* отказался признавать недействительным договор о сосуществовании товарных знаков в отношении обозначения FIELD & STREAM, поскольку истец не продемонстрировал существенное нарушение публичных интересов при заключении договора, достигнутого путем свободных перегово-

ров, совершенных сторонами. Кроме того, судом было отдельно отмечено, что публичные интересы не будут существенным образом нарушены, если вероятность смешения будет вызвана приобретением товаров одинакового качества, которые не наносят вред здоровью и безопасности потребителей⁸.

В обзорной статье Марианны Мосс по вопросу договоров о сосуществовании товарных знаков анализируется отношение патентного ведомства США к таким соглашениям с позиции публичных интересов и возможности введения потребителей в заблуждение⁹. Как и в деле, описанном выше, в решении 2002 г. по делу *Ron Cauldwell Jewelry, Inc. v. Clothestime Clothes, Inc.* патентное ведомство США признало действительным соглашение о сосуществовании товарных знаков Eye Candy в отношении аксессуаров, ремней и других товаров, относящихся к одежде. При этом ведомство не анализировало угрозу нарушения публичных интересов, вероятность смешения товарных знаков, и руководствовалось исключительно частноправовым характером договорных отношений сторон, принципом недопустимости вмешательства третьих лиц в договорные отношения¹⁰.

Однако и в США соглашения о сосуществовании товарных знаков могут быть признаны недействительными при нарушении публичного интереса, в частности, как в случае, когда регистрация сходного товарного знака влечет угрозу общественной безопасности, так и в случае высокого риска вероятности смешения товарных знаков. В деле *Merrell Dow Inc. v. Allergan Inc.*, затрагивающем исключительные права на товарные знаки в отношении лекарственных средств, суды приняли во внимание

⁴ Joel Smith and Megan Compton. Trademark coexistence agreements – practicalities and pitfalls. URL: <https://www.worldtrademarkreview.com/article/E9F797C42E0336CD92A92370DA8BB9AC365A0D5A/download>

⁵ Michael A. Epstein. Epstein on Intellectual Property. P. 34

⁶ Consent or coexistence? Deciding Which Trademark Agreement to Use, Practical law: Thomson Reuters. URL: https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/7-569-3945?_lrTS=20180227180817321&transitionType=Default&contextData=%28sc.Default%29

⁷ Spencer T. Wiles. The TTAB Should Drink a Beer and Relax: Implications for Trademark Consent Agreements in the Craft Brewing Industry After In re Bay State Brewing Company, Inc. P. 130

⁸ Times Mirror Magazines Inc. v. Fiels & Stream Licenses Co. 103 F. Supp. 2d 711 (S.D.N.Y. 2000), aff'd, 294 F.3d 383 (2d. Cir. 2002). URL: <https://caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1372486.html>

⁹ Marianne Moss. Trademark “Coexistence” Agreements: Legitimate Contracts or Tools of Consumer Deception? // Loyola Consumer Law Review. Vol. 18. Art. No. 2. P. 221-222. URL: <https://core.ac.uk/reader/268429310>

¹⁰ Ron Cauldwell Jewelry, Inc. v. Clothestime Clothes, Inc. URL: <https://ttabcenter.com/ttabcase/ron-cauldwell-jewelry-inc-v-clothestime-clothes-inc/>

публичный интерес и признали недействительным соглашение о сосуществовании товарных знаков в связи потенциальной возможностью нанесения вреда здоровью граждан.

Кроме того, патентное ведомство США может не принимать во внимание договоры о сосуществовании товарных знаков при отказе в регистрации товарного знака, если такой договор игнорирует вероятность введения потребителей в заблуждение¹¹. В деле *In re Bay State Brewing Company, Inc.* патентное ведомство США и Комитет по рассмотрению споров и апелляций в связи с регистрацией товарных знаков¹² (ТТАВ) отказались регистрировать товарный знак TIME TRAVELER BLONDE, сходный до степени смешения с товарным знаком TIME TRAVELER, в отношении пива, несмотря на наличие договора. ТТАВ подтвердило, что договоры о сосуществовании имеют важную роль при оценке вероятности смешения товарных знаков. Однако положения заключенного договора не содержали условия, которые бы минимизировали или исключали вероятность смешения, а оценке подлежат все факты, касающиеся вероятности смешения товарных знаков, а не только договоренности сторон.

Спенсер Уилес отмечает¹³, что суды в целом имеют намерение признавать договоры о сосуществовании товарных знаков законными и действительными на основании обязательственного права США. Встречным предоставлением по данному договору признается даже частичный отказ или ограничение собственного исключительного права на товарный знак.

Можно также согласиться с утверждениями Марианны Мосс, что при оценке законности договоров о сосуществовании суды или патентные ведомства должны оценивать баланс интересов между пу-

бличными интересами потребителей и недопустимостью вмешательства в договорные отношения, а основным фактором будет вероятность введения потребителей в заблуждение и потенциальные негативные последствия для потребителей¹⁴.

Европейский союз и Соединенное королевство

Директивы Европейского Союза не регулируют соглашения о сосуществовании товарных знаков, но п. 5 ст. 4 Директивы ЕС по товарным знакам № 2015/2436 устанавливает, что страны члены Европейского союза должны в соответствующих обстоятельствах не устанавливать обязанность отказываться в регистрации или признать правовую охрану товарного знака недействительным в случаях, когда правообладатель товарного знака с более ранним приоритетом предоставляет согласие на регистрацию более позднего товарного знака¹⁵. Таким образом, Директива признает возможность урегулирования вопроса о сосуществовании товарных знаков через мирные процедуры, включая согласие правообладателя.

Договоры о сосуществовании находятся вне регулирования товарных знаков ЕС и подлежат оценке с точки зрения обязательственного права стран ЕС. В отличие от США и России, где действительность договоров оценивается с позиции возможности введения потребителей в заблуждение и защиты публичных интересов потребителей, в ЕС особое внимание уделяется вопросу соответствия таких соглашений антимонопольному законодательству¹⁶.

Например, в Германии соглашения о сосуществовании товарных знаков также используются и иногда называются договорами о разграничении. Несмотря на то что договор будет действительным с

¹¹ Michael A. Epstein. Epstein on Intellectual Property. P. 36.

¹² In re Bay State Brewing Company, Inc. Trademark Trial and Appeal Board. URL: <http://brandaide.com/wp-content/uploads/2016/03/Time-Traveler-TTAB-case.pdf>

¹³ Spencer T. Wiles. The TTAB Should Drink a Beer and Relax: Implications for Trademark Consent Agreements in the Craft Brewing Industry After In re Bay State Brewing Company, Inc. P. 135.

¹⁴ Marianna Moss. Trademark "Coexistence" Agreements: Legitimate Contracts or Tools of Consumer Deception?//Loyola Consumer Law Review. Vol. 18. Art. No. 2 – p. 221/// URL: <https://core.ac.uk/reader/268429310>

¹⁵ DIRECTIVE (EU) 2015/2436 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2015 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32015L2436&from=EN>

¹⁶ Carin Thomsen. Trademark Co-existence Agreements in the Perspective of EU Competition Law. URL: https://gupea.ub.gu.se/bitstream/2077/32214/1/gupea_2077_32214_1.pdf

точки зрения обязательственного права, такие договоры не распространяют свои обязательства на правопреемников товарных знаков, но на практике в договорах включают положения о распространении ограничительных условий на правопреемников¹⁷.

В соответствии с судебной практикой в Германии и решениями Европейской комиссии договоры о сосуществовании и положения, направленные на регистрацию сходных товарных знаков, о запрете оспаривания сходных товарных знаков, неоспоримы с точки зрения антимонопольного законодательства, до тех пор пока договор определяет сосуществование сходных товарных знаков и не содержит условий о разделе рынка и разделе потребителей¹⁸. Так, в деле *Toltecs v. Dorcet*¹⁹ правообладатели товарных знаков Toltecs и Dorcet (компании Segers и BAT соответственно) заключили договор о сосуществовании товарных знаков, после того как компания BAT подала заявление об оппозиции в отношении регистрируемого обозначения Toltecs. Помимо условий о согласии на регистрацию товарного знака договор содержал положения о запрете торговать мелко нарезанным табаком на территории Германии. Впоследствии компания Segers обратилась с заявлением в Европейскую Комиссию о нарушении антимонопольного законодательства.

Европейская комиссия признала нарушение, поскольку такое решение ограничивало возможность вводить в оборот табак на территории Германии, и кроме того товарные знаки не были настолько сходными, чтобы вызвать риск смешения на немецком рынке. Европейская комиссия пришла к выводу, что договор был направлен не на защиту интересов правообладателей, а на фактическое устранение компании Segers с рынка табачной продукции в Германии.

В дальнейшем данное решение было оспорено компанией BAT в Суде Европейского союза и впервые вопрос о договорах о сосуществовании товарных знаков рассматривался на уровне Суда Европейского союза. В данном деле *BAT v. Commission*²⁰ суд указал, что договоры о сосуществовании товарных знаков сами по себе являются законными, если они служат разграничению сфер использования соответствующих товарных знаков и заключены в общих интересах сторон для целей исключения смешения товарных знаков и устранения конфликта между ними, что вместе с тем не исключает применения к ним антимонопольного законодательства. Если договор о сосуществовании товарных знаков заключается для целей ограничения конкуренции, разграничения товарного рынка, а не для урегулирования столкновения исключительных прав на товарные знаки, такие договоры могут нарушать антимонопольные ограничения.

Также выделяют дело *Jette Joop*, рассмотренное Верховным судом Германии, который признал действительность договоров о сосуществовании товарных знаков и указал, что существенное значение имеет обстоятельство установления сторонами конфликтной ситуации на момент заключения договора, или были серьезные причины для его заключения на основании объективно существовавших фактов²¹.

На основании данной практики считается, что для избежания применения антимонопольного законодательства стороны договора должны убедиться, что договор заключается в целях исключения спора о нарушении исключительного права на товарные знаки, а сами товарные знаки, являющиеся предметом договора, действительно сходны до степени смешения²².

¹⁷ Irene Calboli, Jacques de Werra. The Law and Practice of Trademark Transactions. A Global and Local Outlook. P. 405. URL: https://www.google.ru/books/edition/The_Law_and_Practice_of_Trademark_Transa/IHKNCwAAQBAJ?hl=ru&gbpv=1&kptab=overview

¹⁸ Ibid.

¹⁹ 82/897/EEC: Commission Decision of 15 December 1982 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty (IV/C-30.128 - Toltecs-Dorcet). URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31982D0897>

²⁰ Judgment of the Court of 30 January 1985. - BAT Cigaretten-Fabriken GmbH v Commission of the European Communities. - Competition law and trade mark law. - Case 35/83. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61983CJ0035>

²¹ Carin Thomsen. Trademark Co-existence Agreements in the Perspective of EU Competition Law. P. 45. URL: https://gupea.ub.gu.se/bitstream/2077/32214/1/gupea_2077_32214_1.pdf

²² Irene Calboli, Jacques de Werra. The Law and Practice of Trademark Transactions. A Global and Local Outlook. P. 405./URL: https://www.google.ru/books/edition/The_Law_and_Practice_of_Trademark_Transa/IHKNCwAAQBAJ?hl=ru&gbpv=1&kptab=overview

Таким образом, договоры о сосуществовании в странах ЕС прежде всего играют важную роль в предотвращении споров, позволяя правообладателям товарных знаков определить, а также ограничить в договорном порядке, объем их прав путем заключения такого соглашения.

Патентное ведомство Соединенного Королевства рекомендует и признает заключение договоров о сосуществовании товарных знаков, поскольку оно может предотвратить неопределенности и сложности, возникающие между сосуществующими бизнесами²³. При этом для действительности и заключенности договора о сосуществовании товарных знаков достаточно, чтобы обе стороны договора имели встречные права и обязанности по нему и данный документ не был односторонним актом, разрешающим использование товарного знака.

Известным делом в юрисдикции Соединенного Королевства по договорам о сосуществовании товарных знаков признается дело *Apple Corps Ltd. v. Apple Computer Inc*²⁴. Договор был заключен между звукозаписывающей студией Apple Corps и компанией Apple Computer, теперь уже всемирно известной компанией Apple Inc. В 1981 г. стороны разграничили использование товарного знака Apple и договорились, что Apple Corps будет иметь исключительное право на использование товарных знаков в связи с созданием музыкальных произведений, в какой бы форме они ни создавались, в то время как Apple Computer будет использовать товарный знак в отношении электронных устройств, компьютерных программ, обработки данных и других услуг. Однако в связи с развитием технологий, в том числе в сфере дистрибуции музыки, компания Apple Computer запустила музыкальный плеер iPod и программное обеспечение iTunes Music Store с каталогами музыки, что по мнению компании Apple Corps неизбежно вело к нарушению договора о сосуществовании товарных знаков.

Высокий суд Англии и Уэльса признал действительность договора о сосуществовании товарных знаков, но не установил ни нарушения договора, ни нарушения исключительного права на товарный знак, поскольку, по мнению суда, потребители не будут введены в заблуждение, когда используют устройства компании Apple Computer и загружают музыку.

Примечательно в то же время, что нарушение договора о сосуществовании может быть основанием для иска о запрете использования товарного знака. Так, в деле *World Wide Fund for Nature v. World Wrestling Federation Entertainment Inc.* в рассмотренном судами Соединенного Королевства было установлено, что Всемирная Федерация Рестлинга нарушила положения договора об использовании аббревиатуры WWF²⁵.

Обе организации, Всемирный фонд дикой природы и Всемирная Федерация Рестлинга, использовали схожие аббревиатуры WWF и долгое время судились в связи с использованием аббревиатуры WWF, пока в 1994 г. не достигли мирового соглашения, в соответствии с которым договорились о разграничении сфер и способов использования аббревиатуры WWF. Всемирный фонд дикой природы имеет приоритет в использовании WWF, в то время как договор устанавливал существенные ограничения в использовании для Всемирной Федерации Рестлинга. Однако вскоре Всемирная Федерация Рестлинга продолжила и расширила использование обозначения WWF иными способами, нежели было установлено договором. Суды признали, что нарушение такого договора влечет возможность требовать ограничения использования товарного знака в связи с нарушением договора, так и взыскания компенсаторных убытков за нарушение договора.

Китай

В Китае также отсутствует регулирование подобных соглашений на уровне законодательства.

²³ Guidance on Coexistence agreement: fact sheet. URL: <https://www.gov.uk/government/publications/coexistence-agreement/coexistence-agreement-fact-sheet>

²⁴ *Apple Corps LTD v. Apple Computer Inc.* [2004] EWHC 768 (Ch). URL: <https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff7d860d03e7f57eb2726>

²⁵ *World Wide Fund for Nature and Another v World Wrestling Federation Entertainment Inc:* CA 2 Apr 2007 [2007] EWCA Civ 286, [2008] 1 All ER 74, [2008] 1 All ER (Comm) 129, [2008] 1 WLR 445, [2007] Bus LR 1252. URL: <https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff71360d03e7f57ea72e4>

Отмечается, что патентное ведомство Китая не выработало устоявшиеся подходы к договорам о сосуществовании товарных знаков²⁶. Однако в 2016 г. Верховный народный суд КНР признал соглашение о сосуществовании товарных знаков между компаниями Google и Shimano в качестве важного фактора, который должен приниматься во внимание при регистрации товарного знака. В частности, суд указал, что это один из способов распоряжения своим исключительным правом на товарный знак, который должен признаваться, если он не противоречит интересам государства, общества и третьих лиц. По мнению Верховного народного суда КНР, регистрация товарного знака и заключение таких соглашений имеет большее влияние на интересы первоначального правообладателя товарного знака, чем на интересы потребителей в целом.

В публичных источниках отмечается, что в 2016 и 2017 г. суды Китая одобрили регистрацию 80 и 90 товарных знаков соответственно на основании заключенных договоров о сосуществовании товарных знаков²⁷.

Патентное ведомство также придерживается позиции, что договоры имеют существенную роль для исключения вероятности смешения товарных знаков. Для признания договора о сосуществовании товарных знаков действительным и допустимым патентным ведомством Китая достаточно, что он содержал сведения о противопоставляемых товарных знаках и товарах или услугах, в отношении которых заключен такой договор.

При этом у патентного ведомства Китая и судов остается право отказать в регистрации товарного знака при наличии договора о сосуществовании товарных знаков. Патентное ведомство Китая исследует несколько факторов при оценке допустимости и действительности договора. Во-первых, патентное ведомство оценивает степень сходства товарных знаков и однородность товаров и услуг, возможность потребителей различить два сходных товарных знака. Во-вторых, исследуется известность «старшего» товарного знака, а в

случае его широкой известности сосуществование товарных знаков не допускается. В-третьих, регистрация товарного знака не должна вводить в заблуждение или наносить вред публичным интересам, к таким случаям относят регистрацию сходных товарных знаков в отношении лекарственных средств. Очевидно, что лекарственные средства, имеющие сходное наименование, но разное назначение (фармакологические свойства и показания к применению) могут нанести вред здоровью граждан при приобретении ими по ошибке не тех лекарственных средств, на которые они рассчитывали и знали ранее.

Российское законодательство и практика применения

В российском праве договоры о сосуществовании товарных знаков отсутствуют в Гражданском кодексе РФ и административных регламентах по регистрации товарных знаков и распоряжению исключительным правом на товарный знак, что не исключает сосуществование сходных товарных знаков, даже в отношении однородных товаров. Среди известных случаев сосуществования сходных товарных знаков можно выделить серию товарных знаков Чайхона/Chaihona в отношении сети ресторанов, после того как в 2010 г. состоялось разделение ресторанов узбекской кухни Чайхона их собственниками на две сети заведений. Один собственник сети продолжил использовать товарные знаки Чайхона № 1 Made by Timur Lansky, а второй – сходные товарные знаки Vasilchuki Chaihona № 1, Chaihona № 1, Chaihona Nomer Odin. Несмотря на то что оба товарных знака очевидно включают сходные элементы Чайхона/Chaihona и зарегистрированы в отношении однородных услуг, рестораны продолжают сосуществовать и правообладатели имеют исключительные права на сходные товарные знаки, хотя и имеющие определенные различия, позволяющие отличать их в обороте.

Следует отметить, что за исключением статей В.И. Елисеева «Согласия на регистрацию и

²⁶ *Ming Deng and Nicole Yu*. Trademark Coexistence or Trademark Confusion? — A Comparative Study from Perspectives of Europe and China. China patents & trademarks No. 4, 2017. P. 74. URL: <http://www.cpt.cn/uploadfiles/20180131121232759.pdf>

²⁷ *Jiayan Xie*. How effective are trademark coexistence agreements in China? URL: <https://www.managingip.com/article/b1kblz133kch90/how-effective-are-trademark-coexistence-agreements-in-china>

соглашения о сосуществовании товарных знаков»²⁸ и Т.В. Васильевой «Письма-согласия и соглашения о согласии»²⁹, договоры о сосуществовании товарных знаков не исследовались в российской правовой доктрине.

В то же время в России договоры о сосуществовании товарных знаков заключаются и предоставляются в Роспатент в рамках регистрационных процедур. Использование договоров о сосуществовании можно наблюдать в правоприменительной практике при оспаривании решений Роспатента об отказе в регистрации товарных знаков в Палате по патентным спорам или в Суде по интеллектуальным правам.

Такие договоры принимаются Роспатентом в соответствии с абз. 5 п. 6 ст. 1483 Гражданского кодекса РФ и приравниваются к согласию правообладателя на регистрацию обозначения, сходного до степени смешения с собственным товарным знаком с более ранним приоритетом³⁰. В.И. Елисеев верно отметил, что такие договоры должны приниматься во внимание Роспатентом «в той степени, в которой они могут быть интерпретированы в качестве согласий на регистрацию».

Так же, как и в п. 2 ст. 1488 Гражданского кодекса РФ, законодатель ограничил возможность сторон договориться о регистрации товарного знака – публичным интересом («введением потребителя в заблуждение»). Норма абз. 5 п. 6 ст. 1483 Гражданского кодекса РФ направлена на проверку одновременно отсутствия частноправового конфликта интересов между заявителем товарного знака и правообладателем старшего товарного знака в гражданском обороте, так и отсутствия публично-правового конфликта интересов между

наличием нескольких правообладателей и влиянием данного факта на интересы потребителей.

Таким образом, заключение и предоставление договора о сосуществовании товарных знаков допускается до тех пор, пока это не вводит потребителей в заблуждение. Роспатент считает допустимыми договоры о сосуществовании товарных знаков, если товарные знаки, являющиеся предметом такого договора, не тождественны и имеют фонетические или графические (визуальные) различия, обуславливающие различное общее зрительное впечатление от их восприятия потребителем³¹. На данный момент Роспатент рассматривает данные договоры только в качестве согласия правообладателя на регистрацию товарного знака.

Также при оценке возможности введения потребителей в заблуждение, Роспатент в некоторых случаях оценивает не только сходство товарных знаков и однородность товаров, но и фактическую деятельность компаний на рынке, могут ли потребители быть введены в заблуждение сосуществованием компаний со сходными товарными знаками на одном рынке³². Также Роспатент оценивает известность российскому потребителю противопоставленного товарного знака. Так, с учетом полученного договора о сосуществовании товарных знаков и известности товарного знака Suzuki в отношении автомобилей новое обозначение Suzuki было зарегистрировано в отношении заявленных товаров и услуг, не относящихся к автомобилям³³.

В практике Суда по интеллектуальным правам встречаются договоры о сосуществовании товарных знаков в рамках заключения мировых соглашений по спорам о досрочном прекращении правовой охраны товарных знаков, а также в рам-

²⁸ Елисеев В.И. Соглашения на регистрацию и соглашения о сосуществовании товарных знаков. // Патенты и лицензии. Интеллектуальные права, № 3, март 2017. С. 59–66.

²⁹ Васильева Т.В. Письма-согласия и соглашения о согласии // Патенты и лицензии. Интеллектуальные права, № 1, январь 2017, С. 9–15.

³⁰ Заключение Палаты по патентным спорам от 3 сентября 2019 г. (Приложение к решению Роспатента от 12 сентября 2019 г. по заявке № 2017713415).

³¹ Заключение Палаты по патентным спорам от 21 июля 2020 г. (Приложение к решению Роспатента от 23 июля 2020 г. по заявке № 0001388077); Заключение Палаты по патентным спорам от 16 января 2019 г. (Приложение к решению Роспатента от 30 января 2019 г. по заявке № 0001328780); Заключение Палаты по патентным спорам от 20 марта 2018 г. (Приложение к решению Роспатента от 19 апреля 2018 г. по заявке № 2016722840).

³² Заключение Палаты по патентным спорам от 6 августа 2019 г. (Приложение к решению Роспатента от 9 августа 2019 г. по заявке № 2017739434),

³³ Заключение Палаты по патентным спорам от 22 августа 2019 г. (Приложение к решению Роспатента от 16 сентября 2019 г. по заявке № 2017732973),

ках споров об оспаривании решений Роспатента³⁴. Утверждая текст мирового соглашения и договора о сосуществовании товарных знаков в качестве приложения к нему, Суд по интеллектуальным правам фактически признает допустимость и действительность таких договоров между правообладателями. Соответственно, по мнению суда, такое соглашение не противоречит закону и не нарушает права и законные интересы других лиц. Вместе с тем из мотивировочной части судебных актов не следует, что судом проводится анализ возможности введения потребителей в заблуждение в связи с заключением таких договоров.

Тексты опубликованных договоров свидетельствуют, о признании стороны или того, что сосуществование товарных знаков не вводит потребителей в заблуждение. Представляется, что это направлено также на преодоление абз. 5 п. 6 ст. 1483 и п. 2 ст. 1488 ГК РФ. Но в данном вопросе российское законодательство имеет более пропотребительский подход, нежели зарубежное регулирование и дает однозначный ответ: сделки о распоряжении исключительным правом на товарный знак, которые вводят потребителя в заблуждение, не допускаются, даже если стороны заключили договор о сосуществовании товарных знаков.

На наш взгляд, что также подтверждает рассмотренная выше практика Роспатента (палаты по патентным спорам) и судебная практика, до-

говор о сосуществовании сам по себе не отменяет применения п. 2 ст. 1488 ГК РФ. Заключение таких договоров допускается и должно допускаться наравне с другими соглашениями в области распоряжения исключительными правами, но его заключение не исключает возможности введения потребителей в заблуждение, так как частнопроводимости сторон не могут изменить сложившиеся представления потребителей о товаре и используемых товарных знаках на рынке.

Таким образом, договор о сосуществовании товарных знаков – договор *sui generis* во всех юрисдикциях. Ни иностранное, ни российское законодательство не определяют предмет договора о сосуществовании товарных знаков.

Если следовать правоприменительной практике Роспатента, стороны пытаются отразить в данном договоре требования Роспатента к форме согласия правообладателя на регистрацию сходного товарного знака или предусмотреть условие о выдаче такого согласия, отразить взаимные права и обязательства по дальнейшему использованию собственных товарных знаков, а также отказ от части правовой охраны товарных знаков.

В международной практике возможные права и обязательства сторон, включают^{35,36} следующее:

– право расширить сферы деятельности, в том числе путем регистрации товарного знака в отношении новых товаров и услуг;

³⁴ Определение Суда по интеллектуальным правам от 22 января 2019 г. по делу № СИП-255/2018; Определение Суда по интеллектуальным правам от 20 августа 2019 г. по делу № СИП-73/2019; Определение Суда по интеллектуальным правам от 26 октября 2018 г. по делу № СИП-737/2016; Решение Суда по интеллектуальным правам от 06 июня 2019 г. по делу № СИП-96/2019; Определение Суда по интеллектуальным правам от 17 марта 2017 г. по делу № СИП-19/2017; Определение Суда по интеллектуальным правам от 29 ноября 2016 г. по делу № СИП-134/2016.

³⁵ *Carin Thomsen*. Trademark Co-existence Agreements in the Perspective of EU Competition Law. P.31-33. URL https://gupea.ub.gu.se/bitstream/2077/32214/1/gupea_2077_32214_1.pdf

³⁶ Standard form of Trademark Coexistence Agreement in the United States. URL: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/Document/10f9fe52eef0811e28578f7ccc38dcbce/View/FullText.html?navigationPath=Search%2Fv1%2Fresults%2Fnavigation%2Fi0ad7401100000178d5c357cd2b7e43a9%3Fppcid%3D7ce116d69a95429ea99fde3f1d068d28%26Nav%3DKNOWHOW_GLOBAL%26fragmentIdentifier%3DI0f9fe52eef0811e28578f7ccc38dcbce%26parentRank%3D0%26startIndex%3D1%26contextData%3D%2528sc.Search%2529%26transitionType%3DSearchItem&listSource=Search&listPageSource=5da479c3fd01fdc18fc38d087a69156c&list=KNOWHOW_GLOBAL&rank=1&sessionScopeId=39ab096514978cc7579ad7f2c7e4cd320576330389219e0f3162916af68c31ce&ppcid=7ce116d69a95429ea99fde3f1d068d28&originationContext=Search%20Result&transitionType=SearchItem&contextData=\(sc.Search\)&ScopedPageUrl=Home%2FPracticalLawGlobal&comp=pluk&navId=14EA5F82C544DE525DF493AC5611D1E9&view=hidealldraftingnotes; Standard form of Trademark Coexistence Agreement in the United Kingdom. URL: https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/Document/I33f12ceee8cd11e398db8b09b4f043e0/View/FullText.html?navigationPath=Search%2Fv1%2Fresults%2Fnavigation%2Fi0ad7401100000178d59b0e7d2b7e2a1c%3Fppcid%3D5d97f49b28e34b24856a9ceadc0d1de4%26Nav%3DKNOWHOW_GLOBAL%26fragmentIdentifier%3DI33f12ceee8cd11e398db8b09b4f043e0%26parentRank%3D0%26startIndex%3D1%26contextData%3D%2528sc.Search%2529%26transitionType%3DSearchItem&listSource=Search&listPageSource=c41fdb409386483f800af0a20c0d469e&list=KNOWHOW_GLOBAL&rank=3&sessionScopeId=39ab096514978cc7579ad7f2c7e4cd320576330389219e0f3162916af68c31ce&ppcid=5d97f49b28e34b24856a9ceadc0d1de4&originationContext=Search%20Result&transitionType=SearchItem&contextData=\(sc.Search\)&ScopedPageUrl=Home%2FPracticalLawGlobal&comp=pluk&navId=677993315956D5D49937676B53A7D81F&view=hidealldraftingnotes](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/Document/10f9fe52eef0811e28578f7ccc38dcbce/View/FullText.html?navigationPath=Search%2Fv1%2Fresults%2Fnavigation%2Fi0ad7401100000178d5c357cd2b7e43a9%3Fppcid%3D7ce116d69a95429ea99fde3f1d068d28%26Nav%3DKNOWHOW_GLOBAL%26fragmentIdentifier%3DI0f9fe52eef0811e28578f7ccc38dcbce%26parentRank%3D0%26startIndex%3D1%26contextData%3D%2528sc.Search%2529%26transitionType%3DSearchItem&listSource=Search&listPageSource=5da479c3fd01fdc18fc38d087a69156c&list=KNOWHOW_GLOBAL&rank=1&sessionScopeId=39ab096514978cc7579ad7f2c7e4cd320576330389219e0f3162916af68c31ce&ppcid=7ce116d69a95429ea99fde3f1d068d28&originationContext=Search%20Result&transitionType=SearchItem&contextData=(sc.Search)&ScopedPageUrl=Home%2FPracticalLawGlobal&comp=pluk&navId=14EA5F82C544DE525DF493AC5611D1E9&view=hidealldraftingnotes; Standard form of Trademark Coexistence Agreement in the United Kingdom. URL: <a href=)

– право предъявлять требования в отношении сфер деятельности, которые нарушают договор о сосуществовании;

– обязательство выдать письмо-согласие на регистрацию товарного знака (consent clause или letter of consent);

– обязательство воздерживаться от использования и регистрации товарного знака в определенном формате, цвете, шрифте (delimitation clause) и использования определенных элементов старшего товарного знака;

– обязательство воздерживаться от оспаривания старшего товарного знака, если даже такой товарный знак не используется правообладателем в отношении части товаров (no-challenge clause);

– обязательство, ограничивающее использование товарного знака на определенной территории или в отношении определенных услуг, в том числе подачу заявления о прекращении правовой охраны товарного знака (territorial or product delimitation или field of use restrictions);

– обязательство минимизировать риски введения потребителей в заблуждение путем использования дисклеймеров или иного информирования потребителей (cooperation clause);

– обязательство воздерживаться от действий, которые могут наносить вред репутации товарного знака и правообладателя;

– обязательство по ограничению распоряжения исключительным правом определенным образом (например, не предоставлять право использования третьим лицам).

Таким образом, в предмет договора могут входить обязательства по воздержанию от определенных действий (негативные обязательства)³⁷. Договор о сосуществовании товарных знаков следует рассматривать в качестве одного из договоров о распоряжении исключительным правом, который не может рассматриваться ни в качестве лицензионного договора, ни в качестве договора об отчуждении, так как он не предоставляет никакие права на товарный знак с более ранней датой приоритета.

В отличие от лицензионного договора, договор о сосуществовании не предоставляет пра-

во использования более старшего товарного знака, а наоборот – зачастую ограничивает старший товарный знак и устанавливает ограничения для младших товарных знаков.

На практике договор о сосуществовании часто является безвозмездным и не предполагает выплаты денежного вознаграждения за сосуществование товарных знаков.

Представляется, что несмотря на отсутствие такой вида договора в российском законодательстве, российское право должно признавать договоры о сосуществовании товарных знаков в качестве непоименованных договоров в сфере интеллектуальной собственности.

С целью закрытия явных пробелов в правовом регулировании таких договоров было бы разумным рассмотреть введение их в систему договоров о распоряжении исключительными правами.

Также следует предоставить возможность исполнения договоров в натуре в патентном ведомстве. Если стороны могут договориться о том, что правовая охрана одного их товарных знаков должна быть ограничена, например, путем сокращения перечня товаров и услуг одного из товарных знаков или запрета подачи заявки на регистрацию новых товарных знаков в отношении определенных товаров, то в случае нарушения положений договора у заинтересованного лица должны быть не только способы защиты предусмотренные договором (взыскание убытков, неустойки или других штрафных санкций)³⁸, но и право обратиться в Роспатент с требованием о признании недействительной правовой охраны товарного знака полностью или в части. Например, в случае неисполнения обязательства по сокращению перечня товаров и услуг с таким заявлением могло бы обратиться заинтересованное лицо в соответствии с условиями договора.

Договор о сосуществовании товарных знаков тесно связан с товарными знаками, в отношении которых такой договор заключается, поэтому он может одновременно рассматриваться в качестве договорного ограничения исключительного права на товарный знак. Так, если стороны договорились

³⁷ Neil J. Wilkof, Daniel Burkitt, Christopher Stothers. Trade Mark Licensing. P.199–202.

³⁸ Елисеев В.И. Соглашения на регистрацию и соглашения о сосуществовании товарных знаков. // Патенты и лицензии. Интеллектуальные права, № 3 Март. 2017. С. 66.

о том, что товарный знак не может использоваться определенным образом, то такое обязательство должно сохраняться и в случае отчуждения исключительного права третьему лицу. В ином случае договорные условия о сосуществовании товарных знаков нарушаются простым отчуждением товарного знака. Сейчас договоры о сосуществовании не отражаются в реестрах и никак не учитываются, кроме как в качестве согласия на регистрацию товарного знака.

Обязательства по ограничению использования товарного знака не исполнимы на уровне Роспатента, и у потерпевшей стороны нет возможности обязать другую сторону воздержаться от определенных действий, предусмотренных договоров. Однако в российской практике не было дел, где бы рассматривались вопросы нарушения такого договора и последствия его неисполнения.

Таким образом, если несколько правообладателей намерены использовать два сходных товарных знака в отношении однородных товаров и такое владение не затрагивает публичные интересы, законодательство должно предоставлять им такую

возможность. Вероятно, что договор о сосуществовании товарных знаков может быть действующим правовым институтом и в российском праве.

На наш взгляд, договоры о сосуществовании товарных знаков должны признаваться Роспатентом при регистрации товарных знаков, регистрации отчуждения прав и в других регистрационных действиях. Вероятно, что введение такого договора в Гражданском кодексе РФ преждевременно, поскольку не выработаны ни теоретические подходы к такому типу договоров, ни правоприменительная практика, которая бы исследовала действительность договора и обязательств из него.

В то же время представляется разумным, что признание этого договорного института возможно посредством внесения соответствующих положений в административные регламенты, допускающие использование договоров в качестве согласий на регистрацию, оснований для ограничения или сокращения перечня товаров, полного или частичного прекращения правовой охраны товарного знака в связи с нарушением договора.

Список литературы:

1. *Васильева Т.В.* Письма-согласия и соглашения о согласии // Патенты и лицензии. Интеллектуальные права, № 1, январь 2017. С.9–15.
2. *Елисеев В.И.* Соглашения на регистрацию и соглашения о сосуществовании товарных знаков. // Патенты и лицензии. Интеллектуальные права, № 3, март 2017. С. 59 – 66.
3. *Carin Thomsen.* Trademark Co-existence Agreements in the Perspective of EU Competition Law. URL: https://gupea.ub.gu.se/bitstream/2077/32214/1/gupea_2077_32214_1.pdf
4. *Jiayan Xie.* How effective are trademark coexistence agreements in China? URL: <https://www.managingip.com/article/b1kblzl33kch90/how-effective-are-trademark-coexistence-agreements-in-china>
5. *Joel Smith and Megan Compton.* Trademark coexistence agreements – practicalities and pitfalls. URL: <https://www.worldtrademarkreview.com/article/E9F797C42E0336CD92A92370DA8BB9AC365A0D5A/download>.
6. *Irene Calboli, Jacques de Werra.* The Law and Practice of Trademark Transactions. A Global and Local Outlook.
7. *Marianne Moss.* Trademark «Coexistence» Agreements: Legitimate Contracts or Tools of Consumer Deception? // Loyola Consumer Law Review. Vol. 18. Art. No. 2.
8. *Michael A. Epstein.* Epstein on Intellectual Property.
9. *Ming Deng and Nicole Yu.* Trademark Coexistence or Trademark Confusion? – A Comparative Study from Perspectives of Europe and China. China patents & trademarks No. 4, 2017. P. 74. URL: <http://www.cpt.cn/uploadfiles/20180131121232759.pdf>
10. *Neil J. Wilkof, Daniel Burkitt, Christopher Stothers.* Trade Mark Licensing.
11. *Spencer T. Wiles.* The TTAB Should Drink a Beer and Relax: Implications for Trademark Consent Agreements in the Craft Brewing Industry After In re Bay State Brewing Company, Inc.
12. *Tamara Nanayakkara.* IP and Business: Trademark Coexistence. URL: https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2006/06/article_0007.html

Особенности применения доктрины функциональности в сфере законодательства о промышленных образцах¹



А.Г. Королева,

аспирант Кафедры интеллектуальных прав
Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

В статье приводится анализ применения доктрины функциональности при выявлении существенных признаков промышленного образца, обусловленных исключительно технической функцией изделия. На основе исследования отечественной и зарубежной правоприменительной практики делается вывод о необходимости совершенствования методики анализа элементов художественно-конструкторских решений на наличие утилитарных функций.

Ключевые слова:

патентное право; промышленные образцы; доктрина функциональности; условия охраноспособности промышленного образца.

Доктрина функциональности занимает важное место в патентном праве. Она позволяет провести содержательную границу между различными формами охраны объектов дизайнерской деятельности, определить объем исключительного права на промышленный образец. В отечественном законодательстве доктрина функциональности выражена в следующей норме: «Признаки, обусловленные исключительно технической функцией изделия, не являются охраняемыми признаками промышленного образца»

(абз. 4 п. 1 ст. 1352 ГК РФ). В упрощенном виде содержание этой нормы можно представить следующим образом: охране подлежат только те существенные признаки промышленного образца, которые определяют его эстетические качества². Если промышленный образец состоит только из признаков, обусловленных исключительно технической функцией изделия, он не может быть признан охраноспособным (подп. 1 п. 5 ст. 1352 ГК РФ). Таким образом, данное правило определяется целевым назначением института

¹ Исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ № 20-311-90065.

² Алексеева О.Л. Понятие и условия патентоспособности промышленного образца // Право интеллектуальной собственности. Т. 4. Патентное право: Учебник / Под общ. ред. Л.А. Новоселовой. М., 2019. С. 149.

промышленных образцов, состоящим в охране эстетических, а не утилитарных свойств объектов дизайна.

На практике определение признаков промышленного образца, обусловленных исключительно технической функцией изделия, бывает затруднительным. Эксперту для решения подобной задачи необходимо «препарировать» промышленный образец невзирая на требование оценки общего впечатления, которое производит на него изделие. Кроме того, любой продукт дизайнерской деятельности дуалистичен: он ориентирован не только на пластическую выразительность, но и на техническую и технологическую целесообразность³. В этой связи нередки случаи регистрации исключительно функциональных промышленных образцов, наличие каких-либо

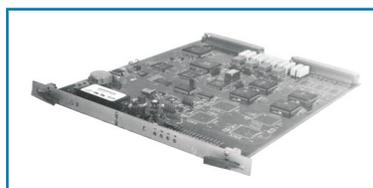
эстетических свойств у которых может вызвать сомнения.

В судебной практике справедливо отмечается, что у авторов подобных решений отсутствует творческий выбор в определении внешнего вида элемента по причине его predeterminedности технической функцией изделия: «Речь идет о случаях, когда внешний вид элемента не мог быть никаким другим, потому что иначе изделие не могло бы работать»⁴. В связи с этим можно заключить, что регистрация функциональных промышленных образцов позволяет их правообладателям получить необоснованные конкурентные преимущества на рынке. В подобных условиях производителям аналогичных товаров гораздо сложнее выпустить и реализовать соответствующую продукцию, не нарушая принадлежащие правообладателям исключительные права на промышленные образцы.

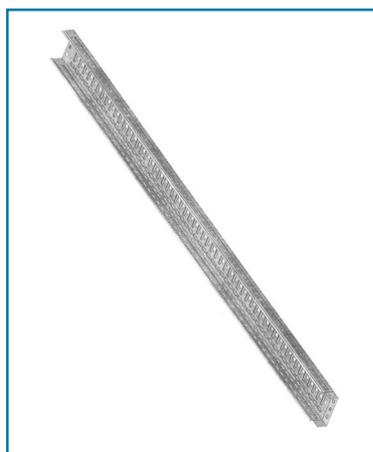
Так, приведенный в качестве примера лоток для прокладки кабелей имеет форму, очевидно обусловленную его технической функцией. Материал, из которого он изготавливается, является термостойчивым, что также следует из утилитарной цели данного изделия. Перфорация же необходима главным образом для уменьшения веса изделия и упрощения закрепления кабеля внутри лотка⁵.

Целевое назначение электронной (печатной) платы сводится к установке и коммутации электрорадиоизделия и функциональных узлов в соответствии с электрической принципиальной схемой⁶. Таким образом, каждый признак указанного изделия, в том числе наличие и взаимное расположение его элементов, также обусловлен его технической функцией. Аналогичный пример не охраноспособного промышленного образца приведен в действующем Руководстве ФГБУ ФИПС по осуществлению административных процедур и действий в рамках предоставления государственной услуги по государственной регистрации

Рис. 1. Примеры зарегистрированных промышленных образцов, все признаки которых обусловлены технической функцией изделия



*Лоток для прокладки кабелей.
Промышленный образец № 113326*



*Электронная плата.
Промышленный образец № 54230*

³ Быстрова Т. Вещь, форма, стиль: введение в философию дизайна / Т. Быстрова. М., Екб. 2018. С. 59.

⁴ Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 01 декабря 2020 г. № 09АП-56745/2020 по делу № А40-186797/2018 // СПС «Гарант».

⁵ См., например: характеристики аналогичного изделия одного из производителя кабеленесущих систем // URL: https://www.icsgroup.ru/upload/iblock/bfb/06_itk_catalog2016_trays.pdf (дата обращения: 25 апреля 2021 г.).

⁶ Технология изготовления печатных плат : [учеб. пособие] / Л.А. Брусницына, Е.И. Степановских ; [науч. ред. В.Ф. Марков] – Екб, 2015. С. 8.

промышленного образца и выдаче патента на промышленный образец, его дубликат (далее – Руководство)⁷.

В отечественной правоприменительной практике к настоящему времени не сложилось единообразного подхода к анализу существенных признаков промышленных образцов на наличие утилитарных целей. В большинстве дел суды указывают на признаки внешнего вида изделий, обусловленных исключительно технической функцией, без какой-либо аргументации (это можно объяснить очевидным техническим характером анализируемых элементов)⁸. Встречаются также дела, где суды исследуют признаки дизайнерских решений на наличие утилитарных функций, применяя методы, известные зарубежной практике: поиск и сопоставление художественно-конструкторских решений аналогового ряда⁹, анализ элементов промышленного образца на отсутствие эстетических свойств¹⁰. Тем не менее выбор и применение конкретного метода остается все еще произвольным ввиду небольшого количества дел рассматриваемой категории.

Наличие сложностей при выявлении признаков внешнего вида изделия, обусловленных исключительно технической функцией, требует совершенствования методики анализа промышленных образцов. В этой связи представляется целесообразным обратиться к зарубежному опыту реализации доктрины функциональности. Одним из наиболее показательных в данном аспекте видится опыт европейских стран.

В европейской судебной практике в настоящий момент разработано два теста на определение функциональных признаков внешнего вида

изделий. В некоторых юрисдикциях отдается предпочтение тесту на множественность форм, в других – тесту на отсутствие эстетических соображений¹¹.

Тест на множественность форм (*the multiplicity of forms test*) определяет, что признаки промышленного образца являются обусловленными исключительно технической функцией изделия, если эта функция не может быть достигнута альтернативным решением внешнего вида.

Так, в деле *Landor & Hawa International Ltd v. Azure Designs Ltd*¹² Апелляционный суд Великобритании при исследовании конструкции расширяемого чемодана отметил, что соединительные трубки указанного изделия выполняли определенную техническую функцию. Между тем было установлено, что подобные функциональные преимущества могут быть достигнуты другими конструктивными элементами и объект при этом будет функционировать точно так же. Таким образом, суд пришел к выводу, что рассматриваемый признак промышленного образца не является исключительно функциональным.

Примечательно, что аналогичная методика указана в действующем Руководстве ФИПС, согласно положениям которого «признаки, обусловленные исключительно технической функцией изделия, можно выявить, анализируя аналоговый ряд изделий сходного назначения <...> наличие повторяющихся признаков, как правило, обусловлено тем, что они выполняют техническую функцию в изделии. Если такие конструктивные элементы не имеют эстетических особенностей, позволяющих отличить их друг от друга,

⁷ Приказ ФГБУ ФИПС от 20 января 2020 г. № 11 «Об утверждении Руководства по осуществлению административных процедур и действий в рамках предоставления государственной услуги по государственной регистрации промышленного образца и выдаче патента на промышленный образец, его дубликата» // СПС «Гарант».

⁸ См., например: Решение Суда по интеллектуальным правам от 01 октября 2020 г. по делу № СИП-392/2020 // СПС «Гарант»; Постановление Президиума Суда по интеллектуальным правам от 07 августа 2020 г. № С01-550/2020 по делу № СИП-629/2019 // СПС «Гарант», Решение Суда по интеллектуальным правам от 14 июля 2020 г. по делу № СИП-122/2020 // СПС «Гарант».

⁹ Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 01 декабря 2020 г. № 09АП-56745/2020 по делу № А40-186797/2018 // СПС «Гарант».

¹⁰ Решение Суда по интеллектуальным правам от 03 июля 2020 г. по делу № СИП-130/2020 // СПС «Гарант».

¹¹ *Dobinson J. Rethinking the functionality exclusion in EU community design law* // *European Intellectual Property Review*. 2019. № 10. Vol. 41. P. 639-653.

¹² *Landor & Hawa International Ltd v Azure Designs Ltd* [2006] EWCA Civ 1285 (28 July 2006) // URL: <https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/Document/I29896B80670911DB957BD10069DE77AF/View/FullText.html?transitionType=Default&contextData=%28sc.Default%29&comp=pluk> (дата обращения: 25 апреля 2021 г.).

они могут быть отнесены к признакам промышленного образца, обусловленным исключительно технической функцией изделия» (абз. 3 п. 227 Руководства).



Рис. 2. Пример изделий, признаки внешнего вида которых не являются обусловленными исключительно их технической функцией (источник – Руководство)

К преимуществу рассматриваемого теста можно отнести отсутствие необходимости исследования эстетических свойств промышленного образца, что делает его простым для применения и в то же время достаточно объективным. Кроме того, указанный тест основан на узком подходе к функциональности, согласно которому признание недействительными промышленных образцов, все признаки которых обусловлены исключительно технической функцией, должно производиться в особо редких случаях. Отмечается, что указанный подход в наибольшей степени соответствует цели рассматриваемого законодательного положения, которая направлена преимущественно на сужение объема исключительного права на промышленный образец¹³.

Основным недостатком теста на множественность форм является существующий риск его формального применения, что создает условия для злоупотребления правом.

Так, в деле *Koz Products BV v. Adinco BV*¹⁴ Апелляционный суд Гааги указал, что факт наличия альтернативной дизайнерского решения не может быть рассмотрен в качестве доказательства нефункциональности изделия, если:

а) к технически обусловленным признакам альтернативной конструкции добавлены элементы, не несущие эстетической нагрузки (например, орнамент или уплотнение);

б) внешний вид технически обусловленных признаков альтернативной конструкции не имеет индивидуального характера по сравнению с признаками противопоставляемого промышленного образца.

Таким образом, суд постановил, что формальное применение теста на множественность форм может привести к неверному выводу об отсутствии у промышленного образца признаков, обусловленных исключительно технической функцией изделия, поскольку почти в каждом случае можно спроектировать альтернативное дизайнерское решение, добавив в него бессмысленные с точки зрения эстетики элементы. Кроме того, суд указал, что законодательство о промышленных образцах не может быть использовано для монополизации определенного технического эффекта.

При раскрытии недостатков указанного теста также отмечается, что существование ограниченного количества альтернативных решений внешнего вида изделий делает возможным их регистрацию одним правообладателем, что также может блокировать доступ конкурентов на соответствующий сегмент рынка¹⁵.

Иной методикой обнаружения признаков промышленного образца, обусловленных исключительно технической функцией изделия, является тест на отсутствие эстетических соображений (*the no authentic considerations test*). Как правило, указанный тест противопоставляется тесту на множественность форм.

Суть рассматриваемой методики заключается в исследовании общего целевого назначения

¹³ Dobinson J. Rethinking the functionality exclusion in EU community design law // European Intellectual Property Review. 2019. № 10. Vol. 41. P. 639–653.

¹⁴ Hof Den Haag 29 maart 2016, IEF 15864; IEFbe 1765; ECLI:NL:GHDHA:2016:928 (KOZ tegen Adinco) // URL: <https://linkeddata.overheid.nl/front/portal/document-viewer?ext-id=ECLI:NL:GHDHA:2016:928> (дата обращения: 25 апреля 2021 г.).

¹⁵ Recyclingtech GmbH v Franssons Verkstöder AB (Board of Appeal, R 690/2007-3, 22 October 2009) // URL: [https://uk.westlaw.com/Document/IC20FEF10FFF811DEA8D39170F1F6345E/View/FullText.html?originationContext=document&transitionType=DocumentItem&vr=3.0&rs=PLUK1.0&contextData=\(sc.DocLink\)](https://uk.westlaw.com/Document/IC20FEF10FFF811DEA8D39170F1F6345E/View/FullText.html?originationContext=document&transitionType=DocumentItem&vr=3.0&rs=PLUK1.0&contextData=(sc.DocLink)) (дата обращения: 25 апреля 2021 г.).

промышленного образца сквозь призму функций, выполняемых его существенными признаками. Иными словами, промышленный образец признается недействительным, если основным фактором при разработке внешнего вида изделия являлась необходимость достижения им технической функции.

Так, в деле *Recyclingtech GmbH v. Franssons Verkstäder AB*¹⁶ Апелляционный совет указал, что доктрина функциональности направлена на исключение из охраны тех признаков внешнего вида изделия, которые были спроектированы не для улучшения его внешнего вида (хотя бы в некоторой степени), а для выполнения утилитарной функции. При этом было отмечено, что данные вопросы должны оцениваться объективно, с точки зрения «разумного наблюдателя».

Важно отметить, что признание промышленного образца недействительным должно производиться не только на основе исследования каждого его существенного признака на наличие утилитарных целей, но и с учетом общего визуального впечатления, производимого данным изделием¹⁷, поскольку доктрина функциональности направлена преимущественно на сужение объема охраны промышленного образца. Суды и административные органы нередко допускают ошибку, принимая во внимание лишь отдельные признаки внешнего вида изделия¹⁸. В таком случае тест на отсутствие эстетических соображений теряет не только свою объективность, но и общее целевое назначение.

Несмотря на данное уточнение заложенный в рассматриваемом тесте подход к функциональности можно признать более широким, поскольку его применение позволяет исключить из охраны куда большее количество промышленных образцов. Именно по этой причине тест на отсутствие

эстетических соображений может считаться на более соответствующим публичным интересам, вытекающим из необходимости ограничения всякой монополизации, препятствующей развитию конкуренции на рынках товаров и услуг.

Вместе с тем указанной методике присущи и определенные недостатки. В отличие от теста на множественность форм, который является более универсальным, тест на отсутствие эстетических соображений может потребовать особой квалификации при исследовании функций, выполняемых каждым признаком исследуемого промышленного образца. Кроме того, существенным недостатком рассматриваемого теста является его субъективность, поскольку разграничение эстетики и утилитарности вряд ли может производиться с объективной точки зрения.

Анализ указанных методик может привести к выводу об их противоречивости и неоднозначности. Между тем рассматриваемые тесты должны не противопоставляться, а взаимно дополнять друг друга, что позволит прийти к наиболее сбалансированному подходу к исследованию функциональности промышленных образцов.

Очевидно, что каждое конструктивное решение внешнего вида изделия является уникальным. В некоторых ситуациях достаточно провести тест на множественность форм, чтобы прийти к верному выводу о наличии или отсутствии в промышленном образце признаков, обусловленных технической функцией изделия. Существуют, однако, и более сложные случаи, требующие иного подхода. Показательной в этой связи является правоприменительная практика США, где успешно применяются оба названных теста.

Так, в деле *Ethicon Endo-Surgery, Inc. v. Covidien, Inc.*¹⁹ суд указал, что всякое исследование функциональности промышленного образца должно начи-

¹⁶ *Recyclingtech GmbH v Franssons Verkstäder AB* (Board of Appeal, R 690/ 2007-3, 22 October 2009) // URL: [https://uk.westlaw.com/Document/IC20FEF10FFF811DEA8D39170F1F6345E/View/FullText.html?originationContext=document&transitionType=DocumentItem&vr=3.0&rs=PLUK1.0&contextData=\(sc.DocLink\)](https://uk.westlaw.com/Document/IC20FEF10FFF811DEA8D39170F1F6345E/View/FullText.html?originationContext=document&transitionType=DocumentItem&vr=3.0&rs=PLUK1.0&contextData=(sc.DocLink)) (дата обращения: 25 апреля 2021 г.).

¹⁷ См. об этом: *Dobinson J. Rethinking the functionality exclusion in EU community design law* // *European Intellectual Property Review*. 2019. № 10. Vol. 41. P. 639-653; *Du Mont J.J., Janis M.D. Functionality in Design Protection Systems* // *Journal of Intellectual Property Law*. 2012. Vol. 19, Iss. 2. Art. 3. P. 261-303.

¹⁸ *Du Mont J.J., Janis M.D. Functionality in Design Protection Systems* // *Journal of Intellectual Property Law*. 2012. Vol. 19, Iss. 2. Art. 3. P. 261-303.

¹⁹ *Ethicon Endo-Surgery, Inc. v. Covidien, Inc.*, 796 F.3d 1312, 1330 (Fed. Cir. 2015) // URL: <https://www.bitlaw.com/source/cases/patent/Ethicon.html> (дата обращения: 25 апреля 2021 г.).

наться с изучения существующих альтернатив дизайнерских решений.

Одновременно в американской судебной практике отмечается, что обусловленность признаков изделия исключительно его технической функцией должна определяться путем исследования следующих обстоятельств:

1) представляет ли охраняемый промышленный образец наилучший дизайн изделия;

2) повлияет ли наличие альтернативных дизайнерских решений на полезные свойства указанного изделия;

3) существуют ли сопутствующие утилитарные патенты;

4) существует ли реклама с описанием конкретных утилитарных особенностей промышленного образца;

5) имеются ли в промышленном образце какие-либо признаки, явно не обусловленные технической функцией²⁰.

Встречаются также случаи, когда в проведении теста на множественность форм нет необходимости. Такой вывод должен следовать из фактических обстоятельств дела. Так, в деле *Spigen Korea Co. Ltd. v. Lijun Liu*²¹ суд установил, что большинство признаков внешнего вида корпуса телефона были обнаружены в предшествующем уровне техники и выполняли определенную техническую функцию, что было подкреплено наличием утилитарного патента, который охватывал все признаки исследуемого промышленного образца. Таким образом, суд признал промышленный образец недействительным по причине его функциональности, не рассматривая альтернативные дизайнерские решения.

Названные подходы к исследованию функций, выполняемых внешним видом изделия, могут быть учтены отечественным правоприменителем, что позволит вывести практику реализации доктрины функциональности на качественно новый уровень. В целом же приведенный анализ позволяет сделать следующие выводы.

1. Функциональность может быть рассмотрена в узком и широком значении. Цель доктрины функциональности направлена в первую очередь на сужение объема исключительного права на промышленный образец. В этой связи признание промышленного образца недействительным должно производиться в наиболее редких случаях, с учетом оценки общего впечатления, которое оно производит на информированного потребителя²².

2. Для определения признаков промышленного образца, обусловленных исключительно технической функцией изделия, в зарубежной практике было разработано два теста – тест на множественность форм и тест на отсутствие эстетических соображений. Оба теста должны применяться, взаимодополняя друг друга. В большинстве случаев достаточно выявить аналоговый ряд изделий сходного назначения.

3. Учитывая уникальность каждого дизайнерского решения, при определении функциональности промышленного образца с помощью теста на отсутствие эстетических соображений могут быть успешно применены критерии, выработанные зарубежной судебной практикой. К ним можно отнести, в частности:

– существование в конструкции альтернативных дизайнерских решений элементов, не несущих эстетической нагрузки;

– наличие сопутствующих патентов на изобретения и полезные модели, существенные признаки которых совпадают с существенными признаками исследуемого промышленного образца;

– существование рекламы с описанием утилитарных особенностей признаков анализируемого промышленного образца;

– наличие в промышленном образце каких-либо признаков, очевидно не обусловленных технической функцией изделия.

Важно учитывать, что выбор метода, а также отдельных критериев оценки функциональности должен производиться с учетом конкретных обстоятельств дела.

²⁰ PHG Techs., 469 F.3d 1361 (Fed. Cir. 2006) // URL: <https://casetext.com/case/phg-technologies-v-st-john-companies-inc> (дата обращения: 25 апреля 2021 г.).

²¹ Spigen Korea Co. Ltd. v. Lijun Liu, No. SA CV 16-9185-DOC-DFMx, 2018 WL 8130608 (C.D. Cal. Dec. 12, 2018) // URL: <https://www.finnegan.com/a/web/291927/216cv09185-SpigenKorea-v-LijunLiu.pdf> (дата обращения: 25 апреля 2021 г.).

²² Михайлов А.В., Михайлова Т.Ю. Подробнее о фигуре информированного потребителя см.: Кем является «информированный потребитель» и о чем он информирован? // Журнал Суда по интеллектуальным правам. 2016. № 11. С. 60–79.

Список литературы:

1. *Алексеева О.Л.* Понятие и условия патентоспособности промышленного образца // Право интеллектуальной собственности. Т. 4. Патентное право: Учебник / Под общ. ред. Л.А. Новоселовой. М., 2019. 659 с.
2. *Быстрова Т.* Вещь, форма, стиль: введение в философию дизайна / Т. Быстрова. М; Екб. 2018. – 375 с.
3. *Михайлов А.В., Михайлова Т.Ю.* Кем является «информированный потребитель» и о чем он информирован? // Журнал Суда по интеллектуальным правам. 2016. № 11. С. 60–79.
4. Технология изготовления печатных плат : [учеб. пособие] / Л.А. Брусницына, Е.И. Степановских; [науч. ред. В. Ф. Марков] – Екб, 2015. – 200 с.
5. *Dobinson J.* Rethinking the functionality exclusion in EU community design law // European Intellectual Property Review. 2019. № 10. Vol. 41. P. 639–653.
6. *Du Mont J.J., Janis M.D.* Functionality in Design Protection Systems // Journal of Intellectual Property Law. 2012. Vol. 19, Iss. 2. Art. 3. P. 261–303.

Report № 26. The meeting in absentia of the Scientific Advisory Council of the Court of intellectual property rights

Shakhnazarova, Elen Ashotovna

Ph.D. in Law,

Lecturer of the Department of Intellectual Rights, Kutafin Moscow State Law University (MSAL)

elena2009new@mail.ru

Legal regulation of relations emerging from intellectual property, created by artificial intelligence technology on the example of the experience of the UK, USA and the EU

The legal regulation of relations emerging with regard to intellectual property created by artificial intelligence technology is one of the most relevant topics both in Russian and foreign legal science. In this article various approaches to such issues as the possibility of creating intellectual property by artificial intelligence technology, as well as their protection is analysed on the experience of the UK, USA and the EU.

Keywords: artificial intelligence; intellectual property protection; technical means, robotics, legal capacity, patentability.

Rozhkova, Marina Alexandrovna

Holder of a Higher Doctorate in Law,

Chief Researcher at the Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation,

Research Professor at the Immanuel Kant Baltic Federal University,

IP CLUB President, Russian Academy of Sciences Expert,

Member of the Expert Council of the State Duma Committee

on Information Policy, Information Technologies and Communication

rozhkova-ma@mail.ru

Isaeva, Olga Vladimirovna

Postgraduate Student at the Institute of Legislation

and Comparative Law under the Government of the Russian Federation

ol.v.isaeva@ya.ru

The concept of a website from the legal perspective

The development of digital technologies has resulted in the popularisation of a website as a tool being used in professional activities. However, the case law demonstrates a lack of clear understanding of the legal nature of that object. The authors of this article have made an attempt to demonstrate the opportunities provided by the current legislation for the protection of website components and to assess the possibility to protect a website as a whole.

Keywords: website; legal protection of a website; website components; website content; website presentation.

Rozhkova, Marina Alexandrovna

Holder of a Higher Doctorate in Law,

Chief Researcher at the Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation,

Research Professor at the Immanuel Kant Baltic Federal University,

IP CLUB President, Russian Academy of Sciences Expert,

Member of the Expert Council of the State Duma Committee

on Information Policy, Information Technologies and Communication

rozhkova-ma@mail.ru

Isaeva, Olga Vladimirovna

IP Lawyer at eyezon,

Postgraduate Student at the Institute of Legislation

and Comparative Law under the Government of the Russian Federation

ol.v.isaeva@ya.ru

Legal regimes of photographs under the Russian legislation

Today, the photography is not only art. A photograph may also serve as evidence or as a means of a person's depiction. Although different legal regimes have been enshrined for photographs, it is still not really clear how all those regimes relate to each other. The authors reveal the existing problems and gaps in the legislation, and make some proposals which may be useful not only for scholars when furthering the discussion on the topic but also for the legislator when developing the existing rules.

Keywords: depiction, legal protection, personal data, photographic work, photography.

Volfson, Vladimir Leonovich

Cand. Sci. (Jur.)

North-West Institute of Management, Branch of RANEPA

vwolfson@mail.ru

Towards Restoration: Compensation for Violation of the Exclusive Right in Doctrine, Legal Positions of the Constitutional Court and Judicial Practice

The amount of compensation for the violation of an exclusive right directly relates to the way in which the purpose of this remedy is explained. The long-standing scholarly discussion on this subject has turned into amendments to the Civil Code, decisions of the Constitutional Court, clarifications of the Supreme Court and unsustainable judicial practice. Considering compensation to be restorative in nature, the author proposes changes to its legal regime, but also shows what kind of claims, should the current regulation persist, constitutes an abuse of law.

Keywords: the legal nature of compensation for violation of the exclusive right; proportionality of compensation to the consequences of the violation; the minimum amount of compensation; abuse of the right.

Murzin, Dmitrii Vitalievich

PhD in Law

Ural State Law University

agaety@mail.ru

Vindication model of protection of the exclusive right to the results of intellectual activity

The article deals with the application of vindication to relations related to the protection of the exclusive right to the results of intellectual activity. It is concluded that it is necessary to develop a general method of protecting violated absolute rights according to the vindication model. The use of the vindication model will give predictability to law enforcement activities, create guarantees for the protection of violated rights, regardless of the legal specifics of the object of absolute rights and the technical features of fixing these rights. In the case of registered property, the vindication model is based on the weak public reliability of the rights accounting systems. The security (absolute) component of the vindication model is the recognition of the right. The restorative (relative) component of the vindication model is the restoration of the rightholder's legitimation in relation to the objects of absolute law belonging to it (return of ownership, changes in the records of the rightholder in the rights accounting systems, transfer of the right to administer the domain name, etc.).

Keywords: exclusive right; ownership right; bona fide acquirer of exclusive right; possession; vindication; legitimation.

Buribaev, Timur Navruzovich

4th Year Student of the Faculty of Economics and Law of the Plekhanov Russian University of Economics

timbur99@gmail.com

Gachina, Arina Alekseevna

4th Year Student of the Faculty of Economics and Law of the Plekhanov Russian University of Economics

arina.gachinaa@gmail.com

World of Lawcraft. Issues of protecting the rights of users of online games

This article is devoted to the consideration of the issues of the possibility of applying the real world law in order to regulate relations arising from video games. The authors investigated the concept of a "magic circle", which allows one

to understand the approximate "border" of the virtual world, within which game relations should not be subject to legal regulation. Particular attention is paid to the negative tendency of refusals to protect the rights of users of online games that has developed in Russian judicial practice.

Keywords: online games; magic circle; games and bets; aleatory transactions; natural obligations; semantic limits of law; MMOG, virtual property; consumer rights protection.

Zalazaeva, Ekaterina Valerevna

Moscow Bar Association "GRAD", Central District Branch of the Arbitration Center under the Russian Union of Industrialists and Entrepreneurs

Master's student at the Russian School of Private Law

zalazaeva.ev@gmail.com

The position of the courts on the protection of the content of the group in social networks as an object of intellectual property (review)

This scientific article is devoted to the consideration of the issue of protecting the content of a group in social networks as an object of intellectual property rights based on the analysis of judicial practice. Based on the results of the judicial analysis of the practice and scientific doctrine on the issue under consideration, three main positions were identified: firstly, a group in a social network as a database, secondly, the impossibility of recognizing of the relating rights to a group in a social network, and thirdly, a community in a social network as a "secondary" work: complex object or composite work.

Keywords: Intellectual property rights, social networks, social network community, Internet, database, related rights.

Vorozhevich, Arina Sergeevna

PhD in Law

Lomonosov Moscow State University, patent bureau Gardium

arinavorozhevich@yandex.ru

Trademark infringements in marketplaces

The article deals with the terms of liability of marketplaces for trademark infringements.

Based on the analysis of the current Russian and foreign case law, the author answers the question whether marketplaces are information intermediaries

Keywords: marketplace, exclusive right, trademark, responsibility, information intermediary.

Kasharov, Zaurbek Azretalievich

Lawyer, senior lecturer of the Department of civil and corporate law of Saint-Petersburg State Economic University

kasharov.zaurbek@mail.ru

Gapurayeva, Eliza Nasrudinovna

Lawyer, Graduate student of St. Petersburg State University, assistant of the Department of civil and corporate law of Saint-Petersburg State Economic University

st063588@student.spbu.ru

Problems of qualifying actions to acquire an exclusive right to a trademark as unfair competition or abuse of rights

To date, the issues of qualifying actions for the acquisition and use of the exclusive right to a trademark as unfair competition or abuse of rights are relevant and are actively discussed in the scientific community. There is uncertainty about the distinction between unfair competition and abuse of rights in the registration of trademarks. The article attempts to distinguish between the concepts of unfair competition and abuse of law.

Keywords: antitrust law; protection of competition; means of individualization; trademark; act of unfair competition; abuse of law.

Khodakov, Ilya Dmitrievich

ALRUD Law Firm

Postgraduate student of Russian State Academy of Intellectual Property

ikhodakov@alrud.com

Trademark consent agreements in Russian and international practice

The article is devoted to trademark consent agreements and related Russian and international case law in respect of the conclusion of such agreements in cases of the trademark registration and the disposal of exclusive rights to a trademark.

Keywords: trademarks; disposal of exclusive rights; trademark consent agreements; contractual restrictions of exclusive rights; deception of consumers.

Koroleva, Anastasia Georgievna

Kutafin Moscow State Law University (MSAL)

korolevanastasia95@gmail.com

Peculiarities of Application of the Doctrine of Functionality in the Field of Design Law

The article analyzes the application of the doctrine of functionality in identifying the essential features of the design solely dictated by their technical function. Based on the review of domestic and foreign law enforcement practice the conclusion is made about the need to improve the methodology for analyzing the elements of artistic and design solutions for the presence of utilitarian functions.

Keywords: patent law; designs; doctrine of functionality; conditions for the protectability of a design.