



Журнал Суда по интеллектуальным правам

№ 4 (42) Декабрь 2023

NFT-активы в системе объектов
гражданских прав: постановка проблемы

«Антиплагиат» и другие средства
снижения качества научных текстов

Ответственность информационных
посредников за нарушение
интеллектуальных прав

Приглашаем к участию в XIX Всероссийском конкурсе «Правовая Россия»

12 декабря, в День 30-летия Конституции Российской Федерации, стартовал XIX Всероссийский конкурс «Правовая Россия», организованный Российской ассоциацией правовой информации ГАРАНТ при поддержке Совета судей РФ. Ежегодно в профессиональном соревновании пробуют свои силы тысячи специалистов в области права и экономики, а также журналисты и учащиеся вузов.

В предыдущем конкурсе его участниками стали около 13 тысяч человек, что говорит о высокой востребованности и важности мероприятия, которое позволяет претендентам на победу проявить свои умения, знания и опыт. Как отметил президент Евразийского патентного ведомства Григорий Ивлиев: «Для юриста этот конкурс самый престижный. И то, что участники представили членам жюри свое мнение, – это шаг к успешной юридической карьере. Сам факт участия – это шаг!» А заведующий кафедрой гражданского права юридического факультета МГУ Евгений Суханов подчеркнул: «Конкурс “Правовая Россия” выявляет великолепных профессионалов, которые нужны стране».

В этом году доступны одиннадцать номинаций, девять из которых относятся к отраслям права. Для студентов вузов, обучающихся на юридических и экономических факультетах, а также представителей журналистской профессии, работающих в редакциях средств массовой информации, предусмотрены отдельные испытания – «Правовая надежда России» и «СМИ за правовую Россию».

Второй год подряд в основном туре конкурса представлена номинация – «Право интеллектуальной собственности», учрежденная совместно с Судом по интеллектуальным правам.

Задание отборочного тура представляет собой тест из 15 специальных вопросов. На каждый из них предлагается несколько вариантов ответа. Участникам, прошедшим отборочный этап, в основном туре организаторы предложат практические задачи – кейсы, на которые необходимо дать развернутый ответ. Согласно Положению о конкурсе, участнику предоставляется возможность выбора двух номинаций, наиболее соответствующих его опыту и навыкам. По правовым номинациям отборочный тур продлится до 28 февраля 2024 года. Основной тур пройдет с 6 марта по 7 апреля 2024 года, а регистрация участников-журналистов и отправка работ продолжится до 15 марта 2024 года.

Уровень профессиональных знаний традиционно определяют члены Научно-экспертного совета и жюри. Подведение итогов и торжественное награждение победителей и лауреатов с вручением почетных дипломов и ценных призов состоится в Москве в конце мая 2024 года. Подробная информация об условиях участия размещена на сайте www.garant.ru/konkurs.



В.А. Корнеев,

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



Л.В. Назарычева,

секретарь Редакционного совета

УВАЖАЕМЫЕ ЧИТАТЕЛИ И КОЛЛЕГИ!

От лица редакционной коллегии и Редакционного совета поздравляем вас с наступающим Новым годом и приветствуем на страницах Журнала Суда по интеллектуальным правам!

Год уходящий, 2023, стал юбилейным для Суда по интеллектуальным правам и нашего журнала.

Журнал постоянно развивается, и если в 2022 году мы отмечали вхождение его в категорию К2 Перечня рецензируемых научных изданий Высшей аттестационной комиссии при Министерстве науки и высшего образования Российской Федерации, то по итогам 2023 года репутация и качество самого журнала с учетом публикуемых в нем статей стали еще выше – Журнал Суда по интеллектуальным правам вошел в первую категорию (https://vak.minobrnauki.gov.ru/documents#tab=_tab:editions~).

Надеюсь, наши авторы и наши читатели будут нас поддерживать и дальше.

В новом номере основное внимание уделяется вопросам прав на результаты интеллектуальной деятельности с учетом все большей цифровизации отношений. Это и вопросы правового регулирования NFT-активов, и вопросы правовой охраны результатов, созданных искусственным интеллектом, нейросетью; и все набирающая оборот проблема правовой охраны товарных знаков в видеоиграх.

Несмотря на сформировавшийся в гражданском праве понятийный аппарат, устоявшееся правовое регулирование, новые объекты, новые способы использования нуждаются в осмыслении – можно ли к ним применять уже сложившееся правовое регулирование, приспособивая и «настраивая» его практикой, или же отношения возникают настолько новые, что требуется новое законодательное регулирование.

Сегодня право выполняет функцию сопровождения технологическому развитию, и нельзя отрицать влияние информационных технологий на все сферы жизнедеятельности, в том числе научную.

Вместе с тем новые веяния современной жизни в нашем журнале сочетаются и с продолжением рассмотрения классических вопросов интеллектуальных прав. Так, публикуем очередное исследование по теме творческого характера произведений.

Безусловно, должен быть найден баланс между поисками нового и оценкой старого применительно к сегодняшнему дню.

Редакция журнала выражает благодарность признанным деятелям науки и юридической практики, а также молодым ученым и студентам за статьи, написанные для печати в нашем журнале.

В этом номере мы продолжаем наше нововведение – редакционные статьи членов редакционной коллегии и предлагаем вашему вниманию статью о рестроспективном взгляде на право интеллектуальной собственности Д.А. Братуся – нового члена редакционной коллегии журнала, кандидата юридических наук, доцента кафедры гражданского права УрГЮУ имени В.Ф. Яковлева.

Мы надеемся, что представленный материал также вдохновит и вас на написание статей или очерков.

Будем рады видеть вас в числе наших авторов!

Желаем в новом 2024 году всего самого наилучшего!

Право интеллектуальное: ретроспективный взгляд в будущее



Д.А. Братусь,
кандидат юридических наук,
доцент кафедры гражданского права УрГЮУ имени В.Ф. Яковлева,
член редакционной коллегии Журнала Суда по интеллектуальным правам

Мировая тенденция – обеспечение большей определенности в регламентации отношений по созданию и использованию результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации, совершенствование основных и специальных способов их защиты, усиление специализации арбитражных институтов по различным интеллектуальным правам, детализация в гражданском законе новых возможностей правообладателей и заинтересованных лиц. Л.А. Новоселова подчеркивает факт стабильного роста нагрузки на Суд по интеллектуальным правам и повышение сложности разбирательств¹.

Публичная власть реагирует на импульсы современного гражданского оборота, развитие экономики знаний (цифровизация, искусственный интеллект, нейротехнологии, инновации и т.д.), поддерживает продолжение правовой экспансии в идейно-эмоциональную, чувственно-образную сферу и наукоемкие отрасли.

Волей политического суверена, занятого извечным поиском баланса социальных ценностей, мир духовных явлений «включается» в юридическую материю. «Творческая мораль» (Н.А. Бердяев) становится частью «творческой подотрасли» (О.А. Красавчиков) и в определенной мере влияет на содержание последней. Возникающие при этом юридические конструкции в той или иной форме распространяются на самые разные идеальные объекты. Процесс закономерный, но вряд ли тривиальный и однозначный. Мультипликативный результат происходящего еще предстоит осознать. Что должно настораживать во всяком преобразовательном движении юридической мысли в области интеллектуальных прав?

Образ, замысел, идея, произведение (в широком смысле), авторство и прочие потенциально «осязаемые» продукты креативного мышления, само творчество как процесс – это прежде всего единицы нравственного бытия, атомы внутренней жизни автора, этапы его психологических переживаний. Не-

¹ Новоселова Л.А. Судья СИП – больше, чем юрист // Российское право: образование, практика, наука. 2016. № 2 (92). С. 5; Интервью с Председателем Суда по интеллектуальным правам, д.ю.н., профессором Л.А. Новоселовой, посвященное 10-летию юбилею Суда по интеллектуальным правам (интервьюировала Л.В. Назарычева) // <http://ipcmagazine.ru/videomaterials/videointerview/6979-video19>

преложные, метафизические каноны этических категорий остаются «вещью в себе». «Нравственность только одна» (Дж. Пико). И право – достижение цивилизации, гуманитарного прогресса, победы разума над инстинктом – априори самоценно. Данные компоненты ноосферы активно взаимодействуют², трансформируются, но при этом не должны подавлять друг друга. В частности, юридическая форма не может «презирать», нивелировать в угоду обороту этические константы, отражающиеся в интеллектуальных правах.

М. Горький не признавал термин «творчество», называя его «церковным», «аристократическим», «туманным и глуповатым словом», «вредным словечком»³. Идеологическая борьба, как и стремление к «резервированию рынков» (в эпоху современной тотальной коммерциализации), порождает некоторый (временный, конъюнктурный) эффект, но не гарантирует торжество истины или хотя бы тот самый искомый баланс и его относительную стабильность.

Сохранение традиционализма – одна из задач святоотеческой миссии кодификаторов, особый русский путь развития подотрасли (аспекты идеологии и геополитики, надо полагать, не подразумеваются). Авторское право (главный, системообразующий институт творческой подотрасли) на Руси начиналось с государственных книгопечатен, создаваемых Иваном IV (Грозным) для контроля за безупречностью священных (библейских) текстов и противодействия их злонамеренному искажению сторонниками униатства, провоцировавшими таким образом народные волнения. Отсюда – цензура и цензурный устав как явления и широко известная теория нормативной предыстории института. Непопулярная, с позволения сказать, новая версия: западноевропейское авторское право на этапе своего оформления обслуживает интересы капитала, а система правил, представляющих прообраз российского авторского права, охраняет духовность и державные устои.

Тезис об «особом пути развития» в историческом ракурсе, возможно, у кого-то вызывает аллергическую реакцию – терпимая эмоция, если она сдерживается тем, от кого исходит. У новейших «маркеров», должно быть, больше «шансов» на лояльное восприятие широкой аудиторией. Имеет смысл назвать базовые, например, следующие три.

Часть четвертая Гражданского кодекса Российской Федерации – Джомолунгма, в разы и по всем параметрам (интересные решения, универсальные конструкции, изящная техника, включая множество глубоких по смыслу регуляторных пробелов) превосходящая всякие монбланы. «Уникальный документ»⁴, «чрезвычайно прогрессивный»⁵ источник. Лучший из кодифицированных актов при сравнении с теми, которые сегодня широко известны в мире. Исключительная признательность и совершенное почтение – специалистам, стоявшим у истоков, годами создававшим и десятилетиями предвосхищавшим такую вер-

² См.: Яковлев В.Ф. Право и нравственность – понятия очень близкие // Правовое государство: вопросы формирования. М.: Статут, 2012. С. 276–286.

³ Горький М. О литературе. Сб. ст. 2-е изд. М., 1937. С. 119, 151, 243.

⁴ Гонгало Б.М. Мысли и речи о науке гражданского права // Он же. Избр.: В 5 т. Т. 2: Гражданское право. 2003–2014. М.: Статут, 2021. С. 7.

⁵ Суханов Е.А. О кодификации законодательства об «интеллектуальной собственности» // Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть четвертая: Комментарии. Текст. Предметный указатель. М.: Статут, 2007. С. 31.

шину и такую красоту, непосредственно причастным к ее появлению на свет⁶, ежедневно пестующим ее с той заботой и любовью, которой способны одаривать своего ребенка только добрые и мудрые родители. На это отношение не могут повлиять никакие дискуссии. Критиковать не мудрено. Критика ради критики бессмысленна, саморазрушительна.

Суд по интеллектуальным правам – первый, единственный и единый специализированный суд в России. Его метафорично называют путеводной звездой, направляющей и открывающей новые горизонты⁷. В данном случае можно рассуждать о деталях⁸, полезно обратить внимание на какие-то технические моменты⁹, но существо от этого не меняется – в России функционирует выдающееся в мировом масштабе правоохранительное учреждение. Постановления Суда часто напоминают научные работы, акцентированные, безусловно, на решение конкретных практических задач. Сильные впечатления – от излагаемого в них казуального толкования. Помнится, С.В. Сарбаш размышлял: «Посмотрим для сравнения на судебные акты зарубежных судов. Они порой напоминают небольшую брошюру или, скажем, сопоставимы с добротной научной статьей»¹⁰. Все есть! Оригинальность структуры Суда, сам характер его деятельности, конечно, обусловлены спецификой дел. Споры по праву так называемой интеллектуальной собственности – самые сложные и в своей совокупности, и по отдельности. «Дела, связанные с защитой интеллектуальных прав, можно без преувеличения отнести к разряду сложнейших судебных споров»¹¹. В них сочетается «все и сразу» – невероятно высокая динамика социальных процессов, яркая фактология, богатая цивилистическая палитра, разнообразные и порой весьма неожиданные процессуальные особенности, довлеющие аспекты философии, культуры, идеологии, политики, социологии, естественнонаучных знаний...

Система субъективных интеллектуальных прав. Часть четвертая ГК РФ позволяет выделить четыре группы субъективных интеллектуальных прав: исключительные, личные неимущественные права авторов, организационные права¹² и права на вознаграждение. Две последние в законе, судебной практике и цивилистической литературе неудачно именуется «иными». Система эта неразрывно

⁶ Список трудившихся над созданием ч. 4 ГК РФ: Крашенинников П.В. О проекте части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации и о проекте федерального закона «О введении в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» // Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть четвертая: Комментарий. Текст. Предметный указатель. М.: Статут, 2007. С. 33–34.

⁷ Гонгало Б.М., Братусь Д.А. Комментарий к постановлению президиума Суда по интеллектуальным правам от 21 ноября 2019 г. по делу № СИП-326/2019 // Журнал Суда по интеллектуальным правам. 2023. Июнь. № 2 (49). С. 41.

⁸ Статья 25 ГПК РФ гласит о рассмотрении гражданских дел «военными и иными специализированными судами». Это установление не коррелирует с нормами Федеральных конституционных законов РФ «О судебной системе Российской Федерации» (абз. 4 ч. 3 ст. 4), «О военных судах Российской Федерации» (ч. 1 ст. 1), «О судах общей юрисдикции в Российской Федерации» (п. 5 ч. 2 ст. 1), закрепляющими статус военных судов как судов общей юрисдикции. Споры с участием военнослужащих и граждан, призванных на военные сборы, рассматриваются обособленно. Вот, собственно, и вся «специфика»!

⁹ В ч. 2 ст. 1 Федерального конституционного закона РФ «О судах общей юрисдикции в Российской Федерации» говорится: «2. К федеральным судам общей юрисдикции относятся: <...> б) специализированные суды, полномочия, порядок образования и деятельности которых устанавливаются федеральным конституционным законом». Так общие или специализированные?!

¹⁰ Сарбаш С.В. Арбитражная практика по гражданским делам: Конспективный указатель по тексту Гражданского кодекса. М.: Статут, 2000. С. 18, сн. 2.

¹¹ Новоселова Л.А. Судья СИП – больше, чем юрист // Российское право: образование, практика, наука. 2016. № 2 (92). С. 5.

¹² См., напр.: Братусь Д.В. Организационные авторские права / Вступ. слово Б.М. Гонгало; под общ. ред. Б.М. Гонгало. М.: Статут, 2022. 236 с.

связана с содержанием. В отличие от классических подходов¹³ в современной литературе¹⁴ наметилась тенденция подменять категорию «содержание» другой, «родственной» категорией – структуры субъективного права. «Превращение» содержания интеллектуальных прав в их структуру, «обезличивание» общетеоретических значений неприемлемо. «Отношение к терминологии должно быть трепетным»¹⁵. *Содержание* выражает динамику субъективного права, базис его осуществления, потенциал оборота, движение связанного с ним отношения во времени, пространстве и по кругу лиц, диктуется сугубо прагматическими настроениями (в частности, стремлением к правовой определенности, предсказуемости и свободе оборота) и постоянно расширяется по мере развития технологий и усложнения предпринимательских практик. *Структура* – логически предрешенный остов, «скелет», научно обоснованная формула сортировки имеющегося материала, всегда приближительная, как и любая градация конструкций социальной реальности. Смысловое наполнение, компонентная завершенность, внутреннее единство элементов (*содержание*), с одной стороны, и особенности их взаимосвязи, систематика и, собственно, градация, механизм сцепления и прикрепления (*структура*), с другой стороны, – соотносимые, но далеко не тождественные категории.

На состоявшейся 22 сентября 2023 г. конференции «Формирование специализированного правосудия в сфере защиты интеллектуальных прав», посвященной десятилетию Суда по интеллектуальным правам, многие докладчики упоминали «интеллектуальное право» в объективном смысле. Новый феномен, удачная, актуальная альтернатива «праву интеллектуальной собственности». Ни одна из подотраслей права гражданского не обозначена столь образно и конкретно. Экспрессивная, живописная и в то же время практическая формула. Воистину творческая подотрасль! Скептики, правда, могут упрекать в тавтологии, подчеркивая дисгармонию общего и специального. Поскольку право в целом – интеллектуальный конструкт, могут ли дублироваться соответствующие свойства в названии одной из подотраслей права гражданского? Юридический консерватизм в данном случае уступает эстетическому чувству. Логике эволюции социальных контактов – от элементарных форм к развитым и все более сложным (специфическим), требованиям единства и дифференциации общего и специального в системе юридических отношений, объективной взаимобусловленности целого и части такой подход не противоречит.

Всестороннее развитие отмеченных «центров силы» интеллектуального права в грядущем 2024 году – одно из приоритетных направлений российского законодателя, правоприменителя и цивилистической доктрины.

¹³ См., напр.: Александров Н.Г. Законность и правоотношения в советском обществе. М.: Госюриздат, 1955. С. 108–109; Гражданское право. В 2 т. Т. 1. Учеб. / Под ред. Е.А. Суханова. М.: БЕК, 1994. С. 160 (В.П. Грибанов); Явич Л.С. Общая теория права. Изд-во Ленингр. ун-та, 1976. С. 179; Алексеев С.С. Общая теория права: В 2 т. Т. 1. М.: Юрид. лит., 1981. С. 66.

¹⁴ Калятин В.О. Структура авторского права использования произведения: актуальные проблемы // Журнал российского права. 2000. № 2. С. 60–70; Третьяков С.В. Некоторые аспекты формирования основных теоретических моделей структуры субъективного частного права // Вестник гражданского права. 2007. № 3. Т. 7. С. 242–260; Он же. «Триада Александрова» как вариант решения проблемы структуры субъективного гражданского права // Гражданско-правовые отношения: проблемы доктрины, законодательства и судебной практики: сб. ст., посвященный 75-летию д.ю.н., проф. Е.А. Суханова / Отв. ред. В.В. Витрянский. М.: Статут, 2023. С. 53–77; Щербак Н.В. Авторские и смежные права в системе интеллектуальных прав. Дисс. ... д.ю.н. М., 2022. С. 80, 167–181, 316, 321, 482; Спиридонова Н.Б. Структура исключительного авторского права // Журнал Суда по интеллектуальным правам. 2022. № 2 (36). Июнь. С. 5–20.

¹⁵ Гонгало Б.М. Мысли и речи о науке гражданского права // Он же. Избр.: В 5 т. Т. 2: Гражданское право. 2003–2014. М.: Статут, 2021. С. 15.

Содержание



@IPC_MAG

Главный редактор:

Е.А. Ястребова

Главный научный редактор:

В.А. Корнеев

Редакционная коллегия:

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

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:**

Л.В. Назарычева

**Дизайн, верстка,
цветокоррекция**

Д.В. Авданин

Корректор:

Е.В. Рыжер

ISSN 2313-4852

© Суд по интеллектуальным правам,
Фонд «Правовая поддержка», 2023

Учредители:

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

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

Контакты редакции:

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

Цифровая среда

11 Л.А. Новоселова, О.А. Полежаев

NFT-активы в системе объектов гражданских прав: постановка проблемы

Настоящая статья посвящена исследованию проблематики правового регулирования отношений, связанных с объектами интеллектуальных прав, выраженными в цифровой среде при помощи NFT-токенов. Доказывается, что квалификация отношений по обладанию цифровыми активами и выраженными в них объектами интеллектуальных прав, характер правовой связи, возникающей между объектами, правовое положение обладателя цифрового актива не могут быть определены единообразно и должны разрешаться применительно к конкретной ситуации.

18 А.С. Васильева

Проблема классификации объектов интеллектуальной собственности с учетом применения искусственного интеллекта

В данной статье проводится анализ классификаций объектов интеллектуальной собственности в зависимости от различных критериев, положенных в основание деления. Автором рассматриваются объекты интеллектуальной собственности в соответствии с российским законодательством, а также доктринальные классификации объектов. В статье предложена классификация договоров на создание объектов интеллектуальной собственности при возможном участии искусственного интеллекта.

Распоряжение правами

28 М.А. Рожкова

Правовые аспекты введения в гражданский оборот и коммерциализации интеллектуальной собственности

Настоящая статья подготовлена в целях содействия формированию верного и единообразного понимания обозначенных в наименовании работы категорий – гражданского оборота и коммерциализации интеллектуальной собственности. Эти понятия активно употребляются в публикациях и нормативных правовых актах, однако их содержание крайне неопределенно. Автор предлагает собственное видение того, что следует понимать под указанными терминами, опираясь при этом на доктринальные источники и правовые нормы.

Авторские и смежные права

40 А.Г. Серго

«Антиплагиат» и другие средства снижения качества научных текстов

Статья ставит под сомнение такие устоявшиеся критерии ценности научной работы, как высокий уровень оригинальности, установленный программой «Антиплагиат», а также объем научной работы и количество использованных источников.

46 В.А. Чебодаева

Контент, сгенерированный нейросетью: кто виноват и что делать?

Генеративный искусственный интеллект используется повсеместно. Но какие правовые последствия может повлечь за собой использование технологий искусственного интеллекта? Анализ использованных в работе проблем показал, что в некоторых вопросах использование нейросетей может нарушать права третьих лиц. С целью же обеспечения эффективной правовой защиты прав участников оборота важно учитывать нестандартные способы нарушения их прав и специфику современных технологий и цифровой среды.

59 *Ш.К. Курбанов*

Ограничение использования производной программы для ЭВМ автором изначальной программы

В данной статье рассматривается возможность автора оригинальной программы ограничивать права другого автора, который использует такую программу для создания производного программного обеспечения. В статье высказывается мнение, что автор оригинальной программы может контролировать, в какую производную программу осуществляется переработка, а также, каким образом может использоваться такая производная программа.

65 *А.О. Косицкий*

Творчество как критерий охраноспособности объектов авторских прав: самостоятельное создание и творческий характер. Уровень творческого характера

Статья посвящена проблеме понимания творчества как критерия охраноспособности объектов авторских прав. Обосновывается возможность разделения данного критерия на два самостоятельных признака: творческий характер произведения и его самостоятельное создание. Автор доказывает, что творческий характер является измеримым показателем и что его уровень должен играть решающую роль в разрешении вопроса об охраноспособности исследуемого объекта.

Средства индивидуализации

82 *А.С. Ворожевич*

Добросовестное использование чужих товарных знаков: исследование вопроса на примере логотипов, нанесенных на масштабные модели автомобилей

В рамках статьи автор рассматривает содержательные границы исключительного права на товарный знак, которые устанавливаются, в том числе, посредством доктрин добросовестного использования схожего с чужим товарным знаком обозначения. На основе функционального подхода автор дает ответ (отрицательный) на вопрос: являются ли нарушением исключительного права на товарный знак – логотип марки автотранспортного средства – действия лица по введению в гражданский оборот на территории Российской Федерации масштабных (коллекционных) моделей такого автотранспортного средства, на которые нанесено соответствующее обозначение, в отсутствие согласия на то правообладателя.

98 *К.В. Геец*

Товарные знаки в видеоиграх и виртуальных мирах

В статье рассмотрены вопросы, связанные с законностью использования в видеоиграх обозначений, сходных или тождественных товарным знакам. В пределы исключительного права на товарные знаки, зарегистрированные для товаров, работ или услуг, возможных в реализации только для материального мира, не входит их размещение в видеоигре, за исключением случаев рекламы таких объектов, содержащейся внутри игры. Размещение товарных знаков, зарегистрированных для цифровых товаров или услуг (например, для программного обеспечения), напротив, не должно осуществляться в видеоиграх без согласия правообладателя, если такое использование может создать смешение. В других виртуальных мирах с игровым элементом и функцией возмездных отношений между пользователями возможно потенциальное использование товарных знаков для услуг, которые могут быть оказаны посредством цифровой среды.

115 *А.В. Костин*

Доктрина функциональности объемных товарных знаков

Автор статьи рассматривает понятие, содержание и цели доктрин утилитарной и эстетической функциональности объемного товарного знака через правоприменительную практику и доктрину. Автором также анализируются противоречия между теорией идентификации и теорией конкуренции при рассмотрении конкретного судебного дела.

Защита интеллектуальных прав

121 *К.В. Геец*

Ответственность информационных посредников за нарушение интеллектуальных прав

В статье рассмотрены виды информационных посредников по российскому законодательству, основания для привлечения их к ответственности и судебная практика. Суды последовательно стараются разграничивать информационных посредников и лиц, непосредственно использующих чужие объекты интеллектуальной собственности в Интернете. Для этого вырабатываются критерии, направленные на выявление степени вовлеченности посредников в оборот материала.

Публично-правовые вопросы

137 *Е.В. Матвеев*

Правовая природа политики приватности: практический аспект

В настоящей статье рассматриваются некоторые аспекты правовой природы документа, определяющего политику оператора в отношении обработки персональных данных (Политики приватности). Автором предпринята попытка комплексно рассмотреть законодательные и практические аспекты реализации Политики приватности в контексте необходимости соблюдения операторами базовых принципов законной, справедливой и прозрачной обработки персональных данных. На основе сравнительно-правового анализа требований законодательства в области персональных данных Российской Федерации и Европейского Союза обосновывается ряд предложений по совершенствованию отечественного законодательства в целях повышения уровня эффективности защиты прав и законных интересов субъектов персональных данных.

Просто о сложном

145 *Э.А. Шахназарова*

БРИКС – актуальное направление сотрудничества в сфере правовой охраны интеллектуальной собственности

Особое внимание в рамках БРИКС уделяется вопросам правовой охраны интеллектуальной собственности, как основы социального и экономического сотрудничества государств – участников объединения. Механизм сотрудничества между ведомствами интеллектуальной собственности БРИКС (IP BRICS) направлен на повышение ценности интеллектуальной собственности и обеспечение ее вклада в экономическое развитие и рост в странах БРИКС. Автор отмечает, что углубление сотрудничества в рамках БРИКС могло бы осуществляться в направлении создания инфраструктурных основ реализации совместной политики в сфере интеллектуальной собственности, например, путем создания объединенного консультационного центра в сфере интеллектуальной собственности в рамках БРИКС.

Научная статья
УДК 347.1

Для цитирования:

Новоселова Л.А., Полежаев О.А. NFT-активы в системе объектов гражданских прав: постановка проблемы // Журнал Суда по интеллектуальным правам. Декабрь 2023. № 4 (42). С. 11–17.

DOI: 10.58741/23134852_2023_4_1

Novoselova L.A., Polezhaev O.A. NFT-assets in the system of civil rights objects: problem statement // Zhurnal Suda po intellektual'nym pravam. December 2023. N 4 (42). Pp. 11–17. (In Russ.).

DOI: 10.58741/23134852_2023_4_1

DOI: 10.58741/23134852_2023_4_1

NFT-активы в системе объектов гражданских прав: постановка проблемы¹



Л.А. Новоселова,

доктор юридических наук, профессор,
заведующая кафедрой финансовых сделок и новых технологий в праве Федерального государственного бюджетного научного учреждения «Исследовательский центр частного права имени С.С. Алексеева при Президенте Российской Федерации» (ИЦЧП), заведующая кафедрой интеллектуальных прав Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)



О.А. Полежаев,

кандидат юридических наук,
доцент кафедры финансовых сделок и новых технологий в праве Федерального государственного бюджетного научного учреждения «Исследовательский центр частного права имени С.С. Алексеева при Президенте Российской Федерации» (ИЦЧП); преподаватель кафедры интеллектуальных прав Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

Настоящая статья посвящена исследованию проблематики правового регулирования отношений, связанных с объектами интеллектуальных прав, выраженными в цифровой среде при помощи NFT-токенов. Доказывается, что квалификация отношений по обладанию цифровыми активами и выраженными в них объектами интеллектуальных прав, характер правовой связи, возникающей между объектами, правовое положение обладателя цифрового актива не могут быть определены единообразно и должны разрешаться применительно к конкретной ситуации.

Ключевые слова:

цифровые активы; NFT; объекты интеллектуальных прав; передача исключительного права; лицензионное соглашение; отношения доступа.

¹ Настоящее исследование подготовлено в рамках выполнения государственного задания, утвержденного Исследовательским центром частного права (номер научно-исследовательской работы в ЕГИСУ НИОКТР 123021700042-6 на тему «Правовые формы, обеспечивающие доступ к результатам интеллектуальной деятельности в виртуальном пространстве: анализ правоприменения»).

Сформировать полное и исчерпывающее описание моделей правового регулирования отношений, связанных с невзаимозаменяемыми токенами или NFT, в настоящий момент времени представляется крайне сложной и неординарной задачей не только для отдельных правопорядков, но и наднациональной системы правового регулирования в целом.

В попытках юридически квалифицировать отношения, связанные с NFT, или сформировать их юридическое содержание многие исследователи не уделяют должного внимания важнейшему обстоятельству, без уяснения которого истинное познание цифровых сущностей не представляется возможным².

Исследуя классические объекты гражданских прав, юристы привыкли работать со статичными сущностями, юридическое содержание которых обладает формальной определенностью и устойчивостью, в то время как поведение участников искомых отношений носит логичный и последовательный характер, обусловленный необходимостью удовлетворения закономерных интересов, очевидных не только для участников отношений, но и посторонних наблюдателей.

Исследуя цифровые активы в целом, и NFT в частности, наблюдатель лишен подобной привилегии, так как имеет дело с невероятно динамичными, изменчивыми и неопределенными юридическими сущностями.

Цифровизация объектов гражданских прав представляет собой только что начавшийся, но длительный и чрезвычайно сложный юридический процесс, в ходе которого неизбежны как досадные недоразумения, так и фатальные ошибки. Дело в том, что практически все цифровые активы задумываются и создаются как крайне изменчивые, гибкие и адаптивные конструкции, способные подстраиваться под любые экономические, социальные, политические, юридические условия и их изменения, позволяя обеспечить одновременное удовлетворение как частных, так и публичных интересов посредством достижения настоящего общественного консенсуса, а не компромисса.

Своеобразная физическая модульность цифровых активов, основанная на возможности самостоятельного и свободного формирования или изменения, их функциональных возможностей, приводят к положению, при котором говорить о NFT как об однородной юридической категории не представляется возможным, так как функциональная направленность объектов гражданских прав всегда оказывает влияние на формирование их правового режима.

Вид объекта прав, выраженных в NFT, характер возникающей между ними правовой связи, формирование юридического содержания права обладателя NFT как на него, так и на выраженный в нем объект, функциональная направленность NFT, – все это не заранее определенные юридические модели, а свободно настраиваемые и выбираемые правовые конструкции.

Окончательная юридическая суть NFT зависит не только от воли его создателя, но и от воззрений участников оборота, которые могут начать использовать благо для удовлетворения иных, отличных от воли создателя интересов, в результате чего цифровой актив, созданный для предоставления технического доступа к базе данных, начинает использоваться участниками оборота как средство платежа, а токены, закрепляющие исключительные права на программу для ЭВМ, начинают использоваться как аналог ценной бумаги.

Таким образом, многие цифровые активы могут представлять собой тех, кто способен изменять свое юридическое содержание и выполняемые ими функции в зависимости от интересов создателей, обладателей и других участников гражданского оборота.

В свое время И.А. Покровский, описывая механизм возмещения вреда, причиненного в результате нарушения положений добрых нравов, характеризовал §926 Германского гражданского уложения как каучуковую норму, содержание которой оказывается абсолютно неопределенным³. По аналогии с приведенной позицией многие цифровые активы, и NFT в том числе, – не исключение, они могут быть поименованы как «каучуковые объекты»

² Емельянов Д.С. Невзаимозаменяемые токены (NFT) как самостоятельный объект правового регулирования / Д.С. Емельянов, И.С. Емельянов // Имущественные отношения в Российской Федерации. – 2021. – № 10 (241). – 71–76 с.

³ Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М.: Статут, 1998. – 353 с. (дата обращения: 10 марта 2023 г.).

гражданских прав, правовой режим каждого из которых должен устанавливаться отдельно.

В техническом смысле под NFT, или невзаимозаменяемым токеном, подразумевается вид криптографических токенов, каждый экземпляр которых уникален (специфичен) и не может быть заменен или замещен другим аналогичным токеном. NFT-токены отличаются от взаимозаменяемых токенов, которые, несмотря на физические отличия, выполняют те же функции, что и замещенный токен, и обладают тождественной ценностью и функциональными возможностями.

Классическим примером взаимозаменяемых токенов являются криптовалюты, ценность которых измеряется исключительно количественными показателями, а один токен биткоина ценится участниками оборота так же, как и каждый иной токен, подобно тому, как один баррель нефти обладает ценностью, равной ценности другого барреля точно такой же нефти.

Техническое деление на взаимозаменяемые и не взаимозаменяемые токены в значительной степени соотносится с юридическим делением вещей на индивидуально определенные и определенные родовыми признаками, в основе которого находится ценность и значимость различных объектов для участников гражданского оборота, которые либо позволяют заменять предмет обязательства с конкретной вещи на тождественную, либо нет.

Таким образом, несмотря на то что все цифровые активы, выступая в качестве единиц учета, могут быть индивидуально определены, так как каждый из них обладает своим неповторимым идентификационным номером и кодом доступа; применительно к взаимозаменяемым токенам эта индивидуальность не признается или даже игнорируется участниками оборота в пользу простоты и удобства взаимодействия: в потребительском

плане взаимозаменяемые токены всегда равноценны.

Описание функций, выполняемых NFT, целесообразно проводить только после уяснения, что базовым объектом, выраженным в NFT, может являться не только результат интеллектуальной деятельности (далее по тексту – РИД)⁴, но и любой иной объект гражданских прав в целом. Технология NFT абсолютно универсальна и способна обеспечить перевод в цифровую среду абсолютно любых благ или прав на них. Так, базовым объектом NFT-токена могут быть движимые и недвижимые вещи⁵, обязательства, права требования и корпоративные права⁶, личные неимущественные права⁷, а также явления, не признаваемые в качестве блага в юридическом смысле и не считающиеся объектом гражданских прав в принципе.

Многообразие базовых объектов влечет многообразие функций, для выполнения которых NFT создаются. Как следствие, функциональная направленность NFT, созданных для обеспечения оборота недвижимого имущества, будет существенно отличаться от NFT, предназначенных для оборота исключительных прав, что с неизбежностью окажет влияние на формирование правового режима искомых цифровых активов.

В настоящее время NFT-токены чаще всего используются для переноса в цифровую среду объектов интеллектуальных прав. Подобное положение обусловлено совокупностью целого ряда экономических, юридических и иных обстоятельств.

Объекты интеллектуальных прав и особенно объекты авторских прав обладают нематериальной природой и физически больше всех пригодны для переноса в цифровую среду⁸. Подавляющее большинство создаваемых в настоящее время объектов интеллектуальных прав с самого начала создается в цифровой форме, что позволяет мак-

⁴ См. подробнее об этом: NFT – что это, как использовать, где хранить и как долго они останутся с нами? [Электронный ресурс] <https://vc.ru/crypto/343492-nft-chto-eto-kak-ispolzovat-gde-hranit-i-kak-dolgo-oni-ostanutsya-s-nami> (дата обращения: 10 марта 2023 г.).

⁵ Okada Lists The First Commercial Property As An NFT [Электронный ресурс] <https://okada.company/nft> (дата обращения: 10 марта 2023 г.).

⁶ См. подробнее об этом: NFT и право ценных бумаг [Электронный ресурс] <https://fbs-tax.com/mediacenter/blog-ru/nft-i-pravo-czennyh-bumag/> (дата обращения: 10 марта 2023 г.).

⁷ Сарбаш С.В. Седьмое заседание Финансового клуба [Электронный ресурс] <https://www.youtube.com/watch?v=5wms-I7ceoE> (дата обращения: 10 марта 2023 г.).

⁸ Новоселова Л.А., Полежаев О.А. О правовом режиме объектов гражданских прав, выраженных в цифровых активах // Закон, – 2020, – № 11. [Электронный ресурс] (дата обращения: 10 марта 2023 г.).

симально эффективно переносить их в виртуальную реальность, устраняя отдельные недостатки их бестелесного существования.

Даже поверхностный анализ технических возможностей NFT-токенов позволяет выявить многообразие способов и форм их использования для обеспечения и защиты отношений, связанных с объектами интеллектуальных прав.

Технологии NFT-токенов могут использоваться для:

- депонирования исключительных прав;
- выявления охраноспособных результатов интеллектуальной деятельности и отделения их от неохраноспособных;
- технической защиты интеллектуальных прав (при этом объектом защиты могут быть не только исключительные, но и личные неимущественные права автора);
- объективизации РИД;
- обеспечения эффективного учета и контроля за использованием объектов интеллектуальных прав;
- обеспечения непосредственного физического господства правообладателя над объектом интеллектуальных прав.

Самым первым и наиболее простым способом использования технологий NFT-токенов и блокчейна стало применение их для обеспечения депонирования объектов интеллектуальных прав⁹. Возможность точной и бесспорной фиксации момента внесения объекта интеллектуальных прав в блокчейн, а также лица, осуществляющего подобное действие, позволяет сформировать первую по-настоящему безопасную и достоверную систему хранения сведений о создаваемых объектах интеллектуальных прав в целях исключения споров об авторстве и принадлежности РИД.

Современные технологии создания NFT-токенов способны не только устанавливать момент их создания или обнародования, но и частично осуществлять их проверку на соответствие требованиям охраноспособности. Интеграция объектов

интеллектуальных прав в NFT зачастую сопровождается проверкой наличия в цифровой среде тождественного базового объекта, что может свидетельствовать о проверке базового объекта на удовлетворение им критерия новизны, присущего некоторым объектам интеллектуальных прав. При этом в случае выявления цифровыми системами факта наличия тождественного или похожего базового объекта в одном из уже существующих NFT-токенов повторное внесение базового объекта в цифровую среду будет невозможным.

Так, технологии NFT уже используются для проведения патентного поиска в целях выявления новизны у претендующих на регистрацию объектов патентных прав, а также схожих средств индивидуализации¹⁰.

Осуществляя перенос результатов интеллектуальной деятельности в цифровую среду, NFT-токены выступают в качестве крайне эффективных и надежных средств технической защиты интеллектуальных прав. Очевидным преимуществом использования NFT для защиты интеллектуальных прав выступает их «интеллектуальная» составляющая, которая позволяет, не возлагая на законных пользователей дополнительных ограничений и технических обременений, эффективно пресекать случаи незаконного использования.

Наиболее распространенные в настоящее время технические способы защиты интеллектуальных прав, не имея способов интеллектуального выявления управомоченного обладателя, с одинаковой результативностью действуют против любых пользователей, а не только незаконных. В свое время получила распространение система защиты дисков от копирования Star Force, которая не только чрезмерно сокращала ресурс оборудования пользователей, но и приводила к его повреждению и порче¹¹.

В отличие от классических результатов интеллектуальной деятельности, нематериальная форма которых влечет невозможность осуществления над ними полноценного хозяйственного господст-

⁹ NFT – новая эра в интеллектуальной собственности? [Электронный ресурс] <https://1patent.ru/blog/proizvedeniya-avtorskoe-pravo/nft-novaya-era-v-intellektualnoy-sobstvennosti.html> (дата обращения: 10 марта 2023 г.).

¹⁰ См. подробнее об этом: [Электронный ресурс] <https://ipchain.ru/services> (дата обращения: 10 марта 2023 г.).

¹¹ См. подробнее об этом: Три красных огня смерти [Электронный ресурс] <https://www.youtube.com/watch?v=jCpNjmB9euY> (дата обращения: 10 марта 2023 г.).

ва или перманентного контроля над использованием, перемещение объектов в цифровую среду технически позволяет такой контроль обеспечить достаточно эффективно.

Цифровизация объектов интеллектуальных прав полностью изменяет как фактический порядок обладания РИД, так и условия их использования. Переходя в цифровую среду, РИД получили принципиально новую физическую форму существования, пригодную для обеспечения непосредственного господства правообладателя, сходную с возможностями владельцев вещей как предметов материального мира.

Экономический интерес в использовании технологии NFT-токенов заключается в том, что правообладатели, установив непосредственное господство над ранее бестелесными объектами, смогли сформировать принципиально новую экономическую систему использования оцифрованных объектов интеллектуальных прав, практически исключая физическую возможность незаконного использования результатов интеллектуальной деятельности.

Используя NFT-токены для целей фиксации принадлежности интеллектуальных прав и их передачи, правообладатели смогли пресечь наиболее часто встречающиеся виды нарушений исключительных прав, а одновременно с этим и существенно ограничить вторичный рынок РИД, в результате чего значительно сократили свои убытки и повысили прибыль.

Вероятность получения несанкционированного доступа для использования РИД, выраженных в NFT-токенах, представляется настолько низкой, что оценивается как практически невозможная: цифровая среда, в отличие от электронной, способна осуществлять непосредственный контроль над использованием РИД и пресекать случаи несанкционированного использования или воспроизведения чужих объектов интеллектуальных прав.

Объективизация РИД исключительно в форме NFT¹² позволяет правообладателям полностью изменять юридический порядок использования РИД с лицензионных отношений¹³ на отношения доступа, при которых правообладатели оказывают информационные, технические или иные услуги, которые никак не связаны с использованием интеллектуальной собственности, что освобождает от необходимости соблюдения искомого законодательства.

Отказ правообладателей от использования законодательства об интеллектуальной собственности при регулировании отношений, связанных с РИД, выраженными в цифровой среде, в некоторых сферах привел к тому, что правообладатели по сути уничтожили вторичный рынок легально выпущенных копий РИД¹⁴.

Если ранее приобретенная на материальном носителе копия программы для ЭВМ могла быть передана и даже продана ее первоначальным приобретателем третьему лицу, то в цифровой среде возможность использования РИД жестко привязана к личности ее пользователя, а также к условиям лицензионного соглашения, в то время как попытки передачи возможности использования объекта третьим лицам пресекаются физически и юридически.

Интеграция РИД в NFT-токены обусловлена и юридическими факторами, важнейшим из которых является простой порядок передачи объектов авторских прав, не обремененный существенными формальными требованиями и дополнительными действиями.

В связи с тем, что подавляющим большинством потребителей РИД являются физические лица, не обладающие специальными юридическими познаниями, простота правил и способов передачи объектов интеллектуальных и особенно авторских прав приобретает существенное значение.

Возможность использования простой письменной формы сделок для передачи прав на про-

¹² L. Yee, P.E-Wei Ong, J. Low Understanding Consumer Protections for NFTs in Singapore [Электронный ресурс] <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=6df6e1b0-159d-4d8e-87cc-370144f8e28d> (дата обращения: 10 марта 2023 г.).

¹³ Brennan M.K., Shah S. Demystifying NFTs and Intellectual Property: Trademark and Copyright Concerns. [Электронный ресурс] <https://www.finnegan.com/en/insights/articles/demystifying-nfts-and-intellectual-property-trademark-and-copyright-concerns.html> (дата обращения 10 марта 2023 г.).

¹⁴ Арон А., Шульц Д. Конец владения. Личная собственность в цифровой экономике. Москва: Издательский дом «Дело». РАНХиГС, 2019. С. 112.

изведения, выраженные в цифровой форме, не стесняли участников оборота и позволяли максимально эффективно использовать возможности NFT-токенов без несения дополнительных издержек.

Создатели NFT-токенов, при интеграции базового объекта в цифровой актив, не должны были предпринимать каких-либо дополнительных удостоверительных действий или обращаться к третьим лицам для содействия. Для действительности юридической интеграции базового актива в NFT-токен эмитенту достаточно подготовить несколько правил с указанием порядка и пределов использования цифрового актива и выраженного в нем базового объекта, которые зачастую выступают в качестве части договора, опосредующего передачу цифрового блага потребителю.

Договор приобретения NFT-токенов часто содержит в себе весь объем необходимых для пользователя условий использования цифрового актива, что значительно упрощает его положение, повышая состояние определенности.

Удобство и простота использования NFT-токенов обеспечивается и за счет использования технологий смарт-контрактов, которые, с одной стороны, содержат в себе все условия для заключения и исполнения сделки, выполнение которых будет осуществлено автоматически и не потребует активного содействия со стороны пользователя или отчуждателя, что исключает риск совершения ошибочного или противоправного действия; а с другой стороны, приравнивается к соблюдению требования о простой письменной форме сделки, что освобождает стороны от совершения дополнительных юридических действий, в то время как передача NFT совпадает с фактом заключения и исполнения договора о его передаче.

Минимальные юридические требования, предъявляемые к сделкам, связанным с передачей имущественных прав на объекты авторских прав, позволили участникам оборота вести хозяйственную детальность в цифровой среде максимально эффективно, без дополнительных экономических, организационных или временных издержек.

Поэтому к 2023 г. сформировался полноценный рынок NFT-токенов, фиксирующих права именно на объекты авторских, а не патентных прав, поскольку порядок передачи последних обременен необходимостью совершения дополнительных действий, связанных с государственной регистрацией перехода исключительных прав, что лишает цифровую форму ее основных преимуществ.

Под NFT могут пониматься цифровые активы, обеспечивающие перенос в цифровую среду классических объектов гражданских прав и способы их использования, не связанные с физическим обладанием базовыми объектами.

Важнейшей отличительной чертой NFT является то, что в отличие от тех же ценных бумаг, осуществляющих установление исключительно юридической связи между субъектом и объектом прав, NFT-токены способны устанавливать и физическую связь, благодаря которой цифровой актив содержит в себе непосредственные функциональные возможности по использованию базового объекта, а не просто выступает в качестве средства фиксации существующего гражданского права. Таким образом, технологии NFT обеспечивают правообладателя не только фиксацией конкретного РИД, но и конкретными техническими инструментами по его использованию, важнейшим из которых является предоставление доступа для третьих лиц с целью использования базового объекта.

Список литературы:

1. *L. Yee, P. E-Wei Ong, J. Low* Understanding Consumer Protections for NFTs in Singapore [Электронный ресурс] <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=6df6e1b0-159d-4dbe-87cc-370144fbe28d> (дата обращения: 10 марта 2023 г.).
2. *Brennan M.K.; Shah S.* Demystifying NFTs and Intellectual Property: Trademark and Copyright Concerns. [Электронный ресурс] <https://www.finnegan.com/en/insights/articles/demystifying-nfts-and-intellectual-property-trademark-and-copyright-concerns.html> (дата обращения: 10 марта 2023 г.).

3. Арон А., Шульц Д. Конец владения. Личная собственность в цифровой экономике. Москва: Издательский дом «Дело». РАНХиГС, 2019. С. 390.
4. Емельянов Д.С. Невзаимозаменяемые токены (NFT) как самостоятельный объект правового регулирования / Д.С. Емельянов, И.С. Емельянов // Имущественные отношения в Российской Федерации. – 2021. – № 10 (241). – 71–76 с.
5. Новоселова Л.А., Полежаев О.А. О правовом режиме объектов гражданских прав, выраженных в цифровых активах // Закон, – 2020, – № 11. [Электронный ресурс] (дата обращения: 10 марта 2023 г.).
6. Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М.: Статут, 1998. – 353 с. (дата обращения: 10 марта 2023 г.).

Научная статья
УДК 347.77

Для цитирования:

Васильева А.С. Проблема классификации объектов интеллектуальной собственности с учетом применения искусственного интеллекта // Журнал Суда по интеллектуальным правам. Декабрь 2023. № 4 (42). С. 11–17.

DOI: 10.58741/23134852_2023_4_2

Vasileva A.S. The problem of classification of intellectual property objects, considering the use of artificial intelligence// Zhurnal Suda po intellektual'nym pravam. December 2023. N 4 (42). Pp. 11–17. (In Russ.).

DOI: 10.58741/23134852_2023_4_2

DOI: 10.58741/23134852_2023_4_2

Проблема классификации объектов интеллектуальной собственности с учетом применения искусственного интеллекта



А.С. Васильева,

магистрант Высшей школы юриспруденции и судебно-технической экспертизы Санкт-Петербургского политехнического университета Петра Великого

В данной статье проводится анализ классификаций объектов интеллектуальной собственности в зависимости от различных критериев, положенных в основание деления. Автором рассматриваются объекты интеллектуальной собственности в соответствии с российским законодательством, а также доктринальные классификации объектов. В статье предложена классификация договоров на создание объектов интеллектуальной собственности при возможном участии искусственного интеллекта.

Ключевые слова:

объекты интеллектуальной собственности; искусственный интеллект; классификация; Гражданский кодекс Российской Федерации.

Классификация объектов интеллектуальной собственности не является обязательной для введения объекта в гражданский оборот. Однако для развития науки, а в дальнейшем и самого законо-

дательства, отнесение какого-либо объекта к определенной группе является необходимым условием. Какие-то объекты требуют государственной регистрации, другие – нет. Например, объекты ав-

торских прав не требуют регистрации прав на них. С другой стороны, для объектов патентного права требуется государственная регистрация. По этой причине крайне важно определить, к какой классификационной группе относится объект. Актуальность данной темы обусловлена появлением новых технологий, а именно – искусственного интеллекта. Если ранее классификация объектов осуществлялась только в отношении самих объектов и без учета того, кто является их автором, то на сегодняшний день существует неясность, какие объекты могут быть созданы искусственным интеллектом, а какие – только человеком.

Со стремительным развитием информационных технологий в настоящее время уже существует несколько прецедентов, в которых искусственный интеллект использовался при создании объектов интеллектуальной собственности. Например, в России студент смог написать дипломную работу при помощи такой программы, как ChatGPT. Студент контролировал работу искусственного интеллекта, однако работа человека в основном была направлена на корректировку уже сформированной искусственным интеллектом части работы, которая ранее могла быть осуществлена только человеком. Генерация изображений при помощи искусственного интеллекта уже не удивляет никого, это повседневная практика. В короткие сроки разработчики и пользователи, которые все время усложняют задачи для искусственного интеллекта, сделали большой шаг вперед. Игнорировать существование искусственного интеллекта на законодательном уровне уже не представляется возможным, причем необходимо не поверхностное регулирование отдельных аспектов применения искусственного интеллекта, а нужна глубокая законодательная проработка в данной сфере. Необходимо рассматривать данную проблему с позиции гражданского, уголовного, административного, трудового законодательства.

При рассмотрении вопроса о том, кем же является искусственный интеллект при создании объекта авторских прав, вариант, когда искусственный интеллект является автором или соавтором объекта уже не кажется таким отдаленным. Безусловно, если искусственный интеллект редактирует пунктуационные, орфографические ошибки, то он не занимается творческим трудом, однако если

искусственный интеллект напишет такое литературное произведение, как стихотворение, подберет рифму и нужные слова, то разве не возникнет самостоятельного объекта интеллектуальной собственности? По всем основаниям такому произведению должна быть гарантирована правовая защита, но в современных реалиях такие объекты не признаются самостоятельными, так как их автор не является физическим лицом. Мы не можем говорить о том, какое это будет стихотворение, какая рифма и как оно структурировано, главное, что оно имеет объективную форму. Роль искусственного интеллекта в данном случае не механическая, она приобретает черты творческого труда. Нобелевский лауреат по литературе и один из самых знаменитых поэтов XX в. И.А. Бродский отмечал, что стихотворения – как фотографии души [3, с. 309]. Как мы понимаем, ни о какой душе в случае искусственного интеллекта нельзя говорить. Данная оценка не имеет под собой правового содержания, однако в связи с отсутствием в нормативных правовых актах определения понятия «творческий труд» представляется возможным толковать его правоприменителем, исходя из жизненного опыта и собственного мнения по заданному вопросу.

Существуют позиции, когда искусственный интеллект предлагается совсем вычеркнуть из правового регулирования интеллектуальной собственности и оставить его в качестве инструмента для создания объектов. В связи с этим стоит вспомнить об основополагающей конвенции в сфере авторских прав – Бернской Конвенции по охране литературных и художественных произведений от 9 сентября 1886 г. Несмотря на то, что принятие данной Конвенции поддерживало множество именитых и выдающихся писателей, поэтов, художников того времени; были мнения, что принятие и регулирование данной сферы не нужно. Генри Чарльз Кэри, американский экономист XIX в., считал, что существование авторских прав невозможно. По его мнению, в каждом сочинении различаются две стороны: содержание и внешняя форма. Содержание включает в себя мысли и факты, которые нашли отражение в произведении, форма – язык, на котором сообщаются читателю эти мысли и факты. Ни язык, ни факты и мысли не могут считаться собственностью автора, так как факты и мысли он заимствует у предшествую-

щих писателей или находит их в окружающей его среде, истории, природе. Произведения принадлежат всему человечеству, а не отдельной личности. Язык и авторский стиль произведения также не принадлежат автору, так как чем понятнее читателю мысли автора, тем успешнее его труд. Г.Ч. Кэри сделал вывод о том, что мысли и язык до их обнародования уже были достоянием публики [14, с. 9–13]. Если рассматривать эту концепцию относительно искусственного интеллекта, то можно сказать, что искусственный интеллект – это программа для ЭВМ, которую пишет человек. Он разработывает эту программу на языке программирования. Искусственный интеллект выражает те факты и мысли, которые вложил в него человек-разработчик, а не сам искусственный интеллект. Таким образом, искусственному интеллекту, как и человеку, не нужна защита его объектов посредством авторского права. Сейчас невозможно представить такого положения, когда авторские права человека будут исключены и их защита не будет осуществляться, однако на заре становления права интеллектуальной собственности, включая авторское право, дискуссии велись и о возможном отсутствии каких-либо прав у человека в данной сфере.

Интеллектуальные права довольно обширны, они включают как имущественное право (исключительное право), так и личные неимущественные, а также иные права. По каждой из данных категорий прав вопрос о применении искусственного интеллекта будет решаться отдельно. Данная работа не имеет своей целью рассмотрение каждого отдельного вида интеллектуальных прав применительно к искусственному интеллекту. Однако в отличие от интеллектуальных прав человека все обстоятельства указывают на то, что наделение субъективными правами искусственного интеллекта возможно, но достаточно сложно. Причина этому – технический прогресс, который не стоит на месте. Невозможно предсказать, какой следующий шаг будет сделан в науке, что будет разработано человеком и какова будет зависимость этой разработки (имеется в виду искусственного интеллекта) от человека, если таковая будет иметь место.

В данной статье предлагается рассмотреть классификации объектов интеллектуальной собственности для понимания того, что может быть создано (сгенерировано) искусственным интеллектом и при каких условиях такая генерация может быть осуществлена.

Прежде чем перейти к вопросам непосредственной классификации объектов интеллектуальной собственности с учетом применения искусственного интеллекта, остановимся на вопросах классификации объектов без такового учета. Далее мы рассмотрим представленные в юридической науке классификации, которые исходят из значения самих объектов, невзирая на авторов и правообладателей этих объектов; а также процесс их создания. Искусственный интеллект в рассмотренных случаях не имеет никакого значения, впрочем, как и любой другой автор или правообладатель, ведь суть классификаций придается самим объектам интеллектуальной собственности. Ценность рассмотренных классификаций состоит в том, что с развитием технической науки и введением искусственного интеллекта в рамки правового поля в данной области сами объекты, созданные искусственным интеллектом, также будут включены в данные классификации.

Стоит начать с расположения объектов интеллектуальной собственности, приведенной в Гражданском кодексе Российской Федерации (далее – «ГК РФ»). Расположение таких объектов в ст. 1225 ГК РФ не хаотично, а подчинено определенным логическим закономерностям, а именно: первыми идут объекты авторских и смежных прав, далее следуют объекты патентного права, замыкают классификацию средства индивидуализации¹. Классификация объектов интеллектуальной собственности в гражданском законодательстве присутствует, хотя и не носит формального закрепления в отдельной норме. Данная классификация представлена двумя большими группами объектов: результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации. Н.А. Новикова отмечает, что критерий правовой природы объекта положен в основу легальной классификации [10, с. 75]. Объекты авторских прав уникальны, их точное повто-

¹ Гражданский кодекс Российской Федерации от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ // Гарант. Ру.

рение разными лицами практически невозможно. Даже в случае повторения результатов интеллектуальной деятельности в сфере авторских прав их защита будет осуществлена посредством авторского права, так как новизна, уникальность, оригинальность не являются критериями для защиты данных объектов². Одинаковые объекты патентных прав могут быть созданы двумя и более лицами независимо друг от друга. История знает немало таких случаев. К таковым, например, относится изобретение радио А.С. Поповым и Г. Маркони. Говоря о средствах индивидуализации, следует подчеркнуть, что они не требуют творческого или научного вклада. Данные объекты ценны лишь тем, что позволяют идентифицировать, например, конкретное юридическое лицо, товар, услугу, работу среди тысяч схожих.

В науке существует множество классификаций объектов интеллектуальной собственности, которые уже не так привязаны к их расположению в нормативных правовых актах. Так, представлена разветвленная классификация объектов по их назначению [9]. Преимущество этой классификации видится в большом количестве критериев, которые положены для разделения объектов. Рассмотрим подробнее некоторые из них. По характеру интеллектуальной деятельности объекты могут быть гуманитарные, к таковым относятся произведения литературы, искусства, художественные произведения. Вторым видом являются научно-технические и производственные объекты. К этим объектам относятся изобретения, полезные модели, фирменные наименования и т.д. [8, с. 28; 9]. Такое деление приводит к образованию двух больших групп объектов: объекты авторских и смежных прав – первая группа, объекты патентных прав и средства индивидуализации – вторая группа.

По способу обособления все объекты делятся на 3 группы. Первая группа – с приоритетным зна-

чением формы. Форма может быть устной, письменной, изобразительной, т.е. к этой группе относятся объекты авторских и смежных прав. Вторая группа – объекты с приоритетным значением содержания, к таковым относятся объекты патентных прав и средства индивидуализации. Третья группа является обособленной и включает только один объект – секрет производства (ноу-хау) [2, с. 18; 5, с. 42; 9]. Такое положение данного объекта показывает, что охраняется не само его содержание, а факт наличия данной информации у ограниченного круга лиц. При этом свободного доступа у третьих лиц к данным сведениям нет. Стоит отметить, что в некоторых странах правоприменитель уже сейчас готов защищать объекты, созданные искусственным интеллектом. Например, патентное ведомство Южно-Африканской Республики признало автором изобретения искусственный интеллект. Однако правообладателем является разработчик искусственного интеллекта³. В отношении объектов авторских прав также есть судебные решения, когда объект, сгенерированный искусственным интеллектом, подлежал правовой охране, но искусственный интеллект был признан инструментом, который использует человек в процессе создания объекта⁴. Данные примеры подчеркивают, что сами по себе объекты интеллектуальной собственности подлежат правовой охране несмотря на то, что искусственный интеллект использовался в процессе их создания. Что касается секрета производства, то искусственный интеллект может создать что-либо новое на основе имеющихся данных, однако оценить это с точки зрения законодательства и целесообразности приравнивания данной информации к секрету производства может пока только человек. Закон устанавливает обязанность обладателя таких сведений принимать разумные меры для соблюдения их конфиденциальности. Искусственный интеллект не обладает разумом, он не может объективно оце-

² Пункт 80. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23 апреля 2019 г. № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» // Гарант. Ру.

³ WO2020079499 – Food container and devices and methods for attracting enhanced attention // WIPO. URL: <https://patentscope.wipo.int/search/en/detail.jsf?docId=WO2020079499>

⁴ Tencent v. Yingxun Tech. Case number: (2019) Yue 0305 Min Chu 14010 ((2019)粤0305民初14010号). Date of Decision: Dec 24, 2019. Court Level: Primary People's Court. Trial procedure: First instance. Types of Litigation: Civil Litigation. // China Law Portal. URL: <https://www.chinajusticeobserver.com/law/x/2019-yue-0305-min-chu-14010>

нить, что несет в себе действительную или потенциальную коммерческую ценность.

Следующие из рассмотренных доктринальных классификаций будут применимы к искусственному интеллекту только после наделения его правосубъектностью.

По применению объекты делятся на предназначенные для личных нужд, для накопления, для продажи [9]. Данное деление объектов можно рассмотреть на примере такого литературного произведения, как роман. Автор данного произведения может оставить результат у себя и никогда не коммерциализировать его. Автор может заключить лицензионный договор с издательством. Автор может заключить договор об отчуждении исключительного права.

Также объекты интеллектуальной собственности можно классифицировать по функционированию [9; 12, с. 6]. Объект может быть функционирующим, т.е. работающий и приносящий доход, при этом последнее не является обязательным условием. К нефункционирующим относятся объекты, не используемые, но которые могут применяться в будущем. Стоит отметить, что для служебного произведения есть механизм, который позволяет в случае его неиспользования в течение трех лет перейти исключительному праву на произведение от работодателя к работнику. В данном случае такому объекту предоставляется двойная возможность стать применимым.

Деление объектов интеллектуальной собственности можно произвести по критерию общественных отношений, в которых задействован объект и которым может быть причинен вред при преступном посягательстве. Данное деление опирается на российское уголовное законодательство. Первая группа включает объекты, которые используются исключительно в предпринимательской деятельности. Данными объектами являются средства индивидуализации и ноу-хау. Эти объекты сгруппированы так, потому что за лицом закрепляется только исключительное право. В этих объектах нет информационного и эстетического содержания. Вред при преступном посягательстве наносится только общественным отношениям, связанным с реализацией исключительного права. Вторая группа включает в себя такие объекты, которые могут использоваться как в предпринимательской

деятельности, так и в других сферах деятельности человека. Вред может быть причинен экономическим, социальным, духовным и другим отношениям. Данными объектами являются произведения науки, литературы и искусства, программы для ЭВМ, базы данных, а также все остальные объекты, содержащиеся в ГК РФ, которые не отнесены к первой группе. Из-за того, что в основу деления положено наличие или отсутствие одного из признаков объектов, эта классификация является непрерывной. Также стоит отметить, что в первую группу включены объекты, которые могут использоваться только в предпринимательской деятельности, по этой причине первая и вторая группа никогда не пересекутся, так как исключают друг друга [13]. С другой стороны, такое деление не учитывает систематизацию статей Уголовного кодекса Российской Федерации, в основе расположения норм которого лежит общественная опасность деяния в зависимости от значимости общественных отношений, защищаемых законом.

Объекты интеллектуальных прав не являются оборотоспособными. Предметом гражданского оборота может быть исключительное право на эти объекты, которое может переходить прежде всего по договорам [1, с. 382]. Рассмотрим более детально некоторые договоры, которые оформляют создание объектов интеллектуальной собственности, и допускают участие искусственного интеллекта при создании данных объектов (таблица № 1). Под участием искусственного интеллекта в создании объектов интеллектуальной собственности в данной работе понимается применение искусственного интеллекта человеком в любой форме для получения результата интеллектуальной деятельности, сопоставимого с деятельностью человека. Такое участие может выражаться в генерации (создании) объекта интеллектуальной собственности «с нуля», когда человек лишь указывает на то, что должно быть создано и каковы параметры этого объекта. Например, поздравление с 1 сентября учителя в форме стихотворения. Участие может быть направлено на корректировку, дополнение или исправление уже созданной части работы человеком. В данном случае искусственный интеллект может дополнить созданный человеком объект интеллектуальной собственности на основе заданных параметров. Например, че-

человек создал пейзаж, но хотел бы сделать его более реалистичным. После загрузки работы в программу, использующую искусственный интеллект, и добавления комментария в виде желаемого результата искусственный интеллект скорректирует работу. Участие искусственного интеллекта может выражаться в консультировании человека, то есть предоставлении ему необходимой информации на основе заданного вопроса. Однако во всех этих случаях возникает еще более сложный вопрос, связанный с возможностью нарушения интеллектуальных прав автора и правообладателя такой информации. При своей работе искусственный интеллект не указывает, где была найдена информация, кто является ее автором, он лишь выдает ответ. Какие объекты интеллектуальной собственности использовались при обучении искусственного интеллекта, были ли заключены лицензионные договоры, перешло ли произведение в общественное достояние, а также другие не менее важные вопросы должны быть детально рассмотрены в науке, после чего должны быть отражены в нормативных правовых актах.

Ряд договоров при своем заключении требуют обязательного личного исполнения автором обусловленных в договоре обязательств. К таковым, например, относится договор авторского заказа, по которому, в соответствии со ст. 1288 ГК РФ, исполнитель, в данном случае он всегда будет автором, обязуется по заказу другой стороны, т.е. заказчика, создать обусловленное договором произведение науки, литературы или искусства на материальном носителе или в иной форме. Автором на данный момент может быть только человек. Следовательно, участие искусственного интеллекта в качестве исполнителя, т.е. одной из сторон договора, исключено.

Российское законодательство предусматривает наличие произведений, созданных по заказу (ст. 1296 ГК РФ). Договоры, осложненные таким элементом, могут быть заключены с подрядчиком юридическим лицом. Очевидно, что это фикция. Работа будет выполнена сотрудником или сотрудниками данного юридического лица. Из этого следует, что если договор может быть заключен с юридическим лицом, то исполнитель сам определяет, кто будет непосредственно создавать произведение. Таким образом, создают объект сотруд-

ники на условиях договора, который был заключен, исполнителем же является юридическое лицо. Разработками искусственного интеллекта занимаются крупные мировые компании, которые в большинстве своем являются юридическими лицами. Следовательно, при создании искусственным интеллектом произведений происходит непосредственное исполнение положений ст. 1296 ГК РФ.

Договоры на выполнение научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ также могут быть заключены с юридическим лицом, из чего следует, что искусственный интеллект может использоваться при создании объекта интеллектуальной собственности. Объекты, созданные при выполнении работ по государственному или муниципальному контракту, имеют двойное отношение к применению искусственного интеллекта при их исполнении. Так, если исполнителем является автор, то искусственный интеллект, исходя из презумпции автор = человек, не может применяться. Если же исполнителем является иное лицо, то применение искусственного интеллекта возможно.

Объекты интеллектуальной собственности, получаемые в результате заключения договоров на их создание и позволяющие применять искусственный интеллект при их создании, имеют не только правообладателя, но и автора. У автора есть личные неимущественные права. Личные неимущественные права неотчуждаемы и непередаваемы. Искусственный интеллект не может на данном этапе самостоятельно обладать этими правами, но личные неимущественные права автора-человек не должны быть ущемлены при участии искусственного интеллекта в создании объекта интеллектуальной собственности. Например, будет правильным указывать на оригинале, экземпляре объекта авторских прав, что данный объект сгенерирован искусственным интеллектом или создан совместным трудом автора-человека и искусственным интеллектом. Такая формулировка важна не столько искусственному интеллекту, который не будет защищать свои интеллектуальные права, сколько одной стороне договора. Под стороной договора понимаются как заказчики, к которым может перейти исключительное право в результате заключаемых договоров, так и лица, которые приобретают экземпляр произведения. Рассмотрен-

Таблица 1. Возможность участия искусственного интеллекта при заключении договоров на создание объектов интеллектуальной собственности

Виды договоров на создание объектов интеллектуальной собственности	Возможность участия искусственного интеллекта
Договор авторского заказа (ст. 1288 ГК РФ)	Автор обязуется лично создать произведение науки, литературы, искусства. Возможность участия искусственного интеллекта исключена.
Произведения, созданные по заказу (ст. 1296 ГК РФ)	Искусственный интеллект может использоваться при создании объекта интеллектуальной собственности.
Договоры на выполнение научно-исследовательских работ, опытно-конструкторских и технологических работ (гл. 38 ГК РФ)	Искусственный интеллект может использоваться при создании объекта интеллектуальной собственности.
Объекты, созданные при выполнении работ по государственному или муниципальному контракту (ст. 1298, 1373, 1432, 1464 ГК РФ)	В зависимости от того, кто является исполнителем: автор или иное лицо. Если автор, то возможность участия искусственного интеллекта исключена. Если иное лицо, то искусственный интеллект может использоваться при создании объекта интеллектуальной собственности.
Виды договоров на создание объектов интеллектуальной собственности	Возможность участия искусственного интеллекта
Договор авторского заказа (ст. 1288 ГК РФ)	Автор обязуется лично создать произведение науки, литературы, искусства. Возможность участия искусственного интеллекта исключена.
Произведения, созданные по заказу (ст. 1296 ГК РФ)	Искусственный интеллект может использоваться при создании объекта интеллектуальной собственности.
Договоры на выполнение научно-исследовательских работ, опытно-конструкторских и технологических работ (гл. 38 ГК РФ)	Искусственный интеллект может использоваться при создании объекта интеллектуальной собственности.
Объекты, созданные при выполнении работ по государственному или муниципальному контракту (ст. 1298, 1373, 1432, 1464 ГК РФ)	В зависимости от того, кто является исполнителем: автор или иное лицо. Если автор, то возможность участия искусственного интеллекта исключена. Если иное лицо, то искусственный интеллект может использоваться при создании объекта интеллектуальной собственности.

ные формулировки позволят донести до стороны, что результат интеллектуальной деятельности, созданный при участии искусственного интеллекта, может быть повторен. Действительно, если изначально запрограммировать искусственный интеллект на одном и том же материале, одним и тем же лицом, то велика вероятность, что при схожем

запросе будет представлен одинаковый результат. Такой объект интеллектуальной деятельности, в большей степени здесь описывается литературное произведение, будет иметь меньшую материальную ценность, так как риск повторения такой работы не исключается. Можно проследить прямую закономерность: чем больше непосредствен-

но автор-человек вкладывает в работу, тем выше его оригинальность. От оригинальности зависит, будет ли возможно повторить такой же результат.

В отношении объектов патентных прав будет правильным также указывать в договорах на отчуждение исключительного права или лицензионных договорах, что объект создан при участии искусственного интеллекта. В данном случае уместнее будет именно слово «участие», так как искусственный интеллект может и не выполнять роль автора изобретения, полезной модели или промышленного образца, а оказывать консультационное содействие. Как было указано ранее, уже сейчас есть прецеденты, где автором признавался искусственный интеллект. Представляется, что в данном случае такая заявка человеком была подана для акцентирования внимания и представления того, что может быть достигнуто наукой. Искусственный интеллект обработал большое количество информации, проанализировал и выявил пробел, который и было предложено заполнить на основе полученных ранее данных и их комбинирования во что-то неизвестное. Однако информация была представлена ему человеком, оценена также человеком, после чего и была подана заявка. В данном случае человек добровольно решил, что автором следует признать искусственный интеллект. В случае признания автором изобретения искусственного интеллекта, вся последующая реализация как личных неимущественных прав, так и исключительного права возлагается на человека. Буквально, право авторства, право на обнародования и иные права будут защищаться правообладателем, так как искусственный интеллект пока не может самостоятельно принять решение сделать что-либо.

Таким образом, данная классификация основывается на том, кто может выступать стороной договора при оформлении договора на создание объекта интеллектуальной собственности. Если стороной договора выступает не конкретное физическое лицо, а юридическое лицо, то договор может быть заключен и искусственный интеллект может использоваться при создании объекта интеллектуальной собственности. Однако стоит отметить, что в случае применения искусственного интеллекта в процессе создания объекта интеллектуальной собственности, исходя из принципа

добросовестности, следует предусмотреть пункт договора, который указывал бы на применение данной технологии несмотря на то, что стороной договора является юридическое лицо. Принцип добросовестности предполагает, что не допускается также обман контрагента в пассивной форме, т.е. путем сокрытия необходимых сведений [4, с. 47–48]. Представляется, что сведения об использовании искусственного интеллекта являются необходимыми, так как компании могут в борьбе за клиентов прибегать к применению искусственного интеллекта, не уведомляя об этом вторую сторону договора. Что в свою очередь вводит в заблуждение данную сторону по поводу способа создания объекта интеллектуальной собственности. Добросовестность же исключает введение в заблуждение [11].

Искусственный интеллект стал неотъемлемой частью жизни общества. Он используется в творчестве, науке, медицине, экономике и других сферах. Законодатель не может оставить данный вопрос без внимания, ведь формальное закрепление понятия, цели и задач применения искусственного интеллекта не дает возможности правового регулирования тех сложных вопросов, которые ставит техническая наука. Сейчас становятся все более актуальными вопросы правоспособности, дееспособности, деликтоспособности искусственного интеллекта. Никто не мог предсказать, что искусственный интеллект так быстро и эффективно поддается обучению. Возможно, объекты интеллектуальной собственности, которые создаются искусственным интеллектом, вообще не стоит охранять никакими правами так же, как переводы, сформированные программами. Наделение искусственного интеллекта какими-либо правами необходимо только человеку, конкретнее компании-разработчику, а не самой машине, которая не будет получать материальной выгоды. Правоприменительная практика следует пока этой же тенденции. Примером этого может служить недавнее решение суда, вынесенное в округе Колумбия, США. Суд решил, что работы, созданные искусственным интеллектом, не нуждаются в правовой охране, так как искусственный интеллект не обладает творческим потенциалом, который присущ только деятельности человека. Также было отмечено, что самому искусственному интеллекту ка-

11. *Одегнал Е.А.* Содержание принципа добросовестности в современном гражданском праве. // Вестник Алтайской академии экономики и права. – 2018. – № 6. – С. 234–238. URL: <https://vaael.ru/ru/article/view?id=155>
12. *Редников С.Н.* Защита интеллектуальной собственности: конспект лекций / С.Н. Редников. – Челябинск: Издательский центр ЮУрГУ, 2010. – 44 с. URL: https://lib.susu.ru/ftd?base=SUSU_METHOD&key=000432570&dtype=F&etype=.pdf
13. *Титов С.Н.* Классификация объектов интеллектуальной собственности. // Тамбов: Грамота, 2014. № 11 (9): в 2-х ч. Ч. 1. С. 153–166. ISSN 1997-292X. URL: https://www.gramota.net/articles/issn_1997-292X_2014_11-1_41.pdf
14. *Carey H.C.* International copyright. // Philadelphia: A. Hart, late Carey and Hart. 1853. // books.google.com. URL: https://books.google.de/books/about/Letters_on_International_Copyright.html?id=uGUAAAAAYAAJ&redir_esc=y

Научная статья
УДК 347.233.5

Для цитирования:

Рожкова М.А. Правовые аспекты введения в гражданский оборот и коммерциализации интеллектуальной собственности // Журнал Суда по интеллектуальным правам. Декабрь 2023. № 4 (42). С. 11–17.

DOI: 10.58741/23134852_2023_4_3

Rozhkova M.A. Legal aspects of introduction into civil-law transactions and commercialization of intellectual property//Zhurnal Suda po intellektual'nyh pravam. December 2023. N 4 (42). Pp. 11–17. (In Russ.).

DOI: 10.58741/23134852_2023_4_3

DOI: 10.58741/23134852_2023_4_3

Правовые аспекты введения в гражданский оборот и коммерциализации интеллектуальной собственности¹



М.А. Рожкова,

доктор юридических наук, главный научный сотрудник Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ, советник по науке декана юридического факультета Государственного академического университета гуманитарных наук, профессор Российской государственной академии интеллектуальной собственности, президент IP CLUB

Настоящая статья подготовлена в целях содействия формированию верного и единообразного понимания обозначенных в наименовании работы категорий – гражданского оборота и коммерциализации интеллектуальной собственности. Эти понятия активно употребляются в публикациях и нормативных правовых актах, однако их содержание крайне неопределенно. Автор предлагает собственное видение того, что следует понимать под указанными терминами, опираясь при этом на доктринальные источники и правовые нормы.

Ключевые слова:

интеллектуальная собственность, гражданский оборот, коммерциализация.

¹ Исследование выполнено в рамках научно-исследовательской работы по теме «Рынок нематериальных объектов гражданского права в цифровой среде: выработка научно обоснованной концепции правовой регламентации отношений провайдеров и потребителей в контексте развития технологий искусственного интеллекта» (5-ГЗ-2022).

1. О введении в гражданский оборот интеллектуальной собственности

Понятие «гражданский оборот» вошло в российский юридический обиход достаточно давно и изначально применялось скорее для обозначения вообще сферы действия гражданского права. В советский период развития отечественной цивилистики эта сфера несколько сузилась, ибо оборот существенно ограничивался различного рода циркулярами и запретами, проистекающими из принципа «мы ничего «частного» не признаем»², тогда как само понятие сохраняло свое широкое значение.

При этом, как подчеркивает А.В. Захаркина, российской доктриной дореволюционного и советского периодов было выработано два основных концептуальных подхода к пониманию гражданского оборота – как совокупности юридических фактов и как совокупности отношений, тогда как современные правовые исследования содержат авторские концепции, уже не слишком укладывающиеся в рамки указанной дихотомии³.

Ю.В. Виниченко, систематизируя в своей книге взгляды ученых-правоведов на гражданский оборот, подразделяет их на две большие группы с выделением ряда подгрупп.

К первой группе она относит понимание гражданского оборота как **совокупности**: (1) сделок; либо (2) актов распоряжения; либо (3) всех юридических фактов; либо (4) общественных (фактических) отношений; либо (5) гражданских правоотношений; либо (6) только обязательственных отношений; либо (7) всех имущественных отношений; либо (8) юридических фактов и правоот-

ношений; либо (9) норм и учреждений; либо (10) случаев смены правообладателя.

Ко второй – трактовку гражданского оборота как **перехода от одного лица к другому**: (1) субъективных прав (и обязанностей); либо (2) объектов гражданских прав; либо (3) и субъективных прав, и объектов гражданских прав⁴.

Возражая против толкования гражданского оборота как **совокупности**, прежде всего надо отметить следующее. Исходя из семантического значения слова «оборот», понимаемого прежде всего как «движение» / «динамика» / «процесс», неверно раскрывать понятие гражданского оборота через слово «совокупность», поскольку с позиций семантики основной смысл совокупности – это статика, а не движение: «общая сумма» / «соединение». В этих условиях не вызывает удивления, что Ю.В. Виниченко, анализируя гражданский оборот в контексте онтологического порядка, характеризует его не как совокупность различных элементов, а как «иерархически организованное множество – целостность, т. е. как систему»⁵, а А.В. Захаркина предлагает определять гражданский оборот как *динамическую систему* результатов совершения действий⁶.

Но еще более важным представляется другое. Все обозначенные выше идеи понимания гражданского оборота как совокупности неких явлений переносят нас в область правовых институтов, которые так или иначе уже разработаны в гражданском праве. Например, определение гражданского оборота как совокупности *юридических фактов* перенаправляет к теории юридических фактов, за-

² В.И. Ленин в письме Д.И. Курскому «О задачах Наркомюста в условиях новой экономической политики» указывал: «Мы ничего «частного» не признаем, для нас все в области хозяйства есть публично-правовое, а не частное. Мы допускаем капитализм только государственный, а государство, это – мы, как сказано выше. Отсюда – расширить применение государственного вмешательства в «частноправовые» отношения; расширить право государства отменять «частные» договоры; применять не *corpus juris homani* к «гражданским правоотношениям», а наше революционное правосознание...» (Ленин В.И. Полное собрание сочинений. Т. 44 (произведения, написанные в июне 1921 – марте 1922 г.). М.: Изд-во политической литературы, 1970. С. 398). Примечательно, что в письме содержалась просьба его «не размножать, только показывать под расписку, не дать разболтать, не проболтать перед врагами».

³ Захаркина А.В. «Гражданский оборот» как фундаментальная цивилистическая категория // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2017. Вып. 37. С. 325.

⁴ Виниченко Ю.В. Гражданский оборот: опыт системного исследования. М., 2019. С. 33–35.

⁵ Виниченко Ю.В. О соотношении гражданского и экономического оборота // Известия Иркутской государственной экономической академии. 2015. Т. 25, № 5. С. 880.

⁶ Так, А.В. Захаркина определяет гражданский оборот как «динамическую систему результатов совершения действий, в том числе сделок, являющихся основанием возникновения, изменения и прекращения гражданских прав, опосредующих переход объектов гражданских прав от одних лиц к другим» (Захаркина А.В. «Гражданский оборот» как фундаментальная цивилистическая категория. С. 326).

ставляя задуматься, может ли здесь идти речь о каком-то новом, отличающемся явлении либо слово «совокупность» тут имеет лишь вспомогательное значение, позволяя обозначить некую общность юридических фактов – значительную по объему, но толком не увязанную. Аналогичного заключения заслуживает и толкование гражданского оборота как совокупности *правоотношений*: вряд ли есть основания говорить здесь о новой разновидности правоотношений – это явно «старые» правоотношения, объединяемые между собой по не слишком определенному критерию. Сказанное обосновывает серьезные сомнения в самой возможности рассматривать гражданский оборот в качестве *самостоятельной правовой категории*.

Далее надо признать, что и понимание гражданского оборота как **перехода** (объектов / прав) тоже представляется неверным. Это обусловлено тем, что, как уже указывалось выше, суть гражданского оборота состоит в движении: например, В.А. Белов отмечает, что «понятие гражданского оборота должно обнимать собою совокупность процессов и явлений, приводящих к динамике гражданских отношений»⁷. В то же время собственно переход (объектов или прав) от одного лица к другому представляет собой *результат* упомянутых процессов и явлений, что не позволяет уравнивать его с самим оборотом-движением (вследствие чего надо признать, что указанное выше определение гражданского оборота как динамической системы результатов совершения действий содержит внутреннее противоречие).

Изложенное, на мой взгляд, дает все основания возражать против трактовки гражданского оборота как совокупности каких бы то ни было правовых явлений, равно как и против приравнивания его к переходу (прав или объектов) от одного лица к другому.

Для целей определения существа гражданского оборота мной было решено проанализировать его в контексте сопряжения с экономическим оборотом, опираясь при этом на упрощенное пред-

ставление экономики – *экономическую модель кругооборота доходов* (англ. Circular Flow Model).

Кругооборот доходов представляет собой такую экономическую модель, в рамках которой основные виды обмена представлены в виде потоков денег, товаров, услуг и т.д. между разными экономическими агентами. В рамках современной пятисекторной модели кругооборота доходов⁸ принято выделять следующих агентов:

(1) *лица или домохозяйства*, которые тратят получаемый доход на товары и услуги (потребление);

(2) *производственный сектор*, который получает доходы от расходов домохозяйств и тратит получаемые доходы на производство;

(3) *государственный сектор*, собирающий доход в виде налогов и расходующий доходы на государственные нужды;

(4) *иностраный (внешний) сектор*, получающий доход за счет экспорта национальных товаров / услуг и расходующий его на приобретение импорта;

(5) *финансовый сектор*, включающий банки и небанковские организации, которые получают доходы от кредитования и расходуют их на выдачу займов.

Вследствие этого можно утверждать, что понятием «**экономический оборот**» охватывается:

(1) *имущественный оборот*, осуществляемый гражданами посредством сделок и иных действий, влекущих изменения в их имущественной сфере;

(2) *коммерческий оборот*, подразумевающий обращение денег, товаров и услуг, участниками которого становятся лица, нацеленные на получение прибыли;

(3) *бюджетно-налоговая и таможенно-тарифная экономическая деятельность государства*;

(4) *экспортно-импортный оборот*;

(5) *финансовый оборот*.

Более того, наряду с легальным экономическим оборотом признается существование и оборота нелегального – незаконный оборот наркотических средств или психотропных веществ; нелегальный финансовый оборот (с использованием

⁷ Белов В.А. Объект субъективного гражданского права, объект гражданского правоотношения и объект гражданского оборота: содержание и соотношение понятий // Объекты гражданского оборота: Сборник статей (3) / Отв. ред. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2007. (URL: https://rozhkova.com/books_text/OBEKTI.pdf)

⁸ Buultjens, Jeremy. Excel Preliminary Economics. Pascal Press. 2000. P. 9–10.

финансовых пирамид, нелегального кредитования, нелегального оказания брокерских, дилерских и других финансовых услуг и т.д.) и проч.

В этих условиях можно заключить, что понятие «**гражданский оборот**» нет оснований рассматривать в качестве основополагающей правовой категории – его введение объясняется прагматической целью обозначить сферу действия гражданского права применительно к экономическому обороту. Иными словами, данное понятие призвано *обозначить ту часть легального экономического оборота, в рамках которой сфера общественных отношений подпадает под регулирование норм гражданского права* (имущественный и коммерческий оборот).

Сформулированное в настоящей работе понимание не противоречит положению п. 1 ст. 129 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ), по смыслу которого гражданский оборот подразумевает правовую возможность отчуждения объектов гражданских прав и их переход от одного лица к другому иным образом, если эти объекты не ограничены в обороте. Однако само это положение нуждается в дополнительных комментариях с учетом в том числе бурных дискуссий, ведущихся в отношении объектов гражданских прав и объектов гражданского оборота⁹, а также серьезнейшей проблемы неразграничения объекта с правом на него.

Ученые-правоведы неоднократно писали о чрезвычайно распространенной ошибке *отождествления права собственности с его объектом – материальной вещью*¹⁰. При этом, в частности, Д.Д. Гримм подчеркивал, что смешение, произошедшее из обыденного понимания права собственности (в быту «никто не говорит: на эту книгу я имею право собственности, а все говорят: это моя книга»¹¹), изначально не было замечено римскими юристами и впоследствии глубоко укорени-

лось несмотря на его логическую несообразность и научную несостоятельность. А Ю.С. Гамбаров признавал: «Собственность до такой степени отождествляется и сливается с вещью, которая служит ее предметом, что подмена одного понятия происходит сама собой, и мы говорим о вещи, когда следовало бы говорить о правах на нее»¹².

Итогом подобного недопонимания, проникшего из бытовой сферы в сферу юридическую, стало то, что отчуждение собственником права собственности на конкретную вещь и переход этого права от одного лица к другому с передачей самой этой вещи именуется обычно «распоряжением собственностью». То есть, как признает Е.А. Суханов, в бытовом понимании право собственности в соединении с вещью рассматривается как самостоятельная, особая ценность¹³. Причем эта особая ценность, в обиходе именуемая «собственностью», упоминается не только в юридических публикациях и выступлениях, но, увы, и в самом ГК РФ (см., например, гл. 16 «Понятие и основания возникновения общей собственности» и др.).

Можно констатировать также, что результатом смешения собственности с вещью, происходящего из обыденного понимания права собственности, стало неразличение понятий «отчуждение», «переход», «передача». В результате, как свидетельствует современная периодика, а также, в частности, упоминавшийся п. 1 ст. 129 ГК РФ, допускается и отчуждение вещи, и переход объектов от одного лица к другому, и передача прав.

Между тем, как мной обосновывалось ранее¹⁴, под «**отчуждением**» следует подразумевать *распоряжение правами* (а не «предметами»), а под «**переходом**» – *прекращение прав у лица, их отчуждающего, и возникновение – у приобретателя*. В свою очередь термин «**передача**» применим именно и только к *материальным предметам*, которые можно передать фактически. Иными слова-

⁹ См. об этом, например: Объекты гражданского оборота: Сборник статей (3) / Отв. ред. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2007. URL: https://rozhkova.com/books_text/ОБЕКТИ.pdf

¹⁰ См. об этом подробнее: *Рожкова М.А.* Нематериальные объекты гражданских прав: некоторые общие вопросы [Электронный ресурс] // Журнал Суда по интеллектуальным правам. 2022. № 3 (37) (сентябрь). С. 78–90 (URL: <http://ipcmagazine.ru/legal-issues/intangible-objects-of-civil-rights-some-general-issues>)

¹¹ *Гримм Д.Д.* Лекции по догме римского права / Под ред. и с предисловием В.А. Томсинова. М.: Зерцало. 2002. С. 102.

¹² *Гамбаров Ю.С.* Курс гражданского права: Часть общая. Т. 1. СПб.: тип. М.М. Стасюлевича, 1911. С. 577.

¹³ *Суханов Е.А.* Вещное право: Научно-познавательный очерк. М.: Статут, 2017. С. 73.

¹⁴ *Рожкова М.А.* Нематериальные объекты гражданских прав: некоторые общие вопросы.

ми, упоминание «отчуждения» и «перехода» предполагается по отношению к правам, «передачи» – по отношению к вещам.

Здесь же, наверное, надо предостеречь юристов от использования выражения «участвует в обороте» в отношении объектов. Дело в том, что *участвовать* в обороте могут только *субъекты права* (физические и юридические лица), что прямо вытекает из п. 1 ст. 2 ГК РФ. Материальные объекты и имущественные права на них могут быть введены в оборот, находиться в обороте и изыматься из оборота.

Переходя к проблематике интеллектуальной собственности, надо констатировать, что вслед за «собственностью» в обыденном понимании происходит *отождествление интеллектуальных прав с самими объектами этих прав*. То есть обозначенное бытовое понимание права собственности, к сожалению, и здесь дало свои плоды, что нашло прямое отражение в ГК РФ, в ст. 1225 которого под «интеллектуальной собственностью» понимаются нематериальные **объекты** интеллектуальных прав, в то время как во всех развитых юрисдикциях этим термином обозначаются именно **права**¹⁵.

Вследствие сказанного юристам не всегда удастся провести разграничение между интеллектуальным правом и его объектом, поэтому объектами договоров становятся, в частности, литературные или художественные произведения, базы данных и компьютерные программы, тогда как, бесспорно, следует говорить о *правах на такие объекты*.

Ситуация осложняется тем, что в силу прямого указания п. 4 ст. 129 ГК РФ сами **объекты интеллектуальных прав** (результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации) не могут отчуждаться или иными способами переходить от одного лица к другому – закон прямо устанавливает такую возможность только для **прав**:

(1) исключительных или прав использования – на объекты интеллектуальных прав;

(2) права собственности либо обязательственных прав – на материальные носители интеллектуальной собственности.

С учетом этого неверно довольно часто встречающиеся и в литературе, и в выступлениях утверждения о допустимости введения в гражданский оборот *самых объектов интеллектуальной собственности*.

В развитие сказанного с учетом положений п. 4 ст. 129, ст. 1233 ГК РФ можно заметить, что понятием «**распоряжение исключительными правами**» охватывается, во-первых, *отчуждение этих прав*, влекущее переход этих прав от одного лица к другому (ст. 1234 ГК РФ), и, во-вторых, носящее срочный характер *предоставление права использования* объекта интеллектуальной собственности (ст. 1235 ГК РФ). И снова не идет и речи про передачу объектов интеллектуальной собственности: их нематериальность (неовещественность) является свойством, которое выступает безусловным препятствием для их фактической передачи – *сам объект интеллектуальных прав попросту невозможно передать физически*. Вместе с тем видится вполне допустимой **передача** материального носителя, содержащего объект интеллектуальных прав: в условиях современных реалий это может быть, например, жесткий диск или флеш-накопитель, на котором в электронной форме воспроизведен объект интеллектуальных прав.

Изложенное позволяет констатировать, что **введение в гражданский оборот различается для прав, вещей и нематериальных объектов**:

(1) совершение сделки или иного действия может повлечь отчуждение и переход прав;

(2) если объектом прав выступает материальная вещь, потребуется передача этой вещи;

(3) если объектом прав выступает объект интеллектуальной собственности, то допустима передача опять-таки материального предмета – вещи, в которой воплощен этот объект (материального носителя).

Тезис о недопустимости введения в гражданский оборот объектов интеллектуальных прав может встретить возражения, которые будут обосновываться положениями ГК РФ, решающими вопросы исчерпания права. Например, ст. 1272 ГК РФ устанавливает правило, согласно которому в си-

¹⁵ См. об этом подробнее: Цивилистическая концепция интеллектуальной собственности в системе российского права: Монография / Под общ. ред. М.А. Рожковой. М.: Статут, 2018. (URL: https://rozhkova.com/books_text/CIVILconcept.pdf)

туации, когда *оригинал или экземпляры произведения правомерно введены в гражданский оборот на территории Российской Федерации путем их продажи или иного отчуждения*, дальнейшее распространение оригинала или экземпляров произведения допускается без согласия правообладателя и без выплаты ему вознаграждения, за исключением случая, предусмотренного ст. 1293 ГК РФ.

Между тем законодателя здесь можно обвинить в недостаточной тщательности (точности) при изложении правовой нормы, но ее содержание ничуть не вступает в противоречие со сказанным ранее.

Проблема в том, что даже юристы довольно часто затрудняются в отграничении *неовещественных объектов* интеллектуальных прав от их *материальных носителей*. В большей степени проблема отождествления нематериального объекта и его материального носителя характерна для сферы объектов авторских прав, ярким примером которых является путаница произведений и предметов искусства¹⁶.

Даже разграничение «обычных» объектов нередко вызывают затруднения, примером чему служат книга и картина, наиболее часто упоминаемые в качестве объектов интеллектуальных прав. Между тем, если мы говорим о книге, то объектом интеллектуальных прав здесь является *литературное произведение* – выражение идей, эмоций, образов автора этого произведения (в виде романа, поэмы, сказки и проч.), а материальным носителем этого произведения выступает как раз-таки бумажный томик, являющийся вещью. Сложнее провести четкое разграничение применительно к картине: собственно, сама картина в раме – это материальный носитель (вещь), тогда как объектом интеллектуальных прав является (нематериальное) художественное произведение, отражающее настроение, идеи, образы художника и «закрепленное» на этой картине для целей его восприятия другими людьми.

Материальное воплощение авторского произведения необходимо прежде всего для установления его правовой охраны в качестве объекта интеллектуальной собственности: как известно, для получения авторско-правовой охраны произведение должно быть выражено в объективной форме, которая предполагает возможность его восприятия другим человеком (объективировано)¹⁷. И, разумеется, в качестве устойчивой формы авторских произведений будет рассматриваться именно материальный носитель¹⁸ (а не устное воспроизведение произведения, при котором факт объективизации есть, а материальный носитель отсутствует).

В этих условиях значимым является то, что законодатель различает два варианта материального воплощения объектов интеллектуальных прав: материальные носители делятся, во-первых, на *оригиналы* (подлинники), как правило представляющие собой индивидуально-определенные вещи, и, во-вторых, на *экземпляры* (копии), которые могут быть как индивидуально-определенными, так и родовыми вещами. Причем общеизвестны различные подходы к оценке этих видов материальных носителей: оригинал картины (произведения изобразительного искусства), как правило, обладает большей ценностью, нежели копия с него, однако как оригинал, так и копия картины представляют собой материальные носители – индивидуально-определенные вещи. И например, автограф известного писателя (то есть собственно-ручной авторский рукописный текст), являясь индивидуально-определенной вещью, несомненно, более ценен, нежели распечатанные на принтере копии того же литературного произведения, которые можно отнести к родовым вещам.

Изложенное позволяет заключить: в ст. 1272 ГК РФ упоминается введение в гражданский оборот материальных носителей, но не самих объектов интеллектуальной собственности.

¹⁶ См. подробнее: Рожкова М.А. Произведения искусства и предметы искусства – об их разграничении // Works of art and objects of art – about their distinction [Электронный ресурс] // Закон.ру. 2022. 21 июня. URL: https://zakon.ru/blog/2022/06/21/proizvedeniya_iskusstva_i_predmety_iskusstva_ob_ih_razgranichenii_works_of_art_and_objects_of_art

¹⁷ См. об этом подробнее: Рожкова М.А. О некоторых вопросах оборота исключительных прав и материальных носителей объектов интеллектуальной собственности // Журнал российского права. 2014. № 9. С. 5-11 URL: <https://rozhkova.com/pdf/Oborotmatenositeley-2014.pdf>

¹⁸ В отличие от объектов неустойчивой формы, к которым относят, например, макияж, прически, песчаные и ледяные скульптуры, street art и проч.

2. О коммерциализации интеллектуальной собственности

Термин «коммерциализация» прочно вошел в юридический обиход, используется в законодательных и иных нормативно-правовых актах, а в некоторых из них получает легальные дефиниции.

В частности, в ст. 2 Федерального закона от 23 августа 1996 г. № 127-ФЗ «О науке и государственной научно-технической политике» (далее – Закон о науке), содержащей основные понятия, применяемые в этом законе, дана дефиниция понятия «*коммерциализация научных и (или) научно-технических результатов*» – она определена как «деятельность по вовлечению в экономический оборот научных и (или) научно-технических результатов». В статье 2 Федерального закона от 28 сентября 2010 г. № 244-ФЗ «Об инновационном центре «Сколково»», собирающей основные понятия, употребляемые в этом законе, понятие «*коммерциализация результатов исследовательской деятельности*» раскрывается как «деятельность, направленная на вовлечение в экономический оборот результатов, полученных при осуществлении исследовательской деятельности, а также результатов интеллектуальной деятельности, права на которые получены от иных лиц, если получение указанных прав необходимо для осуществления исследовательской деятельности и вовлечения в экономический оборот результатов, полученных при осуществлении исследовательской деятельности».

Очевидно, что в процитированных нормах акцентируется внимание **на процессе** – *деятельности по введению в экономический оборот результатов интеллектуального (творческого, научного, исследовательского и тому подобного) труда*. Подобное понимание представляется неверным, даже

если оставить без внимания допускаемую в этих дефинициях возможность введения в оборот самих объектов интеллектуальной собственности – результатов интеллектуальной деятельности, о недопустимости чего говорилось выше.

Поясняя сделанное заключение, прежде всего хотелось бы заметить, что дефиниции коммерциализации, встречающиеся в отечественной юридической литературе, вовсе не столь просты и однолинейны. Например, в книге О.А. Рузаковой и А.В. Демкиной упоминаются авторские определения, в которых коммерциализацию интеллектуальной собственности предлагается понимать как «деятельность по введению в оборот с целью получения прибыли», как «продажу исключительно права интеллектуальной собственности на договорной основе», как «любой деятельности, которая направлена на получение дохода от использования результатов научно-исследовательских и опытно-конструкторских работ», как «процесса вовлечения объектов интеллектуальной собственности в экономический оборот, использование интеллектуальной собственности в хозяйственной деятельности предприятий»¹⁹. И этому многообразию тоже должно быть дано объяснение.

Как известно, слово «коммерциализация» этимологически восходит к латинскому слову *commercium*²⁰, которое традиционно переводится как «торговля», «торговый промысел». Но сегодня коммерцию явно нельзя уравнивать с торговлей.

Как обоснованно указывает С.Г. Воронцов, широкое понимание сферы коммерции сложилось еще в отечественном дореволюционном праве, и, в частности, этой позиции придерживался отец российского торгового права П.П. Цитович²¹: «Прекрасно представляя себе сам процесс осуществления этого вида экономической деятельности, он относил к особому роду торговли еще и все то, что

¹⁹ Вопросы коммерциализации в сфере интеллектуальной собственности в Российской Федерации. М.: Издание Государственной Думы, 2022. С. 7.

²⁰ С.Г. Воронцов пишет о том, что слово «commercium» можно разложить на две составляющие: *com* (перев. как «с участием» или «при посредстве») и *merx* (перев. как «товар»). Причем применительно к *merx* автор вспоминает массу однокоренных слов: меркантильный, меркатор, и даже... Меркурий – бог торговли в Древнем Риме (Воронцов С.Г. Содержание понятий «коммерческий», «коммерция», «коммерсант» и их соотношение со смежными юридическими конструкциями в отечественной цивилистической доктрине и нормативных правовых источниках // *Ex jure*. 2022. № 2. С. 81. DOI: 10.17072/2619-0648-2022-2-76-92).

²¹ Цитович П.П. Труды по торговому и вексельному праву: в 2 т. Т. 1: Учебник торгового права. К вопросу о слиянии торгового права с гражданским. М.: Статут, 2005.

так ли иначе способствует совершению торговых операций: перевозку (транспорт) и экспедицию; организацию торговых площадок, способствующих осуществлению торговых операций (деятельность рынков, ярмарок и бирж); страхование имущества и лиц»²².

В советский период развития отечественного права слова «коммерция», «коммерческий» были почти исключены из употребления, а если и употреблялись, то скорее в негативном ключе, – как нечто чуждое социалистической экономике, социалистическому строю. Впоследствии исследуемое понятие стало применяться прежде всего в качестве антипода государственного.

К настоящему времени понятие «**коммерция**» не только вернулось в обиход, но и получило легальное закрепление в российском законодательстве: по смыслу ст. 50 ГК РФ коммерция рассматривается в ее широком значении – как *деятельность, в качестве основной цели преследующая извлечение прибыли*. Такое понимание вполне укладывается в актуальную трактовку исследуемого термина – по крайней мере World Trade Organization (WTO) следует подобному (широкому) толкованию коммерции, включая электронную коммерцию (англ. e-commerce), которую предлагается понимать как «производство, распространение, маркетинг, продажу или доставку товара или услуги электронным способом»²³.

Примечательно, что коммерция определена в нашем законе гораздо шире предпринимательства, под которым в ст. 2 ГК РФ понимается «самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг». Это подтверждает тезис, что *коммерция может иметь место и в тех случаях, когда лицо не осуществляет предпринимательскую деятельность*. И самым удачным примером этого становится случай разработки сотрудниками вуза технического решения, которое может быть успешно использовано в производстве: отчуждая исключи-

тельные права на такой (служебный) объект интеллектуальной собственности, вуз не становится на тропу предпринимательства, но выступает в роли коммерсанта. Равным образом автор литературного произведения, заключая долгосрочный лицензионный договор с издательством, не делается предпринимателем, но определяющий признак коммерции – нацеленность на получение дохода – в его поведении явно присутствует. *Создание условий для получения доходов в обоих обозначенных случаях является коммерциализацией интеллектуальной собственности*.

Таким образом, надо сделать важный в рамках настоящей работы вывод: коммерциализацию нельзя понимать как *деятельность по введению* в экономический оборот результатов интеллектуального (творческого, научного, исследовательского и тому подобного) труда, поскольку это – *по сути, результат подобной деятельности*. Иными словами, **коммерциализация** есть **не процесс, а результат** усилий для получения легальных доходов от интеллектуальной собственности: обеспечена доходность – интеллектуальная собственность коммерциализирована; не созданы реальные условия для получения доходов – нет и оснований вести речь о коммерциализации.

В целом не противоречит изложенному и понимание коммерциализации как *разгосударствления* (приватизации) государственных предприятий, которое нашло отражение, в частности, в указах Президента РФ от 25 ноября 1991 г. № 232 «О коммерциализации деятельности предприятий торговли в РСФСР» и от 28 ноября 1991 г. № 240 «О коммерциализации деятельности предприятий бытового обслуживания населения в РСФСР». Комментируя это явление, А.Л. Маковский обозначал его как «децентрализацию собственности»: «Огромный массив имущества, главным образом производственного назначения, сосредоточенный в руках одного собственника – государства, стал переходить к множеству отдельных лиц. Этот переход, начало которому положил “выкуп” арендных предприятий, осуществлялся различными спосо-

²² Воронцов С.Г. Содержание понятий «коммерческий», «коммерция», «коммерсант» и их соотношение со смежными юридическими конструкциями в отечественной цивилистической доктрине и нормативных правовых источниках. С. 83.

²³ Пункт 1.3 Рабочей программы по электронной коммерции (документ WTO WT/L/274 от 30 сентября 1998 г.) <https://tradepol.hse.ru/news/168044506.html>

бами (путем правомерной и незаконной передачи, отчуждения и захвата, дарения и присвоения и т.д.) и первоначально был назван новым словом “разгосударствление”»²⁴. Соглашаясь с этим мнением, отмечу, что в рамках существующего правового поля коммерциализация может становиться результатом только правомерных действий.

Вследствие сказанного важно понимать, каким (легальным) образом можно получать доход от интеллектуальной собственности. И здесь необходимо учесть следующее.

В отличие от права собственности, в рамках которого в отечественной доктрине принято выделять три правомочия – *владение, пользование, распоряжение* – для объектов интеллектуальных прав исключена возможность *владения* («держания») и *распоряжения объектом*. С учетом этого и в развитие выводов В.А. Дозорцева²⁵ мной была выдвинута идея о необходимости выделения в исключительном праве *трех других правомочий*²⁶. К ним следует отнести:

во-первых, *обладание абсолютным правом* на объект интеллектуальных прав, что означает возможность для управомоченного субъекта иметь в распоряжении исключительные права на этот объект и, в частности, осуществлять действия по введению в гражданский оборот этих прав, требовать должного поведения от обязанных лиц;

во-вторых, *использование самого объекта* интеллектуальных прав, которое подразумевает возможность для правообладателя осуществлять самостоятельные действия по практическому применению этого объекта;

в-третьих, *распоряжение абсолютным правом* на объект интеллектуальных прав, что предполагает как возможность отчуждения исключительных прав на этот объект в полном объеме, так и предоставления другому лицу права использования этого объекта на согласованных сторонами условиях.

Сказанное позволяет акцентировать внимание на том, что создание объекта интеллектуальной собственности влечет за собой возникновение правообладания (обладание абсолютными правами на этот объект): так, написание литературного произведения, разработка дизайна, создание компьютерной программы – это первопричина возникновения авторских прав. Для целей коммерциализации появившейся интеллектуальной собственности необходима реализация двух остальных правомочий – распоряжение правами на созданный объект или использование самого этого объекта *с целью получения дохода*.

С учетом изложенного под **коммерциализацией интеллектуальной собственности** следует понимать:

– во-первых, *введение исключительных прав в экономический оборот с целью получения дохода* (распоряжение исключительными правами с целью получения дохода). В сфере гражданского оборота это может быть отчуждение исключительных прав на тот или иной объект интеллектуальной собственности (в том числе созданный при исполнении договоров НИОКТР или по договору авторского заказа); предоставление другому лицу права использования соответствующего объекта интеллектуальной собственности на условиях исключительной или неисключительной лицензии; передача исключительного права в рамках договора коммерческой концессии; залог интеллектуальной собственности; внесение интеллектуальных прав в уставный / складочный капитал юридического лица; договор доверительного управления интеллектуальной собственностью и проч. Кроме того, как обоснованно подчеркивает Н.В. Щербак, нет никаких препятствий для заключения *смешанных договоров*, подразумевающих сочетание, например, возмездного оказания услуг в цифровой среде в сочетании с предоставлением права ис-

²⁴ Маковский А.Л. О кодификации гражданского права (1922–2006). М.: Статут, 2010. С. 43–44.

²⁵ В.А. Дозорцев отмечал: «Исключительное право не включает и не может включать в себя право владения, которое всегда имеет своим объектом материальную вещь, его вовсе нет. Другое содержание по сравнению с использованием по праву собственности имеет право использования интеллектуального продукта, отличается и понятие распоряжения» (Дозорцев В.А. Понятие исключительного права // Проблемы современного гражданского права: сб. статей. М.: Городец, 2000. С. 290.). Исходя из этого ученый предлагал выделять в исключительном праве *два правомочия: правомочие использования интеллектуального продукта и правомочие распоряжения правами на этот продукт*.

²⁶ Рожкова М.А. Интеллектуальная собственность: к вопросу об основных понятиях // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 2013. № 11. С. 46–74.

пользования того или иного объекта интеллектуальных прав²⁷. В развитие сказанного нельзя не упомянуть возможность введения в гражданский оборот и так называемых *иных прав*, например, в силу ст. 772 ГК РФ заказчику может перейти право на получение патента. Здесь же нельзя не коснуться дискуссии о необходимости пересмотра позиции о неотчуждаемости интеллектуальных прав, относящихся к сфере личности автора: сегодня на обсуждение вынесена идея сохранения неотчуждаемости лишь права авторства с допущением введения в гражданский оборот других личных неимущественных прав (права следования, права на обнародование и т.д.), что, в общем-то не вступает в противоречие общим положениям ГК РФ²⁸.

– во-вторых, *использование результатов интеллектуальной деятельности самим правообладателем с целью получения дохода* (использование самого объекта интеллектуальных прав). Например, созданные объекты могут быть использованы правообладателем в собственном производстве (если это, например, изобретение, полезная модель или компьютерная программа). Их внедрение может позволить правообладателю ввести в оборот новый (инновационный) продукт. И таким образом, в экономический оборот поступят не *исключительные права*, но *продукты* (товары, услуги), в которых реализован тот или иной объект интеллектуальной собственности. Причем это могут быть и физические, и цифровые товары или услуги.

Предлагаемое понимание коммерциализации, на мой взгляд, полностью соответствует позиции World Intellectual Property Organization (WIPO), которая подчеркивает, что оценка стоимости интеллектуальной собственности должна строиться на подсчетах будущей экономической выгоды от *использования объектов* интеллектуальной собственности путем их воспроизведения (интеграции)

в выпускаемом продукте; *отчуждения интеллектуальных прав* или *предоставление права* использования (на основании лицензии); а кроме того, *повышения барьеров* для входа на рынок или *снижения угрозы* появления заменителей²⁹.

Вопросы оценки интеллектуальной собственности не являются предметом настоящей работы. Однако нельзя не заметить, что в отечественной юридической литературе эти вопросы сегодня в большинстве случаев рассматриваются только в контексте возможностей залога интеллектуальных прав, тогда как первостепенное значение они имеют для целей коммерциализации в целом: завышенная оценка стоимости интеллектуальной собственности способна отпугнуть потенциальных инвесторов, стать препятствием для получения кредитных средств или барьером – для заключения лицензионного договора, а при самом негативном сценарии – вовсе привести к банкротству коммерсанта. Вследствие этого необходимы актуальные, работающие методики оценки интеллектуальной собственности, включающие в себя оценку не только производственного или маркетингового процесса товаров или услуг, но и логистической цепочки распространения и доставки, расходов на рекламу и продвижение и проч. И при этом необходима оценка всех связанных с этим рисков, к которым принято относить и «недостаточную стабильность» интеллектуальных прав, которые более подвержены оспариванию нежели любые иные субъективные гражданские права (причем речь идет не только о патентных войнах, но и в вопросах плагиата и иного незаконного заимствования и проч.), и сложность выявления фактов правонарушений интеллектуальных прав, и проблему морального устаревания объектов интеллектуальной собственности, что обуславливает проведение ее регулярного аудита и модификации (усовершенствования), и т.д. Только при таком

²⁷ Н.В. Щербак подчеркивает: «Смешанные договоры – это наиболее рациональные варианты для использования исключительных прав в цифровой среде, поскольку лучше отражают правовую природу возникающих отношений» (Интеллектуальные права в цифровой среде: избранные аспекты: коллективная монография. Вып. 19. / рук. и науч. ред. д.ю.н. М.А. Рожкова; вступ. ст.: В.А. Корнеев. – М.: ГАУГН Пресс, 2023. С. 52)

²⁸ Эта идея обсуждалась на круглом столе «Цивилистическая концепция интеллектуальной собственности в современных экономических условиях», состоявшемся 18 октября 2023 г. в рамках XVII научных чтений памяти профессора С.Н. Братуся «Идеи и традиции отечественной цивилистики: рубежи эпох и новые горизонты» (международная научная-практическая конференция).

²⁹ Оценка стоимости интеллектуальной собственности // <https://www.wipo.int/sme/en/ip-valuation.html>

раскладе оценка интеллектуальной собственности может быть адекватной.

Завершая настоящую статью, нельзя оставить без внимания еще один значимый момент.

Как показывает анализ современных публикаций, юристы вместо понятия «коммерциализация интеллектуальной собственности» иногда употребляют выражения «*трансфер технологий*»³⁰ или «*трансфер интеллектуальной собственности*»³¹, на что уже обращалось внимание в литературе³². Подобные выражения видятся вполне допустимыми

в качестве фигуры речи – например, для «высокохудожественного» обозначения перехода прав на объекты интеллектуальных прав от одного лица к другому. Однако нет никаких оснований усматривать за такими словосочетаниями какое-либо *самостоятельное правовое значение*.

Подводя итоги, хотелось бы призвать юристов к более строгому использованию понятийного аппарата гражданского права, не забывая при этом о принципе бритвы Оккамы: «Не следует множить сущности без необходимости».

Список литературы:

1. Виниченко Ю.В. Гражданский оборот: опыт системного исследования. М., 2019. – 374 с.
2. Виниченко Ю.В. О соотношении гражданского и экономического оборота // Известия Иркутской государственной экономической академии. 2015. Т. 25, № 5. С. 879–887. DOI 10.17150/1993-3541.2015.25(5).879-887.
3. Вопросы коммерциализации в сфере интеллектуальной собственности в Российской Федерации. – М.: Издание Государственной Думы, 2022. – 112 с.
4. Воронцов С.Г. Содержание понятий «коммерческий», «коммерция», «коммерсант» и их соотношение со смежными юридическими конструкциями в отечественной цивилистической доктрине и нормативных правовых источниках // *Ex jure*. 2022. № 2. С. 76–92. DOI: 10.17072/2619-0648-2022-2-76-92
5. Гамбаров Ю.С. Курс гражданского права: Часть общая. Т. 1. СПб.: тип. М.М. Стасюлевича, 1911. – 793 с.
6. Гримм Д.Д. Лекции по догме римского права / Под ред. и с предисловием В.А. Томсинова. М.: Зерцало. 2002. – 496 с. (серия «Русское юридическое наследие»).
7. Дозорцев В.А. Понятие исключительного права. // Проблемы современного гражданского права: сб. статей. М.: Городец, 2000.
8. Интеллектуальные права в цифровую эпоху: избранные аспекты: коллективная монография. Вып. 19./ рук. и науч. ред. М.А. Рожкова; вступ. ст.: В.А. Корнеев. – М.: ГАУГН Пресс, 2023. – 438 с. – (серия «Анализ современного права / IP & Digital Law»).
9. Захаркина А.В. «Гражданский оборот» как фундаментальная цивилистическая категория // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2017. Вып. 37. С. 323–333. DOI: 10.17072/1995-4190-2017-37-323-33

³⁰ Необходимо учитывать, что технологии не отнесены законодателем к числу охраняемых объектов интеллектуальных прав – они получают правовую охрану в части тех составляющих их объектов, которые отнесены к категории объектов интеллектуальных прав (подробнее об этом: Рожкова М.А., Исаева О.В. Понятие «технология» в контексте российского права // *Хозяйство и право*. 2021. № 3. С. 21–29 (URL: <https://rozhkova.com/pdf/2021-3.pdf>); LegalTech, FinTech, RegTech etc.: правовые аспекты использования цифровых технологий в коммерческой деятельности: коллективная монография / Рук. авт. кол. и науч. ред. М.А. Рожкова. Москва: Статут, 2021. (URL: https://rozhkova.com/books_text/Tech.pdf)

³¹ В публикациях экономистов встречаются, например, такие определения: «Трансфер интеллектуальной собственности предполагает осуществление обменных операций между изобретателем и потребителем наукоемкой разработки, позволяющих снизить транзакционные издержки и создать добавленную стоимость» (Гаврилюк А.В. Трансфер технологий на основе технологических решений // *Копирайт*. 2021. № 1. С. 58).

³² Например, в книге О.А. Рузаковой и А.В. Демкиной говорится о проблеме отождествления понятий «коммерциализация интеллектуальной собственности» и выражений «трансфер технологий», «трансфер интеллектуальной собственности», «под которым подразумевается широкий спектр разносторонних правоотношений, ключевой составляющей которого является передача комплекса прав на результаты интеллектуальной деятельности другим заинтересованным лицам» (Вопросы коммерциализации в сфере интеллектуальной собственности в Российской Федерации. С. 7–8).

10. *Маковский А.Л.* О кодификации гражданского права (1922–2006). М.: Статут, 2010. – 736 с.
11. Объекты гражданского оборота: Сборник статей (3) / Отв. ред. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2007. – 542 с. (URL: https://rozhkova.com/books_text/ОБЕКТЫ.pdf)
12. *Рожкова М.А.* Интеллектуальная собственность: к вопросу об основных понятиях // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 2013. № 11. С. 46–74.
13. *Рожкова М.А.* Нематериальные объекты гражданских прав: некоторые общие вопросы [Электронный ресурс] // Журнал Суда по интеллектуальным правам. 2022. № 3 (37) (сентябрь). С. 78–90 (URL: <http://iprsmagazine.ru/legal-issues/intangible-objects-of-civil-rights-some-general-issues>)
14. *Рожкова М.А.* О некоторых вопросах оборота исключительных прав и материальных носителей объектов интеллектуальной собственности // Журнал российского права. 2014. № 9. С. 5–11 URL: <https://rozhkova.com/pdf/Oborotmatenositeley-2014.pdf>
15. *Рожкова М.А.* Произведения искусства и предметы искусства – об их разграничении // Works of art and objects of art – about their distinction [Электронный ресурс] // Закон.ру. 2022. 21 июня. URL: https://zakon.ru/blog/2022/06/21/proizvedeniya_iskusstva_i_predmety_iskusstva_ob_ih_razgranichenii_works_of_art_and_objects_of_art
16. *Рожкова М.А., Исаева О.В.* Понятие «технология» в контексте российского права // Хозяйство и право. 2021. № 3. С. 21–29 (URL: <https://rozhkova.com/pdf/2021-3.pdf>).
17. *Суханов Е.А.* Вещное право: Научно-познавательный очерк. М.: Статут, 2017. – 560 с.
18. Цивилистическая концепция интеллектуальной собственности в системе российского права: Монография / Под общ. ред. М.А. Рожковой. М.: Статут, 2018. – 271 с. (URL: https://rozhkova.com/books_text/CIVILconcept.pdf)
19. *Цитович П.П.* Труды по торговому и вексельному праву: в 2 т. Т. 1: Учебник торгового права. К вопросу о слиянии торгового права с гражданским. М.: Статут, 2005.
20. LegalTech, FinTech, RegTech etc.: правовые аспекты использования цифровых технологий в коммерческой деятельности: коллективная монография / Рук. авт. кол. и науч. ред. М.А. Рожкова. – Москва: Статут, 2021. – 310 с. (URL: https://rozhkova.com/books_text/Tech.pdf)

Научная статья
УДК 347.77+004.7
ББК 67.404.3+32.81

Для цитирования:

Серго А.Г. «Антиплагиат» и другие средства снижения качества научных текстов // Журнал Суда по интеллектуальным правам. Декабрь 2023. № 4 (42). С. 11–17.

DOI: 10.58741/23134852_2023_4_4

Sergo A.G. “Anti-plagiarism” and other means of reducing the quality of scientific texts // Zhurnal Suda po intellektual'nyim pravam. December 2023. N 4 (42). Pp. 11–17. (In Russ.).

DOI: 10.58741/23134852_2023_4_4

DOI: 10.58741/23134852_2023_4_4

«Антиплагиат» и другие средства снижения качества научных текстов



А.Г. Серго,

*профессор, доктор юридических наук,
ФГБОУ ВО «Российская государственная академия интеллектуальной собственности»,
г. Москва, Россия*

Один студент-композитор жалуется другому:

*– Уже на следующей неделе необходимо будет фугу написать,
а я даже и не знаю, с какого боку к ней подступиться.*

*– А ты фугу своего профессора возьми да и
задом наперед ее перепиши, – советует ему другой студент.*

Первый студент (чуть ли не плача):

– Да пробовал я! Бах получается!!!

Анекдот

Статья ставит под сомнение такие устоявшиеся критерии ценности научной работы, как высокий уровень оригинальности, установленный программой «Антиплагиат», а также объем научной работы и количество использованных источников.

Ключевые слова:

наука; требования к научной работе; антиплагиат; оригинальность текста; цитирование; самоцитирование; заимствование, плагиат.

На ранних этапах борьбы за повышение оригинальности научных текстов и снижения уровня несанкционированного заимствования фрагментов чужих научных текстов в практику научной работы была введена сначала добровольно, а потом и добровольно-принудительно проверка подготовленных научных работ в системе «Антиплагиат».

Сегодня де-факто невозможно представить научной общественности работу (ни дипломную работу студента ВУЗа, ни статью именитого ученого в журнале) без необходимости проверки ее в системе «Антиплагиат».

Однако, что дает такая проверка? Сведения об оригинальности, самоцитировании, цитировании и совпадениях. Обычно, озабоченность вызывает первый и последний показатели, потому что последний – это признак (а для многих – факт) некорректного заимствования, т.е. плагиат, который не только осуждается научным сообществом (и недопустим), но и может быть преступлением. Первый же показатель в этом списке (оригинальность работы) вызывает у ученых не меньшее беспокойство. Дело в том, что при распространенном формальном подходе от любой научной работы требуется высокий процент оригинальности (обычно, 70–80 %). При этом используемая системой методика определения «оригинальности» работы дефектна априори, но об этом далее.

На этом фоне критерии качества и ценности научной работы вообще уходят на второй план или даже теряются из вида. Все это подменяется «оригинальностью».

Использование системы «Антиплагиат» не является обязательным, но и обойтись ВУЗы не могут: «Тексты выпускных квалификационных работ... проверяются на объем заимствования»¹. Аналогично, «Положение о присуждении ученых степеней»² и «Положение о совете по защите диссертаций на соискание ученой степени кан-

дидата наук, на соискание ученой степени доктора наук»³ предусматривают требования к диссертациям в части самостоятельного характера проведения исследования и недопустимости неправомерных заимствований. В результате сегодня АО «Антиплагиат» реализует пакет «Антиплагиат.ВУЗ», к которому подключены более 250 учебных учреждения нашей страны.

Правообладатель – АО «Антиплагиат» указывает на своем сайте: «Антиплагиат – точный и быстрый инструмент для поиска плагиата в документах. Воспользуйтесь нашим сервисом для обнаружения текстовых заимствований и сохраните свою репутацию для успешной карьеры в науке и образовании». Юрист бы писал более аккуратно...

В процессе накопления «обратной связи» от использования «рекомендованного» коммерческого продукта Минобрнауки России в Информационном сообщении от 10 апреля 2013 г. «По вопросам процедур защиты и проверки текстов диссертаций» указал: «Создание системы проверки использования заимствованного материала без ссылки на автора и (или) источник заимствования относится к полномочиям образовательной (научной) организации, на базе которой действует диссертационный совет, и осуществляется в инициативном порядке.

Система выявления неправомерных заимствований (так называемая программа «Антиплагиат») не имеет никакого отношения ни к Минобрнауки России, ни к Высшей аттестационной комиссии: разработана в инициативном порядке; какой-либо аттестации или аккредитации при Министерстве либо ВАК не проходила. Использование таких программ осуществляется гражданами или организациями самостоятельно, вопрос платности использования устанавливается правообладателями - частными лицами.

Делать выводы о качестве научного исследования только по результатам компьютерной проверки невозможно и неправомерно. Признание

¹ См. пункт 38 Приказа Минобрнауки России от 29 июня 2015 г. № 636 (ред. от 27 марта 2020 г.) «Об утверждении Порядка проведения государственной итоговой аттестации по образовательным программам высшего образования - программам бакалавриата, программам специалитета и программам магистратуры».

² См. пункт 10 и пункт 14 Постановления Правительства РФ от 24 сентября 2013 г. № 842 «О порядке присуждения ученых степеней» (вместе с Положением о присуждении ученых степеней) (с изм.).

³ Приказ Минобрнауки России от 10 ноября 2017 г. № 1093 «Об утверждении Положения о совете по защите диссертаций на соискание ученой степени кандидата наук, на соискание ученой степени доктора наук» (с изм.).

«факта плагиата» может быть сделано только в судебном порядке»⁴.

Казалось бы, это должно было положить конец формальному и ошибочному подходу к определению оригинальности научных текстов.

Более того, авторы пособия «О плагиате в диссертациях на соискание ученой степени», рекомендованного ВАК в целях методического обеспечения контроля оригинальности произведений науки, неоднократно подчеркивают: «Никакие результаты обработки информации, полученные средствами специализированных компьютерных программ (программ для ЭВМ), в том числе программно-аппаратных комплексов для проверки текстовых электронных документов на наличие заимствований из каких либо источников (открытых, либо с ограничениями доступа), а равно любых иных компьютерных систем поиска и обработки информации, не могут самостоятельно выступать обстоятельствами, позволяющими делать обоснованные выводы о наличии или отсутствии в произведении науки плагиата, а равно не могут самостоятельно выступать обстоятельствами, порождающими какие-либо юридически значимые последствия»⁵.

Несмотря на все это, система «Антиплагиат» при всем очевидном ее несовершенстве является де-факто «проходным баллом» для научной работы любого уровня (от ВКР до докторской диссертации при принятии их ВУЗом и научной статьи при принятии ее научным изданием). Причина такого подхода, скорее всего, в исторически излюбленном принципе минимизации личной ответственности субъектов, когда, не вникая в суть научной работы, можно воспользоваться чужой оценкой и переложить ответственность за принятое решение на некую автоматизированную систему, алгоритм работы которой неизвестен.

Интересно, что в пособии «О плагиате в диссертациях на соискание ученой степени», рекомендованном ВАК, содержится категоричный вывод: «Не существует и не может существовать никаких пороговых значений (выраженных в процентном отношении, либо любым иным образом),

в рамках которых наличие или отсутствие непропорциональных заимствований в форме плагиата является (являлось бы) допустимым»⁶.

Вывод представляется совершенно очевидным и верным, но практика идет другим путем, устанавливая требования к научным работам, где указывается процент оригинальности (а остальное по данным ПО «Антиплагиат» приходится на цитирование и заимствования («совпадения»)). Трудно встретить ВУЗ, диссертационный совет или научное издание, которое бы скрупулезно разбирало каждую позицию заимствований, а не ограничивалось бы цифрой в графе «оригинальность». Которая, впрочем, к реальной оригинальности научной работы никакого отношения не имеет.

Да и сами заимствования бывают совершенно разные. В пособии «О плагиате в диссертациях...» выделяют две формы правомерного заимствования: корректное и некорректное. По мнению авторов, корректным является правомерное заимствование, оформленное в соответствии с установленными правилами цитирования, а некорректным – когда в оформлении допущены нарушения правил цитирования⁷.

Сводя правомерное заимствование к разновидностям цитирования, за бортом внимания могут остаться используемые в работах материалы, не являющиеся объектами авторского права (см. п. 6 ст. 1259 ГК РФ) и, соответственно, не требующие оформления в соответствии с правилами цитирования, установленными ГК РФ. К таковым, например, относятся обильно используемые юристами нормативно-правовые акты, судебные решения и пр. Разобраться с неочевидными случаями заимствования «Антиплагиат» не в силах.

По некоторым вопросам нет одинакового мнения даже среди ученых. Также в пособии «О плагиате в диссертациях...» есть дискуссионные и неоднозначные выводы, несмотря на большое уважение к авторам за проделанный труд. В частности, они «обращают внимание, что требование об обязательном указании автора и (или) источника исполь-

⁴ См.: пункт 3 Информационного сообщения Минобрнауки России от 10 апреля 2013 г. «По вопросам процедур защиты и проверки текстов диссертаций».

⁵ Шахрай С.М., Аристер Н.И., Тедеев А.А. О плагиате в диссертациях на соискание ученой степени // М.: МИИ, 2015. С. 30.

⁶ Там же. С. 21.

⁷ Там же. С. 16–17.

зуемого заимствования относится только к диссертации (пункт 14 Положения о присуждении ученых степеней), и на автореферат не распространяется»⁸. Представляется, что эта позиция не имеет подкрепления в действующем законодательстве и даже ему противоречит (ст. 1274 ГК РФ).

Там же «В настоящее время, с юридической точки зрения, авторской охране подлежит только диссертация, а не автореферат по ней. Таким образом, автореферат диссертации не является самостоятельным объектом авторских прав». Этот вывод обосновывается тем, что «в процессе подготовки автореферата осуществляется вспомогательная, техническая деятельность, не подразумевающая творческого создания нового интеллектуального продукта»⁹. С этим затруднительно согласиться, учитывая нормы законодательства об исключениях из числа объектов авторского права (ст. 1259 ГК РФ) и презумпции авторства (ст. 1257 ГК РФ).

Другой бедой состоявшихся ученых является проблема «самоцитирования», при которой «Антиплагиат» арифметически снижает оригинальность (то есть научную ценность) работы, хотя в пособии «О плагиате в диссертациях...» содержится явным образом выделенный вывод: «Докторское исследование не только может, но и, как правило, должно опираться на материалы и результаты, полученные исследователем в течение всей его предыдущей научной карьеры и, в том числе, в процессе проведения кандидатского исследования»¹⁰.

Данный вывод, кажущийся очевидным, вызывает наибольшие трудности при формальном подходе к «оригинальности» докторской диссертации, которая значительно падает из-за необходимого в подобных случаях «самоцитирования».

Впрочем, эта проблема всегда возникает при развитии и/или обобщении автором ранее сделанных научных выводов. Например: «Так, формальный подход к использованию программы «Антиплагиат» порой создает прямо-таки комические

ситуации: автору предлагается переписать свой текст другими словами, чтобы исключить обвинения в «автоплагиате» (совершенно дикий термин!), или пересказать своими словами цитируемые статьи нормативных актов (что может иметь смысл далеко не во всех случаях, а иногда просто невозможно). Это не только отнимает время и силы, подрывает доверие к противодействию плагиату и превращает его в профанацию, но и зачастую влечет ухудшение качества текстов, которые авторам приходится уродовать в угоду соблюдению формальностей»¹¹.

Известный источник, в котором говорится о «нормах самоцитирования», это «Руководство по наукометрии» на сайте НИУ «Высшая школа экономики». Со ссылкой на иностранную литературу в нем выводится мысль, что в естественных науках это величина порядка 10 %, в общественных – около 20% всех ссылок¹². Хотя в первоисточниках этих работ обобщаются показатели статистического исследования, а не выводятся (обосновываются) эти показатели.

Несмотря на то, что сегодня большинство пользователей системы (в ВУЗах и научных изданиях) проповедует формальный подход к системе, как к истине в последней инстанции, в последних редакциях руководства разработчиками сделано отступление: «Результаты работы с системой «Антиплагиат» не являются основанием для заявлений о нарушениях авторского права, сервис направлен на использование исключительно в информационных целях. Другими словами, мы не заявляем о том, что тот или иной текст является плагиатом, а лишь информируем вас о наличии одинакового или похожего фрагмента текста... Помните, что сервис – это лишь инструмент работы, и реальную оценку документу может дать только сам пользователь системы»¹³.

С другой стороны в «Руководстве» описано, как придать результату юридическую силу:

⁸ Там же. С. 27.

⁹ Там же. С. 28.

¹⁰ Там же. С. 39.

¹¹ *Афанасьева Е.Г., Долгих М.Г.* Современные технологии обнаружения плагиата: «вкальвают роботы, счастлив человек»? // *Право и бизнес.* 2021. № 4.

¹² И. Стерлингов. Онлайн-руководство по наукометрии // <https://sciguide.hse.ru/ind/citcount/>

¹³ Пункт 1.2 Руководства студента корпоративной версии системы «Антиплагиат.ВУЗ» от 12 января 2023 г.

«Справка о проверке представляет собой заполненный бланк с результатами проверки. Важно! Данный функционал позволяет выгрузить лишь заполненный бланк, который не является юридически значимым документом. Вы можете заверить его в вашей организации. Только ваша организация может дать ему юридическую силу»¹⁴. Вот как!

Получается «круговая порука»: пользователь перекладывает ответственность за достоверность результатов на разработчика системы, а разработчик на себя ответственность брать не хочет и перекладывает ее на пользователя (его работодателя). Заверенный результат получает «юридическую силу», но в его достоверности никто не уверен и отвечать не хочет.

В одной из немногих работ, где критически оценивается работа навязанной ВУЗам коммерческой системы, проф. И.В. Понкин указывает: «Но самая острая проблема, наносящая непоправимый вред отечественной науке и отечественному образованию, это именно крайне агрессивное (практически безапелляционное для профессорско-преподавательского состава и обучающихся/диссертантов) навязывание некомпетентного и дефектного понимания сути и оценивания оригинальности исследовательского продукта. По сути дела, «законодателем мод» и регулятором должного поведения выступает абсолютно далекая от науки коммерческая контора, просто не желающая довести свою компьютерную модель до надлежащего уровня качества. А это неправильно и неприемлемо»¹⁵. Развивая мысль автора, можно утверждать, что оригинальность научной работы не только не может измеряться в процентах (независимо от методики подсчета на основе других работ), но и вообще никак не связана с этим.

Например, воспользовавшись генератором 1000 случайных слов, автор получил текст, начисто лишенный знаков препинания и смысла, но зато с оригинальностью 100 %. Вряд ли это тот результат, к которому стоило бы стремиться в рамках научной деятельности. Зато данная статья имеет «оригинальность» 56–72 % в зависимости от варианта проверки,

хотя автор стремился соблюдать и требования стандартов и действующего законодательства при цитировании. Попутно оказалось, что работы, полные тексты которых размещены в РИНЦ, не всегда попадают в «источники» для «Антиплагиата».

Сегодня, как средство повышения мнимой «оригинальности» работы, соискатели начинают делать «рерайт» (переписывание) собственного текста и заниматься прочими импровизациями, направленными на достижение заветного уровня оригинальности. В результате общественность получает научную работу с высоким уровнем оригинальности, но порой лишенного всякого (в том числе научного) смысла. В этом ли цель научной работы?..

Вообще, способы повышения «ценности» научной работы давно и широко описаны в Интернете, наивно предполагать, что студенты, соискатели, малоизвестные псевдоученые, из-под пера которых выходят весьма оригинальные работы не знают этот инструментарий.

Еще одним важным элементом работы, выделяемым «Антиплагиатом», является список источников. Действительно, принято считать, что обязательным элементом хорошей научной работы является значительное количество «источников». Никто точно не знает, сколько их должно быть, чтобы было «достаточно», но почему-то многие ВУЗы и научные издания неким мистическим образом устанавливают их необходимый минимум.

Что означают эти цифры и скрупулезно собранный перечень иных трудов по исследуемой теме? Что автор их, вероятно, читал, но не стал указывать в сносках? Если он напрямую использовал результаты чужих трудов без оформления цитирования, то это плагиат, который недопустим независимо от процента такого «заимствования». Зато если автор использовал рерайт для присвоения себе чужих научных выводов, то такая работа, скорее всего, получит более высокую оценку оригинальности. Интересно, что оба случая система «Антиплагиат» скорее всего не признает плагиатом, а во втором даже повысит оценку оригинальности авторского текста.

¹⁴ Пункт 6.6 Руководства студента корпоративной версии системы «Антиплагиат.ВУЗ» от 12 января 2023 г.

¹⁵ Понкин И.В. «Вопрос об оригинальности научного текста и дефектность программных оболочек систем «Антиплагиат» // Право и образование. 2023. № 7. С. 14.

Когда примерно 25 лет назад автор (вероятно, один из первых в стране) занимался проблематикой «Интернет и Право», то в отсутствие более ранних научных публикаций многое приходилось писать с чистого листа, и проблема «солидного списка источников» была уже актуальной. Сейчас она так же остро встает перед исследователями совершенно новых вызовов современности: искусственный интеллект, блокчейн, беспилотники, 3D-печать, big data, смарт-контракты, и др.; им снова придется задумываться о преодолении искусственного «барьера» источников, чтобы показать научную ценность своей работы, порой наполняя ее как искусственными источниками, так и второстепенной информацией для соответствия иным критериям научной работы (например, объем).

Окончив физико-математическую школу, автор привык ценить краткое и четкое изложение мыслей. Напротив, к любой научной работе (от студенческого диплома до докторской диссертации и научной статьи) предъявляются требования необходимого минимального объема.

Зачастую, подготовив научную работу, любой автор сталкивается с необходимостью наполнить ее второстепенной информацией ради соблюдения требования об объеме научной публикации и сомнительного повышения оригинальности. В итоге масса людей делает бесполезную (и никому в отдельности не нужную) работу: сперва автор тратит время и силы на наполнение работы второстепенной информацией, затем на ее чтение тратят время рецензенты, научные редакторы, корректоры и др., затем на это тратят время читатели...

А если этот вопрос перевести в русло природопользования, то сколько лесных массивов удалось бы сохранить, если не печатать то, что никому в науке не нужно...?

Оказывается, нужно...

13 марта 2023 года на сайте РИНЦ был опубликован новый рейтинг российских научных журналов Science Index. Теперь рейтинг российских научных журналов оценивается по совокупности четырех критериев, один из которых – «средняя длина текста статей за 3 года»¹⁶. То есть чем больше «средняя длина текста статей за 3 года», тем выше рейтинг научного журнала! Мы снова встречаемся с дефектным критерием оценки в науке.

Очевидно, что эти системы на сегодняшний день служат целям, обратным тем, ради которых создавалась. Сейчас это – барьер на пути бесхитростного ученого, но инструмент «легализации» весьма посредственных научных трудов.

Так каковы цели развития российской науки в долгосрочной перспективе?...

Р. С. Когда эта статья уже была завершена, выяснилось, что по данным «Антиплагиата» в ней почти 13 % «совпадений» (заимствований), включая материалы со странички из Википедии о Саратовском институте (7 %), сайта о новостях футбола (6 %), конференции по нейрокомпьютерам (4 %), решений нескольких районных судов, пары диссертаций по педагогическим наукам (в России и Беларуси), научно-практического журнала «История медицины» и диссертации из Узбекистана «Электротехнология переработки перца».

Список литературы:

1. Афанасьева Е.Г., Долгих М.Г. Современные технологии обнаружения плагиата: «вкальывают роботы, счастлив человек»? // Право и бизнес. 2021. № 4.
2. Информационное сообщение Минобрнауки России от 10 апреля 2013 г. «По вопросам процедур защиты и проверки текстов диссертаций».
3. Понкин И.В. «Вопрос об оригинальности научного текста и дефектность программных оболочек систем «Антиплагиат»» // Право и образование. 2023. № 7. С. 14.
4. Руководство студента корпоративной версии системы «Антиплагиат.ВУЗ» от 12 января 2023 г.
5. Шахрай С.М., Аристер Н.И., Тедеев А.А. О плагиате в диссертациях на соискание ученой степени // М.: МИИ, 2015.

¹⁶ См.: https://elibrary.ru/projects/science_index/ranking_info.asp

Научная статья
УДК 347

Для цитирования:

Чебодаева В.А. Контент, сгенерированный нейросетью: кто виноват и что делать? // Журнал Суда по интеллектуальным правам. Декабрь 2023. № 4 (42). С. 11–17.

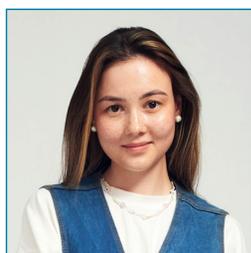
DOI: 10.58741/23134852_2023_4_5

Chebodaeva V.A. AI-generated content: who's to blame and what to do? // Zhurnal Suda po intellektual'nyum pravam. December 2023. N 4 (42). Pp. 11–17. (In Russ.).

DOI: 10.58741/23134852_2023_4_5

DOI: 10.58741/23134852_2023_4_5

Контент, сгенерированный нейросетью: кто виноват и что делать?



В.А. Чебодаева,
магистрант юридического факультета СПбГУ,
лауреат конкурса IP&IT LAW – 2023

Генеративный искусственный интеллект используется повсеместно. Но какие правовые последствия может повлечь за собой использование технологий искусственного интеллекта? Анализ сформулированных в работе проблем показал, что в некоторых вопросах использование нейросетей может нарушать права третьих лиц. С целью обеспечения эффективной правовой защиты прав участников оборота важно учитывать нестандартные способы нарушения их прав и специфику современных технологий и цифровой среды.

Ключевые слова:

искусственный интеллект; контент; авторское право; недобросовестная конкуренция.

Жизнь современного человека сложно представить без использования технологии искусственного интеллекта (далее – ИИ, алгоритм, нейросеть)¹ в повседневных делах. Не секрет, что

каждый раз при переводе пользователем текста посредством онлайн-переводчика, при написании электронных писем искусственный интеллект помогает нам сгенерировать результат или же под-

¹ Принимая во внимание, что сформулировать единое, универсальное понятие «искусственного интеллекта» остается затруднительным по сей день, а также учитывая разнообразие функциональных возможностей технологий искусственного интеллекта, хотелось бы отдельно отметить, что в настоящей работе внимание автора сосредоточено на технологиях искусственного интеллекта, генерирующих контент в формате изображений.

сказывает нам, как лучше закончить электронное письмо. В некоторых СМИ даже встречаются заявления и о том, что ИИ участвует в управлении политической партией².

Несмотря на то, что история технологий искусственного интеллекта и их правовое осмысление [10, 12] уходит корнями еще в XX век [11], а дискуссии, в том числе в юридической среде, о некоторых аспектах его использования ведутся вот уже не первое десятилетие [1], многие из проблемных вопросов только сейчас начинают привлекать внимание экспертов по всему миру. Более того, постоянное совершенствование технологий ИИ влечет за собой формирование новых вызовов, в том числе для законодателя и правоприменителя, включая необходимость разработки этических и правовых принципов функционирования и использования ИИ [3].

Все чаще происходит, что представители тех или иных профессиональных сообществ по всему миру публично заявляют о нарушении их прав в результате использования технологий ИИ и обращаются за судебной защитой нарушенных прав, которая, однако, в силу специфики отношений в цифровой среде не всегда может быть эффективной и адекватной [6].

Так, недавно российские дикторы заявили³ о том, что использование технологий синтеза речи позволяет «украсть» голос того или иного диктора, что, в свою очередь, может негативно сказаться на осуществлении им профессиональной деятельности и уровне дохода. Несмотря на то, что с точки зрения российского права сам по себе голос никак не охраняется (за исключением фонограммы), сложно недооценивать сложившуюся проблему и роль законодателя в ее успешном разрешении.

Другим наглядным примером стремления представителей профессиональных сообществ защитить свои права является недавняя новость о том, что группа американских художников подала в суд коллективный иск против правообладателей ряда популярных нейросетей, генерирующих контент в формате изображений (Stable Diffusion,

MidJourney). Суть спора состоит в том, что для генерирования указанными нейросетями контента в качестве обучающих данных (*training data*) в том числе использовались результаты интеллектуальной деятельности истцов (авторов художественных произведений), для чего их согласие получено не было. Пользователи указанных нейросетей могут, в свою очередь, беспрепятственно генерировать контент в фирменном стиле художников, чьи работы использовались в качестве обучающих данных.

Допустимо предполагать, что по мере разрешения спора внимание многих юристов будет обращено к тому, какую правовую оценку сложившейся ситуации даст суд, а также в чью пользу спор будет разрешен. А пока американский суд не вынес свое решение, интересным представляется разобрать возникший спор с точки зрения российского права, в том числе в контексте порядка и особенностей пресечения нарушений исключительных прав на объекты интеллектуальной собственности в цифровом пространстве.

Принимая во внимание факт устойчивого роста рынков, связанных с дистрибуцией цифрового контента [5], отмеченный А.И. Савельевым еще в 2016 г., рассмотрим следующие вопросы.

Были ли с точки зрения российского права нарушены авторские права художников, чьи произведения использовались в качестве обучающих данных без их согласия?

Можно ли с точки зрения российского права порядок считать нарушением авторских прав генерацию посредством искусственного интеллекта результатов в фирменном стиле художников?

В каком порядке подлежат правовой охране (и подлежат ли вообще) результаты, сгенерированные посредством искусственного интеллекта?

Сформулированные вопросы, а также возможные подходы к их решению и являются предметом настоящей работы. По мнению автора, указанные вопросы помогут проанализировать и оценить правовые особенности нарушения, пресечения нарушений авторских и иных прав в цифровом про-

² Официальный сайт новостного портала «Futurism». URL: <https://futurism.com/political-party-led-by-artificial-intelligence> (дата обращения: 29 января 2023 г.).

³ Официальный сайт сетевого издания «Коммерсантъ». URL: <https://www.kommersant.ru/doc/5785920> (дата обращения: 29 января 2023 г.).

странстве, а также сформулировать предложения для решения некоторых правовых проблем. Для наиболее структурированного и последовательного анализа логичным представляется начать его с более детального описания обстоятельств дела.

1. Обстоятельства дела

Истцами по делу выступают художники (Сара Андерсен, Келли МакКернан и Карла Ортис), чьи работы были использованы в качестве обучающих данных для генерирования контента посредством таких нейросетей, как Stable Diffusion и MidJourney. Ответчиками являются правообладатели указанных нейросетей соответственно.

В своем иске заявители утверждают, что их права были нарушены в результате использования технологий ИИ, генерирующих без их согласия контент в их фирменном стиле. Согласно информации, опубликованной на интернет-сайте⁴, посвященном рассматриваемому спору, иск был подан с целью того, чтобы сделать шаг навстречу этичному и справедливому использованию технологий искусственного интеллекта.

Более развернуто некоторые из подробностей спора будут раскрыты в ходе последующего анализа правовых проблем, вытекающих из него, с точки зрения российского законодательства.

2. Анализ правовых проблем

После того, как содержание и суть спора в общих чертах были определены, перейдем к более детальному рассмотрению сформулированных ранее вопросов.

2.1. Были ли с точки зрения российского права нарушены авторские права художников, чьи произведения использовались в качестве обучающих данных без их согласия?

Согласно обстоятельствам дела, результаты интеллектуальной деятельности художников были использованы правообладателями нейросетей в качестве обучающих данных для последующего генерирования контента. Факт использования произведений авторов (истцов) наглядно про-

демонстрирован представляющими их интересы юристами в тексте самого иска – приведена гиперссылка на сайт, содержащий сведения о том, какие из работ художников были использованы в качестве обучающих данных. Таким образом, нет необходимости доказывать связь авторов с алгоритмами, правообладатели которых выступают ответчиками в рассматриваемом споре.

Как в таком случае генерирование нейросетью контента на основании произведений художников оценивается с точки зрения права интеллектуальной собственности? Оставляя за рамками настоящей работы рассмотрение дискуссионного вопроса о том, кто именно несет ответственность за нарушение прав третьих лиц в результате функционирования технологий ИИ [9], автор сосредотачивает свое внимание на анализе самого факта нарушения прав авторов, презюмируя, что правообладатели нейросетей являются надлежащими ответчиками.

Как известно, в российской доктрине авторские права подразделяются на исключительные, личные неимущественные и иные права [2].

2.1.1. Нарушение исключительных прав

Согласно пункту 1 ст. 1270 ГК РФ, исключительное право использовать произведение принадлежит изначально самому автору, а также может отчуждаться им в пользу иного лица (правообладателя). В рассматриваемом споре авторы не отчуждали своих исключительных прав в пользу правообладателей нейросетей. Стоит отметить, что исключительные права действуют на протяжении всей жизни автора и в течение 70 лет после его смерти (п. 1 ст. 1281 ГК РФ). Таким образом, срок действия исключительных прав авторов, согласно российскому законодательству, еще не истек.

Для того, чтобы определить, были ли в рассматриваемом случае нарушены исключительные права авторов, для начала необходимо установить, было ли непосредственно использование РИД при генерировании контента, т.е. является ли генерирование контента на основании произведений авторов в качестве обучающих данных использо-

⁴ Официальный сайт, посвященный иску против правообладателей нейросетей Stable Diffusion и MidJourney URL: <https://stablediffusionlitigation.com/> (дата обращения: 29 января 2023 г.).

ванием таких произведений в значении ст. 1270 ГК РФ?

Стоит отметить, что в подготовленном против правообладателей нейросетей иске юристы наглядно продемонстрировали механизм работы алгоритмов, генерирующих контент в формате изображений, – для получения сгенерированного результата могут применяться два метода.

1. На исходное изображение накладывается «шум», затем происходит обратный процесс – процесс дешумизации, в результате которого и генерируется новое изображение, или же

2. Посредством комбинирования исходных изображений между собой, их наложения друг на друга.

Иными словами, в случае, когда изображения выступают в качестве обучающих данных, такие изображения воспроизводятся (посредством записи в память ЭВМ) и перерабатываются алгоритмами. Правилами ст. 1270 ГК РФ установлено, что воспроизведение произведения и его переработка (в том числе посредством обработки) относятся к способам использования произведения, исключительным правом на которое обладает автор или иной правообладатель.

Таким образом, генерирование контента на основании произведений в качестве обучающих данных является использованием произведений путем их воспроизведения (запись в память ЭВМ) и переработки (обработки), в результате которой создаются производные произведения в значении подп. 9 п. 2 ст. 1270 ГК РФ.

Данный вывод означает, что произведения авторов (истцов) использовались без их согласия, что, по общему правилу, является нарушением исключительных прав автора (правообладателя). С целью проведения наиболее полного правового анализа ситуации логичным представляется проверить, допустимо ли в рассматриваемом споре применение норм о свободном использовании произведений, для которого согласие автора (правообладателя) не требуется?

Как известно, в отличие от стран англо-американской системы авторского права, в которых го-

сподствуют доктрины *fair use* (США) и *fair dealing* (Великобритания), в российском праве господствует доктрина свободного использования [7].

Российским законодательством (ст. 1273 – 1280 ГК РФ) установлен закрытый перечень конкретных случаев и условий для законного свободного использования произведений. Как правило, определяющими критериями являются цель использования (например, личная, научная и др.), его необходимость, а также ряд других условий, в зависимости от каждого конкретного случая в отдельности.

В установленных законом случаях допустимо использование произведения:

1) без согласия автора и выплаты вознаграждения или

2) без согласия автора, но с выплатой вознаграждения.

Допустимо предположить, что в споре между художниками и правообладателями нейросетей целями использования произведений являются получение прибыли (в случае наличия платной подписки для пользователей) или же, в отсутствие очевидной коммерческой составляющей (платной подписки пользователей), продвижение собственных услуг и привлечение новых клиентов, развитие бизнеса компании. Это, в свою очередь, не соответствует допустимым целям свободного использования произведений без согласия автора (правообладателя), установленными ГК РФ.

Отмечая, что в российской доктрине [6] и судебной практике⁵ сформирован подход, согласно которому размещение произведений в сети интернет не означает, что такие произведения находятся в месте, открытом для свободного посещения, в значении ст. 1276 ГК РФ, можно сделать вывод о том, что использование посредством нейросетей произведений не попадает ни под один из установленных российским законодательством допустимых случаев свободного использования.

Данный вывод, в свою очередь, означает, что исключительные права авторов были нарушены, в результате чего правообладатели нейросе-

⁵ Обзор судебной практики по делам, связанным с разрешением споров о защите интеллектуальных прав (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 23 сентября 2015 г.) // СПС «Гарант».

тей могут быть привлечены к ответственности за такое нарушение в форме возмещения убытков или выплаты компенсации на основании ст. 1301 ГК РФ. В рассматриваемом случае наиболее эффективным и оправданным представляется взыскание с ответчиков компенсации, так как при предъявлении требования о взыскании компенсации у истца отсутствует обязанность по доказыванию размера убытков, что в данном случае было бы затруднительно.

Стоит отметить, что в настоящее время, в связи со спецификой цифровой среды, в результате которой появились новые способы нарушения авторских прав, пресечь совершение подобных нарушений с точки зрения действующего российского законодательства пока что не представляется возможным. Одним из допустимых вариантов способов пресечения нарушения исключительных прав авторов (правообладателей) может выступить **введение запрета на использование в качестве обучающих данных** тех **произведений** авторов, срок действия исключительных прав на которые еще не истек.

2.1.2. Нарушение личных неимущественных прав

К личным неимущественным правам автора относятся: право авторства, право автора на имя, право на неприкосновенность произведения, право на обнародование произведения и право на отзыв [4].

Исходя из обстоятельств дела и произведенного выше анализа тех способов, посредством которых произведения авторов используются при генерировании контента, а также принимая во внимание тот факт, что в процессе переработки произведений на них накладывался шум, они были искажены, можно прийти к выводу о том, что из всех личных неимущественных прав автора в рассматриваемом случае было нарушено право на неприкосновенность произведения в значении ст. 1266 ГК РФ.

Порядок защиты личных неимущественных прав автора установлен ст. 1251 ГК РФ и в качестве одного из способов защиты предусматривает требование о компенсации морального вреда, которое в рассматриваемом случае представляется наиболее целесообразным.

2.1.3. Нарушение иных прав автора

К иным правам автора в доктрине российского авторского права относят право доступа (ст. 1292 ГК РФ), право следования (ст. 1293 ГК РФ) и др. [2]. В рассматриваемом случае можно сделать вывод о том, что с точки зрения иных прав автора какая-либо проблематика отсутствует, отсутствует их нарушение.

Таким образом, в споре между художниками и правообладателями нейросетей с точки зрения российского права были нарушены авторские права художников (исключительные права, право на неприкосновенность произведения), в связи с чем к правообладателям нейросетей могут быть предъявлены требования о выплате компенсации и компенсации морального вреда (как наиболее эффективные и целесообразные в данном случае средства правовой защиты).

2.2. Можно ли с точки зрения российского права по порядку считать нарушением авторских прав генерацию посредством искусственного интеллекта результатов в фирменном стиле художников?

Как было отмечено ранее, рассматриваемый спор представляет собой интерес в связи с тем, что иск художников – это попытка профессионального сообщества привлечь внимание к проблемам, возникающим в результате генерации контента посредством нейросетей. Одной из таких проблем является отсутствие эффективных механизмов защиты прав и законных интересов авторов произведений в ситуации, когда пользователь нейросети может сгенерировать контент, созданный в фирменном, узнаваемом стиле таких авторов.

В общих чертах возникшую на практике проблему можно описать следующим образом. Пользователь, желающий обладать изображением, выполненным в фирменном стиле того или иного художника, но которому, по какой-либо причине, не так важна личность самого художника и его участие в создании такого объекта; вместо того, чтобы обратиться напрямую к художнику и заказать у него работу на возмездной основе, бесплатно (за исключением случаев наличия у пользователя платной подписки) генерирует себе результат в нужном стиле, без согласия и веденя самого художника.

Для большей наглядности можно привести такой пример.

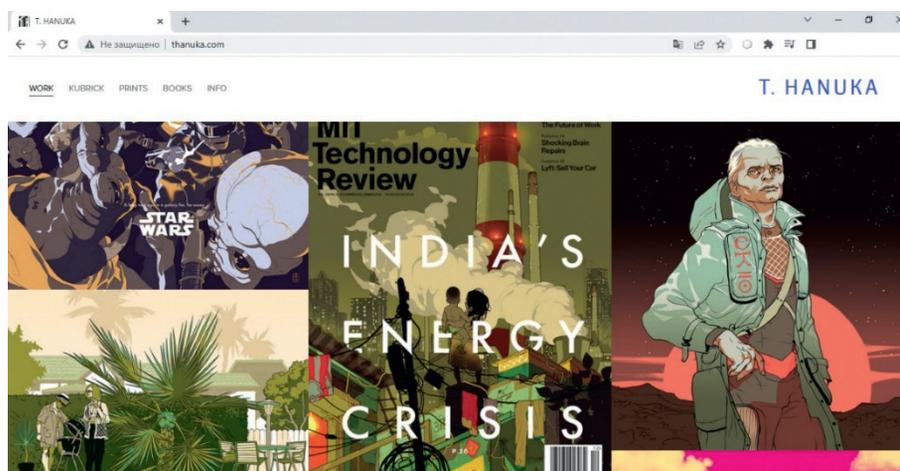


Рис. 1. Примеры некоторых работ иллюстратора Томера Хануки, представленные на его официальном сайте⁶



Рис. 2. Контент, сгенерированный нейросетью MidJourney по запросу «Soncha_crowd_subway_Tomer_Hanuka»

В качестве примера генерации контента в фирменном стиле художника посредством нейросети MidJourney (правообладатели данной нейросети выступают в рассматриваемом деле одним из ответчиков) автором настоящей работы по запросу «*Soncha_crowd_subway_Tomer_Hanuka*» был сгенерирован представленный выше результат (Рисунок 2). Как видно из текстового запроса, использованного для генерации контента, результат

был запрошен в фирменном стиле знаменитого иллюстратора Томера Хануки⁷. Томер Ханука является признанным профессионалом с уникальным, узнаваемым стилем. Его работы в свое время украшали обложки авторитетных и крупных изданий, таких как Time Magazine, The New Yorker и др.

Как известно, одним из факторов, которые влияют на цену того или иного объекта в мире искусства, является его уникальность. Чем уникаль-

⁶ Официальный сайт иллюстратора Томера Хануки. URL: <http://thanuka.com/> (дата обращения: 15 января 2023 г.).

⁷ Изображение было сгенерировано с первого раза, без дополнительных усилий со стороны автора. Тем не менее, при его сравнении с оригинальными работами иллюстратора уже можно проследить сходство и узнать в сгенерированном результате фирменный стиль художника.

нее объект, тем больше он ценится, тем выше на него спрос, в результате чего повышается и его цена. Если представить ситуацию, при которой на самый востребованный заказчиками период творчества Томера Хануки пришелся бы период, когда уже возможно было бы генерировать аналогичный работам художника контент, возникает ряд вопросов. Был бы в таком случае иллюстратор так же успешен, как и в отсутствие подобных технологий? Осталось бы прежним число заказчиков его работ и их стоимость?

Рискнем предположить, что подобные возможности современных технологий все же повлияли бы на указанные показатели. Так, например, на сегодняшний день пользователи по всему миру могут сгенерировать результаты, выполненные в фирменном стиле иллюстратора. Как на его профессиональной деятельности отразится тот допустимый факт, что в каждом доме будут висеть и всеми будут генерироваться работы, схожие с его собственными? Очевидно, что уникальность работ в таком случае будет утрачена.

Обозначенная проблема является одной из тех, что волнуют художников, подавших коллективный иск против правообладателей популярных нейросетей. Как же в таком случае оценить сложившуюся ситуацию с точки зрения права? Какие механизмы защиты можно предложить истцам в контексте российского законодательства?

Стоит отметить, что фирменный стиль художника с точки зрения авторского права не отвечает критериям охраноспособности (а именно, отсутствует как таковая объективная форма выражения) и не может быть признан объектом авторских прав. Не попадает данный вопрос и в сферу иных областей права интеллектуальной собственности (средства индивидуализации, патентное право).

Принимая во внимание тот факт, что посредством генерации контента в фирменном стиле художника создается смешение сгенерированных результатов с деятельностью самого художника, что создает недобросовестную конкуренцию между художником и лицами, использующими сгенерированный контент в коммерческих целях, в рас-

считываемом случае допустимо обратиться к положениям антимонопольного законодательства РФ, а именно к п. 2 ст. 14.6 ФЗ «О защите конкуренции».

При этом к лицам, использующим контент и действующим тем самым в порядке недобросовестной конкуренции, допустимым представляется отнести как самих правообладателей нейросетей, так и непосредственно пользователей⁸ таких нейросетей в рамках солидарной ответственности.

Согласно пункту 3 ст. 37 ФЗ «О недобросовестной конкуренции» к формам ответственности за нарушение антимонопольного законодательства, помимо прочего относится возмещение убытков, включая упущенную выгоду.

С учетом положений ст. 15 ГК РФ, в качестве общей нормы о взыскании убытков, а также с учетом особенностей дел о взыскании убытков, истцам в рассматриваемом споре необходимо доказать следующие факты.

2.2.1. Совершение конкретным лицом (лицами) действий, нарушающих права истцов

Как было отмечено ранее, поведение как правообладателей нейросетей, так и их пользователей (при соблюдении условия об использовании сгенерированного контента в коммерческих целях) может быть признано нарушающим антимонопольное законодательство РФ.

В связи со сложностью вопроса о том, какие именно права и законные интересы субъектов охраняет антимонопольное законодательство, в рассматриваемом нами случае допустимо выдвинуть лишь гипотезу о том, какие конкретно права художников были нарушены в результате генерирования изображений в их фирменном стиле без их согласия. Исходя из того, что антимонопольное законодательство в том числе защищает субъектов экономической деятельности от недобросовестной конкуренции, можно предположить, что в рассматриваемом споре были нарушены права художников на свободу творчества и свободу экономической деятельности (в контексте возникно-

⁸ При условии использования сгенерированных результатов не только в личных целях, а для их последующей реализации в гражданском обороте в коммерческих целях.

вения препятствий к свободной реализации результатов собственного творческого труда).

При проверке соблюдения данного условия необходимо ограничить поведение правообладателей нейросетей от поведения их пользователей. В зависимости от того, чье поведение анализируется, действия, нарушающие права заявителей, будут разными. Так, правообладатели нейросети нарушают права художников посредством создания и предоставления пользователям технической возможности генерировать контент в фирменном стиле художников (включая сбор, обработку исходных изображений и непосредственную работу соответствующих алгоритмов).

Что касается пользователя нейросети, то его поведение, нарушающее права художников, может заключаться непосредственно в генерировании соответствующего контента и его последующей реализации в гражданском обороте в коммерческих целях.

Таким образом, можно прийти к выводу о том, что в условия, указанные в настоящем пункте и являющиеся необходимыми для взыскания убытков, соблюдены в рассматриваемом нами случае.

2.2.2. Наличие у заявителей убытков и их размер

Принимая во внимание тот факт, что для профессиональных художников реализация их произведений является основным источником дохода, генерирование контента в их фирменном стиле напрямую влияет на уровень их дохода в связи с перераспределением потока заказчиков.

К тому же, как было отмечено ранее, в результате генерирования такого контента утрачивается уникальность фирменного стиля художника, – его можно беспрепятственно и легко воспроизводить буквально за несколько секунд. Это, в свою очередь, влияет на цену работ автора, так как предложение увеличивается, а спрос закономерно снижается.

Согласно ст. 15 ГК РФ, понятие убытков включает в себя реальный ущерб и упущенную выгоду. В рассматриваемом споре между художниками

и правообладателями нейросетей реальный ущерб заявителям причинен не был. При этом художники явно недополучили доходы, которые могли бы получить при обычных условиях гражданского оборота, если бы их права не были нарушены, что соответствует понятию упущенной выгоды.

Несмотря на то, что у заявителей могут возникнуть сложности с доказыванием упущенной выгоды, допустимым представляется обосновывать размер убытков (упущенной выгоды), используя в качестве доказательств недополученных доходов сравнение уровня доходов за те периоды, когда отсутствовали технические возможности по генерированию контента в фирменном стиле автора, с теми периодами, когда такие возможности появились и стали повсеместно использоваться. С большой долей вероятности подобный сравнительный анализ наглядно продемонстрирует снижение уровня доходов художников после того, как генерирование контента в их фирменном стиле стало возможным.

Актуальная практика российских судов подтверждает возможность успешного взыскания упущенной выгоды при удачном обосновании ее размера, в том числе указанным выше способом⁹. Таким образом, заявителями успешно могут быть доказаны убытки, понесенные в результате генерации контента в их фирменном стиле, а также обоснован их размер.

2.2.3. Причинно-следственная связь между нарушением прав истцов и понесенными ими убытками

Причинно-следственная связь заключается в том, что если бы нейросети не генерировали такой контент, уникальность работ художников не была бы утрачена, клиентский спрос не был бы распределен, в результате чего художники получили бы те доходы, которые им полагались при нормальных условиях гражданского оборота. Аналогичное правило применимо и к ответственности пользователей нейросетей за генерацию и реализацию контента в фирменном стиле художников – без их активного участия художники бы не понесли таких убытков.

⁹ Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 20 декабря 2022 г. N 305-ЭС22-11906 // СПС «Гарант».

Таким образом, соблюдение всех трех условий, необходимых для взыскания убытков как с правообладателей, так и пользователей нейросетей, может быть успешно доказано заявителями в случае их обращения в российские суды с соответствующим требованием.

Принимая во внимание тот факт, что современные технологии развиваются динамично, их доступность становится повсеместной, важно учитывать роль правового регулирования в упорядочении общественных отношений. С целью наиболее эффективной защиты прав и законных интересов допустимым представляется совершенствование действующего правового регулирования в данной сфере.

Так, одним из возможных вариантов совершенствования законодательства может быть **введение законодательного запрета генерировать контент в фирменном стиле авторов**. Например, посредством запрета нейросетям предоставлять пользователям техническую возможность использовать в текстовых командах имена художников (как это было сделано для получения Рисунка 2). Или же посредством **введения запрета на использование в качестве обучающих данных тех произведений** авторов, срок действия исключительных прав на которые еще не истек.

Подобный подход, принятие специальной нормы позволили бы создать условия для того, чтобы художникам были предоставлены наиболее эффективные средства правовой защиты, а функционирование нейросетей могло бы регулироваться и контролироваться уполномоченными органами.

2.3. В каком порядке подлежат правовой охране (и подлежат ли вообще) результаты, сгенерированные посредством искусственного интеллекта?

Рассмотрим данный вопрос в следующем контексте: могут ли, с точки зрения российского законодательства, пользователи нейросети, генериру-

ющие контент, быть признаны авторами сгенерированного контента?

Стоит отметить, что несмотря на активное обсуждение [8, 14] вопроса предоставления правовой охраны результатам, созданным посредством ИИ, в правопорядках различных государств, ни в одной из юрисдикций единый подход к указанному вопросу по сей день сформирован не был. В определенной степени данный вопрос аналогичен проблеме, привлекающей внимание все большего числа юристов, которая состоит в заставляющей задуматься тенденции¹⁰ предоставления авторско-правовой охраны фотографиям, созданным без цели реализации творческого замысла автора¹¹.

Как создание фотографий при отсутствии как такового творческого труда автора, так и создание результатов посредством ИИ в корне своем имеют аналогичную проблему, в качестве которой выступает правовая неопределенность в вопросе о предоставлении авторско-правовой охраны объектам, созданным с активным использованием технологий, влияющих на объем творческого труда самого автора. Для того, чтобы ответить на вопрос о предоставлении или непредоставлении авторско-правовой охраны результатам, сгенерированным посредством ИИ, для начала необходимо обозначить границы *практической* стороны вопроса.

Преследуя цель наиболее последовательного и структурированного анализа обозначенной проблемы, автор предлагает выделить две степени использования ИИ в зависимости от объема участия пользователя в создании итогового результата.

1. *Активное участие* пользователя – изменение, самостоятельная доработка предложенных нейросетью результатов (например, внесение корректировок в предложенный электронным переводчиком перевод текста).

2. *Минимальное участие* – например, ввод минимального¹² количества команд, комбинаций слов для создания подходящего изображения без

¹⁰ Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 20 сентября 2022 г. № 58-КГ22-7-К9 // СПС «Гарант».

¹¹ Таким фотографиям, с точки зрения российского законодательства, авторско-правовая охрана, по общему правилу, предоставляется.

¹² Понятие «минимальный» используется автором в значении того минимального объема действий и команд, который достаточен для получения готового результата, например, сгенерированного изображения. Минимальное количество действий и усилий было, например, предпринято автором для генерации рис. 2. Весь набор действий сводится к выбору нейросети, однократному вводу простой текстовой команды и сохранению полученного изображения в память ЭВМ.

его дальнейшего редактирования. По аналогии с фотографиями, создание которых носит чисто технический характер, в отсутствие как такового творческого труда автора.

Стоит отметить, что на практике нередко бывает, когда ИИ создает объекты автоматически, без какого-либо участия со стороны пользователя. Несмотря на то, что к предоставлению правовой охраны таким результатам пока что не сформирован единый подход, а суды некоторых государств уже предоставляют им авторско-правовую охрану [13], автор, в связи с отсутствием в подобных процессах какого-либо активного участия человека, больше придерживается позиции, согласно которой такие результаты относят к общественному достоянию [14].

С целью проведения теперь уже *правового* анализа особенностей генерирования контента посредством нейросети наиболее логичным представляется сформулировать два вопроса.

1. На основании каких критериев могут быть ограничены результаты, произведенные при *активном* участии пользователя, от результатов, созданных при его *минимальном* участии?

2. Какой режим правовой охраны необходимо предоставлять результатам, созданным посредством ИИ?

По мнению автора, при ответе на первый из сформулированных вопросов решающее значение могут иметь *количественные* критерии и конкретные, технические показатели. Вероятнее всего, сформулировать универсальную норму права на начальных этапах может быть затруднительно. В таком случае значительную роль может сыграть судебная практика, которая, как правило, более оперативно разрешает актуальные правовые вопросы и вызовы. С технической точки зрения можно проверить, какое количество команд было задано пользователем нейросети для создания, например, итогового изображения или сколько копий контента было сохранено в память ЭВМ и впоследствии переработано, усовершенствовано при помощи дополнительных программ. В определенной

степени применим подход, аналогичный сформированному отечественной судебной практикой, в результате которого был выработан допустимый объем цитирования произведений при рассмотрении вопросов о том, соблюден ли критерий необходимости использования произведения.

Дискуссия же, связанная с поиском ответа на второй из поставленных выше вопросов, активно ведется уже не первый год. Единый подход, тем не менее, в юридической среде сформирован не был. Если обратиться к опыту зарубежных государств, можно обнаружить некоторые общие тенденции в попытках устранить рассматриваемую неопределенность. К числу таких общих концепций относятся [14]:

1) распространение на такие объекты авторско-правовой охраны или

2) распространение особого режима правовой охраны (в контексте *sui generis*), в том числе по аналогии со смежными правами.

Принимая во внимание антропоцентричный характер авторского права, поддерживая идею защиты творчества человека в его конкуренции с технологиями, наиболее логичным и компромиссным, по мнению автора, представляется распространение режима авторско-правовой охраны на те результаты, в создание которых был вложен минимальный (*de minimis*) творческий труд автора. Зачастую результаты, сгенерированные нейросетью, пользователь дорабатывает самостоятельно, при помощи дополнительных программ, что, в свою очередь, также увеличивает объем его творческого вклада в конечный результат.

На результаты, созданные при минимальном участии пользователя и несоблюдении творческого критерия, допустимо распространять особый режим правовой охраны. В том числе, не исключая возможности распространения на них режима смежных прав с целью защиты существенных инвестиций¹³ создателя таких результатов. Основным аргументом в пользу такого подхода может послужить идея о том, что предоставление иного режима правовой охраны таким результатам по-

¹³ Существенные инвестиции создателя контента могут заключаться в выборе подходящих технологий ИИ для генерации контента, создании необходимых для этого технических условий, подбор подходящих комбинаций слов и команд, временные затраты и др.

звоняет обеспечить защиту прав создателей контента, предоставляя меньший, в сравнении с авторско-правовым режимом, срок правовой охраны. В случае же предоставления особого режима правовой охраны (*sui generis*), допускается, когда законодателем таким результатам будет предоставлен и менее продолжительный срок правовой охраны. Для того, чтобы быть состоятельным, такой подход требует дальнейшей разработки, основания же его формирования на первый взгляд довольно убедительные.

Таким образом, вопрос о том, признаются ли пользователи нейросети авторами контента, необходимо разрешать в зависимости от объема их участия, творческого вклада в создание итогового результата. Учитывать при этом необходимо как количественные (включая технические показатели), так и качественные (например, объем творческого труда соответственно). В результате может быть предоставлено три возможных режима правовой охраны таких результатам.

1. Непредоставление правовой охраны – объекты автоматически попадают в общественное достояние в случае полного отсутствия участия человека в создании контента (автоматическое генерирование контента).

2. Предоставление правовой охраны в рамках доктрины *sui generis* (не исключая возможности распространения режима смежных прав) – в случаях, когда не соблюден критерий минимального творческого вклада создателя результата.

3. Предоставление авторско-правовой охраны объектам, в создание которых вложен минимальный творческий труд автора.

Такое разграничение, по мнению автора, является существенным и необходимым. Иной подход может привести к возникновению в сфере использования ИИ, генерирующего контент, спорной ситуации, которая возникла с созданием фотографий – при отсутствии достаточного творческого вклада автора фотографиям, созданным фактически посредством «одного нажатия кнопки», авторско-правовая охрана предоставляется наравне с фотографиями, творческий вклад в создание которых был значительным.

Таким образом, в российском законодательстве в настоящее время отсутствует специальная норма, которая бы позволила однозначно отве-

тить на вопрос о том, какой режим правовой охраны должен быть предоставлен результатам, сгенерированным нейросетью. Более того, в отношении некоторых из существующих положений требуется пересмотр с целью того, чтобы они снова отвечали современным вызовам, реалиям и учитывали усовершенствованные технологии, напрямую влияющие на объем творческого труда, вкладываемого пользователем в создание сгенерированного результата.

Заключение

Произведенный анализ правовых проблем, возникающих в результате использования технологий ИИ, генерирующих контент, наглядно демонстрирует, что погружаясь в мир цифровизации и технологий, недопустимо забывать и о других сферах жизни общества – в частности, о правовой сфере. В погоне за прогрессом становится особенно важным обеспечить баланс между интересами всех заинтересованных лиц, не нарушая прав участников оборота.

С одной стороны, сложно недооценить значение данных (в рассматриваемом споре – произведений), на основании которых обучаются нейросети и генерируется контент – такие данные являются своего рода жизненной силой, обеспечивающей функционирование как отдельных алгоритмов, так и цифровой экономики в целом. С другой стороны, фундаментально важным является вопрос защиты авторских прав художников, создавших произведения, используемые в качестве обучающих данных.

При этом, как об этом говорилось в статье, подобные споры между авторами произведений и правообладателями нейросетей могут порой выходить далеко за пределы сферы права интеллектуальной собственности, затрагивая также вопросы недобросовестной конкуренции. К ответственности за нарушение прав и законных интересов третьих лиц допустимо в некоторых случаях привлекать не только правообладателей нейросетей, но и их пользователей.

Принимая во внимание тот факт, что современные технологии развиваются динамично, их доступность становится повсеместной, нельзя недооценивать роль законодателя и правоприменителя в упорядочении общественных отношений.

В этой связи важно понимать, что пресечение нарушений исключительных прав на объекты интеллектуальной собственности в цифровом пространстве требует комплексного, широкого, современного подхода и активного диалога между представителями экспертных сообществ.

Анализ сформулированных в работе проблем с точки зрения российского правового порядка показал, что в некоторых вопросах авторам предоставлены эффективные способы защиты их нарушенных прав – например, в случае, если авторские права художника были нарушены в результате генерации контента посредством нейросети, применимы общие нормы об ответственности за нарушение авторских прав. В этом случае к особенностям пресечения таких нарушений можно отнести только те особенности, которые непосредственно связаны со спецификой цифровой среды (например, технические особенности переработки произведения при генерации производного контента).

При возникновении же менее стандартных для гражданского оборота ситуаций, например, в случае генерации нейросетью контента в фирменном стиле того или иного художника без его согласия, способы защиты нарушенных прав хоть и гарантированы законом, процесс доказывания представляется порой не самым простым для пострадавшей стороны. Например, в случае необходимости доказывания упущенной выгоды в результате функционирования технологий ИИ и генерации пользователями контента для последующей его реализации в коммерческих целях.

Отдельным, актуальным и любопытным направлением для более детальных научных исследований в настоящее время является вопрос о том, какой режим правовой охраны необходимо предоставлять результатам, сгенерированным посредством технологий ИИ. В российском законодательстве

пока что отсутствует норма, которая бы позволила однозначно ответить на сформулированный вопрос. В зависимости от конкретной ситуации, на такие результаты возможно распространить режим авторско-правовой охраны. Для результатов же, творческий вклад автора в создание которых минимален, допустимым представляется введение и разработка особого режима правовой охраны, включая режим смежных прав.

С целью наиболее эффективной защиты прав и законных интересов участников гражданского оборота, а также пресечения нарушений исключительных прав на объекты интеллектуальной собственности в цифровом пространстве, необходимо совершенствование действующего правового регулирования в вопросах, связанных с применением технологий искусственного интеллекта. Так, допустимым представляется совершенствование антимонопольного законодательства посредством введения запрета генерирования контента в фирменном стиле авторов или посредством введения запрета на использование в качестве обучающих данных тех произведений авторов, срок действия исключительных прав на которые еще не истек.

Несмотря на отсутствие единого, универсального подхода к решению правовых проблем, возникающих вследствие использования технологий ИИ, независимо от того, какое решение примет суд в результате рассмотрения спора, один вывод можно сделать точно – права участников оборота важно и нужно эффективно защищать, как и обеспечивать пресечение нарушений их прав. В том числе посредством совершенствования действующего правового регулирования, обращая при этом повышенное внимание на нестандартные способы нарушения прав субъектов, с учетом специфики современных технологий и цифровой среды.

Список литературы:

1. *Архипов, В.В., Наумов В.Б., Смирнова К.М.* Пределы принятия юридически значимых решений с использованием искусственного интеллекта // Вестник Санкт-Петербургского университета. 2021. Право. № 4. С. 882 – 906. URL: <https://doi.org/10.21638/spbu14.2021.405> (дата обращения: 29 января 2023 г.).
2. *Гринь Е.С.* Правовая охрана авторских прав: учебное пособие для магистров. – Москва : Проспект, 2022. – 112 с.
3. *Наумов В.Б., Тютюк Е.В.* Правовые проблемы машинного обучения // Образование и право. 2020. № 6. С. 219–231.

4. Право интеллектуальной собственности. Т. 1. Общие положения: Учебник / Под общ. ред. д.ю.н., проф. Л.А. Новоселовой. – М.: Статут, 2017. – 512 с/
5. *Савельев А.И.* Электронная коммерция в России и за рубежом: правовое регулирование. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Статут, 2016. – 640 с.
6. Цивилистическая концепция интеллектуальной собственности в системе российского права. Монография. / Под общей ред. М.А. Рожковой. = М.: Статут, 2018. – 142 с. – (серия «IP & Digital Law»). URL: https://rozhkova.com/pdf/BD_AI_vs_human_rights.pdf (дата обращения: 29 января 2023 г.).
7. *Шебанова Н.А.* Свободное использование результатов интеллектуальной деятельности. Лекция в рамках деятельности «IP Law Club» МГЮА им. О.Е. Кутафина. URL: https://vk.com/iplawclubmsal?z=video-145067691_456239104%2Fvideos-145067691%2Fpl_-145067691_-2 (дата обращения: 29 января 2023 г.).
8. *Bridy, Annemarie.* Coding Creativity: Copyright and the Artificially Intelligent Author. *Stanford Technology Law Review*, Vol. 5, pp. 1–28 (Spring 2012).
9. *Petit, Nicolas,* Law and Regulation of Artificial Intelligence and Robots – Conceptual Framework and Normative Implications. URL: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2931339> (дата обращения: 29 января 2023 г.).
10. *Susskind, Richard E.* «Expert systems in law: A jurisprudential approach to artificial intelligence and legal reasoning». *The Modern Law Review* 49. 1986. pp. 168–194.
11. *Susskind, Richard E.* Online courts and the future of justice. Oxford, Oxford University Press. 2019. 400 p.
12. *Susskind, Richard E.* 1987. «Some preliminary considerations concerning expert systems in law». *Northern Kentucky Law Review* 14 (2): pp. 211–235.
13. *Zhou Bo.* Artificial Intelligence and Copyright Protection – Judicial Practice in Chinese Courts. URL: https://www.wipo.int/export/sites/www/about-ip/en/artificial_intelligence/conversation_ip_ai/pdf/ms_china_1_en.pdf (дата обращения: 29 января 2023 г.).
14. UK Government, Government response to call for views on artificial intelligence and intellectual property. URL: <https://www.gov.uk/government/consultations/artificial-intelligence-and-intellectual-property-call-for-views/government-response-to-call-for-views-on-artificial-intelligence-and-intellectual-property#protecting-works-generated-by-ai> (дата обращения: 29 января 2023 г.).

Научная статья
УДК 347

Для цитирования:

Курбанов Ш.К. Ограничение использования производной программы для ЭВМ автором исходной программы // Журнал Суда по интеллектуальным правам. Декабрь 2023. № 4 (42). С. 11–17.

DOI: 10.58741/23134852_2023_4_6

Kurbanov S.K. Limitation on the use of a derivative computer program by the author of the original program // Zhurnal Suda po intellektual'nym pravam. December 2023. N 4 (42). Pp. 11–17. (In Russ.).

DOI: 10.58741/23134852_2023_4_6

DOI: 10.58741/23134852_2023_4_6

Ограничение использования производной программы для ЭВМ автором исходной программы



Ш.К. Курбанов,
*магистр цифрового права НИУ ВШЭ,
юрист IP/Digital практики
SEAMLESS Legal*

В данной статье рассматривается возможность автора оригинальной программы ограничивать права другого автора, который использует такую программу для создания производного программного обеспечения. В статье высказывается мнение, что автор оригинальной программы может контролировать, в какую производную программу осуществляется переработка, а также, каким образом может использоваться такая производная программа.

Ключевые слова:

программа для ЭВМ; модификация; ограничение производного произведения; авторское право; право интеллектуальной собственности.

Введение

В научной литературе высказываются разные позиции о том, можно ли автору¹ оригинального

произведения ограничивать права другого автора, который использует оригинальное произведение для создания производного произведения. В кон-

¹ Здесь и далее понятие автора и правообладателя будут использоваться как синонимы, если иное прямо не указано в тексте работы.

тексте компьютерных программ² ставится вопрос о том, может ли автор оригинальной программы контролировать использование производной от нее программы (для упрощения далее – отношения «автор оригинальной программы → автор производной программы»).

В качестве аргументов «за» указывается на воспроизведение в производном произведении охраняемых элементов оригинального произведения. Это позволяет его автору контролировать производное произведение³, так как при его использовании всегда используется и оригинальное.

В качестве аргументов «против» высказывается позиция, согласно которой содержание права на переработку оригинального произведения ограничено возможностью запрещать создание⁴ производных произведений, в то время как дальнейшее использование производного произведения находится вне контроля автора оригинального произведения⁵.

Далее проанализируем возможность автора оригинальной программы контролировать использование производной программы при заключении лицензионного договора.

1. Ограничение использования производного программного обеспечения

По лицензионному договору одна сторона – правообладатель (лицензиар) предоставляет или обязуется предоставить другой стороне (лицензиату) право использования такого результата (п. 1 ст. 1235 ГК РФ). Одним из способов использования програм-

мы является ее переработка и создание производной программы (подп. 9 п. 2 ст. 1270 ГК РФ)⁶.

Согласно п. 3 ст. 1260 ГК РФ, автор производного произведения осуществляет свои авторские права при условии соблюдения прав авторов произведений, использованных для создания производного или составного произведения. Толкование указанного положения играет определяющую роль при анализе поставленного в данной работе вопроса.

16 июня 2022 г. Конституционный суд РФ (КС РФ) признал такое положение не соответствующим Конституции РФ⁷, поскольку оно допускает отказ в защите прав автора составной программы в споре с лицом, использующим такую программу без согласия, на том основании, что автором составной программы не выполнено условие о соблюдении прав авторов оригинальных программ, использованных в данной программе.

Таким образом, прежде чем перейти к применению п. 3 ст. 1260 ГК РФ к отношениям «автор оригинальной программы → автор производной программы», необходимо проанализировать, как и в каком объеме на сегодняшний день можно использовать п. 3 ст. 1260 ГК РФ.

2. Признание п. 3 ст. 1260 не соответствующим Конституции РФ

Гражданин А.Е. Мамичев обратился в Конституционный суд РФ с жалобой о несоответствии п. 3 ст. 1260 ГК РФ требованиям Конституции РФ.

Жалоба была аргументирована тем, что в текущей редакции оспариваемое положение закона

² В данной работе наряду с легальным определением программы для ЭВМ будет использоваться более современный термин «компьютерная программа», используемый в зарубежном законодательстве (например, Directive 2009/24/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on the legal protection of computer programs). В качестве синонима для термина «компьютерная программа» будет применяться понятие «программное обеспечение», широко используемое в бизнес-сообществе.

³ Жуков Е. Возникновение и осуществление субъективных авторских прав на производные произведения // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2013. № 9.

⁴ Тут необходимо отметить, что согласно позиции Верховного суда РФ, исключительное право на производное произведение возникает в силу создания такого произведения, но использоваться такое произведение может только с согласия автора оригинального произведения на переработку (п. 88 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23 апреля 2019 № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации»). В то же время данная позиция суда не позволяет определить, может ли автор оригинального произведения контролировать производное произведение, если оно было создано правомерно (то есть с согласия на переработку).

⁵ Елисеев В.И. Право на переработку произведения по российскому законодательству // Вестник Московского университета. Серия 11: Право. – 2017. – № 1.

⁶ В данной статье не будут рассматриваться вопросы творческого/нетворческого изменения программы, а также условия создания производной программы.

⁷ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 16 июня 2022 г. № 25-П по делу о проверке конституционности п. 3 ст. 1260 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданина А.Е. Мамичева.

позволяет отказать автору составной⁸ программы в защите его прав в случае, если не доказана правомерность использования входящих в составное произведение результатов интеллектуальной деятельности (при том, что правообладатели таких объектов о нарушении своих прав не заявляли)⁹.

КС РФ, аргументируя свой вывод о несоответствии п. 3 ст. 1260 ГК РФ Конституции РФ, в том числе указал, что:

– возникновение авторских прав на составную программу только при условии получения согласия от авторов использованных программ затрагивало бы гарантии охраны интеллектуальной собственности;

– авторы использованных программ вправе сами определять, защищать ли им свое нарушенное право;

– отказ в защите составной программы, созданной без согласия авторов использованных программ, фактически осуществляется в интересах лица, использующего составную программу в ущерб его автору (т.е. в интересах нарушителя);

– защита прав автора составной программы только при условии согласия авторов использованных программ ставит реализацию права на защиту в зависимость от волеизъявления третьих лиц, затрудняет осуществление прав автором составной программы после получения необходимых согласий.

С учетом изложенного КС РФ пришел к выводу о несоответствии п. 3 ст. 1260 ГК РФ положениям Конституции РФ. Федеральному законодателю было указано внести необходимые изменения

в правовое регулирование так, чтобы был обеспечен баланс прав автора составной программы и прав авторов использованных в ней программ.

До внесения указанных изменений п. 3 ст. 1260 ГК РФ в любом случае не должен использоваться для отказа в защите прав автора составной программы. В том числе при предъявлении требования о пресечении нарушающих его право действий, когда предполагаемый нарушитель также не вправе использовать такие объекты¹⁰.

Из этого можно сделать вывод, что неконституционность п. 3 ст. 1260 ГК РФ ограничивалась отношениями «автор составной программы → нарушитель» (и не затрагивала отношения «автор оригинальной программы → автор производной программы»).

То же следует из положений ст. 74 Федерально-го конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации»¹¹, устанавливающих, что акты КС РФ принимаются «только по предмету, указанному в обращении, и лишь в отношении той части акта или компетенции органа, конституционность которых подвергается сомнению в обращении».

Схожая позиция встречается в литературе, подтверждающей, что КС РФ ограничил рассмотрение п. 3 ст. 1260 ГК РФ отношениями «автор составной программы → нарушитель»¹².

9 декабря 2022 г. во исполнение постановления Конституционного суда РФ в Государственную думу РФ был внесен законопроект о внесении изменений в ст. 1260 ГК РФ¹³. 13 июня 2023 г. указанный законопроект был принят в следующей редакции:

⁸ Данная жалоба была подана А.Е. Мамичевым после отказа в удовлетворении его требований в суде общей юрисдикции, где программное обеспечение, в отношении которого шел спор, было признано судом составным. Конституционный суд РФ подчеркнул, что не исследует фактические обстоятельства дела, не осуществляет переоценку выводов суда общей юрисдикции о том, что программа является составным произведением. Соответственно, далее в постановлении Конституционный суд анализирует положения п. 3 ст. 1260 ГК РФ применительно к программе как составному произведению.

⁹ Необходимо заметить, что существует достаточно устоявшаяся судебная практика, что отсутствие согласия автора оригинального произведения на его переработку при создании производного произведения не является основанием для освобождения от ответственности за нарушение исключительных прав на производное произведение (Постановление Суда по интеллектуальным правам от 2 июля 2021 № С01-704/2021 по делу № А40-311658/2018; Постановление Суда по интеллектуальным правам от 25 января 2021 № С01-1709/2020 по делу № А76-40169/2018; Решение Арбитражного суда г. Москвы от 29 марта 2022 по делу № А40-169484/21-51-1133).

¹⁰ Конституционный суд РФ, употребляя слово «такие», видимо, имеет в виду программы, использованные в составной программе.

¹¹ Федеральный конституционный закон от 21 июля 1994 г. № 1 «О Конституционном Суде Российской Федерации».

¹² Румянцев А.Г. Принцип равенства и объекты авторских прав: комментарий к Постановлению Конституционного Суда Российской Федерации от 16 июня 2022 г. № 25-П // Сравнительное конституционное обозрение. – 2022. – № 5.

¹³ Законопроект № 254532–8 о внесении изменения в статью 1260 части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации.

«В случае неправомерного использования производного или составного произведения подлежат защите как авторские права переводчика, составителя и иного автора производного или составного произведения, так и права авторов произведений, на которых основано производное или составное произведение».

Из этого можно сделать несколько выводов. Во-первых, постановление КС РФ было посвящено только составным произведениям (составным программам). Во-вторых, признание п. 3 ст. 1260 ГК РФ не соответствующим Конституции РФ было вызвано невозможностью в определенных случаях защитить составное произведение в отношении «автор составного произведения → нарушитель».

В свою очередь Конституционный суд РФ не указал на несоответствие Конституции РФ п. 3 ст. 1260 ГК РФ в части, касающейся отношений отношения «автор оригинальной программы → автор производной программы».

Другими словами, п. 3 ст. 1260 ГК РФ был признан несоответствующим Конституции РФ, но его несоответствие было ограничено отношениями «автор составной программы → нарушитель». Проект изменений в ст. 1260 ГК РФ также посвящен только указанным отношениям.

Кроме того, необходимо отметить, что изменения были внесены в п. 4 ст. 1260 ГК РФ, то есть текущая редакция п. 3 ст. 1260 ГК РФ не изменилась, а требования КС РФ были исполнены посредством включения новых положений в другой пункт ст. 1260 ГК РФ.

Соответственно нет оснований не использовать текущую редакцию п. 3 ст. 1260 ГК РФ к отношениям «автор оригинальной программы → автор производной программы», которые предлагается разобрать далее.

3. Правовое основание для ограничения использования производного программного обеспечения

Как было указано ранее, п. 3 ст. 1260 ГК РФ обя-

зывает автора производного произведения соблюдать права авторов произведений, использованных для его создания.

Верховный суд РФ конкретизирует данное регулирование, указывая, что исключительное право автора производного произведения возникает в силу факта создания такого произведения, но использоваться такое произведение может только с согласия авторов использованных произведений на переработку¹⁴.

Указанные положения в своей системной взаимосвязи означают, что для использования производной компьютерной программы ее автору необходимо получить согласие автора оригинальной программы на переработку.

При этом остается открытым вопрос о том, может ли автор оригинальной программы предоставить другому лицу право на переработку, но в договоре указать условия (ограничения) использования производной компьютерной программы.

Так, с одной стороны, после создания производной компьютерной программы у ее создателя возникает исключительное право на такую программу. В свою очередь, исключительное право – это право использования объекта любым не противоречащим закону способом.

В таком случае, если у автора оригинальной программы есть возможность ограничить автора производной от нее программы в использовании правомерно созданной производной программы, то использование любым способом, как представляется, отсутствует.

С другой стороны, формулировка «соблюдать права авторов произведений, использованных для создания [производных произведений]», изложенная в п. 3 ст. 1260 ГК РФ, является достаточно широкой и может не ограничиваться правами, прямо установленными законом, а именно, правом разрешать или запрещать другим лицам переработку своего произведения.

Так, права авторов оригинальных программ, кроме прямого указания в законе, могут выводиться из договора между автором оригинальной и производной программы. Таким образом, нарушая договор, автор производной программы, по-

¹⁴ Пункт 88 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23 апреля 2019 № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации».

сути, будет нарушать права автора оригинальной программы и тем самым нарушать положения п. 3 ст. 1260 ГК РФ.

Соответственно, в данном случае будет нарушение не просто договорных (относительных) обязанностей, но и закона.

В свою очередь, как мы отметили раньше, исключительное право – это право на использование любым способом, **не противоречащим закону**.

Из этого следует, что когда автор производной программы правомерно (с согласия на переработку) создает такую программу на основании договора, в котором предусмотрены ограничения по использованию производной программы, то нарушение таких ограничений будет приводить к нарушению прав автора оригинальной программы и как следствие – к нарушению закона – п. 3 ст. 1260 ГК РФ.

В таком случае использование производной программы будет ограничиваться без каких-либо противоречий смыслу исключительного права.

На практике это будет означать, что автор оригинальной программы ограничил способы использования своей программы внутри производной программы, тем самым ограничив использование самой производной программы определенными способами.

Соответственно, использование производной программы с нарушением указанных в лицензионном договоре ограничений будет квалифицироваться как нарушение прав автора оригинальной программы в соответствии с абз. 2 п. 1 ст. 1235 ГК РФ, согласно которому лицензиат может использовать результат интеллектуальной деятельности только в пределах тех прав и теми способами, которые предусмотрены лицензионным договором (право использования результата интеллектуальной деятельности, прямо не указанное в лицензионном договоре, не считается предоставленным лицензиату).

До недавнего времени в судебной практике отсутствовали дела, в которых разбирался бы ука-

занный вопрос. Соответственно, отсутствовало понимание, какой именно подход будет поддержан отечественной судебной практикой.

В свою очередь, 15 декабря 2022 г. Суд по интеллектуальным правам вынес решение, в котором в том числе был рассмотрен данный вопрос¹⁵. Само дело было посвящено нарушению прав на музыкальные произведения и фонограммы, но в рамках данного дела суд в целом проанализировал такое правомочие как переработка и указал:

«... Если договором не предусмотрено иное, то лицо, которому предоставлено право на переработку произведения, вправе перерабатывать первоначальное произведение в любое производное и использовать производное произведение любым способом. При этом договором может быть ограничено в какое производное произведение осуществляется переработка, а также, каким образом может использоваться производное произведение (выделено автором, – Ш.К.).

Для определения объема предоставленных лицензиату прав необходимо руководствоваться содержанием лицензионного договора в целом».

Указанные выводы впоследствии были продублированы в решениях Суда по интеллектуальным правам от 22 декабря 2022 г. и 12 января 2023 г.¹⁶

Таким образом, Судом по интеллектуальным правам был поддержан подход, предоставляющий возможность автору оригинального произведения контролировать, в какое производное произведение осуществляется переработка, а также, каким образом может использоваться производное произведение.

4. Последствия для рынка программного обеспечения

Возможность контролировать автора производного произведения в отношениях «автор оригинальной программы → автор производной программы», с одной стороны, облегчается возможность развивать программные продукты группой

¹⁵ Постановление Суда по интеллектуальным правам от 15 декабря 2022 г. по делу № А40-100965/2021.

¹⁶ Постановление Суда по интеллектуальным правам от 22 декабря 2022 г. № С01-1937/2022 по делу № А40-170315/2021; Постановление Суда по интеллектуальным правам от 12 января 2023 г. № С01-1985/2022 по делу № А41-60180/2021.

компаний (необязательно аффилированных), при этом оставляя контроль за продуктом у одной компании (с уменьшением риска потери контроля над продуктом).

С другой стороны, программы, основанные на коммерческих зарубежных продуктах, содержащие условия об ограничении производных программных решений, с большой долей вероятности нельзя будет зарегистрировать в едином реестре российских программ для ЭВМ и БД¹⁷. В свою очередь, невозможность регистрации таких про-

дуктов существенно усложнит участие соответствующих компаний в государственных и муниципальных закупках, ограничивая тем самым их рынок сбыта.

Дополнительно необходимо отметить, что возможность ограничивать права автора производной программы усиливает аргументацию сторонников позиции о том, что так называемые свободные лицензии (в том числе взаимные, копи-лефтные лицензии) не противоречат российскому законодательству.

Список литературы:

1. *Елисеев В.И.* Право на переработку произведения по российскому законодательству // Вестник Московского университета. Серия 11: Право. – 2017. – № 1.
2. *Жуков Е.* Возникновение и осуществление субъективных авторских прав на производные произведения // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2013. № 9.
3. *Румянцев А.Г.* Принцип равенства и объекты авторских прав: комментарий к Постановлению Конституционного Суда Российской Федерации от 16 июня 2022 года № 25-П // Сравнительное конституционное обозрение. – 2022. – № 5.

¹⁷ Так, одним из требований для включения программы в реестр является отсутствие принудительного обновления и управления из-за рубежа (подп. «ж» п. 5 Правил формирования и ведения единого реестра российских программ для ЭВМ и БД..., утвержденных Постановлением Правительства РФ от 16 ноября 2015 г. № 1236).

Научная статья
УДК 347.78

Для цитирования:

Косицкий А.О. Творчество как критерий охраноспособности объектов авторских прав: самостоятельное создание и творческий характер. Уровень творческого характера // Журнал Суда по интеллектуальным правам. Декабрь 2023. № 4 (42). С. 11–17.

DOI: 10.58741/23134852_2023_4_7

Kositsky A.O. Originality: independent creation and creativity. Level of creativity // Zhurnal Suda po intellektual'nyum pravam. December 2023. N 4 (42). Pp. 11–17. (In Russ.).

DOI: 10.58741/23134852_2023_4_7

DOI: 10.58741/23134852_2023_4_7

Творчество как критерий охраноспособности объектов авторских прав: самостоятельное создание и творческий характер. Уровень творческого характера



А.О. Косицкий,

*магистр частного права (РШЧП),
преподаватель-исследователь (УрГЮУ имени В.Ф. Яковлева),
ведущий юрисконсульт Департамента правового сопровождения
государственной корпорации «Агентство по страхованию вкладов»*

Статья посвящена проблеме понимания творчества как критерия охраноспособности объектов авторских прав. Обосновывается возможность разделения данного критерия на два самостоятельных признака: творческий характер произведения и его самостоятельное создание. Автор доказывает, что творческий характер является измеримым показателем и что его уровень должен играть решающую роль в разрешении вопроса об охраноспособности исследуемого объекта.

Ключевые слова:

критерии охраноспособности объектов авторских прав; результат творческого труда; творческий характер; оригинальность; самостоятельное создание.

Правоведы, занимающиеся рассмотрением вопроса о критериях охраноспособности объектов авторских прав, обычно первым основанием указывают критерий творчества, то есть то, что произведение должно быть результатом творческого труда. При этом взгляды касательно понимания данного критерия разнятся.

На начало XX в. Отечественные цивилисты под творчеством как критерием охраноспособности объектов авторских прав понимали самостоятельное создание произведения в результате умственного труда, что противопоставляется механическому копированию ранее известной творческой работы. Каждое произведение твор-

чества является носителем отпечатка индивидуальности автора, а степень этой оригинальности, то есть отражения души автора в произведении, значения не имеет¹. Советские цивилисты привнесли новое видение рассматриваемого критерия. Раньше считалось, что не требуется новизны, оригинальности, самостоятельности материала, составляющего содержание произведения. Теперь же правоведы стали рассуждать о необходимости новизны и уникальности творческой работы². К настоящему же моменту вся дискуссия в науке по данному вопросу свелась к тому, какая требуется новизна для признания произведения объектом авторского права: объективная или субъективная³.

Верховный Суд РФ занимает следующую позицию: «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»⁴. Д.В. Мурзин отмеча-

ет, что еще в Обзоре практики рассмотрения споров, связанных с применением Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах», утвержденном информационным письмом Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 28 сентября 1999 г. № 47, сделан концептуальный выбор в пользу критерия оригинальности произведения, отграниченного от критерия новизны⁵.

При этом в некоторых делах прошлого десятилетия можно было наблюдать ссылки на новизну и уникальность⁶. Даже в 2014 г. (то есть после постановления № 5/29) Суд по интеллектуальным правам отмечал, что творческий характер труда, посредством которого создан какой-либо объект, является главным критерием, дающим возможность отграничить объекты, признаваемые результатами интеллектуальной деятельности, от объектов, которые таковыми не являются. Творчество – это деятельность, порождающая нечто совершенно качественно новое. Основным критерий, отличающий творчество от изготовления (производства) – уникальность его результата. Результат

¹ Калмыков П.Д. О литературной собственности вообще и в особенности об истории прав сочинителей в России // Журнал Министерства народного просвещения, часть LXXII, отделение II. СПб.: Типография Императорской академии наук, 1851. С. 5, 8–9; Спасович В.Д. Права авторские и контрафакция. СПб.: Издание книгопродавца и типографа М.О. Вольфа, 1865. С. 42–43, 99–101; Панкевич А.В. Объект авторского права. Одесса: Типография Ульриха и Шульце, 1878. С. 4, 16, 19; Шершеневич Г.Ф. Избранное. Т. 3 включая Авторское право на литературные произведения. М.: Статут, 2017. С. 137–138, 145; Беляцкий С.А. Новое авторское право в его основных принципах. СПб.: Издание юридического книжного склада «Право», 1912. С. 100; Канторович Я.А. Авторское право на литературные, музыкальные, художественные и фотографические произведения. 2-е издание. СПб.: Склад издания в конторе общества «Брокгауз-Ефрон», 1916. С. 115.

² Гордон М.В. Советское авторское право. М.: Государственное издательство юридической литературы, 1955. С. 60, 63; Серебровский В.И. Вопросы советского авторского права. М.: Издательство Академии наук СССР, 1956. С. 35–36; Антимонов Б.С., Флейшиц Е.А. Авторское право. М.: Юридическая литература, 1957. С. 97–98; Ионас В.Я. Критерий творчества в авторском праве и судебной практике. М.: Издательство «Юридическая литература», 1963. С. 100, 106–107; Ионас В.Я. Произведения творчества в гражданском праве. М.: Юридическая литература, 1972. С. 12; Иоффе О.С. Основы авторского права. Авторское, изобретательское право, право на открытие. Учебное пособие. М.: Издательство «Знание», 1969. С. 5–6, 18; Гаврилов Э.П. Советское авторское право. Основные положения. Тенденции развития. М.: Издательство «Наука», 1984. С. 83.

³ См., напр.: Гаврилов Э.П. Оригинальность как критерий охраны объектов авторским правом // Журнал «Патенты и лицензии». 2004. № 6; Витко В.С. О признаках произведения // Портал «Мудрый Юрист»: [сайт]. URL: <https://wiselawyer.ru/poleznoe/87315-priznakakh-proizvedeniya> (дата обращения: 1 октября 2023 г.); Лабзин М.В. Оригинальность объекта авторского права // Портал «Мудрый Юрист»: [сайт]. URL: <https://wiselawyer.ru/poleznoe/23426-originalnost-obekta-avtorskogo-prava> (дата обращения: 1 октября 2023 г.); Кашанин А.В. Признаки новизны и оригинальности произведения в авторском праве // Законодательство и экономика. 2010. № 8; Копылов А.Ю. Творчество как условие охраноспособности произведения // Имущественные отношения в РФ. 2019. № 12 (219).

⁴ Пункт 28 постановления Пленума Верховного Суда РФ № 5, Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ № 29 от 26 марта 2009 г. «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации», п. 80 постановления Пленума Верховного Суда РФ № 10 от 23 апреля 2019 г. «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации».

⁵ Практика рассмотрения коммерческих споров: Анализ и комментарии постановлений Пленума и обзоров Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. Выпуск 17 / В.О. Калятин, Д.В. Мурзин, Л.А. Новоселова и др.; рук. проекта Л.А. Новоселова, М.А. Рожкова. М.: Статут, 2011.

⁶ «При этом под творчеством подразумевается интеллектуальная деятельность, результатом которой является создание интеллектуального продукта, ранее не известного». Определение Московского городского суда от 21 ноября 2017 г. № 4г-11363/2017. Доступ из справ.-правовой системы «Гарант».

творчества невозможно прямо вывести из начальных условий⁷.

В статье 1257 Гражданского кодекса РФ установлено, что результат интеллектуальной деятельности, охраняемый авторским правом, должен быть создан творческим трудом. Каких-либо дополнительных требований, касающихся новизны или уникальности, закон не содержит – необходимо лишь наличие творчества. Если обратиться к патентному праву, можно увидеть, что в ст. 1350–1352 Гражданского кодекса РФ прямо указывается признак охраняемого объекта – он должен быть новым. Имеется в виду объективная новизна работы. Если бы для охраноспособности объектов авторских прав требовалась объективная новизна, то законодатель бы прямо на это указал. Однако такого указания нет ни в нынешнем, ни в ранее действовавшем законодательстве. Более того, возможно, что такое указание не содержится в законодательстве хотя бы одной страны мира (по крайней мере, такие случаи автору настоящей статьи неизвестны).

Авторское право охраняет выражение идей, пропущенных через призму внутреннего мира автора. Автор является ключевым элементом. В этом смысле уникально не произведение, а уникален творец, его создавший. Свободная воля дает автору возможность фокусировать свое внимание на отдельных явлениях, а его внутренний мир определяет то, как автор воспримет эти явления и впоследствии отразит их вовне. А поскольку внутренний мир (мировоззрение, мировосприятие) у каждого человека индивидуальный, есть фактор свободной воли, то и результаты человеческого творчества скорее всего будут разными. Скорее всего, потому что ничто не появляется из ниоткуда. Автор транслирует реальность, в которой он живет, которая формирует его самого, его мысли и его внутренний мир. К слову, частью этой реальности является общество. Невозможно жить в обществе и быть свободным от него. Так и невозможно проигнорировать условия, в которых формируется общество, которое формирует автора. Поэтому на свет могут появляться похожие друг на друга произведения. Однако это не имеет значения, так

как общество заинтересовано в получении не новых, а своеобразно отражающих объективно существующую действительность объектов. Об одном и том же явлении можно написать несколько книг. При этом одной группе читателей будет удобнее воспринимать информацию, изложенную одним автором, а другой группе – другим. Потому что разные не только авторы, преломившие окружающую их действительность через призму своего внутреннего мира, но и читатели, зрители, слушатели, воспринимающие произведение с учетом опять же их мировоззрения и мировосприятия. Общество заинтересовано в создании большего числа своеобразных произведений в том числе для того, чтобы идеи, заложенные в этих произведениях, нашли отклик у большего числа людей.

Вместе с тем обществу важно, чтобы награда нашла своего героя, потому что необходимо, с одной стороны, воздать автору должное, а с другой – побудить его на создание новых произведений. Поэтому необходимо, чтобы выражение шло от самого автора, а не было скопировано у другого. То есть должна быть субъективная новизна (отсутствие сознательного или бессознательного копирования), но никак не объективная.

Таким образом, для того чтобы охраняться авторским правом, произведение должно быть создано автором самостоятельно, то есть в отсутствие копирования. Определение творчества через новизну или выделение новизны в самостоятельный критерий явилось неудачной попыткой найти возможность установить, является ли результат деятельности творца predetermined (детерминированным) или нет, то есть творческим. Фактически единственным решением существующей проблемы стала презумпция творческого характера, содержащаяся в п. 80 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23 апреля 2019 г. № 10: пока не доказано иное, результаты интеллектуальной деятельности предполагаются созданными творческим трудом. Суды охотно на нее ссылаются, что избавляет от необходимости проводить надлежащее исследование спорных объектов.

⁷ Постановление Суда по интеллектуальным правам от 25 августа 2014 г. № C01-543/2014 по делу № A12-18806/2013. Доступ из информ. системы «Картотека арбитражных дел».

В деле № СИП-818/2018 об оспаривании решения Роспатента Суд по интеллектуальным правам признал, что знак обслуживания «STAR FOODS» является объектом авторского права⁸.

STAR FOODS

Рис. 1. Знак обслуживания «STAR FOODS»

Позиция Роспатента следующая. В обозначении «STAR FOODS» сами по себе геометрические фигуры в виде прямоугольника и изображения пятиконечной звезды, расположенной между словесными элементами, не являются оригинальными произведениями. Словесные элементы «STAR» и «FOODS», являющиеся лексическими единицами английского языка, в переводе означающие «звезда» и «продукты питания», выполнены оригинальным шрифтом, который сам по себе может являться объектом авторского права, но в то же время не создан заявителем. Совокупность указанных элементов не позволяет сделать вывод, что обозначение «STAR FOODS» является объектом авторского права.

Суд, в свою очередь, отметил, что при определении того, является ли конкретный результат объектом авторского права, учитывается творческий характер создания именно всего результата, а не каждой отдельно взятой части. Так, литературное произведение, написанное на русском языке, состоит из букв русского алфавита, на творчество в отношении которых не претендуют современные авторы; а также из слов, присущих русскому языку (за исключением придуманных конкретным автором). Это само по себе не имеет отношения к вопросу о том, каким образом – творческим или нет – из известных средств получен результат. Равным образом и произведение изобразительного искусства в целом может быть создано из нетворческих частей. На это указывает п. 7 ст. 1259 Гражданского кодекса РФ, исходящий из того, что не каждая часть произведения (то есть объекта авторского права) в свою очередь является самостоятель-

ным результатом творческого труда автора. Доводы о причинах отсутствия творчества у отдельных элементов спорного результата также сами по себе ошибочны. Так, по мнению суда, беспелляционное утверждение об априори нетворческом характере использования геометрических фигур отрицает в числе прочего такое направление в искусстве, как абстракционизм, и творческий характер создания произведений К.С. Малевича, В.В. Кандинского, П. Мондриана и других. Утверждение о том, что спорный результат неохраноспособен в силу того, что в его составе имеются слова, написанные шрифтом, исключительное право на который принадлежит иному лицу, также ложно.

В итоге суд пришел к выводу о том, что Роспатент не смог опровергнуть презумпцию творческого характера спорного знака обслуживания, поэтому он является объектом авторского права. То есть, взяв два слова, поставив между ними символ звезды (с учетом того, что одно из слов «star»), выбрав шрифт написания из библиотеки шрифтов, поместив все это в прямоугольник и выбрав цвет его заливки, можно получить, по мнению суда, вполне себе охраноспособное произведение. Вместе с тем, по мнению автора настоящей статьи, тривиальность этого объекта очевидна. Нет ничего творческого в том, чтобы выбрать шрифт из списка, сделать подложку в виде простой геометрической фигуры, выбрать ее цвет, поместить по центру два слова, отделив их друг от друга звездочкой, которая сама по себе является одним из двух используемых слов, и уменьшив эту самую звездочку настолько, чтобы она больше походила на точку. В некоторых случаях простота, минимализм являются оптимальным решением, но не здесь. Напротив, это – наглядный пример того, что происходит, когда вместо полноценного исследования и анализа явления с проверкой его на соответствие определенному критерию используется презумпция.

В деле № А40-164273/2012 истцом был создатель программы для ЭВМ «Интерактивный калькулятор стоимости работ». Ответчик на своем сайте использовал аналогичный калькулятор, что, по мнению истца, является нарушением исключи-

⁸ Постановление Президиума Суда по интеллектуальным правам от 26 июля 2019 г. № С01-578/2019 по делу № СИП-818/2018. Доступ из справ.-правовой системы «Гарант».

тельного права. Была проведена судебно-техническая экспертиза. В экспертном заключении указано, что сравниваемые образцы не содержат никаких нестандартных авторских решений, которые отличали бы их от других разработок. Все операции выполнены стереотипно, и все использованные приемы многократно описаны в общедоступных учебниках web-программирования. На этом основании суд первой инстанции в удовлетворении иска отказал. Но Суд по интеллектуальным правам решение отменил, указав, что нижестоящими судами не дана оценка доводу, что программа ответчика является переработкой программы истца. Однако данный довод автоматически отпадает ввиду того, что исследуемые программы не являются объектами авторских прав. В итоге суд первой инстанции признал факт переработки и иск удовлетворил.

Есть и положительные примеры: Арбитражный суд Свердловской области не обнаружил охраноспособный объект в дизайне принта в виде герба города Екатеринбурга с расположенным над ним словом «Екатеринбург», выполненным определенным шрифтом⁹. В обоснование решения суд отметил, что при разработке дизайна данного принта истцу не потребовалось особых навыков и подготовки, так как истцом в качестве составных элементов были использованы герб города Екатеринбурга и наименование города, которое было выполнено определенным видом и размером шрифта и расположено над гербом. При этом в силу п. 2 ч. 6 ст. 1259 Гражданского кодекса РФ символы и знаки муниципального образования не являются объектами авторского права. При выполнении спорного объекта истец использовал дизайнерскую программу Corel DRAW, где имеются в том числе и определенные виды шрифтов. Оригинальность и уникальность в подборке и распо-

ложении материала, а именно герба и слова «Екатеринбург» на принте, что позволяло бы отличать его от иных принтов, расположенных в том числе и на сувенирной продукции, отсутствует.

Возможно, если бы данное решение обжаловалось, то, к сожалению, вышестоящие инстанции и здесь бы скорее всего посчитали, что презумпция творческого характера не была опровергнута.

Московский городской суд попытался охарактеризовать критерий творчества через два признака: «Основным критерием признания того или иного результата охраняемым объектом авторского права являются самостоятельные усилия автора (соавторов) по его созданию, которые приводят к возникновению произведения, имеющего отличия от других произведений того же рода. Поэтому свидетельством творческого характера того или иного объекта может служить его отличие от других объектов того же рода»¹⁰. Очевидно, что должно быть что-то еще помимо самостоятельного создания произведения, но выразить правильно это нечто не получается, и в итоге суд все равно приходит к объективной новизне.

Обратившись к опыту стран общего права, можно обнаружить, что там критерий творчества разделен на два самостоятельных признака¹¹. Первый – это оригинальность (originality), означающая, что произведение создано автором, а не скопировано из прошлых источников. Второй – это креативность (creativity), означающая, что в работе есть искра, выходящая за рамки банального или тривиального¹².

Поиск той самой креативности (творческого подхода) является краеугольным камнем в судебных спорах о защите авторских прав. Федеральный окружной суд Южного округа Нью-Йорка в деле *Gardenia Flowers, Inc. v. Joseph Markovits, Inc.* указывает, что требование креативности явля-

⁹ Решение Арбитражного суда Свердловской области от 17 января 2011 г. по делу № А60-35385/2010. Доступ из информ. системы «Картотека арбитражных дел».

¹⁰ Апелляционное определение Московского городского суда от 30 сентября 2015 г. по делу № 33-26418/2015 // Официальный портал судов общей юрисдикции г. Москвы: [сайт]. URL: <https://mos-gorsud.ru/mgs/services/cases/appeal-civil/details/f1eef4eb-ef10-418d-98e5-d80f5f86d427> (дата обращения: 1 октября 2023 г.).

¹¹ *Abrams H.B.* Originality and Creativity in Copyright Law. *Law & Contemporary Problems*, 1992. Т. 55. № 2. Р. 14.

¹² Мелвиллом и Дэвидом Ниммером отмечено, что хотя эти два понятия различны, к сожалению, во многих случаях каждое из них взаимозаменяемо называется оригинальностью (originality). *Nimmer on Copyright § 2.05[B]* (2017). Цит. по *Hall v. Swift* (C.D. Cal. Feb. 13, 2018) // Reuters.com: [сайт]. URL: <https://static.reuters.com/resources/media/editorial/20180417/hallvswift--mtdopinion.pdf> (дата обращения: 1 октября 2023 г.).

ется отдельным и отличным от авторства или оригинальности, и ссылается на труд Ниммеров: «Там, где креативность относится к характеру самой работы, оригинальность относится к характеру вклада автора в работу». Стандарт для определения той степени творчества, которая необходима для создания произведения искусства, невысок. Хотя границы охраноспособности достаточно широки, тем не менее существуют пределы, за которыми суды не могут присвоить объектам статус произведения¹³.

В немецком законодательстве критерии охраноспособности напрямую не называются. Во втором абзаце второго параграфа Закона об авторском праве и смежных правах (*Urheberrechtsgesetz*) указано, что произведением является только личное интеллектуальное творение. Посредством толкования столь краткой формулировки выведено четыре критерия охраноспособности произведений. Во-первых, это должно быть личное творение (*persönliche Schöpfung*), то есть произведение должно исходить от человека как автора и быть создано с помощью собственного воображения. Во-вторых, результат акта творения должен иметь осязаемую форму (*wahrnehmbare Form*). В-третьих, произведение должно иметь ментальное содержание, то есть нести идею, метафизическое высказывание (*geistigen Gehalt*)¹⁴. Справедливости ради стоит отметить, что данный критерий выделяется только в доктрине и не несет правового значения: в судебной практике Германии отсутствуют случаи, когда суд отказывал в защите исключительного права ввиду несоответствия творческой работы данному критерию при соответствии остальным. В прецедентном праве в целом нет упоминаний *geistigen Gehalt*.

Последний же критерий можно лишь косвенно прочесть из формулировки закона. Речь идет об

индивидуальности (*Individualität*), которой произведение должно обладать, чтобы получить авторско-правовую охрану. В проекте закона об авторском праве Северогерманского союза можно найти формулировку, согласно которой закон должен защищать только те произведения, которые представляют собой отпечаток индивидуальности творца¹⁵. Однако здесь невозможна казуистика (нельзя указать в законе все специфические особенности каждого вида произведений, по которым определять степень индивидуальности), единственный разумный выход – решать *ad hoc*, чтобы в каждом конкретном случае суды находили ту самую необходимую степень индивидуальности в соответствии с обстоятельствами дела.

В 1911 г. Имперский суд Германской империи постановил в решении «*Schulfraktur*», что произведение изобразительного искусства требует «эстетического излишка» (*ästhetischen Überschusses*)¹⁶. Впоследствии судами было дано понятие личного интеллектуального творения в искусстве – это творение индивидуального характера, эстетическое содержание которого достигло такого уровня по мнению людей, которые восприимчивы к искусству и хоть немного знакомы с ним, что можно говорить о произведении искусства¹⁷.

Разрешая спор, германский суд должен исследовать, в какой степени личность автора нашла отражение в произведении, и тем самым последнее приобрело творческую особенность. Личность автора проявляется в интеллектуальном продукте в совокупности его индивидуальных (своеобразных) элементов. Это не касается ни красоты, ни новизны. Вопрос заключается в том, отличается ли данное произведение от повседневной ремесленной работы. То есть, чтобы произведение могло пользоваться авторско-правовой охраной, оно должно обладать достаточной степенью инди-

¹³ *Gardenia Flowers, Inc. v. Joseph Markovits, Inc.*, 280 F. Supp. 776 (S.D.N.Y. 1968) // Justia: [сайт]. URL: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/280/776/1607672/> (дата обращения: 1 октября 2023 г.).

¹⁴ *Mezger L.* Die Schutzwelle für Werke der angewandten Kunst nach deutschem und europäischem Recht. Göttingen: V&R unipress, 2017. S. 14; *Loewenheim U., Becker B.* Handbuch des Urheberrechts. München, 2010. S. 54.

¹⁵ Gesetz, betreffend das Urheberrecht an Schriftwerken, Abbildungen, musikalischen Kompositionen und dramatischen Werken. Vom 11. 1870.

¹⁶ RG, 10.06.1911 – Rep. I. 133/10 – *Schulfraktur* // dejure.org: [сайт]. URL: <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=RG&Datum=10.06.1911&Aktenzeichen=I%20133/10> (дата обращения: 1 октября 2023 г.).

¹⁷ BGH, 13.11.2013 – I ZR 143/12 – *Geburtstagszug* // dejure.org: [сайт]. URL: <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BGH&Datum=13.11.2013&Aktenzeichen=I%20ZR%20143/12> (дата обращения: 1 октября 2023 г.).

видуальности. Бесспорно, каждая работа индивидуальна, но эта индивидуальность должна достигать определенного уровня. Степень индивидуальности называется уровнем творческого характера (*Schöpfungshöhe, Gestaltungshöhe, реже Werkhöhe*).

Концепция уровня творческого характера создана по аналогии с изобретательским уровнем из патентного права. Начиная с 1958 г., эта концепция широко использовалась немецким пандектистом Ойгеном Ульмером и первоначально применялась только в отношении произведений декоративно-прикладного искусства¹⁸. Позднее уровень творческого характера был распространен на все произведения.

Уровень творческого характера можно представить в системе координат, вертикальная ось которой измеряет то, как личность автора отразилась в произведении. Чем выше уровень творческого характера, тем выше работа будет находиться на условном графике. Таким образом, в верхней области располагаются работы с высоким уровнем творческого характера, которые заслуживают большей правовой защиты. В нижней области, близкой к нулю, можно найти работы с меньшим творческим потенциалом. Эти работы не защищены авторским правом, так как они не являются достаточным выражением личности их автора. Нулевая точка (самый низший уровень) – это то место, откуда начинает проявляться индивидуальность.

В определенной точке на вертикальной оси есть значение, достигнув которого, произведение будет считаться достаточно индивидуальным, чтобы быть защищенным авторским правом. Это значение называется порогом защиты. При правовой квалификации необходимо решить, куда попадает исследуемое произведение: выше или ниже порога защиты. Если уровень творческого характера достаточно высок, то работа будет защищена, если уровень недостаточен – защита не будет предоставлена. Таким образом, нет постепенного перехода к защищенному произведению, точно так же, как и нет частичной авторско-правовой охраны.

Произведения обычно просто описываются как имеющие «достаточный» уровень творческого характера или не имеющие такового. Тем не менее это разделение имеет большое значение: преодоление порога защиты является основанием для предоставления творческой работе авторско-правовой охраны.

Здесь стоит обратить внимание на то, что общее право использует этот же инструмент. В деле *Feist Publications v. Rural Telephone Service* Верховный суд США указал на существование порога оригинальности (*threshold of originality*), который произведение должно преодолеть для получения авторско-правовой охраны. В данном случае идет терминологическое смешение и, разумеется, имеется в виду не оригинальность, а креативность. Так, произведение должно обладать хотя бы некоторой минимальной степенью креативности, чтобы получить охрану. Порог оригинальности крайне низок, поэтому большая часть работ проходит тест на креативность, поскольку они обладают некоторой творческой искрой, какой бы грубой, скромной или очевидной она ни была¹⁹.

Авторское право не должно автоматически предоставлять защиту по тому принципу, что произведение обладает хотя бы какой-то индивидуальностью (то есть выше нуля на представленном графике). Существует бесконечное количество работ, которые могут быть как-то индивидуальны, но не заслуживают охраны²⁰.

Порог защиты индивидуален для каждого вида произведений и не подлежит сравнению: для рекламного слогана может быть достаточно нескольких образных слов, в то время как для научно-технических текстов, компьютерных программ требуется, во-первых, куда больший размер, во-вторых, есть определенные особенности, которые ограничивают проявление индивидуальности. Кроме того, не существует никакого единого стандарта, установленного законом об авторском праве. Поэтому суды устанавливают разные пороги защиты для различных видов работ.

¹⁸ *Ulmer E. Urheber- und Verlagsrecht*, Heidelberg, 1951. S. 131.

¹⁹ *Feist Publications, Inc., v. Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340 (1991) // Justia: [сайт]. URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/499/340/> (дата обращения: 1 октября 2023 г.).

²⁰ *Mezger L. Die Schutzwelle für Werke der angewandten Kunst nach deutschem und europäischem Recht*. Göttingen: V&R unipress, 2017. S. 25.

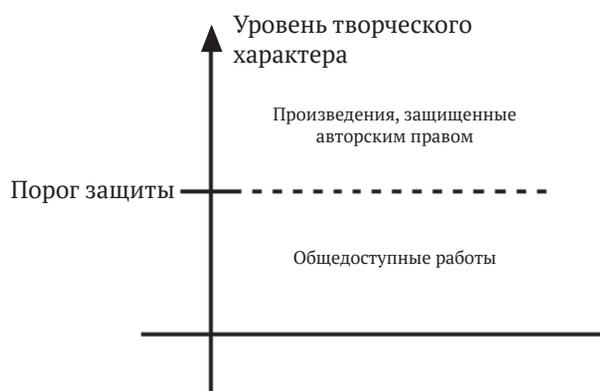


Рис. 2. Порог защиты в системе координат

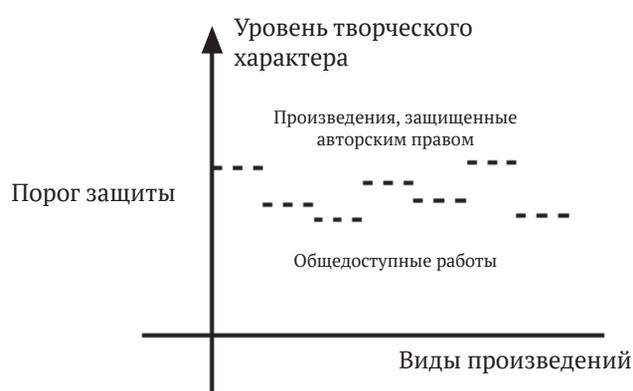


Рис. 3. Ход порога защиты

Существует только терминологическое единство как отправная точка. Вокруг каждого вида произведений сформировалась судебная практика, которая определила принципы и способы оценки уровня творческого характера применительно к конкретному виду произведений, что будет показано дальше. В свое время такая «зигзагообразная» форма порога защиты была подвергнута критике как догматически неудовлетворительная, а также бессистемная²¹. Невозможно сравнивать степени индивидуальности музыкальной композиции и скульптуры между собой. Тем не менее порог защиты авторских прав остается нелинейным. С точки зрения правовой доктрины, «личное интеллектуальное творение» является понятием относительным.

С порогом защиты связано понятие «мелкой монеты» (*kleine Münze*). Появление этого термина приписывается Александру Эльстеру, который впервые его упомянул в своем учебнике по охране промышленной собственности, опубликованном в 1921 г.²² Стоит отметить, что в своем учебнике Эльстер употребил это выражение не как юридический термин, а лишь как часть метафоры, противопоставленной «большой монете»²³. Когда «мелкая монета» стала юридическим термином, возникло несколько вариантов ее понимания. Согласно относительному пониманию, «мелкой монетой» являются произведения, имеющие такой необхо-

димый минимум оригинальности, который позволил им только-только преодолеть порог защиты, то есть находящиеся чуть выше порога (рис. 4). В этом смысле под «мелкой монетой» стоит понимать произведения с незначительным уровнем творческого характера.

Согласно абсолютному пониманию, термин «мелкая монета» используется не только для защищенных произведений. «Мелкая монета» – это произведения с очень небольшим или минимальным творческим содержанием, которые могут находиться по обе стороны порога защиты. В системе координат «мелкая монета» является областью вдоль порога защиты. При этом не следует считать, что она делит защищенные произведения и общедоступные работы. Произведение либо обладает достаточной степенью оригинальности и подлежит защите, либо нет, какой бы сложной не была квалификация. Сторонники абсолютного понимания считают, что термин «мелкая монета» является конкретной категорией, которую можно определить независимо от порога защиты авторских прав. Таким образом, в системе координат «мелкая монета» представляет собой фиксированную область на вертикальной оси, которая не зависит от порога защиты. Такое понимание соответствует использованной Эльстером метафоре – монета имеет фиксированный номинал. Нелинейный ход порога защиты означает, что «мелкая монета» ча-

²¹ Thoms F. Der urheberrechtliche Schutz der kleinen Münze. München, 1980. S. 267.

²² Elster A. Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht. Berlin, 1921.

²³ Речь шла о том, что произведения великих людей в любом случае защищаются авторским правом. Не имеет значения, большие они или маленькие как по объему, так и по содержанию, ведь такие произведения ценны сами по себе.

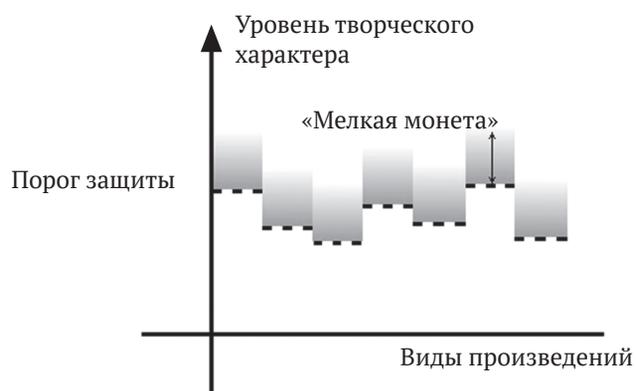


Рис. 4. Относительное понимание «мелкой монеты»

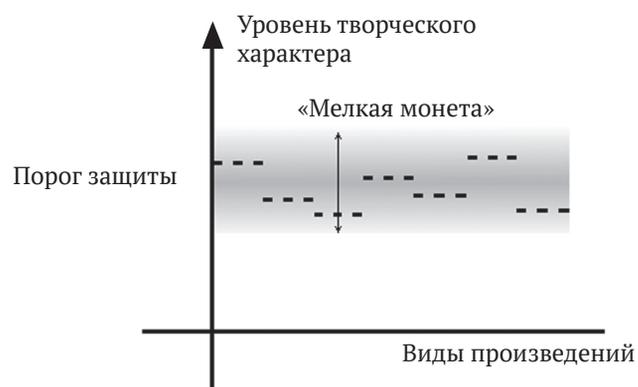


Рис. 5. Абсолютное понимание «мелкой монеты»

стично защищена авторским правом, а частично — нет (рис. 5).

Следует отметить, что даже при абсолютном понимании «мелкая монета» не описывает простейшее произведение с точки зрения уровня творческого характера. Для каждого вида произведений возможно бесконечное количество простых работ, которые не пользуются авторско-правовой защитой, поскольку они не достигают порога защиты.

Пытаясь выработать более точное определение абсолютного понимания «мелкой монеты», немецкие ученые столкнулись с целым кругом неясностей. Отправной точкой, вероятно, является позиция законодательного органа относительно закона об авторском праве 1965 г.: произведения с низкой творческой ценностью, так называемые «мелкие монеты», должны по-прежнему охраняться²⁴. Абсолютное понимание рассматриваемого термина может привести к тому, что будет дана правовая защита произведениям низкого уровня, которые ее недостойны, исключая применение порога защиты. Поэтому для ведения юридического дискурса представляется возможным использовать относительное понимание «мелкой монеты», согласно которому она привязана к порогу защиты. При этом если речь идет именно об

отечественном юридическом дискурсе, то более благозвучным наименованием таких творческих работ будут «произведения с незначительным уровнем творческого характера». Однако для целей правоприменения рассматриваемое понятие практически не имеет значения, поэтому от его использования следует отказаться в пользу понятия порога защиты.

Стоит отметить, что в делах, предметом рассмотрения которых являются произведениями с незначительным уровнем творческого характера и где ключевым становится вопрос квалификации произведения как охраноспособного или общедоступного, суды Германии придерживаются принципа художественного и эстетического нейтралитета, который стремится устранить субъективность, присущую судьям. В прецедентном праве это выражено следующим образом: независимо от художественной ценности, авторское право также предоставляет защиту средним произведениям при условии, что они обладают необходимой степенью индивидуальности²⁵. Аналогичной позиции придерживаются американские судьи. Наиболее точно принцип художественного и эстетического нейтралитета был отражен в деле *Bleistein v. Donaldson Lithographing Co.*²⁶: «Для лиц, обученных только праву, было бы опасным мыслить себя

²⁴ Drucksache IV/270, Deutscher Bundestag, 1962. S. 38.

²⁵ OLG Schleswig, 11.09.2014 – 6 U 74/10 – Geburtstagszug // dejure.org: [сайт]. URL: <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=OLG%20Schleswig&Datum=11.09.2014&Aktenzeichen=6%20U%2074/10> (дата обращения: 1 октября 2023 г.).

²⁶ *Bleistein v. Donaldson Lithographing Co.*, 188 U.S. 239 (1903) // Justia: [сайт]. URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/188/239/> (дата обращения: 1 октября 2023 г.).

экспертами, которые осознают истинную ценность представляемых на их обозрение артефактов, и считать свое мнение истиной в последней инстанции. С одной стороны, некоторые гениальные произведения наверняка не будут соответствовать представлениям судьи о прекрасном. Само их новшество сделало бы их отталкивающими, пока публика не выучила новый язык, на котором говорил их автор. Например, есть сомнения, что офорты Гойи или картины Мане были бы надежно защищены при первом взгляде на них²⁷. С другой стороны, будет отказано в защите произведениям, которые понравились менее образованной публике, чем судья. Тем не менее, если произведения пользуются интересом какой-либо публики, имеют коммерческую ценность, то было бы смело сказать, что они не имеют эстетической или образовательной ценности, – ко вкусам любой публики нельзя относиться с презрением».

Таким образом, в Германии и США одним из критериев охраноспособности помимо самостоятельного создания произведения (то есть в отсутствие копирования) является индивидуальность (креативность) творческой работы. Притом эту индивидуальность можно измерять, правда, весьма умозрительно. Чтобы понять, как данный признак выявляется в произведениях, следует обратиться к правоприменительной практике. Понимание индивидуальности и способы ее измерения наиболее развиты в прецедентном праве Германии, поэтому далее будут описаны подходы, сформулированные германской судебной практикой.

В литературных произведениях индивидуальность может выражаться как в развитии мысли, образности речи, так и в сборе, обработке и систематизации материала. В то же время в коротких статьях с чисто фактическим содержанием из-

ложение может оставаться в пределах обычного и рутинного²⁸. Сюжет, созданный при помощи воображения писателя, в частности ход событий, характеристика персонажей или развитие сюжетных арок, может быть защищен авторским правом. Однако, например, книжная рецензия не содержит подобного сюжета, а регулярно исчерпывает себя описанием и оценкой обсуждаемого произведения. Защищенная авторским правом творческая уникальность рецензии обычно заключается не в ее содержании, а в ее форме и особенно в сформулированных там мыслях²⁹.

Если речь идет о произведениях, подобных реферату, то там наличие индивидуальности зависит от следующих четырех критериев. Во-первых, индивидуальность реферата тем больше, чем сильнее в нем сжато оригинальное произведение без потери его основных идей. Во-вторых, индивидуальность реферата тем больше, чем дальше он отклоняется от структуры изначального произведения. В-третьих, индивидуальность зависит от того, насколько часто дословно или почти дословно используются отрывки из оригинального произведения. При этом дословное цитирование чисто описательных слов не учитывается, поскольку в данном случае творческие возможности автора реферата весьма ограничены. Наконец, в-четвертых, следует принять во внимание, что закон защищает не только выражение своего собственного мнения по рассматриваемому вопросу, но и обобщение фактической информации³⁰.

Если материал литературного произведения является вымышленным, то он с большей вероятностью будет защищен авторским правом, чем тексты, в которых материал предопределен организационными целями или тематикой (например, научной), поскольку там существует общепринятый способ, стиль выражения мыслей³¹. В научных

²⁷ См., напр., Сидельникова А. Пусть говорят: 10 разгромных отзывов современников об импрессионистах. Архив: [сайт]. URL: https://artchive.ru/publications/2289-Pust_govorjat_10_razgromnykh_otzyvov_sovremennikov_ob_impressionistakh (дата обращения: 1 октября 2023 г.).

²⁸ OLG Düsseldorf, 19.11.2013 – I-20 U 187/12 // dejure.org: [сайт]. URL: <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=OLG%20D%FCsseldorf&Datum=19.11.2013&Aktenzeichen=20%20U%20187/12> (дата обращения: 1 октября 2023 г.).

²⁹ BGH, 01.12.2010 – I ZR 12/08 – Perlentaucher // dejure.org: [сайт]. URL: <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BGH&Datum=01.12.2010&Aktenzeichen=I%20ZR%2012/08> (дата обращения: 1 октября 2023 г.).

³⁰ BGH, 01.12.2010 – I ZR 12/08 – Perlentaucher // dejure.org: [сайт]. URL: <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BGH&Datum=01.12.2010&Aktenzeichen=I%20ZR%2012/08> (дата обращения: 1 октября 2023 г.).

³¹ LG Köln, 12.08.2009 – 28 O 396/09 // dejure.org: [сайт]. URL: <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=LG%20K%F6ln&Datum=12.08.2009&Aktenzeichen=28%20O%20396/09> (дата обращения: 1 октября 2023 г.).

работах необходимая степень индивидуальности выражается прежде всего в способе сбора материала, его расположении, форме его подачи, а также (в отличие от художественных произведений) в краткости и четкости изложения мыслей³².

Чем длиннее текст, тем большую свободу он дает для индивидуального выбора слов и мыслительных процессов. Для получения охраны короткий текст должен являться особо изобразительным и образным в выборе слов и выражений³³.

Вопрос о том, обладает ли литературное произведение достаточной степенью индивидуальности, решается на основе общего впечатления от конкретной работы при ее сравнении с ранее существовавшими произведениями. Если на основе общего сравнения с уже известными произведениями можно обнаружить творческие особенности, то их следует сравнить с деятельностью среднего специалиста³⁴. В случае произведения, служащего функциональным целям, для получения авторско-правовой охраны обычно требуется явное превосходство над повседневной ремесленной работой, над механическим сопоставлением материала³⁵.

Индивидуальность произведений изобразительного искусства проявляется в выразительных средствах, таких как цвет, линия, поверхность, пространство; используемых автором для воплощения своего творческого замысла. Работа должна иметь достаточно высокий уровень выразительности, чтобы по мнению людей, чувствительных к искусству и хоть немного знакомых с ним, можно было говорить о произведении искусства. Без минимума индивидуальности и выразительности

работа не может считаться произведением и охраняться авторским правом, даже если ее производство требовало много времени³⁶.

В случае с картами и планами творческие особенности, значимые с точки зрения авторского права, могут проявляться в общей концепции, посредством которой осуществляется индивидуальный выбор того, что изображается, в примененных методах (например, обобщение) и средствах визуализации (например, расцветка, маркировка или символы)³⁷.

Здание или часть здания пользуется авторско-правовой охраной, если оно выделяется из массы обычных построек, то есть обладает достаточной творческой индивидуальностью. Решающее значение для оценки уровня индивидуальности архитектурного произведения имеет эстетическое впечатление, которое оно производит на людей, восприимчивых к искусству и хотя бы немного знакомых с ним. Эстетические тонкости, которые способен уловить профессионал, работающий в этой сфере, не учитываются. По этой причине для определения уровня творческого характера такого произведения заключение эксперта обычно не требуется³⁸.

Творческая особенность музыкального произведения заключается в его индивидуальном эстетическом содержании. При этом к содержанию не следует предъявлять слишком высоких требований. Достаточно того, чтобы результат деятельности композитора имел лишь низкий уровень творческого характера, как это обычно бывает с поп-музыкой. Художественная ценность значения не имеет. Вне сферы авторско-правовой охраны на-

³² BGH, 17.04.1986 – I ZR 213/83 – Anwaltschritsatz // dejure.org: [сайт]. URL: <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BGH&Datum=17.04.1986&Aktenzeichen=I%20ZR%20213/83> (дата обращения: 1 октября 2023 г.).

³³ LG Köln, 12.08.2009 – 28 O 396/09 – Urheberrechtliche Schutzfähigkeit von Webseiten aufgrund von SEO-Maßnahmen // dejure.org: [сайт]. URL: <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=LG%20K%20F6ln&Datum=12.08.2009&Aktenzeichen=28%20O%20396/09> (дата обращения: 1 октября 2023 г.).

³⁴ BGH, 17.04.1986 – I ZR 213/83 – Anwaltschritsatz // dejure.org: [сайт]. URL: <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BGH&Datum=17.04.1986&Aktenzeichen=I%20ZR%20213/83> (дата обращения: 1 октября 2023 г.).

³⁵ OLG Düsseldorf, 25.06.2002 – I-20 U 144/01 // dejure.org: [сайт]. URL: <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=OLG%20D%20FCsseldorf&Datum=25.06.2002&Aktenzeichen=20%20U%20144/01> (дата обращения: 1 октября 2023 г.).

³⁶ OLG Schleswig, 11.09.2014 – 6 U 74/10 – Geburtstagszug // dejure.org: [сайт]. URL: <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=OLG%20Schleswig&Datum=11.09.2014&Aktenzeichen=6%20U%2074/10> (дата обращения: 1 октября 2023 г.).

³⁷ BGH, 28.05.1998 – I ZR 81/96 – Stadtplanwerk // dejure.org: [сайт]. URL: <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BGH&Datum=28.05.1998&Aktenzeichen=I%20ZR%2081/96> (дата обращения: 1 октября 2023 г.).

³⁸ OLG Düsseldorf, 08.09.2015 – I-20 U 75/14 // dejure.org: [сайт]. URL: <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=OLG%20D%20FCsseldorf&Datum=08.09.2015&Aktenzeichen=20%20U%2075/14> (дата обращения: 1 октября 2023 г.).

ходятся результаты чисто технической деятельности, все элементы, находящиеся в общественном достоянии, а также необходимые (предопределенные) элементы произведения, основанные на учении о гармонии, ритме и мелодии. Не является индивидуальным как то, что уже было известно ранее, так и то, что для любого, кто имеет начальные навыки игры на музыкальных инструментах, было бы делом техники. Творческое своеобразие произведения может определяться также ритмом и структурой тоновых последовательностей (мелодии) как элементов музыкальной композиции. Решающим фактором в вопросе охраноспособности является то, приводит ли взаимодействие всех элементов музыкальной композиции к достаточной степени ее своеобразия. Такая оценка основывается на мнении людей, открытых для музыки и хотя бы немного знакомых с ней³⁹.

На фотографии требования к индивидуальности не распространяются. Это основано прежде всего на том соображении, что отличить фотографии, имеющие творческий характер, от тех, которые таковым не обладают, невероятно сложно. Однако без минимума – не творческого, но тем не менее – личного интеллектуального труда не обойтись. Сам по себе процесс технического воспроизведения не обеспечивает охрану фотографий. Такой минимум личной интеллектуальной деятельности отсутствует, например, в случае с фотографиями, которые являются просто копиями других фотографий, хоть и настолько точных, насколько это возможно. Закон требует, чтобы фотография как таковая была изначально создана самим автором⁴⁰.

В то же время в некоторых судебных актах ФРГ можно встретить иную, не такую категоричную позицию. Сторонники этого подхода указывают, что для преодоления порога защиты нужна достаточная индивидуальность. Это необходимо, чтобы от-

дать должное требованию закона о «личном интеллектуальном творении». Индивидуальность фотографии может проявиться, в частности, в общей организации кадра, ракурсе, линиях и выравнивании, выставлении экспозиции и освещения, насыщенности и контрастности, времени съемки, а также в выборе формата (жанра) съемки. Репродукции двумерных произведений, таких как картины и рисунки, обычно не пользуются охраной как фотографические произведения, поскольку творческая свобода соответствующего фотографа в этой области относительно невелика. Однако основное внимание следует уделять творческому подходу фотографа к процессу съемки. В соответствии с этим авторско-правовой охраной должны пользоваться не только фотографии трехмерных произведений искусства, но и фотографии двумерных творческих работ. Общий отказ от авторско-правовой охраны фотографий двумерных произведений, по мнению сторонников рассматриваемого подхода, является чрезмерным. Фотограф обладает определенным уровнем мастерства, что особенно проявляется в выборе перспективы, экспозиции, границ кадра, в выборе используемого оборудования, а также в обеспечении точной передачи цвета и контраста. Вместе с тем защита фоторепродукций должна быть ограничена тогда, когда это может привести к монополизации общественного достояния⁴¹.

Составное произведение для получения авторско-правовой охраны должно демонстрировать особую структуру в выборе и расположении материала, основанную на тех или иных критериях, принципах⁴². Даже если эти организующие принципы сами по себе не подлежат охране как абстрактные идеи, они все равно могут быть воплощены в конкретной форме, например, в виде справочника и таким образом получить охраноспособное творческое выражение⁴³.

³⁹ LG Hamburg, 26.02.2015 – 310 O 315/11 // dejure.org: [сайт]. URL: <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=LG%20Hamburg&Datum=26.02.2015&Aktenzeichen=310%20O%20315/11> (дата обращения: 1 октября 2023 г.).

⁴⁰ BGH, 08.11.1989 – I ZR 14/88 – Bibelreproduktion // dejure.org: [сайт]. URL: <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Text=GRUR%201990,%20669> (дата обращения: 1 октября 2023 г.).

⁴¹ AG Nürnberg, 22.02.2016 – 32 C 4607/15 // dejure.org: [сайт]. URL: <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=AG%20N%20FCrnberg&Datum=22.02.2016&Aktenzeichen=32%20C%204607/15> (дата обращения: 1 октября 2023 г.).

⁴² BGH, 21.11.1991 – I ZR 190/89 – Urheberrechtliche Schutzfähigkeit gerichtlicher Leitsätze // dejure.org: [сайт]. URL: <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Text=BGHZ%20116,%20136> (дата обращения: 1 октября 2023 г.).

⁴³ BGH, 06.05.1999 – I ZR 199/96 – Tele-Info-CD // dejure.org: [сайт]. URL: <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BGH&Datum=06.05.1999&Aktenzeichen=I%20ZR%20199/96> (дата обращения: 1 октября 2023 г.).

Для получения авторско-правовой охраны базы данных достаточно того, чтобы выбор или расположение ее содержимого производился автором самостоятельно. Другие критерии, в частности качество или эстетическая ценность, не имеют значения. Определенный уровень творческого характера не требуется, достаточно лишь скромного умственного усилия, чтобы база данных была индивидуальна по своей структуре⁴⁴.

Согласно абзацу третьему раздела 69а Закона об авторском праве ФРГ, компьютерные программы охраняются, если они являются результатом самостоятельного интеллектуального творчества. Никакие другие критерии, особенно критерии качества или эстетики, не могут использоваться для определения их охраноспособности. Это означает, что защита авторских прав на эти виды произведений не должна ставиться в зависимость от конкретного уровня творческого характера⁴⁵.

Таковы подходы к определению индивидуальности в прецедентном праве Германии.

Возникновение большого количества позиций по вопросам квалификации отдельных видов творческих работ объясняется тем, что бремя доказывания существования личного интеллектуального творения возложено на лицо, которое истребует защиту, то есть на истца. Это требует с его стороны конкретного объяснения и указания на элементы, оправдывающие охрану авторских прав. Вопрос о том, какие требования предъявлять, зависит от вида творческой работы⁴⁶. Так, например, в случае с произведениями изобразительного искусства не следует предъявлять чрезмерных требований к объяснению индивидуальности, поскольку в принципе трудно выразить эстетическую составляющую такой работы средствами языка. Дополнительные пояснения не требуются, если соответствующие обстоятельства могут быть выявлены при простом визуальном осмотре. В таких простых случаях истец может исполнить

обязанность по доказыванию, представив произведение на обозрение суда. В то же время для архитектурных проектов такой подход недопустим, так как для понимания такого рода произведений требуются специальные знания⁴⁷.

Как отмечено ранее, в российском правопорядке на ответчика возложено бремя доказывания отсутствия творческого характера у произведения истца, что на практике привело к освобождению суда от проведения качественного исследования объекта охраны. Введение презумпции стало следствием непонимания того, что такое творчество и как его выявлять в произведениях.

В 2014 г. Судом по интеллектуальным правам предпринята смелая попытка отойти от презумпции творческого характера. В постановлении № C01-57/2014 по делу № A24-1669/2013 он указал, что, рассматривая иски о взыскании компенсации за нарушение авторских прав, суду следует устанавливать, является ли конкретный результат деятельности физического либо юридического лица объектом авторского права, независимо от того, заявлялось ли об этом участниками процесса. Однако эта позиция влияния на судебную практику не оказала и более ни одним судом не приводилась.

В том же постановлении суд дал разъяснение, что понимать под творческой деятельностью фотографа: выбор экспозиции, размещение объекта фотоснимка в пространстве, выбор собственной позиции для совершения фотосъемки, установка света и/или адаптация своего местонахождения и места нахождения объекта фотосъемки под имеющееся освещение, подбор световых фильтров для объектива, выстановка выдержки затвора, настройка диафрагмы и резкости кадра, проявление фотопленки (для пленочных фотоаппаратов), проявление фотографий (для пленочных фотоаппаратов), обработка полученного изображения при помощи специальных компьютерных программ

⁴⁴ BGH, 24.05.2007 – I ZR 130/04 (1) – Gedichttitelliste I // dejure.org: [сайт]. URL: <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BGH&Datum=24.05.2007&Aktenzeichen=I%20ZR%20130/04> (дата обращения: 1 октября 2023 г.).

⁴⁵ BGH, 13.11.2013 – I ZR 143/12 – Geburtstagszug // dejure.org: [сайт]. URL: <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BGH&Datum=13.11.2013&Aktenzeichen=I%20ZR%20143/12> (дата обращения: 1 октября 2023 г.).

⁴⁶ BGH, 04.10.1990 – I ZR 139/89 – Betriebssystem // dejure.org: [сайт]. URL: <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BGH&Datum=04.10.1990&Aktenzeichen=I%20ZR%20139/89> (дата обращения: 1 октября 2023 г.).

⁴⁷ BGH, 14.11.2002 – I ZR 199/00 – Staatsbibliothek // dejure.org: [сайт]. URL: <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BGH&Datum=14.11.2002&Aktenzeichen=I%20ZR%20199/00> (дата обращения: 1 октября 2023 г.).

(для цифровых фотоаппаратов)⁴⁸. Интересно, что такое развернутое объяснение наличия творческого характера сделано для того вида произведений, где сомнений в охраноспособности, казалось бы, не должно было возникнуть (рассматривалось дело о нарушении авторских прав на кадры извержения вулкана Толбачик). Фактически это единственный случай, когда суд прямо указал, как определить наличие творческого характера в произведении (не считая разъяснение Верховного Суда РФ по поводу персонажа⁴⁹).

Для законодателя и правоприменителя очевидно, что одним из признаков произведения является самостоятельное создание творческой работы, то есть в отсутствие копирования. При этом другой признак совершенно неясен. В постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 23 апреля 2019 г. № 10 указано, что творческий характер создания произведения не зависит от того, создано произведение автором собственноручно или с использованием технических средств. Вместе с тем результаты, созданные с помощью технических средств в отсутствие творческого характера деятельности человека (например, фото- и видеосъемка работающей в автоматическом режиме камерой видеонаблюдения, применяемой для фиксации административных правонарушений), объектами авторского права не являются. Данное разъяснение объясняет критерий самостоятельного создания произведения, но никак не его творческого характера (индивидуальности, креативности).

Но стоит отдать должное: еще в 2019 г. Верховный Суд РФ предвосхитил вопросы, связанные с авторскими правами на объекты, созданные нейросетями. Так, например, результаты, полученные при помощи нейросетей по типу Midjourney, Leonardo AI, Stable Diffusion, целиком создающие изображения по текстовым описаниям, не должны охраняться авторским правом. При их создании человек лишь дает «текстовый заказ», можно сказать, техническое задание, которое впоследствии превращается в изображение. Да, он может

выбрать среди созданных нейросетью картинок конкретный вариант, при необходимости уточнить свой текстовый запрос. Но это равносильно тому, что состоятельный заказчик обращается к художнику или дизайнеру и просит его что-то нарисовать, а после несколько раз требует переделывать, меняя или уточняя свой запрос, и так до получения удовлетворяющего заказчика результата. Один лишь выбор из готовых вариантов не является творчеством, поэтому такие материалы авторским правом охраняться не должны.

Иначе обстоит дело с нейросетями по типу Adobe Firefly, которые являются инструментом в руках фотографа или дизайнера. Они призваны не создавать изображение целиком, а редактировать отдельные элементы, например, добавлять новые объекты или, наоборот, удалять что-то случайно попавшее в кадр, перекрашивать все изображение или его отдельные фрагменты, дорабатывать области, находящиеся за пределами кадра. Несмотря на то, что пользователь дает команды нейросети так же посредством текстового окна, здесь нейросеть выступает всего лишь одним из инструментов программы редактирования изображений наравне с «градиентом», «заливкой», «ластиком», «штампом» и т.д. Изображения, созданные таким способом, авторским правом охраняются, так как здесь есть элемент творчества.

Как именно определить, создано ли изображение автором при помощи нейросети или самой нейросетью без авторского творчества? Вполне логичным видится следующий подход: возложить на истца обязанность представить промежуточные материалы (эскизы, компьютерные файлы, где будут видны отдельные слои изображения и т.п.), описать последовательность действий, которая привела к возникновению спорного объекта, доказать, что он обладает навыками самостоятельного создания подобных изображений, например, как это было в судебном процессе по иску Маргарет Кин, американской художницы, получившей известность благодаря своим картинам персонажей с большими глазами, к ее быв-

⁴⁸ Постановление Суда по интеллектуальным правам от 21 марта 2014 г. № С01-57/2014 по делу № А24-1669/2013. Доступ из справ.-правовой системы «Гарант».

⁴⁹ Пункт 82 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23 апреля 2019 г. № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации».

шему супругу Уолтеру Кину, под именем которого она долгое время издавала свои картины⁵⁰. В определенных случаях было бы не лишним обратиться за помощью к эксперту. При этом стоит ли теперь требовать от каждого потенциального автора двумерного изображения доказать то, что он создал его сам, а не просто выбрал вариант, сгенерированный нейросетью? Думается, что такой подход не отвечал бы интересам процессуальной экономики. В то же время суд может возложить на автора бремя доказывания наличия творческой деятельности при создании им своего произведения в том случае, если процессуальный оппонент приводит доказательства обратного или «авторство» нейросети видно невооруженным взглядом. Например, такое может быть, когда у изображенных объектов присутствует неестественная симметрия, на изображении отсутствуют некоторые элементы или, наоборот, присутствуют случайные, неуместные элементы, отдельные фрагменты изображения содержат разное количество пикселей на единицу площади изображения.

В спорах о нарушении авторских прав к установлению отсутствия в работе истца творческого характера не должен применяться повышенный стандарт доказывания⁵¹, какой, по существу, действует сегодня. Ответчику должно быть достаточно представить доказательства, которые вызовут у суда сомнения в творческом характере произведения истца. После чего суд предлагает последнему представить доказательства обратного. В отсутствие аргументации и доказательств со стороны истца будет считаться, что презумпция творческого характера ответчиком была опровергнута.

Что касается критерия творческого характера как такового: ранее было показано, что в германском и американском правопорядках индивидуальное, креативное произведение противопоставляется обычной, банальной, тривиальной ремесленной работе. На первый взгляд, такой подход представляется весьма поверхностным, поэтому стоит попробовать дойти до сущности рас-

сматриваемого признака. Так, если репродуктивное мышление (воспроизводство готовых мыслей), как пишет Э.П. Гаврилов, – это совершение мыслительных операций по правилам логики в заученном порядке, вследствие чего получается заранее детерминированный результат⁵², то, следовательно, продуктивное (творческое) мышление – это совершение мыслительных операций, не следующих по строгому алгоритму, в какой-то степени хаотичных, которые приводят к созданию заранее недетерминированного, не predetermined, для стороннего наблюдателя случайного, непредсказуемого результата. При творческом подходе между исходным материалом и получившимся произведением отсутствуют прямые закономерные (явные) связи. Конечно, здесь не идет речь об истинной случайности. Как было отмечено ранее, автор, создавая произведение, транслирует реальность, в которой он живет, которая формирует его самого, его мысли и его внутренний мир. Однако в контексте авторского права неявными, косвенными причинно-следственными связями, обусловившими создание произведения в том виде, в котором оно было создано, можно пренебречь.

Таким образом, если углубляться в суть вещей, то творческий результат есть недетерминированный результат, а уровень творческого характера – это то, в какой степени причинно-следственные связи, обусловившие создание произведения, являются косвенными, неявными; иначе говоря, это степень недетерминированности. Так, например, применение в произведении того или иного шрифта будет напрямую зависеть от того, какой набор шрифтов содержит используемая программа.

Стоит принять во внимание, что объяснить конкретно, рационально можно только явную связь. Объяснение неявной связи представляется затруднительным просто потому, что она неявная, скрытая. Поэтому в судебных спорах ответчику будет проще доказать, что спорный тривиальный объект не обладает творческим характером,

⁵⁰ Spindler A.M. Style; An Eye for an Eye // The New York Times Magazine: [сайт]. URL: <https://www.nytimes.com/1999/05/23/magazine/style-an-eye-for-an-eye.html> (дата обращения: 1 октября 2023 г.).

⁵¹ О стандартах доказывания см., напр., Каранетов А.Г. И вновь о стандартах доказывания... // Закон.ру: [сайт]. URL: https://zakon.ru/blog/2018/6/25/i_vnov_o_standartah_dokazyvaniya (дата обращения: 1 октября 2023 г.).

⁵² Гаврилов Э.П. Советское авторское право. Основные положения. Тенденции развития. М.: Издательство «Наука», 1984. С. 83.

чем истцу доказать обратное. Возложение на истца обязанности доказать творческий характер своей работы сравнимо с обязанностью доказывания отсутствующего факта, в данном случае отсутствия детерминированности своей работы.

Исходя из вышеизложенного, следует заключить, что вторым искомым критерием охраноспособности произведений, помимо его самостоятельного создания, является его творческий характер. При этом творческий характер является показателем измеримым. В.В. Старженецкий подчеркивает, что «для признания произведения охраноспособным необходимо, чтобы оно обладало творческим характером. Данное требование подразумевает, что не всякое произведение будет являться объектом защиты авторского права, а лишь имеющее хотя бы минимальную творческую ценность. Этот признак позволяет отграничить произведения от иных объектов деятельности человека, которые относятся к обыденным, повседневным, очевидным (например, штампы, отметки на бланках, изображения, лишенные какой-либо творческой составляющей). Закон не предусматривает охрану тривиальных произведений, копирующих широко известные образы и решения, в силу того, что в их охране нет никакого общественного интереса. Предоставление охраны таким объектам входило бы в прямое противоречие с основами авторского права, поскольку за част-

ными лицами признавались бы исключительные права на произведения, которые относятся к общественному достоянию и свободно используются всеми. Оценка охраноспособности произведения производится судом и входит в сферу судебного усмотрения»⁵³.

Так, творчество как критерий охраноспособности произведений – это самостоятельная интеллектуальная деятельность, направленная на получение заранее недетерминированного результата. Указанное определение содержит два признака. Первый – самостоятельная интеллектуальная деятельность субъекта – характеризует процесс создания произведения. Второй – недетерминированность (не предопределенность) созданного объекта – характеризует результат такого создания. Эти два признака и являются самостоятельными критериями охраноспособности объектов авторских прав, которые для краткости можно именовать «самостоятельное создание» и «творческий характер произведения». В то же время не всякий объект, созданный творческим трудом, охраняется авторским правом. Творческий характер произведения должен достичь определенного уровня, порога защиты, который определяется в каждом конкретном случае индивидуально, учитывая как особенности исследуемой творческой работы, так и уровень работы среднего специалиста-«ремесленника».

Список литературы:

1. Правовые позиции Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. Избранные постановления за 2009 год с комментариями / Высший Арбитражный Суд РФ; под ред. А.А. Иванова. – М.: Статут, 2012. – 510 с.
2. Практика рассмотрения коммерческих споров: Анализ и комментарии постановлений Пленума и обзоров Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. Выпуск 17 / В.О. Калятин, Д.В. Мурзин, Л.А. Новоселова и др.; рук. проекта Л.А. Новоселова, М.А. Рожкова. – М.: Статут, 2011. – 293 с.
3. Антимонов Б.С., Флейшиц Е.А. Авторское право. – М.: Юридическая литература, 1957. – 280 с.
4. Беляцкин С.А. Новое авторское право в его основных принципах. – СПб.: Издание юридического книжного склада «Право», 1912. – 150 с.

⁵³ Комментировалось постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 14 февраля 2006 г. № 8911/05 по делу № А05-6902/04-16. По договору авторского заказа для истца создали маршрутные схемы движения общественного транспорта, а ответчик использовал их без какого-либо правового основания. В данном постановлении суд дал указание проверить, являются ли такие схемы объектами авторских прав, после чего суд первой инстанции констатировал отсутствие творческой ценности данных схем и отказал в иске. См.: Правовые позиции Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. Избранные постановления за 2009 год с комментариями / Высший Арбитражный Суд РФ; под ред. А.А. Иванова. М.: Статут, 2012. С. 235.

5. *Витко В.С.* О признаках произведения // Портал «Мудрый Юрист»: [сайт]. URL: <https://wiselawyer.ru/poleznoe/87315-priznakakh-proizvedeniya> (дата обращения: 1 октября 2023 г.).
6. *Гаврилов Э.П.* Советское авторское право. Основные положения. Тенденции развития. – М.: Издательство «Наука», 1984. – 222 с.
7. *Гаврилов Э.П.* Оригинальность как критерий охраны объектов авторским правом // Журнал «Патенты и лицензии». – 2004. – № 6. – С. 45-51.
8. *Гордон М.В.* Советское авторское право. – М.: Государственное издательство юридической литературы, 1955. – 230 с.
9. *Ионас В.Я.* Критерий творчества в авторском праве и судебной практике. – М.: Издательство «Юридическая литература», 1963. – 137 с.
10. *Ионас В.Я.* Произведения творчества в гражданском праве. – М.: Юридическая литература, 1972. – 168 с.
11. *Иоффе О.С.* Основы авторского права: Авторское, изобретательское право, право на открытие: Учебное пособие. – М.: Издательство «Знание», 1969. – 127 с.
12. *Канторович Я.А.* Авторское право на литературные, музыкальные, художественные и фотографические произведения. – 2-е издание. – СПб.: Склад издания в конторе общества «Брокгауз-Ефрон», 1916. – 808 с.
13. *Калмыков П.Д.* О литературной собственности вообще и в особенности об истории прав сочинителей в России // Журнал Министерства народного просвещения, часть LXXII, отделение II. – СПб.: Типография Императорской академии наук, 1851. – С. 39–78, 135–192.
14. *Кашанин А.В.* Признаки новизны и оригинальности произведения в авторском праве // Законодательство и экономика. – 2010. – № 8. – С. 39–50.
15. *Копылов А.Ю.* Творчество как условие охраноспособности произведения // Имущественные отношения в РФ. – 2019. – № 12 (219). – С. 56–62.
16. *Лабзин М.В.* Оригинальность объекта авторского права // Портал «Мудрый Юрист»: [сайт]. URL: <https://wiselawyer.ru/poleznoe/23426-originalnost-obekta-avtorskogo-prava> (дата обращения: 1 октября 2023 г.).
17. *Панкевич А.В.* Объект авторского права. – Одесса: Типография Ульриха и Шульце, 1878. – 58 с.
18. *Серебровский В.И.* Вопросы советского авторского права. – М.: Издательство Академии наук СССР, 1956. – 283 с.
19. *Спасович В.Д.* Права авторские и контрафакция. – СПб.: Издание книгопродавца и типографа М.О. Вольфа, 1865. – 107 с.
20. *Шершеневич Г.Ф.* Избранное. Т. 3 включая Авторское право на литературные произведения. – М.: Статут, 2017. – 480 с.
21. *Abrams H.B.* Originality and Creativity in Copyright Law // Law & Contemporary Problems. – 1992. – Т. 55. № 2. – P. 3–44.
22. *Elster A.* Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht. – Berlin, 1921.
23. *Loewenheim U., Becker B.* Handbuch des Urheberrechts. – München, 2010. – 2428 s.
24. *Mezger L.* Die Schutzwelle für Werke der angewandten Kunst nach deutschem und europäischem Recht. – Göttingen: V&R unipress, 2017. – 238 s.
25. *Thoms F.* Der urheberrechtliche Schutz der kleinen Münze. – München, 1980. – 358 s.
26. *Ulmer E.* Urheber- und Verlagsrecht. – Heidelberg, 1951. – 341 s.

Научная статья

УДК: 347.2/.3

Для цитирования:

Ворожевич А.С. Добросовестное использование чужих товарных знаков: исследование вопроса на примере логотипов, нанесенных на масштабные модели автомобилей // Журнал Суда по интеллектуальным правам. Декабрь 2023. № 4 (42). С. 11–17.

DOI: 10.58741/23134852_2023_4_8

Vorozhevich A.S. Trademark fair use as exemplified by logos on scale model cars // Zhurnal Suda po intellektual'nym pravam. December 2023. N 4 (42). Pp. 11–17. (In Russ.).

DOI: 10.58741/23134852_2023_4_8

DOI: 10.58741/23134852_2023_4_8

Добросовестное использование чужих товарных знаков: исследование вопроса на примере логотипов, нанесенных на масштабные модели автомобилей



А.С. Ворожевич,

доктор юридических наук,

доцент кафедры гражданского права

Юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова,

г. Москва, Россия

В рамках статьи автор рассматривает содержательные границы исключительного права на товарный знак, которые устанавливаются, в том числе, посредством доктрин добросовестного использования схожего с чужим товарным знаком обозначения. На основе функционального подхода автор дает ответ (отрицательный) на вопрос: являются ли нарушением исключительного права на товарный знак – логотип марки автотранспортного средства – действия лица по введению в гражданский оборот на территории Российской Федерации масштабных (коллекционных) моделей такого автотранспортного средства, на которые нанесено соответствующее обозначение, в отсутствие согласия на то правообладателя.

Ключевые слова:

товарные знаки; нарушение; описательное добросовестное использование; номинативное добросовестное использование; масштабные модели.

Границы исключительного права на товарные знаки и функциональный подход

Исключительные права не предоставляют правообладателю полного господства (контроля) над

использованием объекта интеллектуальной собственности. Они ограничены сроком существования, территорией, способами свободного использования объекта. При установлении подобных

границ учитываются в первую очередь функции исключительного права, а также правомерные интересы иных лиц в свободном доступе к объекту.

Данные тезисы применимы (с определенными оговорками) ко всем видам исключительных прав. Так, в сфере патентного права границы исключительного права определяются функцией стимулирования участников оборота к созданию и коммерциализации результатов интеллектуальной деятельности. Продолжительность и объем контроля правообладателя должны быть достаточными для того, чтобы разработчики покрыли свои издержки на создание объекта и получили прибыль от его коммерциализации. В ином случае есть риск того, что компании как рационально действующие субъекты сочтут невыгодным вкладывать средства в новые исследования и разработки. При этом должен быть обеспечен доступ всех заинтересованных лиц к использованию объекта в целях обеспечения кумулятивного инновационного процесса. В таком случае контроль правообладателя должен заканчиваться там, где исключительное право перестает служить целям инновационного развития и начинает, напротив, блокировать его. Именно поэтому исключительное патентное право не распространяется на использование объекта в исследованиях и разработках, а срок существования исключительного права на изобретение ограничивается 20 годами.

Средства индивидуализации, в том числе товарные знаки, в отличие от объектов авторских и патентных прав, не являются «продуктом» творческой созидательной деятельности. Они обладают ценностью не сами по себе, а только как идентификаторы конкретного бизнеса, предпринимательской деятельности, связанной с ними положительной репутации. В доктрине называют два основных признака товарных знаков: инструментальный и служебный характер. Инструментальный характер знака проявляется в том, что «он

представляет собой некое средство, инструмент, с помощью которого можно вызвать представление об обозначаемом им объекте». Служебный характер знака – в том, что «он как условное обозначение может использоваться для индивидуализации поименованных в законе объектов, а именно товаров, работ или услуг»¹.

Ключевой функцией товарного знака является индивидуализирующая функция. В общем виде под индивидуализацией понимается выделение (обособление) субъекта и/или объекта гражданских правоотношений из массы однородных путем выявления у субъекта и/или объекта либо придания субъекту и/или объекту характерных (индивидуальных) признаков².

Посредством товарных знаков потребители выделяют товары или услуги из массы однородных и связывают их (атрибутируют) с конкретным источником происхождения товара, сохраняют представления о характеристиках продукта конкретного производителя. В результате они получают возможность приобретать те товары, характеристиками которых они ранее остались довольны³. Таким образом, товарный знак выступает средством установления «диалога» между потребителем и правообладателем (как правило, производителем или продавцом товара).

С индивидуализирующей функцией непосредственно связана рекламная функция: товарный знак выступает инструментом побуждения общественности к приобретению товаров и услуг; продвижения товара. А также гарантийная: товарный знак «гарантирует» потребителям, что все товары, маркированные обозначением, были произведены под контролем одного субъекта, который может нести ответственность за их качество⁴.

Исключительные права служат обеспечению указанных функций товарного знака. Правообладателю предоставляется эксклюзивная возможность использовать обозначение в качестве сред-

¹ Городов О.А. Право промышленной собственности. М., 2011. С. 439.

² Орлова В.В. Теория и практика индивидуализации в сфере интеллектуальной собственности: дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.03. М., 2005. С. 15.

³ Hefter L.R. U.S. Courts in Quandary over Abandoned Trademarks: Is an Ex-Trademark Protected if It Remains Known and Loved by Consumers? URL: <http://www.finnegan.com/resources/articles/articlesdetail.aspx?news=408a5bd2-a74e-4152-ba14-95e055b2ed3f>

⁴ Fhima I. How Does 'Essential Function' Doctrine Drive European Trade Mark Law? // International Review of Intellectual Property and Competition Law 36(4) / https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1597300

ства индивидуализации и продвижения товаров (услуг). И, соответственно, – возможность пресекать использование иными лицами схожих обозначений для индивидуализации и продвижения собственных, не связанных с правообладателем товаров и услуг.

В конечном итоге это обеспечивает интересы потребителей, рассматривающих товарный знак в качестве указателя на конкретный источник происхождения товара. Снижаются издержки потребительского выбора. Кроме того, исключительные права служат стимулированию предпринимателей к вложению средств в качество товаров (услуг), повышению привлекательности своего бизнеса, не позволяют им «присваивать» достижения конкурентов; служат поддержанию конкуренции.

Исходя из изложенного, можно сделать вывод: исключительные права на товарные знаки должны распространяться только на сферу использования обозначений в качестве указателей на источник происхождения товаров; экономическую связь лица, реализующего товары, с правообладателем.

Установление полной монополии на использование обозначения не может быть оправдано с позиции функций товарных знаков и прав на них, целей правового регулирования в сфере средств индивидуализации. Напротив, оно привело бы к крайне негативным последствиям. В частности, все привлекательные слова и словосочетания оказались бы узурпированы частными субъектами, что ограничило бы свободу слова, возможности участников оборота информировать потребителей о характеристиках товаров и услуг и т.п.

Как справедливо отмечается в зарубежной доктрине, границы исключительного права на товарный знак должны определяться сферой использования обозначения в коммерческой деятельности и в качестве товарного знака⁵. Для того чтобы действия ответчика были признаны нарушением, необходимо использование им чужого обозначения для стимулирования собственных продаж именно в качестве товарного знака, то есть для указания источника происхождения товаров

(услуг) или источника поддержки, спонсирования соответствующих продуктов или услуг.

В решении по делу Arsenal⁶, закрепившем функциональный подход к правам на товарные знаки на уровне Европейского союза, суд ЕС констатировал, что правообладатель товарного знака может запретить использование идентичного обозначения только в том случае, если нарушены его интересы в отношении основной функции товарного знака. Основной функцией зарегистрированного товарного знака при этом является идентификация происхождения товара. В результате суд ЕС признал нарушением действия ответчика по реализации сувенирной продукции, маркированной обозначениями Arsenal. Как заключил суд, стиль продуктов, продаваемых ответчиком, может создать впечатление в ходе торговли, что между этими продуктами и футбольным клубом Arsenal существует связь.

К подобным выводам можно прийти и с позиции системного толкования положений российского законодательства. В пункте 1 ст. 1477 ГК РФ товарный знак определен как обозначение, служащее для индивидуализации товаров. Согласно п. 3 ст. 1484 ГК РФ, контроль правообладателя распространяется лишь на случаи использования обозначения в отношении товаров при условии угрозы смешения. Как подчеркнул Пленум ВС РФ в п. 157 постановления от 23 апреля 2019 г. № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации»: «С учетом пункта 1 статьи 1477 и статьи 1484 ГК РФ использованием товарного знака признается его использование для целей индивидуализации товаров юридических лиц или индивидуальных предпринимателей».

Анализируя данные положения ГК РФ, М.А. Кольздорф справедливо отметила, что в соответствии с ними товарный знак служит для индивидуализации товара. Если же он используется для других целей (например, информационных), то по смыслу «указанных законоположений размещение товарного знака не является использованием и, соответственно, не требует согласия

⁵ *Senftleben M.* Free Signs and Free Use – How to Offer Room for Freedom of Expression Within the Trademark System // Research handbook on human rights and intellectual property / C. Geiger, ed.. Edward Elgar Publishing, 2015 URL: <https://ssrn.com/abstract=2280055>

⁶ Arsenal Football Club plc v. Matthew Reed Case C–206/01.

правообладателя»⁷. При этом следует согласиться с автором и в том, что обозначенный подход не должен открывать возможности для недобросовестного поведения, паразитирования на известности чужого товарного знака. В частности, нельзя признать допустимой ситуацию, когда на товаре не указывается собственный товарный знак или он размещается наряду с товарными знаками третьих лиц таким образом, что потребитель может быть введен в заблуждение о лице, которое предлагает соответствующие товары, и о его связи с правообладателем другого товарного знака.

В своем «развитии» конкретный товарный знак может пройти три этапа. С регистрацией в качестве товарного знака обозначение резервируется за конкретным предпринимателем, который приобретает возможность эксклюзивного использования соответствующего обозначения в отношении товаров (услуг) определенного вида. На втором этапе посредством рекламы, контроля качества маркируемых товарным знаком товаров правообладатель осуществляет продвижение товарного знака. В зарубежной доктрине данный этап иногда называется «программирование товарного знака»⁸. Наконец, на третьем этапе происходит создание «бренд-имиджа». Товарный знак приобретает дополнительную функцию символизации репутации, имиджа правообладателя⁹. С появлением подобной дополнительной функции происходит расширение контроля правообладателя. Он начинает охватывать случаи использования схожих обозначений, в том числе в отношении неоднородных товаров. При этом для установления факта нарушения необязательно введение потребителей в заблуждение относительно источника происхождения товара. Достаточно одной ассоциации с товарным знаком правообладателя, нарушающей правомерные интересы правообладателя.

В зарубежных правовых порядках применительно к таким ситуациям говорят о размывании различительной способности товарных знаков¹⁰. В США выделяют две формы таких нарушений.

Во-первых, размывание посредством стирания различительной способности товарного знака (*dilution by blurring*). В данном случае речь идет о ситуации, когда нарушитель использует для индивидуализации неоднородных товаров (услуг) сходные с известным товарным знаком обозначения, паразитируя на репутации последнего. При этом смешение, введение потребителей в заблуждение относительно источника происхождения товаров отсутствует. Страдает в такой ситуации, прежде всего, функция символизации репутации товарного знака, снижается его различительная способность. Бренд постепенно перестает восприниматься потребителями как нечто элитарное и эксклюзивное.

Во-вторых, размывание посредством опорочивания репутации товарного знака (*dilution by tarnishment*): ответчик использует схожее с известным товарным знаком обозначение для индивидуализации товаров (услуг) при условии, что такое использование может причинить вред репутации бренда, создает негативные ассоциации с брендом. В данном случае речь может идти об использовании обозначения в отношении товаров, которые объективно вступают в противоречие с ценностями бренда; в отношении низкопробных товаров и т.п.

В Германии размывание различительной способности товарного знака также воспринимается как особое нарушение. Им признается использование сходного с известным товарным знаком (точнее – товарным знаком с репутацией) обозначения в отношении неоднородных товаров, нацеленное на паразитирование на репутации товарного знака, которое приводит к ослаблению раз-

⁷ Кольцдорф М.А. Проблемы разграничения правомерного и неправомерного использования результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации // Журнал Суда по интеллектуальным правам, № 15. 2017. март 2017 С. 65–71

⁸ Senftleben M. The Trademark Tower of Babel – Dilution Concepts in International, US and EC Trademark Law // International Review of Intellectual Property and Competition Law. 2009. Vol. 40. No. 1. P. 46 (доступно в Интернете по адресу: http://papers.ssrn.com/abstract_id=1723903).

⁹ Как было отмечено Ю. Хандельманном, «товарный знак – резервуар гудвилл. Он символизирует навыки, репутацию, опыт правообладателя, качество предлагаемых им товаров и услуг. Защитить товарный знак – значит защитить связанную с ним гудвилл, которая обычно расширяется с течением времени. Handelman J. Guide to TTABV practice. N.Y., 2013. P. 8.

¹⁰ Подробнее см.: Ворожевич А.С. Защита брендов: стратегии, системы, методы. М., 2017. С. 120–127.

личительной способности товарного знака. Введение в заблуждение потребителей в таком случае не требуется. В судебной практике различаются, в частности, следующие составы подобного нарушения:

– паразитирование на чужом бренде, предполагающее необоснованный и несправедливый перенос репутации бренда на свои товары, услуги¹¹;

– паразитирование на различительной способности известного товарного знака, когда нарушитель пытается привлечь внимание потребителей к своему товару посредством его индивидуализации броским, известным обозначением¹²;

– использование схожего с товарным знаком обозначения для маркировки ненадлежащих товаров, в результате которого с брендом возникают негативные ассоциации¹³.

В таких случаях учитывается, что подобные действия могут привести к ослаблению привлекательности бренда у потребителей.

В российском праве сегодня отсутствует полноценный институт размывания общеизвестного товарного знака. Между тем нельзя не заметить, что п. 3 ст. 1508 ГК РФ охватывает не только традиционное нарушение исключительного права на общеизвестный товарный знак (предполагающее смешение), но и незаконное использование, которое создает лишь ассоциации с общеизвестным товарным знаком. Применительно к данной норме можно говорить о российском аналоге доктрины размывания различительной способности товарного знака. Атрибутивным признаком такого нарушения является «ущемление законных интересов правообладателя». Под данный критерий легко можно подвести все ситуации, которые рассматриваются в качестве размывания исключительного права в западных правовых системах: снижение различительной способности товарного знака в силу его использования в качестве средства индивидуализации иными лицами в отношении раз-

нообразных товаров; опорочивание репутации товарного знака и т.п.

На первый взгляд может сложиться впечатление, что размыванием можно признать практически любое использование в коммерческой сфере известного товарного знака / товарного знака с репутацией. В действительности это не так. Все развитые правовые системы последовательно как в случае с обычными, так и известными товарными знаками не признают нарушением исключительного права так называемое добросовестное использование товарного знака. Под таким использованием в общем виде понимается использование сходного с товарным знаком обозначения, не относящегося к индивидуализации источника происхождения товаров пользователя. Ниже рассмотрим основные случаи подобного использования.

Основные случаи добросовестного использования сходных с чужим товарным знаком обозначений

Во-первых, товарные знаки могут *свободно использоваться в информационных (в том числе, в целях критики¹⁴), научных, учебных и культурных целях, творческой деятельности*. В данном случае речь идет об использовании чужого товарного знака не в качестве средства индивидуализации своих товаров и услуг. При этом обозначение может упоминаться именно в качестве товарного знака правообладателя, оно не выступает в данном случае идентификатором товаров (услуг), предлагаемых пользователем.

Еще в постановлении от 1 декабря 2009 г. № 10852/09 по делу № А45-15761/2008-8/270 Президиум ВАС РФ констатировал, что «словесное упоминание чужого товарного знака не является использованием товарного знака»¹⁵.

СИП РФ признал правомерным использование:

– товарного знака «ЖелДорЭкспедиция» в статье ответчика, в которой описывался случай про-

¹¹ OLG Köln, Urteil vom 06. Februar 2009, 6 U 147/08.

¹² BGH, 22.11.2001 – I ZR 138/99. Shell.de

¹³ BGH GRUR 1994, 808. Markenverunglimpfung I; BGH GRUR 1995, 57.

¹⁴ В данном случае пользователь также должен избегать нарушений законодательства о рекламе, конкуренции; деловой репутации правообладателя.

¹⁵ Постановление Президиума ВАС РФ от 1 декабря 2009 г. № 10852/09 по делу № А45-15761/2008-8/270.

пажи груза ответчика, воспользовавшегося услугами правообладателя¹⁶;

– товарного знака «Изопрофлекс–А» в информационном сообщении («патент на Изопрофлекс–А отменен») на интернет – сайте¹⁷;

– общеизвестного товарного «STOLICHNAYA» при демонстрации алкогольной продукции в кинофильме¹⁸.

В последнем случае СИП РФ отметил, что «само по себе упоминание товарного знака истца в производстве ответчика не является использованием товарного знака. Основное предназначение товарного знака – обеспечение потенциальному потребителю возможности отличить услуги (товары), предоставляемые или оказываемые одним лицом, среди аналогичных услуг (товаров), предоставляемых или оказываемых другими лицами. В рассматриваемом случае судами установлено, что область деятельности истца и ответчика является различной, в связи с чем отсутствует вероятность смешения предприятия и общества на рынке».

Во-вторых, не должно признаваться нарушением исключительного права на товарный знак **добросовестное использование иным лицом схожего с товарным знаком обозначения в целях описания своих товаров (услуг), раскрытия сущности и признаков товара, его отдельных элементов, содержания маркетинговой кампании ответчика**. Речь идет о тех случаях, когда субъект использует обозначение не в качестве товарного знака, указателя на источник происхождения товара, а в его прямом лексическом значении. При этом пользователь действует добросовестно и не пытается паразитировать на репутации товарного знака.

В США сложилась доктрина добросовестного описательного использования товарного знака (fair descriptive use). Она получила закрепление на законодательном уровне. Согласно § 33(b)(4) Зако-

на Лэнхема¹⁹ использование иным лицом обозначения не в качестве товарного знака, в том числе термина или символа, который является дискриптивным и используется честно и добросовестно, с тем чтобы описать товары или услуги соответствующего субъекта, не считается нарушением исключительного права на товарный знак.

Как отмечается в доктрине, каждый классический спор о добросовестном использовании представляет собой столкновение двух целей: недопущения введения потребителей в заблуждение относительно источника происхождения товаров и поддержания конкуренции посредством раскрытия информации об альтернативах. В таком случае приходится взвешивать про- и антиконкурентные эффекты²⁰.

На основе данной доктрины в одном из дел суд признал описательным использование ответчиком фразы «The dentists' choice for fighting cavities» («Выбор стоматологов для борьбы с кариесом») при рекламе зубной пасты. Как следствие он отказал в удовлетворении иска о нарушении исключительного права на товарный знак «DENTISTS CHOICE» («ВЫБОР СТОМАТОЛОГОВ»), зарегистрированный в отношении зубных щеток²¹.

В другом деле²² ответчик использовал фразу «Seal it with a kiss» («Запечатать с поцелуем») как часть своей маркетинговой кампании: он просил покупателей использовать предлагаемую помаду и поцеловать открытку, которую потом можно было отправить адресату. Конкурент предъявил иск о нарушении его исключительного права на товарный знак «SEALED WITH A KISS» («ЗАПЕЧАТАНО С ПОЦЕЛУЕМ»), зарегистрированный в отношении однородных товаров. Суд отказал в удовлетворении иска, он исходя из того, что используемое ответчиком обозначение носило описательный характер – фраза «Seal it with a kiss» представляет своего рода инструкцию к действию.

¹⁶ Постановление Суда по интеллектуальным правам от 22 июля 2016 г. по делу № А40 128923/2015.

¹⁷ Постановление Суда по интеллектуальным правам от 8 декабря 2015 г. по делу № А56–78444/2014.

¹⁸ Постановление Суда по интеллектуальным правам от 10 февраля 2020 г. по делу № А40–64050/2019.

¹⁹ The Lanham (Trademark) Act (Pub.L. 79–489, 60 Stat. 427, enacted July 5, 1946, codified at 15 U.S.C. § 1051 et seq. (15 U.S.C. ch. 22)).

²⁰ Barnes D. W., Laky T. Classic Fair Use in Trademark: Confusion About Defenses. // Santa Clara Computer and High Technology Law Journal. 2004. Vol. 20. SSRN: <https://ssrn.com/abstract=899781>

²¹ Wonder Labs, Inc. v. Procter & Gamble Co., 728 F. Supp. 1058, 1062–64 (S.D.N.Y. 1990).

²² Cosmetically Sealed Industries, Inc. v. Chesebrough–Pond's USA Co. And JeanPhilippe Fragrances, Ltd., 125 F.3d 28, 2d Cir (1997).

В другом споре²³ ответчик использовал на упаковках панировки обозначение «Fish fry» («Жареная рыба»), сходное до степени смешения с товарным знаком истца «Fish-Fri», зарегистрированным в отношении смесей для панировки. Суд признал подобное использование добросовестным, описательным, так как ответчик использовал обозначение не для целей индивидуализации.

В деле *KP Permanent Make-Up, Inc. v. Lasting Impression I, Inc*²⁴ Верховный суд США признал правомерным использование сходного с чужим товарным знаком обозначения «micro colors» на однородных товарах – краске для перманентного макияжа. В рекламных брошюрах ответчика над изображениями флаконов с выливающимся из них пигментом размещалось обозначение «micro color». Суд посчитал, что такое использование имело описательный характер. При этом, он констатировал, что определенная доля заблуждения потребителей совместима с добросовестным описательным использованием как основанием для отказа в иске.

Доктрина добросовестного описательного использования нашла отражение и в праве Европейского союза. Согласно пункту 1 (b) ст. 14 Европейского Парламента и Совета Европейского Союза № 2015/2436 от 16 декабря 2015 г. «О сближении права государств – членов ЕС в отношении товарных знаков»²⁵, исключительное право правообладателя не распространяется на использование сходных с товарным знаком обозначений для указания на характеристики или свойства товаров или услуг, в частности: их характер, качество, предполагаемое назначение, стоимость, географическое происхождение или время производства или оказания услуг. Схожие положения содержатся в ст. 23 Закона о товарных знаках и иных обозначений ФРГ²⁶.

В российском законодательстве добросовестное описательное использование прямо не названо в качестве случая свободного использования

товарного знака. Вместе с тем данная доктрина нашла отражение в судебной практике. Правомерность добросовестного описательного использования сходных с чужим товарным знаком обозначений оправдывается через п. 1 ст. 1477 и п. 3 ст. 1484 ГК РФ. Как отметил Пленум ВС РФ в постановлении № 10 от 23 апреля 2019 г. со ссылкой на данные нормы, «употребление слов (в том числе имен нарицательных), зарегистрированных в качестве словесных товарных знаков, не является использованием товарного знака, если оно осуществляется в общеупотребительном значении, не для целей индивидуализации конкретного товара, работы или услуги».

Что касается решений по конкретным делам, то в данном случае показательны следующие примеры.

Постановление СИП РФ от 11 апреля 2016 г. по делу № А40-47872/2015

Суд признал правомерным использование в рекламе ресторана быстрого питания обозначения «Палочки оближешь», несмотря на его сходство с зарегистрированным в отношении классов 29, 30, 31, 35, 43-го МКТУ товарным знаком. Как отметил СИП РФ, использование в рекламе словосочетания «Палочки оближешь» не было направлено на индивидуализацию товаров, работ, услуг. Нарушение исключительных прав имеет место только тогда, когда лицо, к которому предъявлены требования о защите исключительных прав на товарный знак, действительно использовало в своей хозяйственной деятельности этот товарный знак в отношении товаров и/или услуг, для индивидуализации которых такой товарный знак зарегистрирован, либо однородных им. Между тем в рассматриваемом деле словесное обозначение, сходное до степени смешения со спорным товарным знаком, ресторан использовал только в контексте высказывания о вкусовых качествах реализуемого товара.

Постановление СИП РФ от 16 июля 2018 г. по делу № А33-25467/2016

²³ *Zatarain's, Inc. v. Oak Grove Smokehouse, Inc.* 698 F.2d 786 (5th Cir. 1983)

²⁴ 543 U.S. 111 (2004).

²⁵ Richtlinie 2015/2436 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.12.2015 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken, URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A32015L2436>

²⁶ Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen (Markengesetz – MarkenG) <https://www.gesetze-im-internet.de/markeng/MarkenG.pdf>

Суды трех инстанций отказали ИП П. в иске о нарушении прав на товарный знак «Оригами» при следующих условиях. Конкурент истца – фирма по доставке суши и роллов «Ёбидоёби» – запустила рекламную кампанию под заголовком «Ёбидоёби покупает. Оригами». При этом она призывала покупателей присылать ей фигурки оригами в обмен на скидки на суши и роллы. Как отметил СИП РФ, простое упоминание словесного обозначения, входящего в объем правовой охраны товарного знака, не является использованием последнего. Особенно это касается случаев, когда такое обозначение несет смысловую нагрузку, используется в прямом словарном значении и безотносительно к товарам и услугам, для которых зарегистрирован знак. При этом СИП РФ обозначил следующие условия, при которых использование словесного обозначения, не является нарушением прав на товарный знак: такое обозначение используется (1) не для целей индивидуализации конкретного товара; (2) в словарном значении; (3) в письменных публикациях или устной речи; (4) не создает вероятность смешения, и как следствие, не вводит потребителей в заблуждение относительно субъектов предпринимательской деятельности, их товаров и услуг, а также экономической связи между этими субъектами.

Постановление СИП РФ от 24 февраля 2016 г. по делу № А56-78052/2014

Обладателем прав на товарный знак, включающий словесное обозначение «CLIMATE-CONTROL» («КЛИМАТ-КОНТРОЛЬ»), было заявлено требование о нарушении его исключительных прав на соответствующий товарный знак. Истец счел, что ответчики используют обозначение, сходное с его товарными знаками до степени смешения, на продаваемых им куртках, а также на страницах сайтов www.laplander.ru и www.pitershoper.ru в предложениях к продаже верхней одежды, в том числе курток. Суды трех инстанций признали требования истца не подлежащими удовлетворению. Согласно позиции правоприменителей ответчики не использовали товарные знаки истца в том виде, как они зарегистрированы, а использовали обозначение

«CLIMATE-CONTROL» в качестве указания на особое свойство товара – климат-контроль.

Постановление СИП РФ от 10 февраля 2021 г. по делу № А63-8862/2020

Ответчик продавал блюдо гиро в ларьке. Правообладатель товарного знака «Гиро» потребовал привлечь его к административной ответственности за нарушение исключительных прав. Суды трех инстанций встали на сторону ответчика. Они исходили из того, что слово «гиро» считается общеупотребительным в кулинарии. ИП использовал его не как средство индивидуализации товара, а как вид блюда греческой кухни

Еще одним случаем правомерного использования чужого товарного знака во всех развитых правовых порядках признается доктрина **номинативного добросовестного использования**. В соответствии с ней допустимым признается использование чужого товарного знака для указания на правообладателя, его товары (услуги, работы) и деятельность при предоставлении потребителям информации о собственных оказываемых услугах или предлагаемых товарах, которые каким-либо образом связаны с товарами (услугами) правообладателя, в том числе в сравнительной рекламе, при условии, что пользователь не выдает свои товары (услуги) за товары правообладателя, не формирует у потребителей представлений о сотрудничестве с правообладателем, поддержки правообладателем товаров.

В данном случае третье лицо использует товарный знак не в качестве указателя на источник происхождения своих товаров (услуг). Такое лицо не стремится выдать свои товары (услуги) за товары правообладателя. Его цель – лишь раскрыть назначение, характеристики, возможные способы использования своих товаров в привязке к товарам правообладателя либо содержание своих услуг.

Согласно статье 14 Директивы Европейского Парламента и Совета Европейского Союза № 2015/2436 от 16 декабря 2015 г. «О сближении права государств – членов ЕС в отношении товарных знаков»²⁷, правообладатель не вправе запрещать третьим лицам использовать товарный знак

²⁷ Richtlinie 2015/2436 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.12.2015 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken, URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A32015L2436>

для индивидуализации или отсылки к товарам/услугам правообладателя указанного товарного знака, в частности, если это необходимо для маркирования назначения товара в качестве комплектующей или запасной части. Такое использование допустимо лишь тогда, когда оно соответствует добросовестной практике в промышленной и коммерческой сфере. В соответствии со ст. 23 Закона о товарных знаках и иных обозначений ФРГ²⁸ правообладатель товарного знака не вправе запрещать третьему лицу использовать в коммерческой деятельности сходные обозначения при условии, что они: используются для того, чтобы раскрыть целевое назначение товара, в частности, в качестве аксессуара или запасной части товаров правообладателя, или услуги, если в таком использовании есть необходимость.

В деле *Gillette v. LA-Laboratories*²⁹ Суд ЕС признал правомерным использование ответчиком товарного знака *Gillette* на упаковке продаваемых им лезвий бритвы, как указателя на товары, к которым могут применяться данные лезвия. Как отметил Суд ЕС, третье лицо может использовать чужой товарный знак в тех случаях, когда это необходимо для предоставления потребителям полной информации о продукте. При этом не должно создаваться впечатление, что указанное лицо коммерчески связано с правообладателем, товарный знак не должен дискредитироваться.

Суды США не признают нарушением использование ответчиком товарного знака для описания продукта истца (правообладателя), а не собственного продукта при наличии ряда условий: товар (услуга) не может быть определен без использования чужого товарного знака; должна использоваться только та часть товарного знака, которая необходима для определения продукта или услуги; пользователь обозначения не должен делать ничего, что могло бы заставить потребителей думать, что правообладатель поддерживает его товары (услуги).

В деле *Tiffany v. eBay*³⁰ суд отказался признать нарушением исключительного права использование компанией *eBay* товарного знака «*Tiffany*» в рекламе, которая описывала подлинные товары *Tiffany*, продаваемые на платформе *eBay*. Как указал суд, компания *eBay* была вынуждена использовать обозначение «*Tiffany*» для того, чтобы идентифицировать продаваемые на интернет-платформе ювелирные изделия.

В другом споре суд признал³¹ правомерным использование телеканалом в рекламе передач обозначения «*Boston Marathon*», зарегистрированного в качестве товарного знака на другое лицо. Суд отметил, что телеканал использует данное обозначение не только для того, чтобы привлечь внимание к своей программе, но и чтобы описать событие, которое будет освещать телеканал. У потребителей не возникнет впечатления, что телеканал получил специальное одобрение на использование обозначения от правообладателя.

В ином деле суд отказался признать нарушением исключительного права использование обозначения «*Volkswagen*» в рекламе компании, осуществляющей ремонт автомобилей³².

Так же, как и доктрина добросовестного описательного использования, номинативное использование прямо не названо в российском законодательстве в качестве изъятия из исключительного права на товарный знак. При этом подобное использование также было признано допустимым на уровне судебной практики на основе общих положений ст. 1477 и 1484 ГК РФ.

Здесь следует пояснить, что в отличие от западных судов российские правоприменители, по всей видимости, не проводят четких разграничений между доктринами добросовестного описательного и номинативного использования. Речь идет в целом про использование обозначения не в целях индивидуализации источника происхождения товара, услуги, а для описания товаров (услуг), предоставления потребителям информации.

²⁸ Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen (Markengesetz – MarkenG) <https://www.gesetze-im-internet.de/markeng/MarkenG.pdf>

²⁹ Case C-228/03, *Gillette Co. v. LA-Laboratories Ltd Oy* [2005] ECR I-2337

³⁰ *Tiffany Inc. v. eBay Inc.*, 600 F.3d 93 (2d Cir. 2010)

³¹ *WCVBTV v. Boston Athletic Ass'n*, 926 F. 2d 42, 46 (1st Cir. 1991)

³² 411 F. 2d 350 (9th Cir. 1969)

Приведем в качестве примера следующие показательные решения российских судов.

Постановление Суда по интеллектуальным правам РФ от 26 мая 2017 г. по делу № А41-50022/2015

Обществу «ПЦ «Пропаганда» – правообладателю товарного знака «Пропаганда» – стало известно о том, что общество «Корстон–Серпухов» осуществляет рекламу мероприятия – выступления певицы В.В. Ворониной. В рекламе указано, что В.В. Воронина является бывшей солисткой группы «Пропаганда». Истец посчитал, что тем самым были нарушены его исключительные права на товарный знак. Между тем суды отказали в удовлетворении требования. Они констатировали, что указание в рекламной продукции на выступление Ворониной В.В., являющейся экс-солисткой музыкальной группы «Пропаганда», является ссылкой на реальные творческие достижения данного исполнителя и не может быть признано незаконным использованием товарного знака истца³³.

Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 06 октября 2011 г. по делу № А40-108056/10-19-956

Ответчиком – Компанией «Пфайзер Интернэшнл ЭлЭлСи» – издавалась рекламная листовка, в которой она рекламировала свой товар – лекарственное средство «дифлюкан». На оборотной стороне листовки имелась таблица, в которой лекарственное средство «дифлюкан» сравнивалось с лекарственными средствами, выпускаемыми другими лицами, в том числе с лекарственным средством истца – ОАО «Фармстандарт» – «флюкостат». По мнению истца, ответчик нарушил его исключительное право на товарный знак «флюкостат». Суд первой инстанции отказал в удовлетворении иска. При этом он исходил из того, что обозначение «флюкостат» в рекламной листовке не направлено на индивидуализацию товара ответчика и не может его индивидуализировать. Смешение производителей товара потребителем в данном случае невозможно, товар с обозначением «флюкостат» не указан в рекламной листовке как товар ответчика. Решение поддержали апелляция и кассация.

Решение Арбитражного суда города Москвы от 30 июня 2017 г. по делу № А40-17841/17-51-166

ИП Л. – правообладатель товарного знака «Мираж», зарегистрированного в отношении услуг 41 класса МКТУ – обратился к акционерному обществу «Радио Ретро» с иском о защите исключительных прав его на товарный знак. Было установлено, что ответчик разместил в Интернете рекламу музыкального шоу «Легенды Ретро FM», в которой в том числе анонсировалось выступление группы «Мираж». Суд в иске отказал, отметив, что «указание третьими лицами товарного знака или сходного с ним обозначения с целями, отличными от цели индивидуализации товаров, работ или услуг, при отсутствии вероятности смешения различных товаров и производителей не является использованием товарного знака»³⁴.

Постановление СИП РФ от 30 сентября 2019 г. по делу № А40-266746/2018

Комбинат «ДОБРЫНИНСКИЙ» требовал компенсацию за упоминание его товарного знака на сайте «ДАРЬЯ-СТ» (ответчика). Ответчик утверждал, что он использовал спорный знак для информирования потребителей о продаже продукции истца в торговом центре «Браво»: контрагент комбината арендовал в нем торговые площади для реализации продукции истца. СИП поддержал ответчика. При этом он констатировал, что упоминание товарного знака в описательных и информационных целях, а не для индивидуализации товаров, не считается его использованием.

Таким образом, можно сделать следующие **промежуточные выводы:**

Как зарубежные, так и российские суды придерживаются строго функционального подхода к товарным знакам и исключительным правам на них. При этом они исходят из того, что контроль (господство) правообладателя распространяется лишь на использование схожих обозначений как средств индивидуализации и продвижения собственных товаров, указателя на источник их происхождения, в результате которого у потребителей может возникнуть впечатление об экономической связи пользователя и правообладателя.

³³ Постановление Суда по интеллектуальным правам РФ от 26 мая 2017 г. по делу № А41-50022/2015.

³⁴ Решение Арбитражного суда города Москвы от 30 июня 2017 г. по делу № А40-17841/17-51-166.

Правомерным в таком случае признается использование сходных с чужим обозначений не в качестве средств индивидуализации своих товаров и услуг (в том числе, при нанесении их на однородные товары), а для следующих целей

– описания товаров (услуг, работ), раскрытия их характеристик, состава;

– информирования потребителей, в том числе для указания на самого правообладателя, его товары и услуги, которые каким-либо образом связаны с товарами правообладателя (например, товары пользователя могут быть использованы в качестве комплектующих к товарам правообладателя); в сравнительной рекламе. При этом пользователь не должен выдавать свои товары (услуги) за товары правообладателя, формировать у потребителей представления о сотрудничестве с правообладателем и т.п.;

– в научных, учебных, культурных целях, творческой деятельности, новостных сообщениях, критических публикациях и обзорах.

Рассмотренные исключения касаются использования как обычных товарных знаков, так и общеизвестных. В таких случаях нет ни традиционного нарушения исключительных прав, ни размывания товарных знаков. Ни одна из раскрытых выше функций товарных знаков в описанных ситуациях не страдает. При этом такое использование связано с удовлетворением общественных интересов (в том числе, в получении потребителями информации о товарах, поддержанию справедливой конкуренции).

Размещение логотипа бренда автотранспортного средства на масштабной модели данного автотранспортного средства как пример добросовестного использования чужого товарного знака

С позиций сформулированных в статье выводов интересен частный случай использования чужих товарных знаков на товарах: использование логотипов брендов (как правило, достаточно известных) автомобильных производителей на масштабных моделях автомобилей в целях создания

точной копии оригинала. Следует подчеркнуть, что в данном случае речь идет об использовании логотипов не на упаковках моделей, а на их капотах, радиаторных решетках и т.д., где соответствующие обозначения используются на реальных автотранспортных средствах.

Начать следует с того, что масштабная модель по своему определению должна представлять собой уменьшенную, но точную копию оригинала³⁵. Очевидно, что без использования отличительных обозначений оригинальных автомобилей – словесных и изобразительных товарных знаков – создать точную копию оригинала будет невозможно. При этом потребители, как правило, заинтересованы в том, чтобы на модели присутствовали все атрибуты реального автомобиля.

Ключевой вопрос, который здесь возникает: нужно ли производителям масштабных моделей получать согласие производителей автомобилей на использование логотипов их брендов при реализации моделей?

Прежде всего необходимо отметить, что использование логотипов брендов автомобилей при производстве масштабных моделей не нарушает прав на товарные знаки, зарегистрированных в отношении автомобилей (12 класс МКТУ). Такие товары не являются однородными. Однородность признается по факту, если товары (услуги) по причине их природы или назначения могут быть отнесены потребителями к одному и тому же источнику происхождения. Однородные товары – товары (услуги), не являющиеся идентичными во всех отношениях, но имеющие сходные характеристики и состоящие из схожих компонентов, произведенных из таких же материалов, что позволяет им выполнять те же функции. Очевидно, что назначение и функции автомобилей и их масштабных моделей существенно отличаются. В таком случае нельзя говорить и о смешении, введении потребителей в заблуждение.

Основная проблема в другом. Во-первых, многие логотипы автомобильных брендов представляют собой общеизвестные товарные знаки, а значит, их правовая охрана распространяется

³⁵ См., например, определение в толковом онлайн-словаре Merriam-Webster. URL: <https://www.merriam-webster.com/dictionary/scale%20model>

и на неоднородные товары. Для признания факта нарушения в таком случае, как уже отмечалось, достаточно ассоциации с общеизвестным товарным знаком и нарушения законных интересов правообладателя. Во-вторых, автопроизводители, как правило, регистрируют свои товарные знаки в отношении различных товаров и услуг, в том числе в отношении игрушек.

Вероятно, и с учетом данных вводных использование логотипа бренда автопроизводителя на масштабной модели реального автомобиля по общему правилу не может признаваться нарушением исключительных прав либо размытием товарных знаков автопроизводителя.

В поддержку данного вывода необходимо заметить следующее.

Логотип автомобильного бренда в таких случаях используется не в качестве указания на источник происхождения товара. Он выступает как элемент внешнего вида существующего в реальности объекта. С учетом многолетней практики создания масштабных моделей, воспроизводящих явления окружающей действительности (автомобилей, зданий, магазинов), потребители вряд ли будут введены в заблуждение по поводу того, что производителем таких моделей является правообладатель логотипа автомобиля. Либо, – по поводу того, что правообладатель каким-либо образом поддерживает реализацию и продвижение моделей, связан с их производителем. В пользу добросовестности производителя масштабных моделей при этом может говорить то, что он ведет бизнес под собственным товарным знаком (если на вывеске его магазинов или сайте, инструкции к моделям размещен его собственный товарный знак и (или) фирменное наименование).

О размытии различительной способности товарных знаков в рассматриваемом случае тоже говорить не приходится с учетом того, что обозначение не используется в качестве средства индивидуализации производителя масштабных моделей.

О нарушении прав на товарный знак автопроизводителя можно вести речь только тогда, когда производитель масштабных моделей недобро-

совестно пытается создать у потребителей видимость того, что соответствующие модели произведены правообладателем автобренда. На это могут указывать заявления ответчика о том, что он является официальным дилером, дистрибьютером моделей, произведенных автопроизводителем; использование в рекламе, сопроводительной документации, инструкциях формулировок типа «масштабные модели бренда такого-то» (вместо: «масштабная модель автомобиля марки...»); отсутствие на товаре, документации, в рекламе указаний на собственный товарный знак ответчика; размещение товарного знака в нетипичном для соответствующих автомобилей месте. Все эти обстоятельства должны рассматриваться судами в совокупности.

Таким образом, следует констатировать, что функции товарных знаков не страдают при использовании логотипов автомобильных брендов на масштабных моделях соответствующих автомобилей за исключением тех случаев, когда производитель такой модели намеренно пытается атрибутировать свои товары известному автопроизводителю.

Использование логотипа автомобиля на масштабной модели подпадает под рассмотренные случаи добросовестного использования чужого товарного знака. По сути, размещение логотипа бренда автомобиля на масштабной модели заменяет фразу: «является точной уменьшенной копией такого-то автомобиля». В таком случае можно сделать вывод, что соответствующий логотип используется на масштабной модели для описания такого товара, информирования потребителей о том, что данная модель является уменьшенной копией автомобиля соответствующего бренда. По одному логотипу пользователь, даже не полностью, осведомленный относительно особенностей дизайна автомобилей различных марок и брендов, безошибочно сможет выбрать³⁶ уменьшенную копию BMW, Mercedes, Audi, Lada и т.п. Можно говорить в таком случае и об использовании чужих товарных знаков в творческой деятельности. Создание уменьшенных копий объектов, существенных в действительности

³⁶ И тем самым удовлетворить просьбу друга, ребенка подарить игрушечный автомобиль соответствующего бренда.

(особенно если мы говорим про модели, которые представляют собой ценность для коллекционеров) представляет собой отдельный вид искусства, творчества.

Другой вариант – использование чужих товарных знаков в масштабных моделях объектов, существующих в действительности, можно рассматривать в качестве самостоятельно способа добросовестного использования. При этом допустимость подобного изыятия из сферы господства правообладателя должна обосновываться через функции товарных знаков и исключительных прав на них. А с позиции нормативного регулирования – применительно к российскому праву – через общие положения ст. 1477 и ст. 1484 ГК РФ. Подобное использование не нарушает функций товарного знака. При этом оно может быть оправдано с позиции общественных интересов. Оно служит развитию рынка масштабных моделей, конкуренции производителей, поддержанию адекватных цен.

В ином случае возникла бы ситуация, когда правообладатель известных автомобильных брендов получил бы без каких-либо дополнительных вложений существенные преимущества и на рынке масштабных моделей. Производители масштабных моделей были бы вынуждены получать у него лицензии на использование соответствующих обозначений, что в конечном итоге сказалось бы на ценах на их продукцию и, соответственно, на потребителях. Более того, условия лицензионных договоров могли бы фактически навязываться производителям масштабных моделей, ведь из-за специфики рынка они не смогли бы продолжить свою деятельность без использования обозначений, представляющих собой логотипы марок транспортных средств. Масштабные модели без нанесения соответствующих обозначений уже не будут представлять точную копию оригинала и, с учетом этого, не будут соответствовать вышеприведенному определению вида товара – масштабная модель. При таких обстоятельствах невозможность нормального функционирования рынка масштабных моделей сама по себе свидетельствует о том, что логотипы марок соответствующих автотранспортных средств используются на масштабных моделях не в качестве средства индивидуализации товара, которое в ином случае могло

бы быть легко удалено или заменено без какого-либо ущерба для самого товара и выполняемой им функции.

В подтверждение нашей позиции рассмотрим несколько показательных решений иностранных судов.

Ключевым прецедентом на уровне ЕС является решение Суда ЕС от 25 января 2007 г. по делу № C-48/05. Фабула дела следующая. Компания Adam Opel – правообладатель логотипа автомобиля «Opel», зарегистрированного в отношении как транспортных средств, так и игрушек. Ответчик – компания Autec AG производит и реализует на территории Германии масштабные модели Opel Astra V8 купе. На решетке радиатора у них размещен логотип «Opel», как и у оригинального автомобиля. Собственный товарный знак ответчика – «Cartronic» – отображен на первой странице инструкции пользователя, прилагаемой к каждой масштабной модели, а также на передней части пульта дистанционного управления. Правообладатель обратился в немецкий суд с требованием запретить ответчику использовать обозначение.

Окружной суд Нюрнберг – Фюрта приостановил разбирательство и передал дело на рассмотрение в суд ЕС в связи с тем, что не мог прийти к однозначному выводу, имело ли место нарушение исключительных прав.

Суд ЕС сделал вывод о неоднородности автомобилей и их масштабных моделей. При этом основное внимание он сконцентрировал на вопросе: правомерно ли использование в данном случае товарного знака Opel, зарегистрированного в отношении игрушек?

В основу решения Суд ЕС положил функциональный подход к товарным знакам. По его мнению, национальному суду при рассмотрении данного спора необходимо ответить на вопрос: повлияет ли такое использование на функции товарного знака или нет? В качестве основной функции товарного знака Суд ЕС при этом назвал гарантирование потребителям происхождения товаров.

По мнению Суда ЕС, в таком случае необходимо учесть, как именно общественность воспринимает знак, размещенный на масштабных моделях автомобиля. Если потребители не рассматривают

логотип как указание на то, что такие продукты производятся компанией Adam Opel или предприятием, экономически связанным с ним, то следует сделать вывод о том, что оспариваемое использование не затрагивает основной функции товарного знака, зарегистрированного в отношении игрушек.

В конечном итоге Суд ЕС сформулировал следующую позицию, согласно которой, если товарный знак зарегистрирован как для транспортных средств (и является общеизвестным), так и для игрушек, правообладатель может запрещать третьему лицу реализовывать масштабные модели транспортных средств с нанесенными на них соответствующими товарными знаками только в следующих ситуациях:

– такое использование влияет или может повлиять на функции товарного знака в качестве такового, зарегистрированного для игрушек;

– если такое использование дает несправедливое преимущество или наносит ущерб различной способности или репутации товарного знака как такового, зарегистрированного для автомобилей.

Не меньший интерес в рассматриваемом случае представляет решение Верховного суда ФРГ³⁷, которое поставило точку в рассмотренном споре между Adam Opel и компанией Autec AG.

Верховный суд констатировал, что правообладатель товарного знака не может возражать против его использования, которое не нарушает ни одну из функций товарного знака.

При этом, вслед за судом апелляционной инстанции Верховный суд пришел к выводу, что использование ответчиком товарного знака истца при производстве масштабных моделей автомобилей не нарушило функций товарного знака как указателя на источник происхождения товара. В отсутствие соответствующего логотипа товар ответчика потерял бы характер масштабной модели автомобиля и стал бы обычной игрушечной машиной. Верховный суд ФРГ учел, что потребители воспринимают логотип «Opel», прикрепленный к масштабным моделям автомобилей, только

как деталь, отображающую реальность, а именно как изображение торговой марки автомобиля в соответствующем месте – и не видят в нем никакого указания на происхождение самой масштабной модели.

При этом Верховный суд заключил, что в данном случае нельзя говорить применительно к обстоятельствам дела о недобросовестном использовании репутации товарного знака, а также отметил, что ответчик использовал свои собственные торговые марки для индивидуализации своих товаров.

Сформулированная позиция по делу Opel получила подтверждение и развитие в еще одном значимом решении Верховного суда ФРГ по делу DACHSER³⁸.

Краткая фабула дела заключалась в следующем. Истец – логистическая компания, правообладатель товарного знака со словесным элементом DACHSER. Истец использует товарные знаки на грузовых автомобилях и складских помещениях. Ответчик – компания, которая производит масштабные модели различных объектов, в том числе, ландшафтов, зданий, транспортных средств. Правообладатель обратился с иском к ответчику в связи с тем, что последний произвел уменьшенные копии грузовика и склада, разместив на них обозначение DACHSER. Он требовал запретить ответчику подобное использование.

Суд первой инстанции удовлетворил иск. Между тем Верховный суд встал на сторону ответчика. Как им было отмечено, создание масштабных моделей предполагает использование репутации товарных знаков, нанесенных на оригинал. Но такое использование носит добросовестный характер. Исключения составляют ситуации, когда субъект пытается использовать репутацию товарного знака в рекламных целях, выходящих за рамки реалистического воспроизведения объекта. Традиция создания детальных игрушечных копий и масштабных моделей существует десятилетия. Общеизвестно, что товарные знаки третьих лиц на моделях не являются независимыми ука-

³⁷ Решение Федерального Верховного Суда ФРГ № I ZR 8808 от 14 января 2010 г.

³⁸ Решение Федерального Верховного Суда ФРГ № I ZR 86/22 от 12 января 2023 г.

заниями на происхождение или качество модели или на договорные отношения, существующие между владельцем товарного знака и изготовителем модели. В данном случае речь идет лишь о воспроизведении оригинального дизайна, имевшего место в реальности.

При этом Верховный суд ФРГ привел примеры использования чужих товарных знаков на масштабных моделях, которые, напротив, могли быть квалифицированы как недобросовестное паразитирование на репутации бренда:

– известный товарный знак автопроизводителя размещен на фантазийном автомобиле, который отсутствует в реальности;

– товарный знак нанесен не в том положении, месте, как на оригинале.

Между тем Верховный суд призвал не абсолютизировать данные факторы. Правоприменитель отметил, что в рассматриваемом деле воспроизведенная ответчиком модель склада не существует в реальности. Однако это не свидетельствует о недобросовестности ответчика. Общественности известно, что в отличие от транспортных средств используемые истцом здания имеют регулярные отличия – некоторые компания арендует, некоторые строит сама. В таком случае произведенная ответчиком модель представляет собой некий обобщенный образ, используемых истцом складов.

Интерес в рассматриваемом аспекте представляет также дело по иску Феррари к производителю карет и старинных автомобилей – компании Брамм, дошедшее до Верховного суда Италии³⁹. Суды пришли к выводу, что точное воспроизведение в уменьшенном масштабе моделей автомобилей Феррари не является незаконным использованием товарного знака компании, поскольку не было ни создания смешения, ни недобросовестного профессионального поведения. Реалистичная репродукция автомобилей Феррари, выполненная компанией Брамм, не нанесла какой-либо ущерб, даже потенциальный, функциям товарного знака Феррари.

Таким образом в настоящей статье была раскрыта доктрина добросовестного использования чужого товарного знака на примере использования логотипов автопроизводителей на масштабных моделях транспортных средств. Также были проанализированы подходы иностранных правовых порядков, позволяющие отличить случаи нарушения исключительного права на товарный знак от случаев добросовестного использования для целей создания точной уменьшенной копии прототипа. Очевидно, что действующие нормы ГК РФ и сформированные на их основе подходы судебной практики позволяют в полной мере применять данную доктрину при рассмотрении аналогичных споров в России.

Список литературы:

1. *Barnes D. W., Laky T.* Classic Fair Use in Trademark: Confusion About Defenses. // Santa Clara Computer and High Technology Law Journal. 2004. Vol. 20. SSRN: <https://ssrn.com/abstract=899781>
2. *Fhima I.* How Does 'Essential Function' Doctrine Drive European Trade Mark Law? // International Review of Intellectual Property and Competition Law 36(4) / https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1597300
3. *Hefter L.R.* U.S. Courts in Quandary over Abandoned Trademarks: Is an Ex-Trademark Protected if It Remains Known and Loved by Consumers? URL: <http://www.finnegan.com/resources/articles/articlesdetail.aspx?news=408a5bd2-a74e-4152-ba14-95e055b2ed3f>
4. *Senftleben M.* Free Signs and Free Use – How to Offer Room for Freedom of Expression Within the Trademark System // Research handbook on human rights and intellectual property / C. Geiger, ed.. Edward Elgar Publishing, 2015 URL: <https://ssrn.com/abstract=2280055>

³⁹ Cassazione civile sez. I – 03/11/2022, n. 32408 // [Iusletter.com](https://iusletter.com) [Electronic resource]. URL: <https://iusletter.com/wp-content/uploads/Cass.civ-03-11-2022-32408-.pdf>

5. *Senftleben M.* The Trademark Tower of Babel – Dilution Concepts in International, US and EC Trademark Law // *International Review of Intellectual Property and Competition Law*. 2009. Vol. 40. No. 1. P. 46 URL: http://papers.ssrn.com/abstract_id=1723903
6. *Ворожевич А.С.* Защита брендов: стратегии, системы, методы. М., 2017.
7. *Городов О.А.* Право промышленной собственности. М., 2011.
8. *Кольцдорф М.А.* Проблемы разграничения правомерного и неправомерного использования результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации // *Журнал Суда по интеллектуальным правам*, № 15. 2017. март 2017.
9. *Орлова В.В.* Теория и практика индивидуализации в сфере интеллектуальной собственности: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03. М., 2005.

Научная статья

УДК 347.77, 347.77.02, 347.772

Для цитирования:

Гец К.В. Товарные знаки в видеоиграх и виртуальных мирах // Журнал Суда по интеллектуальным правам. Декабрь 2023. № 4 (42). С. 11–17.

DOI: 10.58741/23134852_2023_4_9

Geets K.V. Trademarks in video games and virtual worlds // Zhurnal Suda po intellektual'nym pravam. December 2023. N 4 (42). Pp. 11–17. (In Russ.).

DOI: 10.58741/23134852_2023_4_9

DOI: 10.58741/23134852_2023_4_9

Товарные знаки в видеоиграх и виртуальных мирах

**К.В. Гец,**

старший советник по правовым вопросам
ООО «Объединенные Пивоварни Хейнекен»

В статье рассмотрены вопросы, связанные с законностью использования в видеоиграх обозначений, сходных или тождественных товарным знакам. В пределы исключительного права на товарные знаки, зарегистрированные для товаров, работ или услуг, возможных в реализации только для материального мира, не входит их размещение в видеоигру, за исключением случаев рекламы таких объектов, содержащейся внутри игры. Размещение товарных знаков, зарегистрированных для цифровых товаров или услуг (например, для программного обеспечения), напротив, не должно осуществляться в видеоиграх без согласия правообладателя, если такое использование может создать смещение. В других виртуальных мирах с игровым элементом и функцией возмездных отношений между пользователями возможно потенциальное использование товарных знаков для услуг, которые могут быть оказаны посредством цифровой среды.

Ключевые слова:

товарный знак; Интернет; видеоигры; нарушение исключительного права.

Действие норм гражданского законодательства в цифровой среде давно стало обычным явлением. Для целей правоприменения Интернет все меньше отличается от материального мира: многие право-

отношения, возникающие в нем, регулируются точно так же, как классические, доцифровые.

Более того, законодательство содержит специальные нормы, посвященные регулированию

отдельных правоотношений в Интернете. К примеру, нормативно закрепленный способ осуществления исключительного права на товарный знак – его размещение в Интернете, «в том числе в доменном имени и при других способах адресации» (подп. 5 п. 2 ст. 1484 ГК РФ). К таким видам использования можно отнести, например, размещение знака на сайте, в URL, в упомянутом доменном имени, в контекстной рекламе. Использование обозначения, тождественного или сходного с товарным знаком, для однородных товаров в упомянутых объектах цифровой среды несет реальную ответственность, – дел, связанных с такими нарушениями, рассматривается великое множество.

Подобное использование связано с поведением определенных субъектов в цифровой среде¹, которое направлено на извлечение реальной прибыли.

Однако ситуация усложняется, когда внутри цифровой среды появляется еще одна, и взаимоотношения в ней строятся, во многом, на правилах этой второй, внутренней среды. К таким «средам» можно отнести видеоигры и другие виртуальные миры.

Т.Я. Хабриева и Н.Н. Черногор отмечают появление ряда отношений в сфере правового регулирования, обусловленных цифровизацией, в том числе «связанных с совершением действий в виртуальном пространстве, направленных на возникновение, изменение и прекращение правоотношений, реализацию прав и исполнение обязанностей, образующих юридическое содержание» [6].

В 2008 г. зарубежные исследователи писали, что судебные процессы, связанные с товарными знаками, давно распространились на Интернет, а «виртуальные миры могут быть просто следующими зонами для распространения закона о товарных знаках в цифровой среде [online]» [10].

Можно ли говорить о распространении правоотношений на цифровые миры, в которых игровой процесс является доминирующим и основным элементом? Может ли «игровое» использование

существующих средств индивидуализации считаться использованием, входящим в состав исключительного права? Ответы на этот вопрос влекут серьезные последствия: от необходимости получения лицензии на каждый использованный таким образом товарный знак, что будет влиять не только на стоимость конечного продукта, но и на возможность его окончательного выхода, до пределов ответственности нарушителей – разработчиков или игроков, создающих внутри виртуального мира предметы, «маркированные» товарными знаками (оружие, одежду, здания и т.д.).

Сложность определения «реальности» правоотношений и возможности применения норм права к тем, которые возникают в цифровом пространстве (в особенности, в видеоиграх), проиллюстрированы В.В. Архиповым: «Цифровой поворот характеризуется “компьютеризацией” культуры, задающей новые частные юридические проблемы и общий контекст универсальной проблемы семантических пределов права» [1]; «другие социальные практики, задаваемые цифровым поворотом (в том числе, практики общения в социальных сетях как новой разновидностью новых же медиа...), также подталкивают нас к проблеме семантических пределов права, **но, в отличие от игр**, подобные практики изначально были ориентированы на **реальную**, даже если не всегда **серьезную**, коммуникацию (выделено автором, – К.Г.)» [1].

Рассмотрим вопросы законности использования товарных знаков в двух видах цифровых пространств – видеоиграх и других, более «серьезных» виртуальных мирах.

Товарные знаки для материальных товаров или работ/услуг, которые не могут быть оказаны в цифровой среде, в видеоиграх

Для начала необходимо определить, что такое видеоигра. С точки зрения законодательства об интеллектуальной собственности, это – объект авторского права, рассматриваемый исследователями либо как программа для ЭВМ, либо – как база

¹ Нельзя не упомянуть об известных сложностях с идентификацией субъектов в Интернете. Между тем эти сложности в большинстве своем преодолены, и можно утверждать, что зачастую нарушитель является либо определенным, либо – определяемым.

данных или сложный объект². При этом в таком объекте могут быть использованы другие произведения. По сути, видеоигра – программа, предполагающая интерактивное участие пользователя с ограниченной свободой действий, нередко – по заранее определенному сценарию, в цифровой среде, созданной разработчиком. Г.В. Алексеев и В.П. Кириленко отмечают: «Новым способом выражения творчества стало создание условий виртуальной реальности, в которой каждый представитель зрительской аудитории получает свободу действий. В таких произведениях интерактивность определяет общий творческий результат» [4].

Хотя видеоигры можно классифицировать разными способами, для целей настоящей работы разделим их на одиночные (где механикой не предусмотрено взаимодействие пользователей внутри этой среды между собой) или многопользовательские (возможность одновременного интерактивного участия двух и более пользователей и взаимодействие между ними). Неважно, является ли игра симуляцией реальности или отражает выдуманный, фантастический мир. Не важен жанр, платформа, на которой игра распространяется, и необходимость подключения к Интернету для участия в игре (некоторые одиночные игры требуют такого подключения): для настоящего исследования важна интерактивность и цифровая составляющая мира. При этом Интернет, упоминавшийся в начале работы, имеет колоссальное значение: большинство игр, даже одиночных, сейчас распространяются посредством специальных онлайн-платформ (Steam, Epic Games). Поэтому при квалификации тех или иных действий внутри игры как нарушающей исключительное право на товарный знак, платформы, распространяющие игру, также могут быть признаны нарушителями.

Приведем несколько возможных ситуаций, связанных как с одиночными, так и с многопользовательскими видеоиграми, в которых потен-

циально могут отражаться обозначения, являющиеся товарными знаками в реальном мире.

1. Одиночная игра является симулятором бизнес-модели, где игрок создает магазин, в котором продаются продукты с обозначениями из «реального» мира, или симулятором гонок, в функциональные возможности которой входит улучшение машины «реальными» запчастями.

2. Многопользовательская игра с тем же функционалом, где предметом внутренней торговли между игроками могут быть объекты из примера выше. При этом «валюта» – исключительно игровая.

3. Многопользовательская игра с тем же функционалом, предусматривающая возможность продавать предметы за реальные деньги.

4. В игре (любого вида) представлена продукция из «реального мира», маркированная реальными же товарными знаками, но исключительно в негативном ключе (например, персонажи критикуют ту или иную продукцию).

5. В игре (любого вида) содержатся сцены – отдельные видеоролики – с упоминанием или явной рекламой реально существующих товаров, с предложением их купить в реальном мире по реальным адресам. При этом ролики могут быть как интегрированы в виртуальное пространство (игрок может увидеть их, лишь зайдя в определенную локацию), так и принудительно показываться игроку в ходе игрового процесса.

6. В игре (любого вида) используются товарные знаки, зарегистрированные для цифровых товаров или услуг (например, название другой игры, технологической разработки, название компании-разработчика, и т.д.).

Примеры не исчерпывающи и далеко не абстрактны. В частности, пример № 1 достаточно распространен на рынке игровой индустрии: так, игры, в которых виртуальный мир является симуляком реального (действие происходит в реальных или близких к реальности городах), нередко

² См., например: *Архипов В.В.* Интеллектуальная собственность в индустрии компьютерных игр: проблемы теории и практики // Закон. 2015. № 11. С. 61–69; *Данилов И.С.* Особенности правового режима видеоигр // Предпринимательское право. 2022. № 2. С. 75–80. Отметим и справедливую критику, связанную с одинаковым режимом литературных произведений для разных компьютерных программ: «Все компьютерные программы признаются однотипными: операционные системы и социальные сети, программы-поисковики и интерактивные приложения; при условии оригинальности они охраняются авторским правом» [4].

содержат множество предметов, знакомых игроку. Такие предметы моделируются, очевидно, максимально близко к существующим: это могут быть чипсы «Lays», либо «Lyas», автомобили или запчасти к ним «Mazda» или «Nissan» с дизайном, идентичным или близким действительно существующему дизайну³.

В зарубежной литературе отмечается тенденция увеличения реальности в современных видеоиграх, где могут быть воссозданы «большие части города или целые города... Хотя разработчики игр могут не воспроизводить целые города из-за нехватки времени или художественного выбора, они могут в достаточной степени воссоздать архитектуру города, чтобы создать реалистичное ощущение [у игрока]» [14].

Если потенциально рассматривать любое моделирование товаров из материального мира с обозначением, охраняемым в качестве товарного знака для этих товаров, как входящее в состав исключительного права, то во всех случаях будет явное незаконное использование. Разница (как в примерах с чипсами) может быть в том, что в первом случае обозначение – тождественное, а во втором – сходное. Рассматривая виртуальный мир как отражение или симуляцию мира реального, можно формально понимать такое «использование» в смысле ст. 1515 ГК РФ: налицо и тождество, и фактор однородности (чипсы как товар класса 29 МКТУ и виртуальные «чипсы» как средство утоления голода персонажей).

Но должно ли считаться такое «использование» входящим в пределы исключительного права на товарный знак? Есть ли тут, действительно, однородность и возможность смешения? Интуитивно кажется, что нет.

Попробуем обосновать, что исключительное право на товары, работы или услуги, создание которых возможно только в материальном мире, не распространяется на вторичные, вымышленные цифровые среды – видеоигры.

Товарный знак или знак обслуживания – зарегистрированное в установленном порядке обозначение, служащее для индивидуализации товаров, работ или услуг (далее в настоящей работе будет

использоваться общий термин – «товарный знак»). Функции товарного знака достаточно обширны, но основная – индивидуализация тех объектов, в отношении которых он зарегистрирован. Среди других исследователи отмечают: «Выделение товаров или услуг одного экономического субъекта на рынке, указание на определенное качество объекта, указание места его происхождения, рекламная функция» [3], «привлекательность бренда» [9]. Г.Ф. Шершеневич отмечал, что при незаконном использовании товарного знака нарушается как «интерес публики, если под поддельным знаком ей предлагается товар худшего качества», так и «интерес купца, установившего впервые репутацию товара, но уже независимо от того, будет ли товар под поддельным знаком хуже настоящего или равного или даже высшего качества» [8].

Сфера действия исключительного права, содержащаяся в ст. 1484 ГК РФ, также ограничена индивидуализацией соответствующих объектов. Хотя перечень способов использования не является исчерпывающим, ГК РФ, как указывает В.О. Калятин, «содержит важное ограничение, вытекающее из определения самого товарного знака в ст. 1477 Кодекса: функциональное назначение». За пределами функции индивидуализации «право на товарный знак не действует. Владелец такого исключительного права не может, например, запретить использование товарного знака в названии романа или его изображение на картине» [5].

Соответственно, все действия, охватываемые исключительным правом на товарный знак, в том числе в цифровой среде, должны относиться только к тем товарам, работам или услугам, в отношении которых знак зарегистрирован, или однородным им. Это правило должно применяться и к видеоиграм – произведениям с вымышленным миром, внутри которых отсутствуют материальные товары, возможность выполнения работ и услуги из материального мира, которые не могут быть оказаны в цифровой среде. Если товары, относящиеся к знаку, «принадлежат» к материальному миру (еда, бытовая техника, мебель и т.д.), едва ли можно говорить о том, что действие знака распространяется на их цифровые образы, кроме тех слу-

³ Последний пример можно наблюдать в серии гонок «Need for Speed».

чаев, когда посредством них реализуется реально существующий товар.

Приведем и позицию А.С. Ворожевич, выделенной в содержательных границах исключительных прав на товарные знаки ряд случаев свободного использования последних, среди которых – использование в творческой деятельности. Отмечается, что «речь идет об использовании чужого товарного знака не в качестве средства индивидуализации своих товаров и услуг... Притом, что обозначение может упоминаться именно в качестве товарного знака правообладателя, оно не выступает в данном случае идентификатором товаров (услуг), предлагаемым пользователем» [2]. В качестве примеров А.С. Ворожевич приводит дела об использовании, в первом случае, маркированной товарным знаком «Stolichnaya» бутылки водки в фильме (российское дело, будет упоминаться нами далее)⁴, и, в другом, использование товарного знака «Barbie» в песне группы Aqua (американское дело). В обоих случаях в удовлетворении требований правообладателям было отказано [2].

Представленные позиции вместе с формулировками п. 2 ст. 1484 ГК РФ свидетельствуют, что использование соответствующих обозначений не для целей индивидуализации продукции, относящейся к товарному знаку, которая вводится в гражданский оборот, находится за пределами исключительного права на товарный знак. Соответственно, и **исключительное право на товарный знак не включает в себя его использование в цифровой среде для симулякров продуктов, в отношении которых знак зарегистрирован.**

Во-первых, потому, что **речь идет не о реальном товаре, работе или услуге, а об их цифровых аналогах**, находящихся исключительно внутри виртуального мира видеоигры. Это не товары или услуги, вводимые в гражданский оборот, а лишь смоделированная в цифровом пространстве часть вымышленного виртуального мира, связанная исключительно с этим миром.

Во-вторых, **создание такой «продукции» (вернее, изображений такой продукции), «вы-**

полнение работ» или оказание «услуг», даже за реальные деньги, **не создает смешения с правообладателем знака** – разработка видеоигр и, например, автомобилей, или выполнение работ по строительству – слишком разные, и, разумеется, не однородные виды деятельности. Так, игрок гоночного симулятора, в котором, среди прочих, есть автомобили Mazda, вряд ли будет считать, что компания-владелец этого товарного знака является ее разработчиком. Здесь необходимо отметить, что игрок может полагать, что игра создавалась совместно с тем или иным производителем. Тем не менее для российского права (в отличие от американского, о котором пойдет речь ниже) и такое использование не будет входить в состав исключительного права на товарный знак, но может быть связано с другими нарушениями: деловой репутации, или объектов авторского права (пример рассмотрим ниже). Аналогично, вряд ли игрок подумает, что те или иные товары и услуги, представленные в виртуальном мире, относятся к одноименным реальным производителям: задача многих игр – создание альтернативной реальности или воссоздание нынешней, но, тем не менее, в своем собственном, цифровом мире.

В-третьих, несмотря на дискуссионность подходов о гражданско-правовой природе объектов виртуального имущества⁵, представляется, что и **«продажа» таких «товаров»** (одежды, снаряжения и т.д.), и **выполнение «работ»** (строительство виртуальных зданий), и **оказание услуг внутри виртуального мира** (изменение внешнего вида персонажа, ускорение игровых процессов и т.д.) с точки зрения МКТУ будут **услугами, связанными с видеоиграми** или **программным обеспечением**. Этот вывод, как видится, должен дополнительно свидетельствовать об отсутствии однородности и смешения: правообладатель видеоигры не выступает в таком случае субъектом, реализующим товары или оказывающим услуги посредством чужого товарного знака. Аналогичный вывод можно сделать и для случаев «пародийного» использования товарного знака (изображение видео-

⁴ Приведенное дело – А40-64050/2019 – интересно с точки зрения рекламного права как пример органичной интеграции продукта в произведение искусства.

⁵ На взгляд автора, это будет имущество с очень ограниченным – как минимум, соответствующей виртуальной средой, – но абсолютным правом; при этом в обороте будет участвовать имущественное право на этот объект.

измененных, но очевидных для игрока товарных знаков из реального мира)⁶.

Таким образом, виртуальные аналоги соответствующих продуктов не должны считаться относящимися к тем, которые охраняются товарным знаком, и тем более не должны считаться однородными.

Приведем позицию В.В. Архипова: «Если правоприменительное решение нацелено на общественное отношение, предмет которого несерьезен (не имеет социально-валютной ценности) и при этом фантазиен (его функциональность не соответствует функциональности, соотносимой с центральным значением понятия, используемого в соответствующем правовом тексте), такое решение будет абсурдным, и потому оно не может применяться и (или) должно быть отменено» [1]. В данном случае предметы всегда будут фантазийными – цифровые предметы, являющиеся симулярами реальных, с ними не соотносятся, поскольку не выполняют своих основных, «материальных» функций. Использование предметов внутри цифрового пространства без возможности покупки за реальные деньги исключает социально-валютную ценность, что ведет к невозможности применения нормы об использовании товарных знаков. Их покупка за деньги, хотя и наделяет предмет ценностью, тем не менее не уничтожает фантазийность: отсутствие однородности и смешения исключают возможность такого применения.

Поэтому законодательные пределы исключительного права на товарный знак, зарегистрированный только для предметов, работ или услуг, которые возможно создать, выполнить или оказать только в материальном мире (например, строительство, приготовление или доставка еды), не включают его отображение в видеоиграх в составе предметов, относящихся в реальном мире к товарному знаку.

Релевантной практики в России по исследуемому вопросу нет. Тем не менее, поскольку видеоигры – объекты авторских прав (виртуальная среда выступает одной из форм искусства, в которой может быть реализована попытка отражения ре-

ального мира, создана фантастическая вселенная или ее часть), рассмотрим существующую, но немногочисленную практику по включению товарных знаков в произведения.

Отметим, что исследование ограничено видеоиграми, поскольку они существенно отличаются от других объектов авторского права – даже во многом аналогичных по режиму неигровых компьютерных программ. Игры или многопользовательские виртуальные миры отличаются интерактивностью, большей вовлеченностью пользователя в процесс, а иногда и другими возможностями: взаимодействия разработчика с игроком на коммерческой основе, например, продаже ему предметов; функцией обмена такими предметами или торговли между игроками; наконец – наделением игроков функцией создания каких-либо объектов. В таких предметах или объектах потенциально может быть использован товарный знак. Как отмечали К. Доэрти и Г. Ластовка, «проблемы, связанные с товарными знаками в отношении видеоигр сегодня, вероятно, довольно близки к проблемам, возникающим в кино. Одно важное отличие заключается в том, что в видеоигры играют, а не просто смотрят» [10].

В 2022 г. суды апелляционной и кассационной инстанции отказали в признании нарушением исключительных прав на товарные знаки «Ми», «Ка» и другие их размещение в названии книги «Ударные вертолеты России Ка-52 «Аллигатор» и Ми-28Н «Ночной охотник»». Знаки были зарегистрированы, в том числе, для печатной продукции, а один из них был общеизвестным. Апелляционный суд отметил: «Название литературного произведения как часть произведения не является средством индивидуализации товара и не является способом использования товарного знака либо сходного с ним до степени смешения обозначения, поскольку существенным признаком такого использования является цель – индивидуализация товаров юридических лиц или индивидуальных предпринимателей». Было также указано: «Оспариваемое истцом название книги является обозначением произведения литературы, а не сред-

⁶ Последний вопрос является не менее интересным, но он выходит за пределы настоящего исследования.

ством индивидуализации товара – книги, направленным на ассоциацию его с ответчиком»⁷.

Суд кассационной инстанции, оставляя в силе нижестоящий акт, сделал следующий вывод: «При оценке факта нарушения исключительного права на товарный знак следует устанавливать, использовано слово, зарегистрированное в качестве товарного знака, для индивидуализации товара или в ином качестве (например, как название литературного произведения)... **данный правовой подход применяется в правоприменительной практике при демонстрации товарного знака в художественном фильме не в целях рекламы** (выделено автором, – К.Г.). В таком случае такая демонстрация не признается использованием товарного знака по смыслу статьи 1484 ГК РФ и не приводит к нарушению исключительного права на него, если при этом не создается риск смешения и такое использование не вводит потребителей в заблуждение»⁸.

В обоих актах была сделана ссылка на п. 157 постановления Пленума ВС РФ от 23 апреля 2019 г. № 10, в котором установлено правило свободного использования словесного товарного знака в его общеупотребительном значении. Суд по интеллектуальным правам, что примечательно, указал, что такой вид использования был приведен в постановлении Пленума в качестве примера.

В конце 2022 г. Суд по интеллектуальным правам выпустил обзор практики по вопросам использования товарного знака для целей, не связанных с индивидуализацией товаров юридических лиц

или индивидуальных предпринимателей⁹. Приведем один из выводов, содержащихся в обзоре: «Показ товарного знака в художественном фильме не в целях рекламы не является использованием товарного знака по смыслу статьи 1484 ГК РФ и не приводит к нарушению исключительного права на него, если при этом не создается риск смешения».

В качестве примера приведено одно из дел, в котором истец обратился за взысканием компенсации в связи с использованием его товарных знаков, в том числе общеизвестного, в связи с демонстрацией товара – водки – в художественном фильме. Суд по интеллектуальным правам согласился с выводом нижестоящих судов в том, что **«само по себе упоминание товарного знака в произведении не является использованием товарного знака по смыслу статьи 1484 ГК РФ** (выделено автором, – К.Г.). При этом кадры с изображением водки были органично интегрированы в сюжет фильма, передавая характер и привычки главного героя, и не носили сведений рекламного характера»¹⁰. Вопрос органичной интеграции будет рассмотрен ниже, однако этот ключевой вывод, как видится, можно применять и к видеоиграм, также являющимися объектами авторского права¹¹.

Вопрос использования товарного знака (в контексте ст. 1484 ГК РФ) в фильмах обсуждался в ходе одного из модельных дел на заседании Научно-консультативного совета при Суде по интеллектуальным правам¹². Большинство ученых высказало

⁷ Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 20 июня 2022 г. № 09АП-31342/2022-ГК по делу № А40-157360/2021.

⁸ Постановление Суда по интеллектуальным правам от 21 октября 2022 г. № С01-1831/2022 по делу № А40-157360/2021.

⁹ Утвержден постановлением Президиума Суда по интеллектуальным правам от 24 октября 2022 г. № СП-21/24.

¹⁰ Постановление Суда по интеллектуальным правам от 10 февраля 2020 г. № С01-1426/2019 по делу № А40-64050/2019. В обзоре сразу после рассматриваемого дела приведено другое, также связанное с защитой прав на товарный знак, упоминавшийся в фильме. Приведем следующую выдержку из него: «Упоминание “Городское такси” в телевизионном художественном фильме не является использованием товарного знака в гражданско-правовом смысле, поскольку **реальная (действительная) деятельность со стороны ответчиков по оказанию услуг по перевозке пассажиров и грузов с использованием товарного знака «Городское такси» не осуществлялась** (выделено автором, – К.Г.); при создании телевизионного художественного фильма «Мент в законе-3» «За все в ответе» принадлежащий ООО «ТАКСИ» товарный знак «Городское такси» не был включен в состав аудиовизуального произведения самостоятельно (отдельно) от визуального ряда, не осуществлялось включение графического и словесного элементов товарного знака на пленку, кадр в виде самостоятельного элемента // Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 21 марта 2012 г. по делу № А40-46200/11-110-373.

¹¹ Отдельные отличия режима произведений от программ для ЭВМ не меняют вывод о возможности применения указанных положений.

¹² Протокол № 22 заседания Научно-консультативного совета при Суде по интеллектуальным правам // Журнал Суда по интеллектуальным правам. № 3. 2020. С. 4–33.

мнение о том, что такое использование не должно считаться нарушением.

В рамках этого дела обсуждались также и вопросы, касающиеся использования товарных знаков в рекламных роликах¹³.

Пункт 9 ч. 2 ст. 2 ФЗ от 13 марта 2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе» исключает из сферы действия закона «упоминания о товаре, средствах его индивидуализации, об изготовителе или о продавце товара, которые органично интегрированы в произведения науки, литературы или искусства и сами по себе не являются сведениями рекламного характера»¹⁴. Представляется, что демонстрация товара в рамках произведения – включение его в кадр фильма или для видеопроизведения – создание модели с товаром и включение ее в игровой мир – сама по себе должна считаться органичной интеграцией.

Тем не менее отдельные виды демонстрации товара внутри произведения (можно привести пример долгого или неоднократного акцентирования внимания на товаре из реального мира, на котором указан реальный адрес, где его можно приобрести; другой пример – чересчур реалистичное изображение реально существующего товара в игре с крайне нереалистичной графикой, хотя такие изображения могут включаться с целью создать абсурдную ситуацию) могут быть признаны неорганичной интеграцией, которые квалифицируются как реклама. Более того, реклама может быть включена

в виде отдельного ролика внутри видеоигры, в том числе кат-сцены, или демонстрироваться пользователям принудительно, прерывая игровой процесс (последним славятся мобильные игры). Реклама, в свою очередь, входит в состав как функций товарного знака, так и исключительного права на него, поэтому такая демонстрация может быть признана использованием товарного знака по смыслу подп. 4 п. 2 ст. 1484 ГК (или, если участие в игре предполагает обязательное подключение к Интернету, одновременно с подп. 5). Такая проблема, тем не менее, может быть связана с возможным нарушением исключительных прав только в тех случаях, когда на рекламируемых товарах незаконно размещен товарный знак (например, рекламируется подделка). В другой ситуации довольно сложно представить добровольную рекламу товара внутри произведения, которая не санкционирована и не оплачена его правообладателем. Напротив, обычно реклама включается в произведение именно по желанию рекламодателя – правообладателя товарного знака.

Зарубежный исследователь Д.К. Старк отмечает: «M&Ms, Doritos, 7-UP и другие спонсировали создание игр на основе своих брендов. Кроме того, во многих играх заметно присутствует реклама в виртуальном мире, которая продвигает различные продукты, и различные компании спонсируют загружаемые дополнения к играм» [14]¹⁵.

¹³ Рекламные ролики также можно считать произведениями, но они имеют дополнительный режим, связанный с законодательством о рекламе.

¹⁴ Приведем следующую известную позицию ФАС России из дела, которое приводится далее по тексту: «Органично интегрированной в то или иное произведение можно признать информацию о товаре или лице, которая является составной частью общего сюжета произведения (отдельной его части) и выступает в качестве дополнительной характеристики героя или созданной ситуации. При этом такие **товар** или организация **не представлены в виде, когда внимание концентрируется именно на них, на их достоинствах и иных характеристиках**, они не подменяют главных персонажей в произведении (отдельной его части), не нарушают сюжета и не могут быть изъяты из него без ущерба для целостного восприятия произведения (выделено автором, – К.Г.)» // Решение ФАС России от 11 июля 2014 г. по делу № 3-21-15/00-08-14. Ранее эта позиция содержалась в Письме ФАС России от 25.05.2011 № АК/20129 «О признании рекламы неорганично интегрированной в теле-, радиопередачу». В разъяснениях ФАС России прошлого года, посвященным в большей степени интернет-рекламе, в качестве примеров органичной интеграции приводились «упоминание о новинках косметики в видеороликах или постах бьюти-блогеров, а также обычное (органичное) употребление и использование блогерами товаров по назначению, например, продуктов питания, одежды, посуды в видеороликах». Случаи, «когда внимание акцентируется на товаре в видеоролике, в том числе за счет описания его характеристик, свойств или высказывания положительного отношения блогера к нему», не являются органичной интеграцией и признаются рекламой // <https://fas.gov.ru/news/32269> (дата обращения – 18 июля 2023 г.)

¹⁵ Далее приведем положения, связанные с пределами действия права на товарный знак в американском законодательстве (в настоящей работе этот вопрос будет исследован ниже): «Традиционные формы спонсорства, включая рекламные щиты, заметное размещение продукта, а также явные экраны-заставки и сообщения, привели бы потребителя к выводу, что игра поддерживается и одобряется владельцем товарного знака. Такой тип использования приближается к уровню явного введения потребителя в заблуждение. Без таких традиционных спонсорских ассоциаций вероятность явного введения потребителя в заблуждение была бы низкой» [14].

Отметим, что сама возможность такого использования может быть связана с нарушением рекламного законодательства, особенно для товаров со специальными условиями и требованиями к рекламе.

Яркий пример подобного дела связан с российским фильмом 2014 г. «Вий», в конце которого демонстрируется дорожный указатель с тремя табличками: «London», «Хортиця» и «Moscow». Рядом со словом «Хортиця» размещено обозначение в виде стилизованной буквы «X», зарегистрированной как товарный знак для алкогольных напитков и используемой на одноименной (Хортиця) водке. ФАС России признал использование такого обозначения рекламой по ряду причин¹⁶.

В завершение раздела приведем другое известное дело, рассмотренное в 2009 году. В нем защищались права на товарные знаки «Louis Vuitton», использованные в рекламе сока «Сокоc». Суды встали на сторону истцов, сделав ряд достаточно спорных выводов. Среди них: «использование в рекламном ролике... чемоданов и сумок, на которых имеются изображения, сходные до степени смешения с изобразительным товарным знаком истца в виде стилизованных цветков, могло ввести в заблуждение потребителей рекламы относительно самого рекламируемого товара и вызвать ассоциативный ряд с аксессуарами и товарами истца». Кроме того, было указано на негативный характер персонажа, использующего сумки «Louis Vuitton», который, видимо, мог повлиять на восприятие потребителями этой продукции. Хотя в этом деле является спорным как выбранный способ защиты, так и многие выводы (видится странной возможность смешения у потребителей таких разных товаров, как сок и одежда дорогого сегмента), подобная практика развития не получила¹⁷.

Подведем некоторые итоги.

Использование в видеоиграх изображений товаров с размещением на них товарных знаков из реального мира не должно считаться использованием знака за исключением редких случаев рекламы – как в виде включенных в игру роликов, так и в виде неорганичной рекламной интеграции. Акцентирование внимания потребителя на том или ином товаре, работе или услуги из материального мира, квалификация соответствующей информации как рекламы уже охватывается исключительным правом на товарный знак, и, кроме того, может иметь последствия в части нарушения рекламного законодательства.

Иные способы создания цифровых моделей товаров с нанесенными на них товарными знаками (или размещение знаков обслуживания внутри игры) находятся за пределами исключительного права, поскольку такое использование не связано с индивидуализацией товаров, работ или услуг субъекта в гражданском обороте. Такие «товары», «работы» или «услуги» не связаны с реальным миром – они находятся не просто внутри цифровой среды, а внутри вымышленного, цифрового, определенным образом сконструированного интерактивного мира.

Поэтому случаи, выделенные в примерах № 1–4, не должны охватываться исключительным правом на товарный знак. Случай № 4, возможно, при определенных обстоятельствах может наносить ущерб деловой репутации реально существующей компании, однако нарушения исключительного права здесь не будет. Случай № 5 будет входить в состав исключительного права, но на практике нарушение будет в очень редких случаях ввиду специфики способа использования знака – в рекламе (которая, в случае с играми, скорее будет инициирована правообладателем знака, чем разработчиком; случаи нарушения, которые возмож-

¹⁶ Приведем две выдержки из решения: «По сюжету художественного фильма упоминание “Хортиця” не используется в словесном или буквенном выражении для характеристики местоположения, местности или объекта»; «данный видеоряд не может быть признан органично интегрированным в художественный фильм и непосредственно связанным с сюжетом фильма “Вий” по географическому признаку, поскольку содержит не просто название географического объекта, носящего тождественное название с названием водки “Хортиця”, а также и изображение стилизованной буквы “X”, что в том числе, в совокупности с графическим сходством изображения с товарным знаком, не может быть никаким образом связано с конкретным географическим объектом – островом на реке Днепр. Используемые элементы зарегистрированы в качестве товарных знаков... и индивидуализируют водку “Хортиця”» // Решение ФАС России от 11 июля 2014 г. по делу № 3-21-15/00-08-14.

¹⁷ Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 5 августа 2009 г. № КГ-А41/4778-09 по делу № А41-5137/08.

ны, связаны с рекламой контрафактной продукции внутри игры, которые также видятся не слишком реалистичными).

Использование товарных знаков, зарегистрированных для цифровых товаров или услуг

Ситуация кардинально меняется, когда в цифровой среде используется товарный знак, зарегистрированный для цифровых товаров или услуг, который действительно может ввести потребителей в заблуждение. В подобных случаях компания, ведущая деятельность в цифровой среде, обладающая собственными средствами индивидуализации, вправе запрещать их использование третьими лицами для тех же товаров или услуг.

Еще в 1987 г. в зарубежной литературе отмечалось: «Товарные знаки для компьютерных программных продуктов... часто представляют наиболее ценный актив компании [most valuable proprietary right]. Это особенно ценно для компаний, которые первыми вводят продукт, такой как автоматическая электронная таблица, поскольку товарный знак для этого продукта может обеспечить его моментальное узнавание... Кроме того, многие издатели программного обеспечения продают целую линейку продуктов под одним товарным знаком или в сочетании с другими. Если у издателя есть сильный товарный знак, основанный на других его предыдущих продуктах, новые продукты могут моментально завоевать доверие благодаря этому знаку» [15]¹⁸.

Так, например, использование в главном меню игры названия компании-разработчика, зарегистрированного как товарный знак, будет явным нарушением прав последней, поскольку может ввести пользователей в заблуждение.

Соответственно, регистрация товарного знака в классе 42 МКТУ для услуг «разработка видео-

и компьютерных игр» позволяет запрещать его использование внутри игры, – по меньшей мере, такое, которое создаст вероятность смешения у потенциальных потребителей (игроки могут думать, что в разработке участвовала соответствующая компания, производящая программы для компьютерных игр, или сами игры).

Аналогично может создать смешение включение знаков, зарегистрированных для цифровых услуг, которые могут относиться к видеоиграм («сервисы аутентификации пользователей», «создание компьютерной графики для видеопроекций», «тиражирование компьютерных программ» – класс 42 МКТУ; «услуги игровые, предоставляемые онлайн через компьютерную сеть» – класс 41; «передача цифровых файлов» – класс 38).

Здесь также необходимо отличать услуги «цифровые» от услуг «реальных»: смешение возможно только в отношении первых – нельзя назвать использованием товарного знака включение в состав видеоигры «услуг» реально существующей компании по доставке еды.

Отечественная практика на момент завершения исследования также не содержит репрезентативного материала, способного продемонстрировать ту или иную тенденцию в разрешении подобных споров.

Приведем два дела.

Интересным, хотя и неоднозначно рассмотренным, является дело 2011 г., в котором истец – правообладатель товарного знака «S.T.A.L.K.E.R. Shadow of Chernobyl», зарегистрированного, в том числе, для видеоигр – обратился в суд в связи с использованием знака в названии браузерной игры, находившейся на сайте, относящемся к доменному имени stalker-online.su. Суды трех инстанций отказали в удовлетворении требований ввиду отсутствия возможного смешения. Последнее было связано с различиями, по мнению судов, обозна-

¹⁸ В этой же работе представлен любопытный подход американского патентного ведомства на регистрацию товарных знаков для программного обеспечения в 80-х годах прошлого века: «Первоначальной реакцией ведомства на знаки для компьютерных программ был отказ в регистрации на том основании, что программа является нематериальной системой или процессом. Ведомство утверждало, что в этом случае не было товаров, к которым бы относился товарный знак. Кроме того, широко распространенная ссылка на «названия программ» создавала впечатление, что эти термины были каким-то образом общими [generic] и свободными для общего использования. Текущая позиция ведомства заключается в том, что, когда программа преобразована в физическую форму, ее следует рассматривать как отдельный продукт, а знак, выбранный для обозначения программы, следует рассматривать как товарный знак, указывающий на собственный источник происхождения» [15].

чений по «звуковым (фонетическим), графическим (визуальным) и смысловым (семантическим) критериям». Выводы судов автору настоящего исследования видятся во многом спорными¹⁹, в особенности при наличии явного сходства обозначений, очевидной однородности, и с учетом популярности одноименной товарному знаку игры в те годы (смешение видится достаточно серьезным).

Несмотря на отрицательные для истца в этом деле выводы, подобное использование товарного знака, зарегистрированного для цифровых товаров – видеоигр – может быть признано нарушением исключительных прав, поскольку обладает сходством и однородностью.

Другой пример из недавнего дела – использование дизайна автобуса в компьютерной игре. Пример также не вполне репрезентативный, поскольку речь идет об объекте авторского права. Необходимо, впрочем, отметить, что используемый объект дизайна охранялся в качестве промышленного образца, сведения о котором содержатся в решении (хотя защита все равно осуществлялась через нормы авторского права). Тем не менее примечательны следующие выводы: во-первых, автобус в цифровом пространстве был признан производным произведением, что видится спорным (очевидно, что «оцифровка» существующего объекта дизайна не связана с творческой деятельностью и не является переработкой в авторско-правовом смысле; в таком случае можно говорить о воспроизведении объекта). Во-вторых, в акте апелляционной инстанции указано, что суд первой инстанции, «самостоятельно оценив сходство дизайна

автобуса ЛиАЗ 5292 с объектом «автобус» ответчика и убедившись в том, что в компьютерной игре использован объект, **при восприятии которого у пользователя возникают ассоциации именно с произведением искусства** – дизайном автобуса ЛиАЗ 5292, сделал правильный вывод о нарушении ответчиком исключительных прав истца» (выделено автором, – К.Г.)²⁰. Не вдаваясь в применимость критерия восприятия произведения при определении его переработки (как видится, это несвязанные вещи), попробуем представить, что автобус был зарегистрирован в качестве объемного товарного знака и иск был подан именно в защиту исключительного права на знак. Мог ли быть сделан такой же вывод о восприятии потребителем одного объекта за другой, который создает смешение, и влечет удовлетворение иска? Вероятно, да, даже несмотря на малореальность и нелогичность конструкции смешения материально-цифровым.

Таким образом, о возможном смешении при использовании товарного знака в видеоигре можно говорить лишь в том случае, если знак связан с цифровыми товарами или услугами, и такое использование вводит потребителя в заблуждение (о разработчике, использованных технологиях и т.д.).

Товарные знаки в видеоиграх в американской практике

Как указывает В.К. Форд, «базовая цель Lanham Act [Закона США о товарных знаках] – предотвратить путаницу среди потребителей об источни-

¹⁹ В акте кассационной инстанции указано: «Словосочетание “shadow of Chernobyl” – это устойчивое выражение... “S.T.A.L.K.E.R.” в товарном знаке не имеет доминирующего значения, в связи с чем все элементы товарного знака должны рассматриваться не как отдельные слова, а во взаимосвязи со смысловым содержанием словосочетания и целевым назначением регистрации товарного знака» // Постановление Федерального арбитражного суда Уральского округа от 12 августа 2011 г. № Ф09-5031/11 по делу № А60-43209/2010. Учитывая, что элемент «S.T.A.L.K.E.R.» на товарном знаке в несколько раз больше, чем остальные, и явно «бросается» в глаза, его следовало бы признать доминирующим. Возможно, это кардинально бы поменяло решение, поскольку сам товарный знак был зарегистрирован, в том числе, для видеоигр. Акт апелляционной инстанции содержал следующие выводы: «Смешения в сознании потребителей между обозначением, используемым ответчиком, и товарным знаком истца не происходит, поскольку потребителем продукции как истца, так и ответчика является специфическая аудитория, обладающая знанием в области компьютерных технологий и специализированных терминов, используемых в сети Интернет» // Постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 6 мая 2011 г. № 17АП-2842/2011-ГК по делу № А60-43209/2010. Примечательно, что сравнивать шрифт и его размеры при определении использования товарного знака в доменном имени нельзя, поскольку последние всегда выполнены в одном шрифте (зависящем от браузера) строчными буквами. Графический элемент в таких случаях сравнивать нельзя. Фонетический и семантический критерий слова «Сталкер», являющегося доминирующим в товарном знаке, однозначно совпадал. Наличие остальных слов в товарном знаке исключало тождество, но не сходство обозначений.

²⁰ Постановление Десятого арбитражного апелляционного суда от 23 марта 2023 г. № 10АП-25064/2022 по делу № А41-70691/2022.

ке происхождения товаров, но Закон распространяется более, чем просто на возможность путаницы об источнике. Он также охватывает случаи, где использование товарного знака может вызвать путаницу о “принадлежности, связи или ассоциации” между правообладателем знака и производителем товаров, что обычно обозначается как ложная связь или ложные утверждения об одобрении. Такие утверждения могут касаться использования знака в рекламе или на утилитарных товарах, а также использования знака в названии или основной части творческого произведения, таких как книга, фильм или видеоигра» [11].

Американский закон о товарных знаках, таким образом, имеет более широкое действие, чем российский. Пределы действия исключительного права, определенные российским гражданским законодательством, не охватывают случаи использования знаков в произведениях (за исключением случаев рекламы), а также при их использовании для целей ложного одобрения той или иной продукции, если только эта продукция не охватывается товарным знаком.

В США при исследовании законности использования товарного знака в видеоиграх широкое распространение получил тест Роджерса (Rogers test), впервые примененный в 1989 г. в деле *Rogers v. Grimaldi*²¹. Дело было связано с использованием товарного знака в названии произведения – фильма Ф. Феллини «Джинджер и Фред». Суд, отказывая в удовлетворении требований, сделал следующий вывод: «Если название, имеющее, по крайней мере, некоторое художественное отношение²², явно не вводит в заблуждение относительно содержания произведения, оно не является ложной рекламой в соответствии с Lanham Act... Это ограждает от ограничений названия, имеющие, по крайней мере, минимальную художественную значимость, которые неоднозначны или лишь неявно вводят в заблуждение, но оставляют уязвимыми для заявлений об обмане названия, которые явно вводят в заблуждение относительно источника или содержания, или которые вообще

не имеют художественной значимости». Тест, таким образом, создает определенный баланс между свободой слова и пределами права на товарный знак, используемый в произведении, в американском законодательстве.

При этом, как отмечают исследователи, тест Роджерса применяется только к произведениям, но не к рекламе [11].

В 2008 г. этот тест был применен для случаев использования товарных знаков в видеоиграх в известном деле *E.S.S. Entertainment 2000, Inc. v. Rockstar Games, Inc.*²³. Спор был по поводу виртуального здания стриптиз-клуба «Pig Pen» в игре *Grand Theft Auto: San-Andreas*. Истец владел стриптиз-клубом «the Play Pen» в Лос-Анджелесе, и подал иск по поводу использования товарного знака и фирменного стиля (trade dress) ответчиком в игре.

Суд не стал рассматривать иск по существу, анализируя критерии использования товарного знака ответчиком, поскольку посчитал его действия защищенными первой поправкой к Конституции США. Апелляционный суд согласился с тем, что добросовестного использования (nominative fair use) в данном случае нет, поскольку эта доктрина применяется к случаям использования знаков в целях сравнения, критики или ориентира. В данном же случае ответчики не использовали тождественное обозначение для описания клуба истца.

Суд применил тест Роджерса, исследовав, (i) имеет ли художественное отношение использованный знак к основному произведению и (ii) вводит ли он в заблуждение относительно источника или содержания произведения.

Было отмечено, что уровень художественной относимости использованного знака к произведению «должен быть выше нуля». Район, в котором стояло заведение истца, со всем, что этот район характеризует, «имеет отношение к художественной цели [ответчика], которая заключается в создании мультипликационной пародии на Восточный Лос-Анджелес». Для того, чтобы это сделать, ответчику необходимо воссоздать те предприятия и здания,

²¹ *Rogers v. Grimaldi*, 875 F.2d 994 (2d Cir. 1989).

²² В оригинале используется слово «relevance», которое для исследуемого теста можно переводить двумя способами: относимость обозначения к основному произведению, или художественное значение этого обозначения для произведения.

²³ *E.S.S. Entertainment 2000, Inc. v. Rockstar Games, Inc.*, 547 9th Cir. 2008.

которые составляют этот район, поэтому суд пришел к выводу о наличии «некоторого художественного отношения».

Следующим был исследован вопрос о том, «могут ли игроки думать», что виртуальное заведение ответчика как-то связано с истцом, или что истец спонсировал игру ответчика. Приведем следующие выводы: «Ничто не указывает на то, что покупающая публика разумно поверила бы, что [истец] разработал видеоигру или, если уж на то пошло, что [ответчик] управлял стриптиз-клубом... Также кажется неправдоподобным, что кто-то, играющий в San Andreas, мог подумать, что [истец] предоставил всю свою компетенцию, поддержку или уникальные знания о стриптиз-клубах, которыми она обладает, для создания игры»²⁴.

Этот тест и в дальнейшем использовался в подобных делах. В 2017 г. Э. Зангрилло писал, что «во всех судебных округах большинство решений принимается в пользу [правообладателей произведений]» [16]. Одним из дел, которые он приводил в пример, был весьма известный спор по поводу использования товарного знака «Dillinger» на оружии в видеоигре «The Godfather»²⁵. Тест Роджерса также был применен в этом деле в пользу ответчика, поскольку «использование [товарного знака] не было явно вводящим в заблуждение или приводящим к путанице. Истец утверждал, что оружие с товарным знаком рекламировалось как “возможно, самое мощное оружие, доступное в игре”, однако суд счел это утверждение необоснованным. Суд указал, что товарный знак не был “фактором успешных продаж игры [selling point of the game]”, тем самым установив высокую планку для явно вводящего в заблуждение элемента» [16]. Использование в этом деле обозначения, как отметил суд, «имело некоторое художественное значение для создания мафиозного мира». Другой важный вывод из этого дела: «Чтобы “вводить в заблужде-

ние”, произведение ответчика обязательно должно иметь какое-либо утверждение о спонсорстве или одобрении истца, помимо простого использования его наименования или других характеристик»²⁶.

Комментируя это дело, А. Папазян отмечает, что «[хотя] критерий “художественного отношения” теста Роджерса разрешает использовать товарный знак во имя Первой Поправки, есть надежда, что второй критерий – “явное введение в заблуждение” – может помочь сбалансировать интерес правообладателей товарных знаков с конституционными интересами разработчиков» [12].

Он же приводит в качестве одного из примеров дело, связанное с использованием вертолета «Bell» (обозначение охранялось как товарный знак) в игре «Battlefield 3». Сайт видеоигры, помимо прочего, рекламировал вертолет. Автор исследования отмечает, что доводы истца в этом деле свидетельствовали о введении в заблуждение по тесту Роджерса, но до разрешения делу по существу его урегулировали мирным путем. Возможное решение могло создать для ответчиков «проблемный прецедент, который мог бы остановить до сих пор безудержное нелегальное использование разработчиком товарных знаков и сходных обозначений» [12]. В одном из судебных актов было указано, что, в отличие от дела *E.S.S. Entertainment 2000, Inc. v. Rockstar Games, Inc.*, «вполне вероятно, что потребители подумали бы, что [истец] предоставил [свой] опыт и знания для игры, чтобы создать реалистичную симуляцию реальной работы вертолетов производства Bell. [Истец] утверждает, что его вертолетам “придается особое значение” [в игре]... и возможность управлять транспортными средствами, такими как рассматриваемые вертолеты, является основной причиной успеха игры... следовательно, потребители могли бы

²⁴ Напомним, что такие действия, в отличие от российского законодательства, входят в пределы права на товарный знак. Отметим, что истец приводил и довод о том, что путаница возможна, поскольку игроки могут игнорировать сюжетную линию и проводить неограниченное количество времени в виртуальном здании ответчика. Суд не согласился с ним и отметил, что «возможность посетить виртуальный стриптиз-клуб однозначно не является главным преимуществом игры». Представляется, что второстепенность этого здания, его незначительность и возможность игрока проходить основную часть сюжета, не заходя в него, сыграла немаловажную роль, поскольку игра была основана на другой, не связанной с деятельностью истца, сюжетной линией.

²⁵ *Dillinger, LLC v. Electronic Arts*, No. 1:09-cv-1236-JMSDKL, 2011 WL 2457678 (S.D. Ind. June 16, 2011).

²⁶ *Dillinger, LLC v. Electronic Arts*.

с полным основанием думать, что [истец] спонсировал игру»²⁷.

В противовес этому делу В.К. Форд приводит другое, также связанное с использованием товарных знаков на виртуальной военной символике – *Novalogic, Inc. v. Activision Blizzard*²⁸. Истец, как отмечается, владел товарными знаками «Delta Force», которые использовались для компьютерных и видеоигр. Ответчик использовал тождественное обозначение и похожий логотип в игре «Call of Duty: Modern Warfare 3». Суд защитил такое использование, применив тест Роджерса. Критерий художественной относимости был «легко» выполнен, поскольку обозначения «способствуют реалистичности игры из-за реального существования элитного подразделения американской армии Delta Force» [11]. Относительно возможности введения в заблуждение суд процитировал решение по делу *Dillinger, LLC v. Electronic Arts* в части, касающейся необходимости упоминаний спонсорства или одобрения правообладателя товарного знака, который использован в производстве. Таких заявлений со стороны ответчика не было, и суд «пошел еще дальше, и указал, что даже если бы некоторые потребители и были сбиты с толку, это не имело бы значения, поскольку путаница не была бы вызвана вводящим в заблуждение заявлением [ответчика]» [11].

В США здания могут охраняться не только как произведения архитектуры, но и как товарные знаки. Д.К. Старк пишет, что их защита в качестве знака «доступна для узнаваемого использования экстерьера или интерьера здания. Определяющей характеристикой будет то, используется ли здание для [производства или продажи] товаров или [оказания] услуг» [14]. Он же указывает, что использование объектов архитектуры в видеоиграх «редко приводит к потребительской путанице по поводу спонсорства игры... Пока разработчик не решит создать “Домашнюю базу McDonald’s” или другую подобную локацию, которая содержит важную [игровую] миссию или повторяющиеся взаимодействия, использование не будет похоже на спонсорство» [14].

Можно сделать вывод, что американский подход защищает большинство случаев включения товарных знаков в видеоигру. Такими случаями могут быть не только интеграция реальных зданий с реально существующими товарными знаками в виртуальный мир, но и использование товарных знаков для виртуальных аналогов продукции. Такие способы использования защищаются свободой слова. Для определения баланса используется специальный тест, который определяет художественную относимость использованного знака к производству и возможность введения потребителей в заблуждение.

Между тем случаи введения в заблуждение потребителей относительно спонсорства, одобрения (в отдельных актах указывается, что наличие таких указаний необходимо для вывода о введении в заблуждение) или иного взаимодействия между разработчиком игры и правообладателем товарного знака (например, передачи знаний о тех или иных аспектах своих товаров или бизнеса), а также рекламы реальных товаров в виртуальной среде уже охватываются законом о товарных знаках и не соотносятся со свободой слова.

Приведем пример дела с товарным знаком для «цифровых» товаров, использованным в игре. Правообладатель видеоигры «Battle Chess» и одноименного знака, зарегистрированного для компьютерных программ, подал иск к ответчику-правообладателю видеоигры «Battle vs. Chess». Суд, исследовав ряд критериев для определения нарушения (сходство товарных знаков, однородность товаров, маркетинговые каналы, силу знака истца и степень осторожности, которая может быть проявлена потребителями), установил предварительные обеспечительные меры, запретив ввод в гражданский оборот игры ответчика, в том числе посредством Интернета²⁹. В дальнейшем решение было вынесено в пользу истца.

В противовес предыдущим делам, где смешения продукции не могло быть ввиду ее разнородности, здесь налицо были аналогичные товары – видеоигры со сходными названиями. Поэтому

²⁷ *Electronic Arts, Inc. v. Textron, Inc. et al*, No. 3:2012cv00118 – Document 79 (N.D. Cal. 2012).

²⁸ *Novalogic, Inc. v. Activision Blizzard*, 78 41 F. Supp. 3d 885 (C.D. Cal. 2013).

²⁹ *Interplay Entertainment Corp v. TopWare Interactive, Inc et al*, No. CV 10-7168-DMG (JCGx), Doc. 13.

к сделанным выводам необходимо добавить и случаи смешения цифровой продукции, связанной с программным обеспечением, обозначения которой включены в видеоигру. Нельзя не отметить противоположность выводов в этом деле и в весьма схожем по существу отечественном по поводу игры S.T.A.L.K.E.R.

В завершение раздела приведем еще несколько примеров, отмеченных отечественными и зарубежными исследователями. Польский автор А. Пеховка пишет об американском деле 2020 г., в котором суд, применив тест Роджерса, разрешил компании Blizzard использовать военные автомобили (вернее, их симулякры) с товарными знаками в игре из серии «Call of Duty»: «Если реализм является художественной целью, то присутствие в современных военных играх транспортных средств, используемых настоящими военными, несомненно, способствует достижению этой цели». Другой ее пример – разрешение в 2012 г. судом Парижа использования логотипа «Ferrari» в серии игр «Grand Theft Auto», на основании, как и в США, свободы слова и отсутствия риска введения потребителей в заблуждение [13].

В американском деле, приведенным в пример А.Ю. Чуриловым, компания BMW подала иск к компании TurboSquid, занимающейся разработкой 3D-моделей, в том числе автомобилей истца. Как указывает автор, «при решении подобных споров суды цитируют решение Верховного суда, в соответствии с которым введение в заблуждение при незаконном использовании товарного знака возможно только в отношении материальных товаров, к которым очевидно не будут относиться 3D-модели, размещенные на сайте» [7].

Другие виртуальные миры и другие вопросы

Насколько применимы выводы, сделанные в настоящей работе, для других, с меньшим «игровым» характером, виртуальных миров? Не всякая виртуальная вселенная ориентирована исключительно на игровое взаимодействие, хотя оно может оставаться одной из отличительных ее черт, а само пространство являться по сути игровым.

Уровень «серьезности» взаимодействия внутри некоторых пространств может быть таким же, как и в реальном мире. Можно привести примеры юридических фирм, которые приобретают часть виртуального пространства внутри игровой вселенной и открывают там виртуальные офисы – с целью вполне реального заработка³⁰.

Определяя виртуальный мир в контексте информационных технологий, В.В. Архипов понимает под ним «симулируемую компьютерными средствами относительно постоянную среду, в которой пользователи взаимодействуют друг с другом посредством обособленных виртуальных репрезентаций (“аватар”» [1]. Такое взаимодействие, при наличии в виртуальном мире функционала «серьезных», коммерческих отношений между игроками, не всегда связанных с игрой, может включать в себя полноценное оказание услуг (разумеется, тех, которые возможно оказать внутри цифровой среды) и, соответственно, использование при этом товарного знака.

Применительно к товарам и работам, относящимся к материальному миру, выводы будут те же: нельзя говорить об использовании товарного знака до тех пор, пока виртуальный мир не содержит вполне реальной рекламы реальных товаров, которые можно реально приобрести (вывод сделан для российского права).

Применительно к услугам, которые могут реально оказываться внутри цифрового пространства (например, те же юридические услуги – можно легко представить консультацию, осуществляемую посредством аватара), выводы могут поменяться: в этом случае игровой элемент отпадает, отходит на второй план. Лицо, используя реально существующее обозначение, зарегистрированное в качестве товарного знака, для соответствующих услуг, получает вполне реальную прибыль, пусть в среде с игровыми, интерактивными элементами. Оказание ряда юридических услуг возможно и посредством цифрового пространства. Здесь нет отличий от переписки с клиентом через электронную почту. В этом случае оказание услуг в виртуальной среде не будет отличаться от обыч-

³⁰ <https://www.infotrack.com/blog/law-firms-in-the-metaverse/>. Подобные новости были известны с 2007 г. – <https://metanews.com/law-firms-in-the-metaverse/>

ных, оказываемых в Интернете. Соответственно, и привычное использование товарного знака в Интернете (например, на сайте) будет эквивалентно такому использованию.

При этом выводы, сделанные в настоящей работе, оставляют нераскрытыми много вопросов: могут ли они применяться к другим средствам индивидуализации? Вероятно – да, поскольку функция таких средств связана с индивидуализацией объектов материального мира – например, юридических лиц для фирменных наименований, или товаров с определенными характеристиками для наименований мест происхождения товаров или географических указаний.

Между тем вопросы применения таких выводов для объектов патентного права являются не такими однозначными, как минимум из-за возможности патентования цифровых разработок.

Авторское право защищает любую форму произведения от использования, в том числе цифровую, поэтому говорить о применимости выводов настоящей работы к произведениям нельзя. Более того, использование объектов дизайна в видеоиграх может быть признано нарушением исключительного права (как это было в недавнем российском деле с дизайном автобуса).

Наконец, сложным и неоднозначным является вопрос определения использования товарного знака (в тех случаях, где он все-таки использован), когда стороны (правообладатель знака и разработчик) находятся в разных странах. Может ли первый подать иск ко второму? Если да, то в какой суд?

В начале работы уже упоминался Интернет. Видеоигры сейчас распространяются, в основном, через специальные онлайн-сервисы. Поскольку такое распространение связано с Интернетом, к подобным отношениям можно применять выработанные критерии направленности, исследуя, на-

правлял ли свою деятельность разработчик на сторону истца (использовал ли язык его государства внутри видеоигры, делал ли игру доступной для продажи в этой стране, и т.д.). При положительном ответе юрисдикция государства истца может быть установлена, как это делается сейчас для интернет-споров по поводу использования товарных знаков. Проблема заключается в том, что многие онлайн-платформы изначально предлагают свои услуги по продаже игр в большом количестве стран мира. И ключевой возможностью для разработчика избежать разбирательства с правообладателем товарного знака, о котором он никогда не слышал, будет выбор языков для своего продукта. Между тем и этот фактор выглядит не слишком надежно. Выбор, к примеру, английского языка будет вынуждать искать товарные знаки уже в нескольких довольно крупных странах, в отдельных из которых, помимо зарегистрированных объектов, существует охрана знаков нормами общего права.

Наконец, другие спорные случаи связаны с использованием игроками внутри виртуального онлайн-мира чужих товарных знаков для оказания соответствующих услуг (включая такое использование, которое охватывается, например, правом США). Ответы на эти вопросы сформулировать не так просто, поскольку они связаны не только с определением юрисдикции, применимого права в случае спора, но и множества дополнительных факторов, связанных с типом использования товарного знака – входит ли оно в состав исключительного права, или нет.

Между тем последние примеры выглядят даже в далекой перспективе единичными случаями, в то время как суды по поводу использования товарных знаков на цифровых изображениях материальной продукции, например, в США, известны давно.

Список литературы:

1. *Архипов В.В.* Семантические пределы права в условиях медиального поворота: теоретико-правовая интерпретация: дисс... докт. юрид. наук. СПб. 2019. 403 с.
2. *Ворожевич А.С.* Границы исключительных прав, пределы их осуществления и защиты: дисс... докт. юрид. наук. М. 2021. 546 с.
3. *Калятин В.О.* Интеллектуальная собственность (исключительные права). М. Норма. 2000. 480 с.

4. *Кириленко В.П., Алексеев Г.В.* Проблема реализации прав на интерактивные произведения в современном информационном пространстве // *Право и информация: вопросы теории и практики.* Вып. 7. Сб. материалов международной научно-практической конференции. Президентская библиотека. СПб. 2018. С. 144–150.
5. *Коллектив авторов.* Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации. М. Статут. 2018. 928 с.
6. *Хабриева Т.Я., Черногор Н.Н.* Право в условиях цифровой реальности // *Журнал российского права.* 2018. № 1. С. 85–102.
7. *Чурилов А.Ю.* Товарные знаки в цифровую эпоху // *ИС. Промышленная собственность.* 2018. № 7. С. 47–54.
8. *Шершеневич Г.Ф.* Учебник торгового права. Изд-е 9. М. Московское научное издательство. 1919. 373 с.
9. *Davis J.* Intellectual Property Law. Fourth Edition. Oxford. Oxford University Press. 2012. 415 p.
10. *Dougherty C., Lastowka G.* Virtual Trademarks // *Santa Clara High Technology Law Journal.* Vol. 2. Issue 4. 2008. Pp. 749–828.
11. *Ford W.K.* Restoring Rogers: Video Games, False Association Claims, and the «Explicitly Misleading» Use of Trademarks // *The John Marshall Review of Intellectual Property Law.* 16:306. 2017. Pp. 306–328.
12. *Papazian A.* Let's Stop Playing Games: A Consistent Test for Unlicensed Let's Stop Playing Games // *William & Mary Business Law Review.* Vol. 8 (2016–2017). Issue 3. Pp. 577–603.
13. *Piechówka A.* When video games meet IP law // *WIPO Magazine.* 2021. No. 2. Pp. 8–12.
14. *Stark D.K.* Grand Theft Architecture: Architectural Works in Video Games After *E.S.S. Entertainment v. Rockstar Games* // *Berkeley Technology Law Journal.* 2010. Vol. 25. Issue 1. Pp. 429–464.
15. *Yoches E.R.* Protection of computer software by patents, trade secrets, and trademarks // *Tort & Insurance Law Journal.* Vol. 22. 1987. No. 3. Pp. 354–387.
16. *Zangrillo A.* The Split on the *Rogers v. Grimaldi* Gridiron: An Analysis of Unauthorized Trademark Use in Artistic Mediums // *Unauthorized Trademark Use in Artistic Mediums.* *Fordham Intellectual Property Media and Entertainment Law Journal.* Vol. 27 No. 2. 2017. Pp. 385–428.

Научная статья
УДК 347.772

Для цитирования:

Костин А.В. Доктрина функциональности объемных товарных знаков // Журнал Суда по интеллектуальным правам. Декабрь 2023. № 4 (42). С. 11–17.

DOI: 10.58741/23134852_2023_4_10

Kostin A.V. Functionality doctrine of three-dimensional trademarks // Zhurnal Suda po intelektual'nym pravam. December 2023. N 4 (42). Pp. 11–17. (In Russ.).

DOI: 10.58741/23134852_2023_4_10

DOI: 10.58741/23134852_2023_4_10

Доктрина функциональности объемных товарных знаков



А.В. Костин¹,
магистрант Юридического института НИ ТГУ

Автор статьи рассматривает понятие, содержание и цели доктрин утилитарной и эстетической функциональности объемного товарного знака через правоприменительную практику и доктрину. Автором также анализируются противоречия между теорией идентификации и теорией конкуренции при рассмотрении конкретного судебного дела.

Ключевые слова:

объемный товарный знак; доктрина утилитарной функциональности; доктрина эстетической функциональности; правовая охрана товарных знаков; кумулятивная правовая охрана.

С начала регистрации объемных товарных знаков в России наибольшую популярность приобрела регистрация форм товаров и их упаковок. Однако такая практика привела к тому, что товар, в котором выражен объект патентных прав, стал регистрироваться в качестве объемного товар-

ного знака, что привело к кумулятивной правовой охране. Характерная пересекающаяся правовая охрана содержит в себе ряд возможностей для злоупотреблений. Во-первых, попытка монополизации отдельных товарных рынков за счет получения квазипатентной монополии в правовом

¹ Научный руководитель: С.В. Бутенко., к.ю.н., доцент.

режиме товарного знака, исключительное право которого может продлеваться неограниченное число раз. Во-вторых, право взыскивать мультипликационные компенсации, превышающие реальные убытки, за счет использования норм разных правовых институтов. В связи с этим возникла необходимость разграничения объемных товарных знаков и объектов патентных прав, чтобы воспрепятствовать переносу последних в область средств индивидуализации, т.к. правовой институт товарного знака начинает использоваться как замена патентному праву, что несправедливо и не основано на духе закона.

Россия не является единственной юрисдикцией, в которой эти проблемные аспекты начали проявлять себя на практике. Еще в начале прошлого века суды США выработали доктрину функциональности, способную разграничить объекты патентных прав и объемные товарные знаки.

Согласно указанной доктрине, в качестве товарного знака не может быть зарегистрировано обозначение, которое имеет прикладное назначение (обладает утилитарной функциональностью), поскольку регистрация подобного обозначения может парализовать конкуренцию на ценных рынках из-за неограниченного срока правовой охраны. Поэтому «функциональность гарантирует, что конкуренты могут копировать функции товара, необходимые им для эффективной конкуренции» [11].

В наиболее цитируемом судами США деле «Traffic» указано, что «характеристика продукта является функциональной и не может служить товарным знаком, если она необходима для использования или назначения изделия, или влияет на стоимость или качество изделия»² (здесь и далее перевод автора). D.A. Rettew указывает: «Нечто является функциональным, если оно лучше работает в этой форме» [13].

Например, Loggerhead Tools, LLC подала заявку на регистрацию товарного знака, представляющего собой форму гаечного ключа в движении (рис. 1).

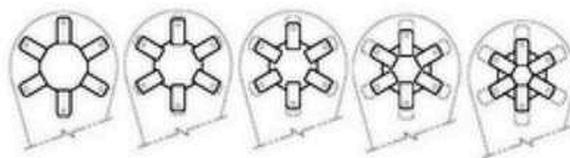


Рис. 1. Знак, изображающий головку гаечного ключа

Ведомство по патентам и товарным знакам США признало заявленное обозначение функциональным, поскольку шесть элементов захвата автоматически определяют размеры и распределяют равное усилие на все стороны болта, обеспечивая плотную посадку ключа³.

Еще одним знаменательным делом является дело о кубике LEGO. Европейский суд отказал «Lego Juris A/S» в признании недействительным решения ведомства по интеллектуальной собственности Европейского союза, которое отказало в регистрации объемного товарного знака. Судом был сделан вывод о том, что форма товара (кубик LEGO) не может быть зарегистрирована в качестве товарного знака, так как существенные технические характеристики этой формы служат только для достижения технического результата, даже если его можно достичь с помощью других форм. Суд также добавил, что правоприменители должны оценивать форму не на основе ее восприятия потребителями, а исходя из того, выполняют ли ее существенные характеристики какую-либо техническую функцию⁴. Как указывает A. Langlotz, «кубики LEGO, например, не регистрируются как товарный знак (хотя каждый, когда ему будет представлена форма, скажет: “Это похоже на LEGO...”), потому что форма кирпича присуща функции самого кирпича. Если он должен сцепляться с другими кирпичами, то он должен быть такой формы» [10].

Понятие функциональности известно и в праве России. Согласно подпункту 4 п. 1 ст. 1483 ГК РФ, не допускается государственная регистрация в ка-

² Traffix Devices, Inc. v. Marketing Displays, Inc., 532 U.S. 23 (2001).

³ In re Loggerhead Tools, LLC, 119 USPQ2d 1429 (TTAB 2016).

⁴ Judgment of the Court (Grand Chamber) of 14 September 2010, Lego Juris A/S v Office for Harmonisation in the Internal Market, C-48/09 P, EU:C:2010:516.

честве товарных знаков обозначений, состоящих только из элементов, представляющих собой форму товаров, которая определяется исключительно или главным образом свойством либо назначением товаров⁵. Более подробно понятие функциональности было раскрыто в Постановлении Президиума Суда по интеллектуальным правам от 05 февраля 2018 г. по делу № СИП-325/2017, где суд определил ее в качестве «связи элементов формы со способностью выполнять определенные функции»⁶. С.В. Бутенко под функциональностью понимает объективно существующий набор возможностей (опций), которые присущи тому или иному объекту [2]. Следовательно, если будет признано, что именно благодаря своей форме (элементам формы) товар может использоваться по назначению, в регистрации объемного товарного знака должно быть отказано.

Например, заявитель подал заявку на регистрацию формы бутылки для напитков в качестве объемного товарного знака. Особенностью бутылки являлась удлиненная горловина и расширяющиеся плечики, что отличало ее от традиционной формы бутылки. Суд по интеллектуальным правам отказал заявителю, признав элементы дизайна функциональными, так как бутылка указанной формы позволяет более комфортно и устойчиво держать ее в руке⁷.

Исходя из приведенных примеров, при определении функциональности товара первоначально необходимо определить назначение изделия. Кроме того, утилитарные функции товара должны быть объективными, существующими в материальном мире и не зависящими от восприятия человека, так как физические свойства материального мира существуют самостоятельно.

Однако со временем рынок столкнулся с тем, что отдельные формы товаров привлекательны для потребителя сами по себе. Соответственно, возникает вопрос: может ли правообладатель объемного товарного знака монополизировать эстетические свойства товара. Ответом на него в США

послужила новая теория функциональности – эстетическая.

Доктрина эстетической функциональности заключается в следующем. Если у одного правообладателя имеются исключительные права на использование определенного дизайна товара, то другим участникам рынка придется использовать альтернативный дизайн. При этом альтернативный дизайн может сделать товар менее привлекательным в глазах потребителя или более дорогостоящим из-за увеличения затрат на его производство. Как отмечает С.В. Бутенко, «предприниматель получает едва ли не монопольную возможность выпускать кондитерские изделия в форме медведя (более привлекательная форма товара – прим. автора), пока его конкурент, придумавший фигурку в ином стилистическом и цветовом решении и получивший отказ в регистрации, будет лихорадочно выбирать между новыми заявками на объемный товарный знак в форме менее привлекательных гарпии, бородавочника или опоссума» [2].

Первое упоминание еще не названной доктрины эстетической функциональности встречается в судебной практике США, в деле «Kellogg v. Nabisco». Суд признал форму печенья эстетически функциональной, поскольку пришел к выводу, что при производстве печенья в другой форме его стоимость будет увеличена, а качество уменьшено, если какая-то другая форма будет заменена формой подушки. Как отметил суд, «в тех случаях, когда изделие может быть изготовлено всеми, конкретный производитель не должен претендовать на исключительные права на форму, которая ассоциируется не с конкретным источником происхождения товара и не с конкретным производителем, а с товаром самим по себе»⁸.

Стоит отметить, что доктрина эстетической функциональности неизвестна многим правовым порядкам, в том числе и российскому, однако существуют работы, посвященные данной проблематике [1, 3, 5, 6, 7, 8]. Даже в США не все суды согласны с указанной доктриной. Так, по заявлению

⁵ Гражданский кодекс Российской Федерации: Ч. 4 [от 18 декабря 2006 г., в ред. от 13 июня 2023 г.] // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2006. № 52 (ч. 1). Ст. 5496; 2022. № 27. Ст. 4594.

⁶ Постановление Президиума Суда по интеллектуальным правам от 05 февраля 2018 г. по делу № СИП-325/2017.

⁷ Решение Суда по интеллектуальным правам от 26 сентября 2017 г. по делу № СИП-232/2017.

⁸ Kellogg Co. v. National Biscuit Co., 305 U.S. 111 (1938).

М. Lasky, «в настоящее время только три судебных округа одобряют применение доктрины эстетической функциональности: второй, седьмой и десятый. Другие округа либо явно отвергают доктрину, либо ограничивают ее использование» [11]⁹. Это связано с тем, что с применением доктрины возникает неопределенность в понимании эстетики, и отсутствует четкая методология применения теста на эстетическую функциональность. Как отмечает J.T. McCarthy, «если читать буквально, тест эстетической функциональности уничтожит закон о товарных знаках. Если не читать буквально, то по каким критериям ограничивать применение теста каким-то меньшим объемом?» [Цит. по 13]. Ведь буквальное применение теста позволит отказать в правовой охране практически любой форме.

Однако J. Hughes отмечает, что «эстетическая функциональность является жизнеспособной доктриной законодательства о товарных знаках, но она пострадала от неудачно выбранного названия, так как классические дела об эстетической функциональности на самом деле касаются когнитивных или психологических реакций потребителя, а не эстетики как таковой» [9]. Указанное обстоятельство отмечает и А. Иванова [4].

В качестве примера можно привести дело *In re Florists' Transworld Delivery, Inc.*, где суд установил, что черный цвет является эстетически функциональным для упаковочного материала, используемого во флористической отрасли, поскольку цвет может ассоциироваться с определенными обстоятельствами, например, с официальными мероприятиями или скорбью, то есть с событиями, где может быть применен данный товар в черном цвете. Как отметил суд, «если цвет используется в определенной отрасли для передачи определенных сообщений, и не существует альтернатив для передачи этих же сообщений, цвет будет признан функциональным и, следовательно, нерегистрируемым»¹⁰. Из данного примера видно, что суд исследовал не эстетику цвета как таковую, а психологические от-

клики человека, связанные с ассоциациями одного явления с другим.

Также на неопределенность доктрины эстетической функциональности влияет то, что ее использование не является единообразным даже в юрисдикции, где она впервые возникла. Так, по заявлению D.A. Rettew, «суды при применении доктрины эстетической функциональности разделились на два больших лагеря. Первый придерживается теории “идентификации”, предусматривающей, что функция, которая делает продукт желательным по любой причине, кроме ассоциации с источником, является функциональной и, следовательно, не защищаемой. Второй лагерь опирается на теорию “конкуренции”, которая в настоящее время является преобладающей в судах. Эта теория защищает более широкий спектр характеристик продукта, чем теория идентификации, указывая, что тот факт, что особенность дизайна является привлекательной, не исключает ее правовой охраны в качестве товарного знака» [13]. Согласно теории конкуренции, характеристика продукта признается функциональной, если предоставление охраны товарному знаку для этой характеристики позволит правообладателю препятствовать конкуренции на рынке.

Как отмечает Mitchell M. Wong, «обе теории согласны с тем, что охрана товарных знаков должна быть недоступна для функций, которые могут помешать рыночной конкуренции. Однако противоречие между двумя теориями формирует спор об эстетической функциональности» [12]. Для демонстрации указанных противоречий рассмотрим дело *«Sunbeam Prods Inc. v. West Bend»*, в котором была применена теория конкуренции. Суд установил, что другие производители успешно конкурируют с правообладателем на рынке стационарных миксеров, не копируя форму товара правообладателя (рис. 2)¹¹. В связи с этим суд признал миксер «American Classic Mixmaster» нефункциональным, поскольку предоставление охраны внешнему виду миксера не будет нарушать конкуренции на рынке.

⁹ Исходя из последней судебной практики, доктрину эстетической функциональности в полном объеме применяет также девятый и одиннадцатый округ США. См., например: *LTTB LLC v. Redbubble, Inc.*, No. 19-16464 (9th Cir. 2021). ; *Dippin' Dots, Inc., Plaintiff-appellant, v. Frosty Bites Distribution, Llc, Defendant-appellee*, 369 F.3d 1197 (11th Cir. 2004).

¹⁰ *In re Florists' Transworld Delivery, Inc.*, 2013 TTAB LEXIS 115 (TTAB Mar. 28, 2013). URL: <https://www.wolfetone.com/trademark/TTAB%20ruling%20Florists%20Transworld.pdf> (дата обращения: 10 октября 2023 г.).

¹¹ *Sunbeam prods. Inc. v. West Bend*. 123 F. 3d 246 (7th Cir. 1997).



Рис. 2. Миксер «American Classic Mixmaster», модель № 2360

Такие подходы к эстетической функциональности основываются на двух разных принципах. Теория идентификации называет функциональным любой признак товара, который не способен индивидуализировать товар. Теория конкуренции характеризует признак товара как функциональный только в том случае, если другие участники рынка не могут эффективно конкурировать, копируя этот признак. Тем самым дизайн товара, исходя из идентификационной теории, может признаваться функциональным, но вполне соответствовать определению нефункционального товара по правилам конкурентного подхода. Это видно на примере миксера «American Classic Mixmaster»,

так как, исходя из идентификационного подхода, его дизайн делает значительно больше, чем идентифицирует производителя, соответственно, является функциональным. Однако, исходя из конкурентного подхода, указанная форма не ограничивает выход на рынок других производителей с похожим товаром, тем самым не является функциональной.

Исходя из вышесказанного, доктрина функциональности важна для предотвращения неограниченной по времени монополизации утилитарных или эстетических свойств формы товаров и их упаковок. В частности, доктрина утилитарной функциональности способна создать границу между объемными товарными знаками и объектами патентного права с целью недопущения миграции последних в область средств индивидуализации. Рецепция российской судебной практикой доктрины эстетической функциональности будет таить в себе определенные риски из-за отсутствия четкой методологии ее применения. Однако доктрина будет способствовать обеспечению эффективной конкуренции на российском рынке, поскольку она не позволит правообладателю присваивать эстетические свойства товаров наподобие промышленных образцов или произведений дизайна. Кроме того, доктрина функциональности способна не допустить излишнюю кумулятивную правовую охрану, что способствует правовой определенности и прекращению недобросовестной практики по взысканию двойных компенсаций за одно деяние.

Список литературы:

1. Бутенко С.В., Плаксиенко Д.Л. Пределы правовой охраны 3D товарных знаков. Часть II: Доктрина эстетической функциональности и проблема ее рецепции в России // Патенты и лицензии. Интеллектуальные права. – 2020. – № 4. – С. 8–13.
2. Бутенко С.В. Проблемы функциональности объемного дизайна, заявленного на регистрацию в качестве товарного знака // Роль интеллектуальной собственности в прорывном научно-технологическом развитии общества: тез. XXIII междунар. конф. Роспатента. – 2019. – С. 44–46.
3. Горский-Мочалов В., Ендресяк А. Доктрина функциональности в товарных знаках. URL: https://zakon.ru/blog/2019/12/04/doktrina_funkcionalnosti_v_tovarnyh_znakah?ysclid=lbkokqv3po196470092 (дата обращения: 10 октября 2023 г.).
4. Иванова А. Пределы охраноспособности нетрадиционных товарных знаков: доктрина утилитарной и эстетической функциональности // Правовая защита интеллектуальной собственности: проблемы теории и практик : сб. материалов IX междунар. юр. форума (IP Форум). – 2021. – С. 307–309.

5. *Калятин В.О.* Регистрация в качестве товарного знака формы или упаковки товара // Патенты и лицензии. Интеллектуальные права. – 2004. – № 4. – С. 13–18.
6. *Киселева А.* Правовая охрана трехмерных товарных знаков в России, США и Европейском союзе // Интеллектуальная собственность. Промышленная собственность. – 2015. – № 1. – С. 51–57.
7. *Ловцов С.В.* Трехмерные формы в качестве товарных знаков и промышленных образцов : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. – М., 2004. – 175 с.
8. *Сультимова Е.Б.* Нетрадиционные товарные знаки: классификация и особенности международно-правовой охраны // Актуальные проблемы российского права. – 2022. – № 9 (142). – С. 112–124.
9. *Hughes. J.* Cognitive and Aesthetic Functionality in Trademark Law. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2567833 (дата обращения: 10 октября 2023 г.).
10. *Langlotz A.* The Shape of a Product Can Serve as a Trademark. URL: <https://trademarkdoctor.net/federal-trademarks/the-shape-of-a-product-can-serve-as-a-trademark/> (дата обращения: 10 октября 2023 г.).
11. *Lasky M.* Three Dimensional Trademarks: Understanding United States Law and Practice. URL: <http://www.alteralaw.com/docs/3d-trademarks.pdf> (дата обращения: 10 октября 2023 г.).
12. *Mitchell M. Wong.* Aesthetic Funtionality Doctrine and the Law of Trade-Dress Protection. URL: <https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2729&context=clr> (дата обращения: 10 октября 2023 г.).
13. *Rettew D.A., Jarquin M.* «Useful» to Know: Recent Developments on Utilitarian and Aesthetic Functionality. URL: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=4bf56b42-da81-4add-8ed7-f9cc62126218> (дата обращения: 10 октября 2023 г.).

Научная статья
УДК 347.77

Для цитирования:

Гец К.В. Ответственность информационных посредников за нарушение интеллектуальных прав // Журнал Суда по интеллектуальным правам. Декабрь 2023. № 4 (42). С. 11–17.

DOI: 10.58741/23134852_2023_4_11

Geets K.V. Responsibility of information intermediaries for infringement of intellectual rights // Zhurnal Suda po intellektual'nyim pravam. December 2023. N 4 (42). Pp. 11–17. (In Russ.).

DOI: 10.58741/23134852_2023_4_11

DOI: 10.58741/23134852_2023_4_11

Ответственность информационных посредников за нарушение интеллектуальных прав



К.В. Гец,
старший советник по правовым вопросам
ООО «Объединенные Пивоварни Хейнекен»

В статье рассмотрены виды информационных посредников по российскому законодательству, основания для привлечения их к ответственности и судебная практика. Суды последовательно стараются ограничивать информационных посредников и лиц, непосредственно использующих чужие объекты интеллектуальной собственности в Интернете. Для этого вырабатываются критерии, направленные на выявление степени вовлеченности посредников в оборот материала.

Ключевые слова:

нарушение интеллектуальных прав в Интернете; информационные посредники; ответственность информационных посредников; Интернет; интеллектуальные права.

Введение

Доступность и скорость распространения информации в Интернете несут риски убытков для правообладателей объектов интеллектуальной собственности. Наибольшее количество наруше-

ний в цифровой среде происходит, с одной стороны, в области авторских и смежных прав (например, посредством воспроизведения и доведения произведения до всеобщего сведения), и, с другой – в области средств индивидуализации (на-

пример, посредством продажи контрафактной продукции).

Быстрое копирование незаконной информации на множестве ресурсов требует инструментов, способных оперативно пресечь правонарушение. Все еще высокий уровень анонимности, возможность совершения нарушения в Интернете «территориально» со стороны другого государства, наконец, – защита данных пользователей лицами, оказывающими посреднические услуги (по размещению информации, хостингу, и т.д.), не способствуют самостоятельной защите своих прав путем обращения к непосредственному нарушителю.

Важнейшими лицами, участвующими в цепочке передачи информации, и, соответственно, прямо влияющими на ее появление и распространение в Интернете, являются информационные посредники.

1. Категории информационных посредников

Указанный термин был внесен в российское законодательство в 2013 г. при принятии так называемого «антипиратского закона» (Федеральный закон от 2 июля 2013 г. № 187-ФЗ).

Статьей 1253.1 ГК РФ информационные посредники были разделены на три категории:

- 1) лица, осуществляющие передачу материала;
- 2) лица, предоставляющие возможность размещения материала или информации, необходимой для его получения;
- 3) лица, предоставляющие возможность доступа к материалу или информации, необходимой для его получения.

Действие статьи не ограничивается Интернетом, а направлено на информационно-телекоммуникационные сети. Поэтому лица, оказывающие посредством таких сетей упомянутые услуги, также будут относиться к категории посредников.

Определения информационного посредника законодательство не содержит. С учетом норм

ст. 1253.1 ГК РФ можно заключить, что это – лицо, предоставляющее возможность размещения, передачи или получения доступа к информации, нарушающей интеллектуальные права, в информационно-телекоммуникационных сетях.

Неопределенность законодательных формулировок породила многочисленные дискуссии об отнесении тех или иных субъектов к тому или иному типу информационных посредников¹. Сейчас все еще нельзя говорить о едином взгляде исследователей на этот счет. В настоящей работе будут приведены мнения, наиболее соотносящиеся со взглядом автора.

К первому типу посредников относятся лица, способствующие передаче информации в сетях. К ним, в первую очередь, традиционно относят **операторов связи**. Сейчас, кроме того, можно добавить к ним **правообладателей программ для ЭВМ** (включая мобильные приложения) и **сайтов, предоставляющих своим пользователям возможность передачи материала** (например, сообщений) **друг другу**. Так, например, А.И. Савельев выделяет коммуникационные интернет-сервисы, обеспечивающие передачу сообщений между пользователями, включая социальные сети². В одном из судебных актов было указано: «Владелец сайта может быть признан информационным посредником на основании пункта 2 статьи 1253.1 ГК РФ, если он осуществляет передачу материала в сети Интернет. К этой категории лиц относятся, например, владельцы сайта yandex.ru, mail.ru в части предоставления услуг электронной почты, социальные сети в части передачи сообщений пользователей»³.

Как любые приложения-мессенджеры, так и иные программы, имеющие свой симулякр в Интернете (как, например, WhatsApp и Telegram) могут быть отнесены к указанной категории. В первом случае посредником будет правообладатель программы, во втором – администратор соответствующего сайта, функционал которого предпо-

¹ Примеры разных взглядов на эту проблему изложены в статье: *Лоренц Д.В.*: Информационные посредники (провайдеры) в России и зарубежных странах: природа, сущность и типология // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2020. № 5. С. 136–163.

² *Савельев А.И.* Критерии наличия действительного и предполагаемого знания как условия привлечения к ответственности информационного посредника // Закон. 2015. № 11 // СПС «Гарант».

³ Постановление Суда по интеллектуальным правам (далее – СИП) от 11 февраля 2023 г. по делу № А40-38393/2022.

лагает возможность передачи материала между пользователями.

Второй тип информационных посредников представлен любым лицом, посредством которого в Интернете появляется («размещается») содержание, нарушающее интеллектуальные права. При этом п. 3 ст. 1253.1 ГК РФ говорит только о предоставлении возможности размещения материала, а п. 1 – еще и размещения «информации, необходимой для его получения». При прямом толковании норм можно отнести к указанной категории, с одной стороны, **хостинг-провайдеров**⁴ (как лиц, предоставляющих ресурсы для размещения информации под определенным адресом в Интернете), и, с другой, – **любых правообладателей интернет-ресурсов** (как доменных имен, так и сайтов), **предоставляющих возможность пользователям размещать не только контент, но и гиперссылки, по которым он может быть доступен.**

Последнее представляется неоднозначным. Формулировки п. 1 и 3 в совокупности существенно расширили перечень информационных посредников с лиц, предоставляющих возможность размещения пользователями контента (фактически потенциально допускающих использование посредством их интернет-ресурса любого объекта интеллектуальной собственности) до лиц, пользовательский функционал которых ограничивается написанием текстовых сообщений (например, комментариев). Очевидно, что «гиперссылка – одно из базовых средств, на которых построен Интернет, и возлагать на информаци-

онного посредника контроль за всеми ссылками – довольно спорное решение. С другой стороны, возложение ответственности за размещение гиперссылки само по себе весьма спорное решение и может применяться только в исключительных случаях»⁵.

Правообладатели доменных имен и сайтов обладают возможностью определения судьбы контента, размещаемого пользователями посредством использования их объектов⁶. Отнесение их к информационным посредникам объясняется тем, что такие субъекты при предоставлении третьим лицам права размещать информацию могут оперативно удалять ее или ограничивать доступ к соответствующему интернет-идентификатору, который с ней связан. Такая возможность существует даже при отсутствии фактического контроля информации при ее выгрузке в Интернет.

Правообладатель сайта обладает такими полномочиями, постольку поскольку имеет доступ к содержанию своего ресурса, и наличие противоправной информации может быть им оперативно пресечено. Правообладатель доменного имени, если он – лицо, отличное от правообладателя сайта, может и не иметь доступа к содержимому ресурса. Тем не менее в его правомочие входит возможность вносить сведения о расположении доменного имени (вместе с его содержимым, которое находится на сайте, связанном с именем) на ресурсах в адресном пространстве. Адресация устройства на сайт, связанный с доменным именем, возможна лишь в случае внесения таких записей⁷.

⁴ Постановления СИП от 18 октября 2022 г. по делу № А40-217487/2021, от 23 июня 2021 г. по делу № А40-293891/2019, от 11 июня 2020 г. по делу № А56-82652/2019.

⁵ *Калятин В.О.* Подводные камни нового «антипиратского» закона // Патенты и лицензии. Интеллектуальные права. 2013. № 10. С. 3–4.

⁶ Базово администратор доменного имени не связан с сайтом; однако зачастую одно и то же лицо обладает правами как на имя, так и на сайт. С другой стороны, даже если администратор доменного имени и сайта – разные лица, то именно первый связывает оба эти объекта, и обладает возможностью ограничить доступ к сайту в Интернете. По причине отсутствия базовой взаимосвязи между сайтом и доменным именем видится нецелесообразным включать администраторов имен как таковых в первую категорию информационных посредников: право на доменное имя, конечно, не предполагает возможность передачи сообщений между пользователями. Эта возможность существует только потенциально, при самостоятельном размещении и использовании администратором доменного имени сайта с соответствующим функционалом.

⁷ Близкие выводы были сделаны в одном из актов СИП, который привлек к ответственности и администратора доменного имени, и администратора сайта за нарушение интеллектуальных прав // Постановление СИП от 06 февраля 2017 г. по делу № А50-29320/2015. Отметим и следующую позицию судов: «в некоторых исключительных случаях с учетом оценки соразмерности меры защиты нарушению иск о пресечении нарушения, совершаемого на сайте, может быть предъявлен к администратору домена, не являющемуся владельцем сайта, например, когда владелец сайта не исполняет соответствующий судебный акт о пресечении нарушения» // См., например, Постановления СИП от 21 июня 2021 г. по делу № А53-3073/2020, от 17 июня 2021 г. по делу № А49-11114/2019, от 12 августа 2021 г. по делу № А40-105921/2020 г. и др.

Таким образом, любой правообладатель сайта, предоставляющий возможность пользователям размещать на нем информацию, будет являться информационным посредником. Сказанное справедливо и к любому администратору доменного имени, которое связано с таким сайтом.

Поэтому возможность нарушения интеллектуальных прав со стороны третьих лиц особенно чувствительна для следующих категорий сайтов, каждый из которых предполагает возможность размещения информации пользователями:

- социальные сети (в части, не касающейся обмена сообщениями);
- площадки видеохостинга;
- сервисы, предоставляющие возможность размещения объявлений о продаже товаров и оказания услуг (в том числе, маркетплейсы);
- стриминговые платформы;
- форумы.

К третьему типу информационных посредников законодатель отнес лиц, способствующих **доступу через свои сервисы к контенту, размещенному на других ресурсах**. Нельзя не отметить, что формулировка о доступе, в отсутствие дополнительных разъяснений, **формально позволяет относить к посредникам лиц, на ресурсах которых имеются гиперссылки, только на этот раз размещенные не пользователями, а правообладателями самих ресурсов**. Такая позиция встречается и в литературе⁸ и в правоприменительной практике. Так, в недавнем акте Суда по интеллектуальным правам было указано: «Суды не учли, что в отношении лиц, размещающих гиперссылку на другой материал, находящийся в сети Интернет, вне зависимости от того, осуществляется переход по ссылке на стартовую страницу другого сайта или непосредственно к материалу, в котором неправомерно использован объект интеллектуальных прав, применяются по-

ложения об информационных посредниках в силу п. 5 ст. 1253.1 ГК РФ, так как данные лица обеспечивают возможность перехода к этому материалу»⁹. Подобный вывод был сделан и в двух других актах конца 2022 и начала 2023 года¹⁰.

В двух делах 2019 г. к указанной категории были отнесены как лица, разместившие «ссылку на другой сайт, так и операторы поисковых систем».¹¹

А.И. Савельев, помимо таких лиц, дополнительно относит торрент-трекеры, поисковые сервисы, «сервисы контекстной рекламы (например, Google AdWords, Яндекс.Директ)»¹². К ним можно добавить как социальные сети, так и многофункциональные приложения, генерирующие соответствующую рекламу (ближайший и упоминавшийся ранее пример – мессенджер Telegram).

Вопрос размещения гиперссылок для признания лица информационным посредником достаточно спорный. Законодательное решение видится чрезмерным, по крайней мере, в широте выбранной трактовки. Кроме того, сама формулировка предполагает возможность отнесения любого пользователя, разместившего гиперссылку, к информационному посреднику (поскольку он «предоставляет возможность доступа к материалу»), что крайне странно, в том числе с точки возможной защиты прав. Представляется, что **более логично было бы относить к ним лиц, самостоятельно размещающих информацию, ведущую на ресурсы третьих лиц, на постоянной и профессиональной основе – например, операторов поисковых систем, лиц, генерирующих и распространяющих контекстную рекламу** (к последним могут быть отнесены и администраторы соответствующих сайтов, правообладатели «припаркованных» доменных имен с рекламой по системе «pay-per-click»).

При этом отметим, что статус поисковых систем как информационных посредников в России – один из самых дискуссионных вопросов

⁸ Право интеллектуальной собственности. Общие положения (том 1). под общ. ред. Л.А. Новоселовой (автор главы – Новоселова Л.А.). М. Статут. 2017. С. 494.

⁹ Постановление СИП от 11 ноября 2022 г. по делу № А40-269679/2021.

¹⁰ Постановление СИП от 19 декабря 2022 г. по делу № А40-231181/2021, Постановление Девятого ААС от 24 января 2023 г. по делу № А40-68453/2022.

¹¹ Постановление СИП от 28 февраля 2019 г. по делу № А40-43044/2018; от 16 сентября 2019 г. по делу № А40-166839/2018.

¹² Савельев А.И. Критерии наличия действительного и предполагаемого знания как условия привлечения к ответственности информационного посредника.

в рассматриваемой области¹³. Спорность их статуса проявляется и в практической работе: разные поисковые системы по-разному реагируют на обращения правообладателей, например, об удалении из поисковой выдачи того или иного интернет-ресурса, даже при явном и избыточном числе доказательств очевидного нарушения интеллектуальных прав. Отказ в удовлетворении такого обращения, как правило, связан с неотнесением поисковой системы себя к информационным посредникам. Примечательно, что на практике не относятся себя к посредникам в основном российские системы.

Подводя итог, отметим, что некоторые сайты и сервисы, таким образом, могут выполнять функции любого информационного посредника: их отнесение к конкретной категории зависит от способа работы с информацией: организации доступа к ней, передаче или предоставления возможности ее размещения третьим лицам. Привлечение к ответственности таких субъектов за нарушение интеллектуальных прав будет связано с их выполнением той или иной функции. Аналогичный вывод был сделан Верховным Судом РФ в абз. 2 п. 77 постановления Пленума от 23 апреля 2019 г. № 10.

2. Ответственность информационных посредников

Ответственность информационных посредников за нарушение интеллектуальных прав наступает при наличии вины, определение которой зависит от их категории. Во всех случаях основания для освобождения от ответственности связаны с отсутствием личного вклада посредника в действия, способствующие появлению или распространению материала и знания о том, что этот материал противоправен. Отметим, что даже в отсутствие вины существует возможность предъявления к по-

средникам требований о пресечении нарушений интеллектуальных прав (п. 4 ст. 1253.1 ГК РФ).

В литературе высказывалось мнение о том, что ответственность посредника является субсидиарной по отношению к ответственности самого нарушителя¹⁴. Такая позиция неоднозначна, поскольку применение соответствующих мер гражданско-правовой ответственности к посреднику возможно при наличии у него вины, выразившейся в самостоятельных действиях либо по включению в процесс оборота информации, нарушающей права, либо по игнорированию обращений лица, права которого нарушены. Поэтому **вина посредника связана с намеренностью либо действий, нарушающих права, либо бездействия по пресечению нарушения**. С учетом этого ответственность посредников видится самостоятельной мерой, хотя и нередко связанной с осуществлением нарушения третьим лицом.

Отметим, что на практике встречается привлечение к солидарной ответственности как информационного посредника, так и лица, фактически нарушившего право¹⁵, что представляется верным.

Первая группа посредников освобождается от ответственности, если лицо не является инициатором передачи информации, не определяет получателя материала, не изменяет его при оказании услуг связи (кроме изменений, осуществляемых для обеспечения технологического процесса передачи), не знает и не должно был знать о том, что этот материал нарушает исключительные права. Как отмечает В.О. Калятин, «в общем случае простая передача сигнала в ходе текущей деятельности уже сама по себе будет указывать на отсутствие знания о наличии правовых проблем с передаваемым материалом»¹⁶. Критикуя критерий знания применительно к первой категории посредников,

¹³ См., например: Протокол № 16 заседания Научно-консультативного совета при Суде по интеллектуальным правам от 28 апреля 2017; *Лоренц Д.В.*: Информационные посредники (провайдеры) в России и зарубежных странах: природа, сущность и типология; *Крупенин Р.А.* Правовое регулирование оператора поисковой системы в качестве информационного посредника // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2018. № 10. С. 132–144; *Фомина О.Н.* Правовой статус информационного посредника // Вестник гражданского права. 2019. № 3. С. 171–191. Не менее дискуссионным является вопрос об отнесении регистраторов доменных имен к информационным посредникам.

¹⁴ *Фомина О.Н.* Правовая природа ответственности информационного посредника // Гражданское право. 2022. № 2. С. 33–36.

¹⁵ Определение Верховного Суда РФ от 26 июня 2017 г. по делу № А50-29320/2015; Постановление Девятого ААС от 29 сентября 2020 г. по делу № А40-60253/2020.

¹⁶ *Калятин В.О.* Подводные камни нового «антипиратского» закона // Патенты и лицензии. Интеллектуальные права. С. 3.

Е.А. Войниканис указывает: «Условие неприменимо к провайдерам передачи данных, так как, по аналогии с перевозчиками или почтальонами, они лишь передают информацию, исходящую от третьих лиц... не существует ситуаций, когда провайдер должен знать о содержании информации»¹⁷. Поэтому споры с первой категорией посредников и привлечение их к ответственности – довольно редкий случай на практике.

Вторая группа освобождается при том же отсутствии знания или очевидности знания посредника (он «не знал или не должен был знать») о нарушении интеллектуальных прав и при принятии им мер по его прекращению после получения заявления от правообладателя. При этом меры должны быть своевременными и достаточными для прекращения нарушения. В судебной практике встречается указание на то, что «своевременность, необходимость и достаточность принятия мер определяется судом с учетом обстоятельств конкретного дела»¹⁸. Специальных требований ни к заявлению (кроме письменной формы и указания в нем URL страницы или IP-адреса, где происходит нарушение), ни к срокам его рассмотрения, ни к перечню мер законодательство не содержит, однако имеет отсылочную норму о возможности регулирования этого вопроса.

В литературе встречались мнения об отсутствии значения личности отправившего такое заявление: «В любом случае информационный посредник должен совершить требуемые от него действия... В большинстве случаев для разумного участника оборота очевиден факт нарушения этого права, при том что правообладатель может так и не узнать о нарушении его прав в Интернете»¹⁹. Такая позиция представляется выходящей за рамки законодательства. Так, нормы подп. 2 п. 3 ст. 1253.1 ГК РФ прямо указывают на заявление правообладателя, реакцией на которое должны следовать соответствующие меры. Безусловно,

с учетом ст. 1250, 1252 и 1254 ГК РФ за защитой могут обращаться и иные лица: исключительные лицензиаты, организации по управлению правами, доверительные управляющие, их представители. Отличные от них субъекты не имеют полномочий защищать права третьих лиц: в отсутствие подтверждения права на объект, которое предположительно нарушено, или полномочий представителя, информационный посредник не имеет оснований рассматривать такие заявления. Кроме того, очевидность нарушения для одного лица не означает того же для другого, тем более, что не всегда лица, разместившие соответствующую информацию, делают это противозаконно. Далее отметим, что нередко правообладатель заинтересован в распространении своего произведения, выдавая разрешения тем или иным лицам, либо, зная об использовании своего объекта, намеренно игнорирует это.

Для третьей группы информационных посредников не конкретизированы основания наступления ответственности и освобождения от нее. В совокупности п. 5 и п. 1 ст. 1253.1 ГК РФ содержат лишь указание на наличие вины как необходимый фактор привлечения их к ответственности. Полагаем возможным согласиться с мнением А.И. Савельева: «С учетом близости процессов размещения и предоставления доступа к информации по общему правилу к ним могут применяться по аналогии закона те же положения, что и для информационных посредников, обеспечивающих размещение информации в сети Интернет»²⁰. Действительно, организация доступа к информации гораздо ближе к ее размещению, чем организация ее передачи между пользователями. Тем более видится близкой аналогия с размещением информации, необходимой для получения материала. Фактически, и доступ к материалу (третья категория посредников) и размещение данных о его местонахождении (вторая

¹⁷ Войниканис Е.А. Право интеллектуальной собственности в цифровую эпоху: парадигма баланса и гибкости. М. Юриспруденция. 2013 // СПС «Гарант».

¹⁸ Постановления СИП от 18 октября 2022 г. по делу № А40-217487/2021, от 15 марта 2022 г. по делу № А56-44138/2021, от 23 июня 2021 г. по делу № А40-293891/2019.

¹⁹ Нюняев В.О. Актуальные проблемы защиты прав на товарные знаки в сети Интернет // E-commerce и взаимосвязанные области (правовое регулирование): Сборник статей. М. Статут. 2019. С. 265–266.

²⁰ Савельев А.И. Критерии наличия действительного и предполагаемого знания как условия привлечения к ответственности информационного посредника.

категория) представляют собой указание на конкретный идентификатор адресного пространства (доменного имени или URL); сама информация, нарушающая интеллектуальные права, содержится уже внутри конкретизированного идентификатора. Кроме того, возможность привлечения к ответственности за размещение гиперссылок (какой бы спорной она не была) – общая черта и второй, и третьей группы посредников. Разница лишь в том, что для второй категории гиперссылки должны быть размещены пользователями услуг или ресурса посредника, а для третьей – самим посредником.

Отметим, что в нескольких делах суды, говоря о посредниках, предоставляющих доступ к материалу, ссылались на основания освобождения от ответственности для лиц, способствующих размещению материала (второй категории)²¹. Таким образом, выводы, сделанные об ответственности для второй группы посредников, будут применимы и к третьей.

В большинстве случаев соблюдение критерия знания возможно лишь при получении соответствующих сведений от лица, притом лица, наделенного соответствующими полномочиями. Информационным посредникам невозможно проверять каждый загружаемый их пользователями файл или размещаемую ими гиперссылку на «чистоту» соблюдения интеллектуальных прав.

Поэтому очевидность знания представляется весьма специфическим случаем на практике: можно представить не слишком реалистичные примеры информирования посредников самими нарушителями. Другой, не менее редкий случай иногда отмечается в судебной практике. Он был указан в одном из определений ВАС РФ, вменявшего обязанность судам проверять ряд факторов для привлечения посредника к ответственности, включая возможность «узнать (в том числе из широкого обсуждения в средствах массовой информации) об использовании

его интернет-ресурса с нарушением исключительных прав других лиц»²².

Соответственно, в большинстве случаев знание о нарушении интеллектуальных прав будет определяться направлением правообладателем уведомления информационному посреднику. Основания наступления вины для этих категорий, таким образом, почти всегда будут вытекать одно из другого: информационный посредник должен принимать меры по пресечению нарушения интеллектуальных прав, постольку поскольку узнал о них от правообладателя, направившего уведомление об этом.

На практике взаимодействие между правообладателями и информационными посредниками осуществляется разными способами. Чем крупнее бизнес посредника, тем большее внимание уделяется вопросам охраны интеллектуальных прав. Одни сайты имеют специальные формы для отправки жалоб (иногда разделяя их по нарушениям на конкретные объекты), другие – адреса электронных почт. Взаимодействие, в большинстве случаев, осуществляется в пределах цифровой среды.

Требований к заявлению, кроме письменной формы и указания IP-адреса или URL с нарушением, подп. 2 п. 3 ст. 1253.1 не содержит. Поэтому можно, с одной стороны, отталкиваясь от нормы 15.7 ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации»²³, применять ее по аналогии, с другой – руководствоваться необходимым минимумом, который нужен для подтверждения нарушения. Письма с информацией общего характера о том, что такое-то лицо – правообладатель, а на соответствующем сайте нарушаются его права, не могут конкретизировать нарушение и его место, в особенности на площадках с многомиллионной аудиторией. Поэтому можно предположить минимум обязательных сведений, которых будет достаточно для подтверждения как прав, так и нарушений:

²¹ Постановление СИП от 11 ноября 2022 г. по делу № А40-269679/2021, Постановление Девятого ААС от 24 января 2023 г. по делу № А40-68453/2022.

²² Определение ВАС РФ от 29 июля 2011 N ВАС-6672/11 по делу № А40-75669/08-110-609. В текущей практике см., например: Постановления СИП от 18 октября 2022 г. по делу № А40-217487/2021, от 04 августа 2021 г. по делу № А56-119059/2019 и др.

²³ Так, ч. 2 указанной статьи содержит ряд реквизитов, которые необходимо указать при направлении претензии о нарушении интеллектуальных прав владельцу сайта.

– сведения об объекте интеллектуальной собственности с подтверждением прав на них²⁴ (последнее – при необходимости);

– сведения о лице, обратившемся к посреднику, с подтверждением при необходимости полномочий;

– сведения о месте нарушения интеллектуального права: указания URL, на которых находится объект, или URL самого объекта. Хотя и в нормах ФЗ «Об информации...», и в подп. 2 п. 3 ст. 1253.1 ГК РФ возможно указание IP-адреса, видится лучшим указывать URL с нарушением, поскольку один IP-адрес может быть связан с несколькими доменными именами, каждое из которых может иметь сотни или тысячи URL.

Вывод о необходимости представления детализированных, а не общих сведений о нарушении, был сделан в одном из дел: «АлиЭкспресс Сингапур может считаться осведомленным (знающим) о конкретном факте нарушения только после сообщения ему об этом... он должен обладать достаточной информацией (включая информацию, позволяющую установить статус правообладателя и спорный объект, а также информацию, позволяющую обнаружить конкретный факт нарушения). Претензии, направленные в адрес АлиЭкспресс Сингапур, не содержали сведений, позволяющих идентифицировать заявителя как правообладателя спорных объектов, а также информацию, позволяющую обнаружить конкретный факт нарушения, что исключает гражданско-правовую ответственность АлиЭкспресс Сингапур по смыслу статьи 1253.1»²⁵.

Безусловно, разовое удаление материалов одного правообладателя не наделяет информационного посредника обязанностями по мониторингу их дальнейшего появления. Судебная практика содержит похожие выводы²⁶. Равным образом и рассмотрение посредником претензии не должно выходить за рамки указанных в обращении ссылок. Тем не менее иногда посредники могут, видя аналогичные действия того же или других нарушителей и зная об отсутствии разрешения правообладателя, удалять отдельные материалы по своей инициативе.

Отметим, что и сроки взаимодействия между посредниками и правообладателями едва ли должны быть регламентированы ввиду как специфики разных информационных посредников, так и отдельных объектов интеллектуальной собственности. Претензия о массовых продажах контрафактного товара, например, пятидесятью продавцами из разных стран в рамках одного маркетплейса, может рассматриваться дольше, нежели претензия о копировании одного видео или его части на видеохостинге.

Некоторые сервисы внедряют программное обеспечение, позволяющее пресекать нарушения интеллектуальных прав их пользователями. Так, крупнейший видеохостинг мира youtube.com ввел цифровую систему идентификации загруженного пользователями контента «ContentID». В этой системе хранятся образцы контента – «цифровые отпечатки», полученные от правообладателей. Все новые видеофайлы, загруженные на сайт, предварительно сравниваются с ними, и при обнаружении

²⁴ Нередко в Интернете используются объекты авторского права, возникновение которых не оформлено документально. Закон не требует такого оформления, однако на практике непосредственные авторы таких произведений (например, фотографы) часто сталкиваются с запросами подтвердить свои права. В большинстве практических случаев указаний на соответствующие нормы закона и разъяснения правоприменительной практики достаточно, реже – требуется предоставить оригинал произведения. В еще более редких, хотя и встречающихся в практике случаях, посредники отказывают в удовлетворении требований ввиду отсутствия, по их мнению, доказательств наличия исключительных прав. Поэтому для практических целей указание автора на цифровом экземпляре произведения или формальное подтверждение существования произведения на определенный момент времени – например, депонирование или сохранение интернет-страницы, где автор впервые выложил произведение, – будет способствовать скорейшей защите прав.

²⁵ Постановление Девятого ААС от 21 декабря 2021 г. по делу № А40-77522/2021.

²⁶ См., например, Постановление СИП от 29 апреля 2022 г. по делу № А40-75947/2021: «Требование предпринимателя к обществу является фактически попыткой переложить на информационного посредника обязанность по мониторингу деятельности третьих лиц, идентификации контента и предупреждению и выявлению нарушений. Между тем наличие положений действующего законодательства либо фактических обстоятельств, из которых в данном случае следует такая обязанность общества, истцом объективно не подтверждены». Приведем цитату из Постановления Девятого ААС от 3 октября 2022 г. по делу № А40-70069/2021: «Действующее законодательство не содержит обязанности социальной сети (информационного посредника) осуществлять мониторинг и модерацию размещаемых с помощью его технической инфраструктуры материалов, нарушающих исключительные или иные личные неимущественные права третьих лиц».

использования объекта, хранящегося в системе, его правообладатель получает уведомление: при желании он имеет возможность заблокировать такое видео²⁷.

Внедрение подобных программ – исключительно инициатива соответствующих организаций. Повсеместная установка такого обеспечения едва ли возможна, тем более в отсутствие законодательных требований. Поэтому инициатива не должна превращаться в повсеместную обязанность, а наличие программного обеспечения не должно повлечь за собой работы по мониторингу нарушений третьих лиц. Так, в одном из дел суд указал, что наличие у маркетплейса Wildberries «технического механизма блокировки неправомерного размещения товарных знаков... не имеет правового значения, поскольку действующее законодательство не предусматривает возможность возложения на информационного посредника обязанности по мониторингу неправомерного использования товарных знаков третьих лиц»²⁸.

Нельзя не отметить и минусы механизма взаимодействия между правообладателями и посредниками. Так, последние фактически должны выполнять роль судебного органа, выявляя наличие или отсутствие нарушений интеллектуальных прав. На практике после получения заявления от правообладателя посредник действует по-разному:

– самостоятельно проверяет изложенные в нем доводы, после чего удовлетворяет, отказывает или запрашивает дополнительную информацию для вынесения решения;

– перенаправляет заявление лицу, разместившему спорный контент (при наличии такой возможности) с указанием удовлетворить требования по его удалению или представить возражения; при наличии мотивированных возражений правооб-

ладателю отказывается в удовлетворении требований;

– не проверяют доводы и автоматически удаляют контент либо соответствующий интернет-идентификатор.

Во всех случаях есть риск удаления материала, фактически не нарушающего чьи-либо права. Хороший пример приводит А.Г. Серго: «Во-первых, почти всегда утверждение о нарушении прав подменяется мнением правообладателя о таком нарушении. Во-вторых, подделка электронных копий документов и рассылка их с фиктивными претензиями все чаще используются в недобросовестной конкуренции неправомерными правообладателями»²⁹. Актуальность примера подтверждается и позицией СИП в одном из дел о том, что нарушение для информационного посредника предполагается до тех пор, пока в судебном порядке не будет установлено иное³⁰.

У многих посредников нет ни ресурсов, ни специалистов в сфере интеллектуальных прав для детальной обработки каждого нарушения. Крупные онлайн-ресурсы с миллионной посещаемостью не могут проверять все поступающие жалобы на наличие признаков злоупотребления.

Поэтому механизм предотвращения нарушений информационными посредниками имеет риск удаления добросовестного контента, влекущий убытки для его правообладателя. Известны случаи закрытия многих каналов на платформах видеохостинга, авторы которых получали доход с рекламы: закрытие, в частности, обуславливалось подачей (иногда – массовой) фиктивных жалоб со стороны конкурента³¹. Другим примером может быть удаление объявлений о продаже права на те или иные объекты интеллектуальной собственности – чаще всего, средства индивиду-

²⁷ <https://support.google.com/youtube/answer/2797370?hl=ru> (дата обращения – 31 января 2023 г.).

²⁸ Постановление Десятого ААС от 22 ноября 2022 г. по делу № А41-88214/2021.

²⁹ Серго А.Г. Что страшнее: пиратство или борьба с ним? / ИС. Авторское право и смежные права. 2017. № 11 // СПС «Гарант».

³⁰ Постановление СИП от 19 февраля 2021 г. по делу № А40-236550/2019.

³¹ Среди других практических случаев можно выделить: копирование видеоролика, изменение исходной даты и выгрузка его «задним» числом на другой интернет-ресурс. На основании «раннего» доведения произведения до всеобщего сведения делался вывод о том, что фактически первичный правообладатель нарушал права своего конкурента, скопировав свое же видео, после чего оригинальное видео удалялось. Другие случаи, уже не связанные с интеллектуальными правами, связаны с массовой подачей жалоб на нарушение внутренних правил соответствующей платформы. Массовость обращений, даже необоснованных, часто играет преопределяющую роль для удаления соответствующей информации.

лизации. Лицо, эти товары продающее (и вероятно, обладающее правами на собственные средства индивидуализации), лишится существенной части доходов, если его деятельность связана с продажей товаров посредством информационных посредников, в особенности, маркетплейсов.

Впрочем, все указанные случаи можно считать издержками механизма по оперативному реагированию на нарушения в Интернете. Отметим, что некоторые платформы используют оговорку о том, что при необоснованном обращении, повлекшем убытки для лица, в отношении которого платформа ввела санкции, обязательства по выплате убытков ложатся на лицо, направившее такое обращение.

3. Практика привлечения и освобождения от ответственности информационных посредников

Рассмотрим российскую практику привлечения и освобождения от ответственности информационных посредников и приведем некоторые позиции судебных органов.

В первую очередь отметим, что суды стараются разграничивать лиц, выполняющих функции информационных посредников, необходимые для «цифрового» оборота материала, от лиц, непосредственно его использующих.

Споры с информационными посредниками первой категории достаточно редки. Связано это с указанными выше исследователями особенностями передачи информации: как правило, посредники первой категории не знают о ее содержании, т.е. фактически не выходят за пределы функций простой передачи. Последнее исключает возможность нарушения интеллектуальных прав и привлечения их к ответственности.

Определение того, что сторона спора является информационным посредником, влечет проверку выполнения им условий для освобождения от ответственности. Так, в двух делах СИП посчитал

обоснованным непривлечение к ответственности операторов связи, выполнивших требования по ограничению доступа к ресурсам, на которых производилось нарушение прав (нарушение было подтверждено рядом актов Мосгорсуда по каждому сайту)³². Примечателен вывод о том, обязательства ответчика (оператора связи) считались надлежаще исполненными, поскольку доступ к сайтам можно было получить только посредством использования VPN («наличием программного обеспечения и делегирования информации с серверов, которые не могут быть под контролем оператора связи»).

В другом деле апелляционный суд отменил решение в части привлечения оператора связи к ответственности. Суд первой инстанции ошибочно причислил его к хостинг-провайдеру, обязав запретить создание технических условий, способствующих использованию произведения правообладателя³³.

Информационные посредники второй категории наиболее часто выступают стороной спора. Отметим, что абз. 1 п. 78 постановления Пленума ВС РФ от 23 апреля 2019 г. № 10 указал, что бремя доказывания того, что материал был размещен третьими лицами, возлагается на информационного посредника. В отсутствие таких доказательств действует презумпция самостоятельного использования лицом объекта интеллектуальной собственности, что исключает его отнесение к информационным посредникам.

Разграничение ответчиков на посредников второй категории и лиц, самостоятельно использующих чужие результаты интеллектуальной деятельности, во многом определяется степенью переработки контента. Существенная переработка «может свидетельствовать» о том, что лицо размещало свой материал; напротив, если изменения «носят незначительный характер, например, форматирование, сокращение объема, то владелец сайта может быть признан информацион-

³² Постановления СИП от 27 февраля 2020 г. по делу № А40-180401/2017; от 19 марта 2020 г. по делу № А40-47084/2018.

³³ Апелляционное определение Первого апелляционного суда общей юрисдикции от 24 июня 2022 г. по делу № 66-1895/2022. В этом деле было два ответчика, один из которых – фактический хостинг-провайдер. По не вполне ясным причинам с него была взыскана компенсация, при том, что, как следует из акта первой инстанции, претензии от правообладателя направлены не было. В этом случае к нему могли быть предъявлены только требования, связанные с пресечением нарушения прав.

ным посредником»³⁴. Близкая позиция содержится и в абз. 2 п. п. 78 постановления Пленума от 23 апреля 2019 г. № 10: «Существенная переработка [размещаемого третьими лицами] материала и (или) получение... доходов [от неправомерного размещения материала] владельцем сайта может свидетельствовать о том, что он является не информационным посредником, а лицом, непосредственно использующим» объекты интеллектуальной собственности.

Получение доходов от нарушения интеллектуальных прав может указывать на то, что лицо либо непосредственно участвовало в обороте материала, что исключило возможность его отнесения к категории посредника, либо знало о нарушении. При этом сам факт получения доходов за выполнение роли посредника не может служить основанием для привлечения его к ответственности: очевидно, что большинство платформ не работают бесплатно. Услуги хостинга всегда оказываются на возмездной основе, многие сайты (в том числе, социальные сети) имеют ряд платных услуг, включая рекламные. Приведем следующую позицию СИП: «Лишь обстоятельство получения информационным посредником вознаграждения за осуществление посреднической функции само по себе не свидетельствует о том, что данное лицо не может быть признано информационным посредником»³⁵.

Поэтому значение имеют не доходы сами по себе, а доходы от нарушения. Так, в постановлении Президиума ВАС РФ от 1 ноября 2011 г. по делу № А40-75669/08-110-609 было указано на необходимость проверки судами ряда факторов, включая получение посредником прибыли «от деятельности, связанной с использованием исключительных прав других субъектов, которую осуществляли лица, пользующиеся его услугами», отсутствие программ, способствующих нарушению исключительных прав и т.д. Эта позиция достаточно популярна и в других судебных актах³⁶.

В одном из дел было указано: «При разрешении вопроса о получении информационным посредником вознаграждения принципиальное значение имеет, было ли вознаграждение получено в результате нарушения интеллектуального права и знал ли информационный посредник о нарушении заранее»³⁷.

Самостоятельное размещение материала (к которому относят существенную переработку контента, выкладываемого третьими лицами) администратором сайта, не может относить его к информационным посредникам; напротив, как было указано в одном из недавних актов, «в случае нарушения интеллектуальных прав он является непосредственным нарушителем»³⁸. В этом деле СИП отменил акты нижестоящих инстанций в части признания информационным посредником администратора сайта, размещавшего у себя автоматически генерируемые из других источников новости. Суд указал: «Если... лицо копирует материалы с другого сайта и размещает их у себя на сайте, то даже при использовании для этой цели специальной программы данное лицо не подпадает под определение информационного посредника... поскольку... самостоятельно размещает там материалы, собранные его программой с других сайтов».

Такая позиция прямо связана с законодательными особенностями этой категории посредников, которые лишь способствуют размещению материала третьими лицами (или размещают его по их «указанию»: последнее, видимо, означает размещение материала после автоматизированной технической проверки, не связанной с проверкой на нарушения прав третьих лиц – например, на наличие в материале вирусов).

Определив, является ли лицо информационным посредником, суды руководствуются наличием у него знания о нарушении и реакции на отправленное заявление правообладателем. Нередко отмечается, что «при очевидном нарушении про-

³⁴ См., например, Постановления СИП от 28 февраля 2019 г. по делу № А40-43044/2018; от 16 сентября 2019 г. по делу № А40-166839/2018; от 24 июня 2021 г. по делу № А45-18338/2019; от 22 сентября 2022 г. по делу № А63-18155/2020.

³⁵ Постановление СИП от 6 октября 2021 г. по делу № А60-45399/2020.

³⁶ См., например: Постановления СИП от 26 июля 2021 г. по делу № А32-42768/2020; от 31 января 2019 г. по делу № А56-108483/2017; от 03 декабря 2018 г. по делу № А19-28503/2017.

³⁷ Постановление Девятого ААС от 21 декабря 2021 г. по делу № А40-77522/2021.

³⁸ Постановление СИП от 11 января 2023 г. по делу № А40-38393/2022.

вайдер хостинга должен удалить неправомерно размещенный на сайте материал, а если отсутствует возможность удалить на сайте конкретный материал, нарушающий интеллектуальные права, то он должен полностью заблокировать доступ к сайту при условии, что владелец сайта добровольно не удалил материал после получения претензии правообладателя или не предоставил доказательства правомерности размещения такого материала на сайте»³⁹. Такие выводы можно применить и к правообладателям сайтов, которые могут либо самостоятельно удалить спорный контент, либо направить требование разместившему материал лицу.

Иногда суды неправильно квалифицируют лиц как не являющихся посредниками, что влечет наступление ответственности даже при должной реакции на обращение о нарушении.

Так, в известном деле, рассмотренном сравнительно недавно, правообладатель обратился с иском к стриминговой платформе goodgame.ru в связи с незаконным проведением трансляции двумя пользователями платформы. При этом ответчик самостоятельно не инициировал трансляцию, а, будучи информационным посредником, предоставлял возможность размещения соответствующего материала в Интернете. Спустя 9 минут после получения претензии от правообладателя обе трансляции были прекращены. Впоследствии записи стримов были удалены, а учетные записи пользователей, их разместивших, – заблокированы.

Первые три инстанции привлекли платформу к ответственности и взыскали с нее компенсацию за нарушение интеллектуальных прав. Верховный

Суд РФ отменил эти акты и отправил дело на новое рассмотрение в связи с отсутствием оценки доводов о том, что «спорные материалы были выложены на сайте пользователями, а не самим обществом [ответчиком] и при обращении правообладателя общество заблокировало указанные материалы незамедлительно»⁴⁰.

В ряде других дел суды не привлекали к ответственности информационных посредников, поскольку (i) спорный материал был размещен не ими, а пользователями их сервисов и (ii) материал был удален после получения обращения соответствующего лица. Такие выводы были сделаны применительно к сайтам различного содержания, дающим возможность пользователям самостоятельно загружать материалы. Среди них: сайты отеля⁴¹, образовательной платформы⁴², информационный портал о спорте⁴³, маркетплейсы⁴⁴, доска объявлений⁴⁵, социальная сеть «ВКонтакте»⁴⁶. Аналогичный вывод был сделан применительно к администратору и арендатору доменного имени (последний одновременно был владельцем сайта и оказывал услуги по размещению рекламных материалов третьего лица)⁴⁷.

Реакция на обращения правообладателей, согласно законодательной формулировке, должна быть своевременной. При рассмотрении дел судьи руководствуются разумными сроками рассмотрения таких обращений. Так, в одном из дел истец направил бумажную претензию администратору социальной сети «ВКонтакте» объемом 80 стр., на каждой из которых содержалось порядка 120 ссылок со спорным контентом. При получении претензии по почте ответчик связался с истцом и попросил

³⁹ Постановления СИП от 18 октября 2022 г. по делу № А40-217487/2021, от 15 марта 2022 г. по делу № А56-44138/2021; от 23 июня 2021 г. по делу № А40-293891/2019.

⁴⁰ Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации от 01 декабря 2020 г. № 5-КГ20-96-К2. При новом рассмотрении дела Московский городской суд отказал во взыскании компенсации с ответчика за нарушение смежных прав, однако удовлетворил абстрактное требование о прекращении создания «технических условий, обеспечивающих размещение, распространение и иное использование сообщений телепередач телеканалов» истца. Последнее выглядит странным, поскольку технические условия для трансляции были прекращены спустя короткий промежуток времени после получения претензии.

⁴¹ Постановление СИП от 14 июня 2022 г. по делу № А21-6614/2021.

⁴² Постановление СИП от 29 сентября 2022 г. по делу № А62-8587/2021.

⁴³ Постановление СИП от 26 декабря 2022 г. по делу № А40-26244/2022.

⁴⁴ Постановления СИП от 21 февраля 2022 г. по делу № А40-26921/2021 г. (Ozon); от 1 апреля 2022 г. по делу № А40-77522/2021 (Aliexpress), от 29 апреля 2022 г. по делу № А40-75947/2021 (Wildberries).

⁴⁵ Постановление СИП от 26 июля 2021 г. по делу № А32-42768/2020.

⁴⁶ Решение АС города Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 15 сентября 2014 г. по делу № А56-8331/2014.

⁴⁷ Постановление СИП от 30 сентября 2020 г. № А76-35010/2017.

представить те же материалы в электронном виде. После их получения ссылки были оперативно удалены, что, по мнению суда, было добросовестной реакцией «в короткие сроки», исключившей привлечение к ответственности⁴⁸.

Ненаправление обращения правообладателем до суда влечет невозможность применения мер гражданско-правовой ответственности к информационным посредникам: «Истец не обращался к ответчику с требованиями о защите исключительных прав на спорное произведение до обращения в суд с заявлением о принятии предварительных обеспечительных мер и с иском заявлением. При таких обстоятельствах отсутствуют правовые основания для привлечения ответчика, как провайдера хостинга сайта, к гражданско-правовой ответственности в виде взыскания денежной компенсации»⁴⁹.

Таким образом, отсутствие непосредственной роли посредника в обороте спорного материала, незнание им о нарушении и принятие мер по его устранению после получения соответствующего обращения исключают привлечение к ответственности.

Напротив, отсутствие реакции на сведения о нарушении или необоснованный отказ в его устранении повлекут за собой ответственность. Приведем примеры.

В одном из дел суд привлек к ответственности хостинг-провайдера, который не предпринял мер по удалению содержимого на одном из сайтов, правообладателю которого оказывал услуги хостинга. Одним из доводов посредника о неответственности требований стало непредставление истцом документов, подтверждающих наличие у него исключительных авторских прав, возника-

ющих при создании произведения⁵⁰. В другом подобном деле ВС РФ оставил в силе нижестоящие акты, поскольку хостинг-провайдер мог и обязан был «применить свои полномочия по ограничению прав заказчика на пользование услугами провайдера в случае выявления факта нарушения исключительных прав, оказать содействие правообладателю в установлении личности нарушителя»⁵¹.

Необоснованный отказ в удовлетворении требований правообладателей стал основанием для привлечения к ответственности лиц и в других делах⁵².

Встречаются и противоречивые решения. В одном деле были сделаны противоположные выводы в отношении двух лиц, осуществлявших одинаковую деятельность посредством Интернета – рекламу и продажу билетов на концерт.

Ответчики – администраторы сервисов `ekb.kassir.ru` и «Яндекс.Афиша» – были привлечены к ответственности апелляционным судом, который посчитал их не относимыми к информационным посредникам⁵³. СИП отправил дело на новое рассмотрение, посчитав посредником лишь второго ответчика. Неотнесение первого (`ekb.kassir.ru`) к таковым не было обосновано, однако постановление содержит указание, что он, «являясь профессиональным участником гражданского оборота, осуществляющим деятельность сервиса по продаже билетов на концерты, по рекламе культурных мероприятий, должен был осуществить проверку загружаемых им изображений и информации на предмет соблюдения исключительных прав иных лиц». При этом другой ответчик, такой же профессиональный участник оборота, при осуществлении им аналогичного вида деятельности – про-

⁴⁸ Решение АС города Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 15 сентября 2014 г. по делу № А56-8331/2014.

⁴⁹ Решение Московского городского суда от 02 марта 2016 г. по делу № 3-405/2016.

⁵⁰ Решение АС города Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 25 июля 2018 г. по делу № А56-108483/2017. Приведем цитату: «Ответчик неоднократно уведомлялся о наличии у истца исключительных прав на авторские произведения путем указания на товары, размещенные на URL-адресах, которые содержат информацию об авторском праве с отметкой «защищено авторским правом», позволяющие установить произведение и его правообладателя, а также информацию об условиях использования произведения, которая появляется в связи с доведением такого произведения до всеобщего сведения».

⁵¹ Определение Верховного Суда РФ от 21 марта 2016 г. N 307-ЭС16-1414 по делу № А56-61922/2014. Было отмечено, что «такие действия не являлись бы нарушением обязанностей исполнителя по договору с заказчиком на оказание услуг хостинг-провайдера».

⁵² См., например, Постановление СИП от 5 марта 2022 г. по делу № А60-9876/2021, Решение АС Иркутской области от 11 апреля 2018 г. по делу № А19-28503/2017.

⁵³ Постановление Семнадцатого ААС от 17 июня 2021 г. по делу № А60-45399/2020.

даже билетов и проведении рекламы с использованием товарного знака истца, – такой обязанностью наделен не был⁵⁴.

При новом рассмотрении суды сохранили эту позицию. Примечательно, что апелляционная инстанция указала на отсутствие «доказательств того, что размещение в сервисе «Яндекс.Афиша» информации о концерте и предложения к продаже билетов в данном случае осуществлено именно [третьим лицом]»⁵⁵.

Таким образом, при сходных обстоятельствах и осуществлении аналогичной деятельности один сервис был отнесен к информационным посредникам, а другой – нет.

Споры с информационными посредниками третьей категории редко встречаются на практике. Во многом это связано с тем, что законодательство отнесло к ним фактически любых лиц, размещающих на своих ресурсах гиперссылки. Безусловно, правообладателям выгоднее бороться не с ссылкой на материал, нарушающий права, а с самим материалом.

Тем не менее, если речь идет не о простой гиперссылке, а о рекламе, которая создается самим посредником, имеет смысл обращаться не только к рекламодателю, но и рекламораспространителю.

Представляется релевантным дело, в котором суды отнесли деятельность по размещению контекстной рекламы ко второй категории информационных посредников. Суды посчитали виновным ООО «Яндекс.Директ» за использование третьим лицом чужих товарных знаков в контекстной рекламе⁵⁶. Это дело интересно тем, что после направления письма от правообладателя ответчик приостановил выдачу рекламы, однако, получив гарантийное письмо от контрагента, товары которого рекламировал, восстановил спорное объявление.

Суд отклонил довод ответчика о том, что оно не полномочно рассматривать подобные спорные ситуации, и сделал следующий вывод: «Нарушение прав считается предположительным до тех пор, пока иное не будет установлено в судебном порядке... не являясь органом, наделенным ком-

петенцией по рассмотрению и разрешению споров о праве между третьими лицами, в отсутствие соответствующего решения судебной инстанции общество «Яндекс» заняло позицию одной из сторон».

Представляется неоднозначным выбор категории информационного посредника. Ответчик самостоятельно размещал контекстную рекламу, хотя и по заказу третьего лица, о чем указано в судебных актах (ответчик оказывал «услуги по размещению рекламы в сети «Интернет» по принципам поисковой, контекстной и медийной рекламы... с гиперссылкой в заголовке объявления на страницу интернет-сайта»). Внешне контекстная реклама, как правило, представляет собой комбинацию изображения и текста со встроенной гиперссылкой, ведущей на ресурс рекламодателя. Из материалов дела следует, что нарушение прав на товарный знак производилось на сайте рекламодателя.

Таким образом, «Яндекс.Директ» выступал в роли информационного посредника, предоставляющего доступ к соответствующему материалу, создавая рекламу с гиперссылкой на сайт, нарушающий интеллектуальные права. Поскольку нарушение производилось не в рамках сервисов Яндекса, а на самостоятельном интернет-ресурсе, то и посредническая деятельность (в соответствии с нынешним законодательством) может быть связана лишь с предоставлением доступа к этому ресурсу.

Вместе с тем использование товарного знака в самой интернет-рекламе (имевшее место и в рассматриваемом деле) вряд ли может относить лицо, оказывающее услуги по размещению рекламы, к информационным посредникам второй категории. Контекстная реклама без гиперссылки будет простым сочетанием текста и изображения, не имеющим достаточной информации о товаре, его производителе, и т.д.; она не будет вести на сайт, где производится фактическое нарушение, поэтому в отрыве от самого ресурса не будет образовывать самостоятельное использование товарного знака. Соответственно, это изобра-

⁵⁴ Постановление СИП от 06 октября 2021 г. по делу № А60-45399/2020.

⁵⁵ Постановление Семнадцатого ААС от 20 декабря 2021 г. по делу № А60-45399/2020.

⁵⁶ Постановление СИП от 19 февраля 2021 г. по делу № А40-236550/2019.

жение само по себе едва ли будет нарушать чьи-то права, в отличие от использования его для перехода на сайт, где нарушение производится⁵⁷.

Поэтому лицо, создающее по заказам контекстную рекламу, не может выступать информационным посредником, «предоставляющим возможность размещения материала... третьим лицом или по его указанию», поскольку материал, фактически нарушающий права, размещается не в рекламе, а на стороннем ресурсе. Реклама в данном случае – средство перехода к нарушению.

В качестве другого практического примера Л.А. Новоселова приводит дело, в котором незнание ответчиком «о незаконности распространения информации» послужило основанием для вывода о том, что «осуществление с помощью сайта Tracksflow.com поиска музыки не является нарушением исключительных прав правообладателя»⁵⁸.

Недавняя практика может увеличить число случаев рассмотрения дел, связанных с такой категорией информационных посредников. Приведенные в первом разделе статьи примеры были не самым частым случаем указания судов на то, что размещение гиперссылок относит лицо к информационному посреднику. Однако в одном из дел был сделан важный вывод о том, что относимость лица к информационному посреднику третьей категории зависит от восприятия материала посетителями сайта: если он воспринимается «как часть просматриваемой интернет-страницы на сайте и исходящий от лица, разместившего ссылку, то в таком случае можно признать, что лицо, размещающее ссылку, заимствует (присваивает) чужой материал. В этом случае лицо не выполняет функцию информационного посредника, а является лицом, использующим чужой материал, – непосредственным нарушителем»⁵⁹.

Таким образом, по аналогии с посредниками, предоставляющими возможность размещения материала другим лицам, для отнесения лица к ин-

формационным посредникам третьей категории существенным критерием будет степень его вовлеченности в оборот материала. Существенная переработка материала в судебной практике эквивалентна его самостоятельному размещению; размещение же гиперссылки в таком виде, что она воспринимается как самостоятельный материал, эквивалентна самостоятельному использованию соответствующего контента.

Заключение

Подводя итог исследованию, укажем, что привлечение лиц к ответственности за нарушение норм ст. 1253.1 ГК РФ связано, в большей степени, с информационными посредниками, способствующими размещению материала третьими лицами. Привлечение происходит в двух случаях: когда лицо ошибочно или намеренно относит себя к информационному посреднику, не являясь им, и самостоятельно размещает спорную информацию (в этом случае нормы статьи не применяются), или когда не выполняет установленные требования, в частности, не удаляет такую информацию после получения надлежащего обращения правообладателя.

Практика свидетельствует о проверке судьями соответствия того или иного участника спора критериям информационных посредников. Самостоятельное введение спорной информации в оборот, ее существенная переработка или размещение гиперссылки в виде такой интеграции на ресурс, что она считается его частью, а не адресом другого ресурса, указывает на то, что лицо не является посредником, а самостоятельно использует соответствующий результат интеллектуальной деятельности.

При проверке действий посредников на обращения правообладателей судьи руководствуются разумными сроками, которые могут зависеть как от способа отправки обращения, так и количества спорного контента.

⁵⁷ Исключением, разумеется, может быть использование в контекстной рекламе объектов авторского права, однако и такой случай не всегда применим на практике: некоторые сервисы предоставляют рекламодателям свои изображения для использования их в рекламе.

⁵⁸ Право интеллектуальной собственности. Общие положения (том 1), под общ. ред. Л.А. Новоселовой (автор главы – Новоселова Л.А.). С. 494.

⁵⁹ Постановление СИП от 19 декабря 2022 г. по делу № А40-231181/2021.

Примечателен и вывод о презумпции нарушения для посредника: в условиях возможного злоупотребления правообладателями он видится спорным. Хотя посредники должны руководствоваться презумпцией добросовестности, при очевидных случаях отсутствия нарушения (например, полного несовпадения произведения) или при обращении неуполномоченного лица такие обращения могут не удовлетворяться.

Споры с первой и третьей категорией посредников достаточно редки. Для первой категории это связано с тем, что посредники этого типа фактически не вмешиваются в процесс передачи информации, и, как правило, не знают о ее содержимом. Для третьей категории – потому, что трата правообладателями ресурсов на борьбу с гиперссылками представляется не самым эффективным решением; при удалении самого спорного материала пропадет и необходимость удаления ссылок на него.

Список литературы:

1. *Войниканис Е.А.* Право интеллектуальной собственности в цифровую эпоху: парадигма баланса и гибкости. М. Юриспруденция. 2013. 552 с.
2. *Калятин В.О.* Подводные камни нового «антипиратского» закона // Патенты и лицензии. Интеллектуальные права. 2013. № 10. С. 2–7
3. *Крупенин Р.А.* Правовое регулирование оператора поисковой системы в качестве информационного посредника // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2018. № 10. С. 132–144.
4. *Лоренц Д.В.*: Информационные посредники (провайдеры) в России и зарубежных странах: природа, сущность и типология // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2020. № 5. С. 136–163.
5. *Нюняев В.О.* Актуальные проблемы защиты прав на товарные знаки в сети Интернет // E-commerce и взаимосвязанные области (правовое регулирование): Сборник статей. М. Статут. 2019. С. 256–270.
6. Право интеллектуальной собственности. Общие положения (том 1), под общ. ред. Л.А. Новоселовой. М. Статут. 2017. 512 с.
7. *Савельев А.И.* Критерии наличия действительного и предполагаемого знания как условия привлечения к ответственности информационного посредника // Закон. 2015. № 11. С. 48–60.
8. *Серго А.Г.* Что страшнее: пиратство или борьба с ним? // ИС. Авторское право и смежные права. 2017. № 11 // С. 7–16.
9. *Фомина О.Н.* Правовая природа ответственности информационного посредника // Гражданское право. 2022. № 2. С. 33–36.
10. *Фомина О.Н.* Правовой статус информационного посредника // Вестник гражданского права. 2019. № 3. С. 171–191.

Научная статья
УДК 342

Для цитирования:

Матвеев Е.В. Правовая природа политики приватности: практический аспект // Журнал Суда по интеллектуальным правам. Декабрь 2023. № 4 (42). С. 11–17.

DOI: 10.58741/23134852_2023_4_12

Matveev E.V. The legal nature of privacy policy: practical aspect // Zhurnal Suda po intellektual'nym pravam. December 2023. N 4 (42). Pp. 11–17. (In Russ.).

DOI: 10.58741/23134852_2023_4_12

DOI: 10.58741/23134852_2023_4_12

Правовая природа политики приватности: практический аспект



Е.В. Матвеев,

магистр права,

Самарский национальный исследовательский университет

имени академика С.П. Королева (г. Самара),

ведущий специалист-эксперт отдела контроля и надзора за соблюдением

законодательства в сфере персональных данных Управления Роскомнадзора по Самарской области

В настоящей статье рассматриваются некоторые аспекты правовой природы документа, определяющего политику оператора в отношении обработки персональных данных (Политики приватности). Автором предпринята попытка комплексно рассмотреть законодательные и практические аспекты реализации Политики приватности в контексте необходимости соблюдения операторами базовых принципов законной, справедливой и прозрачной обработки персональных данных. На основе сравнительно-правового анализа требований законодательства в области персональных данных Российской Федерации и Европейского Союза обосновывается ряд предложений по совершенствованию отечественного законодательства в целях повышения уровня эффективности защиты прав и законных интересов субъектов персональных данных.

Ключевые слова:

персональные данные; политика приватности; операторы; информационные ресурсы; сайты в сети «Интернет».

Встречаются случаи, когда документ, определяющий политику оператора в отношении обработки персональных данных, имеет такие наименования, как «Политика обработки персональных данных» или «Политика конфиденциальности»,

однако в рамках настоящей статьи будет использоваться наименование «Политика приватности», поскольку оно обладает наиболее широкой практикой международного использования («Privacy Policy»).

Правовая природа Политики приватности будет раскрыта посредством отражения ее комплексной правовой характеристики, включающей установление цели ее разработки, функционального назначения, правового содержания, а также места в системе иных правовых документов.

По своему содержанию Политика приватности позволяет донести до субъекта персональных данных (работника, контрагента, пользователя информационного ресурса и т.д.) информацию, касающуюся установочных сведений об операторе, целей и состава обработки персональных данных, порядка реагирования на инциденты с персональными данными, места и условий хранения персональных данных, а также иных сведений, необходимых для защиты прав и законных интересов соответствующих субъектов персональных данных.

В числе основных целей разработки оператором Политики приватности, в том числе утверждения и обеспечения к ней неограниченного доступа, возможно отметить следующие:

1) соблюдение требований Федерального закона «О персональных данных» в целях недопущения принятия в его отношении каких-либо мер государственного принуждения;

2) донесение до субъекта персональных данных информации, необходимой для защиты его прав и законных интересов;

3) формирование доверительных отношений с субъектами персональных данных, а помимо прочего, развитие внутриорганизационной «Культуры приватности».

Функциональное назначение Политики приватности возможно рассмотреть в следующем контексте:

1) предоставление субъекту персональных данных установочных сведений об операторе, включая сведения о его наименовании и реквизитах (установочные сведения об операторе необходимы как субъекту персональных данных,

например, в целях самостоятельной защиты своих прав и законных интересов, так и регулятору, например, в целях направления писем информационного характера, принятия мер государственного принуждения, а также реализации иного типа взаимодействия);

2) предоставление субъекту персональных данных сведений о цели обработки персональных данных, составе персональных данных, а также действиях, совершаемых с персональными данными (подобная информация необходима в целях обеспечения прозрачности операций с персональными данными, реализации должного уровня контроля субъектом персональных данных за правовой судьбой обработки персональных данных, а также предоставления субъекту персональных данных свободного и сознательного выбора относительно вхождения / не вхождения в контакт с оператором);

3) предоставление субъекту персональных данных сведений о способах взаимодействия с оператором (подобная информация необходима в целях реализации субъектом персональных данных «Права на доступ» и (или) права на уточнение, блокировку и уничтожение персональных данных, а также реализации любого иного контакта с оператором).

Принимая во внимание то, что Политика приватности представляет собой локальный (внутренний) акт оператора, такой документ безусловно должен обладать письменной формой и быть утвержденным внутри организации оператора вне зависимости от содержания основной деятельности оператора (в оффлайн- или онлайн-пространстве).

Обеспечение неограниченного доступа к Политике приватности является неуклонной обязанностью оператора (см. ч. 2 ст. 18.1 Федерального закона «О персональных данных»), а также составной частью предмета проводимых Роскомнадзором контрольных (надзорных) мероприятий (в том числе мероприятий без взаимодействия с контролируемым лицом¹).

¹ За соответствием обработки персональных данных // Официальный сайт Роскомнадзора. URL: <https://clck.ru/34rHq2> (дата обращения: 1 сентября 2023 г.).

Ранняя редакция Федерального закона «О персональных данных»² не предусматривала положений относительно содержания Политики приватности, а Роскомнадзор ограничивался только рекомендациями по ее составлению³, однако последние нововведения дополнили п. 2 ч. 1 ст. 18.1 Федерального закона «О персональных данных» конкретными положениями, которые должны быть предусмотрены в Политике приватности, а именно:

- цели обработки персональных данных;
- категории и перечень обрабатываемых персональных данных;
- категории субъектов персональных данных;
- способы и сроки обработки персональных данных;
- порядок уничтожения персональных данных при достижении целей их обработки⁴.

В свою очередь, рекомендации Роскомнадзора по составлению Политики приватности по настоящее время содержат более объемное количество положений, в числе которых также выделяются:

- основные понятия;
- права и обязанности оператора и субъекта персональных данных;
- правовые основания обработки персональных данных;
- сведения о соблюдении оператором требований конфиденциальности персональных данных, а также информация о принятии им мер, предусмотренных ч. 2 ст. 18.1, ч. 1 ст. 19 Федерального закона «О персональных данных»;
- регламенты реагирования оператора на запросы / обращения субъектов персональных данных и их представителей, уполномо-

ных органов по вопросам неточности персональных данных, неправомерности их обработки, отзыва согласия на обработку персональных данных, предоставления доступа субъекту персональных данных к своим данным, а также соответствующие формы запросов / обращений.

Однако подавляющее число отечественных операторов, прежде всего осуществляющих обработку персональных данных в онлайн-пространстве, по настоящее время не приняли во внимание актуальные нововведения в законодательстве и не привели свои «Политики» в соответствие новым правилам.

В качестве примеров неправильного (ненадлежащего) оформления содержания Политики приватности возможно выделить следующие:

- <https://conf.msu.ru/rus/policy> (отсутствуют категории и перечень обрабатываемых персональных данных, способы и сроки обработки персональных данных, порядок уничтожения персональных данных) (дата обращения: 1 сентября 2023 г.);
- <https://www.mos.ru/dit/documents/informatcionnaia-bezopasnost/view/274898220> (отсутствуют категории и перечень обрабатываемых персональных данных, категории субъектов персональных данных, способы и сроки обработки персональных данных, порядок уничтожения персональных данных) (дата обращения: 1 сентября 2023 г.);
- <https://satire.ru/confidential-policy> (отсутствуют категории и перечень обрабатываемых персональных данных, способы и сроки обработки персональных данных, порядок уничтожения персональных данных) (дата обращения: 1 сентября 2023 г.).

² Федеральный закон от 27 июля 2006 г. № 152-ФЗ «О персональных данных» // СПС «ГАРАНТ». URL: <https://clck.ru/34U2Kt> (дата обращения: 1 сентября 2023 г.).

³ Рекомендации по составлению документа, определяющего политику оператора в отношении обработки персональных данных, в порядке, установленном Федеральным законом от 27 июля 2006 года № 152-ФЗ «О персональных данных» // Официальный сайт Роскомнадзора. URL: <https://clck.ru/Wnkcr> (дата обращения: 1 сентября 2023 г.).

⁴ Федеральный закон от 14 июля 2022 г. № 266-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О персональных данных», отдельные законодательные акты Российской Федерации и признании утратившей силу части четырнадцатой статьи 30 Федерального закона «О банках и банковской деятельности» // СПС «ГАРАНТ». URL: <https://clck.ru/33namc> (дата обращения: 1 сентября 2023 г.).

Наоборот, в качестве правильных и образцовых примеров оформления содержания Политики приватности следует выделить:

- <http://www.sberbank.ru/privacy/policy> (дата обращения: 1 сентября 2023 г.);
- https://fondpotanin.ru/upload/documents/privacy_policy.pdf (дата обращения: 1 сентября 2023 г.);
- <https://b-152.ru/politika> (дата обращения: 1 сентября 2023 г.).

Следует отметить, что в подавляющем числе случаев ознакомление с Политикой приватности происходит именно в онлайн-пространстве, в связи с чем, обеспечение к ней неограниченного доступа обязательно в случае реализации оператором любых электронных форм сбора персональных данных и (или) сбора аналитики действий пользователей информационного ресурса посредством метрических программ (cookie-файлов).

Согласно европейскому подходу, неограниченный доступ к Политике приватности на информационном ресурсе должен быть обеспечен оператором на всех страницах сайта в сети «Интернет» таким образом, чтобы субъект персональных данных мог получить всю необходимую информацию посредством одного клика⁵.

К слову, подход иностранных регуляторов по донесению до операторов информации о правильном соблюдении требований законодательства в области персональных данных посредством издания соответствующих руководств или инструкций следует принять во внимание отечественным правоприменительным институтам.

Обеспечение неограниченного доступа к Политике приватности также должно быть реализовано владельцем мобильного приложения, однако ввиду ограниченности его внешнего интерфейса прежде всего такой доступ должен быть

предусмотрен в элементах электронных форм сбора персональных данных (если таковые вообще реализованы).

Кроме того, в отличие от сайтов в сети «Интернет», возможность ознакомления с Политикой приватности должна быть обеспечена маркетплейсами до принятия владельцем мобильного устройства решения об установке мобильного приложения (например, указанное требование предусмотрено магазином мобильных приложений «Google Play»⁶).

Отсутствие Политики приватности на информационном ресурсе оператора может повлечь его включение в Реестр нарушителей прав субъектов персональных данных (см. Апелляционное определение Московского городского суда от 26 февраля 2019 г. по делу № 33-8756/2019), а также привлечение к административной ответственности согласно ч. 3 ст. 13.11 КоАП РФ⁷ (см. Постановление Восьмого кассационного суда общей юрисдикции от 31 марта 2023 г. по делу № 16-1661/2023, Постановление Пятого кассационного суда общей юрисдикции от 18 февраля 2021 г. по делу № 16-355/2021).

Помимо прочего, оператор обязан ознакомить с положениями Политики приватности каждого своего работника (см. п. 8 ст. 86 ТК РФ⁸), а несоблюдение указанной обязанности влечет возможность вынесения регулятором предписания об устранении выявленных нарушений (см. Постановление Четвертого арбитражного апелляционного суда от 1 октября 2012 г. № 04АП-3907/12).

Между тем Политика приватности является единственным документом, связанным с вопросами обработки персональных данных, отсутствие которого в распоряжении оператора может повлечь его привлечение к административной ответственности в соответствии с положениями ч. 3 ст. 13.11 КоАП РФ (например, в отличие от локальных актов, определяющих порядок осуществления внутреннего контроля и (или) аудита соответствия

⁵ Guidelines 4/2019 on Article 25 Data Protection by Design and by Default Version 2.0. Adopted on 20 October 2020 // European Data Protection Board (EDPB). P. 15. URL: <https://clck.ru/34UVid> (дата обращения: 1 сентября 2023 г.).

⁶ Как подготовить приложение к проверке // Официальный сайт справочного центра Google. URL: <https://clck.ru/34sE2u> (дата обращения: 1 сентября 2023 г.).

⁷ Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30 декабря 2001 г. № 195-ФЗ // СПС «ГАРАНТ». URL: <https://clck.ru/34UV4b> (дата обращения: 1 сентября 2023 г.).

⁸ Трудовой кодекс Российской Федерации от 30 декабря 2001 г. № 197-ФЗ // СПС «ГАРАНТ». URL: <https://clck.ru/SqTUr> (дата обращения: 1 сентября 2023 г.).

обработки персональных данных, а также порядка оценки вреда, который может быть причинен субъектам персональных данных).

Стоит отметить, что несоблюдение требований по содержанию Политики приватности в настоящее время не влечет административной ответственности в отличие от ее отсутствия.

Также необходимо учесть, что Политика приватности должна быть написана ясным и кратким языком и не содержала какой-либо объемной информации, способной оказаться трудной для правильного понимания, способной оказаться трудной для правильного понимания среднестатистическим субъектом персональных данных.

4. Состав информации о пользователе

4.1. Персональные данные Пользователей

Персональные данные Пользователей включают в себя:

- 4.1.1. предоставляемые Пользователями и минимально необходимые для регистрации на Сайте: имя, фамилия, пол, дата рождения, номер мобильного телефона и/или адрес электронной почты;
- 4.1.2. предоставляемые Пользователями с использованием раздела редактирования своих страниц на Сайте <http://vk.com/edit> (в том числе семейное положение, дата рождения, родной город, родственные связи, домашний адрес, информация об образовании);
- 4.1.3. дополнительно предоставляемые Пользователями по запросу Администрации Сайта в целях исполнения Администрацией Сайта обязательств перед Пользователями, вытекающих из договора на оказание Услуг Сайта. Администрация Сайта вправе, в частности, запросить у Пользователя копию документа, удостоверяющего личность, либо иного документа, содержащего имя, фамилию, фотографию Пользователя, а также иную дополнительную информацию, которая, по усмотрению Администрации Сайта, будет являться необходимой и достаточной для идентификации такого Пользователя и позволит исключить злоупотребления и нарушения прав третьих лиц.

4.2. Иная информация о Пользователях, обрабатываемая Администрацией Сайта

Администрация Сайта может также обрабатывать иную информацию о Пользователях, которая включает в себя:

- 4.2.1. дополнительные данные, получаемые при доступе к Сайту, включающие в себя данные о технических средствах (устройствах), технологическом взаимодействии с Сайтом (в т.ч. IP-адрес хоста, вид операционной системы пользователя, тип браузера, географическое положение, поставщик услуг Интернета, данные из адресной книги, данные, полученные в результате доступа к камере, микрофону и т.п. устройства), и последующих действий Пользователя на Сайте. Информация, содержащая историю посещения Сайта пользователем, доступна Пользователю в разделе «Настройки / Безопасность»;
- 4.2.2. информация, автоматически получаемая при доступе к Сайту с использованием закладок (cookies);
- 4.2.3. информация, создаваемая пользователями на Сайте в разделе редактирования страниц <http://vk.com/edit> (в том числе статусы, записи в микроблоге («Стена»), фотографии, аудиозаписи, видеозаписи, комментарии, записи в обсуждениях групп);

см. <https://vk.com/privacy>
(дата обращения: 1 сентября 2023 г.)

В указанной цели Оператор обрабатывает следующие Данные: фамилия, имя, отчество; дата рождения; пол; адрес электронной почты; номер телефона; адрес места жительства; сведения, собираемые посредством метрических программ; аватар; сведения о пользовательском устройстве; cookies; идентификатор пользователя; данные об использовании ресурса; логин и пароль; токены карт; сетевой адрес; аккаунт стороннего сервиса.

3.2. Для целей, указанных в п. 3.1. Политики, применимы следующие условия обработки:

3.2.1. Оператором не обрабатываются биометрические и специальные категории персональных данных Пользователей. Обрабатываемые Оператором персональные данные относятся к иным категориям персональных данных.

3.2.2. Способы обработки Данных: сбор, запись, систематизация, накопление, хранение, уточнение (обновление, изменение), извлечение, использование, передача (предоставление, доступ), обезличивание, блокирование, удаление и уничтожение.

3.2.3. Срок обработки и хранения Данных: до достижения цели обработки, до истечения срока действия согласия или до отзыва согласия (если отсутствуют иные основания для обработки таких Данных), в зависимости от того, какое событие наступило раньше.

3.3. Оператор обязуется обеспечить запись, систематизацию, накопление, хранение, уточнение (обновление, изменение), извлечение персональных данных Пользователей с использованием баз данных, находящихся на территории РФ.

3.4. Соглашаясь с условиями обработки Данных, изложенными в настоящей Политике, Пользователь в том числе соглашается на передачу Данных в целях, указанных в п. 3.1. Политики, партнерам Оператора (включая ООО «Компания Афиша», ООО «Рамблер Групп», ООО «Лента.Ру», АО «Газета.Ру», ООО «Еда.Ру», ООО «РА «Индекс 20», ПАО Сбербанк) и их последующую обработку указанными лицами.

3.5. Для исполнения Условий использования необходима обработка персональных данных Пользователя ООО «БРИ» по поручению Оператора для приема обращений Пользователей и предоставления ответов на указанные обращения.

см. <https://help.rambler.ru/legal/1142>
(дата обращения: 1 сентября 2023 г.)

Однако принимая во внимание внешний вид большинства информационных ресурсов, как правило Политика приватности является незаметной, запутанной и непонятной для большинства пользователей такого ресурса, что свидетельствует о формальном отношении операторов к ее разработке и публикации.

Например, вряд ли представляется возможным принятие пользователем сети «Интернет» рациональных решений относительно правовой судьбы обработки персональных данных при совокупном посещении в день пяти новых (не посещаемых ранее) сайтов в сети «Интернет», а также изучения пяти разных Политик приватности, состоящих в среднем из 7 тысяч слов.

При таких обстоятельствах правильным подходом к разработке и публикации Политики приватности будет являться обеспечение удобства ее прочтения, в том числе посредством использования разных цветов заголовков и подзаголовков, приемлемого размера шрифта, а также контраста между цветом текста и фоном страницы сайта в сети «Интернет».

Подавляющее большинство Политик приватности отечественных операторов выглядят следующим образом (на примере разделов о составе обработки персональных данных):

Однако в целях обеспечения наглядного отображения состава обработки персональных данных правильным подходом будет являться его реализация при помощи таблицы:

Какие данные, для каких целей, на каких основаниях и сколько времени мы обрабатываем?

Цель	Законное основание	Обрабатываемые данные	Срок хранения
Предоставить вам сервис, который вы запросили, удовлетворить ваш запрос или ответить на вопрос.	Договор с вами или с вашей компанией в ваших интересах либо ваш запрос перед вступлением в договорные отношения	Ваше имя, фамилия, отчество Наименование вашей компании Информация о стоимости услуги и платежах по ней	В течение 6 месяцев после оказания услуги, и в случае договора – срок, установленный законодательством Республики Беларусь.
Цель выше	Легитимный интерес развивать свой бизнес и удовлетворять более широкий круг потребностей своих клиентов	Ваша контактная информация Данные в сообщениях, которые вы нам отправили, информация о предоставленной услуге	1 год после оказания услуги или с момента последней коммуникации, если с вашей стороны не поступило возражения против данной обработки.
Предлагать вам услуги, которые могут быть вам полезны исходя из сервисов, ранее приобретенных вами, в частности курсы, ПО, консалтинг в сфере защиты персональных данных или информационного менеджмента.	Легитимный интерес развивать свой бизнес и удовлетворять более широкий круг потребностей своих клиентов	Ваши фамилия, имя, отчество Ваша контактная информация Должность и компания Информация о предоставленной услуге	В течение 2 лет после вашего активного участия в коммуникации с нами, если с вашей стороны не поступило возражения против данной обработки.

см. <https://data-privacy-office.com/privacy-policy>
(дата обращения: 1 сентября 2023 г.)

3. Принципы, цели и содержание обработки ПД

3.1. Оператор в своей деятельности обеспечивает соблюдение принципов обработки ПД, указанных в ст.5 152-ФЗ «О персональных данных».

3.2. Оператор осуществляет целенаправленную обработку ПД в соответствии с применимым законодательством о ПД:

Цели обработки ПД	Перечень (категории) обрабатываемых ПД	Категории субъектов ПД	Правовые основания обработки ПД	Способы обработки и действия с ПД	Сроки обработки (в т.ч. хранения) ПД
3.2.1. фактическое осуществление предусмотренных учредительным документом видов деятельности, включая планирование, организацию, привлечение лиц к участию и принятие решения об их участии) и проведение мероприятий, осуществление иной совместной деятельности с заинтересованными лицами, а также анализ и управление эффективностью и совершенствованием указанных мероприятий и деятельности	<ul style="list-style-type: none"> • фамилии, инициалы, отчество • наименование должности и места работы • описание функций (объемы профессиональной деятельности) • контактный адрес электронной почты • контактный номер телефона • сведения о профессиональных компетенциях, знаниях и навыках • сведения о статусе и роли в Операторе, а также об участии в его деятельности • изображения лица субъекта ПД • запись видеозаписи физического лица и (или) его речи • сведения об 	<ul style="list-style-type: none"> • заинтересованные лица, принимающие участие в деятельности Оператора (в значении понятий, определенных ст.6 Федерального закона от 19.05.1995 № 82-ФЗ «Об общественных объединениях»), включая уполномоченных представителей Оператора 	<ul style="list-style-type: none"> • Конституция Российской Федерации (ст.30) • Гражданский кодекс РФ (ст.ст. 19, 21, 152, 152.2) • Федеральный закон от 19.05.1995 № 82-ФЗ «Об общественных объединениях» (ст.ст. 3, 6, 11) • Устав Оператора 	<ul style="list-style-type: none"> • смешанный способ (с использованием средств автоматизации и без использования средств автоматизации) путем совершения следующих действий: сбор, запись, систематизация, накопление, хранение, уточнение (обновление, изменение), использование, передача (распространение, доступ), блокирование, удаление, уничтожение 	<ul style="list-style-type: none"> • на период участия заинтересованных лиц в деятельности Оператора, а также в течение 3 (трех) лет после прекращения такого участия (для соблюдения сроков исковой давности)

см. <https://rpra.ru/privacy/policy>
(дата обращения: 1 сентября 2023 г.)

Также для облегчения процессов разработки Политик приватности существуют специальные конструкторы (генераторы), позволяющие посредством заполнения некоторых электронных форм получить готовую Политику приватности в течение нескольких минут (например, <https://www.termsfeed.com/privacy-policy-generator>, <https://tilda.cc/ru/privacy-generator>), что в свою очередь не означает, что автоматически сконструированная Политика приватности будет полностью соответствовать требованиям п. 2 ч. 1 ст. 18.1 Федерального закона «О персональных данных».

В настоящее время правовая конструкция Федерального закона «О персональных данных» не содержит каких-либо требований относительно оформления Политики приватности ясным и кратким языком, однако подобное требование предусмотрено в п. 1 ст. 12 GDPR⁹, предусматривающего необходимость изложения Уведомления о сборе персональных данных («Privacy Notice»)

в краткой, прозрачной, понятной и легкодоступной форме, используя ясный и понятный язык.

К слову, правовая конструкция GDPR не содержит понятий «Уведомление о сборе персональных данных» («Privacy Notice») или «Политика приватности» («Privacy Policy»), ограничиваясь исключительно обязанностями оператора при обработке (прежде всего, сборе) персональных данных, в связи с чем на практике такие документы являются взаимозаменяемыми¹⁰.

Вместе с тем, следует отметить результаты проведенного среди студентов одного из университетов восточного побережья США исследования, согласно которому группе учащихся программы бакалавриата предложили зарегистрироваться в придуманной для такого исследования социальной сети «NameDrop» в целях оценки скорости прочтения участниками эксперимента текста Политики приватности и Правил предоставления услуг¹¹.

Согласно результатам исследования, среднее время прочтения текста Политики приватности составило 74 секунды, а Правил предоставления услуг – 51 секунду, хотя на полное и детальное прочтение текста Политики приватности у вменяемого человека должно было уйти не менее 30 минут, а Правил предоставления услуг – не менее 15 минут.

Кроме того, некоторые из участников эксперимента ознакомились с текстами Политики приватности и Правил предоставления услуг за две и три секунды соответственно, несмотря на то, что основным направлением их академической подготовки являлось изучение вопросов конфиденциальности информации и BigData-технологий.

Исследование доказало, что пользователи сети «Интернет» скорее легкомысленно пропустят объемные тексты Политики приватности либо при помощи быстрой прокрутки страницы, либо посредством автоматического проставления «галочки» об ознакомлении с ее положениями.

⁹ Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (GDPR) // Publications Office of the EU. URL: <https://clck.ru/34U2FN> (дата обращения: 1 сентября 2023 г.).

¹⁰ Masha Komnenic. Privacy Notice vs. Privacy Policy: What's The Difference? // «Termly», 2022. URL: <https://clck.ru/34UpZu> (дата обращения: 1 сентября 2023 г.).

¹¹ Jonathan A. Obar, Anne Oeldorf-Hirsch. The Biggest Lie on the Internet: Ignoring the Privacy Policies and Terms of Service Policies of Social Networking Services // Social Science Research Network, 2022. P. 9-15. URL: <https://clck.ru/35eKYK> (дата обращения: 1 сентября 2023 г.).

В свою очередь, фактическое нежелание пользователей сети «Интернет» читать тексты Политик приватности не исключает обязанность оператора по предоставлению субъектам персональных данных полной и прозрачной информации об обработке персональных данных.

Неоднократно встречаются случаи, когда операторы, осуществляющие обработку персональных данных в сети «Интернет», ошибочно подменяют положения Политики приватности условиями Пользовательского соглашения.

По своему содержанию Пользовательское соглашение представляет собой гражданско-правовой договор присоединения (ст. 428 ГК РФ¹²) («публичную оферту»), условия которого определяют порядок пользования информационным ресурсом, и как правило, сопряжены с осуществлением его владельцем предпринимательской деятельности.

Включение в Пользовательское соглашение положений о порядке и условиях обработки персональных данных пользователей хоть и не противоречит положениям Федерального закона «О персональных данных», однако не исключает обязанность оператора опубликовать и обеспечить неограниченный доступ именно к Политике приватности.

Следовательно, Пользовательское соглашение также не следует путать с локальными актами оператора, определяющими порядок осуществления внутреннего контроля и (или) аудита соответствия обработки персональных данных, а также порядка оценки вреда, который может быть причинен субъектам персональных данных.

Кроме того, в отличие от положений Политики приватности условия Пользовательского соглашения могут быть оспорены заинтересованными пользователями информационного ресурса в гражданско-правовом порядке как самостоятельно, так и посредством удаленного обращения в специальные правозащитные организации¹³.

На основании изложенного, в целях повышения эффективности защиты прав и законных интересов субъектов персональных данных предлагается:

1) введение административной ответственности за ненадлежащее оформление оператором содержания Политики приватности, не соответствующее требованиям п. 2 ч. 1 ст. 18.1 Федерального закона «О персональных данных» (реализация указанного предложения возможна посредством дополнения положений ч. 3 ст. 13.11 КоАП РФ);

2) обеспечение соответствия требований, предъявляемых к оформлению содержания Политики приватности положениями п. 2 ч. 1 ст. 18.1 Федерального закона «О персональных данных» и рекомендациями Роскомнадзора по составлению Политики приватности (реализация указанного предложения возможна посредством переноса положений, предусмотренных в рекомендациях Роскомнадзора по составлению Политики приватности, в правовую конструкцию п. 2 ч. 1 ст. 18.1 Федерального закона «О персональных данных»);

3) дополнение ст. 18.1 Федерального закона «О персональных данных» положениями об обязанности оператора обеспечить оформление Политики приватности в краткой, прозрачной, понятной и легкодоступной форме (реализация указанного предложения возможна посредством заимствования некоторых положений из п. 1 ст. 12 GDPR);

4) разработка официального конструктора (генератора) Политики приватности Роскомнадзора (реализация указанного предложения возможна посредством использования интерфейса, аналогичного форме подачи уведомления об обработке персональных данных¹⁴ или функционала, позволяющего оператору сформировать шаблон формы согласия на обработку персональных данных, разрешенных субъектом персональных данных для распространения¹⁵).

¹² Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ // СПС «ГАРАНТ». URL: <https://clck.ru/FGSiQ> (1 сентября 2023 г.).

¹³ Вебинар Роскомнадзора от 1 марта 2023 г. «Защита персональных данных» // Социальная сеть «ВКонтакте», 2023. Период 09.40–11.35. URL: <https://clck.ru/34UXX8> (дата обращения: 1 сентября 2023 г.).

¹⁴ Форма уведомления // Официальный сайт Роскомнадзора. URL: <https://clck.ru/MJERu> (дата обращения: 1 сентября 2023 г.).

¹⁵ Получение рекомендаций Роскомнадзора по форме согласия на обработку ПД, разрешенных для распространения // Официальный сайт Роскомнадзора. URL: <https://clck.ru/34sP4c> (дата обращения: 1 сентября 2023 г.).

Список литературы:

1. За соответствием обработки персональных данных // Официальный сайт Роскомнадзора. URL: <https://clck.ru/34rHq2> (дата обращения: 1 сентября 2023 г.).
2. Как подготовить приложение к проверке // Официальный сайт справочного центра Google. URL: <https://clck.ru/34sE2u> (дата обращения: 1 сентября 2023 г.).
3. *Masha Komnenic*. Privacy Notice vs. Privacy Policy: What's The Difference? // «Termly», 2022. URL: <https://clck.ru/34UpZu> (дата обращения: 1 сентября 2023 г.).
4. *Jonathan A. Obar, Anne Oeldorf-Hirsch*. The Biggest Lie on the Internet: Ignoring the Privacy Policies and Terms of Service Policies of Social Networking Services // Social Science Research Network, 2022. P. 9–15. URL: <https://clck.ru/35eKYK> (дата обращения: 1 сентября 2023 г.).
5. Вебинар Роскомнадзора от 01.03.2023 «Защита персональных данных» // Социальная сеть «ВКонтакте», 2023. Период 09.40–11.35. URL: <https://clck.ru/34UXK8> (дата обращения: 1 сентября 2023 г.)/
6. Форма уведомления // Официальный сайт Роскомнадзора. URL: <https://clck.ru/MJERu> (дата обращения: 1 сентября 2023 г.).
7. Получение рекомендаций Роскомнадзора по форме согласия на обработку ПД, разрешенных для распространения // Официальный сайт Роскомнадзора. URL: <https://clck.ru/34sP4c> (дата обращения: 1 сентября 2023 г.).

Научная статья
УДК: 347.77 и 347.78

Для цитирования:

Шахназарова Э.А. БРИКС – актуальное направление сотрудничества в сфере правовой охраны интеллектуальной собственности // Журнал Суда по интеллектуальным правам. Декабрь 2023. № 4 (42). С. 11–17.

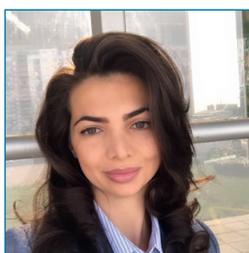
DOI: 10.58741/23134852_2023_4_13

Shakhnazarova E.A. BRICS – topical area of cooperation in the field of legal protection of intellectual property // Zhurnal Suda po intellektual'nyim pravam. December 2023. N 4 (42). Pp. 11–17. (In Russ.).

DOI: 10.58741/23134852_2023_4_13

DOI: 10.58741/23134852_2023_4_13

БРИКС – актуальное направление сотрудничества в сфере правовой охраны интеллектуальной собственности¹



Э.А. Шахназарова,

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

Особое внимание в рамках БРИКС уделяется вопросам правовой охраны интеллектуальной собственности, как основы социального и экономического сотрудничества государств – участников объединения. Механизм сотрудничества между ведомствами интеллектуальной собственности БРИКС (IP BRICS) направлен на повышение ценности интеллектуальной собственности и обеспечение ее вклада в экономическое развитие и рост в странах БРИКС. Автор отмечает, что углубление сотрудничества в рамках БРИКС могло бы осуществляться в направлении создания инфраструктурных основ реализации совместной политики в сфере интеллектуальной собственности, например, путем создания объединенного консультационного центра в сфере интеллектуальной собственности в рамках БРИКС.

Ключевые слова:

БРИКС; сотрудничество; интеллектуальная собственность; инфраструктурные основы; процедурные решения.

¹ Исследование выполнено в рамках программы стратегического академического лидерства «Приоритет – 2030».

Одним из актуальных направлений международного сотрудничества России в сфере правовой охраны интеллектуальной собственности в настоящее время представляется взаимодействие в рамках БРИКС.

БРИКС изначально была создана как аналитическая группа стран с развивающейся рыночной экономикой, которые стали приверженцами сильного экономического роста и были готовы доминировать в мировой экономике к 2050 г. Сейчас эти страны действуют как свободная организация, стремящаяся к дальнейшему развитию экономических связей друг с другом.

БРИКС, будучи межгосударственным неформальным объединением наиболее динамично развивающихся крупных государств, по сути представляет собой площадку для укрепления всестороннего взаимодействия между государствами с высоким потенциалом для роста экономики². В настоящее время в объединение входят пять государств: Бразилия, Россия, Индия, Китай и Южная Африка.

Основным форматом деятельности БРИКС являются ежегодные саммиты, в которых принимают участие лидеры государств-участников и главы различных министерств, и именно на них принимаются фундаментальные решения, касающиеся вектора развития объединения. Председательство в объединении предоставляется государству-участнику на один год и меняется между странами на ротационной основе.

Так, 22–24 августа 2023 г. состоялся очередной саммит БРИКС в Йоханнесбурге, на котором было анонсировано расширение объединения, а именно вступление в БРИКС с 1 января 2024 г. сразу шести государств: Аргентины, Египта, Ирана, Эфиопии, Саудовской Аравии, Объединенных Арабских Эмиратов.

Среди ключевых целей функционирования БРИКС в контексте сотрудничества, развития и взаимовлияния государств-участников стоит отметить³:

– экономическое сотрудничество: поощрение торговли, сотрудничества и роста среди членов, а также улучшение доступа стран БРИКС к рынкам;

– финансирование развития: создание таких институтов, как CRA и НБР, для финансирования проектов инфраструктуры и развития в странах-членах;

– политическая координация: усиление политического дискурса и координации по международным вопросам, например, изменение институтов глобального управления с учетом меняющегося глобального экономического ландшафта и предоставления растущим экономикам более сильного голоса и представительства;

– социальные и культурные обмены: содействие межличностным отношениям и взаимному уважению к культурам друг друга, а также стимулирование социальных и культурных обменов между странами-членами;

– технологии и инновации: укрепление международного сотрудничества в области науки, технологий и инноваций для содействия обмену знаниями, наращиванию потенциала и технологическому прогрессу между странами-членами;

– устойчивое развитие: продвижение экологически чистых и устойчивых методов развития при совместной работе для достижения целей устойчивого развития;

– мир и безопасность: содействие миру, стабильности и безопасности на местном и международном уровнях при одновременном решении общих проблем безопасности и рисков, таких как терроризм;

– сотрудничество Юг-Юг: укрепление сотрудничества и взаимодействия между развивающимися странами, обмен передовым опытом и поддержка инициатив, которые способствуют общему развитию Глобального Юга.

Отдельное внимание в рамках БРИКС уделяется таким вопросам правовой охраны интеллектуальной собственности, как основы социально-экономического сотрудничества государств – участников объединения.

² См.: *Шабловский В.* В ЮАР стартовал саммит БРИКС. Главное, что нужно знать об объединении. URL: <https://rg.ru/2023/08/22/v-iuar-startoval-sammit-briks-glavnoe-chto-nuzhno-znat-ob-obedinenii.html#h1> (дата обращения: 25 августа 2023 г.)

³ См.: *Ivey A.* BRICS: History, objectives and an overview of the global alliance. URL: <https://cointelegraph.com/news/brics-history-objectives-and-an-overview-of-the-global-alliance> (дата обращения: 25 августа 2023 г.)

Механизм сотрудничества между ведомствами интеллектуальной собственности БРИКС (IP BRICS) направлен на повышение ценности интеллектуальной собственности и обеспечение ее вклада в экономическое развитие и рост в странах БРИКС. Соответствующее сотрудничество началось в результате неофициальной консультации руководителей ведомств интеллектуальной собственности государств – участников БРИКС в Женеве, Швейцария, в 2012 г.⁴

Ведомства, осуществляющие сотрудничество в сфере интеллектуальной собственности в рамках БРИКС:

- Национальный институт промышленной собственности (INPI-БРАЗИЛИЯ);
- Федеральная служба по интеллектуальной собственности (Роспатент-РОССИЯ);
- Патенты, промышленные образцы и товарные знаки Ведомства ИС (CGPDTM-INDIA);
- Национальное управление интеллектуальной собственности Китая (CNIPA-CHINA);
- Комиссия по компаниям и интеллектуальной собственности (CIPRS-ЮЖНАЯ АФРИКА).

СИРС-ЮЖНАЯ АФРИКА провела первую встречу глав ведомств интеллектуальной собственности БРИКС в Магалисбурге, Йоханнесбург, Южная Африка, 14–16 мая 2013 г., на которой была принята Дорожная карта сотрудничества БРИКС в области интеллектуальной собственности.

В течение следующих 10 лет ведомства в сфере интеллектуальной собственности государств – участников БРИКС постоянно расширяют сферу своего сотрудничества, которое в настоящее время охватывает не только патентную охрану, но и расширяется в области товарных знаков и промышленных образцов. Соответственно, направления сотрудничества, которые играют важную роль в эффективном продвижении сотрудничества с момента принятия «Дорожной карты» в 2013 г., продолжают расширяться, для достижения боль-

ших результатов. На данный момент существует 8 направлений сотрудничества, в том числе:

- обучение сотрудников ведомств интеллектуальной собственности и обмен экспертами;
- национальная стратегия в области ИС и повышение осведомленности общественности об ИС;
- информационные услуги в сфере ИС;
- процессы и процедуры интеллектуальной собственности/патентов;
- ИС-стратегии для малых и средних предприятий;
- сотрудничество на международных форумах;
- товарные знаки;
- промышленные образцы.

Кроме того, текущее взаимодействие и дискуссии также затрагивают различные темы, такие как развитие отношений с использованием цифровых и иных новых технологий, достижение целей устойчивого развития Организации Объединенных Наций в области ИС и т.д.

В науке отмечается, что после вступления в силу Соглашения по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (ТРИПС) страны БРИКС внесли существенные изменения в свои системы охраны интеллектуальной собственности, изменили свое законодательство и подписали различные конвенции, договоры и соглашения⁵. В обозначенном контексте стоит отметить несколько причин, в силу которых развитие правовых подходов к охране интеллектуальной собственности в государствах – участниках БРИКС заслуживает отдельного рассмотрения.

Во-первых, все страны БРИКС имеют реальную возможность в силу экономических и политических причин внести существенный вклад в процессы международного сотрудничества на региональном и глобальном (универсальном) уровне в дополнение к весомой степени внутренней системности и способности к эффективным государственным действиям в сфере правовой охраны интеллектуальной собственности. Кроме того,

⁴ См.: Официальный сайт БРИКС по вопросам сотрудничества в сфере интеллектуальной собственности. URL: <http://www.ipbrics.net/secondpage/about.html> (дата обращения: 25 августа 2023 г.).

⁵ См.: *Brigante Deorsola A., Martins Ribeiro Leal M.C., Dantas Cavalcante M., Jensen Schmidt I., Junqueira Braga E.* Intellectual property and trademark legal framework in BRICS countries: A comparative study Author links open overlay panel // World Patent Information Volume 49, June 2017, Pages 1–9. URL: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0172219017300212> (дата обращения: 24 августа 2023 г.).

страны БРИКС – приверженцы созидательной позиции в процессах международного сотрудничества в сфере интеллектуальной собственности (в том числе, с учетом их активных позиций в ВОИС, ВТО) и, следовательно, эффективно участвуют в разработке новых международных нормативных и рекомендательных актов в области интеллектуальной собственности, в том числе связанных с правовой охраной изобретений, промышленных образцов, товарных знаков.

Во-вторых, исследование перспектив правовых режимов охраны интеллектуальной собственности в рамках БРИКС на основе анализа существующих инициатив государств-участников и текущей работы организации позволяет сделать вывод о том, что оценка перспектив БРИКС в контексте интеллектуальной собственности в основном сосредотачивается на нарушениях авторских прав и прав на товарные знаки⁶, при этом, объединения наблюдается достаточно высокий потенциал не только в части выработки мировой политики в сфере охраны интеллектуальной собственности в целом, но и в контексте перспектив создания единой инфраструктуры в сфере интеллектуальной собственности по отдельным вопросам и объектам охраны. Сфера интеллектуальной собственности для БРИКС может быть объектом наибольшего внимания, поскольку усилия по взаимодействию государств в этой сфере наиболее четко отслеживаются с точки зрения достигнутого прогресса.

Понимание объема предоставляемых прав интеллектуальной собственности, характера нарушений в сфере интеллектуальной собственности, режимов истребования и предоставления охраны в государствах – участниках объединения становится крайне важным для многих заинтересованных субъектов, а также стратегическими задачами для большинства крупных международных корпораций, заинтересованных в инвестировании в экономику, рынки государств – участников объединения. В обозначенном контексте можно отметить такую перспективу сотрудничества в сфере

интеллектуальной собственности в рамках БРИКС, как рост влияния процессов взаимодействия государств – участников БРИКС на баланс политических, экономических, корпоративных интересов в мире.

Важно подчеркнуть, что в рамках БРИКС регулярно проходят встречи руководителей ведомств в сфере интеллектуальной собственности, что представляется прогрессивным инструментом обмена опытом и выработки совместных решений по укреплению правовой охраны интеллектуальной собственности в государствах-участниках объединения.

Так, например, 14-я встреча глав ведомств интеллектуальной собственности стран БРИКС прошла в Национальном управлении интеллектуальной собственности Китая (CNIPA) 15 сентября 2022 года⁷. Заседание проходило под председательством комиссара CNIPA д-ра Шэнь Чангюя. с участием Клаудио Фуртадо, президента Бразильского национального института промышленной собственности (INPI); Юрия Зубова, руководителя Федеральной службы по интеллектуальной собственности Российской Федерации (РОСПАТЕНТ); профессора (доктора) Уннат П. Пандит, руководителя Управления по патентам, образцам и товарным знакам Индии (CGPDТМ) и Рори Воллер, комиссара по делам компаний и Комиссии по интеллектуальной собственности Южной Африки (CIPC).

Примечательно, что делегация Всемирной организации интеллектуальной собственности (ВОИС) во главе с Генеральным директором ВОИС Дареном Тангом также приняла участие во встрече.

Китайская сторона высоко оценила плодотворные результаты сотрудничества, достигнутые ведомствами интеллектуальной собственности БРИКС за последние десять лет. Было отмечено, что БРИКС стал важной платформой для государств – участников в поиске общего развития и решения проблем в области интеллектуальной собственности. Представляя развивающиеся рынки на международной арене интеллектуальной собственности, страны БРИКС играют важнейшую

⁶ См.: там же.

⁷ См.: 14th BRICS Heads of Intellectual Property Offices Meeting was successfully held. URL: http://brics2022.mfa.gov.cn/eng/zdhzlyhjz/others/202209/t20220930_10775639.html (дата обращения: 24 августа 2023 г.).

роль в развитии международного сотрудничества в области интеллектуальной собственности. В Пекинской декларации XIV саммита БРИКС было четко заявлено, что лидеры БРИКС поддерживают углубление сотрудничества в области прав интеллектуальной собственности и содействие обмену и взаимному обучению в области систем защиты прав интеллектуальной собственности и надеются на более практические результаты в таких областях, как патентная охрана, охрана товарных знаков и промышленных образцов, что в полной мере отражает важность и ожидания стран БРИКС процессов по укреплению сотрудничества в области интеллектуальной собственности.

В настоящее время глобальная система охраны интеллектуальной собственности и международное сотрудничество в рассматриваемой сфере сталкиваются с новыми вызовами и проблемами. Главы ведомств интеллектуальной собственности стран БРИКС на XIV встрече заявили о готовности расширять сотрудничество с партнерами по БРИКС с тем, чтобы совместно использовать возможности друг друга и решать проблемы, связанные с продвижением инноваций, достижением более высокого качества жизни и устойчивого развития, а также о готовности наращивать сотрудничество с ВОИС и придать дополнительный импульс глобальной экосистеме интеллектуальной собственности.

Встреча способствовала развитию сотрудничества в области патентной охраны, правовой охраны товарных знаков и дизайна, реализации требований Пекинской декларации XIV саммита БРИКС. На встрече главы ведомств интеллектуальной собственности БРИКС совместно одобрили обновленную версию Оперативного руководства по сотрудничеству в области интеллектуальной собственности БРИКС, обеспечивающую более четкие рекомендации для будущего сотрудничества между данными ведомствами. В обновленном документе в цели сотрудничества добавлено «Повышение роли интеллектуальной собственности в достижении Целей устойчивого развития ООН». В сферу сотрудничества также были включены меры реагирования на вызовы, связанные с развитием цифровых и иных новых технологий, защита интеллектуальной собственности и административное сотрудничество. Таким образом, был усо-

вершенствован механизм сотрудничества между ведомствами в сфере интеллектуальной собственности государств – участников БРИКС.

Рассматривая потенциал БРИКС по принятию конкретных решений в сфере интеллектуальной собственности и перспективу развития сотрудничества в этом направлении, стоит отметить, что в целях укрепления и расширения сотрудничества в области интеллектуальной собственности страны БРИКС могут осуществлять реальную деятельность, которая сводилась бы к следующим мерам: обмен информацией о законодательстве и правоприменении в области интеллектуальной собственности, а также о последних событиях в целях повышения прозрачности и понимания систем и политики интеллектуальной собственности; изучение вопросов интеллектуальной собственности, связанных с торговлей, с целью содействия международной торговле, устойчивому развитию и инклюзивному росту; изучение проблем, вытекающих из глобальных тенденций и стратегий развития интеллектуальной собственности (включая вопросы, вытекающие из региональных торговых соглашений), и обмен мнениями по таким темам, которые соответствуют потребностям развития БРИКС; содействие вовлечению заинтересованных сторон в сфере интеллектуальной собственности (включая законодательные, исполнительные и судебные органы, а также научные круги и бизнес-сообщество) в сотрудничество в области интеллектуальной собственности с целью повышения осведомленности общественности о создаваемых результатах интеллектуальной деятельности; укрепление связи и координации по вопросам развития, связанного с интеллектуальной собственностью, в рамках соответствующих международных организаций с упором на торговые аспекты, а также на другие вопросы интеллектуальной собственности, подлежащие консенсусу; организация обеспечения технической помощи и поддержки со стороны соответствующих международных организаций для сотрудничества в области интеллектуальной собственности между государствами – участниками БРИКС; обеспечение координации и синергии, а также недопущение дублирования с другими видами деятельности по сотрудничеству в области интеллектуальной собственности между странами БРИКС, в частно-

сти – с существующими мерами сотрудничества на уровне ведомств интеллектуальной собственности БРИКС; выработка совместных решений по соответствующим вопросам интеллектуальной собственности на основе консенсуса и в соответствии с взаимными интересами.

Подобные меры были закреплены, например, в Руководстве БРИКС по сотрудничеству в области прав интеллектуальной собственности (Приложение V к Заявлению министров торговли стран БРИКС на 7-й встрече 31 августа 2017 г.), принятом в контексте согласованных ранее решений министров торговли БРИКС об укреплении сотрудничества между странами БРИКС в области интеллектуальной собственности и в целях укрепления и расширения сотрудничества в области интеллектуальной собственности.

Действительно, государства – участники БРИКС в рамках существующего формата взаимодействия в объединении могут устанавливать такого рода общие руководящие принципы реализации политики в сфере интеллектуальной собственности в рамках БРИКС. При этом, принимая во внимание предстоящее расширение БРИКС и уровень экономической синергии государств-участников представляется целесообразным углубление интеграционных процессов в сфере интеллектуальной собственности в рамках БРИКС именно в контексте глобального экономико-политического ландшафта, создаваемого в рамках данного объединения и с учетом развития и широкого использования информационных технологий в государствах – участниках БРИКС.

Такое углубление сотрудничества могло бы осуществляться в направлении создания инфраструктурных основ реализации совместной политики в сфере интеллектуальной собственности, например, путем создания объединенного консультационного центра в сфере интеллектуальной собственности в рамках БРИКС, который мог бы на постоянной основе не только оказывать экспертно-консультационные услуги субъектам из государств – участников БРИКС по траекториям пра-

вовой охраны объектов интеллектуальной собственности в трансграничном контексте в государствах – участниках БРИКС, но и стать основой для выработки и реализации совместных процедурных решений в сфере правовой охраны интеллектуальной собственности, в частности, в контексте учета и фиксации сведений об объектах интеллектуальной собственности в юрисдикциях государств – участников БРИКС, для целей реализации существующих международных положений охраны интеллектуальной собственности, а также выработки собственных совместных процедурных форматов истребования и предоставления охраны на отдельные объекты интеллектуальной собственности.

В обозначенном контексте своеобразной надстройкой возможной будущей совместной системы охраны отдельных объектов интеллектуальной собственности в рамках БРИКС с учетом потенциала государств – участников, а также инновационности принимаемых ими решений (например, признание ЮАР впервые на правоприменительном уровне факта создания результата интеллектуальной деятельности системой искусственного интеллекта⁸) могла бы стать совместно исследуемая, разрабатываемая и реализуемая блокчейн-система учета сведений об объектах интеллектуальной собственности.

Такая информационная система могла бы служить серьезной основой для охраны объектов авторских прав и иных нерегистрируемых объектов интеллектуальной собственности в рамках БРИКС, а также дополнительным информационным ресурсом для целей регистрационных процедур, осуществляемых ведомствами в сфере интеллектуальной собственности государств – участников БРИКС.

Дискуссионный механизм сотрудничества в сфере интеллектуальной собственности БРИКС с момента своего создания в 2006 г. предполагает принцип открытости, инклюзивности и взаимовыгодной кооперации государств – участников БРИКС. Такое обособленное и выделенное направ-

⁸ Шелкович М.Т., Курдюкова А.И. Проблемы правового регулирования интеллектуальной собственности результата деятельности программных комплексов искусственного интеллекта // Юридическая наука. – 2021. – № 12. С. 119. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/problemy-pravovogo-regulirovaniya-intellektualnoy-sobstvennosti-rezultata-deyatelnosti-programmnyh-kompleksov-iskusstvennogo/viewer> (дата обращения: 24 августа 2023 г.).

ление сотрудничества в сфере интеллектуальной собственности предполагает поддержание тесной связи, углубление сотрудничества и укрепление взаимного доверия. Как отмечалось в ходе неформальной встречи глав ведомств в сфере интеллектуальной собственности государств – участников БРИКС, состоявшейся 7 июля 2023 г. в ходе 64-й серии заседаний Ассамблей государств-членов Всемирной организации интеллектуальной собственности (ВОИС), с 2022 г. был достигнут заметный прогресс во всех аспектах сотрудничества в области интеллектуальной собственности между странами БРИКС. При этом ожидается, что дальнейшее углубление общения, взаимного обучения и прагматического сотрудничества повысит влияние сотрудничества БРИКС в области интеллектуальной собственности.

В ходе этой встречи главы ведомств достигли консенсуса по таким вопросам, как: ход реализации проекта «Дорожная карта сотрудничества БРИКС», общие заявления БРИКС во время Ассамблей ВОИС, будущий механизм информационной коммуникации и др.

Важно подчеркнуть особую роль и поддержку ВОИС в развитии интеграционных процессов и ко-

операционных межгосударственных инструментов даже в рамках такого особого политико-экономического формата сотрудничества, как БРИКС, взаимодействие в рамках которого не похоже на существующие в сфере интеллектуальной собственности региональные интеграционные процессы. Также стоит отметить, что отношения в сфере интеллектуальной собственности, будучи основой экономических процессов в обществе могут и должны выступать в качестве предмета обсуждения и направления экономического сотрудничества государств, активно вовлеченных в процессы мировой экономики, и добровольно, а также перспективно использующих глобальные инструменты международной кооперации на основе своих экономических интересов с учетом оптимального вектора экономической синергии. Сегодня БРИКС видится одной из ведущих экономических площадок международного сотрудничества, в рамках которой с учетом характера экономического развития ее государств-участников могут быть реализованы новые и самые прогрессивные решения в сфере интеллектуальной собственности (в том числе инфраструктурные и процедурные), а не только обмен опытом и консультационно-экспертная функция.

Список литературы:

1. *Шабловский В.В.* ЮАР стартовал саммит БРИКС. Главное, что нужно знать об объединении. URL: <https://rg.ru/2023/08/22/v-iiar-startoval-sammit-briks-glavnoe-cto-nuzhno-znat-ob-obedinenii.html#h1> (дата обращения: 25 августа 2023 г.).
2. *Шелкович М.Т., Курдюкова А.И.* Проблемы правового регулирования интеллектуальной собственности результата деятельности программных комплексов искусственного интеллекта // *Юридическая наука.* – 2021. – № 12. С. 119. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/problemy-pravovogo-regulirovaniya-intellektualnoy-sobstvennosti-rezultata-deyatelnosti-programmnyh-kompleksov-iskusstvennogo/viewer> (дата обращения: 24 августа 2023 г.).
3. *Brigante Deorsola A., Martins Ribeiro Leal M.C., Dantas Cavalcante M., Jensen Schmidt I., Junqueira Braga E.* Intellectual property and trademark legal framework in BRICS countries: A comparative study Author links open overlay panel // *World Patent Information Volume 49, June 2017, Pages 1–9.* URL: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0172219017300212> (дата обращения: 24 августа 2023 г.).
4. *Ivey A.* BRICS: History, objectives and an overview of the global alliance. URL: <https://cointelegraph.com/news/brics-history-objectives-and-an-overview-of-the-global-alliance> (дата обращения: 25 августа 2023 г.).

Novoselova Lyudmila A.

Head of the Department of Financial deals and New Technologies in Law of the Federal State Budgetary Scientific Institution “The Private Law Research Centre under the President of the Russian Federation named after S.S. Alekseev”, Head of IP Department at Kutafin Moscow State Law University (MSAL), LLD, Professor

Polezhaev Oleg A.

Docent Department of Financial deals and New Technologies in Law of the Federal State Budgetary Scientific Institution “The Private Law Research Centre under the President of the Russian Federation named after S.S. Alekseev”; Lecturer of IP Department at Kutafin Moscow State Law University (MSAL), PhD in Law

NFT assets in the system of civil rights objects: problem statement

This article is devoted to the study of the problems of legal regulation of relations related to objects of intellectual rights expressed in the digital environment using NFT tokens. It is proved that the legal qualification of NFT tokens is extremely ambiguous and complex, since the participants of the relationship form the legal content of digital assets independently. As a result, questions about the qualification of relations for the possession of digital assets and the objects of intellectual rights expressed in them, the nature of the legal relationship that arises between the objects, the legal status of the owner of a digital asset cannot be formed uniformly for everyone and must be of an individual nature.

Keywords: digital assets, NFT, objects of intellectual rights, transfer of exclusive rights, license agreement, access relations

Vasileva Anastasiia S.

Master’s student, 2nd course. Peter the Great St. Petersburg Polytechnic University

The problem of classification of intellectual property objects, considering the use of artificial intelligence

This article analyzes classifications of intellectual property objects depending on the various criteria that form the basis of the division. The author considers intellectual property objects in accordance with Russian legislation, as well as doctrinal classifications of objects. In the article, the author proposes a classification of contracts on the creation of intellectual property objects with the possible participation of artificial intelligence.

Keywords: objects of intellectual property; classification; artificial intelligence; Civil Code of the Russian Federation

Rozhkova Marina A.

Holder of a Higher Doctorate in Law, Chief Researcher at the Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, Advisor to the Dean of the Faculty of Law of the State Academic University for the Humanities, Professor of the Russian State Academy of Intellectual Property, IP CLUB President

Legal aspects of introduction into civil-law transactions and commercialization of intellectual property

This article has been prepared in order to contribute to the formation of a correct and uniform understanding of the categories designated in the title of the work – civil-law transactions and commercialization of intellectual property. These concepts are actively used in publications and normative legal acts, but their content is very uncertain. The author offers their own vision of what should be understood by these terms, relying on doctrinal sources and legal norms.

Keywords: intellectual property, civil-law transactions, commercialization

Sergo Anton G.

Professor, Doctor in law

Federal State Budgetary Educational Institution of Higher Education “Russian State Academy of Intellectual Property”

“Anti-plagiarism” and other means of reducing the quality of scientific texts

The article calls into question such well-established criteria for the value of a scientific work as the high level of originality set by the “Anti-Plagiarism” program, as well as the volume of a scientific work and the number of sources used

Keywords: science, requirements for scientific work, anti-plagiarism, text originality, citation, self-citation, borrowing, plagiarism

Chebodaeva Valentina A.

AI-generated content: who’s to blame and what to do?

Generative AI is currently being used widely. But what legal consequences can entail the use of artificial intelligence technologies? The legal analysis of some questions formulated in the paper has shown that in some aspects the use of neural networks may violate the rights of third parties. By solving the legal challenges arising in this regard it is important to take into account the non-standard ways of infringement of their rights and the specifics of modern technology and the digital environment.

Keywords: artificial intelligence; content; copyright; unfair competition

Kurbanov Shermet K.

Associate in the IP/Digital Practice at SEAMLESS Legal

Master in digital law at the National Research University Higher School of Economics

Limitation on the use of a derivative computer program by the author of the original program

This article examines the ability of the author of a program (the original program) to restrict the rights of another author who uses the original program to create derivative program. The author of the article concludes that the author of the original program can control into what derivative program the original program is processed, as well as how such derivative program can be used.

Keywords: computer program; Software; Modification; Limitation of a derivative work; Copyright; Intellectual Property Law

Kositsky Alexey O.

State Corporation “Deposit Insurance Agency”

Originality: independent creation and creativity. Level of creativity

The article is devoted to the problem of understanding creativity as a criterion of protectability of copyright objects. The possibility of dividing this criterion into two independent characteristics is substantiated: independent creation and creativity. The author proves that creativity is a measurable indicator and that its level should play a decisive role in resolving the issue of the protectability of the object under research.

Keywords: criteria of protectability of copyright objects; creativity; originality; independent creation

Vorozhevich Arina S.

Doctor of law

associate Professor, Department of Civil law,
Faculty of law, Lomonosov Moscow State University

Trademark fair use as exemplified by logos on scale model cars

The author examines the substantive boundaries of the exclusive right to a trademark, which are established, inter alia, through the doctrines of trademark fair use.

Based on the functional approach, the author gives a negative answer to the question: Is the use of a famous car brand on a scale model a trademark infringement?

Keywords: trademarks, infringement, descriptive fair use, nominative fair use, scale models

Geets Konstantin V.

Heineken Breweries, LLC

Trademarks in video games and virtual worlds

In most cases, the use of trademarks inside video games and virtual worlds will be legal. For goods or services that are possible only in the material world, the exception will be the cases of advertising with a real advertiser and a product. For digital goods or services, illegal use will be when it creates confusion (for example, the trademark is registered for video games or software and is used in a video game). In other virtual worlds with a game element and the function of a paid relationship between users, the potential use of trademarks for services that can be provided through a digital environment is possible

Keywords: trademark, Internet, video game, exclusive right, limits of the exclusive right

Kostin Andrey V.

National Research Tomsk State University Institute of Law

Functionality doctrine of three-dimensional trademarks

The author of the article examines the concept, content and goals of the utilitarian and aesthetic functionality doctrine of a three-dimensional trademark through law enforcement practice and doctrine. The author also analyzes the controversies between the “identification” and “competition” theories when considering a particular court case.

Keywords: three-dimensional trademark; the doctrine of utilitarian functionality; the doctrine of aesthetic functionality; legal protection of a trademarks; cumulative legal protection

Geets Konstantin V.

Senior Counsel

Responsibility of information intermediaries for infringement of intellectual rights

The article examines the types of information intermediaries under Russian law, the grounds for bringing them to justice and judicial practice. Courts consistently try to distinguish between information intermediaries and persons directly using other people’s intellectual property objects. For this purpose, criteria are developed aimed at identifying the degree of involvement of intermediaries in the circulation of material.

Keywords: infringement of intellectual property rights on the Internet; information intermediaries; responsibility of information intermediaries; Internet; intellectual rights

Matveev Evgeni V.

Territorial department of Roskomnadzor for Samara region of the Russian Federation

The legal nature of privacy policy: practical aspect

This article deals with some aspects of the legal nature of the document defining the operator’s policy regarding the processing of personal data (Privacy Policy). The author has attempted to comprehensively review the legislative and practical aspects of the implementation of the Privacy Policy in the context of the need for operators to comply with the basic principles of lawful, fair and transparent processing of personal data. Based on the comparative legal analysis of the requirements of the legislation in the field of personal data of the Russian Federation and the European Union, the author substantiates a number of proposals to improve the domestic legislation in order to increase the level of efficiency of protection of the rights and legitimate interests of personal data subjects.

Keywords: personal data, privacy policy, operators, information resources, websites on the Internet

Shakhnazarova Elen A.

Ph.D. in Law,

lecturer of the Department of Intellectual Rights, Kutafin Moscow State Law University (MSAL)

BRICS - topical area of cooperation in the field of legal protection of intellectual property

Within the framework of BRICS, special attention is paid to the legal protection of intellectual property as the basis for social and economic cooperation between the member states of the association. The BRICS Intellectual Property Office Cooperation Mechanism (IP BRICS) aims to enhance the value of intellectual property and ensure its contribution to economic development and growth in the BRICS countries. The author notes that the deepening of cooperation within the framework of the BRICS could be carried out in the direction of creating the infrastructural foundations for the implementation of a joint policy in the field of intellectual property, for example, by creating a joint consulting center in the field of intellectual property within the framework of the BRICS.

Keywords: BRICS, cooperation, intellectual property, infrastructural foundations, procedural solutions